

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

4/2024
3. Jahrgang

S. 239-304

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung in Deutschland
Ergebnisse der Forschungsstudie aus Anlass der zweiten Nationalen Risikoanalyse
Von Prof. Dr. Frank Saliger, Dr. Theresa Schweiger, München 239

Geldwäschebekämpfung in Deutschland, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und den USA
Eine rechtsvergleichende Untersuchung
Von Wiss. Mitarbeiter Timo Hauler, Wiss. Mitarbeiter Jan-Ulrich Dittmer,
Prof. Dr. Katrin Höffler, Leipzig 246

Die neue EU-Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt v. 11. April 2024
Von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster 256

Zur Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im deutschen Strafrecht und im
Völkerstrafrecht
Von Wiss. Hilfskraft Anouk Noelle Nicklas, Leipzig 267

Begründungsansätze zur Konkretisierung des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG
Zugleich eine Besprechung von BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Tillmann Horter, Wiss. Mitarbeiter Julian Stolz, Düsseldorf 280

NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Strafrecht

Die „neutrale Handlung“ im Strafrecht – Eine Untersuchung insbesondere der neutralen
Beihilfe, 2023
(Dr. Johannes Petersen, Würzburg) 286

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23
(Zur Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines
schuldunfähigen Kindes zur Tat)
(Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen) 292

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23
(Die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 2 Alt. 3 UAlt. 2 StGB)
(Dr. Friedrich Sebastian Fülischer, Kiel) 301

Die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung in Deutschland

Ergebnisse der Forschungsstudie aus Anlass der zweiten Nationalen Risikoanalyse

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Dr. Theresa Schweiger, München*

Der Beitrag fasst die wesentlichen Ergebnisse der Forschungsstudie zu Ermittlungs- und Strafverfahren aus den Jahren 2018 bis 2020 wegen Terrorismusfinanzierung in Deutschland aus Anlass der zweiten Nationalen Risikoanalyse zusammen, erörtert aktuelle Problemschwerpunkte und gibt einen Ausblick auf künftige Herausforderungen bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung.

I. Anlass der Forschungsstudie

Die Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung¹ verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union seit dem Jahr 2015 in ihrem Art. 7 Abs. 1 zur Ermittlung und Bewertung der jeweils bestehenden Risikosituation in ihrem Land. Aus Anlass der Zweiten Nationalen Risikoanalyse² beauftragte das Bundesjustizministerium (BMJ) im Juli 2021 die KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (KPMG) mit der Erstellung eines Forschungsgutachtens zu Ermittlungs- und Strafverfahren aus den Jahren 2018 bis 2020 wegen Terrorismusfinanzierung in Deutschland. Das Forschungsvorhaben wurde in partnerschaftlicher Kooperation mit der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) durchgeführt. Vertreten wurde die LMU durch die Verfasser dieses Beitrags, die auch die wissenschaftliche Leitung in dem Projekt übernahmen.³ Ziel

der Studie war es, Inhalt und Entwicklung der Strafverfahren zur Terrorismusfinanzierung zu untersuchen, sowie Typologien zu Taten, Vorgehensweisen und Taterfolgen zu identifizieren. Eine besondere Erkenntnisquelle versprach hierbei die Vergleichsmöglichkeit mit den Ergebnissen aus dem vorherigen Forschungsvorhaben, das im Jahr 2018 zu Ermittlungs- und Strafverfahren im Zeitraum von 2015 bis 2017 durchgeführt wurde.⁴ Mit diesem Beitrag sollen die wesentlichen Ergebnisse der Studie dargestellt, erläutert und diskutiert werden.

In einem ersten Schritt wird hierfür die Methodik des Forschungsvorhabens erläutert (II.). Anschließend werden die wesentlichen Resultate der Studie präsentiert: Die Ergebnisse mit Bezug zum materiellen Recht (III.) umfassen die Häufigkeit des nachgewiesenen Terroristentyps, die angewandten Strafvorschriften, die Herkunft der Tatverdächtigen sowie die eingesetzten Finanzierungsinstrumente. Die Ergebnisse mit Bezug zum formellen Recht (IV.) spiegeln den Umgang der Strafjustiz mit Verfahren mit Bezug zur Terrorismusfinanzierung wider, wobei ein besonderer Fokus auf den Aspekten der Einleitung und des Abschlusses von entsprechenden Ermittlungsverfahren liegt. Zusätzlich werden die eingesetzten Ermittlungsmaßnahmen und ihre Häufigkeit beleuchtet. Danach erfolgt eine Rekonstruktion der Wege der Terrorismusfinanzierung inklusive der Quellen und Höhe der Vermögenswerte, des Ortes der Initiierung der Finanzierung sowie der Transferarten (V.). Eine abschließende Betrachtung der Problemschwerpunkte und Handlungsfelder gewährt einen Ausblick auf die künftigen Herausforderungen bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung (VI.).

* Der Mitautor Prof. Dr. Frank Saliger ist Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der LMU München. Die Mitautorin Dr. Theresa Schweiger ist Akad. Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Saliger.

¹ RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849> (11.5.2024).

² Die Erste Nationale Risikoanalyse ist im Oktober 2019 erschienen und abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2019-10-19-erste-nationale-risikoanalyse_2018-2019.pdf?__blob=publicationFile&v=19 (11.5.2024).

³ Die veröffentlichte Kurzfassung: „Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung – Entwicklung der Ermittlungsverfahren in den Jahren 2018–2020 in Deutschland“ v. 16.12.2022 ist sowohl in deutscher Sprache abrufbar unter

https://cms-cdn.lmu.de/media/03-jura/02-lehrstuehle/saliger/downloads/executive_summary.pdf (im Folgenden: „Kurzfassung Forschungsvorhaben 2022“) als auch in englischer Sprache abrufbar unter https://cms-cdn.lmu.de/media/03-jura/02-lehrstuehle/saliger/downloads/executivesummary_en.pdf (11.5.2024).

⁴ Auch damals wurde KPMG – allerdings vom Bundesministerium der Finanzen – mit der Erstellung eines Forschungsgutachtens zu Ermittlungs- und Strafverfahren im Zeitraum von 2015 bis 2017 wegen Terrorismusfinanzierung in Deutschland beauftragt, siehe hierzu die veröffentlichte Kurzfassung: Forschungsvorhaben fe12/17. Nationale Risikoanalyse Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (TF) – Ermittlungs- und Strafverfahren wegen Terrorismusfinanzierung in Deutschland von 2015–2017. Kurzfassung, 13.3.2020 (im Folgenden: Forschungsvorhaben fe 12/17), abrufbar unter https://cms-cdn.lmu.de/media/03-jura/02-lehrstuehle/saliger/downloads/nationale_risikoanalyse_de.pdf (11.5.2024) und *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326.

II. Methodik der Studie

Um größtmögliche Synergien zwischen den Erkenntnissen der Forschungsstudie aus dem Jahr 2018 und der aktuellen Studie herzustellen, wurden im Ausgangspunkt dieselben methodischen Überlegungen wie bei der Durchführung des vormaligen Forschungsvorhabens⁵ angestellt. Dies bedeutet, dass wiederum der nationale Begriff der Terrorismusfinanzierung (vgl. § 89c Abs. 1 S. 2 StGB) zugrunde gelegt wurde, der – anders als der engere europäische Begriff⁶ – nicht auf die Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel begrenzt ist, sondern sich auch auf die Tathandlung der Entgegennahme und sämtliche Vermögenswerte als Finanzquellen erstreckt. Zudem konzentrierten sich die Anträge bei den aktenführenden Stellen erneut auf die Straftatbestände der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat nach § 89a StGB, der Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89b StGB, der Terrorismusfinanzierung nach § 89c StGB, der Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129a StGB, der Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen im Ausland nach § 129b StGB sowie der Strafvorschriften nach § 18 AWG. Auf eine Beantragung von Verfahren, die wegen anderer Straftaten geführt wurden und bei denen ein Bezug zur Terrorismusfinanzierung denkbar ist, wie z.B. bei den §§ 211, 242, 249 ff., 303 ff., 306 ff. StGB, wurde abermals verzichtet, da die damit einhergehende subjektive Auswahl und der hohe Aufwand für die aktenführenden Stellen den Anspruch einer objektiv vergleichbaren und effizienten Auswahl relevanter Verfahren konterkariert hätten.

Um jedoch im Vergleich zum vormaligen Forschungsvorhaben eine größere thematische und auch regionale Abdeckung zu erreichen, erfuhr die methodische Herangehensweise im aktuellen Forschungsvorhaben zwei entscheidende Neuerungen: Zum einen erfolgte bei der Antragsstellung keine Begrenzung auf bestimmte Bundesländer, zum anderen wurde der Forschungszeitraum erweitert, indem nicht nur die Abschlussverfügungen aller im Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2020 abgeschlossenen Verfahren zur Einsicht angefordert wurden, sondern auch solche Verfahren, deren Abschlussverfügung oder Anklageerhebung aus dem Zeitraum vor 2018 stammte, wenn sie erst im Zeitraum 2018 bis 2020 rechtskräftig abgeschlossen wurden. Dies führte zur Aufnahme aller Urteile, Strafbefehle und Einstellungen derjenigen Verfahren, in denen zwischen 2018 und 2020 Anklage erhoben, ein Strafbefehl erlassen oder die Einstellung verfügt wurde, sofern der Verfahrensabschluss⁷ zum Zeitpunkt der Antragsstellung Ende 2021 rechtskräftig war. Die Anträge auf Auskunft und Akteneinsicht wurden – wie be-

reits beim letzten Forschungsvorhaben – gem. § 476 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StPO von der LMU als antragsberechtigter Hochschule gestellt.

Insgesamt konnten auf diese Weise 2.533 Verfahren durch Mitarbeiter von KPMG anhand eines vom Forschungsverbund entwickelten gestuften Rasters gesichtet werden, von denen am Ende 951 Verfahren als relevant für das Forschungsvorhaben bewertet wurden.⁸ Die Sichtung und Auswertung der als relevant eingestuften Verfahren erfolgte schließlich anhand eines detaillierten Datenerhebungsbogens, der unter Fortführung des Musters aus dem vormaligen Forschungsvorhaben eigens für die Studie (fort-)entwickelt wurde.

III. Terrorismustyp, Strafvorschriften, Tatverdächtige und Finanzierungsinstrumente

Im Einzelnen konnten folgende Feststellungen mit Bezug zum materiellen Recht getroffen werden:

In 773 von 951 relevanten Verfahren konnte der Terrorismustyp⁹ erfasst werden. Am dominantesten waren hierbei mit knapp 76 % Verfahren mit Bezug zum Islamismus (587 Verfahren), gefolgt von Verfahren, die dem Ausländerextremismus zuzuordnen waren (171 Verfahren, etwa 22 %). Aus dem linksextremistischen Bereich lagen lediglich zwei Verfahren (0,3 %) vor. Neun Verfahren (1,2 %) konnten der rechtsextremistischen Szene zugeordnet werden, wobei ein Verfahren Bezug zu Reichsbürgern aufwies, die der Verfassungsschutz erst im Jahr 2021 als neue Terrorismustypkategorie in seinen Bericht aufgenommen hat. Im Vergleich zum vorherigen Forschungsvorhaben sind damit keine großen Änderungen festzustellen: Auch damals markierte der Islamismus die vorherrschende Terrorismusart (81 %), gefolgt vom Ausländerextremismus mit 19 %, während Verfahren im Bereich des Rechtsextremismus (0,3 %) und des Linksextremismus (0 %) – trotz eines marginalen Anstiegs – insgesamt erneut nur Randphänomene darstellten.¹⁰

Abermals wurde der Straftatbestand des § 89c StGB mit 457 Verfahren (rund 48 %) am häufigsten erfasst (2020: rund 40 %), während die 25 Verfahren zu § 18 AWG mit knapp 2,6 % den geringsten Anteil ausmachten (2020: 3 %).

In 900 von 951 Verfahren konnten Angaben zur Nationalität der Tatbeteiligten erfasst werden. Wie bereits im letzten Forschungsvorhaben richteten sich die Verfahren ganz überwiegend mit rund 60 % gegen Nicht-EU-Ausländer, gefolgt von deutschen Staatsangehörigen mit einem Anteil von knapp 30 %. Tatbeteiligte aus dem EU-Ausland machten mit etwa 4,5 % nur einen geringen Anteil an den ausgewerteten Verfahren aus. Die doppelte Staatsbürgerschaft spielte nur eine untergeordnete Rolle und wurde in 64 Verfahren festgestellt. In mehr als zwei Drittel aller Verfahren (694, ca. 73 %) wurden die Tatverdächtigen als Einzeltäter verfolgt.

⁵ Forschungsvorhaben fe 12/17 (Fn. 4), S. 2–4; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 f.

⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 5 Richtlinie (EU) 2015/849.

⁷ Unter Verfahrensabschluss wurde die Einstellung, Abgabe oder Anklageerhebung verstanden, wobei es für den relevanten Zeitpunkt auf das Datum der Abschlussverfügung, Abgabeentscheidung, Anklageerhebung oder des Antrags auf Erlass eines Strafbefehls ankam, siehe hierzu „Kurzfassung Forschungsvorhaben 2022“ (Fn. 3), S. 3.

⁸ Siehe hierzu ausführlicher „Kurzfassung Forschungsvorhaben 2022“ (Fn. 3), S. 5.

⁹ Die Bezeichnungen der einzelnen Terrorismuskategorien sind dem Verfassungsschutz entnommen.

¹⁰ *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (327).

Im Rahmen der Studie konnten für 869 von 951 Verfahren Angaben zur Art des von der Finanzierungshandlung betroffenen Vermögenswertes getätigt werden, wobei Geldmittel abermals das dominante Finanzierungsinstrument darstellten. Sie waren in 661 der Verfahren (76 %) alleiniges Objekt der Finanzierungs- oder Unterstützungsleistung (2020: 75 %), in 44 Verfahren (5 %) konnte eine Kombination mit anderen Arten von Vermögenswerten ausgemacht werden (2020: 18 %). Bei 152 Verfahren (knapp 17 %) waren Sachmittel wie Gold, Flugtickets, militärische Ausrüstungsgegenstände, Sprengstoffe, Waffen, aber auch Baumaterialien, Kleidung, Lebensmittel, Medikamente, Prepaid-Karten, Ölkästen oder Fahrzeuge der allein genannte Vermögenswert (2020: 11 %). Urkunden wie gefälschte Ausweisdokumente spielten als Vermögenswerte im Forschungsvorhaben abermals nur eine untergeordnete Rolle; sie wurden nur in neun Verfahren (1 %) als alleiniger Vermögenswert genannt (2020: 2 %).

IV. Strafverfolgungspraxis

Die Forschungsstudie erfasste zur Abbildung der Strafverfolgungspraxis erneut Informationen über die Bearbeitungsdauer der Verfahren anhand von Einleitungs- und Abschlussdaten, über die Art der Einleitung und des Abschlusses der Verfahren sowie über die Rolle von GwG-Verdachtsmeldungen.¹¹

Wie bereits im letzten Forschungsvorhaben wiesen Verfahren nach § 89c StGB die kürzeste Bearbeitungsdauer mit einem Mittelwert von 10 Monaten auf (2020: 3,6 Monate). Die im Vergleich zur vormaligen Studie deutlich erhöhte Bearbeitungsdauer lässt sich mit einem starken Anstieg der Verfahrenszahlen erklären: So lag die Anzahl der nach § 89c StGB geführten Verfahren im vormaligen Forschungsvorhaben noch bei 261 Verfahren, während sie in diesem Forschungsvorhaben auf 457 Verfahren anstieg. Dieser Anstieg könnte einerseits auf der mittlerweile etablierten Anwendung des erst im Jahr 2015 eingeführten § 89c StGB¹² beruhen, der zum Zeitpunkt des damaligen Forschungsvorhabens, das die Jahre 2015–2017 umfasste, für die Strafverfolgungspraxis eine noch recht neue und in der Anwendung unbekanntes Vorschrift darstellte. Andererseits lässt sich die Zunahme auch mit der generellen Dominanz¹³ von Verfahren mit islamistischem Bezug erklären: So betrafen mehr als die Hälfte aller erfassten Verfahren (268 von 457), die nach § 89c StGB geführt wurden, Sachverhalte im islamistischen Kontext.¹⁴ Die längste Bearbeitungszeit wiesen mit einem Mittelwert von 15,7 Monaten Verfahren nach §§ 89a, 89b StGB auf und

¹¹ Zu den Forschungsergebnissen zur Strafverfolgungspraxis „Kurzfassung Forschungsvorhaben 2022“ (Fn. 3), S. 8 ff.

¹² Eingefügt durch das Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz) vom 12.6.2015, BGBl. I 2015, S. 926.

¹³ Siehe hierzu bereits die Ergebnisse unter III.

¹⁴ Diese Dominanz islamistisch geprägter Verfahren zeigte sich auch bei den Verfahren nach §§ 129a, 129b StGB, die mehrheitlich Sachverhalte aus dem islamistischen Spektrum zum Gegenstand hatten.

nicht mehr – wie vormals – Verfahren nach §§ 129a, 129b StGB mit einem Mittelwert von etwa 15 Monaten.

Bei den Verfahrensabschlüssen zeigte sich ein ähnliches Bild wie im letzten Forschungsvorhaben: Allein in 36 Verfahren, also 3,8 %, kam es zu einer Verurteilung, in zwei Verfahren (0,2 %) ergingen Strafbefehle und in 15 Verfahren (1,6 %) erfolgte eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO. In zwei weiteren Verfahren erging ein Freispruch. Die meisten Verurteilungen verzeichneten die Bundesländer Hamburg, Bayern und Hessen sowie der Generalbundesanwalt in absteigender Reihenfolge. Dagegen wurden 870 der 951 Verfahren eingestellt, Abgaben an andere Behörden spielten nur eine untergeordnete Rolle. Von den 870 Einstellungen betrafen 538 eine Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO, in 227 Verfahren wurde nach § 150 Abs. 2 StPO mangels Anfangsverdachts bereits von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen.¹⁵ 533 der eingestellten Verfahren wiesen einen Bezug zum Islamismus auf.

Obwohl das Forschungsteam durch eine Erweiterung des Forschungszeitraums auf Verfahren, die im Zeitraum 2018 bis zur Antragsstellung im Oktober 2021 rechtskräftig abgeschlossen, aber vor dem Forschungszeitraum eröffnet bzw. angeklagt wurden, einen höheren Anteil an „Urteilen u.a.“¹⁶ erreichen wollte, erfüllte sich diese Hoffnung nicht. Stattdessen korrespondierten die auffallend niedrig liegende Quote der „Urteile u.a.“ (55 von 951 Verfahren, d.h. knapp 6 %) und die demgegenüber sehr hohe Einstellungsrate (rund 91,5 %) mit den Erkenntnissen der vormaligen Forschungsstudie.¹⁷ Verurteilungen stellten weiterhin eine Seltenheit dar, während Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO mit 56,6 % (2020: 50,5 %) sogar noch weiter zugenommen haben. Insbesondere die hohe Einstellungsrate mangels Tatverdachts steht in offenkundiger Diskrepanz zur sonstigen Strafverfolgungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, die für das Jahr 2020 eine Einstellungsquote von lediglich 28,9 % zu verzeichnen hatte.¹⁸ Auffallend ist ferner das Missverhältnis zwischen der Anzahl der im islamistischen Kontext geführten (587 von 951)¹⁹ und der hiervon eingestellten (533 von 587) Verfahren. So war über den Verlauf des Forschungszeitraumes ein signifikanter An-

¹⁵ Verfahren, bei denen nach § 152 Abs. 2 StPO von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgesehen wurde, wurden für die Zwecke der Studie unter die Verfahrenseinstellungen subsumiert.

¹⁶ Unter dem Sammelbegriff „Urteile u.a.“ sind Verfahrensabschlussarten zusammengefasst, die einen hinreichenden Tatverdacht voraussetzen und damit eine größere Zuverlässigkeit des strafrechtlichen relevanten Sachverhaltes bieten, also Verurteilungen, Strafbefehle, Freisprüche sowie Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO.

¹⁷ Hierzu *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328).

¹⁸ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 408 v. 30.8.2021, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/08/PD21_408_2421.html (11.5.2024).

¹⁹ Oben III.

stieg des Anteils der islamistisch geprägten Verfahren zu beobachten, die mit einer Einstellung endeten.

Häufigster Einleitungsgrund für alle Verfahren war entweder eine GwG-Verdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 GwG bzw. § 11 Abs. 1 S. 1 GwG a.F.²⁰, die vor allem für Verfahren nach § 89c StGB relevant war, oder eine „sonstige Kenntnis“ der Strafverfolgungsbehörden, die z.B. auf Erkenntnissen anderer Straf- oder Ermittlungsverfahren basierte, und die insbesondere bei Verfahren nach §§ 89a, 89b StGB bzw. §§ 129a, 129b StGB zur Einleitung führte. Während die meisten Fälle, die mit einem Urteil u.a. schlossen, durch eine sonstige Kenntnis der Staatsanwaltschaft oder Polizei initiiert wurden (43 von 55 Verfahren), spielten die GwG-Verdachtsmeldungen, obwohl sie seit Januar 2019 kontinuierlich und signifikant zunahmen, in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle: Nur in einem einzigen Fall mündete eine GwG-Verdachtsmeldung in eine Verurteilung.²¹ Diese Ergebnisse decken sich mit den Erkenntnissen der letzten Forschungsstudie, bei der GwG-Verdachtsmeldungen ebenfalls häufig die Einleitung von Ermittlungsverfahren begründeten, jedoch in keinem Fall zu einer Verurteilung führten.²² Der mit Abstand größte Anteil an Verfahren, die durch eine GwG-Verdachtsmeldung eingeleitet wurden, war dem Islamismus zuzuordnen. Dieser Befund von hohen Verfahrenszahlen und niedrigen Verurteilungsraten entspricht der allgemeinen Tendenz in der Strafverfolgungsrealität, die das Forschungsteam im Laufe der Studie bei islamistisch geprägten Verfahren feststellen musste.

Erstmals untersucht und in die Ergebnisse der Studie eingearbeitet wurden neben der Art und Dauer von Ermittlungsmaßnahmen Angaben zu den in den Ermittlungsverfahren involvierten Behörden und gestellten Rechtshilfersuchen sowie getätigte Maßnahmen zur Vermögensaufspürung.²³ Hierbei zeigte sich, dass zumeist eine bis zwei Ermittlungsmaßnahmen pro Verfahren durchgeführt wurden, wobei sich die Finanzermittlung²⁴ über alle Verfahren hinweg als die

absolut häufigste Maßnahme zeigte, freilich mit einem Schwerpunkt in Verfahren, die nach § 89c StGB geführt wurden. Nach den Finanzermittlungen wurden am zweithäufigsten Vernehmungen genutzt, die wiederum in islamistischen Verfahren die dominierende Ermittlungsmaßnahme darstellten. Verfahren nach § 89c StGB wurden im Durchschnitt etwa 5 Monate nach Ende der letzten Ermittlungsmaßnahme abgeschlossen, während Verfahren nach §§ 129a, 129b StGB durchschnittlich erst 9,7 Monate nach der letzten Ermittlungsmaßnahme ihr Ende fanden. Während die Staatsanwaltschaft, die Polizei und das jeweilige Landeskriminalamt in nahezu allen Fällen involviert waren, waren das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) und der Generalbundesanwalt lediglich in 269 Verfahren (28,3 %) beteiligt, in 129 Verfahren (13,6 %) war die Financial Intelligence Unit (FIU) eingebunden, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) dagegen nur in 79 Verfahren (8,1 %). Die niedrigen Fallzahlen zur Beteiligung von Verfassungsschutzämtern (108 Verfahren, 11,4 %) und Nachrichtendiensten (17 Verfahren, 1,8 %) lassen sich damit erklären, dass dem Forschungsteam Verschlussachen in nur sehr geringem Umfang zur Verfügung gestellt wurden. Verfahren, die aufgrund des Terrorismustyps Islamismus geführt wurden, wiesen bei allen Behördeneinbindungen den höchsten Anteil auf.

Ausgehende Rechtshilfersuchen wurden nur in einer Minderheit der Fälle gestellt (31 Verfahren, 3,3 %) und sind durchschnittlich innerhalb von 17 Monaten erledigt worden. Der überwiegende Teil der Verfahren, in denen ein Rechtshilfersuchen gestellt wurde, wurde mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, sechs Verfahren endeten mit einer Verurteilung, eines mit einem Strafbefehl. Eingelegene Vermögenswerte spielten im gesamten Forschungsvorhaben eine nur untergeordnete Rolle: So wurden Taterträge ausländischen Ursprungs in einem Verfahren und Taterträge inländischen Ursprungs in lediglich zwei Verfahren eingezogen.

V. Wege der Terrorismusfinanzierung

Informationen zu den Wegen der Terrorismusfinanzierung enthalten Angaben über die Quelle der Vermögenswerte²⁵, den Ort der Initiierung sowie die gewählten Transferarten und ermöglichen hilfreiche Rückschlüsse auf die nationale Risikolage. Als Hauptquelle genutzter Vermögenswerte erwiesen sich – wie bereits im vormaligen Forschungsvorhaben²⁶ – Spenden Dritter, gefolgt von Eigenmitteln des Täters. In Verfahren wegen § 89c StGB rührten die Vermögenswerte überwiegend aus Eigenmitteln des Täters, während bei Verfahren nach §§ 129a, 129b StGB Spenden die vorherrschende Quellenart der Vermögenswerte markierten.

leisten sowie die eingehende Auswertung der erhaltenen Transaktionen verstanden.

²⁵ Zur Art des von der Finanzierungshandlung betroffenen Vermögenswertes siehe bereits oben III.

²⁶ Vgl. Forschungsvorhaben fe 12/17 (Fn. 4), S. 9 ff.; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328).

²⁰ Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1822) wurde das Meldeverfahren neugestaltet: Verdachtsmeldungen sind seither nicht mehr an die bis dahin beim Bundeskriminalamt angesiedelte „Zentralstelle für Verdachtsmeldungen“, sondern an die bei der Generalzolldirektion eingerichtete nationale Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, die sog. Financial Intelligence Unit („FIU“), zu richten.

²¹ In einem weiteren Verfahren führte die Einleitung durch eine GwG-Verdachtsmeldung zu einer Einstellung nach §§ 153, 153a StPO.

²² *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328).

²³ Auch enthalten in „Kurzfassung Forschungsvorhaben 2022“ (Fn. 3), S. 14 ff.

²⁴ Unter Finanzermittlungen wurden im Forschungsvorhaben das Einholen von Auskünften bei Banken und Finanzdienst-

Die Höhe der erfassten Vermögenswerte variierte stark zwischen sieben Euro als Minimum und einer Spendensammlung in Höhe von insgesamt rund 38,4 Mio. Euro als Maximum. In 353 der hierzu ausgewerteten 388 Verfahren handelte es sich um Straftaten mit islamistischem Bezug, deren Vermögenswerte sich am häufigsten im Bereich zwischen 100 Euro und 10.000 Euro bewegten. Der häufigste Einleitungsgrund für Verfahren, in denen die Höhe des Vermögenswertes bekannt wurde und über 1.000 Euro lag, war die GwG-Verdachtsmeldung. Die Mehrheit der Verfahren, die mit einem Urteil u.a. schlossen, richtete sich gegen Nicht-EU-Ausländer und betraf einen Vermögenswert von 1.000 Euro bis 10.000 Euro. Als primärer Verwendungszweck getätigter Vermögenszuwendungen wurde erwartungsgemäß die Aufrechterhaltung einer terroristischen Vereinigung identifiziert, die bereits im vormaligen Forschungsvorhaben dominant war. Gelder wurden und werden also regelmäßig ohne spezifische Zweckbindung einer terroristischen Vereinigung zugeführt. In knapp 84 % der hierzu auswertbaren Verfahren²⁷ wurde Deutschland als Ort der Finanzierungsinittierung erfasst, gefolgt von der Türkei, Syrien und dem Irak in absteigender Reihenfolge.²⁸

Die häufigste Transferart stellte die Abwicklung über Zahlungsdienstleister²⁹ dar, gefolgt von Banküberweisungen³⁰ und persönlichen Übergaben³¹. Damit überholte die Nutzung von Zahlungsdienstleistern die im damaligen Forschungsvorhaben häufigste Transferart der Banküberweisung.³² Bestätigt hat sich im Laufe des aktuellen Forschungsvorhabens das enorme Sicherheitsrisiko, das das Hawala-Banking in Bezug auf Terrorismusfinanzierung birgt.³³ Wie schon im letzten Forschungsvorhaben³⁴ konnte zwar lediglich in einer sehr geringen Verfahrenszahl³⁵ die Nutzung des Hawala-Systems für den Vermögenstransfer tatsächlich festgestellt werden; lag sie aber einmal vor, dann wies sie im Vergleich zu den anderen Transferarten die durchschnittlich

erheblich höheren Vermögenswerte auf. Dieses Phänomen gipfelte in einem Verfahren in der Übertragung von insgesamt 38,4 Mio. Euro mittels einer unbekanntem Anzahl von Transaktionen via Hawala-Banking, um den Islamischen Staat (IS) zu unterstützen.

Als Kommunikationskanäle werden weiterhin in erster Linie Instant Messenger/Social Media Produkte wie WhatsApp, Facebook und Telegram genutzt, die im Vergleich zum vormaligen Forschungsvorhaben sogar noch weiter an Bedeutung gewonnen haben.

VI. Künftige Herausforderungen bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung

In der Gesamtschau spiegeln die Ergebnisse der zweiten Forschungsstudie nicht nur die bereits im Rahmen der ersten Forschungsstudie gewonnenen Erkenntnisse wider, sondern decken darüber hinaus auch weitere Problemfelder auf.

1. Ermittlungsprobleme und Dominanz des Islamismus

Bestätigt haben sich einerseits die schon damals ausgemachten Schwierigkeiten bei der Ermittlung einschlägiger Sachverhalte.³⁶ So enthielten die Akten eingestellter Verfahren in der Mehrzahl wenige bis nahezu keine umfassenden Informationen zum relevanten Sachverhalt. Bekräftigt wurde zum anderen die These der Dominanz des Islamismus. Erwartungen, nach denen im zweiten Forschungsvorhaben aufgrund gesamtgesellschaftlicher Entwicklungstendenzen und prominenter Strafverfahren vermehrt auch Verfahren im rechts-extremistischen Kontext relevant werden würden,³⁷ haben sich nicht bestätigt.

2. Hawala-Banking

Des Weiteren bestehen die Risiken und Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Hawala-Banking ergeben,³⁸ unverändert fort. Zunächst stellten Verfahren mit einem Hawala-Bezug, wie bereits im letzten Forschungsvorhaben, auch dieses Mal eine Seltenheit dar. Das hängt unter anderem damit zusammen, dass solche Verfahren aufgrund der getroffenen Vorauswahl der relevanten Strafnormen aus dem Forschungsvorhaben herausfallen können. Denn die Übermittlung von Geldbeträgen im Rahmen eines Hawala-Systems stellt zum einen ein Finanztransfergeschäft nach § 10 Abs. 1 S. 1 ZAG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 ZAG dar,³⁹ dessen Betrieb ohne entsprechende Erlaubnis der BaFin nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG strafbar ist.⁴⁰ Zum anderen hat der BGH mittlerweile mehrfach bestätigt, dass es sich bei einer

²⁷ In Bezug auf den Ort der Finanzierungsinittierung wurden für insgesamt 860 von 951 Verfahren ergiebige Daten erhoben.

²⁸ Diese Ergebnisse decken sich mit denen aus dem vormaligen Forschungsvorhaben, in welchem rund 90 % aller Finanzierungshandlungen in Deutschland initiiert wurden, gefolgt von Syrien, der Türkei und dem Irak, jeweils in absteigender Reihenfolge, vgl. Forschungsvorhaben fe 12/17 (Fn. 4), S. 10; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328).

²⁹ Feststellbar in 258 von 764 hierzu auswertbarer Verfahren.

³⁰ Feststellbar in 241 von 764 hierzu auswertbarer Verfahren.

³¹ Feststellbar in 188 von 764 hierzu auswertbarer Verfahren.

³² Im vormaligen Forschungsvorhaben stellte die Banküberweisung mit rund 54 % die häufigste Transferart dar, gefolgt von persönlicher Übergabe (rund 30 %) und Geldtransfer über einen Zahlungsdienstleister (rund 24 %), vgl. Forschungsvorhaben fe 12/17 (Fn. 4), S. 11; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328).

³³ *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (329 f.) m.w.N.

³⁴ Forschungsvorhaben fe 12/17 (Fn. 4), S. 11; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (328 f.).

³⁵ Feststellbar in 22 von 764 hierzu auswertbarer Verfahren.

³⁶ *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (330).

³⁷ Vgl. *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (331).

³⁸ Hierzu *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326 (329 f.).

³⁹ BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), Stand: November 2017, unter 2. e); *Eggers/van Cleve*, NZWiSt 2020, 426 (427); *Taheri*, BKR 2020, 133 (134 f.).

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20 = BeckRS 2022, 20799 Rn. 22 ff.; BGH, Beschl. v. 2.6.2021 – 3 StR 61/21 = NJW 2021, 2979 (2980).

ein Hawala-System betreibenden Organisation um eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB handeln kann.⁴¹ Beides hat zur Folge, dass Verfahren mit Hawala-Bezug häufig aufgrund anderer, für das Forschungsvorhaben nicht als relevant eingestufte Strafnormen geführt werden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das jahrhundertealte System des Hawala-Bankings in der Vielzahl der identifizierten Fälle weder der Terrorismusfinanzierung noch der Geldwäsche dient.⁴²

Nichtsdestotrotz birgt das Hawala-Banking aufgrund der Anonymität involvierter Personen und fehlender Dokumentations- und Buchführungspflichten weiterhin erhebliche Sicherheitsrisiken und stellt die Behörden bei der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung vor komplexe Herausforderungen. Dies belegen neben den offenkundigen Nachweis- und Ermittlungsproblemen in Anbetracht auffallend niedriger Verfahrenszahlen die stark divergierende Höhe der in den Verfahren enthaltenen Vermögenswerte sowie die Anzahl der genutzten Transaktionen. Es wird eine wesentliche Aufgabe moderner Strafverfolgung bleiben, Wege zu finden, um in diesem Bereich des gesellschaftlichen Untergrundes Ermittlungserfolge generieren zu können.

3. Durchschlagkraft der GwG-Verdachtsmeldungen

Die Erkenntnisse der zweiten Forschungsstudie belegen ferner, dass es den bisher ergriffenen staatlichen Maßnahmen zur effektiveren Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung, wie insbesondere der Neuregelung zu den GwG-Verdachtsmeldungen oder der Einrichtung der FIU als nationale Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, an Durchschlagkraft mangelt. So stellten GwG-Verdachtsmeldungen zwar einen der häufigsten Einleitungsgründe im Forschungsvorhaben dar, jedoch wurden fast alle der wegen einer GwG-Verdachtsmeldung eröffneten Verfahren eingestellt. Besonders misslich war dieser Befund in Fällen, in denen es um Zahlungen nach Syrien oder in die Türkei ging und der Zahlungsempfänger ein bekannter IS-Finanzagent war, es aber nach Aktenlage am Nachweis eines terroristischen Zusammenhangs fehlte, was zur Einstellung des Verfahrens führte. Inwieweit aktuelle Bemühungen des Gesetzgebers, durch materiell-rechtliche Erweiterungen des strafrechtlichen Anwendungsbereiches insbesondere der §§ 89a, 89c StGB eine vollständige und sachgerechte Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zu erreichen,⁴³ zu einer umfas-

senderen und vor allem effektiveren Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung beitragen können, bleibt abzuwarten. Gleiches gilt für die Änderungen, die die vom Europäischen Parlament im April 2024 verabschiedete Geldwäscheverordnung mit sich bringen wird, wie bspw. die Schaffung einer neuen Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Anti Money Laundering Authority) sowie die Ausstattung der nationalen FIUs mit erweiterten Befugnissen.⁴⁴

4. Hohe Einstellungsquote

Auch die zweite Forschungsstudie weist in ihren Ergebnissen zu den Verfahrensabschlüssen auf strukturelle Probleme in der Praxis der Strafverfolgung von Terrorismusfinanzierung hin. Eine Einstellungsquote von knapp 91,5 % und eine Verurteilungsrate von unter 4 %, die trotz der Erweiterung des Forschungszeitraums im Vergleich zum vorherigen Forschungsvorhaben sogar noch weiter gesunken ist, zeugen von einem mangelhaften staatlichen Zugriff auf Sachverhalte mit Bezug zur Terrorismusfinanzierung. Insbesondere das grobe Missverhältnis zwischen der Anzahl der im islamistischen Kontext geführten⁴⁵ und der hiervon eingestellten⁴⁶ Verfahren sticht in diesem Zusammenhang hervor. Dies gilt umso mehr, als eine Einstellung des Verfahrens in der Vielzahl der Fälle schlicht dadurch bewirkt werden konnte, dass ein Tatbeteiligter in der Beschuldigtenvernehmung als Ziel der Zahlung ein Familienmitglied angab und ein Bezug bspw. zum IS nicht bekannt war. Ferner legt die hohe Zahl der nach § 170 Abs. 2

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Umsetzung_RL_Terrorismusbekämpfung.html (11.5.2024).

Der Referentenentwurf des BMJ sieht u.a. eine Ersetzung des Begriffs der schweren staatsgefährdenden Gewalttat in § 89a StGB durch den Begriff der terroristischen Straftat und eine Erweiterung des Straftatenkatalogs des § 89a Abs. 1 StGB n.F. vor; daneben sollen in § 89a Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 StGB n.F. das Aus- und Einreisen in die Bundesrepublik in terroristischer Absicht umfassend unter Strafe gestellt und in § 89a Abs. 2b StGB n.F. der Tatbestand der versuchten Anstiftung zu einer terroristischen Straftat eingeführt werden. § 89a Abs. 2a StGB n.F. soll zudem künftig eine Versuchsstrafbarkeit für alle terroristischen Straftaten enthalten. Durch die Bezugnahme von § 89c Abs. 1 StGB n.F. auf die neue Legaldefinition der terroristischen Straftat in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB n.F. soll ferner die Finanzierung sämtlicher terroristischer Straftaten kriminalisiert werden, während § 89c Abs. 2 StGB n.F. die Finanzierung diverser Handlungen im Vorfeld einer terroristischen Straftat strafrechtlich erfassen soll. Schließlich wird mit § 89c Abs. 8 StGB n.F. der Versuch der Terrorismusfinanzierung unter Strafe gestellt.

⁴⁴ Pressemitteilung des EU-Parlaments v. 24.4.2024, abrufbar unter

<https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20240419IPR20586/neue-eu-vorschriften-zur-bekämpfung-der-geldwasche-verabschiedet> (11.5.2024).

⁴⁵ Knapp 62 % aller relevanten Verfahren.

⁴⁶ Knapp 90 % aller Verfahren mit islamistischem Bezug.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 28.6.2023 – 3 StR 108/23 = BeckRS 2023, 18792; BGH, Beschl. v. 1.6.2023 – 3 StR 414/22 = BeckRS 2023, 17742; BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20 = BeckRS 2022, 20799 = NStZ-RR 2022, 343; BGH, Beschl. v. 2.6.2021 – 3 StR 61/21 = NJW 2021, 2979 m. Anm. Brand = NStZ 2022, 35 m. Anm. Nestler/Schiffer.

⁴² Eggers/van Cleve, NZWiSt 2020, 426 (427); Taheri, BKR 2020, 133 (134).

⁴³ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung v. 22.11.2023, abrufbar unter

StPO eingestellten Verfahren,⁴⁷ also solcher Verfahren, in denen zunächst ein Anfangsverdacht bestand, dieser sich aber mangels weiterer Anhaltspunkte nicht zu einem hinreichenden Tatverdacht verdichten konnte, nahe, dass ein Großteil der eingeleiteten Verfahren auf rein zufälligen Anhaltspunkten basierte, die im Laufe des weiteren Verfahrens ohne großen Aufwand entkräftet werden konnten. Auch die eingesetzten Ermittlungsmaßnahmen scheinen im Regelfall zu keiner (weiteren) sinnvollen Beweisgewinnung beigetragen zu haben.

Zugegebenermaßen ist in die verhältnismäßig sehr hohe Einstellungsquote der im Zuge vergangener Flüchtlingsbewegungen stark gestiegene Anteil an Asylverfahren beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (sog. BAMF-Verfahren) einzupreisen, in denen sich aufgrund von Schutzbehauptungen häufig Anhaltspunkte für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens ergaben, am Ende aber nur ein kleiner Teil tatsächlich relevante Bezugspunkte zu terrorismusfinanzierenden Sachverhalten aufwies. Nichtsdestotrotz bleibt der bereits im ersten Forschungsvorhaben diagnostizierte und nun bestätigte Befund von hohen Verfahrenszahlen gegenüber niedrigen Verurteilungsraten, insbesondere im Zusammenhang mit islamistisch geprägten Verfahren, besorgniserregend. Er mahnt im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung in Deutschland sowohl zu innovativen strafverfolgungsrechtlichen Konzepten als auch zu steter behördlicher Wachsamkeit.

⁴⁷ Rund 56,6 % aller erfolgten Einstellungen.

Geldwäschebekämpfung in Deutschland, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und den USA

Eine rechtsvergleichende Untersuchung

Von Wiss. Mitarbeiter **Timo Hauler**, Wiss. Mitarbeiter **Jan-Ulrich Dittmer**,
Prof. Dr. **Katrin Höffler**, Leipzig*

Der vorliegende Beitrag analysiert im Sinne einer funktionalen Rechtsvergleichung auf der Mikroebene die normative Geldwäschebekämpfung in Deutschland, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und den USA. Konkret wird untersucht, wie, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen Geldwäscher sanktioniert und staatliche Akteure über geldwäscheverdächtige Sachverhalte informiert werden. Darüber hinaus zielt der Beitrag darauf ab, die tatsächlichen Rahmenbedingungen und Auswirkungen des jeweiligen Geldwäscherechts aufzuhehlen. Die ausländischen Rechtsordnungen werden dabei auf solche Regelungen hin untersucht, deren Adaption sich mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG auch in der Bundesrepublik anbietet. Überzeugend erscheinen hierfür insbesondere die Beschränkung auf schwere Vortaten gem. Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB und 18 USC § 1956 (a) (1), die Ausgestaltung der Tathandlung in Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB sowie die sektorspezifische Formulierung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1, Abs. 1^{bis} schwGwG.*

I. Einführung

Die Geldwäschebekämpfung in Deutschland ist kein Erfolgsmodell – zumindest de lege lata.¹ So erhebt die drastische Ausweitung der Strafbarkeit nach § 261 dStGB i.V.m. der Meldepflicht privater Verpflichteter gem. § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 dGwG die Geldwäsche nach *Gazeas* „unnötig zum Massendelikt und erhöht das Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiko für letztlich jeden, der im Wirtschaftsleben Zahlungen oder Waren entgegennimmt.“² Gleichzeitig erscheint die grundlegende Konzeption des deutschen Geldwäscherechts nach *Müller* „mit Blick auf die Probleme der Strafverfolgungsbehörden bei der Bewältigung der schier Masse von Verdachtsfällen [...] eher kontraproduktiv“³. Einerseits mündet nämlich nur ein Bruchteil der tatsächlich abgegebe-

* *Katrin Höffler* ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie an der Universität Leipzig, *Timo Hauler* und *Jan-Ulrich Dittmer* sind Wiss. Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl; der Beitrag geht auf Arbeiten im Forschungsprojekt „Maschinelles Lernen zur effizienten Identifikation auffälliger Finanztransaktionen“ (MaLeFiz) zurück, das mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 13N16306 gefördert wird.

** Entsprechend den Redaktionsrichtlinien der ZfIStw wird das generische Maskulinum verwendet; dies soll alle Geschlechter einschließen.

¹ Vgl. bspw. *Reichling*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Nomos Kommentar, 2. Aufl. 2022, StGB § 261 Rn. 16.

² *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1046).

³ *Müller*, NJW-Spezial 2021, 312 (312).

nen Meldungen in der Eröffnung eines Strafverfahrens (bildlich gesprochen: „das Raster ist zu grob“).⁴ Andererseits ist davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil des Geldwäschevolumentens den Strafverfolgungsbehörden gänzlich verborgen bleibt (wieder bildlich gesprochen: „das Raster ist zu eng“). Auf der Suche nach einer Lösung für diesen misslungenen Spagat widmet sich der vorliegende Beitrag deshalb einer rechtsvergleichenden Untersuchung der wesentlichen Aspekte normativer Geldwäschebekämpfung: der strafrechtlichen Sanktionierung der Geldwäsche, dem Verdachtsmeldewesen sowie den tatsächlichen Rahmenbedingungen und Auswirkungen des Geldwäscherechts. Dafür werden die Rechtsordnungen der Schweiz, des Vereinigten Königreichs und der USA zunächst mit der Geldwäschebekämpfung in Deutschland verglichen und dann im Sinne einer kritischen Analyse auf solche Regelungen hin untersucht, deren Adaption sich de lege ferenda auch in der Bundesrepublik bzw. auf europäischer Ebene anbieten könnte.

II. Gang der Untersuchung

Konkret stellt sich der Beitrag als funktionale Rechtsvergleichung auf der Mikroebene die folgenden Fragen: Wie und unter welchen Voraussetzungen sanktionieren die Rechtsordnungen Geldwäsche? Wie, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen werden staatliche Akteure über geldwäscheverdächtige Sachverhalte informiert? Was sind die spezifischen Geldwäscherisiken der Länder, was der kriminalpolitische Mehrwert ihrer normativen Geldwäschebekämpfung?⁵ Die Auswahl der zu untersuchenden Rechtsordnungen war dabei einerseits durch die Sprachkenntnisse der Autoren limitiert, andererseits tragen diese aber auch gewichtige inhaltliche Erwägungen: Aufgrund ihrer erheblichen Bedeutung für die globale Finanzwirtschaft spielen die Schweiz, das Vereinigte Königreich und die USA eine entscheidende Rolle in der internationalen Geldwäschebekämpfung. Darüber hinaus werden alternative Regelungsansätze mit Blick auf die fortschreitende Europäisierung des Geldwäscherechts eher außerhalb der Union zu finden sein. Um systemeigene Begriffe zu vermeiden, soll Geldwäsche schließlich mit der Financial Action Task Force (FATF) nicht juristisch, sondern phänomenologisch als „the processing of

⁴ Vgl. Financial Intelligence Unit, Jahresbericht 2022, S. 21, abrufbar unter https://www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Links-fuer-Inhaltseiten/Fachthemen/FIU/fiu_jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (3.7.2024).

⁵ Insoweit beschränkt sich die Untersuchung auf die Länderberichte der FATF sowie offizielle Statistiken der (Strafverfolgungs-)Behörden.

[...] criminal proceeds to disguise their illegal origin“⁶ operationalisiert werden.

III. Geldwäschebekämpfung in Deutschland

Zunächst zur Rechtslage in Deutschland; hier wird Geldwäsche bekanntermaßen durch das Zusammenspiel aus § 261 dStGB und dem dGwG bekämpft.

1. Strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche

Die Bundesrepublik pönalisiert Geldwäsche also über einen einheitlichen Straftatbestand: § 261 dStGB, der eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe vorsieht.⁷ Der Anwendungsbereich des § 261 dStGB ist auf natürliche Personen beschränkt. Sein Tatobjekt ist jeder „Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt“, mithin alle Rechtsobjekte, die einen Vermögenswert haben⁸ und im Sinne eines all-crimes-Ansatzes aus einer beliebigen Straftat des deutschen Rechts⁹ erlangt oder hervorgebracht worden sind.¹⁰ Das Tatobjekt muss Gegenstand einer der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–4, Abs. 2 dStGB normierten Tathandlungen sein. Diese kriminalisieren im Wege einer umfassenden Aufzählung – „verbirgt“, „umtauscht, überträgt oder verbringt“, „sich oder einem Dritten verschafft“, „verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet“, „verheimlicht oder verschleiert“ – nahezu jeglichen Kontakt mit kriminell erlangten Vermögenswerten.¹¹ Schließlich muss der Täter gem. § 15 dStGB auf subjektiver Ebene grundsätzlich Vorsatz hinsichtlich der Tathandlung sowie des kriminellen Hintergrunds des Tatobjekts haben.¹² Nach § 261 Abs. 6 S. 1 dStGB genügt es allerdings, wenn der Täter den kriminellen Hintergrund des Tatobjekts „leichtfertig“ verkennt,¹³ er also aus grober Un-

⁶ FATF, Frequently Asked Questions, What is Money Laundering?, abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/en/pages/frequently-asked-questions.html#tabs-36503a8663-item-6ff811783c-tab> (3.7.2024); dazu vertiefend vgl. *Herzog/El-Ghazi*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, 15. Teil Rn. 1 ff.; die normative Terrorismusfinanzierungsbekämpfung – vgl. bspw. § 89 dStGB, § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 dGwG – ist nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung.

⁷ Für besonders schwere Fälle vgl. § 261 Abs. 5 S. 1 dStGB; der Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 dStGB läuft in der Praxis regelmäßig leer, vgl. *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129).

⁸ Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 27.

⁹ Vgl. *Bittmann*, NStZ 2022, 577 (577).

¹⁰ *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.5.2024, § 261 Rn. 16.

¹¹ Vgl. *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (277 f.).

¹² Bei einem Umtauschen, Übertragen oder Verbringen nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 dStGB muss der Täter darüber hinaus in der Absicht handeln, das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft des Tatobjekts zu vereiteln.

¹³ In diesem Fall verringert sich das Strafmaß auf eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder eine Geldstrafe.

achtsamkeit oder Gleichgültigkeit den kriminellen Hintergrund des Tatobjekts außer Acht lässt, obwohl sich dieser nach der Sachlage geradezu aufdrängt.¹⁴

2. Verdachtsmeldewesen

Über geldwäscheverdächtige Sachverhalte werden staatliche Akteure in Deutschland primär durch die Meldungen von Verpflichteten nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 dGwG informiert. Auf Tatbestandsebene müssen die Verpflichteten – das sind alle in § 2 Abs. 1 bzw. Abs. 3, Abs. 4 dGwG genannten privaten Unternehmen des Finanz- und Nichtfinanzsektors bzw. Behörden – einen Sachverhalt melden, wenn Tatsachen vorliegen, „die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte.“ Mit Blick auf den i.R.d. § 261 StGB gewählten all-crimes-Ansatz sowie die bewusst offene Formulierung – „hindeuten“ statt „feststellen“¹⁵ – legt die Rechtsprechung diese Voraussetzungen sehr weit aus: Für die Annahme einer Meldepflicht genügt bereits die bloße Möglichkeit, dass der betroffene Vermögensgegenstand aus irgendeiner rechtswidrigen Tat herrührt.¹⁶ Auf Rechtsfolgen-seite muss die Verdachtsmeldung „unverzüglich“, mithin ohne schuldhaftes Zögern,¹⁷ gegenüber der Financial Intelligence Unit (FIU) erfolgen. Diese unterzieht die Verdachtsmeldung gem. § 30 Abs. 2 dGwG einer sog. operativen Analyse und prüft, ob der Sachverhalt den zuständigen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden muss. Nach § 32 Abs. 2 S. 1 dGwG ist das der Fall, wenn der betroffene Vermögensgegenstand „mit Geldwäsche [...] oder mit einer sonstigen Straftat im Zusammenhang steht“.¹⁸ Eine entgegen § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 dGwG „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ abgegebene Meldung bedeutet eine Ordnungswidrigkeit, die gem. § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69, S. 2 dGwG mit einer Geldbuße von bis zu 100.000 Euro (Fahrlässigkeit) bzw. 150.000 Euro (Vorsatz) sowie nach § 57 Abs. 1 dGwG mit der öffentlichen Bekanntmachung der Pflichtverletzung geahndet werden kann. Der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung unterliegen gem. § 30 Abs. 1 dOWiG nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen.

3. Tatsächliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen

Länderspezifische Geldwäscherisiken erwachsen in Deutschland zum einen aus der hohen Bargeldaffinität, zum anderen aus dem erheblichen Volumen seiner exportorientierten,

¹⁴ Siehe nur *Bülte*, in: Joecks/Jäger/Randt, *Steuerstrafrecht*, 9. Aufl. 2022, § 261 Rn. 169.

¹⁵ Dazu *Pelz*, in: Brian/Pelz (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, GwG*, Stand: 1.6.2024, § 43 Rn. 13.

¹⁶ Vgl. insbesondere OLG Frankfurt a.M. WM 2019, 586 (588).

¹⁷ Vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 dBGB.

¹⁸ Vertiefend dazu vgl. *Ziegner*, in: Brian/Pelz (Fn. 15), § 32 Rn. 3.

mithin international vernetzten Volkswirtschaft.¹⁹ Hinsichtlich der Geldwäschebekämpfung bescheinigt die FATF der Bundesrepublik nach dem vernichtenden Urteil ihres ersten Mutual Evaluation Reports²⁰ nun gleichzeitig „significant improvements“²¹ im Finanzsektor und „major shortcomings“²² im Nichtfinanzsektor. So hat die Bundesrepublik bis August 2022 17 von 40 FATF-Empfehlungen vollständig, 18 Empfehlungen weitestgehend und fünf Empfehlungen teilweise implementiert.²³ Im Jahr 2022 haben die Verpflichteten 337.186 Verdachtsmeldungen (82.603 pro Billion USD Bruttoinlandsprodukt) gegenüber der FIU abgegeben. Wenn die FIU einen Sachverhalt an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weiterleitet, hatte dies 2022 in nur 5,39 % der Fälle, in denen eine Rückmeldung der Strafverfolgungsbehörden erfolgte, „Urteile, Strafbefehle, Beschlüsse und Anklageschriften“²⁴ zur Folge.

IV. Geldwäschebekämpfung in der Schweiz

In der Schweiz wird der Tatbestand „Geldwäscherei“ durch § 305^{bis} schwStGB und das schwGwG bekämpft.

1. Strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche

Auch die Schweiz pönalisiert Geldwäsche über einen einheitlichen Straftatbestand: Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB, der eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vorsieht.²⁵ Nach Art. 102 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 schwStGB können sich hier auch Unternehmen strafbar machen, soweit eine im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit begangene Geldwäsche „wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden“ kann oder das Unternehmen „nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.“²⁶ Tatobjekt des Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB sind alle Vermögenswerte, „die [...] aus einem Verbrechen oder [...] einem qualifizierten Steuerver-

gehen herrühren.“²⁷ Verbrechen meint im Sinne eines all-serious-crimes-Ansatzes²⁸ nach Art. 10 Abs. 2 schwStGB solche „Taten, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind“; qualifizierte Steuervergehen sind die in Art. 305^{bis} Abs. 1^{bis} schwStGB genannten Delikte. Das Tatobjekt muss Gegenstand einer Handlung sein, die – so die pauschale Formulierung des Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB – „geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung der betroffenen Vermögenswerte zu vereiteln“. Auf subjektiver Tatseite muss der Täter wissen oder annehmen müssen, dass die betroffenen Vermögenswerte taugliches Tatobjekt sind und Vorsatz hinsichtlich der Vereitelungshandlung haben.²⁹

2. Verdachtsmeldewesen

Über geldwäscheverdächtige Sachverhalte werden staatliche Akteure in der Schweiz primär durch die Meldungen von Verpflichteten informiert. Auf Tatbestandsebene wird dabei zwischen Finanzintermediären und Händlern unterschieden.³⁰ Finanzintermediäre sind die in Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 schwGwG genannten Institutionen.³¹ Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. a Nr. 1–3 Alt. 1 schwGwG sind diese zunächst dann meldepflichtig, wenn sie wissen oder den „begründeten Verdacht“ haben, dass die in eine Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte „im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Artikel 260^{ter}³² oder 305^{bis} [schw]StGB stehen“, „aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Artikel 305^{bis} Ziffer 1^{bis} [schw]StGB herrühren“ oder „der Verfügungsmacht einer kriminellen [...] Organisation unterliegen“. Gleiches gilt gem. Art. 9 Abs. 1 lit. b schwGwG, wenn die Finanzintermediäre Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung im vorvertraglichen Bereich wegen eines begründeten Verdachts i.S.d. Art. 9 Abs. 1 lit. a schwGwG abbrechen. Begründet, so die Legaldefinition des Art. 9 Abs. 1^{quater} schwGwG, ist ein Verdacht bereits dann, wenn dem Finanzintermediär ein konkreter Hinweis oder mehrere Anhaltspunkte für einen Verdacht nach Abs. 1 vorliegen und dieser Verdacht auch im Rahmen der besonderen Sorgfaltspflichten nach Art. 6 schwGwG nicht ausgeräumt werden kann.³³ Schließlich normiert Art.

¹⁹ FATF, Germany, Mutual Evaluation Report v. August 2022, S. 7, abrufbar unter

<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/Mutual-Evaluation-Report-Germany-2022.pdf> (3.7.2024).

²⁰ FATF, Germany, Mutual Evaluation Report v. 19.2.2010, abrufbar unter

<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/MER%20Germany%20full.pdf.coredownload.inline.pdf> (3.7.2024).

²¹ FATF (Fn. 19), S. 3.

²² FATF (Fn. 19), S. 5.

²³ FATF (Fn. 19), S. 16.

²⁴ Financial Intelligence Unit (Fn. 4), S. 14, 19, 21.

²⁵ Für schwere Fälle vgl. Art. 305^{bis} Abs. 2 schwStGB.

²⁶ Vgl. Schott, in: Srivastava/Simpson/Powell (Hrsg.), International Guide to Money Laundering Law and Practice, 5. Aufl. 2019, S. 1366 (Rn. 38.25); gem. Art. 102 Abs. 1 S. 2 schwStGB beträgt die maximale Geldstrafe für Unternehmen 5 Millionen CHF; allgemein zur strafrechtlichen Haftung juristischer Personen vgl. El-Ghazi, ZStW 130 (2018), 254; Zerbes, in: Soyer (Hrsg.), Handbuch Unternehmensstrafrecht, 2020, S. 701.

²⁷ Das gilt auch für Beteiligte der Vortat, vgl. Schott (Fn. 26), Rn. 38.13.

²⁸ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 261 Rn. 2.

²⁹ Vgl. Bundesstrafgericht, Ur. v. 15.12.2021 – SK.2020.21, Rn. 2.2.3.1.

³⁰ Zur Meldepflicht der Aufsichtsbehörden vgl. Art. 15 f. schwGwG; vgl. auch Art. 27 Abs. 4 schwGwG.

³¹ Zum Begriff der Berufsmäßigkeit vgl. Art. 7 Abs. 1 schwGwG.

³² Beteiligung oder Unterstützung krimineller Organisationen.

³³ Vgl. aber noch Bundesamt für Polizei, Art. 9 Geldwäscherei – Meldepflicht bei begründetem Verdacht, abrufbar unter https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/meldung/meldeformular/art_9_GeldwaescheG.html (3.7.2024).

305^{ter} Abs. 2 schwStGB unterhalb der Verdachtsschwelle des Art. 9 Abs. 1 schwGwG ein Melderecht für bestimmte Finanzintermediäre.³⁴ Händler sind gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b schwGwG alle natürlichen und juristischen Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld entgegennehmen. Nach Art. 9 Abs. 1^{bis} lit. a–c Alt. 1 schwGwG sind sie nur dann meldepflichtig, wenn sie wissen oder den begründeten Verdacht haben, dass die Barzahlungsmittel bei einem tatsächlich getätigten³⁵ Handelsgeschäft „im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Artikel 260^{ter} Ziffer 1 der 305^{bis} [schw]StGB stehen“, „aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Artikel 305^{bis} Ziffer 1^{bis} [schw]StGB herrühren“ oder „der Verfügungsmacht einer kriminellen [...] Organisation unterliegen“. Auf Rechtsfolgenebene müssen Finanzintermediäre wie auch Händler die Meldungen „unverzüglich“ gegenüber der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) abgeben. Die MROS analysiert gem. Art. 23 Abs. 2 S. 1 schwGwG die eingegangene Meldung und prüft, ob sie der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Anzeige erstatten muss. Nach Art. 23 Abs. 4 lit. a–c Alt. 1 schwGwG ist das der Fall, „wenn sie den begründeten Verdacht schöpft [sic!]“, „dass eine strafbare Handlung nach Artikel 260^{ter}, 305^{bis} oder 305^{ter} Absatz 1 [schw]StGB vorliegt“,³⁶ „Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Artikel 305^{bis} Ziffer 1^{bis} [schw]StGB herrühren“ oder „Vermögenswerte der Verfügungsmacht einer kriminellen [...] Organisation unterliegen“. Darüber hinaus muss die MROS gem. Art. 23 Abs. 5 schwGwG die betroffenen Finanzintermediäre informieren, soweit diese die fragliche Geschäftsbeziehung nicht bereits abgebrochen haben.³⁷ Verstöße gegen die Meldepflicht können gem. Art. 37 schwGwG mit einer „Busse“ von bis zu 150.000 CHF (Fahrlässigkeit) bzw. 500.000 CHF (Vorsatz) sanktioniert werden.

3. Tatsächliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen

Länderspezifische Geldwäscherisiken erwachsen in der Schweiz insbesondere aus den Charakteristika ihres international geprägten Finanzsektors: Nicht umsonst ist die Weltmarktführerin im cross-border private banking für ihre Diskretion bekannt.³⁸ Gleichzeitig musste die FATF anerkennen, dass die Schweiz in den letzten Jahren „major initiatives“³⁹ in die Wege geleitet hat, um das Bankgeheimnis einzuschränken; diese sollen langfristig auch eine effektivere Geldwä-

schebekämpfung ermöglichen.⁴⁰ So hat die Schweiz bis Oktober 2023 acht von 40 FATF-Empfehlungen vollständig, 29 Empfehlungen weitestgehend und drei Empfehlungen teilweise umgesetzt.⁴¹ Die MROS hat im Jahr 2022 7.639 Verdachtsmeldungen (9.793 pro Billion USD Bruttoinlandsprodukt) erhalten sowie 1.232 Anzeigen erstattet.⁴² Im selben Jahr wurden in der Schweiz 703 Personen wegen Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} schwStGB verurteilt.⁴³

V. Geldwäschebekämpfung im Vereinigten Königreich

In Großbritannien wird die Bekämpfung der Geldwäsche durch den Proceeds of Crime Act 2002 (POCA 2002) sowie die Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017 (MLR 2017) geregelt.

1. Strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche

Das Vereinigte Königreich pönalisiert Geldwäsche über drei separate Straftatbestände: POCA 2002, Abschnitte 327, 328 und 329. Gemäß POCA 2002, Abschnitt 334 Abs. 1 ist dafür im regulären Verfahren („conviction on indictment“) jeweils eine Freiheitsstrafe von bis zu 14 Jahren und/oder eine Geldstrafe, im Schnellverfahren („summary conviction“) jeweils eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten und/oder eine Geldstrafe vorgesehen. Entsprechend Schedule 1 des Interpretation Act 1978 können sich dabei auch juristische Personen strafbar machen, soweit diejenigen natürlichen Personen, welche das bzw. den „directing mind and will“⁴⁴ der juristi-

⁴⁰ Vgl. auch *Zerbes*, in: Gehl (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung, Zeugenschutz, Gewinnabschöpfung, Wege zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität? Ein europäischer Vergleich, 2004, S. 83.

⁴¹ FATF, Switzerland. Follow-Up Report & Technical Compliance Re-Rating v. Oktober 2023, S. 17 ff., abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fur/Switzerland-FUR-2023.pdf.coredownload.inline.pdf> (3.7.2024).

⁴² Vgl. MROS, Jahresbericht 2022, S. 20, abrufbar unter https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/dam/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2022.pdf.download.pdf/jb-mros-2022-d.pdf&ved=2ahUKEWjy9liB8YqHAXN_7sIHZ4MCAEQFnoECBIOAQ&usq=AOvVaw2W0NI_V-gD8jhpydokv42 (3.7.2024).

⁴³ Vgl. Bundesamt für Statistik, Erwachsene, Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone [ab 2008], abrufbar unter

https://www.bfs.admin.ch/asset/de/je-d-19.03.01.02.03.01.02_a (3.7.2024).

⁴⁴ *Tesco v Natrass* [1971] UKHL 1 AC 153, zit. n. Law Commission, Corporate Criminal Liability. Summary of the Options Paper, 2022, S. 3, abrufbar unter https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2022/06/Summary-Corporate-Criminal-Liability-Options-Paper_LC.pdf (4.7.2024).

³⁴ Vgl. auch den Straf- und Haftungsausschluss nach Art. 11 schwGwG.

³⁵ So nämlich der Umkehrschluss aus Art. 9 Abs. 1 lit. b schwGwG.

³⁶ Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht.

³⁷ Vgl. Art. 9b schwGwG.

³⁸ FATF, Switzerland, Mutual Evaluation Report v. Dezember 2016, S. 4 f., abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/images/mer/mer-switzerland-2016.pdf.coredownload.inline.pdf> (3.7.2024).

³⁹ FATF (Fn. 38), S. 5.

schen Person ausmachen, in die Tat involviert sind.⁴⁵ Tatobjekt der POCA 2002, Abschnitte 327 ff. ist jeweils „criminal property“ – gemäß POCA 2002, Abschnitt 340 Abs. 3 lit. a jedes Vermögen, das im Sinne eines all-crimes-Ansatzes den Ertrag jeglichen kriminellen Verhaltens darstellt bzw. ganz oder teilweise, direkt oder indirekt repräsentiert.⁴⁶ Das Tatobjekt muss Gegenstand einer der in POCA 2002, Abschnitte 327 Abs. 1, 329 Abs. 1 normierten Tathandlungen sein, also verborgen, verschleiert, umgewandelt, übertragen, exportiert, erworben, genutzt oder besessen werden. Alternativ kann der Täter nach POCA 2002, Abschnitt 328 Abs. 1 eine Vereinbarung schließen, die – wie er weiß oder vermutet – Erwerb, Erhalt, Nutzung oder Kontrolle des Tatobjekts erleichtert. Auf subjektiver Tatseite muss der Täter gem. POCA 2002, Abschnitt 340 Abs. 3 lit. b wissen oder vermuten, dass das Tatobjekt den Ertrag kriminellen Verhaltens darstellt bzw. repräsentiert, mithin „criminal property“ ist. Umgekehrt entfällt die Strafbarkeit nach POCA 2002, Abschnitte 327 Abs. 2 lit. a bzw. 328 Abs. 2 lit. a oder 329 Abs. 2 lit. a aber insbesondere dann, wenn der Täter befürchtet, zum Zweck der Geldwäsche benutzt zu werden⁴⁷ und den Sachverhalt dementsprechend vor Ausführung der Tathandlung als „authorised disclosure“ i.S.d. POCA 2002, Abschnitt 338 freiwillig der National Crime Agency (NCA) meldet.⁴⁸ Die NCA kann das weitere Vorgehen dann gem. POCA 2002, Abschnitt 335 genehmigen, um den eigentlichen Geldwäscher in Sicherheit zu wiegen und seine Überführung zu ermöglichen.⁴⁹ Eine „authorised disclosure“ kann grundsätzlich auch während bzw. nach Vornahme der Tathandlung abgegeben werden. In diesem Fall muss der Täter gem. POCA 2002, Abschnitt 338 Abs. 2A bzw. Abs. 3 allerdings den kriminellen Hintergrund des Tatobjekts verkannt haben bzw. eine „reasonable excuse“ für die Verspätung vorweisen.

2. Verdachtsmeldewesen

Staatliche Akteure werden in Großbritannien neben „authorised disclosures“ in erster Linie durch „required disclosures“ über geldwäscheverdächtige Sachverhalte informiert. Diese unfreiwilligen Verdachtsmeldungen müssen insbesondere im Tätigkeitsbereich des „regulated sector“ nach Schedule 9 Part

1 des POCA 2002 abgegeben werden.⁵⁰ Meldepflichtig sind auf Tatbestandsebene gem. POCA 2002, Abschnitt 330 Abs. 2, Abs. 3 alle natürlichen oder juristischen Personen, die im Rahmen einer solchen Geschäftstätigkeit Informationen erlangen, aufgrund derer sie wissen oder vermuten („knows or suspects“) bzw. fahrlässig verkennen („has reasonable grounds for knowing or suspecting“), dass eine andere Person Geldwäsche betreibt.⁵¹ Dafür genügt nach der Rechtsprechung bereits eine „possibility, which is more than fanciful, that the relevant facts exist“.⁵² Weiter müssen die betroffenen Personen gem. POCA 2002, Abschnitt 330 Abs. 3A in der Lage sein, den Geldwäscher oder die Belegenheit der inkriminierten Vermögenswerte zu identifizieren, oder zumindest glauben (müssen), dass eine Meldung eine solche Identifizierung erleichtern könnte.⁵³ Auf Rechtsfolgenebene müssen die „disclosures“ nach POCA 2002, Abschnitt 330 Abs. 4 so bald wie möglich („as soon as practicable“)⁵⁴ an eine durch den Arbeitgeber bestellten „nominated officer“ oder direkt an die NCA abgegeben werden.⁵⁵ Der „nominated officer“ kann seinerseits gem. POCA 2002, Abschnitt 331 verpflichtet sein, den Sachverhalt an die NCA zu melden.⁵⁶ Die NCA unterzieht die Meldungen einer Keywordsuche, deren Ergebnisse durch eine „menschliche“ Analyse überprüft werden, und stellt die relevanten Informationen ggf. den zuständigen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung.⁵⁷

⁵⁰ Daneben müssen alle „relevant persons“ i.S.d. The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations (MLR) 2017, Regelung 8 Abs. 1 gem. MLR 2017, Regelung 21 Abs. 3 einen Money Laundering Reporting Officer bestellen, der seinerseits nach POCA 2002, Abschnitt 332 meldepflichtig sein kann.

⁵¹ Gem. POCA 2002, Abschnitt 340 Abs. 11 umfasst Geldwäsche dabei auch „inchoate offenses“, vgl. m.w.N. *Srivastava* (Fn. 45), S. 75 f. (Rn. 2.58 f.).

⁵² Ein „vague feeling of unease“ ist dagegen nicht ausreichend, R v Da Silva [2006] EWCA Crim 1654, zit. n. NCA, SARs Regime Good Practice, Frequently Asked Questions, Juli 2020, S. 4, abrufbar unter <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/462-sars-faq-july-2020/file> (4.7.2024).

⁵³ So sollte die Zahl der „disclosures“ verringert werden, vgl. *Srivastava* (Fn. 45), S. 76 (Rn. 2.61).

⁵⁴ Vgl. auch POCA 2002, Abschnitt 338 Abs. 2A lit. c, Abs. 3 lit. c.

⁵⁵ Ausnahmen von der „disclosure“-Pflicht sind in POCA 2002, Abschnitt 330 Abs. 6–7D, 10 normiert.

⁵⁶ Die Voraussetzungen dieser Verpflichtung entsprechen im Wesentlichen denen der POCA 2002, Abschnitt 330, vgl. aber POCA 2022 Abschnitte 331 Abs. 3A, 332 Abs. 2, Abs. 3A.

⁵⁷ FATF, United Kingdom, Mutual Evaluation Report v. Dezember 2018, S. 53 f., abrufbar unter <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/MER-United-Kingdom-2018.pdf&ved=2ahUKEwir>

⁴⁵ M.w.N. *Srivastava*, in: *Srivastava/Simpson/Powell* (Fn. 26), S. 66 (Rn. 2.25).

⁴⁶ Zum Begriff des kriminellen Verhaltens („criminal conduct“) vgl. *Proceeds of Crime Act (POCA) 2002*, Abschnitt 340 Abs. 2; auch Beteiligte der Vortat können sich nach POCA 2002, Abschnitte 327 ff. strafbar machen, *Srivastava* (Fn. 45), S. 70 ff. (Rn. 2.40).

⁴⁷ Vgl. POCA 2002, Abschnitt 337 Abs. 3.

⁴⁸ Für weitere mögliche Adressaten vgl. POCA 2002, Abschnitt 338 Abs. 1 lit. a; für weitere Ausschlussgründe vgl. POCA 2022, Abschnitt 327 Abs. 2 lit. b, c, Abs. 2A, Abs. 2C; Abschnitt 328 Abs. 2 lit. b, c, Abs. 3, Abs. 5; Abschnitt 329 Abs. 2 lit. b, c, d, Abs. 2A, Abs. 2C.

⁴⁹ Die Genehmigung kann tatsächlich erteilt oder fingiert werden, vgl. POCA 2002, Abschnitt 335.

Verstöße gegen POCA 2002, Abschnitte 330 ff. werden im regulären Verfahren mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und/oder mit einer Geldstrafe, im Schnellverfahren mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten und/oder mit einer Geldstrafe sanktioniert, POCA 2002 Abschnitt 334 Abs. 2.

3. Tatsächliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen

Länderspezifische Geldwäscherisiken erwachsen im Vereinigten Königreich – auch nach dem Brexit einer der bedeutendsten Finanzplätze der Welt – insbesondere im Hinblick auf komplexere Geldwäschemethoden.⁵⁸ Für die FATF ist die britische Geldwäschebekämpfung grundsätzlich „effective in many respects“,⁵⁹ gleichzeitig sei aber zweifelhaft, ob das Potential des Verdachtsmeldewesens voll ausgeschöpft werde. Kritisiert wird insbesondere die „deliberate policy decision“,⁶⁰ die Meldungen vor ihrer Weiterleitung an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden durch die NCA nur anhand eines „rudimentary filter“⁶¹ überprüfen zu lassen. So hat das Vereinigte Königreich bis Mai 2022 24 von 40 FATF-Empfehlungen vollständig, 15 der Empfehlungen weitestgehend und eine der Empfehlungen teilweise umgesetzt.⁶² Zwischen April 2021 und März 2022 wurden 901.255 „disclosures“ (287.940 pro Billion USD Bruttoinlandprodukt) an die NCA abgegeben.⁶³ Der kriminalpolitische Mehrwert dieses vergleichsweise hohen Meldeaufkommens ist unklar;⁶⁴ konkrete Verurteilungszahlen sind nicht bekannt.

[yr_Lj4uHAXW-7sIHSqJAD8QFnoECBIQAQ&usg=AOvVaw02aZQBjx2vAemoaDI_IVN6](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fur/Follow-Up-Report-United-Kingdom-2022.pdf.coredownload.inline.pdf) (3.7.2024);

Simpson/Powell, in: Srivastava/Simpson/Powell (Fn. 26), S. 175 (Rn. 3.162).

⁵⁸ FATF (Fn. 57), S. 5.

⁵⁹ FATF (Fn. 57), S. 4.

⁶⁰ FATF (Fn. 57), S. 4.

⁶¹ FATF (Fn. 57), S. 53.

⁶² FATF, United Kingdom, Follow-Up Report & Technical Compliance Re-Rating v. Mai 2022, S. 5, abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fur/Follow-Up-Report-United-Kingdom-2022.pdf.coredownload.inline.pdf> (3.7.2024).

⁶³ NCA, United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Reports, 2022, S. 14, abrufbar unter <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/632-2022-sars-annual-report-1/file> (4.7.2024); Grundlage war hier das Bruttoinlandsprodukt des Vereinigten Königreichs im Jahr 2021.

⁶⁴ Insoweit aber skeptisch Law Commission, Summary of Anti-Money-Laundering, The SARs Regime Report, 2019, S. 6, abrufbar unter https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2019/06/6.5612_LC_Anti-money-laundering-summary_v6.pdf (4.7.2024); vgl. auch Her Majesty's Government, Economic Crime Plan 2023–2026, S. 33, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/media/642561b02fa8480013ec0f97/6.8300_HO_Economic_Crime_Plan_2_v6_Web.pdf (04.07.2024).

VI. Geldwäschebekämpfung in den USA

In den USA wird Geldwäsche auf Bundesebene durch den Money Laundering Control Act (kodifiziert in 18 USC § 1956 f.) sowie den Bank Secrecy Act (kodifiziert in 12 USC §§ 1829 (b), 1951 ff.; 31 USC §§ 5311 ff., 5316 ff.) bekämpft. Der Bank Secrecy Act wird durch Verordnungen – insbesondere 31 CFR Kapitel X – konkretisiert.

1. Strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche

Die USA pönalisieren Geldwäsche über zwei separate Straftatbestände: „laundering of monetary instruments“ gem. 18 USC § 1956 und „engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity“ nach 18 USC § 1957. Über das Rechtsinstitut respondeat superior sowie die doctrine of collective intent können sich insoweit auch juristische Personen strafbar machen.⁶⁵

a) „Laundering of Monetary Instruments“

„Laundering of monetary instruments“ kann gem. 18 USC § 1956(a) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 20 Jahren und/oder mit Geldstrafe von bis zu 500.000 USD bzw. dem doppelten Wert der betroffenen Vermögenswerte sanktioniert werden.⁶⁶ Darüber hinaus normiert 18 USC § 1956(b) einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch der Bundesregierung.⁶⁷ 18 USC § 1956(a) differenziert zwischen drei Tatbestandsalternativen: Inländischen Geldwäschetransaktionen, internationalen Geldwäschetransaktionen und *agent-provocatour*-Transaktionen.⁶⁸

aa) Inländische Geldwäschetransaktionen

Tatobjekte der inländischen Geldwäschetransaktion nach 18 USC § 1956 (a) (1) sind im Sinne eines all-serious-crimes-Ansatzes die Erträge der in 18 USC § 1956 (c) (7) normierten „specified unlawful activities“ (SUA), mithin qualifizierter Vortaten.⁶⁹ Tathandlung ist die Durchführung einer „financial transaction“, deren weite Definition gem. 18 USC § 1956 (c) (3)–(5) praktisch jede Vermögensbewegung umfasst.⁷⁰ So braucht hier – anders als bei 18 USC § 1957 – keine „financial institution“ i.S.d. 18 USC § 1956 (c) (6) an der Transaktion beteiligt zu sein.⁷¹ Auf subjektiver Tatseite muss der Täter

⁶⁵ *Tomas/Roppolo*, in: Srivastava/Simpson/Powell (Fn. 26), S. 1495 f. (Rn. 41.151 ff.).

⁶⁶ Vgl. Congressional Research Service, Money Laundering, An Overview of 18 U.S.C. § 1956 and Related Federal Criminal Law, S. 19, abrufbar unter <https://sgp.fas.org/crs/misc/RL33315.pdf> (04.07.2024).

⁶⁷ Vgl. auch 18 USC §§ 3551–3571.

⁶⁸ Zum (Geld-)Strafrahmen der *agent-provocatour*-Transaktion vgl. 18 USC § 1956 (a) (3).

⁶⁹ Die Liste der Vortaten ist freilich so ausführlich, dass die Grenzen zum all-crimes-Ansatz bereits leicht verschwommen erscheinen, vgl. *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1462 (Rn. 41.65).

⁷⁰ Zum Begriff der Durchführung („conducts“) vgl. 18 USC § 1956 (c) (2); zum Begriff der „transaction“ vgl. 18 USC § 1956 (c) (3).

⁷¹ Vgl. *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1462 (Rn. 41.62).

zunächst wissen, dass das Tatobjekt den Ertrag irgendeiner illegalen Tätigkeit („unlawful activity“) darstellt.⁷² Dafür genügt es nach ständiger Rechtsprechung, wenn sich der Täter dem kriminellen Hintergrund des Tatobjekts im Sinne eines conscious avoidance bewusst verschließt.⁷³ Darüber hinaus muss er den „intent“ haben, die Ausübung einer SUA zu fördern bzw. Steuerbetrug⁷⁴ zu begehen *oder* wissen, dass die Transaktion ganz oder teilweise darauf abzielt, die Art, Belegenheit, Quelle, Inhaberschaft der oder Kontrolle über das Tatobjekt zu verbergen oder zu verschleiern bzw. das Verdachtsmeldewesen zu umgehen.

bb) Internationale Geldwäschetransaktionen

Tatobjekt der internationalen Geldwäschetransaktion nach 18 USC § 1956 (a) (2) (B) sind im Sinne eines all-crimes-Ansatzes alle „monetary instruments“ oder „funds“, die den Ertrag irgendwelchen rechtswidrigen Verhaltens darstellen.⁷⁵ Tathandlung des 18 USC § 1956 (a) (2) ist der Transport, die Übermittlung oder die Übertragung des Tatobjekts in, durch oder aus den USA. Auf subjektiver Tatseite muss der Täter um den kriminellen Hintergrund des Tatobjekts wissen *und* mit der Tathandlung ganz oder teilweise darauf abzielen, die Art, Belegenheit, Quelle, Inhaberschaft oder Kontrolle über das Tatobjekt zu verbergen oder zu verschleiern bzw. das Verdachtsmeldewesen zu umgehen, 18 USC § 1956 (a) (2) (B). Bei der an dieser Stelle häufig genannten Alternative des 18 USC § 1956 (a) (2) (A), die unabhängig von einem kriminellen Hintergrund an jegliche „monetary instruments“ oder „funds“ anknüpfen kann, handelt es sich gerade nicht um Geldwäsche im Sinne der FATF-Definition.⁷⁶

cc) Agent -Provocateur -Transaktionen

Tatobjekt der agent-provocateur-Transaktion nach 18 USC § 1956 (a) (3) sind alle Vermögenswerte, welche ein staatlich autorisierter Lockspitzel gegenüber dem Täter als Ertrag oder Tatmittel einer SUA ausgegeben hat. Tathandlung ist wieder eine „financial transaction“ i.S.d. 18 USC § 1956 (c) (3)–(5); insoweit bestehen keine Unterschiede zur inländischen Geldwäschetransaktion. Auf subjektiver Tatseite muss der Täter den Darstellungen des Lockspitzel Glauben schenken sowie nach 18 USC § 1956 (a) (3) den „intent“ haben, die Ausübung einer SUA zu fördern *oder* die Art, Belegenheit, Quelle, Inhaberschaft bzw. Kontrolle über das Tatobjekt zu

verbergen bzw. zu verschleiern *oder* das Verdachtsmeldewesen zu umgehen.⁷⁷

b) „Engaging in Monetary Transactions in Property Derived from SUA“

„Engaging in Monetary Transactions in Property Derived from SUA“ wird gem. 18 USC §§ 1957 (b), 3571 (b) (3), (c) (3) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren und/oder mit einer Geldstrafe bis zu 250.000 USD für natürliche Personen bzw. 500.000 USD für juristische Personen bzw. dem doppelten Wert der betroffenen Vermögenswerte sanktioniert.⁷⁸ Ein zivilrechtlicher Haftungstatbestand entsprechend 18 USC § 1956 (b) ist nicht normiert. Tatobjekt sind parallel zur inländischen Geldwäschetransaktion im Sinne eines all-serious-crimes-Ansatzes grundsätzlich alle Erträge von SUA. Der Wert des Tatobjekts muss i.R.d. 18 USC § 1957 allerdings 10.000 USD übersteigen. Tathandlung ist eine „monetary transaction“, gem. 18 USC § 1957 (f) (1) also eine Vermögensbewegung, die – anders als bei 18 USC § 1956 – „by, through or to a financial institution“ abgewickelt wird. Auf subjektiver Tatseite muss der Täter lediglich wissen, dass das Tatobjekt „criminal derived property“ i.S.d. 18 USC § 1957 (f) (2) ist, mithin den Ertrag irgendeiner illegalen Handlung darstellt. Ein voluntatives Element ist nicht erforderlich.⁷⁹

2. Verdachtsmeldewesen

Über geldwäscheverdächtige Sachverhalte werden staatliche Akteure in den USA durch „currency transaction reports“ (CTRs) und „suspicious activity reports“ (SARs) informiert. CTRs und SARs werden durch das Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) analysiert und nach weiteren Ermittlungen den zuständigen Strafverfolgungsbehörden übermittelt.⁸⁰

a) „Currency Transaction Reports“

Zur Abgabe von CTRs verpflichtet sind die in 31 CFR § 1010.100 (t) aufgeführten „financial institutions“.⁸¹ Gem. 31 USC § 5313 i.V.m. 31 CFR § 1010.311 müssen diese auf Tatbestandsebene regelbasiert alle Transaktionen melden, deren Wert 10.000 USD übersteigt. Der Begriff der Transaktion wird hier weit verstanden, nämlich als „deposit, withdrawal, exchange of currency or other payment or transfer by, through, or to [a] financial institution“, 31 CFR § 1010.311.⁸² Umgekehrt begründen Transaktionen, an denen eine „exempt person“ i.S.d. 31 CFR § 1020.315 (b) – bspw.

⁷² Gemeint ist jede „form of activity that constitutes a felony under state, federal, or foreign law“, *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1463 f. (Rn. 41.72).

⁷³ Vgl. *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1463 f. (Rn. 41.72); vgl. auch Congressional Research Service (Fn. 66), S. 3.

⁷⁴ Konkret jede Verletzung von „section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986“, vgl. *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1459 f. (Rn. 41.55).

⁷⁵ Zum Begriff der „monetary instruments“ vgl. 18 USC § 1956 (c) (5).

⁷⁶ Vgl. *Yantis/Attia/Lethouris*, American Criminal Law Review 2018, 1469 (1473).

⁷⁷ Vgl. *Leff*, U.S. Attorney’s Bulletin 2013, 4 (5).

⁷⁸ Vgl. 18 USC § 1957 (f) (3).

⁷⁹ Vgl. *Yantis/Attia/Lethouris*, American Criminal Law Review 2018, 1469 (1471).

⁸⁰ Vgl. *Lindner*, Defense Counsel Journal 2007, 47 (52).

⁸¹ Daneben ermächtigt 31 USC § 5331 (a) das US-Finanzministerium zur Verpflichtung weiterer Unternehmen, die an der Transaktion beteiligt sind; für weitere Meldepflichten vgl. 31 CFR § 1010.330 ff.

⁸² Zusammenhängende Transaktionen können nach 31 CFR § 1010.313 einheitlich behandelt werden.

Behörden oder börsennotierte Unternehmen⁸³ – beteiligt ist, keine Meldepflicht. Für „non-bank financial institutions“ gilt das gem. 31 CFR § 1010.315 auch dann, wenn sie eine Transaktion mit einer ihrerseits verpflichteten Bank tätigen. Auf Rechtsfolgenebene müssen CTRs gem. 31 CFR § 1010.306 (a) (1) innerhalb von 15 Tagen nach der Transaktion gegenüber dem FinCEN abgegeben werden. Verstöße gegen die Verpflichtung zur Abgabe von CTRs können gem. 31 CFR § 1010.840 (a) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr und/oder mit einer Geldstrafe bis 1.000 USD bzw. mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und/oder mit einer Geldstrafe bis zu 10.000 USD sanktioniert werden, wenn sie die Begehung einer „violation of Federal law punishable by imprisonment for more than 1 year“ fördern. Darüber hinaus normiert 31 CFR § 1010.820 (b) einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch der Bundesregierung.

b) „Suspicious Activity Reports“

Zur Abgabe von SARs verpflichtet sind alle Unternehmen sowie ihre Mitarbeiter, die das Department of the Treasury entsprechend 31 USC § 5318 (g) kraft Verordnung dazu bestimmt hat.⁸⁴ Etwas vereinfacht gesprochen – die einzelnen Tatbestandsmerkmale richten sich gem. 31 CFR §§ 1020.320–1026.320 nach der Geschäftstätigkeit der Verpflichteten⁸⁵ – setzt eine solche Meldepflicht zunächst eine Transaktion „by, at, or through“ den Verpflichteten voraus, deren Wert mindestens 5.000 USD beträgt. Darüber hinaus muss der Verpflichtete wissen oder vermuten (müssen), dass die betroffene Transaktion Vermögenswerte mit kriminellem Hintergrund involviert bzw. solche Vermögenswerte verstecken oder verschleiern soll, dass die Transaktion darauf abzielt, die normative Geldwäschebekämpfung nach 31 CFR Kapitel X zu umgehen, dass die Transaktion keinen geschäftlichen oder rechtmäßigen Zweck verfolgt bzw. nicht dem üblichen Transaktionsverhalten des betroffenen Kunden entspricht oder dass die Transaktion der Förderung illegaler Handlungen dienen soll, vgl. bspw. 31 CFR §§ 1020.320 (2).⁸⁶ Auf Rechtsfolgenebene müssen Verpflichtete, die einen solchen Verdacht schöpfen, grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen einen SAR an das FinCEN abgeben, vgl. bspw. 31 CFR §§ 1020.320 (b) (3).⁸⁷ Verstöße gegen die Verpflichtung zur Abgabe von SARs können gem. 31 USC § 5322 (a), (b)

mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und/oder mit einer Geldstrafe bis zu 250.000 USD bzw. mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren und/oder mit einer Geldstrafe bis zu 500.000 USD sanktioniert werden, wenn sie einen Verstoß gegen „another law of the United States“ bedeuten oder mehr als 100.000 USD involvieren. Darüber hinaus normiert 31 USC § 5321 einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch der Bundesregierung.

3. Tatsächliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen

Länderspezifische Geldwäscherisiken erwachsen in den USA insbesondere aus dem schieren Volumen ihrer Volkswirtschaft sowie der besonderen Rolle des USD als globale Leitwährung.⁸⁸ Die FATF charakterisiert die US-amerikanische Geldwäschebekämpfung grundsätzlich als „developed and robust“,⁸⁹ beklagt aber gleichzeitig erhebliche Defizite im Hinblick auf den Nichtfinanzsektor und die Berücksichtigung wirtschaftlichen Eigentums.⁹⁰ So haben die USA bis März 2020 neun von 40 FATF-Empfehlungen vollständig, 22 Empfehlungen weitestgehend, fünf Empfehlungen teilweise und vier Empfehlungen nicht umgesetzt.⁹¹ Im Jahr 2022 hat das FinCEN 2,9 Millionen geldwäschebezogene SARs und 20,6 Millionen CTRs (insgesamt 921.566 Meldungen pro Billion USD Bruttoinlandsprodukt) erhalten.⁹² Die US Sentencing Commission zählt für das Fiskaljahr 2022 1.001 Verurteilungen wegen Geldwäsche.⁹³

VII. Ansatzpunkte für eine Reform in Deutschland

Fraglich ist, welcher der auf diesem Wege identifizierten Unterschiede in der normativen Geldwäschebekämpfung nun einen wertvollen Impuls für die rechtspolitische Debatte in Deutschland liefern kann. Die folgenden Empfehlungen für oder gegen die Adaption ausländischer Regelungen zielen dabei nicht auf Konformität mit den FATF-Empfehlungen ab, sondern wollen den verschiedenen Ausformungen des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG zu größtmöglicher Geltung verhelfen.⁹⁴

⁸³ „Exempt persons“ sind in 31 CFR § 1020.315 (b) gelistet.

⁸⁴ Für Bsp. vgl. *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1474 f. (Rn. 41.98).

⁸⁵ Vgl. auch 12 CFR §§ 21.11, 208.62, 353.3; dazu auch *Leffer/Sommerer*, AI Generated Money Laundering Alerts as Probable Cause in Criminal Law?, abrufbar unter <https://bahamasamlconference.centralbankbahamas.com/documents/2024-03-26-15-10-12-Session-4---Artificial-Intelligence-and-AML-Prosecution.pdf> (4.7.2024).

⁸⁶ *Tomas/Roppolo* (Fn. 65), S. 1474 f. (Rn. 41.98).

⁸⁷ Wird der betroffene Kunde nicht rechtzeitig identifiziert, kann die Frist um weitere 30 Tage verlängert werden; in Eilfällen – bspw. während einer Geldwäschehandlung – müssen die Verpflichteten die FinCEN „immediately“ per Telefon informieren, vgl. bspw. 31 CFR § 1020.320 (b) (3).

⁸⁸ FATF, United States, Mutual Evaluation Report v. Dezember 2016. S. 5, abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/MER-United-States-2016.pdf.coredownload.inline.pdf> (4.7.2024).

⁸⁹ FATF (Fn. 88), S. 3.

⁹⁰ FATF (Fn. 88), S. 3 ff.

⁹¹ FATF, United States, 3rd Enhanced Follow-Up Report Technical Compliance Re-Rating, S. 8, abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fur/Follow-Up-Report-United-States-March-2020.pdf> (4.7.2024).

⁹² FinCEN, FinCEN Year in Review for FY 2022, S. 3, abrufbar unter

https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FinCEN_Infographic_Public_2023_April_21_FINAL.pdf (4.7.2024).

⁹³ US Sentencing Commission, Quick Facts – Money Laundering Offenses – Fiscal Year 2022, S. 1, abrufbar unter https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/quick-facts/Money_Laundering_FY22.pdf (4.7.2024).

⁹⁴ Vgl. *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (285 f.).

1. Strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche

So könnte der deutsche Gesetzgeber der uferlosen Strafbarkeit nach § 261 dStGB und damit einem unverhältnismäßigen Haftungsrisiko der Bürger zunächst durch eine Beschränkung auf schwere Vortaten entsprechend Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB und 18 USC § 1956 (a) (1) entgegenzutreten. Den Rahmen seines unionsrechtlichen Handlungsspielraums nach Art. 288 Abs. 3 AEUV würde er dabei nicht überschreiten: Der all-crimes-Ansatz wird den Mitgliedstaaten in der Richtlinie (EU) 2018/1673 gerade nicht vorgeschrieben.⁹⁵ Alternativ könnte der Gesetzgeber entsprechend 18 USC § 1957 einen Mindestwert für das Tatobjekt normieren, um die Strafverfolgung auf besonders sozialschädliche Geldwäschefälle zu konzentrieren. Dabei müsste aber erstens verhindert werden, dass sich die Geldwäschetäter der strafrechtlichen Haftung durch sog. structuring oder smurfing entziehen;⁹⁶ zweitens kann die Valuation der betroffenen Vermögenswerte problematisch sein, wenn es sich nicht um Bar- oder Buchgeld handelt.⁹⁷ Weiter könnte der Gesetzgeber im Hinblick auf die Tathandlung entsprechend Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB jedes Verhalten pönalisieren, das „geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung“ des Tatobjekts zu vereiteln. Dem Gebot der Normenklarheit würde diese einfache, fast schon elegante Formulierung jedenfalls mehr entsprechen als die unübersichtliche Aufzählung der Tathandlungsalternativen in § 261 Abs. 1, Abs. 2 dStGB.⁹⁸ Soll diese beibehalten werden, könnte der Gesetzgeber stattdessen entsprechend 18 USC § 1956 (a) (1), (2) je nach dem Unrechtsgehalt der Tathandlungsalternative zwischen einem all-crimes- und einem all-serious-crimes-Ansatz differenzieren, um innerhalb des Art. 20 Abs. 3 GG einen Ausgleich zwischen dem (berechtigten) kriminalpolitischen Verfolgungsinteresse einerseits und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits zu gewährleisten. Darüber hinaus sollte er auf Rechtsfolgenebene nicht der Versuchung erliegen, einen der höheren Strafrahmen der POCA 2002, Abschnitt 334 Abs. 1 oder 18 USC §§ 1956, 1957 zu übernehmen. So hat die empirische Forschung gezeigt, dass sich potenzielle Täter bei der Entscheidung für und gegen Konformität und Delinquenz weniger an der Höhe der Strafdrohung als an der subjektiv empfundenen Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und Verurteilung orientieren.⁹⁹ Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber keinen agent-provocatour-Tatbestand entsprechend 18 USC § 1956 (a) (3) normieren,

⁹⁵ Vgl. Heger (Fn. 28), § 261 Rn. 2; Ruhmannseder (Fn. 10), § 261 Rn. 3.

⁹⁶ Zu diesen Begriffen vgl. Diergarten/Barreto da Rosa, Praxiswissen Geldwäscheprävention, 2. Aufl. 2021, S. 13; denkbar wäre bspw. eine Klausel entsprechend § 1 Abs. 5 S. 1 dGwG, der mehrere Transaktionen als eine, für die Valuation maßgebliche erfasst, zwischen denen „eine Verbindung zu bestehen scheint“.

⁹⁷ Zu dieser Problematik vgl. bspw. Kraiss, in: Brian/Pelz (Fn. 15), § 10 Rn. 69.

⁹⁸ Vgl. aber Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.

⁹⁹ Vgl. bspw. Dölling/Entorf/Rupp, European Journal on Criminal Policy and Research 2009, 201.

bei dem der Täter auch nach dem Überschreiten der Versuchsschwelle keinerlei Erfolgsunrecht verwirklicht. Schließlich könnte die Strafbarkeit nach § 261 dStGB de lege ferenda entsprechend Art. 102 Abs. 2 schwStGB auch auf juristische Personen – insbesondere Unternehmen, die bislang keine Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 dGwG sind – erstreckt werden,¹⁰⁰ wobei dies die große Frage nach der Schaffung eines Unternehmensstrafrechts beträfe.¹⁰¹ Eine solche Neuerung nur als „Insellösung“ für den Bereich der Geldwäsche erscheint nicht überzeugend; sollte jedoch ein allgemeines Unternehmensstrafrecht eingeführt werden, so wäre dies im Bereich der Geldwäsche wohl entsprechend anwendungsfähig.

2. Verdachtsmeldewesen

Im Hinblick auf das Verdachtsmeldewesen könnte der deutsche bzw. europäische Gesetzgeber die Geldwäschebekämpfung sowohl effizienter als auch effektiver gestalten.

a) Effizientere Gestaltung des Verdachtsmeldewesens

Effizienter wäre ein Verdachtsmeldewesen, das eine unnötige oder gar unverhältnismäßige Belastung seiner Verpflichteten vermeidet. Dementsprechend könnte der Gesetzgeber die Meldepflicht für die Finanzsektor- bzw. Nichtfinanzsektor-Verpflichteten parallel zu Art. 9 Abs. 1, Abs. 1^{bis} schwGwG ihren spezifischen Geldwäscherisiken entsprechend sowie unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen betriebswirtschaftlichen Ressourcen an unterschiedliche Voraussetzungen knüpfen. Umgekehrt bestehen nämlich erhebliche Zweifel, ob die homogene Regelung eines heterogenen Pflichtenkreises vom DAX-Unternehmen bis zur kleinen Kunstgalerie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist.¹⁰² Ganz in diesem Sinne könnte der Gesetzgeber auch das Konzept der „exempt persons“ gem. 31 CFR § 1020.315 übernehmen, die kleineren Verpflichteten also von der Prüfung solcher Transaktionen befreien, welche ohnehin von den schlagkräftigen Compliance-Abteilungen der Finanzsektor-Verpflichteten überwacht werden. Ein solcher (Teil-)Verzicht auf ergänzende Meldungen aus dem Nichtfinanzsektor würde allerdings nicht nur dessen Verpflichtete entlasten, sondern im Gegenzug auch das kriminalpolitische Verfolgungsinteresse beeinträchtigen: Über ein annähernd vollständiges Bild des zunehmend komplexen Geldwäschesgeschehens können die Strafverfolgungsbehörden nur dann verfügen, wenn sie mit Informationen aus unterschiedlichen Branchen versorgt werden.

¹⁰⁰ Dazu grundlegend vgl. Pieth, KJ 2014, 276; zum Unternehmensstrafverfahrensrecht vgl. Zerbis/El-Ghazi, NZWiSt 2018, 425.

¹⁰¹ Zu dieser Diskussion vgl. insbesondere Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend, NZWiSt 2018, 1.

¹⁰² Vgl. bspw. Danda, NJOZ 2021, 801 (802); Raue/Rögele, ZRP 2019, 196 (198 f.).

b) Effektivere Gestaltung des Verdachtsmeldewesens

Effektiver wäre ein Verdachtsmeldewesen, das einen größeren Anteil der tatsächlich geldwäscheverdächtigen Sachverhalte detektiert. So könnte der Gesetzgeber die Qualität der Verdachtsmeldungen steigern, indem er die FIU entsprechend Art. 23 Abs. 5 schwGwG verpflichtet, die betroffenen Verpflichteten über die Übermittlung bzw. Nichtübermittlung eines Sachverhalts an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden nach § 32 Abs. 2 S. 1 dGwG zu benachrichtigen, mithin de lege ferenda eine Informationsgrundlage für ein besseres Meldeverhalten schaffen.¹⁰³ Dabei muss freilich beachtet werden, dass die Übermittlung bzw. Nichtübermittlung eines Sachverhalts nach § 32 Abs. 2 S. 1 dGwG aufgrund der höheren Verdachtsschwelle nur eingeschränkt Rückschlüsse auf das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 dGwG zulässt.¹⁰⁴ Die Quantität der Verdachtsmeldungen könnte grundsätzlich durch die Einführung eines Melderechts entsprechend Art. 305^{ter} Abs. 2 schwStGB sowie der „authorised disclosures“ i.S.d. POCA 2002, Abschnitt 338 gesteigert werden. Faktisch besteht ein solches Melderecht aber schon de lege lata: § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 dGwG und die korrespondierende Haftungsbefreiung nach § 48 Abs. 1 Alt. 1 dGwG werden so weit ausgelegt, dass die Verpflichteten ohnehin praktisch jeden Sachverhalt melden dürfen.¹⁰⁵ Schließlich ist mit Blick auf die erheblichen Schwierigkeiten der FIU bei der Bewältigung des heutigen Meldeaufkommens – insoweit sei nur auf die Hausdurchsuchung durch die Staatsanwaltschaft Osnabrück am 9. September 2021 verwiesen¹⁰⁶ – durchaus fraglich, ob ein Mehr an Verdachtsmeldungen tatsächlich eine materielle Verbesserung der Strafrechtspflege bedeuten würde.

VIII. Zusammenfassung

Insgesamt zeichnet die vorliegende Rechtsvergleichung – vor dem Hintergrund der FATF-Empfehlungen wenig überraschend¹⁰⁷ – de lege lata ein relativ homogenes Bild der Geldwäschebekämpfung in Deutschland, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich und den USA. So haben sich alle

untersuchten Länder bei der strafrechtlichen Sanktionierung der Geldwäsche für eine ähnliche Deliktsstruktur entschieden.¹⁰⁸ Im Verdachtsmeldewesen werden ausgewählte Unternehmen und Behörden verpflichtet, geldwäscheverdächtige Sachverhalte deutlich unter der Schwelle des § 152 Abs. 2 dStPO an staatliche Akteure zu melden. Gleichzeitig bestehen im Detail erhebliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen. Die strafrechtliche Sanktionierung der Geldwäsche divergiert im Hinblick auf die Anforderungen an die Vortat,¹⁰⁹ die Ausgestaltung der Tathandlung,¹¹⁰ die Pönalisierung juristischer Personen¹¹¹ sowie das Strafmaß.¹¹² Im Verdachtsmeldewesen werden insbesondere die verpflichteten Branchen einheitlich bzw. uneinheitlich behandelt.¹¹³ Aus rechtspolitischer Perspektive verdeutlichen diese Unterschiede, dass der deutsche bzw. europäische Gesetzgeber die normative Geldwäschebekämpfung de lege ferenda durchaus anders gestalten könnte. Mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG scheint insoweit gerade die Adaption der Beschränkung auf schwere Vortaten gem. Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB und 18 USC § 1956 (a) (1), die Formulierung der Tathandlung entsprechend Art. 305^{bis} Abs. 1 schwStGB sowie die Übernahme der sektorspezifischen Ausgestaltung der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1, Abs. 1^{bis} schwGwG vielversprechend.

¹⁰⁸ Im actus reus stellen die Rechtsordnungen auf ein im Wesentlichen (vgl. aber 18 USC § 1957, in dessen Rahmen der Wert des Tatobjekts 10.000 USD überschreiten muss) beliebiges Tatobjekt ab, das zuerst Gegenstand einer Vortat (vgl. aber in 18 USC § 1956 (a) (3), in dessen Rahmen ein agent provocateur das Tatobjekt nur als Gegenstand einer Vortat ausgibt) und dann Gegenstand einer extensiv formulierten, mithin neutralen Tathandlung sein muss; die mens rea beinhaltet mit Ausnahme des 18 USC § 1957 jeweils ein kognitives und ein voluntatives Element.

¹⁰⁹ Deutschland und das Vereinigte Königreich folgen einem all-crimes-, die Schweiz einem all-serious-crimes-Ansatz; die USA differenzieren je nach dem Unrechtsgehalt der Tathandlungsalternative.

¹¹⁰ Deutschland normiert einen einheitlichen Geldwäschetatbestand mit mehreren Tathandlungsalternativen, die Schweiz einen einheitlichen Geldwäschetatbestand mit einheitlicher Formulierung der Tathandlung, das Vereinigte Königreich und die USA mehrere Geldwäschetatbestände.

¹¹¹ Nur Deutschland beschränkt die Geldwäschestrafbarkeit auf natürliche Personen, was aber mit dem Umstand zusammenhängt, dass eben kein Verbandsstrafrecht existiert; siehe dazu auch Fn. 101.

¹¹² Deutschland und die Schweiz haben sich im Vergleich zum Vereinigten Königreich und den USA für ein vergleichsweise mildes Strafmaß entschieden.

¹¹³ Deutschland und das Vereinigte Königreich formulieren eine einheitliche Meldepflicht für alle Verpflichteten, die Schweiz und die USA unterschiedliche Meldetatbestände für die einzelnen Verpflichtetengruppen.

¹⁰³ Nach § 41 Abs. 2 S. 1 dGwG gibt die FIU den Verpflichteten zwar „Rückmeldung zur Relevanz [ihrer] Meldungen“, nach ganz h.M. muss die FIU den Verpflichteten allerdings nicht jede Übermittlung oder Nichtübermittlung ihrer Meldung kommunizieren, sondern lediglich „periodisch allgemeine Rückmeldungen über die Art und Weise der Meldungen und die Meldungsqualität“ (Ziegner, in: Brian/Pelz [Fn. 15], § 41 Rn. 7) geben.

¹⁰⁴ Insoweit ebenfalls skeptisch BT-Drs. 19/30900, S. 777.

¹⁰⁵ Vgl. Pelz (Fn. 15), § 48 Rn. 6a.

¹⁰⁶ Vgl. Wegner, wistra 2022, 350.

¹⁰⁷ FATF, The FATF Recommendations, updated November 2023, S. 10 ff., abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%202012.pdf.coredownload.inline.pdf> (4.7.2024);

vgl. auch Weißer, in: Petzsche/Heger/Metzler (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, 2019, S. 229.

Von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

Der deutsche Gesetzgeber steht ebenso wie diejenigen der übrigen Mitgliedstaaten¹ vor der Herausforderung, eine neue europäische Richtlinie zum Umweltstrafrecht in das nationale Recht umzusetzen. Am 26. März 2024 hat der Rat der EU die „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinien 2008/99/EG² und 2009/123/EG³“⁴ (RL) angenommen, die sodann am 11. April 2024 unterzeichnet wurde. Die Richtlinie ist am zwanzigsten Tag nach ihrer am 30.4.2024 geschehenen Veröffentlichung im EU-Amtsblatt, d.h. am 20.5.2024 in Kraft getreten. Sie geht weit über die bisherigen Vorgaben der alten Richtlinie 2008/99/EG hinaus und greift tief in das bestehende nationale Strafrechtsgefüge ein. Damit zwingt sie, im Rahmen der bis zum 21.5.2026 bemessenen Umsetzungsfrist (Art. 28 Abs. 1 RL) etliche neue Straftatbestände zu schaffen bzw. vorhandene zu überarbeiten. Der folgende Beitrag soll Inhalt und Hintergründe des Regelungswerkes schildern und kritikwürdige Bestimmungen identifizieren. Angesichts des Umfangs der Richtlinie kann dabei hier nur exemplarisch vorgegangen und ein erster Eindruck verschafft werden.

I. Vorgeschichte

Die §§ 324 ff. StGB gingen ursprünglich auf nationale Initiativen zurück, die zunächst in das 1. und 2. UKG von 1980⁵ bzw. 1994⁶ mündeten und insbesondere die §§ 324–325a StGB bereits weitgehend in ihre noch heute geltende Fassung

brachten. Nach mehreren vergeblichen Anläufen⁷ griff der europäische Gesetzgeber erst 2008 mit der Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt⁸ in die nationale Gesetzgebung ein. Diese Richtlinie enthielt in insgesamt zehn Artikeln u.a. Begriffsdefinitionen (Art. 2) und verlangte, bestimmte Einbringungen in Wasser, Boden und Luft, Tätigkeiten in Bezug auf gefährliche Abfälle, den Betrieb gefährlicher Anlagen, den Umgang mit Kernmaterial, Eingriffe in und Umgang mit geschützten Tier- und Pflanzenarten sowie bestimmte Umgangsformen mit ozonschichtgefährdenden Stoffen unter Strafe zu stellen, sofern die jeweilige Handlung (verwaltungs-)rechtswidrig verübt wurde (Art. 3). Die Taten sollten „mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen“ (Art. 5) geahndet werden können, und zwar auch gegenüber juristischen Personen, wobei hier nicht explizit strafrechtliche Sanktionen verlangt wurden (Art. 7). Nähere Aussagen über die Sanktionenhöhe traf die Richtlinie seinerzeit nicht. Angesichts des bis dato bestehenden Umweltstrafrechts blieb die nachfolgende Umsetzung in das nationale deutsche Strafrecht überschaubar und erstreckte sich im Wesentlichen auf Ergänzungen der §§ 326–329 StGB, die im Jahre 2011 mittels des 3. UKG⁹ implementiert wurden.¹⁰

In den Folgejahren verstärkte die EU ihre Bemühungen um den Umweltschutz, die schließlich Ende 2019 in den sog. Green Deal¹¹ mündeten. Im Zuge dieser Priorisierung ließ die Kommission auch die Richtlinie 2008/99/EG intern evaluieren und legte dazu am 9.11.2020 einen Bericht vor.¹² Dieser Bericht listet etliche angebliche Defizite der Verfolgung von Umweltkriminalität auf (u.a. schlechte Datenlage, unterschiedliche Strafhöhen in den einzelnen Ländern, zu geringe länderübergreifende Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung, unklare Rechtslage und unbestimmte Begrifflichkeiten mit entsprechenden Auslegungsdivergenzen in den Ländern)

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

¹ Die neue Richtlinie wird allerdings weder für Irland noch für Dänemark gelten, vgl. Erwägungsgründe 69, 70 sowie Art. 1, 2 und 4a des Protokolls Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands im Anhang zu EUV und AEUV bzw. Art. 1 und 2 des Protokolls Nr. 22 über die Position Dänemarks im Anhang zu EUV und AEUV.

² Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt (ABl. EU Nr. L 328 v. 6.12.2008).

³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Änderung der Richtlinie 2005/35/EG über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. EU Nr. L 280/52 v. 27.10.2009.

⁴ Abrufbar unter

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203&qid=1715078276318 (9.7.2024).

⁵ 18. Strafrechtsänderungsgesetz – (1.) Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität – (18. StrÄG) v. 28.3.1980, BGBl. I 1980, S. 373.

⁶ 31. Strafrechtsänderungsgesetz – Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität – (31. StrÄndG – 2. UKG) v. 27.6.1994, BGBl. I 1994, S. 1440, berichtigt BGBl. I 1995, S. 249.

⁷ Siehe dazu näher Heghmanns, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 18, 13. Aufl. 2022, vor § 324 Rn. 27.

⁸ Siehe Fn. 2.

⁹ Das Gesetz heißt formal nicht so (siehe die folgende Fn.), ist aber faktisch ein dem 1. und 2. UKG gleichwertiges 3. UKG.

¹⁰ 45. Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt v. 6.12.2011, BGBl. I 2011, S. 2557.

¹¹ Mitteilung der Kommission v. 11.12.2019 – KOM (2019) 640 endg.

¹² Commission Staff Working Document Evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19.11.2008 on the protection of the environment through criminal law – SWD (2020) 259 endg., abrufbar unter

https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/environmental_crime_evaluation_report.pdf (9.7.2024).

und empfahl eine Überarbeitung der Richtlinie.¹³ Knapp ein Jahr später, am 15.12.2021, legte die EU-Kommission sodann einen ersten Entwurf für eine neue Richtlinie vor.¹⁴

Dieser erste Entwurf enthielt 29 Artikel. Gegenüber der Richtlinie 2008/99/EG listete er – neben den bestehenden – etliche weitere Verhaltensweisen als kriminalisierungspflichtig auf, darunter das Inverkehrbringen potenziell umweltgefährdender Produkte (Art. 3 Abs. 1 lit. b, c), das regelwidrige Recycling von Schiffen (Art. 3 Abs. 1 lit. g) und die verbotswidrige Einbringung oder Ausbreitung invasiver gebietsfremder Tier- oder Pflanzenarten von unionsweiter Bedeutung (Art. 3 Abs. 1 lit. p). Zudem schrieb der Entwurf konkrete Mindesthöchststrafen für sämtliche Delikte vor (Art. 5 Abs. 2–4). Gegenüber juristischen Personen wurden als Sanktionen u.a. Tätigkeitsverbote, richterliche Aufsicht sowie die richterliche Eröffnung des Liquidationsverfahrens vorgeschrieben (Art. 7 Abs. 2). Auch in das Strafverfahren regierte der Entwurf hinein, indem er u.a. die Möglichkeit zur Verfahrensbeteiligung von Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit (Art. 14) vorschrieb. Die Mitgliedstaaten sollten verpflichtet sein, den Strafverfolgungsbehörden ausreichende Ressourcen zuzuweisen (Art. 16) und deren Personal zu schulen (Art. 17). Zudem wurde eine einheitliche und detaillierte Datenerhebung vorgeschrieben (Art. 21).

Nach interner Abstimmung und Einigung zwischen Kommission, Regierungen und EU-Parlament am 16.11.2023 wurde unter dem 1.12.2023 ein Kompromissvorschlag¹⁵ formuliert, der sodann mit großer Mehrheit¹⁶ vom EU-Parlament und dem Rat der europäischen Union jeweils in erster Lesung angenommen worden ist.¹⁷ Diese nunmehrige Endfassung unterscheidet sich nur in Teilbereichen vom früheren Entwurf; sie weist allerdings deutlich umfangreichere Erwägungsgründe auf. Von der Vorgänger-Richtlinie 2008/99/EG unterscheidet sie sich ganz erheblich, was Um-

fang, Regelungstechnik wie auch materielle Regelungen anbelangt.

II. Legitimation

1. Rechtsgrundlage

Die damit unternommenen weiteren Harmonisierungsbemühungen auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts stützen sich auf Art. 83 Abs. 2 AEUV. Dieser allerdings verlangt eine Unerlässlichkeit angeglicherer Strafrechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten für eine wirksame Durchführung der Unionspolitik.¹⁸ Entsprechend behauptet Erwägungsgrund 4 der Richtlinie, die bestehenden Vorschriften der Richtlinie 2008/99/EG seien „nicht ausreichend gewesen, um die Einhaltung des Umweltschutzrechts der Union sicherzustellen.“ Näheres erfährt man in der Begründung des ersten Kommissionsentwurfes, der sich auf die Erkenntnisse des Evaluationsberichts vom 9.11.2020¹⁹ (im Folgenden: Bericht) beruft. Dieser belege „wesentliche Durchsetzungslücken“ und Defizite „in allen Mitgliedstaaten und auf allen Ebenen der Durchsetzungskette (Polizei, Staatsanwaltschaft und Strafgerichte)“.²⁰ Trotz der alten Richtlinie sei „die Anzahl der grenzüberschreitenden Ermittlungen und Verurteilungen in der EU im Bereich Umweltkriminalität nicht wesentlich gestiegen.“²¹ Ferner würden „durch die nicht ausreichenden Sanktionen in einer Reihe von Mitgliedstaaten EU-weit gleiche Wettbewerbsbedingungen sowie die Anwendung von Instrumenten für die gegenseitige Anerkennung wie der Europäische Haftbefehl und die Europäische Ermittlungsanordnung verhindert.“²²

„Kriminelle Handlungen im Zusammenhang mit der Umwelt [wiesen] häufig eine grenzüberschreitende Dimension auf [...] (zum Beispiel der illegale Handel mit Abfall, mit bedrohten Arten oder Erzeugnissen aus Wildtieren und Wildpflanzen [...]) oder entfalten grenzüberschreitende Wirkung (zum Beispiel im Fall von grenzüberschreitender Verschmutzung von Luft, Wasser und Boden).“²³

Das klingt alles zunächst schlüssig; näheres Hinsehen erweckt aber Zweifel, ob die erhobenen Befunde einen so umfassenden Eingriff überhaupt zu tragen vermögen.

2. Die Evaluation des bestehenden EU-Umweltstrafrechts

Es fällt zunächst auf, dass der Bericht – der offenbar einzige Beleg mit empirischem Anspruch für die Kommissionsinitiative – einen Mangel an belastbaren Informationen über Um-

¹³ Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 79 ff.

¹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG – KOM (2021) 851 endg., abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=C_ELEX:52021PC0851 (9.7.2024).

¹⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC (2021/0422 [COD]).

¹⁶ Lt. Pressemitteilung des Europäischen Parlaments mit 499 zu 100 Stimmen bei 23 Enthaltungen, siehe <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20240223IPR18075/umweltkriminalitat-liste-der-straftaten-und-sanktionen-wird-langer> (9.7.2024).

¹⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 27.2.2024 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG (KOM (2021) 0851 – C9-0466/2021 – 2021/0422(COD)), P9_TA (2024) 0093.

¹⁸ Vgl. dazu die gutachterliche Ausarbeitung des Fachbereichs Europa des Deutschen Bundestages v. 6.7.2022 (PE 6 – 3000 – 027/22).

¹⁹ Evaluationsbericht (Fn. 12).

²⁰ Kommissionsvorschlag (Fn. 14), S. 1.

²¹ Kommissionsvorschlag (Fn. 14), S. 4.

²² Kommissionsvorschlag (Fn. 14), S. 3 f.

²³ Kommissionsvorschlag (Fn. 14), S. 3.

weltkriminalität beklagt.²⁴ Was sodann an Informationsquellen benannt wird, bleibt methodisch jedenfalls suboptimal. Die Evaluierung konzentriert sich auf qualitative Forschung, die sich ihrerseits auf vorhandenes Material aus Studien, Erhebungen und Berichten der Kommission, von Netzwerken von Fachleuten auf dem Gebiet der Umweltkriminalität auf EU-Ebene, anderen Interessenträgern, Forschungseinrichtungen sowie der Mitgliedstaaten stützt. Interviews mit und die gezielte Konsultation von Interessenträgern wurden genutzt, um die vorhandenen Informationen zu ergänzen und die gezogenen Schlussfolgerungen zu überprüfen.²⁵ Im Grunde handelt es sich daher um eine Art Metastudie, jedoch auf der Basis recht unzulänglicher, selektiver Befunde, ergänzt um Stellungnahmen einschlägiger Interessenträger. Nicht unerwähnt bleiben soll auch, dass die Nutzung deutscher Quellen besonders gering ausgefallen ist. Zwar sollen insbesondere alle Fachministerien der Mitgliedstaaten, Strafverfolgungsbehörden und NGOs um Informationen gebeten worden sein.²⁶ Eine Antwort ist aus deutschen Landen aber offenbar nicht erfolgt.²⁷ Von den darüber hinaus nach Deutschland gerichteten vier Interviewanfragen wurde immerhin eine positiv beschieden (Umweltministerium).²⁸ An der deutschen Strafrechtswissenschaft ging die Evaluation schon deshalb vorbei, weil die Kontaktierung allein über die sog. Avosetta-Group²⁹ erfolgte, eine Forschergruppe mit (jedenfalls auch³⁰) Ansedelung am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Universität Erlangen-Nürnberg. Strafrechtswissenschaftler spielen dem Augenschein nach in dieser Gruppe keine Rolle. Man kann also getrost davon ausgehen, dass valide Informationen zur Strafverfolgung von Umweltstraftaten aus Deutschland nicht in den Bericht eingeflossen sind.

Eine der zentralen Begründungen für die neue Richtlinie ist der behauptete Anstieg der Umweltkriminalität (Erwägungsgrund 3). Gemeint ist dabei kein Anstieg der Verstöße

gegen existierende Strafvorschriften, sondern „Kriminalität“ wird vorpositiv als rechtswidriges umweltschädigendes Verhalten begriffen.³¹ Bereits die alte Richtlinie hatte Umweltkriminalität als eine Handlung definiert, die gegen Verpflichtungen verstößt, die sich aus einzelnen EU-Rechtsvorschriften ergeben und die erhebliche Schäden oder Risiken für die Umwelt oder die menschliche Gesundheit verursachen kann. Eine solche Einordnung geht freilich erst einmal viel zu weit, weil zahlreiche der in der alten wie in der neuen Richtlinie aufgelisteten Handlungen solche sind, die (wie etwa der in Art. 3 lit. d RL genannte Anlagenbetrieb) notwendig im Rahmen normaler industrieller Wirtschaftstätigkeit anfallen und damit – bei notwendiger Gefahrenvermeidung – genehmigungsfähig sind. Die pauschale Einordnung als kriminell, sobald eine – wie auch immer geartete – Rechtswidrigkeit hinzutritt, erscheint vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht, weil formale Verstöße oder solche ohne zusätzliches Gefahrenpotenzial den Qualitätssprung von legal zu kriminell nicht zu rechtfertigen vermögen. Hinzu tritt jetzt der beklagte Mangel an validen Informationen nicht nur über strafbares (d.h. tatsächlich durch die Mitgliedstaaten kriminalisiertes) Verhalten, sondern erst recht über das weite Feld der Umweltkriminalität, wie sie offenbar von der Richtlinie verstanden wird. Der Bericht ersetzt die fehlenden Daten durch Schlussfolgerungen aus einem bunten Mix aus Einzelinformationen,³² deren Verlässlichkeit ganz offensichtlich nicht weiter hinterfragt wird, was angesichts der beschriebenen selektiven, nicht repräsentativen Informationserhebung die besagten Folgerungen erheblich in Frage stellt.³³ Es kommt hinzu, dass die Evaluation sich auf zwei eng begrenzte Felder konzentriert, weil dort die Datenlage zwar ebenfalls schwach, aber immerhin noch besser ist als im Allgemeinen. Es handelt sich dabei um Abfallkriminalität und illegalen Artenhandel.³⁴ Weite Felder von potenziellen Umweltbeeinträchtigungen und deren Entwicklung seit Erlass der Richtlinie bleiben damit ausgeblendet (Wasser, Boden, Luft, Lärm, Gebietschutz). Nimmt man dies alles zusammen, so ist der angebliche Anstieg der Umweltkriminalität im Ganzen nichts als eine schlichte Behauptung ohne Beleg. Nur wenn man gestiegene Umweltbelastungen im Allgemeinen mit einem Anstieg illegaler Umweltbelastungen gleichsetzt, gewinnt dieser Befund an Plausibilität, aber eine solche Gleichsetzung kann selbstverständlich keine Basis für eine rationale Kriminalpolitik darstellen. So ist der Klimawandel sicherlich kein primäres Produkt krimineller Emissionen, sondern der allgemeinen Sorglosigkeit beim Umgang mit den natürlichen Ressourcen geschuldet.

Der Richtlinie liegt weiterhin die naive Vorstellung zu Grunde, nur hohe Strafen seien geeignete Abschreckungsinstrumente. „Die Sanktionen sollten verschärft werden, um

²⁴ Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 16

²⁵ Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 17 f.

²⁶ Evaluationsbericht (Fn. 12), Annex 2, S. 98; Anlagen erreichbar unter

https://commission.europa.eu/system/files/2020-11/evaluation_-_swd2020259_-_part_2.pdf (9.7.2024).

²⁷ Evaluationsbericht (Fn. 12, 26), Annex 2, S. 99 (Table 2).

²⁸ Evaluationsbericht (Fn. 12, 26), Annex 2, S. 100 f. (Table 4).

²⁹ <https://www.avosetta.oer2.rw.fau.de/> (9.7.2024); die im Evaluationsbericht (Fn. 12), Annex 1, S. 98, noch mitgeteilte Web-Adresse der Uni Bremen existiert nicht mehr. Der Hinweis der „Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht“ der Universität Bremen auf eine „Koordinierung der ‚avosetta group‘, eines Zusammenschlusses europäischer Umweltrechtler“ (abrufbar unter https://www.uni-bremen.de/umweltmanagement/forschung?word_list%5B0%5D=avosetta&no_cache=1 [9.7.2024]), ist offenbar veraltet.

³⁰ Die Webseite der Avosetta-Group gibt als Kontaktadresse diejenige des Instituts an (Prof. Dr. Wegener), wo sich freilich auch keine weiteren Hinweise finden.

³¹ Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 10 f.; Erwägungsgrund 4 des Entwurfs.

³² Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 20.

³³ So schon die Stellungnahme Nr. 52/2022 vom August 2022 des Strafrechtausschusses des DAV zum ersten Entwurf, S. 5 f.

³⁴ Evaluationsbericht (Fn. 12), S. 8.

ihre abschreckende Wirkung zu erhöhen“, heißt es in Erwägungsgrund 5 unter Ignorierung sämtlicher Erkenntnisse der Kriminologie darüber, dass Strafverschärfungen sich gerade nicht kriminalitätshemmend auswirken.³⁵ Der Bericht geht in die gleiche Richtung, formuliert aber etwas vorsichtiger, indem er primär hohe Aufdeckungsquoten, eine wirksame und zeitnahe Strafverfolgung und Verurteilung als abschreckend ansieht, aber ergänzt um eine Strafzumessung, die das verfügbare Spektrum und die Höhe der Sanktionen voll ausschöpfte.³⁶ Folgerichtig zieht sich durch die gesamte Richtlinie der unerschütterliche Glaube an das Strafrecht als Allheilmittel für exekutive Defizite, die zu beheben man sich nicht in der Lage fühlt (oder vielleicht auch nicht will, um sich nicht dem notorischen Vorwurf der Überregulierung auszusetzen). Das Scheitern und die Zwecklosigkeit des europäischen Umweltverwaltungsrechts sowie seiner weiteren Ausarbeitung (und Harmonisierung), das zur Bejahung der Unerlässlichkeit i.S.d. Art. 83 Abs. 2 AEUV erforderlich wäre, vermag der Bericht jedenfalls nicht zu begründen.

III. Die Grundzüge der neuen Richtlinie

1. Überblick

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, wenn die Richtlinie bedenkenfrei nicht nur weitere Kriminalisierungen verlangt, sondern auch verschärfte Sanktionen und deren konsequente Anwendung im Zuge intensiverer, kooperativer Strafverfolgung. Herausgekommen ist dabei eine Sammlung teils vielleicht sinnvoller, teils aber auch sehr problematischer Regelungen, welche die nationalen Rechtssysteme vor erhebliche Schwierigkeiten stellen werden, sollten sie konsequent umgesetzt werden. Die Richtlinie umfasst 75 Erwägungsgründe und 30 Artikel, deren umfangreichster Artikel 3 sich immerhin über fast fünf DIN A4-Textseiten der normalen EU-Formatierung erstreckt. Grob lässt sich die Richtlinie in drei Teile aufgliedern: Die Art. 1–12 konzentrieren sich auf das materielle Strafrecht, die Art. 13–21 haben Strafverfolgung und Prävention im Blick und die Art. 22–30 betreffen Umsetzung, Evaluation sowie die notwendigen Regelungen zum Außer- und Inkrafttreten.

Angesichts des Umfangs soll hier mit Schwerpunkt auf dem materiellen Recht vornehmlich das vorgestellt werden, was vom geltenden Recht abweicht. Teile der Richtlinie, bei denen das nicht der Fall ist – z.B. bei der Teilnahme (Art. 4), den Nebenfolgen (Art. 10), Verjährungsregeln (Art. 11) sowie im Strafanwendungsrecht (Art. 12) – werden hier nicht behandelt.

2. Definitionen und Auslegungshinweise

a) Definitionen

Festzustellen ist zunächst eine Tendenz in den Erwägungsgründen, sich um deutlich präzisere Auslegungshinweise für

die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe zu bemühen,³⁷ was bisweilen sogar arg detailverliebt erscheint.³⁸ Bei aller Regelungsdichte wird gelegentlich auch auf verbleibende Freiheiten des nationalen Gesetzgebers hingewiesen.³⁹ Ein Beispiel stellt die im ersten Entwurf noch recht strikte Forderung nach einer Öffentlichkeitsbeteiligung im Strafverfahren dar.⁴⁰ Sieht das nationale Recht für andere Kriminalitätsformen bestimmte Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht vor, so brauchen diese nach der verabschiedeten Fassung auch für Umweltstraftaten nun nicht mehr eingeführt zu werden.⁴¹ Allerdings handelt es sich um einen der wenigen Punkte, in denen die Richtlinie relativ zurückhaltend agiert; andernfalls wäre freilich auch die Legitimation des Art. 83 Abs. 2 AEUV an dieser Stelle kaum noch plausibel gewesen. Denn warum eine Öffentlichkeitsbeteiligung im Strafverfahren zur Durchsetzung der Umweltpolitik der EU beitragen sollte, leuchtet nicht recht ein, sofern man der Justiz in den Mitgliedstaaten kein kollektives Versagen bei der Behandlung angeklagter Straffälle unterstellt. Soweit geht selbst die Kommission in der Entwurfsbegründung nicht; es wäre auch nicht darstellbar gewesen.

Der eigentliche Richtlinienentwurf wartet zunächst mit einer in der Sache sinnvollen Änderung auf: Statt zahlreicher Legaldefinitionen, wie sie im ersten Entwurf in Art. 2 noch vorgesehen waren, verweist die Neuregelung auf die Auslegung in denjenigen Rechtsakten, die bereits zur Verwirkli-

³⁷ Vgl. die Erwägungsgründe 9–29 u.a. zu Schwellenwerten oder dem Schutzbereich der Verbote gegen das Inverkehrbringen gefährdender Produkte sowie zum Versuchsbeginn in Erwägungsgrund 29.

³⁸ So etwa die Ausführungen zur Sanktionierung juristischer Personen in den Erwägungsgründen 33–37.

³⁹ Vgl. etwa Erwägungsgründe 42 (zu Verurteilung und Strafvollzug) oder 55 (zu Whistleblowern).

⁴⁰ Art. 14 des Entwurfs lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit nach ihrer nationalen Rechtsordnung angemessene Rechte haben, um sich an Verfahren über Straftaten im Sinne der Artikel 3 und 4, beispielsweise als Zivilkläger, zu beteiligen.“

⁴¹ Der Art. 14 des Entwurfs entsprechende Art. 15 RL bestimmt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Personen, die von Straftaten im Sinne der Artikel 3 und 4 dieser Richtlinie betroffen sind oder betroffen sein könnten, und Personen, die ein ausreichendes Interesse haben oder eine Rechtsverletzung geltend machen, sowie Nichtregierungsorganisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und die Anforderungen des nationalen Rechts erfüllen, in Verfahren, die diese Straftaten betreffen, angemessene Verfahrensrechte haben, sofern derartige Verfahrensrechte für die betroffene Öffentlichkeit in dem Mitgliedstaat in Verfahren wegen anderer Straftaten bestehen, beispielsweise als Zivilkläger. In solchen Fällen stellen die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihrem nationalen Recht zudem sicher, dass die betroffene Öffentlichkeit über den Fortgang der Verfahren informiert wird, wenn dies in Strafverfahren wegen anderer Straftaten geschieht“ (*Hervorhebung* nur hier); vgl. zudem Erwägungsgrund 58.

chung der Umweltziele der EU erlassen wurden (Art. 2 Abs. 1 RL i.V.m. Art. 3 Abs. 2 RL). Das ist zwar nicht sonderlich anwenderfreundlich, vermeidet jedoch Auslegungsdifferenzen zwischen Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht und betont die akzessorische Natur des Strafrechts. Nachdem im Kompromissvorschlag⁴² sogar nur noch die Definitionen der juristischen Person sowie „rechtswidrig“ verblieben waren, sind nun noch der „Lebensraum innerhalb eines geschützten Gebietes“ sowie das „Ökosystem“ hinzugekommen (Art. 2 Abs. 2 lit. b und c RL).

b) Insbesondere die Rechtswidrigkeit genehmigten Verhaltens

Die Definition der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens (Art. 3 Abs. 1 S. 2, S. 3 RL) hat es freilich in sich. Sie sieht nunmehr nämlich eine strafrechtliche Unbeachtlichkeit von Genehmigungen nicht mehr allein dann vor, sofern die Genehmigung durch Täuschung, Erpressung oder Bestechung erlangt wurde (wie schon in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB geregelt), sondern auch bei einem offenkundigen Widerspruch zu materiellrechtlichen Anforderungen (vgl. auch Erwägungsgrund 10). Verbunden mit der Forderung, jedes in diesem Sinne rechtswidrige umweltbelastende Verhalten unter Strafe zu stellen (Art. 3 Abs. 1 S. 1 RL), wird dies zu noch weitergehenden Normwidersprüchen führen, als sie ohnehin schon § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB hervorgerufen hat. Denn diese Regelung der Richtlinie führt dazu, wirksam behördlich erlaubtes Verhalten zu untersagen. Das vermeintlich eherner Gesetz, das Strafrecht dürfe nicht verbieten, was ein anderes (vorrangiges) Rechtsgebiet explizit erlaubt, scheint keinerlei Geltung mehr zu besitzen. Bei den bisherigen Regelungen konnte man sich immerhin noch mit dem Gedanken trösten, der Normbetroffene habe ja an dem Erlass der unrichtig erlangten Genehmigung durch verbotene Mittel der Täuschung, Nötigung oder Korruption mitgewirkt. An der Strafwürdigkeit seines Gesamtverhaltens bestanden somit keine Zweifel; es war bloß zu beklagen, dass der Gesetzgeber das Pferd gewissermaßen von hinten aufgezümt hat, indem er nicht die – eigentlich strafwürdige – Erlangung der Genehmigung, sondern ihre – eigentlich formell legale – Ausnutzung zu bestrafen suchte. Bei einem lediglich offensichtlich mit dem materiellen Umweltverwaltungsrecht nicht in Einklang zu bringenden Genehmigungsakt ist dieser Erklärungsversuch des von der Richtlinie in Kauf genommenen Normwiderspruchs zwischen Verwaltungs- und Strafrecht aber nicht mehr möglich. Denn der Genehmigungsempfänger braucht weder in vorwerfbarer Weise an dem Rechtsverstoß mitgewirkt zu haben, noch ist ihm zwangsläufig eine Schuld hinsichtlich der Genehmigungsausnutzung anzulasten. Man stelle sich beispielsweise vor, der Bürger beantragt für eine Tätigkeit eine Genehmigung, wobei er um deren Genehmigungsunfähigkeit nicht weiß. Aufgrund eines behördlichen Fehlers wird die Tätigkeit genehmigt, was in offensichtlichem Widerspruch zum materiellen Recht stünde. Ein Vorwurf träfe den Bürger nur, wenn er um diesen Fehler wüsste. Aber warum sollte der um eine Genehmigung nachsuchende Bürger denn unbedingt schlauer sein als die im Rahmen der Genehmigungserteilung gegen

das Recht verstoßende Fachbehörde und die Fehlerhaftigkeit erkannt haben? Nur dann aber wäre seine Verurteilung ohne Verstoß gegen das verfassungsrechtlich fundierte Schuldprinzip zu rechtfertigen. Sollte diese Regelung tatsächlich irgendwann in das nationale deutsche Recht zu überführen sein, dann ließe sich dies ohne Verfassungsverstoß allenfalls dann bewerkstelligen, wenn man zumindest eine positive Kenntnis des Genehmigungsbesitzers von dem Verstoß gegen das materielle Recht als weitere Strafbarkeitsvoraussetzung formuliert. Bedingter Vorsatz oder gar grobe Fahrlässigkeit wären insoweit nicht ausreichend, denn angesichts der Komplexität des Umweltrechts würde das die Anforderungen an den Bürger überspannen, der, sofern er einigermaßen skrupulös ist, immer damit rechnen müsste, dass die Behörde das von ihm nicht zu überblickende Recht vielleicht unrichtig angewendet hat (und somit bedingten Vorsatz hätte). Immerhin soll nach Erwägungsgrund 10 die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit einer Genehmigung weiterhin Sache der Behörde sein, was man als zusätzliches Argument für die hier vertretene Reduktion auf direkten Vorsatz heranziehen kann. Selbstverständlich gingen die genannten Bedenken ins Leere, wenn auf der Seite des Genehmigungsempfängers ein juristisch hochgerüstetes Industrieunternehmen steht; dem allerdings dürfte dann auch der zu verlangende *dolus directus* 2. Grades einigermaßen problemlos nachzuweisen sein.

Bei allen derartigen Konstrukten wird das an sich akzessorische Strafrecht aus seiner Rolle heraustreten und sich als Primärrecht gerieren, das es naturgemäß nicht sein kann. Denn der formale Normenwiderspruch in Verwaltungs- und Strafrecht bliebe auch bei der soeben angedeuteten Lösung existent und wäre nur behelfsmäßig kaschiert. Der Königsweg aus dem Dilemma wäre deshalb ein anderer, nämlich entsprechende Genehmigungen aus ihrer Rolle als rechtswidrige, aber wirksame Gestattungen zu lösen. Der einfachste Weg verlief deshalb über eine entsprechende Erweiterung der Nichtigkeitsgründe in § 44 Abs. 2 VwVfG. Es bleibt zu hoffen, dass der nationale Gesetzgeber diese Alternative einer Umsetzung der Richtlinie in Erwägung zieht und diese nicht blindlings in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB transferiert.

c) Auslegungshinweise

Einige Rätsel wirft die Richtlinie auf, wenn sie Auslegungshinweise für einzelne ihrer Rechtsbegriffe gibt. Exemplarisch sei hier Art. 3 Abs. 8 RL genannt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei der Beurteilung, ob eine Menge [...] unerheblich oder nicht unerheblich ist, in den einschlägigen Fällen eines oder mehrere der folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

- a) die Anzahl der betroffenen Gegenstände;
- b) das Ausmaß, in dem ein regulatorischer Schwellenwert, Wert oder ein anderer vorgeschriebener Parameter [...], überschritten wurde;
- c) der Erhaltungsstatus der betroffenen Tier- und Pflanzenarten;
- d) die Kosten für die Wiederherstellung der Umwelt, sofern eine Bewertung dieser Kosten möglich ist.“

⁴² Fn. 15.

Würde man derartige Formulierungen unvermittelt in ein Strafgesetz überführen (wie es den Verfassern des RL-Entwurfs offenbar vorschwebte), erhielte man völlig unübersichtliche und letztlich auch wenig konkrete Strafnormen, die sich den Vorwurf der Unbestimmtheit gefallen lassen müssten. Denn letztlich werden nur Abwägungsparameter aneinandergereiht, die ihrerseits je für sich und im Verhältnis zueinander unklar bleiben: Welche Anzahl betroffener Gegenstände wäre denn etwa bei lit. a kritisch? Und wenn „ein oder mehrere“ Kriterien angewendet werden sollen: Wie viele Aspekte sind denn dann jeweils zu berücksichtigen bzw. wie viele und welche dürften im Einzelfall ignoriert werden? Einen Bestimmtheitsgewinn für den unbestimmten Rechtsbegriff der „erheblichen“ Menge erzielt ein solches Sammelsurium von Anhaltspunkten sicherlich nicht. Zudem wird man davon ausgehen dürfen, dass im Falle formal korrekter Rechtsanwendung jedenfalls alle im Einzelfall relevanten Faktoren aus dem Katalog von Art. 3 Abs. 8 RL ohnehin in jede einschlägige richterliche Entscheidung einfließen werden und die Nichtberücksichtigung von der Richtlinie als relevant angesehenen Kriterien revisionsgerichtlich sanktioniert würde. Von daher könnte sich der nationale Gesetzgeber wohl mit gutem Gewissen auf den Standpunkt stellen, eine „Sicherstellung“ der Berücksichtigung sei bereits *de lege lata* gewährleistet. Letzte Zweifel ließen sich ausräumen, wenn die Liste der Kriterien aus Art. 3 Abs. 8 RL in die Gesetzesbegründung übernommen und so zum Ausdruck gebracht würde, die „Erheblichkeit“ an diesen Aspekten ausrichten zu wollen. Entsprechend könnte in allen vergleichbaren Fällen verfahren werden.

3. Materielles Strafrecht: Was ist zu kriminalisieren?

Art. 3 Abs. 2 RL enthält die materiellen Strafbarkeitsbestimmungen, die in unterschiedlichem Maße einen nationalen Umsetzungsbedarf mit sich bringen. So sind die in Art. 3 Abs. 2 lit. c, d, f, g, i–o, q, s und t RL genannten Handlungen weitgehend bereits vom deutschen Strafrecht erfasst, weshalb auf sie hier nicht näher eingegangen werden soll. Art. 3 Abs. 2 RL nennt allerdings daneben auch etliche Verhaltensweisen, die zu Eingriffen in das bestehende Strafrecht zwingen werden, die hier – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – vorgestellt werden sollen.

a) Immissionen

Art. 3 Abs. 2 lit. a RL verlangt die Strafbarkeit der „Einleitung, Abgabe oder Einbringung einer Menge von Materialien oder Stoffen, Energie oder ionisierender Strahlung in die Luft, den Boden oder das Wasser, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder erhebliche Schäden hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder erhebliche Schäden an einem Ökosystem, Tieren oder Pflanzen verursacht oder dazu geeignet ist, dies zu verursachen.“ Diese Regelung betrifft die ebenfalls an den Umweltmedien Wasser, Boden und Luft ausgerichteten §§ 324, 324a und 325 StGB. Bislang dort nicht erfasst sind die Immission von Energie und ionisierenden Strahlen. Letztere werden zwar als Emissionen über § 325a Abs. 2 StGB erfasst, jedoch nur in Form konkreter Gefährdung und nicht wie in der

Richtlinie als potenzielles Gefährdungsdelikt. Die Einbringung von Energie fehlt im StGB bislang gänzlich, weil die §§ 324 ff. StGB sich auf (Schad-)Stoffe konzentrieren bzw. auf Veränderungen eher dauerhafter Natur. Die weitere Voraussetzung einer Gefährdungseignung hingegen ist in den §§ 324a, 325 StGB bereits enthalten, dagegen in § 324 StGB nicht. Das allerdings bleibt unschädlich, weil diese Strafbestimmung damit ohnehin schon weiter geht, als die Richtlinie verlangt.

b) Inverkehrbringen potenziell gefährlicher Erzeugnisse

Im Unterschied dazu thematisiert Art. 3 Abs. 2 lit. b RL mit dem Inverkehrbringen „eines Erzeugnisses [...], dessen Verwendung in größerem Umfang – d.h. [...] von mehreren Nutzern ungeachtet ihrer Anzahl – zur Einleitung, Emission oder Einbringung einer Menge von Materialien oder Stoffen, Energie oder ionisierender Strahlung in die Luft, den Boden oder das Wasser führt und den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder erhebliche Schäden hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder erhebliche Schäden an einem Ökosystem, Tieren oder Pflanzen verursacht oder dazu geeignet ist“ eine neue strafrechtliche Bewehrung der im ProdHaftG bislang nur zivilrechtlich angelegten Produkthaftung. Der Umweltbezug bleibt dabei über das Erfordernis einer Immission in die Umweltmedien Luft, Boden und Wasser gewahrt. Während aber strafrechtlich bislang der Fokus auf Erzeugern und Anwendern als Verursacher von Schäden lag,⁴³ erfolgt nunmehr eine Vorverlagerung durch die Erfassung selbst bloßer Schädigungseignung. Da die Haftung unabhängig von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der einzelnen Anwender des Produkts etabliert werden soll, handelt es sich auch um keine Zurechnung, wie sie schon bislang über die Figur der mittelbaren Täterschaft möglich gewesen wäre. Für eine Umsetzung böte es sich wegen des Immissionserfordernisses jedenfalls an, keine neue Strafvorschrift zu schaffen, sondern diese Produkthaftung an die §§ 324, 324a und 325 StGB anzudocken.

c) Durchführung von UVP-pflichtigen Projekten

Art. 3 Abs. 2 lit. e RL will die Durchführung von Projekten nach Art. 1 Abs. 2 lit. a i.S.v. Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2011/92/EU bestrafen, wenn diese Handlung ohne Genehmigung begangen wird und erhebliche Schäden hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder des Wasserzustands oder erhebliche Schäden an einem Ökosystem, Tieren oder Pflanzen verursacht oder dazu geeignet ist, dies zu verursachen. Erfasst werden hiervon bauliche und sonstige Anlagen sowie Natureingriffe, die der Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nach Anhängen I und II der RL 2011/92/EU unterliegen. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme zum ersten Entwurf der RL insoweit bereits vor einer Vorverlagerung der Strafbarkeit gewarnt, weil bislang nur der Betrieb solcher Anlagen in den §§ 327, 329 StGB strafbewehrt sei, während jetzt bereits die ungenehmigte

⁴³ Exemplarisch die Lederspray-Entscheidung BGHSt 37, 106.

Errichtung der Anlagen erfasst werde.⁴⁴ Angesichts des Umstandes, dass nach der RL die Schädigungseignung hinzutreten muss, erscheint die Vorverlagerung jedoch vertretbar, weil insoweit dann bereits auf die Schädigungseignung der Errichtung abzustellen wäre. Wenn diese aber – wie bei größeren Bauvorhaben – schon ohne die weiteren Belastungen durch den späteren Betrieb bereits für sich genommen umweltgefährdend ist, erscheint die beschriebene Ausdehnung der Strafbarkeit nicht unverhältnismäßig. Hier bedarf es entsprechender Ergänzungen in § 327 StGB, zumal nicht alle UVP-pflichtigen Anlagen in den dortigen Auflistungen enthalten sind.

d) Schiffsrecycling

Art. 3 Abs. 2 lit. h RL verlangt die Bestrafung von Schiffseignern im Falle des Schiffsrecyclings außerhalb gelisteter Abwrackeinrichtungen. Insoweit bedarf es einer Ergänzung von § 326 Abs. 1 StGB, der nur gefährliche Abfälle betrifft, was auf Schiffe nicht zwingend zutrifft (und ggf. zu aufwendigen Untersuchungen zwänge).

e) Inverkehrbringen bestimmter Rohprodukte

Nicht ganz unproblematisch ist wiederum Art. 3 Abs. 2 lit. p RL, der u.a. das Inverkehrbringen auf dem Unionsmarkt von Rindern, Kakao, Kaffee, Ölpalmen, Kautschuk, Soja und Holz unter Verstoß gegen das Verbot des Art. 3 der Verordnung (EU) 2023/1115 betrifft. Eine Verbotswidrigkeit kann dabei schon dann im Raume stehen, wenn keine sog. Sorgfaltserklärung (Art. 3 lit. c VO [EU] 2023/1115) über die umweltschonende Gewinnung vorliegt, mag auch tatsächlich keinerlei materielle Umweltgefährdung zu befürchten stehen. Da in der Richtlinie an dieser Stelle nur eine Minimalmengenbegrenzung vorgesehen ist, aber keine Begrenzung auf materielle Verstöße oder tatsächliche Umweltgefahren, könnten an sich auch schlichte Formalverstöße sanktioniert werden, ohne dass eine Rechtsgutsgefahr zu ersehen wäre. Bei der notwendigen Umsetzung dieser Vorschrift sollte daher ein zurückhaltendere Formulierung gewählt und ggf. nur Verstöße gegen Art. 3 lit. a und b der VO (EU) 2023/1115 erfasst werden, soweit dabei umweltschützende Regelungen missachtet wurden. Der hier einschlägige Erwägungsgrund 20 erlaubt für die quantitative Begrenzung eine umfassende Würdigung im Hinblick auf die jeweils drohende Umweltgefährdung. Das impliziert freilich eine strafrechtliche Irrelevanz, wenn der Verstoß als solcher zu überhaupt keiner unmittelbaren Umweltgefährdung führt. Das richtige Mittel, die Einhaltung der Pflicht zur Sorgfaltserklärung zu gewährleisten, wäre vielmehr ihre Sanktionierung im Wege des Ordnungswidrigkeitenrechts.

f) Umgang mit invasiven Tier- und Pflanzenarten

Eine neuartige Verbotsmaterie findet sich in Art. 3 Abs. 2 lit. r RL, der jeglichen Umgang mit invasiven gebietsfremden Arten von unionsweiter Bedeutung unter Strafe stellen möchte. Betroffen sind zum einen Verstöße gegen Art. 7 Abs. 1

der VO (EU) Nr. 1143/2014 über die Prävention und das Management der Einbringung und Ausbreitung invasiver gebietsfremder Arten, zum anderen Verstöße gegen Genehmigungen oder Zulassungen nach Art. 8 f. der genannten VO, insbesondere zu wissenschaftlichen Zwecken, sofern die jeweilige Handlung zumindest eine Schädigungseignung besitzt. Die genannte Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1143/2014 verbietet nicht nur Ein- und Durchfuhr, sondern jegliche Haltung, selbst unter Verschluss. Was gebietsfremd von unionsweiter Bedeutung ist, bestimmt sich nach einer mehrfach aktualisierten Liste,⁴⁵ die auch in Deutschland in der Natur bereits verbreitete Arten enthält (z.B. den Riesenbärenklau, die Wasserhyazinthe oder die Schmalblättrige Wasserpest).⁴⁶ Der ursprüngliche Entwurf hatte sich auf die schlichte Verbotswidrigkeit beschränkt, wurde jedoch auch im Hinblick auf Bedenken des Bundesrates⁴⁷ um die Schädigung oder Schädigungseignung der jeweiligen Handlung ergänzt. Bezugsgröße sind dazu ein Ökosystem⁴⁸ sowie „Tiere oder Pflanzen“, womit bereits kleinere Einheiten erfasst werden könnten. In Kombination mit der bloßen Eignung zur Schädigung wird kaum noch eine Restriktion des strafbaren Verhaltens erreicht; im Grunde kann damit jeglicher potenziell negative Einfluss einer Art auf die Umgebungsfauna bzw. -flora zur Strafbarkeit führen. Der Bundesrat hatte in diesem Kontext auf die Strafbarkeitsrisiken verwiesen, die im Zuge von Baumaßnahmen oder Erdbewegungen entstehen. Er hatte sich dabei zwar auf die unabsichtliche Verbreitung bezogen,⁴⁹ die nicht strafbar wäre. Bedingt vorsätzliches Handeln liegt jedoch ebenfalls nahe, wenn in Kenntnis eines Verbreitungsrisikos Arbeiten vorgenommen werden, bei denen eine Verbreitung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Auf-

⁴⁵ Durchführungsverordnung (EU) 2016/1141 v. 13.7.2016 zur Annahme einer Liste invasiver gebietsfremder Arten von unionsweiter Bedeutung gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1143/2014, geändert durch Durchführungs-VO (EU) 2017/1263 der Kommission v. 12.7.2017, durch Durchführungs-VO (EU) 2019/1262 sowie durch Durchführungs-VO (EU) 2022/1203 v. 12.7.2022; zu einer erläuternden Darstellung siehe *Nehring/Skowronek*, Die invasiven gebietsfremden Arten der Unionsliste der Verordnung (EU) Nr.1143/2014 – Zweite Fortschreibung 2019, 2020, abrufbar unter https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/service/Dokument_e/skripten/skript574.pdf (9.7.2024).

⁴⁶ Vgl. die erläuternden Darstellungen in *Nehring/Skowronek* (Fn. 45), S. 60 ff.

⁴⁷ BRat-Drs. 27/22, S. 6.

⁴⁸ Siehe dazu Erwägungsgrund 13: „Der Begriff ‚Ökosystem‘ sollte als dynamisches komplexes Wirkungsgefüge von Pflanzen-, Tier-, Pilz- und Mikroorganismengemeinschaften und ihrer abiotischen Umwelt verstanden werden, die eine funktionelle Einheit bilden, und Lebensraumtypen, Lebensräume von Arten und Artenpopulationen umfassen [...]. Kleinere Einheiten wie ein Bienenstock, ein Ameisenhaufen oder ein Baumstumpf können Teil eines Ökosystems sein, sollten für die Zwecke dieser Richtlinie jedoch nicht als eigenständiges Ökosystem betrachtet werden.“

⁴⁹ BRat-Drs. 27/22, S. 6.

⁴⁴ BRat-Drs. 27/22, S. 3 f.

wand zu verhindern wäre. Zumal bei bereits wild vorkommenden Arten wäre insoweit eine Strafwürdigkeit kaum zu begründen. Es erscheint auch fraglich, ob jeder Kleingärtner, der in seiner Parzelle oder seinem Gartenteich eine solche Art hält, die bereits in der Natur verbreitet ist, wirklich mit den Mitteln des Strafrechts sanktioniert werden muss.

4. Vorsatz und (grobe) Fahrlässigkeit

Die Richtlinie verlangt nicht nur die Bestrafung vorsätzlicher Verstöße, sondern listet in Art. 3 Abs. 4 RL zusätzlich eine Reihe von Tathandlungen aus Abs. 2 auf, die auch bei grober Fahrlässigkeit unter Strafe stehen sollen. Dies betrifft die in Abs. 3 lit. a–d, f, g, i–q, r Nr. ii, s und t RL aufgeführten und damit nahezu alle zu inkriminierenden Handlungen. Ausgenommen bleiben nur drei Fallgruppen, darunter die Projektdurchführung (Art. 3 lit. e RL), das Schiffsrecycling (Art. 3 lit. h RL) sowie einzelne Fälle des Umgangs mit invasiven Arten (Art. 3 lit. r Nr. i RL). Zum Teil ist der deutsche Gesetzgeber mit den bestehenden (einfachen) Fahrlässigkeitsvarianten (§§ 324 Abs. 3, 324a Abs. 3, 325 Abs. 4, 325a Abs. 3, 326 Abs. 5, 327 Abs. 3, 328 Abs. 5, 329 Abs. 5 StGB) bereits darüber hinausgegangen; ein Leichtfertigkeitserfordernis findet sich bislang nur in § 325 Abs. 5 StGB. Nicht ganz unproblematisch ist in diesem Kontext Art. 3 Abs. 2 lit. b RL (Inverkehrbringen potenziell umweltschädlicher Erzeugnisse) angesichts der Unwägbarkeiten, die oft mit neuartigen Produkten einhergehen. Um insoweit den Strafbarkeitsrahmen nicht zu sehr auszudehnen (was auch zu Wettbewerbsnachteilen durch einen übervorsichtigen Verzicht auf eine Markteinführung führen kann), sollte der deutsche Gesetzgeber sich insoweit tatsächlich auf einen Mindestgehorsam beschränken und eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur bei Leichtfertigkeit übernehmen. Ein Gleiches gilt für Art. 3 Abs. 2 lit. p RL (Inverkehrbringen auf dem Unionsmarkt von Rindern, Kakao, Kaffee, Ölpalmen, Kautschuk, Soja und Holz aus nicht umweltschonender Produktion). Auch hier droht ein erheblicher Mehraufwand für Unternehmen, wenn schon bei leichtester Sorgfaltswidrigkeit eine Strafbarkeit droht und es diese auszuschließen gilt.

5. Strafen, Qualifikationstatbestände und Strafschärfungen

a) Strafrahmen

Die Richtlinie begnügt sich nicht damit, die Strafbarkeit bestimmter Handlungen anzuordnen, sondern gibt auch noch vor, welche Freiheitsstrafen dabei vorzusehen sind. Art. 5 RL verlangt in Abs. 1 zunächst nur wie üblich die „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen“. Abs. 2 konkretisiert dies jetzt aber sehr detailliert, indem für explizit genannte Gruppen von Zuwiderhandlungen Mindesthöchststrafen von drei, fünf, acht oder zehn Jahren gefordert werden. Eine Höchststrafe von zumindest zehn Jahren ist nur für Straftaten mit Todesfolgen vorgesehen, u.a. bei den klassischen Verunreinigungs- und Abfalltatbeständen (Art. 3 Abs. 2 lit. a, f RL), aber auch für den Umgang mit invasiven gebietsfremden Arten (Art. 3 Abs. 2 lit. r RL). Soweit bislang schon die Grunddelikte strafbar sind, genügt der Qualifikationstatbestand des § 330 Abs. 2 Nr. 2

StGB diesen Vorgaben, der für alle Umweltdelikte bei Todesverursachung zehn oder sogar fünfzehn Jahre Höchstfreiheitsstrafe androht.

Die achtjährige Mindesthöchststrafe, ein in Deutschland bislang unbekanntes Höchstmaß, soll für Straftaten nach Art. 3 Abs. 3 RL gelten. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen Qualifikationstatbestand, dessen Qualifikationsmerkmale die Zerstörung, irreversible oder dauerhafte großflächige und erhebliche Schädigung eines „Ökosystem[s] von beträchtlicher Größe oder ökologischem Wert, [eines] Lebensraum[s] innerhalb eines geschützten Gebiets oder [der] Luft-, Boden- oder Wasserqualität“ sind. Dem kommt derzeit der besonders schwere Fall in Regelbeispielstechnik des § 330 Abs. 1 Nr. 1 StGB nahe, der bereits eine Höchstfreiheitsstrafe von zehn Jahren ermöglicht. Allerdings handelt es sich eben um keinen Qualifikationstatbestand, wie ihn Art. 3 Abs. 3 RL fordert. Zudem geht Art. 3 Abs. 3 RL in der Sache weiter, weil weder die Beeinträchtigung von Ökosystemen noch der Luftqualität derzeit zu den Erschwerungsgründen von § 330 Abs. 1 StGB zählt. Hier wird der Gesetzgeber daher tätig werden müssen. Die übrigen Strafhöhenforderungen entsprechen dem im deutschen Umweltstrafrecht bereits Üblichen.

b) Strafzumessung: strafschärfende Umstände

Daneben mischt sich die Richtlinie allerdings auch in die konkrete Strafzumessung des Einzelfalles ein. Nach Art. 8 RL ist „im Einklang mit nationalem Recht“ sicherzustellen, dass bestimmte Umstände, soweit sie nicht bereits zum Tatbestand gehören, „als erschwerende Umstände berücksichtigt werden“. Diese acht in Art. 8 lit. a–h RL explizit genannten Umständen sind

- die Zerstörung oder irreversible oder dauerhafte erhebliche Schädigung eines Ökosystems (lit. a). Insoweit sieht § 330 Abs. 1 Nr. 1 StGB einen ähnlichen besonders schweren Fall vor, der – wie bereits ausgeführt – lediglich um den Begriff des Ökosystems ergänzt werden müsste, um der RL zu genügen.
- die Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung im Sinne des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates⁵⁰ (lit. b). Der dort genannte Begriff der kriminellen Vereinigung⁵¹ ist wegen seiner Fokussierung auf materielle Vorteile zwar etwas enger als die deutsche Legaldefinition der kriminellen Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB; im Übrigen soll letzterer aber europarechtskonform sein.⁵² Umweltstraftaten, die im Rahmen einer solchen Vereini-

⁵⁰ Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität.

⁵¹ Art. 1 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses definiert die kriminelle Vereinigung als „einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen“.

⁵² *Stein/Greco*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 2, 6 f.

gung begangen werden, unterfallen zugleich § 129 StGB,⁵³ womit über die tateinheitliche Begehung und die daraus folgende Straferhöhung i.R.v. § 46 StGB dem Verlangen der Richtlinie Genüge getan sein sollte. Dies entspricht Erwägungsgrund 40, wonach es genügt, wenn ein bereits existierender Straftatbestand eine höhere Bestrafung erlaubt. Würde man hingegen einen besonders schweren Fall der Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung konstruieren, geriete man in die Gefahr einer Doppelbestrafung der Mitwirkung in einer kriminellen Vereinigung, der über die Annahme einer Gesetzeskonkurrenz zu begegnen wäre. Insoweit besteht daher überhaupt kein Umsetzungsbedarf.

- die Verwendung falscher oder gefälschter Dokumente (lit. c). Da insoweit eine tateinheitliche Bestrafung nach § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB erfolgen kann, gilt das zuvor Gesagte entsprechend; auch insoweit bedarf es keiner Umsetzung.
- die Begehung durch einen „öffentlichen Bediensteten im Rahmen der Wahrnehmung seines Amtes“ (lit. d). Bislang kennt das deutsche Umweltstrafrecht weder ein Amtsträgerdelikt⁵⁴ noch entsprechende Strafschärfungsgründe. Wohl aber existieren Vorbilder vergleichbarer Erschwerungsgründe (§§ 240 Abs. 4 Nr. 2, 263 Abs. 3 Nr. 4, 264 Abs. 2 Nr. 2, 267 Abs. 3 Nr. 4 StGB) oder Qualifikationsstatbestände (§§ 120 Abs. 2, 133 Abs. 3, 201 Abs. 3, 258a StGB). Die Einführung einer (generellen) Amtsträgerstrafbarkeit wäre nach den bisherigen Diskussionen zu diesem Thema⁵⁵ vermutlich nicht konsensfähig, weshalb sich ein neuer besonders schwerer Fall in § 330 Abs. 1 StGB des Missbrauchs der Befugnisse oder Stellung als Amtsträger nach dem Vorbild z.B. des § 240 Abs. 4 Nr. 2 StGB empfehlen dürfte. Würde man eine Strafschärfung allerdings, wie es die Richtlinie nahelegt, allein an die Begehung bei Wahrnehmung des Amtes, also ohne Missbrauchsmerkmal, knüpfen, könnte dies unter Schuldgesichtspunkten bedenklich sein. Sicherlich könnte man annehmen, ein Amtsträger sei dem Umweltschutz in höherem Maße verpflichtet als gewöhnliche Bürger. Allerdings wird der Umweltschaden eben nicht unmittelbar durch den Amtsträger verursacht, sondern regelmäßig durch den von ihm nicht hinlänglich überwachten oder fälschlich mit einer Genehmigung versehenen Bürger. Zudem ergäbe sich ein Missklang zu den Strafbarkeitsrisiken anderer, nicht in der Umweltverwaltung tätiger Amtsträger. Von daher erscheint es erforderlich, eine Straferhöhung wie in den bislang existenten schweren Fällen an einen Amtsmissbrauch zu knüpfen.
- die Begehung als Rückfälltäter (lit. e). Nach der Aufhebung der überkommenen allgemeinen Rückfallvorschrift in § 48 StGB a.F.⁵⁶ existiert im geltenden Strafrecht ledig-

lich noch (als „Rückschritt in längst überwunden geglaubte Zeiten“⁵⁷) in § 176c Abs. 1 Nr. 1 StGB eine pauschale Qualifikation auf Grund einer Vorverurteilung. Es ist bedauerlich, wenn der europäische Gesetzgeber seine Mitgliedstaaten nun zwingt, derart altertümliche Strafschärfungen (wieder) einzuführen. Die pauschale Ankoppelung an eine einschlägige Vorverurteilung widerspräche zudem dem Schuldprinzip und wäre verfassungswidrig.⁵⁸ Unabdingbar ist vielmehr das zusätzliche, seinerzeit bereits in § 48 StGB a.F. enthaltene Merkmal einer Missachtung der Warnwirkung der vorherigen Verurteilung. Es erscheint aber fraglich, ob es überhaupt einer Umsetzung bedarf. Denn Vorverurteilungen sind nach der Rechtsprechungspraxis bereits als – dort geradezu obligatorisch angewandte – Strafschärfungserwägung über § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen, weshalb zumindest von einer faktischen Sicherstellung ihrer strafschärfenden Berücksichtigung im Sinne der Richtlinie auszugehen ist.

- die Begehung um finanzieller Vorteile oder der Vermeidung von Aufwendungen wegen (lit. f). Dies ließe sich zwanglos unter das Regelbeispiel der Gewinnsucht des § 330 Abs. 1 Nr. 4 StGB subsumieren, weshalb es insoweit keiner Umsetzung bedarf.
- die Vernichtung von Beweismitteln und die Einschüchterung von Zeugen oder Beschwerdeführern (lit. g). Beides zieht derzeit einerseits prozessuale Konsequenzen nach sich (Haftgrund der Verdunklungsgefahr in § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO) und wird andererseits im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung über § 46 Abs. 2 StGB berücksichtigt. Ggf. könnten noch die Urkundenvernichtung, Sachbeschädigung, (versuchte) Nötigung oder Bedrohung einschlägig sein. Demgegenüber wäre weder eine Berücksichtigung über die allgemeine Strafzumessung noch die Einführung vertypter Strafschärfungsgründe unter Schuldaspekten gänzlich unproblematisch. Die Tatschuld steht mit der Tatbegehung prinzipiell fest, weshalb Nachtatverhalten – sofern es nicht die verschuldeten Tatauswirkungen betrifft, etwa qua Schadensminderung – prinzipiell nur im Rahmen der Schuld auf die Präventionserwägungen Einfluss nehmen kann, hingegen die Tatschuld nicht zu steigern vermag.⁵⁹ Das gilt umso mehr, wenn das Nachtatverhalten den Umfang oder die Folgen der Umweltstraftat überhaupt nicht betrifft. Die Einführung von entsprechenden Strafschärfungsgründen ist deshalb ohne schwere systematische Verwerfungen überhaupt nicht zu leisten. Der nationale Gesetzgeber wäre daher gut beraten, entweder auf die bestehenden Bestrafungsmöglichkeiten und die Rechtsprechungspraxis zu verweisen oder alternativ einen eigenständigen – und dann nicht auf das Verhalten von Umweltstraftätern begrenzten, sondern allgemeinen – Straftatbestand unlauterer Tatverdunklung einzuführen.

⁵³ Stein/Greco (Fn. 52), § 129 Rn. 45.

⁵⁴ Vgl. zur entsprechenden Diskussion Heghmanns (Fn. 7), vor § 324 Rn. 13, 23, 74 ff.

⁵⁵ Heghmanns (Fn. 7), vor § 324 Rn. 13, 23.

⁵⁶ Aufhebung durch Art. 1 Nr. 1 des 23. StrÄG v. 13.4.1986 (BGBl. 1986 I, S. 393).

⁵⁷ Renzikowski, NStZ 1999, 440 (441).

⁵⁸ Vgl. BVerfG NJW 1979, 1037 (1038) zu § 48 StGB a.F.

⁵⁹ Ausführlicher dazu Heghmanns, in: Degener/Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 155 (157 ff.).

- die Begehung in bestimmten Schutzgebieten (lit. h). Hierbei handelt es sich um diejenigen Gebiete, die bereits in § 329 Abs. 4 StGB genannt sind. Während dort jedoch erst eine erhebliche Schädigung des Lebensraums bzw. des Lebensraumtyps die Strafbarkeit begründet, verlangt die Richtlinie eine Strafschärfung bereits bei Begehung einer Umweltstraftat in dem fraglichen Gebiet. Einer Auswirkung auf das Gebiet oder einer Eignung dazu bedarf es daher gar nicht erst, was unter Schuldaspekten erneut nicht unbedenklich erscheint. Hier sollte ein Zusammenhang zwischen Straftat und Gebietsberührung hergestellt werden, der in den meisten Fällen sicherlich auch vorliegen dürfte.

Soweit das nationale Recht die von Art. 8 RL genannten Strafschärfungen noch nicht erlaubt, besteht zwar grundsätzlich ein Umsetzungsbedarf, der sich allerdings durch Erwägungsgrund 41 deutlich relativiert. Danach sollen die Mitgliedstaaten lediglich sicherstellen, „dass mindestens einer der in dieser Richtlinie vorgesehenen erschwerenden und mildernden Umstände im Einklang mit den geltenden Rechtsvorschriften ihrer Rechtsordnung als möglicher erschwerender oder mildernder Umstand vorgesehen wird.“ Dem deutschen Gesetzgeber stünde demnach unter Verweis auf die Existenz des Art. 8 lit. f RL entsprechenden § 330 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch der Ausweg offen, keine weiteren expliziten Strafschärfungsgründe positiv zu regeln – angesichts der Fragwürdigkeit mancher der in der Richtlinie vorgesehenen Erschwerungsgründe die vermutlich attraktivste aller Lösungen.

c) Strafzumessung: strafmildernde Umstände

Als „mildernde Umstände“ sollen nach Art. 9 RL zunächst freiwillige Schadenswiedergutmachungen und -begrenzungen gelten, wenn sie nicht nach der Umwelthaftungsrichtlinie⁶⁰ auferlegt oder erst nach Beginn strafrechtlicher Ermittlungen vorgenommen wurden. Ebenso strafmildernd sollen Informationen wirken, die den Ermittlungen im Allgemeinen und der Überführung anderer Täter im Besonderen dienen. Auf Grund der offenen Formulierung der Richtlinie bedarf es keiner Ausformulierung benannter mildernder Fälle, soweit die strafmildernde Berücksichtigung anderweitig sichergestellt ist. Da die Schadenswiedergutmachung generell bereits über § 46 Abs. 2 StGB bei der Strafbemessung erfasst ist, erscheint insoweit keine weitere Umsetzung geboten. Anders sieht es hinsichtlich der Ermittlungshilfe aus. Die auf schwere Straftaten begrenzte deutsche Kronzeugenregelung in § 46b StGB hilft hier nicht weiter und ein Verweis auf die (ungeschriebenen) allgemeinen Strafzumessungsgepflogenheiten dürfte dem Begehren der Richtlinie nicht völlig gerecht werden, weshalb es hierzu vermutlich einer sektoralen Sonderregel nach dem Muster von § 31 BtMG bedürfte. Aber auch insoweit ließe sich mit Erwägungsgrund 41 am Ende sogar jeglicher Umsetzungsbedarf leugnen.

⁶⁰ Richtlinie 2004/35/EG v. 21.4.2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden.

6. Strafbarkeit von Verbänden

Grundsätzlich überlässt es die Richtlinie weiterhin den Mitgliedstaaten, ob sie formell strafrechtlich oder anderweitig sanktionierend gegen juristische Personen vorgehen wollen. Sanktionspflichtig sind Umweltstraftaten, die von vertretungs- oder kontrollverpflichteten Mitgliedern der Leitungsebene zu Gunsten des Verbandes begangen werden (Art. 6 Abs. 1 RL). Vorzusehen sind gem. Art. 7 Abs. 1 RL „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende strafrechtliche oder nichtstrafrechtliche Sanktionen oder Maßnahmen.“ Art. 7 Abs. 2 RL konkretisiert sodann, was neben Geldsanktionen als Sanktionen vorzuzulassen ist. Dazu zählen neben Schadenskompensationen (lit. a), Complianceverpflichtungen (lit. i) und Publikationen (lit. j) auch unmittelbare Eingriffe in den Geschäftsbetrieb. So werden u.a. das befristete oder dauerhafte Verbot der Geschäftstätigkeit (lit. d), die Entziehung von Genehmigungen (lit. e), die Unterstellung unter gerichtliche Aufsicht (lit. f) bis hin zur „Todesstrafe“, nämlich der gerichtlich angeordneten Auflösung (lit. g) verlangt. Während de lege lata verwaltungsbehördliche Eingriffe wie Genehmigungswiderruf, Untersagungsverfügungen u.ä. weitgehend möglich sind, werden mit Aufsicht und Auflösung dem deutschen Recht bislang fremde Institute gefordert,⁶¹ die zwar nicht zwingend formal strafrechtlicher Natur sein müssten, aber so erhebliche Eingriffe in das Wirtschaftsleben bedeuten können, dass ihre singuläre Regelung allein im Bereich des Umweltrechts unangemessen erscheint. Insoweit wird die Diskussion um eine generelle Sanktionierung von Verbandsverhalten wieder aufzunehmen sein.

Für Geldsanktionen soll das Höchstmaß mindestens 5 % des weltweiten Gesamtumsatzes im Vorjahr der Straftat oder dem Vorjahr der Sanktionierung betragen. Im Wettbewerbsrecht sind bereits aktuell sogar höhere Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten vorgesehen (§ 81c Abs. 2 GWB). Da das OWiG in seinem § 30 Abs. 2 allerdings fixe, nicht umsatzabhängige Höchstbeträge für Geldbußen vorsieht, bedürfte es insoweit entweder einer sektoralen Sonderregelung oder aber einer Anpassung im OWiG.

7. Strafverfolgung und Prävention

Unmittelbare strafprozessuale Regelungen trifft allein Art. 13 der Richtlinie, der aber immerhin anstrebt, „spezielle Ermittlungsinstrumente, wie sie etwa bei der Bekämpfung von organisierter Kriminalität oder anderen schweren Straftaten verwendet werden“, auch in das Ermittlungsarsenal zur Aufklärung von Umweltstraftaten einzustellen. Bislang sind die Umweldelikte in den einschlägigen Straftatenkatalogen der §§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 (ggf. i.V.m. § 100c Abs. 1

⁶¹ Der (gescheiterte) Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (BT-Drs. 19/23586) sowie der Kölner Entwurf von Hensler u.a. (2017), vgl. dazu *Hoven/Weigend*, ZRP 2018, 33, enthielten lediglich Geldsanktionen, Wiedergutmachung, Weisungen und Auflagen im Falle eines Sanktionsvorbehaltes sowie die Veröffentlichung. Vgl. zu dem gleichen Vorhaben in dem Richtlinienentwurf zur Korruptionsbekämpfung (KOM [2023] 234 endg.) die Kritik von *Zimmermann*, ZfStw 6/2023, 383 (392).

Nr. 1), 100g Abs. 2 StPO nicht enthalten. Angesichts deren stetig wachsenden Umfangs wird zu überlegen sein, ob an Stelle einer immer weiteren Anreicherung keine intelligenten Lösungen verfügbar sind, die eher generalklauselartig an bestimmte konkrete Straferwartungen anknüpfen,⁶² ergänzt um Begehungsmodalitäten, etwa Charakteristika organisierter Kriminalität.

Erwähnenswert ist noch Art. 21 RL, der den Mitgliedstaaten eine zu veröffentlichende Festlegung einer Strategie zur Bekämpfung der Umweltkriminalität abverlangt, in der Ziele, Prioritäten, Maßnahmen und Ressourcen festzulegen sind (Erwägungsgrund 65). Angesichts der föderalen Struktur der Bundesrepublik, welche die Strafverfolgung und Kriminalitätsbekämpfung im Wesentlichen den Ländern zuordnet, wird die Erfüllung dieser Obliegenheit voraussichtlich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. Ähnliches gilt – wenn gleich weniger augenfällig – für Art. 17 RL, wonach die Strafverfolgungsbehörden über „eine ausreichende Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern und über ausreichende finanzielle, technische und technologische Ressourcen verfügen“ sollen. Erwägungsgrund 60 geht insoweit davon aus, es seien Mindestkriterien für diese Ressourcen festzuschreiben.

IV. Bewertung

Diese trotz ihres Umfangs immer noch kursorische Übersicht sollte einen ersten Eindruck vermitteln, in welchem Maße der europäische Gesetzgeber auf letzten Endes fraglicher Legitimationsbasis in das nationale Strafrechtsgefüge eingreifen möchte. Bei der anstehenden Umsetzung wird umso mehr darauf zu achten sein, nicht blindlings Formulierungen der Richtlinie zu implementieren, weil dies zu Systembrüchen innerhalb des Strafrechts führen dürfte, die mit keiner Sonderstellung des Umweltstrafrechts gegenüber anderen Teilmaterien des Strafrechts zu rechtfertigen sind. Vielmehr wird sorgfältig zu bedenken sein, wie es gelingen kann, den Anforderungen der Richtlinie zu genügen und dennoch ein harmonisches, humanes und funktionierendes Strafrechtssystem zu erhalten. Was im Vorfeld durch die ganz offenbar defizitäre Einflussnahme von Justizpolitik und Wissenschaft in Deutschland auf den Gesetzgebungsprozess versäumt wurde, ist nun auszubaden. Es bleibt zu hoffen, dass wenigstens dies jetzt mit Sorgfalt und Bedacht geschieht.

⁶² Vgl. etwa *Niehaus*, Katalogtatensysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, 2001.

Zur Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im deutschen Strafrecht und im Völkerstrafrecht

Von Wiss. Hilfskraft Anouk Noelle Nicklas, Leipzig*

Das Vergewaltigungsverbot als solches existiert seit geraumer Zeit im nationalen Strafrecht und im Völkerstrafrecht. Der Tatbestand unterliegt dabei wie kaum ein anderer dem Wandel der Zeit. Während sich im deutschen und im Völkerstrafrecht diverse Parallelen erkennen lassen, ist eine vollständig gleichlaufende Entwicklung nicht gegeben. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Frage, ob und in welcher Ausgestaltung ein Nötigungs- oder ein Konsenselement gefordert wird. Die Verf. kommt zu dem Schluss, dass sowohl die aktuelle Definition der Vergewaltigung im StGB als auch diejenige in den Verbrechenselementen des ICC im Hinblick auf ihren Anwendungskontext als fortschrittlich zu begrüßen sind. Zugleich verdeutlicht der Beitrag, dass im Hinblick auf die praktische Umsetzung der hinter den Regelwerken stehenden rechtspolitischen Anliegen noch Nachholbedarf besteht.

I. Einleitung

Das Verständnis dessen, was eine Vergewaltigung ist, hat sich in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt. Auf nationaler und internationaler Ebene lassen sich verschiedene Definitionen des Tatbestandes ausmachen, die sich zum Teil in Details, zum Teil aber auch fundamental unterscheiden.¹ Um diese Entwicklung nachvollziehbar zu machen und theoretische sowie anwendungspraktische Unterschiede aufzuzeigen, werden zunächst die verschiedenen Fassungen des Tatbestands im deutschen Recht historisch nachgezeichnet und Entwicklungslinien aufgezeigt und sodann völkerstrafrechtliche Ansätze einer Definition der Vergewaltigung vergleichend beleuchtet. Im Anschluss werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Definitionen herausgearbeitet und die Ansätze auf ihre Vor- und Nachteile untersucht.

II. Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im deutschen Strafrecht

1. Fassung bis November 1973

Bei Inkrafttreten des RStGB im Januar 1872 war der Tatbestand der Vergewaltigung, normiert in § 177 RStGB, sehr eng gefasst:² Vom Sittlichkeitsdelikt³ der „Nothzucht“⁴ umfasst war nur „außerehelicher Beischlaf“ in Form von Vagi-

nalverkehr⁵ mit einem weiblichen Opfer, der mithilfe von Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder einer zu diesem Zwecke herbeigeführten Willens- oder Bewusstlosigkeit des Opfers erzwungen wurde. Männliche Opfer wurden nicht erfasst, ebenso wenig Handlungen innerhalb einer ehelichen Beziehung oder eine Gewaltanwendung gegen andere Personen als das Opfer selbst.⁶ Frauen kamen nur als mittelbare Täterinnen einer Vergewaltigung i.S.d. § 177 RStGB in Betracht.⁷ Eine Nötigung zur aktiven Vornahme sexueller Handlungen wurde allein als gewöhnliche Nötigung nach § 240 RStGB bestraft.⁸ Dies rückte jedoch den sexuellen Charakter des Geschehens völlig in den Hintergrund und kam einer Verharmlosung sexueller Gewalt gleich.⁹ Erzwungener Oral- oder Analverkehr fielen unter den im Vergleich zu § 177 RStGB mit geringerer Strafdrohung versehenen § 176 Abs. Nr. 1 RStGB,¹⁰ der die Vornahme „unzüchtiger Handlungen an einer Frauensperson“ mit Gewalt oder die Nötigung zur Duldung derselben durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben unter Strafe stellte.¹¹ Das Nötigungselement der §§ 176, 177 RStGB setzte voraus, dass vom Täter ein Nötigungsmittel mit der finalen Intention¹² und objektiv kausal¹³ angewendet wird, um den geleisteten oder erwarteten Widerstand des Opfers zu brechen und die sexuelle Interaktion zu erzwingen.¹⁴ Eine Zustimmung des Opfers konnte sich als tatbestandsausschließendes Einverständnis auswirken.¹⁵ Umgekehrt war der bloß entgegenstehende Wille des Opfers für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichend,¹⁶ vielmehr musste „fortgesetzter ernstlicher Widerstand“ in dem Maße,

⁵ Kratzer-Ceylan, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, 2015, S. 107, 141.

⁶ Vgl. Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 120 m.w.N.

⁷ Vgl. RGSt 27, 422 (423).

⁸ RG HRR 1940, Nr. 186. Dies galt faktisch auch für Vergewaltigungen innerhalb einer Ehe (vgl. RGSt 71, 109 [109]).

⁹ Vgl. Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 302.

¹⁰ Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 107, 141.

¹¹ RGBl. 1871, S. 161.

¹² BGH NJW 1984, 1632 (1632); BGH NStZ-RR 1997, 199 (199); Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 6.

¹³ BGH NStZ-RR 2006, 269 (270); BGH NStZ 2011, 456 (457).

¹⁴ Für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. galt die im Wortlaut angelegte Besonderheit, dass der Täter bzw. die Täterin die schutzlose Lage zwar mit einer finalen Intention ausnutzen, nicht aber selbst herbeigeführt haben musste. Hinzutreten musste dann ein irgendwie geartetes Nötigungselement (Eisele [Fn. 12], § 177 Rn. 11 f.).

¹⁵ Gleichlaufend zur Nötigung nach § 240 StGB; Sick (Fn. 9), S. 166.

¹⁶ Vgl. RGSt 77, 81 (82).

* Die Verf. erforscht derzeit im Rahmen ihrer Promotion bei Prof. Dr. Katrin Höffler (Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie der Universität Leipzig) die kriminologischen Hintergründe von Kriegsvergewaltigungen.

¹ Vgl. Deutscher Bundestag, WD 7 – 3000 – 106/23.

² Siehe RGBl. 1871, S. 161.

³ Vgl. RGSt 71, 109 (109).

⁴ Siehe etwa Großes Badisches Oberhofgericht, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland, Bd. 7 (1878), S. 74.

das „normalerweise von einer Frau in einer solchen Lage erwartet werden könnte“¹⁷ geleistet bzw. vom Täter bzw. der Täterin erwartet werden,¹⁸ was in der Praxis vielfach zu Lasten der Opfer interpretiert wurde.¹⁹ Bloß verbaler Widerstand genügte nicht.²⁰ Selbst körperlicher Widerstand des Opfers wurde vielfach als bloßes „Zieren“²¹, „schamhaftes Sträuben“²² oder gar „typisch weibliches Kokettieren“²³ abgetan. Über die Rechtsfigur der „vis haud ingrata“²⁴ konnte zudem der Vorsatz auf Basis der Vorstellung abgelehnt werden, „dass sich Frauen ‚gerne‘ von Männern (mit Gewalt) zu sexuellen Handlungen drängen lassen“ würden.²⁵ Das Sexualstrafrecht war in Normierung und Anwendung geprägt von derart realitätsfernen, tiefgreifend misogynen Vorstellungen.²⁶

2. Fassungen vom September 1969 und November 1973

Im September 1969 wurde der 13. Abschnitt des StGB durch das 1. StrRG erstmals breiter reformiert.²⁷ § 176 Abs. 1 StGB erfasste nun nicht mehr nur erzwungene sexuelle Handlungen

an bzw. gegenüber einer Frau, sondern an jedem „anderen“,²⁸ sodass fortan auch Männer als Opfer der Unzucht in Betracht kamen. Im November 1973 wurde der 13. Abschnitt des StGB durch das 4. StrRG erneut reformiert.²⁹ Während er zuvor die Überschrift „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ trug, erhielt er nun als Ausdruck der fortschreitenden Entmoralisierung des Strafrechts³⁰ die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“.³¹ Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wurde verstanden als ein Abwehrrecht gegen „sexuelle Fremdbestimmung“.³² Das Delikt des § 177 StGB war jetzt mit dem Begriff der Vergewaltigung überschrieben.³³ Wo der Begriff der Notzucht noch eng mit dem überkommenen Verständnis männlicher Sexualität als unkontrollierbarem Trieb verbunden war,³⁴ hebt der seither genutzte Begriff der Vergewaltigung den Aspekt der Bemächtigung des Opfers durch die Täter hervor. Der Tatbestand der Vergewaltigung sah nun explizit vor, dass der sexuelle Kontakt mit einer anderen Person als dem Täter bzw. der Täterin vollzogen werden kann.³⁵ Zugleich wurde der Missbrauch eines willens- oder bewusstlosen Opfers aus dem Deliktstatbestand der Vergewaltigung gestrichen und als sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger in § 179 StGB eigenständig geregelt.³⁶ Die sexuelle Nötigung war fortan in § 178 StGB geregelt, der nun auch die Nötigung zur aktiven Vornahme sexueller Handlungen durch das Opfer erfasste und zudem vollständig geschlechtsneutral ausgestaltet war.³⁷ Der Tatbestand der Vergewaltigung blieb dagegen weiterhin auf Frauen als mögliche Opfer beschränkt. Zwar wurde der Begriff des Beischlafs in der Reform des § 177 StGB nicht diskutiert, die fortbestehende Beschränkung auf Vaginalverkehr ergab sich für den Gesetzgeber jedoch aus der nur damit verbundenen Gefahr einer ungewollten Schwangerschaft.³⁸

Hier zeigt sich die erste Konfliktlinie in der Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung: die Frage nach einer geschlechtsspezifischen oder geschlechtsneutralen Ausgestaltung und damit nach dem konkreten Schutzzweck der Norm. Eine weitere Konfliktlinie offenbarte sich im Vorfeld des 4. StrRG, wo in intensiven Debatten über eine mögliche Erfassung der „Ehegattennotzucht“, also der Vergewaltigung in der Ehe, diskutiert und diese nur mit knapper Mehrheit aus „überwiegend praktischen Gründen“, etwa geringen erwartete

¹⁷ LG Ulm, Urt. v. 4.8.1954 wie zitiert in BGH, Urt. v. 14.7.1955 – 1 StR 728/54, Rn. 4.

¹⁸ Großes Badisches Oberhofgericht (Fn. 4), S. 74.

¹⁹ Siehe nur *Augspurg*, Parlamentarische Angelegenheiten und Gesetzgebung (Beil. der Frauenbewegung) 1905, 7 (7, 9).

²⁰ Beispielhaft BGH, Urt. v. 13.10.1955 – 1 StR 359/55, Rn. 4: „Wenn eine Frau dem Verlangen eines Mannes nach Geschlechtsverkehr lediglich mit Worten, sei es auch ‚eindeutig‘, widerspricht, sich aber gegen dieses Ansinnen nicht außerdem körperlich wehrt, so wird der Mann in aller Regel annehmen und annehmen dürfen, daß [sic!] sie trotz des geäußerten Widerspruchs mit seinem Vorhaben letzten Endes einverstanden ist.“

²¹ BGH, Urt. v. 11.10.1951 – 3 StR 593/51, Rn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1955 – 1 StR 638/54, Rn. 12.

²² BGH, Urt. v. 6.3.1956 – 1 StR 19/56, Rn. 5; BGH, Urt. v. 29.6.1965 – 5 StR 238/65, Rn. 3; BGH, Urt. v. 12.5.1965 – 2 StR 121/65, Rn. 6.

²³ *Sick* (Fn. 9), S. 176.

²⁴ Dt. „nicht unwillkommene Gewalt“.

²⁵ *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages v. 24.1.2015, S. 2, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data.pdf> (10.7.2024); DER SPIEGEL v. 1.12.1991, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/koerperlich-wirksam-a-e7792b0f-0002-0001-0000-000013490882> (10.7.2024).

²⁶ In den Worten *Sicks* (Fn. 9), S. 178: „Wenn ein eindeutiger Widerstand unbeachtlich ist, weil er nur als ‚scheinbar‘, als nicht ernsthaft oder als schamvolles Sträuben gewertet wird, wenn ein eindeutiges ‚Nein‘ als ‚Ja‘ aufgefaßt [sic!] werden darf, wird der Frau die Unfähigkeit unterstellt, ihren wahren Willen ausdrücken zu können. Das weibliche Geschlecht gilt als unentschlossen, als schizophreses Geschöpf, das nicht so recht weiß, was es will.“

²⁷ BGBl. I 1969, S. 653 f.

²⁸ BGBl. I 1969, S. 654.

²⁹ BGBl. I 1973, S. 1726 ff.

³⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 174 ff. Rn. 1; vgl. BT-Drs. VI/3521, Vorblatt.

³¹ BGBl. I 1973, S. 1726.

³² Etwa *Bottke*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 535 (536).

³³ BGBl. I 1973, S. 1727.

³⁴ Vgl. *Sick* (Fn. 9), S. 89.

³⁵ „Wer eine Frau [...] zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, [...]“ (BGBl. I 1973, S. 1727).

³⁶ Vgl. BGBl. I 1973, S. 1727 f.

³⁷ BGBl. I 1973, S. 1728.

³⁸ Vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 52.

ten Aufklärungschancen, abgelehnt wurde.³⁹ Im gleichen Zuge wurde zwar anerkannt, dass eine solche Beschränkung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung inhaltlich keine Rechtfertigung besitzt.⁴⁰ Dies wurde jedoch nicht zum Anlass genommen, darauf zu verzichten, nun auch den Tatbestand der sexuellen Nötigung explizit auf außereheliche Handlungen zu beschränken.⁴¹ Stattdessen verblieb es bei einem bloß fragmentarischen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch das Sexualstrafrecht.⁴²

3. Fassung vom Juli 1997 und vom April 1998

Neben der Debatte um den konkreten Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wurde mit der Zeit auch die Kritik an der als zu restriktiv empfundenen Rechtsprechungspraxis lauter.⁴³ Rechtstheoretische und -praktische Überlegungen legten eine weitreichende Neugestaltung des Sexualstrafrechts nahe. Nach einer breiten politischen Debatte erfolgte im Juli 1997 mit dem 33. StrÄndG eine grundlegende Reform des Vergewaltigungstatbestandes: Die Delikte der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung wurden zu einem bis heute fortwährenden Einheitstatbestand zusammengefasst, bei dem die sexuelle Nötigung den Grundtatbestand bildet und die Vergewaltigung zum Regelbeispiel⁴⁴ eines besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung umfunktioniert wurde.⁴⁵ Mit dieser Fassung wurde erstmalig die „Unteilbarkeit“ des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ernstlich anerkannt und hervorgehoben, dass dieses auch bei einer Eheschließung unbeeinträchtigt bleibt.⁴⁶ Konsequenz war nun auch der innereheliche erzwungene Beischlaf vom Deliktstatbestand der Vergewaltigung umfasst. Eine weitere bahnbrechende Neuerung lag in der nunmehr geschlechtsneutralen Ausgestaltung des Tatbestands der Vergewaltigung verbunden mit einer Erweiterung der erfassten Penetrationsmöglichkeiten:⁴⁷ Anstatt wie zuvor nur erzwungenen Vaginalverkehr zu erfassen, sind seither auch „ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer [...], die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen verbunden sind“ vom Tatbestand der Vergewaltigung umfasst.⁴⁸ Damit wurde der Tatbestand der Vergewalti-

gung neben Anal- oder Oralverkehr⁴⁹ auch für das Eindringen mit Gegenständen⁵⁰ oder Fingern⁵¹ geöffnet. Es wurde anerkannt, dass die Opfer aufgenötigter „anderer“ Penetrationsweisen durch die Taten eine vergleichbare Verletzung und Erniedrigung erfahren und daher gleichermaßen schutzwürdig sind.⁵² Damit waren neben Frauen in Deutschland endlich auch Menschen anderer Geschlechter vom Schutzbereich einer Vergewaltigung im Sinne des StGB umfasst. Politisch weniger debattiert, aber nicht weniger relevant war die damit einhergehende Änderung, dass Frauen nun auch unmittelbare Täterinnen von Vergewaltigungen werden konnten.⁵³

Neben den Nötigungsmitteln der Gewalt und Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben wurde die Möglichkeit des Ausnutzens einer schutzlosen Lage des Opfers als Tatbestandsvariante eingeführt.⁵⁴ Damit sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich nach bisheriger Rechtslage Strafbarkeitslücken in solchen Fällen ergaben, in denen sich Opfer von Vergewaltigungen nicht zur Wehr setzen, weil sie Widerstand für zwecklos erachten oder „vor Schrecken starr oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt durch den Täter dessen sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen.“⁵⁵ Gerade letzteres lässt sich in der Realität häufig beobachten.⁵⁶ Dieser in der Theorie weitreichende Schritt wurde jedoch durch eine erneut restriktive Auslegungspraxis der Gerichte stark geschmälert: Unverschlossene Türen⁵⁷, die Anwesenheit des Sohnes im Kindesalter⁵⁸ sowie die Tatbegehung auf einem Rast- bzw. Campingplatz, auf dem andere Personen möglicherweise hätten zur Hilfe kommen können,⁵⁹ führten ebenso wie diverse andere Fallkonstellationen zu einer Verneinung der schutzlosen Lage durch die Gerichte.⁶⁰ Auch wurde das Merkmal nicht aus der Perspektive des Opfers beurteilt, sondern rein objektiv,⁶¹ was die psychischen Auswirkungen der (sich abzeichnenden) Tat auf das Opfer völlig verkennt.⁶² Faktisch kam dem neu eingeführten Nötigungsmittel damit nur eine begrenzte Rolle zu. Zugleich erfuhr der Tatbestand der Vergewaltigung eine Einschränkung: Während der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung weiterhin sexuelle Handlungen „des Täters oder eines Dritten“ umfasste, setzte der Tatbestand der Vergewaltigung voraus, dass der Beischlaf bzw. die ähnliche sexuelle

³⁹ BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴⁰ BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴¹ Die praktischen Auswirkungen waren jedoch gering, da bereits vorher nur in Ausnahmefällen eine Verwirklichung des Tatbestands innerhalb einer ehelichen Beziehung anerkannt wurde (vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 40; siehe etwa RGSt 71, 109 [109]).

⁴² So auch Sick (Fn. 9), S. 91.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 13/7324, S. 2; Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 189.

⁴⁴ Zur Kritik an der Ausgestaltung als Regelbeispiel siehe Kratzer, KritV 2010, 83 (95).

⁴⁵ BGBl. I 1997, S. 1607 f.

⁴⁶ BT-Drs. 13/2463, S. 5; so jedoch bereits BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁴⁸ BGBl. I 1997, S. 1607 f.; zur obj. Beurteilung der besonderen Erniedrigung siehe Eisele (Fn. 12), § 177 Rn. 20c.

⁴⁹ BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁵⁰ BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁵¹ Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 192.

⁵² Vgl. BT-Drs. 12/3303, S. 1.

⁵³ Vgl. Pfister, NStZ-RR 1999, 321 (325 Nr. 24); ders., NStZ-RR 2001, 353 (353 Nr. 2); BGH, Urt. v. 16.6.1999 – 2 StR 28/99, Rn. 13.

⁵⁴ BGBl. I 1997, S. 1607.

⁵⁵ BT-Drs. 13/2463, S. 6.

⁵⁶ Vgl. Porges/Peper, Biofeedback 43 (2015), 45 (45).

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 22.2.2005 – 4 StR 9/05, S. 4.

⁵⁸ BGH NStZ 2006, 165 (165).

⁵⁹ BGH NStZ 2005, 380 (380); BGH NStZ 2003, 424 (425).

⁶⁰ Auf die vorhersehbaren prozessualen Schwierigkeiten bereits hinweisend BT-Drs. 12/3303, S. 6.

⁶¹ BGH NStZ 2012, 269 (269); BGH NStZ 2006, 395 (396).

⁶² Vgl. Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 287.

Handlung vom bzw. am Täter bzw. der Täterin selbst vorgenommen wird. Damit wurde die Vergewaltigung zu einem in Teilen eigenhändigen Delikt.⁶³

Schon wenige Monate später wurde der Deliktstatbestand durch das 6. StrRG noch einmal reformiert: Nun erfasste auch das Regelbeispiel der Vergewaltigung die aktive Vornahme der ähnlichen sexuellen Handlung an dem Täter durch das Opfer.⁶⁴ Das Nötigungselement als solches blieb in beiden Reformen dagegen unverändert. Weiterhin musste der Täter bzw. die Täterin ein Nötigungsmittel final⁶⁵ und kausal⁶⁶ anwenden, um geleisteten oder erwarteten Widerstand des Opfers zu überwinden und die sexuelle Interaktion zu erzwingen. Gerade die Frage der Finalität des eingesetzten Nötigungsmittels im Kontext sexueller Gewalt führte in der Rechtsprechung zum Teil zu nicht nachvollziehbaren Entscheidungen,⁶⁷ und zog deshalb Kritik aus der Literatur auf sich,⁶⁸ wengleich die herrschende Meinung nach wie vor daran festhielt. Entgegenstehende Vorschläge einer Ausgestaltung des Tatbestands der Vergewaltigung auf Basis des entgegenstehenden Willens des Opfers wurden zwar bereits diskutiert,⁶⁹ waren zum damaligen Zeitpunkt jedoch nicht mehrheitsfähig.

4. Aktuelle Fassung

Dies änderte sich erst, nachdem die im Jahr 2014 in Kraft getretene Istanbul-Konvention eine Ausgestaltung des Sexualstrafrechts auf Basis des entgegenstehenden Willens des Opfers von den nationalen Gesetzgebern erforderte.⁷⁰ Nach wie vor ergaben sich zudem Schutzlücken daraus, dass für die Beurteilung des Tatbestands der Vergewaltigung maßgeblich auf die Qualität des Opferverhaltens abgestellt wurde.⁷¹ Die infame Silvesternacht 2015 erzeugte dann den politischen Willen einer erneuten Umgestaltung des Sexualstrafrechts.⁷²

⁶³ Pfister, NStZ-RR 1999, 321 (325 Nr. 22); BGH NJW 1999, 2909 (2909 f.); BGH NStZ 2000, 418 (418); BGH NStZ-RR 2009, 278 (278).

⁶⁴ BGBl. I 1998, S. 164 (173).

⁶⁵ BGH NJW 1984, 1632 (1632); BGH NStZ-RR 1997, 199 (199); Eisele (Fn. 12), § 177 Rn. 6.

⁶⁶ BGH NStZ-RR 2006, 269 (270); BGH NStZ 2011, 456 (457).

⁶⁷ Siehe beispielhaft die realitätsferne Verneinung des Finalzusammenhangs in BGH NStZ 1995, S. 223 Nr. 14; BGH, Urt. v. 20.10.1970 – 1 StR 394/70, Rn. 3, sowie BGH NStZ-RR 1999, S. 324 Nr. 16.

⁶⁸ Etwa Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 350 ff. m.w.N.; später auch BT-Drs. 18/8210, S. 9 f.

⁶⁹ So etwa der Vorschlag der Abgeordneten von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in BT-Drs. 12/3303, S. 3.

⁷⁰ CETS 210, Art. 36 mit der zentralen Formulierung der „non-consensual acts of a sexual nature“.

⁷¹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21; BT-Drs. 18/8210, S. 7 f.

⁷² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. Rn. 14. Erste Entwürfe der Bundesregierung verstießen jedoch noch gegen die Istanbul-Konvention und waren kaum geeignet, die bestehenden Schutzlücken zu schließen (vgl. die

Es folgte eine breite, teilweise stark polarisierende Debatte, die sich insbesondere mit der Frage beschäftigte, ob sich aus der Ratifizierung der Istanbul-Konvention überhaupt die Notwendigkeit einer Änderung des Sexualstrafrechts ergebe, und wenn ja, wie ein mögliches Konsens-Element aussehen könnte.⁷³ Daraufhin kam es im November 2016 zur bisher letzten Reform des Tatbestands der Vergewaltigung.⁷⁴ Während das Regelbeispiel der Vergewaltigung als solches nur geringfügig verändert wurde, ergaben sich Veränderungen insbesondere aus einer grundlegenden Reform des Grunddelikts: Für das nun sexueller Übergriff benannte Grunddelikt in § 177 Abs. 1 StGB wurde das Nötigungselement durch ein Handeln gegen den erkennbaren Willen des Opfers, also ein Konsens-Element im Sinne der Nein-heißt-Nein-Lösung,⁷⁵ abgelöst. Eine Nötigung neben dem Dissens wirkt sich nach § 177 Abs. 5 StGB zwar strafscharfend aus, ist aber kein prinzipielles Tatbestandserfordernis des sexuellen Übergriffs und der Vergewaltigung.⁷⁶ Für das Vorliegen einer Vergewaltigung kommt es seither allein auf den entgegenstehenden Willen des Opfers an, soweit dieser für den Täter bzw. die Täterin objektiv erkennbar war.⁷⁷ Eine Erkennbarkeit wird angenommen, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen entweder ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt.⁷⁸ Ein bloß innerer Vorbehalt des Opfers genügt dagegen nicht für eine Tatbestandsverwirklichung in Verbindung mit Abs. 1.⁷⁹ Gleiches gilt für ambivalentes Opferverhalten.⁸⁰ Im Gegensatz zur alten Rechtslage werden auch

Stellungnahme des BR in BT-Drs. 18/8626 zu BT-Drs. 18/8210).

⁷³ Neben einem Abstellen auf den inneren Willen im Sinne eines Einverständnisses, standen dabei die später gewählte Nein-heißt-Nein-Lösung, die unerwünschte sexuelle Interaktionen nur dann kriminalisiert, wenn sie gegen den erkennbaren Willen des Opfers durchgeführt werden, und die Ja-heißt-Ja-Lösung, die einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gleichkommt (Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 [186]), im Raum. Siehe dazu Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention Ein Gutachten zur Reform des Paragraf 177 StGB.pdf (10.7.2024);

Blume/Wegner, HRRS 15 (2014), 357 (358 ff.). Abl. etwa Isfen, ZIS 2015, 217 (228 ff.). Keinen Handlungsbedarf sah etwa Fischer, ZIS 2015, 312 (318 f.).

⁷⁴ BGBl. I 2016, S. 2460 f.

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (158); dahingehend auch der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE in BT-Drs. 18/7719.

⁷⁶ Auch für die sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 5 StGB ist kein Kausal- oder Finalzusammenhang mehr erforderlich (Hörnle, NStZ 2017, 13 [19]).

⁷⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 22; zur Diskussion um die Passung des Begriffs der Vergewaltigung Hörnle, NStZ 2017, 13 (19).

⁷⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁷⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁸⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

Fälle erfasst, in denen das Opfer die sexuellen Handlungen mit einem Dritten oder an sich selbst durchführt.⁸¹ Im deutschen Strafrecht wird Vergewaltigung als Regelbeispiel des sexuellen Übergriffs also derzeit grundsätzlich verstanden als sexuelle Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden ist, gegen den erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers erfolgt und mit einer besonderen Erniedrigung des Opfers einhergeht.⁸² Das Eindringen als solches indiziert dabei bereits die besondere Erniedrigung.⁸³ Für Fälle, in denen das Opfer einen entgegenstehenden Willen aus Gründen in seiner Person oder der Situation nicht bilden oder äußern kann, kann das Regelbeispiel der Vergewaltigung in Verbindung mit den Konstellationen des Abs. 2 greifen,⁸⁴ der u.a. das Ausnutzen eines Überraschungsmoments vorsieht.

Nicht nur infolge der Normlänge mit neun Absätzen und den diversen verschiedenen Fallkonstellationen wurde die Reform vielfach als inhaltlich begrüßenswert, aber technisch misslungen aufgefasst.⁸⁵ In Teilen wurde anerkannt, dass eine Regelung im Sinne der in manchen nordischen Ländern⁸⁶ mittlerweile umgesetzten und in § 177 Abs 2 Nr. 2 StGB aufgegriffenen Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung das sexuelle Selbstbestimmungsrecht tatbestandlich noch besser geschützt hätte,⁸⁷ dies wurde jedoch mit dem Verweis auf praktische Hindernisse und mögliche kontraproduktive Auswirkungen prozessualer Natur mehrheitlich abgelehnt.⁸⁸ Dabei wurde insbesondere der Problematik besondere Bedeutung beigemessen, dass sich sexuelle Interaktionen oft situativ ergeben und durch ein gegenseitiges Austesten von Grenzen und Wohlfühlbereichen gekennzeichnet sind.⁸⁹ Von einem Einverständnis auszugehen, wenn ein „Nein“ nicht kommuniziert wird, legt jedoch ein Verständnis konstanter sexueller Verfügbarkeit zugrunde, das nicht nur mit der Realität nicht vereinbar ist, sondern auch in seinen Bewertungen, insbesondere der weiblichen sexuellen Verfügbarkeit, als problema-

tisch zu betrachten ist.⁹⁰ Warum bei erheblichen sexuellen Handlungen, die untrennbar mit Persönlichkeitsrechten zusammenhängen, vom Opfer abverlangt wird, ein „Nein“ zu kommunizieren, aber im gleichen Atemzug eine Erwartung gegenüber Täter und Täterinnen, sich eines „Ja“ zu versichern, abgelehnt wird, darf zumindest in der Theorie als irritierend beurteilt werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass praktische Unterschiede der Regelungsmodelle aufgrund verschwimmender Grenzen und konkludenter Erklärungsmöglichkeiten in der Realität weitgehend gering ausfallen dürften.⁹¹ So oder so wird das sexuelle Selbstbestimmungsrecht als Recht des Einzelnen, über „ob“, „wann“ und „wie“ sexueller Handlungen frei entscheiden zu dürfen, soweit Rechte Dritte dadurch nicht tangiert werden,⁹² durch die Neufassung der Norm deutlich besser geschützt als zuvor.⁹³

In der Praxis hat sich durch die Reform allerdings wenig verändert: Noch immer sind die Anzeigebereitschaft und Verurteilungsraten in Verfahren wegen sexueller Gewalt gering.⁹⁴ Dies liegt nicht nur an der deliktstypisch schwierigen Beweissituation, in der oft Aussage gegen Aussage steht, sondern auch daran, dass in Teilen der Rechtsprechung – genährt durch pervasive Vergewaltigungsmymthen – nach wie vor ein bestimmtes Verhalten vom Opfer erwartet wird, ohne welches der Tatbestand der Vergewaltigung an der einen oder anderen Stelle abgelehnt wird.⁹⁵ Dies wird durch die ebenfalls deliktsspezifische Besonderheit der fortwährenden Prominenz angenommener Falschanzeigen⁹⁶ und damit einhergehender Grundzweifel an der Glaubwürdigkeit der (vermeintlichen) Opfer verstärkt. Dies konterkariert den Zweck der Reform, die Opfer sexueller Gewalt gerade unabhängig davon zu schützen, ob sie sich „ggf. unter hohen Risiken und

⁸¹ BT-Drs. 18/9097, S. 28; BGH NSTz-RR 2020, 276 (277); BGH NSTz 2019, 275 (276); dagegen noch BGH NSTz-RR 2009, 278 (278).

⁸² § 177 Abs. 1, Abs. 6 S. 1 Nr. 1 StGB.

⁸³ Lederer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 177 Rn. 61.

⁸⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 28.

⁸⁵ So explizit Heger (Fn. 72), Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. Rn. 14; Hörnle, NSTz 2017, 13 (14, 20); pos. Papatthaniou, KriPoZ 2016, 133 (139); daneben wohl generell gegen eine Konsens-Lösung Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185 ff.).

⁸⁶ So etwa in Schweden: The Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700) v. 1.1.1965 (Stand: 1.1.2024), Kap. 6 § 1, schwedische Originalfassung abrufbar unter <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf> (10.7.2024).

⁸⁷ So etwa Isfen, ZIS 2015, 217 (228).

⁸⁸ Etwa bei Hörnle (Fn. 73), S. 13 ff.; Isfen, ZIS 2015, 217 (229).

⁸⁹ Isfen, ZIS 2015, 217 (229).

⁹⁰ So jedoch anklingend bei Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185). Eine Anwendung der Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung würde auch nicht gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen (Hörnle [Fn. 73], S. 14).

⁹¹ Siehe dazu Eisele, KriPoZ 2024, 88 (92 f.).

⁹² El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159).

⁹³ Hörnle, NSTz 2017, 13 (14); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159).

⁹⁴ Kniestedt, Deutschlandfunk Kultur v. 7.12.2021, abrufbar unter

<https://www.deutschlandfunkkultur.de/reform-des-sexualstraf-rechts-bilanz-nach-fuenf-jahren-100.html> (10.7.2024);

Biedermann/Volbert, MschrKrim 2020, 250 (256 f.); Buchholz, LTO v. 11.11.2021, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/46623/ (10.7.2024).

⁹⁵ Kniestedt (Fn. 94); vgl. Renzikowski, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 49. Dies gilt, obwohl Nr. 192 des Explanatory Report zu Art. 36 der Istanbul-Konvention explizit das Zugrundelegen von Geschlechterstereotypen, Sexualitätsmythen und Annahmen „typischen“ Verhaltens ablehnt (CETS 210, Nr. 192).

⁹⁶ Etwa bei Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185): „[Z]um anderen ist weder unter dem bisherigen noch unter dem neuen Rechtszustand bekannt, wie viele Anzeigen sich auf reale ‚Taten‘ beziehen und daher zu einer Verurteilung führen sollten“ (Hervorhebung im Original).

ohne konkrete Erfolgsaussichten, gegen den Täter verteidigt oder dies zumindest versucht“ haben.⁹⁷

5. Resümee zum Tatbestand der Vergewaltigung im deutschen Recht

Das Sexualstrafrecht in Deutschland war lange Zeit von mittlerweile überkommenen Geschlechtervorstellungen und Vergewaltigungsmythen geprägt.⁹⁸ Jeweils durch breite gesellschaftliche Debatten angestoßene Reformen erweiterten den Schutzbereich der Vergewaltigung schrittweise von einer Beschränkung auf Frauen als mögliche Opfer hin zu einer geschlechtsneutralen Ausgestaltung des Tatbestandes, der neben dem Vaginalverkehr auch den Oral- und Analverkehr sowie die Penetration mit Fingern und Gegenständen erfasst und die Tatbegehung durch Frauen nicht mehr nur als mittelbare Täterinnen erlaubt. Mit der durch die Istanbul-Konvention notwendig gewordenen Reform wurde das althergebrachte Nötigungselement durch das Erfordernis eines erkennbaren entgegenstehenden Willens des Opfers abgelöst. Als Wertentscheidung hin zu einem umfassenden körperlichen Selbstbestimmungsrecht unabhängig von der Beziehung zum Täter kam daneben der Frage nach einer Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe eine enorme gesellschaftspolitische Bedeutung zu. Diese Konfliktlinien lassen sich so oder so ähnlich auch in anderen nationalen Rechtsordnungen erkennen.⁹⁹ Schutzlücken ergaben sich in der Realität aber nicht nur durch unzureichende Normierung, sondern auch durch eine seit jeher außerordentlich restriktive, in Teilen noch heute frauenverachtende Rechtsprechungspraxis.¹⁰⁰ Während sich die strafrechtliche Ausgestaltung des Sexualstrafrechts immer mehr einem umfangreichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung annähert, hinkt die Rechtsprechung diesem Anliegen bisher noch hinterher.¹⁰¹

III. Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht

1. Lieber-Code und Genfer Abkommen

Eine der ersten Verschriftlichungen des Kriegsrechts stellt der amerikanische Lieber-Code aus dem Jahr 1863 dar.¹⁰² Art. 44 des Lieber-Codes bestraft „all rape“, also jede Vergewaltigung, an Zivilisten und Zivilistinnen mit der Todes-

strafe.¹⁰³ Auch das Genfer Abkommen IV von 1949 erwähnt den Schutz von Frauen vor Vergewaltigungen.¹⁰⁴ Diese wurden dabei nicht als Gewaltdelikt erfasst, sondern als Ehrdelikt.¹⁰⁵ Im ersten Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977 wird der besondere Schutz von Frauen vor Vergewaltigung wiederholt.¹⁰⁶ Das zweite Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977 erfasst den Schutz aller nicht unmittelbar an der kriegerischen Auseinandersetzung teilnehmenden Personen vor Vergewaltigungen,¹⁰⁷ wodurch der Schutzbereich auf nicht-weibliche Personen erweitert wurde. Eine Definition, was unter dem Begriff der Vergewaltigung zu verstehen ist, war jedoch in allen vier Fällen nicht vorhanden. Diese fehlende Bestimmtheit kennzeichnete für lange Zeit das Vergewaltigungsverbot im Völkerstrafrecht.¹⁰⁸ Sie war Ausdruck der bis vor kurzem vorherrschenden Ansicht von sexueller Gewalt als unschönem, aber unvermeidbarem Nebenprodukt bewaffneter Konflikte.¹⁰⁹ So wurden Vergewaltigungen von der Anklage in den Nürnberger Prozessen überhaupt nicht erwähnt, obwohl Beweise für sexuelle Gewalt durch die Wehrmacht schon damals vorlagen,¹¹⁰ und vom Tokioter Tribunal nur gebündelt mit anderen Kriegsverbrechen verfolgt.¹¹¹ Dies änderte sich erst durch die von massenhafter sexueller Gewalt gekennzeichneten Konflikte im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda, die zur Errichtung zweier ad-hoc Tribunale, des ICTY und des ICTR, geführt haben,¹¹² welche ihrerseits wegweisende Urteile zu konfliktbezogener sexueller Gewalt hervorbringen sollten.

2. Akayesu (ICTR)

Der ICTR bewertete Vergewaltigung als Angriff auf die persönliche Würde der Betroffenen¹¹³ und konnte diese als Einzelverbrechen zur Begründung einer schweren Verfehlung

¹⁰³ Biehler, Das Vergewaltigungsverbot im bewaffneten Konflikt, 2017, S. 41 Fn. 70.

¹⁰⁴ Genfer Abkommen IV, Teil III, Art. 27.

¹⁰⁵ Seibert-Fohr, in: Hankel (Hrsg.), Die Macht und das Recht, 2008, S. 163.

¹⁰⁶ Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen, Abschnitt III, Kap. II, Art. 76 Nr. 1.

¹⁰⁷ Zusatzprotokoll II zu den Genfer Abkommen, Teil II, Art. 4 Nr. 2 lit. e. Das Zusatzprotokoll II beschränkt sich auf den Schutz von Personen in nicht internationalen Konflikten.

¹⁰⁸ Biehler (Fn. 103), S. 111.

¹⁰⁹ Etwa Goldstein, War and Gender, 2001, S. 362; Salzman, Human Rights Quarterly 20 (1998), 348 (373).

¹¹⁰ Siehe etwa Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Vol. II, S. 139; Vol. VI, S. 170, 178, 211–214, 404–407; Vol. VII, S. 449–457, 467, 494.

¹¹¹ Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 205, 211 m.w.N.

¹¹² Baaz/Stern, Sexual Violence as a weapon of war? Perceptions, prescriptions, problems in the Congo and beyond, 2013, S. 1 f.; Fitzpatrick, Tactical Rape in War and Conflict, 2016, S. 24.

¹¹³ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 597.

⁹⁷ So BT-Drs. 18/9097, S. 22.

⁹⁸ Vgl. Kratzer, KritV 2010, 83 (101 ff.); siehe jedoch Clemm, AktenEinsicht, 2020.

⁹⁹ Vgl. etwa die aktuelle Debatte um das Konsens-Element in Frankreich, etwa bei Le Monde v. 14.3.2024, abrufbar unter https://www.lemonde.fr/en/france/article/2024/03/14/macron-promises-to-add-consent-to-france-s-rape-law_6617206_7.html# (11.7.2024).

¹⁰⁰ So auch Isfen, ZIS 2015, 217 (232).

¹⁰¹ Vgl. Clemm (Fn. 98); Buchholz (Fn. 94).

¹⁰² Instructions for the Government of Armies of the United States; Schwarz, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht, 2019, S. 91.

gegen die Genfer Abkommen, als Völkermord und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgen.¹¹⁴ In seinem Urteil im Fall Akayesu im September 1998 stellte der ICTR zunächst fest, dass es keine allgemein anerkannte Definition der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht gebe.¹¹⁵ Er definierte diese sodann konzeptionell als physische Invasion sexueller Natur, die gegenüber einer Person unter solchen Umständen begangen wurde, die einen Zwang begründen.¹¹⁶ Der Personenkreis möglicher Opfer war nicht auf Personen eines bestimmten Geschlechts beschränkt.¹¹⁷ Der Begriff der sexuellen Invasion umfasste neben der vaginalen oder analen Penetration des Opfers auch Oralverkehr.¹¹⁸ Daneben war ein Nötigungselement erforderlich, das jedoch nicht auf eine Gewaltanwendung oder Drohung durch den Täter bzw. die Täterin beschränkt war, sondern sich auch aus den situativen Umständen der Tat ergeben konnte.¹¹⁹ Die fehlende Zustimmung des Opfers war dagegen kein Tatbestandsmerkmal, sondern wurde lediglich implizit zugrunde gelegt.¹²⁰ Die Kammer stellte fest, dass sich Vergewaltigung als eine Form der Aggression nicht mechanisch definieren lasse (daher auch die Bezeichnung als konzeptionelle Definition),¹²¹ und lehnte damit die Fokussierung auf konkrete Verhaltensweisen und Körperteile ab.¹²² Ziel dieses Ansatzes war es, den vielfach traumatisierten Opferzeugen und -zeuginnen eine Konfrontation mit den intimen Details ihrer Erlebnisse zu ersparen.¹²³ In der Folge wurden weder der Geschlechtsakt noch das Zwangsmoment näher definiert, was jedoch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz für Kritik sorgte.¹²⁴

3. Furundzija (ICTY)

Im Statut des ICTY konnte Vergewaltigung als Einzelverbrechen zur Begründung einer schweren Verfehlung gegen die Genfer Abkommen, Verstoß gegen die Gesetze und Gebräuche des Kriegs sowie als Völkermord und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit geahndet werden.¹²⁵ Nachdem der ICTY in seiner Entscheidung zu Delalic u.a. zunächst die Definition des ICTR aus Akayesu aufrechterhalten hatte,¹²⁶ befand er diese in seiner Entscheidung zu Furundzija im Dezember 1998 als zu unbestimmt.¹²⁷ Der ICTY erarbeitete daher auf Basis nationaler Rechtsordnungen¹²⁸ eine näher bestimmte Definition der Vergewaltigung, wobei er sich von dem Prinzip leiten ließ, dass der Schutz der Menschenwürde eine weite Definition der Vergewaltigung nahelegt.¹²⁹ Vergewaltigung wurde daraufhin definiert als eine sexuelle Penetration, gleich welcher Intensität, der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder ein vom Täter hierfür verwendetes anderes Objekt oder des Mundes des Opfers durch den Penis des Täters, durch Zwang oder Gewalt oder die Drohung mit Gewalt gegen das Opfer oder eine dritte Person.¹³⁰ Gegenüber der Definition des ICTR war die Definition des ICTY in Furundzija deutlich detaillierter und beschrieb konkret in welche Körperöffnungen des Opfers wie eingedrungen werden muss. Aus dieser Weiterentwicklung¹³¹ ergaben sich jedoch auch Einschränkungen: Während die Definition bei Akayesu eine Begründung des Nötigungselements aus der allgemeinen Situation der Tat im bewaffneten Konflikt ermöglicht hat, war die Definition in Furundzija (angelehnt an die Handhabung nationaler Rechtsordnungen) auf ein klassisches Nötigungselement¹³² beschränkt. Inhaltliche Änderungen im Hinblick auf typischen vaginal-, Anal- oder Oralverkehr gegenüber Akayesu ergaben sich nicht. Eine Tatbegehung durch Täterinnen war in Form des Einführens von Gegenständen in Vagina oder Anus des Opfers umfasst. Umstritten war jedoch, ob diese Definition der Vergewaltigung auch die Verwendung anderer Körperteile, etwa von Fingern oder der Zunge, als mögliche „Werkzeuge“ der Penetration erfasst. Nach *Eboe-Osuji* ist auch Cunnilingus – also das Berühren der Vulva mit der Zunge – zweifellos als

¹¹⁴ Vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 955, S/RES/955 (1994), S. 3 ff., Art. 2–4.

¹¹⁵ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 596.

¹¹⁶ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 598 (Übersetzung der Verf.).

¹¹⁷ Biehler (Fn. 103), S. 166; vgl. ICTY, Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landzo), Abs. 479, 1065 f.

¹¹⁸ Biehler (Fn. 103), S. 166; vgl. ICTY, Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landzo), Abs. 479, 1065 f.

¹¹⁹ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

¹²⁰ ICTR (Appeals Chamber), Judgement v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A, (Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi), Abs. 147 ff.; Schwarz (Fn. 102), S. 178 f.; vgl. Hansen-Young, Chicago Journal of International Law 6 (2005–2006), 479 (485).

¹²¹ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 597.

¹²² ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 687.

¹²³ Vgl. ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 687.

¹²⁴ Biehler (Fn. 103), S. 167 m.w.N.

¹²⁵ Vgl. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Art. 2–5.

¹²⁶ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo), Abs. 479.

¹²⁷ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 177.

¹²⁸ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 178 ff.

¹²⁹ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 184.

¹³⁰ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 185 (Übersetzung der Verf.).

¹³¹ Seibert-Fohr (Fn. 105), S. 177.

¹³² Vgl. I. 1.

erfasst anzusehen.¹³³ *Adams* hingegen verneint einen Einschluss anderer Körperteile unter Verweis auf den Wortlaut,¹³⁴ der mit der Wendung „any other object“ in der Tat auch eher auf die Verwendung von Gegenständen, nicht Körperteilen, hindeutet.¹³⁵

4. *Kunarac (ICTY)*

Da der zu entscheidende Fall keine Nötigung im klassischen Sinne enthielt,¹³⁶ sah sich der ICTY in der Entscheidung zu *Kunarac* im Februar 2001 gezwungen, die Gemeinsamkeiten nationaler Vergewaltigungsdefinitionen erneut auszuarbeiten. Dabei sah er über Fälle der Nötigung hinaus den Verstoß gegen die sexuelle Autonomie und damit den freien Willen des Opfers als eigentlich gemeinsamen Strafgrund nationaler Definitionen an.¹³⁷ Vergewaltigung wurde daraufhin redefiniert als sexuelle Penetration, gleich welcher Intensität, der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder ein vom Täter hierfür verwendetes anderes Objekt oder des Mundes des Opfers durch den Penis des Täters, sofern die Penetration ohne Zustimmung des Opfers erfolgt.¹³⁸ Eine Zustimmung musste dabei freiwillig erfolgt, also das Ergebnis einer freien Willensentscheidung des Opfers sein, beurteilt im Kontext der jeweiligen Umstände der Tat.¹³⁹ Auf Vorsatzseite war neben der Intention der Penetration auch ein Wissen um die fehlende Zustimmung des Opfers erforderlich.¹⁴⁰ Die Definition stimmte bezüglich des Eindringens und der erfassten Körperöffnungen mit der Definition aus der Entscheidung zu *Furundzija* überein.¹⁴¹ Statt auf ein Zwangsmoment abzustellen, war jedoch die fehlende Zustimmung des Opfers explizite Tatbestandvoraussetzung, bezüglich derer die Beweislast bei der Anklage lag.¹⁴² Für die Beurteilung der Zustimmung konnte neben den schon bei *Furundzija* genannten Möglichkeiten des Zwangs, der Gewalt und der Drohung mit Gewalt, die einen wahren Konsens des

Opfers aus Sicht der Berufungskammer von vornherein präkludierten,¹⁴³ auch auf alle anderen Faktoren abgestellt werden, welche die Penetration nicht-konsensual machen.¹⁴⁴ Im Gegensatz zum erkennbaren entgegenstehenden Willen in § 177 Abs. 1 StGB, der eine irgendwie geartete Kommunikation des Opfers gegenüber dem Täter bzw. der Täterin erfordert,¹⁴⁵ konnte das Nichteinverständnis des Opfers im Verständnis des ICTY also allein aus der Situation heraus begründet werden.¹⁴⁶ Die Berufungskammer stellte darüber hinaus fest, dass es auf einen Widerstand des Opfers nicht ankommt.¹⁴⁷ Indem der Beweis zwangsbegründender Umstände für einen Beweis des Nicht-Einverständnisses des Opfers als ausreichend angesehen wurde, konnten einerseits Beweisschwierigkeiten umschifft und so andererseits auch eine potenziell retraumatisierende Befragung der Opfer nach dem konkreten Tathergang vermieden werden.¹⁴⁸

5. *Elements of Crimes (ICC)*

Nach dem Römischen Statut des ICC kann eine Vergewaltigung entweder als Tatbestandselement eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder eines Kriegsverbrechens verfolgt werden.¹⁴⁹ Im Statut des ICC selbst ist keine Definition der Vergewaltigung enthalten. Eine solche findet sich jedoch in den nach Art. 9 Abs. 1 ICC-Statut als Auslegungshilfe und subsidiäre Rechtsquelle¹⁵⁰ angelegten sog. Verbrechenselementen.¹⁵¹ Vergewaltigung wird dort definiert als das Eindringen einer Person in den Körper einer anderen Person mittels eines Verhaltens, das zu einer Penetration eines Körperteils des Opfers oder des Täters bzw. der Täterin mit einem Sexualorgan, oder der Anal- oder Genitalöffnung des Opfers mit irgendeinem Gegenstand oder Körperteil führt,¹⁵² wenn das Eindringen „durch Gewalt oder die Drohung mit Gewalt oder Zwang, hervorgerufen etwa durch die Angst vor Gewalt, Zwang, Inhaftierung, psychologischer Unterdrückung oder Machtmissbrauch,“ gegen diese „oder eine andere

¹³³ *Eboe-Osuji*, International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts, 2012, S. 147 Fn. 11.

¹³⁴ *Adams* (Fn. 111), S. 321.

¹³⁵ *Biehler* (Fn. 103), S. 171 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. die Zusammenfassung bei *Biehler* (Fn. 103), S. 173 m.w.N.

¹³⁷ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 440, 442, 457.

¹³⁸ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹³⁹ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹⁴⁰ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹⁴¹ Auch hier stellte sich also die Frage nach einer Erfassung der Penetration durch „andere“ Körperteile.

¹⁴² ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 463.

¹⁴³ ICTY (Appeals Chamber), Judgement v. 12.6.2002 – IT-96-23 & 23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 130.

¹⁴⁴ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 438, vgl. ICTY, Rules of Procedure and Evidence v. 8.7.2015 – IT/32/Rev. 50, Rule 96 (ii).

¹⁴⁵ *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

¹⁴⁶ Hier käme im nationalen Recht eine Vergewaltigung nur in Kombination mit § 177 Abs. 2 StGB in Betracht.

¹⁴⁷ ICTY (Appeals Chamber), Judgement v. 12.6.2002 – IT-96-23 & 23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 128.

¹⁴⁸ ICTR (Appeals Chamber), Judgement v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A, (Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi), Abs. 155.

¹⁴⁹ Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. xxii Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. e Ziff. vi Var. 1 Rom-Statut.

¹⁵⁰ *Koch*, ZIS 2007, 150 (150, 154).

¹⁵¹ ICC, Elements of Crimes.

¹⁵² ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1 (Übersetzung der *Verf.*).

Person, oder unter Ausnutzung einer von Zwang geprägten Umgebung“ erfolgt oder gegenüber einer Person begangen wird, die nicht dazu in der Lage ist, eine ernstliche Zustimmung zu erteilen.¹⁵³ Erneut wird also eine sexuelle Penetration in finaler und kausaler¹⁵⁴ Kombination mit einem Nötigungselement¹⁵⁵ gefordert, die jeweils vom Vorsatz des Täters bzw. der Täterin umfasst sein müssen. Das Nötigungselement setzt keine Gewaltanwendung durch den Täter bzw. die Täterin voraus.¹⁵⁶ Stattdessen genügt wie schon bei Akayesu ein sich aus der allgemeinen Situation ergebendes Nötigungselement, das sich beispielsweise aus der Anzahl der beteiligten Personen, der Nähe zum Kampfgeschehen sowie der parallelen Begehung (anderer) Straftaten ergeben kann.¹⁵⁷ Für manche Situationen, wie bewaffnete Konflikte, hat der ICC die Möglichkeit einer Inhärenz zwangsbegründender Umstände anerkannt.¹⁵⁸ Hierdurch trägt der ICC den Umständen der vor ihm verhandelten Fälle in besonderer Weise Rechnung. Die fehlende Zustimmung des Opfers ist nach der Definition des ICC dagegen kein prinzipielles Tatbestandsmerkmal,¹⁵⁹ sondern greift nur in Konstellationen, in denen das Opfer aus Gründen in seiner Person oder der Situation nicht dazu in der Lage war, eine ernstliche Zustimmung zu erteilen.¹⁶⁰ Schweigen oder fehlender Widerstand des Opfers dürfen zudem nicht als Anhaltspunkte für ein etwaiges Einverständnis des Opfers angeführt werden.¹⁶¹ Indem jedes Körperteil des Täters bzw. der Täterin für eine Penetration eines Geschlechtsorgans des Opfers erfasst wird, erweitert der ICC den Anwendungsbereich im Vergleich zu den Definitionen des ICTY und des ICTR bzw. stellt ihn, je nach Sichtweise, zumindest klar. Nach Ausführungen des ICC sind von der Definition sowohl Männer als auch Frauen als mögli-

che Täter bzw. Täterinnen und Opfer zu verstehen.¹⁶² Neu ist, dass in dieser Definition auch die Möglichkeit einer Penetration des Täters durch Sexualorgane des Opfers, die sog. „umgekehrte“ Vergewaltigung, explizit vorgesehen ist. Hierdurch werden insbesondere Fälle erfasst, in denen Frauen männliche Opfer zum Vaginalverkehr nötigen,¹⁶³ aber auch solche, in denen der Täter bzw. die Täterin den Penis des Opfers in den Mund nimmt.¹⁶⁴ Im Ergebnis ist die Definition somit geschlechtsneutral.¹⁶⁵ Diese Konstellation war von den Definitionen des ICTR und ICTY nicht umfasst.¹⁶⁶ Die Kammer stellte im Fall Katanga zudem klar, dass von der Definition der Vergewaltigung in den Verbrechenselementen auch sexuelle Handlungen zwischen dem Opfer und Dritten sowie des Opfers an sich selbst erfasst sind.¹⁶⁷ Ein Körperkontakt zwischen Täter bzw. Täterin und Opfer ist folglich nicht erforderlich.¹⁶⁸ Dagegen scheidet eine nur äußerliche Masturbation mit Blick auf das Erfordernis des Eindringens aus dem Tatbestand aus.¹⁶⁹ Manche arabischen Staaten forderten in der Debatte um die Verbrechenselemente zwar eine Ausnahme der Vergewaltigung in der Ehe aus dem Tatbestand der Vergewaltigung, dies konnte sich jedoch nicht durchsetzen,¹⁷⁰ sodass es auf die Beziehung zwischen Täter bzw. Täterin und Opfer nicht ankommt.

Die materielle Definition der Vergewaltigung in den Verbrechenselementen des ICC präsentiert sich im Ergebnis als Fortschreibung der durch die ad-hoc-Tribunale gemachten Schritte und ist insbesondere aufgrund ihrer Kontextoffenheit und Geschlechtsneutralität als fortschrittlich¹⁷¹ zu beurteilen.

¹⁵³ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, S. 282; ICC (Fn. 152), Art. 7 (1) (g)-1.

¹⁵⁴ Siehe hierzu ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08, (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 104.

¹⁵⁵ Mit Ausnahme der vierten Tatbestandsvariante, die auf ein Missbrauchselement abstellt.

¹⁵⁶ Vgl. *Seibert-Fohr* (Fn. 105), S. 181.

¹⁵⁷ ICC (Trial Chamber VI), Judgment v. 8.7.2019 – ICC-01/04-02/06 (Prosecutor v. Bosco Ntaganda), Abs. 935.

¹⁵⁸ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 103 mit Bezug auf ICTR (Trial Chamber I), Judgment v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

¹⁵⁹ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Abs. 965; ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 105; *Schwarz* (Fn. 102), S. 197.

¹⁶⁰ Dies umfasst z.B. Kinder, aber auch Erwachsene, die, etwa unter Drogeneinfluss, in ihrer Willensbildung beeinträchtigt sind (vgl. ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1 Fn. 16).

¹⁶¹ ICC, Rules of Procedure and Evidence, Rule 70 (a)–(c).

¹⁶² ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 100.

¹⁶³ Vgl. ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963: „In fact, the element is framed so as to foresee also the eventuality that the perpetrator is penetrated [...]“ (offizielle Gerichtsübersetzung); etwa berichtet in *Brown*, International Feminist Journal of Politics 16 (3/2014), 448 (459); zur Penetration mit anderen Körperteilen und Gegenständen siehe *Schwarz* (Fn. 103), S. 203.

¹⁶⁴ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 101.

¹⁶⁵ Zur Frage der Anwendbarkeit auf nicht-binäre Menschen siehe ausführlich *Suhr*, Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court, 2022, S. 224 ff.

¹⁶⁶ *Adams* (Fn. 111), S. 330 m.w.N.

¹⁶⁷ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963.

¹⁶⁸ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963.

¹⁶⁹ *Schwarz* (Fn. 102), S. 201; offengelassen bei *Biehler* (Fn. 103), S. 220.

¹⁷⁰ *Adams* (Fn. 111), S. 328.

¹⁷¹ So auch *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (879).

Jedoch fallen Erwartungen und Realität in Bezug auf den ersten ständigen internationalen Strafgerichtshof bisweilen auseinander:¹⁷² In den über 20 Jahren seiner Existenz hat der ICC erst zwei Personen rechtskräftig wegen Vergewaltigung verurteilt.¹⁷³ Dies gilt, obgleich in 18 der bisher 31 Verfahren Vergewaltigung als Anklagepunkt aufgenommen wurde.¹⁷⁴ Praktische Hürden zeigten sich insbesondere im Hinblick auf die Anklage- und Beweisführung: Gerade in der Anfangszeit des ICC ließ sich eine Depriorisierung der Verfolgung sexueller Gewalt gegenüber anderen Verbrechen beobachten.¹⁷⁵ Insbesondere bei sexueller Gewalt gegen männliche Opfer hat die Anklagebehörde in früheren Verfahren zum Teil auf eine Anklage wegen Vergewaltigung verzichtet und die Anklagepunkte stattdessen auf Folter oder unmenschliche Behandlung als schwerer Verstoß gegen die Genfer Konventionen beschränkt.¹⁷⁶ Mittlerweile ist jedoch ein schrittweiser Wandel hin zu einer für sexuelle und geschlechtsbasierte Gewalt sensitiven Strafverfolgung erkennbar.¹⁷⁷ So enthielten neuere Verfahren auch Vorwürfe der Vergewaltigung gegen Männer.¹⁷⁸ Da viele Verfahren sich zudem nicht um mutmaßliche Vergewaltigungen der Angeklagten selbst drehen, sondern um solche, die diesen in ihrer Rolle als Vorgesetzte der unmittelbar Handelnden potenziell zugerechnet werden können, bildete die Frage nach Umfang und Grenzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit eine zentrale Frage in frühen Verfahren sexueller Gewalt vor dem ICC.¹⁷⁹

6. Resümee zum Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht

Das Vergewaltigungsverbot als solches existiert seit geraumer Zeit im Völkerstrafrecht, es fehlte jedoch lange an einer niedergeschriebenen Definition des Begriffs der Vergewaltigung. Erst durch die Verbrechenselemente des ICC kam es zu

einer konfliktübergreifenden Definition. Diese präsentiert sich in materieller Hinsicht weitgehend als Fortschreibung der durch die ad-hoc Tribunale gemachten Schritte, setzt jedoch entgegen nationalen Entwicklungen weiterhin ein Nötigungselement voraus. Während als potenzielle Opfer schon in den Definitionen der ad-hoc Tribunale sowohl Frauen als auch Männer anerkannt waren, wurde erst in der Definition des ICC eine wirklich geschlechtsneutrale Formulierung gewählt, die auch die „umgekehrte“ Vergewaltigung erfasst und damit Täterinnen und Täter gleichstellt. Inwieweit der ICC es schafft, sein progressives Regelwerk auch in die Praxis umzusetzen, ist dagegen nach wie vor Gegenstand wissenschaftlicher und öffentlicher Debatten.

IV. Unterschiede und Diskussion

Als Schutzgut des Delikts der Vergewaltigung ist mittlerweile weitläufig das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung anerkannt, das als besonders sensibles Rechtsgut eng mit der Menschenwürde zusammenhängt.¹⁸⁰ Von allen Definitionen gleichermaßen vorausgesetzt ist das prinzipielle Erfordernis einer Penetration des Opfers durch den Täter bzw. die Täterin. Auch wenn Vergewaltigungen überproportional häufig von Männern an Frauen verübt werden,¹⁸¹ sind geschlechtsneutrale Ausgestaltungen des Vergewaltigungstatbestandes begrüßenswert, um die körperliche und sexuelle Selbstbestimmung aller Menschen gleichermaßen zu schützen. Das althergebrachte Verständnis der Frau als einzigem potenziellen Opfer einer Vergewaltigung wurde mittlerweile in weiten Teilen der Welt aufgegeben.¹⁸² Die Aufnahme der Vergewaltigung in der Ehe in immer mehr nationalen und internationalen Ansätzen stellt historisch klar, dass Frauen auch dann noch Menschen mit eigenen Rechten sind, wenn sie verheiratet sind. Im Hinblick auf die erfassten Penetrationsweisen lässt sich sowohl im deutschen als auch im Völkerstrafrecht eine Entwicklung hin zu einer breiteren Definition der Vergewaltigung erkennen, die neben Vaginalverkehr auch anale und orale Penetrationen sowie die passive Penetration des Täters bzw. der Täterin durch das Opfer erfasst. Da es bei Vergewaltigungen neben dem sexuellen Aspekt immer auch um die Ausübung von Macht gegenüber dem Opfer geht,¹⁸³

¹⁷² *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (879).

¹⁷³ Dies sind Dominic Ongwen und Bosco Ntaganda.

¹⁷⁴ Siehe <https://www.icc-cpi.int/cases> (12.7.2024).

¹⁷⁵ Ausführlich dazu *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (884 f.).

¹⁷⁶ Etwa bei ICC (Pre-trial Chamber I), Warrant of Arrest v. 10.2.2006 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), S. 4; ebenso schon ICTY, Judgment v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo), Abs. 479, 1065 f.

¹⁷⁷ Vgl. The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf> (12.7.2024).

¹⁷⁸ Etwa ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 44.

¹⁷⁹ Siehe insbesondere ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's „Judgment pursuant to Article 74 of the Statute“ v. 8.7.2018 – ICC-01/05-01/08 A (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 120 ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Seifert*, in: Stiglmayer (Hrsg.), Massenvergewaltigung: Krieg gegen die Frauen, 1993, S. 89.

¹⁸¹ *MacKinnon*, Yale Law Journal 100 (5/1991), 1281 (1302).

¹⁸² An der Begrenzung auf weibliche Opfer halten neben Ägypten (*Khaled*, The Globe Post v. 18.2.2018, abrufbar unter

<https://theglobepost.com/2018/02/18/egypt-sexual-violence-law/> [12.7.2024]) auch andere, meist durch das islamische Recht geprägte Länder wie Saudi-Arabien (*Adams* [Fn. 111], S. 353 Fn. 1086) oder China (Art. 236 des Criminal Code, abrufbar unter <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china#2%20Chapter%20IV> [12.7.2024]) fest.

¹⁸³ *Seifert* (Fn. 180), S. 88 f.; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und

ist zu begrüßen, dass auch das Einführen von Gegenständen in Sexualorgane des Opfers von den neueren Definitionen der Vergewaltigung erfasst wird.

Die einzig wirklich verbliebene Konfliktlinie ist diejenige um das Nötigungs- oder Konsenselement. Wird das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als das Recht jeder Person verstanden, frei über das „Ob“, „Wie“ und „Mit wem“ sexueller Kontakte zu entscheiden,¹⁸⁴ liegt ein konsensbasiertes Verständnis der Vergewaltigung nahe.¹⁸⁵ Der Schutz der menschlichen Würde zeigt zudem eine eher weite Definition der Vergewaltigung an.¹⁸⁶ Wird der Bereich sexueller Selbstbestimmung durch Zwang verletzt, liegt schweres Unrecht vor. Allerdings stellt auch die Invasion ohne Zwang bei fehlender frei erteilter Zustimmung eine massive Verletzung der körperlichen und sexuellen Selbstbestimmung des Opfers dar. Zwar legen auch nötigungs-basierte Definitionen der Vergewaltigung im Kern ein fehlendes Einverständnis des Opfers mit der sexuellen Handlung zugrunde,¹⁸⁷ aber nur ein konsensbasiertes Verständnis der Vergewaltigung erkennt an, dass es für die Verletzung der sexuellen Autonomie nicht auf die Art und Weise ihres Vorgehens ankommt. Und damit gewährleistet nur ein solches einen umfänglichen Schutz der sexuellen Integrität der Betroffenen.¹⁸⁸ Gegen einen konsensbasierten Ansatz könnte jedoch angeführt werden, dass der Konsens-Begriff nicht inhärent mit einem klar begrenzten Bedeutungsgehalt versehen ist und deshalb Unklarheiten darüber möglich sind, ob und was genau das Opfer tun muss, um Dissens auszudrücken.¹⁸⁹ Während ein enges Verständnis von Konsens im Sinne der mittlerweile von einigen nordischen Ländern¹⁹⁰ vorgelebten Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung Vergewaltigungen nur im Falle eines positiv kommunizierten Konsens ausschließt, setzt die Nein-heißt-Nein-Lösung eine irgendwie geartete Kommunikation des Dissens voraus, um einen sonst vermuteten Konsens zu verneinen.¹⁹¹ Pauschale Vorwürfe einer Uferlosigkeit konsensbasierter Definitionen der Vergewaltigung,¹⁹² und damit eines Verstoßes gegen den

Bestimmtheitsgrundsatz, sind jedoch nicht zuletzt mit dem Verweis auf das zwar nicht unumstrittene, aber doch weithin akzeptierte Merkmal des tatbestandsausschließenden Einverständnisses, wie es sich etwa in den §§ 123 oder 240 StGB seit jeher findet, abzulehnen. Eine konsensbasierte Ausgestaltung des Vergewaltigungstatbestandes führt aber mit sich, dass der prozessuale Fokus zumindest auch auf dem Opfer und dessen Verhalten liegt.¹⁹³ Dadurch besteht für die Opfer sexueller Gewalt im Strafprozess nicht nur die Notwendigkeit, intimste Aussagen durch andere zu erlauben und selbst zu treffen, sie müssen auch mit Angriffen auf ihre Glaubwürdigkeit rechnen. Dies birgt erhebliche Gefahren einer sekundären Viktimisierung. Legt man stattdessen die fehlende Zustimmung des Opfers nur implizit zugrunde und beschränkt die Prüfung auf Zwangsumstände, die eine wahre Zustimmung unmöglich machen, könnte der Fokus vom Opfer weg und hin zum Verhalten der Täter bzw. Täterinnen und den Umständen der Tat gelenkt werden.¹⁹⁴ Dies könnte auch eine vereinfachte Beweisführung ermöglichen.¹⁹⁵ Jedoch zeigt der Umgang deutscher Gerichte mit dem Nötigungselement in der Vergangenheit, dass dies in der Praxis nicht so sein muss: Auch ohne Konsenselement wurde das Verhalten der Opfer minutiös untersucht, dieses mit einem stereotyp erwarteten Verhalten „richtiger“ Opfer verglichen und Entscheidungen vielfach auf Basis realitätsferner Annahmen zu Ungunsten weiblicher Opfer getroffen. Im Ergebnis erlauben beide Ausgestaltungen einen unlauteren Einfluss von Geschlechterstereotypen und Vergewaltigungsmythen auf die Rechtsprechung. Letztlich kann hier nur eine aufgeklärte, sensibilisierte Rechtspraxis wirklich Abhilfe schaffen.¹⁹⁶ Prinzipiell erscheint eine konsensbasierte Definition der Vergewaltigung daher als vorzugswürdig.

So rücken immer mehr nationale Gesetzgeber vom althergebrachten Erfordernis des Nötigungselements ab und verab-

Willensänderung des Opfers die Möglichkeit einer Vergewaltigung eröffnen sollte (etwa S. 25), ist unter Verweis auf den Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung entschieden entgegenzutreten (vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23; BGH NStZ 2019, 407 [408 Rn. 10]; *Renzikowski* [Fn. 95], § 177 Rn. 49).

¹⁹³ *Grewal*, *Journal of International Criminal Law* 10 (2/2012), 373 (385).

¹⁹⁴ *Schwarz* (Fn. 102), S. 229; vgl. *Schneider*, *International Journal of Humanities and Social Science Research* 6 (4/2020), 32 (34).

¹⁹⁵ Vgl. ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 105; vgl. *Schneider*, *International Journal of Humanities and Social Science Research* 6 (4/2020), 32 (34, 38); vgl. *Scheppele*, *The University of Chicago Law Review* 54 (3/1987), 1095 (1111); *Schwarz* (Fn. 102), S. 229; vgl. *Grewal*, *Journal of International Criminal Law* 10 (2/2012), 373 (385).

¹⁹⁶ Vgl. auch Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 35, 37.

Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 26.

¹⁸⁴ *Altunjan*, *German Law Journal* 22 (2021), 878 (892).

¹⁸⁵ *Hörnle*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 6 (2/2018), 115 (127 f.).

¹⁸⁶ ICTY (Trial Chamber II), Judgment v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 184.

¹⁸⁷ Vgl. *Ambos*, ZIS 2012, 313 (325).

¹⁸⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 27.

¹⁸⁹ *Adams*, *European Journal of International Law* 29 (3/2018), 749 (764).

¹⁹⁰ So etwa in Schweden: The Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700) v. 1.1.1965 (Stand: 1.1.2024), Kap. 6 § 1.

¹⁹¹ Vgl. *Porges/Peper*, *Biofeedback* 43 (1/2015), 45 (46); siehe auch *Adams* (Fn. 111), S. 491 f.

¹⁹² Etwa bei *Herzog*, *KritV* 2015, 18 (27 ff.). Weitergehenden Ausführungen *Herzogs*, in denen angezweifelt wird, ob eine

schieden konsensorientierte Definitionen des Tatbestands der Vergewaltigung,¹⁹⁷ wie sie auch in der Istanbul-Konvention zugrunde gelegt wurde. Dagegen setzt der ICC in seinen Verbrechenselementen für eine Vergewaltigung nach wie vor ein Nötigungselement voraus, das jedoch weit ausgestaltet ist und sich auch aus dem Kontext, in dem die Tat erfolgt, ergeben kann.¹⁹⁸ Praktische Konsequenzen ergeben sich v.a. in Fallkonstellationen, in denen der Täter bzw. die Täterin selbst kein Nötigungsmittel anwendet, das Opfer jedoch gleichermaßen schutzwürdig ist. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen das Opfer aus Furcht vor (noch) schlimmeren Konsequenzen die Tat starr über sich ergehen lässt. Würde ein Nötigungselement im klassischen Sinne gefordert, wäre eine Vergewaltigung in diesem Fall zu verneinen. Indem die ICC-Definition keine Zwangsausübung durch den Täter bzw. die Täterin voraussetzt, sondern eine allgemeine Zwangssituation genügen lässt,¹⁹⁹ können derartige Fallkonstellationen trotzdem den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllen. Im deutschen Strafrecht ist für diese Fälle § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Grundtatbestand der Vergewaltigung vorgesehen.²⁰⁰ Liegt eine Zwangssituation nicht vor und schweigt das Opfer gleichwohl über sein (Nicht-)Einverständnis mit der Tat, ist eine Vergewaltigung prinzipiell weder nach der Definition des ICC noch nach deutschem Recht gegeben. Denn auch die konsensbasierte Definition der Vergewaltigung im deutschen Recht setzt grundsätzlich eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens voraus. Unterschiedliche Ergebnisse ergeben sich aber dann, wenn das Opfer sein Nichteinverständnis mit der sexuellen Handlung zum Ausdruck bringt, sich der Täter bzw. die Täterin gleichwohl über den Willen des Opfers hinwegsetzt, ohne jedoch ein Nötigungsmittel anzuwenden oder eine allgemeine Zwangssituation auszunutzen. Dann greift § 177 Abs. 1, Abs. 5 StGB, während der Tatbestand durch den ICC abgelehnt werden müsste. Legt man dem Tatbestand der Vergewaltigung den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung konsequent zugrunde, ist eine tatbestandliche Erfassung derartiger Fallkonstellationen gleichwohl angezeigt. Die Definition der Vergewaltigung im StGB könnte daher derjenigen des ICC vorzuziehen sein. Hier ist jedoch der Kontext des Tatbestands der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht zu berücksichtigen: Im Gegensatz zu Vergewaltigungen im nationalen Recht geht es dort typischerweise nicht um ein isoliertes Verhalten von Individuen, sondern um ein durch kriegerische Auseinandersetzungen oder Angriffe auf die Zivilbevölkerung kontextualisiertes Geschehen.²⁰¹ Solchen Situationen ist ein Zwangsmoment oft inhärent.²⁰² Die

definitiven Unterschiede dürften daher in der Rechtspraxis nur in seltenen Ausnahmefällen zu abweichenden Ergebnissen führen. Außerdem ist das Konzept des Konsenses im Völkerstrafrecht höchst umstritten. Manche Autoren und Autorinnen²⁰³ lehnen die Möglichkeit von Konsens im Rahmen bewaffneter Auseinandersetzungen gar vollständig ab. Es erscheint auch abwegig, bei Taten, die etwa in einem eigens für Vergewaltigungen eingerichteten „rape camp“ erfolgt sind, nach einem Konsens des Opfers zu fragen.²⁰⁴ Hier bietet der Ansatz des ICC die Möglichkeit, den Opfern bzw. -zeuginnen langwierige Kreuzverhöre zu ersparen bzw. diese zumindest in ihren potenziell retraumatisierenden Wirkungen abzumildern.

Ob ein konsensbasierter Ansatz im Sinne einer Nein-heit-Nein-Lösung oder ein weit verstandener nötigungsbasierter Ansatz vorzuziehen ist, scheint also stark vom Kontext abzuhängen, in dem die Definition angewendet wird. Für Taten im Kontext bewaffneter Auseinandersetzungen, in denen eine allgemeine Zwangssituation vielfach als inhärent anerkannt wird,²⁰⁵ scheint ein Absehen vom Konsenselement in der Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile ein gut gangbarer Weg zu sein. Hier präsentiert sich der Ansatz des ICC als (bisher) bester Mittelweg zwischen den prozessualen Rechten der Beschuldigten und den berechtigten Interessen der Opfer, im Prozess nicht retraumatisiert zu werden. In Friedenszeiten sieht die Lage dagegen anders aus: Hier besteht oft kein solcher ein wahrer Konsens von vornherein präkludierender Kontext, der eine explizite Prüfung der Nicht-Zustimmung des Opfers obsolet machen könnte. Hier sollte nicht der Fehler gemacht werden, in einem falsch verstandenen Opferschutz wieder für eine Abschaffung des Konsenselements zu plädieren. Vielmehr ist mit sensibilisierter Rechtspraxis und geschulten Strafverfolgungsbehörden eine Beweisführung so zu gewährleisten, dass Opfer ernstgenommen werden und die Gefahr einer Retraumatisierung minimiert wird, ohne jedoch prozessuale Rechte der Beschuldigten auszuhebeln.

V. Fazit

Der Tatbestand der Vergewaltigung unterliegt national und international wie kaum ein anderes Delikt dem Wandel der Zeit. Während immer mehr nationale Gesetzgeber vom Er-

¹⁹⁷ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgaria), Rn. 163; Kaplan, Duke Law Journal 66 (2017), 1045 (1056 m.w.N.).

¹⁹⁸ Vgl. ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1, Art. 8 (2) (b) (xxii)-1, Art. 8 (2) (e) (vi)-1.

¹⁹⁹ ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1, Art. 8 (2) (b) (xxii)-1, Art. 8 (2) (e) (vi)-1.

²⁰⁰ Beachte jedoch *Eisele* (Fn. 30), § 177 Rn. 27.

²⁰¹ Vgl. *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 154.

²⁰² Vgl. ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

²⁰³ Etwa *Hansen-Young*, Chicago Journal of International Law 6 (2005–2006), 479 (490); *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 153.

²⁰⁴ Vgl. *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 153; zur Frage konsensualen Geschlechtsverkehrs im Kontext bewaffneter Auseinandersetzungen vgl. *Grewal*, Journal of International Criminal Law 10 (2/2012), 373 (393 f.); *Schneider*, International Journal of Humanities and Social Science Research 6 (4/2020), 32 (38); *Engle*, American Journal of International Law 99 (4/2005), 778 (780); sowie *Simić*, Journal of International Women's Studies 13 (4/2013), 129 (130).

²⁰⁵ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 103 mit Bezug auf ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

fordernis des Nötigungselements abrücken und stärker konsensorientierte Definitionen des Tatbestands der Vergewaltigung verabschieden, setzt der ICC in seinen Verbrechenselementen für eine Vergewaltigung nach wie vor ein Nötigungselement voraus. Abweichende Ergebnisse im Vergleich zum konsensbasierten Ansatz im deutschen Recht sind infolge des weiten Verständnisses des Zwangsmoments durch den ICC jedoch nur in wenigen Fällen zu befürchten. In der Gesamtschau präsentieren sich beide Ansätze als für den Kontext ihrer Anwendung fortschrittlich und begrüßenswert. Doch selbst die progressivste strafrechtliche Normierung eines Deliktstatbestandes kann nur dann Wirkung entfalten, wenn sie auch tatsächlich in die Praxis umgesetzt wird. Die angestellte Untersuchung verdeutlicht, dass es diesbezüglich in der nationalen wie der internationalen Strafverfolgung von Vergewaltigungen noch Nachholbedarf gibt. Künftige Entwicklungen und Veränderungen dürften daher insbesondere durch eine sensibilisiertere, geschlechtergerechtere Strafverfolgungs- und Rechtsprechungspraxis zu erwarten sein. So spielen im Völkerstrafrecht Fragen der Beteiligung und des Schutzes von Opferzeugen bzw. -zeuginnen²⁰⁶ nach wie vor eine bedeutende Rolle. In aktuellen Diskussionen um das Sexualstrafrecht in Deutschland steht dagegen die Frage der Strafzumessung im Vordergrund,²⁰⁷ während materielle²⁰⁸ und prozessuale Diskussionen kaum Schlagkraft entfalten. Ob den Opfern sexueller und sexualisierter Gewalt durch höhere Strafen wirklich gedient ist, darf jedoch bezweifelt werden.

²⁰⁶ Etwa *Fowler*, *Journal of International Criminal Law* 2 (1/2021), 27 (41 ff.); *Reynolds*, University of Pennsylvania Carey Law School v. 28.6.2018, abrufbar unter <https://www.law.upenn.edu/live/blogs/14-victims-participation-in-the-icc-perspectives-from> (12.7.2024); Redress, Victims and the ICC: Still room for improvement, abrufbar unter <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Nov-08-Victims-and-the-ICC.pdf> (12.7.2024); Human Rights Watch, The Landmark International Criminal Court's First Years, abrufbar unter <https://www.hrw.org/reports/2008/icc0708/9.htm> (12.7.2024).

²⁰⁷ Siehe *Ehlen/Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2024, 16; in Reaktion auf *Köbel*, *LTO* v. 29.3.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/54212/ (12.7.2024); *Fischer*, *LTO* v. 6.1.2024, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/meinung/m/fischer-sexualstrafrecht-verschaerfen/> (12.7.2024); *Krüger*, *KriPoZ* 2024, 122; wiederum in Reaktion auf *Ehlen/Hoven/Rubitzsch/Weigend*, *KriPoZ* 2024, 129.

²⁰⁸ So konstatiert etwa *Eisele*, *KriPoZ* 2024, 88 (94), dass „[s]eit Inkrafttreten dieser Regelung [...] nennenswerte Strafrechtslücken, die auf dem materiellen Recht fußen, [...] nicht bekannt geworden“ seien.

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Tillmann Horter, Wiss. Mitarbeiter Julian Stolz, Düsseldorf*

Im Urteil zur Verfassungsmäßigkeit von § 362 Nr. 5 StPO hat das BVerfG sein Verständnis des Schutzgehalts von Art. 103 Abs. 3 GG konkretisiert. Im Kern enthalte die Norm eine vom Verfassungsgeber getroffene Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit, die nicht durch Abwägung mit anderen Verfassungsgütern relativiert werden könne.¹ Ob diese Auslegung überzeugt, ist im Schrifttum bereits intensiv diskutiert worden.² Weniger Aufmerksamkeit haben hingegen die Ausführungen des BVerfG zu der Frage erhalten, bei welchen Entscheidungsformen Rechtskraftdurchbrechungen an Art. 103 Abs. 3 GG zu messen sind.³ Ziel dieses Beitrags ist die Beantwortung der Frage, ob die Differenzierungen des BVerfG insofern überzeugen. Dazu wird der Inhalt der Entscheidung in einem ersten Schritt dargestellt, soweit er für diesen Beitrag von Bedeutung ist (I.). Anschließend wird er einer kritischen Würdigung unterzogen (II., III.).

I. Der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nach dem BVerfG

1. Vorüberlegung: Unterschiedliche Schutzniveaus von Art. 103 Abs. 3 und Art. 20 GG

Art. 103 Abs. 3 GG verbietet es, eine Person wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals zu bestrafen. Die Frage, welche strafrechtlichen Entscheidungsformen dem Schutzbereich dieses Verfassungssatzes unterfallen, ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil letzterer nach h.M. abwägungsfest ist, Schutzbereichsbeeinträchtigungen also nicht gerechtfertigt werden können.⁴ Dass die Rechtskraft einer Entscheidung nicht durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt ist, bedeutet im Umkehrschluss aber nicht, dass es im Belieben des Gesetzgebers steht, Rechtskraftdurchbrechungen zu regeln. Vielmehr wird die Rechtskraft jenseits des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG durch das allge-

meine Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) geschützt.⁵ Der entscheidende Unterschied eines Schutzes der Rechtskraft durch Art. 20 Abs. 3 GG besteht darin, dass ihre Durchbrechung insofern mit materiellen Gerechtigkeitserwägungen gerechtfertigt werden kann.⁶

2. Die durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützten Entscheidungsformen nach dem BVerfG

Nach dem BVerfG sind allein rechtskräftige Verurteilungen und Freisprüche in Strafverfahren durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt. Für andere verfahrensbeendende Entscheidungen in Strafverfahren gelte dies hingegen nicht. Zu den nicht durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützten Entscheidungsformen zählen Strafbefehle⁷ sowie Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft⁸ und durch das Gericht⁹. Gerichtliche Einstellungsentscheidungen sind sowohl Einstellungsbeschlüsse (z.B. nach den §§ 153 Abs. 2, 153a Abs. 2 StPO) als auch Einstellungsurteile nach § 260 Abs. 3 StPO.¹⁰

Zu der Frage, ob verfahrensbeendende Entscheidungen außerhalb des Strafverfahrens durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sind – etwa Entscheidungen im Sicherungs-, objektiven Einziehungs- oder im Bußgeldverfahren –, äußert sich das BVerfG zwar nicht explizit. Allerdings folgt wohl aus der Beschränkung seiner Ausführungen auf verfahrensbeendende Entscheidungen im Strafverfahren und zum Begriff der Strafe auf Grund der allgemeinen Strafgesetze, dass solche Entscheidungen nicht am Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG partizipieren und daher die Durchführung eines Strafverfahrens nicht kategorisch sperren. Als Strafen auf Grund der allgemeinen Strafgesetze i.S.v. Art. 103 Abs. 3 GG qualifiziert das BVerfG nämlich allein Kriminalstrafen im Sinne des StGB und seiner Nebengesetze.¹¹ Nicht erfasst seien hingegen das „Dienst-, Disziplinar-, Ordnungs-, Polizei- und Berufsstrafrecht“.¹² Maßnahmen der Strafvollstreckung und Maßregeln der Besserung und Sicherung sollen ebenfalls nicht am qualifizierten Schutz partizipieren.¹³ Weiterhin sei „die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG ausgenommen“, weil es sich zwar bei Bußgeldern um Strafen im verfassungsrechtlichen Sinne, aber nicht um Strafen auf Grund der allgemeinen Strafgesetze

* Die Autoren arbeiten am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht bei Prof. Dr. Till Zimmermann an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3701 Rn. 76, 79); zurecht kritisch zur Formulierung: *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (16 f.). Die Vorzugsentscheidung kann nur das Ergebnis einer Abwägung, aber nicht selbst Abwägungsbelang sein.

² Siehe bspw. die Urteilsanmerkungen von *Stuckenberg*, StV 2024, 14; *Gärditz*, JZ 2024, 96; *Grünwald*, JZ 2024, 101; *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683; *Jäger*, JA 2024, 79; *Jahn*, JuS 2024, 83; *Bohn*, ZfIStw 1/2024, 58; *Burhoff*, ZAP 2023, 1181; *Schneider*, ZJS 2024, 238.

³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 ff. Rn. 98–112); eher überblickartige Ausführungen hierzu etwa bei *Gärditz*, JZ 2024, 96 (97); *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3684); *Schneider*, ZJS 2024, 238 (241, 244).

⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 79); so auch *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 ff. Rn. 83, 93, 106, 111); zustimmend *Schneider*, ZJS 2024, 238 (244).

⁶ Vgl. BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 93).

⁷ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705. Rn. 106 ff.).

⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 f. Rn. 109 ff.).

⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 111 ff.).

¹⁰ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 111); vgl. zu § 153 Abs. 2 StPO BVerfG NJW 2004, 375 (376).

¹¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 97).

¹² BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 99); BVerfG NJW 1967, 1651 (1652).

¹³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 98); BVerfG NJW 2010, 1514 (1515 Rn. 21).

handelt.¹⁴ Offengelassen hat das BVerfG dagegen, ob die Einziehungsformen mit Strafcharakter (§§ 74, 74a StGB) als Strafen auf Grund der allgemeinen Strafgesetze zu qualifizieren sind. Dass das BVerfG die soeben aufgezählten Rechtsfolgen aus dem Begriff der Strafe auf Grund der allgemeinen Strafgesetze ausklammert bzw. nicht explizit unter diesen Begriff subsumiert, lässt darauf schließen, dass verfahrensbeendende Entscheidungen in Verfahren, die primär auf die Verhängung derartiger (anderer) Rechtsfolgen gerichtet sind, nicht durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sind.¹⁵

II. Begründungsansätze für einen qualifizierten Schutz der Rechtskraft und ihre Kompatibilität mit der Differenzierung durch das BVerfG

Zur Begründung seiner Auslegung von Art. 103 Abs. 3 GG stützt sich das BVerfG im Wesentlichen auf drei verschiedene Schutzrichtungen dieses Verfassungssatzes.¹⁶ Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist, ob sich die Differenzierung des BVerfG anhand dieser Schutzrichtungen widerspruchsfrei begründen lässt.

1. Sanktionsspezifische Gründe

Nimmt man den Wortlaut von Art. 103 Abs. 3 GG ernst, enthält die Vorschrift nur ein Doppelbestrafungsverbot.¹⁷ Untersagt wäre demnach allein die mehrfache Bestrafung derselben Person wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze. Das BVerfG interpretiert Art. 103 Abs. 3 GG dagegen zwar als Mehrfachverfolgungsverbot,¹⁸ zieht eine sanktionsbezogene Argumentation aber ebenfalls heran, wenn es ausführt, dass Art. 103 Abs. 3 GG an das mit Strafe verbundene Unwerturteil und an die dem Schuldgleich dienende Verhängung eines Übels als (hoheitliche) Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten anknüpft.¹⁹ Seinen Grund findet der qualifizierte Schutz der Rechtskraft durch Art. 103 Abs. 3 GG danach (auch) in der besonderen Qualität der verhängten Sanktion.

Für eine solche sanktionsbezogene Deutung spricht, dass Kriminalstrafen sich durch eine spezifische Grundrechtsintensität auszeichnen.²⁰ Diese lässt sich neben dem genannten sozialetischen Unwerturteil auch in der potenziellen Betrof-

fenheit der Fortbewegungsfreiheit erblicken. Letzteres ist für Freiheitsstrafen offenkundig. Doch auch Geldstrafen können im Falle ihrer Uneinbringlichkeit als Ersatzfreiheitsstrafen vollstreckt werden (vgl. § 43 S. 1 StGB). Durch diese Intensität heben sich Kriminalstrafen von Geldbußen und von den Einziehungsformen mit Strafcharakter ab.²¹ Art. 103 Abs. 3 GG ist im Rahmen dieser Betrachtung im Verhältnis zu Art. 20 Abs. 3 GG – entgegen den landläufigen Auffassungen – kein qualifizierter Vertrauensschutz,²² sondern eine spezielle Ausprägung des Übermaßverbots. Die Grundaussage des Art. 103 Abs. 3 GG wäre danach, dass die mehrfache Bestrafung wegen derselben Tat (zumindest typischerweise) unverhältnismäßig ist.

Diese Lesart kann die Beschränkung von Art. 103 Abs. 3 GG auf Entscheidungen im Strafverfahren plausibel erklären. Allerdings führt sie zu Ergebnissen, die in mindestens zweierlei Hinsicht von der Auffassung des BVerfG abweichen. Zum einen müsste nach diesem Ansatz ein rechtskräftiger Strafbefehl die erneute Durchführung eines Strafverfahrens ausschließen. Dies ist jedoch weder nach Ansicht des BVerfG²³ noch nach dem einfachen Gesetz (§ 373a StPO) der Fall. Zum anderen lässt sich mit einer sanktionsbezogenen Betrachtung nicht erklären, dass ein rechtskräftiger Freispruch die erneute Strafverfolgung ausschließt. Für sich genommen liefert der Ansatz daher keine tragfähige Begründung zur Reichweite des Art. 103 Abs. 3 GG.

2. Verfahrensspezifische Gründe

Die ganz h.M. pflichtet dem BVerfG darin bei, dass Art. 103 Abs. 3 GG auch im Falle eines rechtskräftigen Freispruchs vor erneuter Strafverfolgung schützt und somit als Mehrfachverfolgungsverbot zu interpretieren ist.²⁴ Diese (erhebliche) Abweichung vom Wortlaut von Art. 103 Abs. 3 GG lässt sich mangels anknüpfungsfähiger Sanktion nur mit verfahrensspezifischen Gründen plausibilisieren. Als solche kommen zum einen die spezifische Eingriffsintensität des Strafverfahrens, zum anderen dessen besondere Ermittlungsintensität in Betracht. Beide Aspekte werden auch vom BVerfG zur Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG bemüht.²⁵

¹⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 99); zustimmend *Grünwald*, JZ 2024, 101 (102) m.w.N.

¹⁵ Es sei noch einmal betont, dass dies nicht explizit aus dem Urteil hervorgeht, es sich aus Sicht der *Verf.* aber um die naheliegendste Interpretation handelt.

¹⁶ Die historische Argumentation und der systematische Verweis auf die Verortung im IX. Abschnitt des GG (Rn. 99, 105, 108 f.) sollen aufgrund ihres eher flankierenden Charakters hier nicht näher vertieft werden.

¹⁷ Für diese Lesart etwa *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1156); *Letzgus*, NStZ 2020, 717 (718 f.).

¹⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3799 Rn. 56–71).

¹⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 98, vgl. auch Rn. 88 „intensivsten Bereiche staatlicher Macht“).

²⁰ Vgl. hierzu etwa *Joecks/Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Einl. Rn. 22.

²¹ Die Möglichkeit der Erzwingungshaft für Geldbußen gem. § 96 Abs. 1 OWiG ändert nichts an dieser Bewertung, da sie als Beugemittel die Sanktion nicht ersetzt, *Nestler*, in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Stand: 1.4.2022, § 97 Rn. 14.

²² Art. 103 Abs. 3 GG gewährleiste Vertrauensschutz, vgl. *Remmert*, in: *Düring/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz, Kommentar*, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 40.

²³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 107).

²⁴ Vgl. etwa *Grünwald*, JZ 2024, 101 (102); *Gärditz*, JZ 2024, 96 (97); *Jahn*, JuS 2024, 83 (84). Diese Interpretation entspricht Art. 50 GRC, vgl. zum Schutzzumfang von Art. 50 GRC und dessen Auslegung durch den EuGH *Schneider*, ZJS 2024, 238 (247).

²⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3700 ff. Rn. 69, 71, 86 – Eingriffsintensität) und (3705 f. Rn. 103 f., 108, 111 f. – Ermittlungsintensität).

a) Eingriffsintensität

Die spezifische Eingriffsintensität des Strafverfahrens kann sich zum einen aus besonders eingriffsintensiven Ermittlungsbefugnissen (Durchsuchungen, TKÜ etc.) und Sicherungsmaßnahmen (Untersuchungshaft) ergeben, zum anderen aus der prinzipiellen Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen (vgl. § 231 StPO).²⁶ Hinzu kommen etwaige Belastungen durch eine gesellschaftliche Vorverurteilung bei Bekanntwerden des Strafverfahrens.²⁷ Ebenso wie die Anknüpfung an die spezifische Sanktionsintensität bedeutet die Anknüpfung an die spezifische Eingriffsintensität des Verfahrens, Art. 103 Abs. 3 GG als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu interpretieren. Der Grund für den qualifizierten Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG bestünde darin, dass die erneute Strafverfolgung, die mit den beschriebenen Belastungen des Betroffenen verbunden ist, (typischerweise) unverhältnismäßig ist.²⁸

Mit dieser Betrachtung lässt sich vor allem die Auffassung des BVerfG erklären, rechtskräftig gewordenen Strafbefehle vom Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG auszunehmen. Wird ein Strafbefehl rechtskräftig, kommt es nämlich zu keiner Hauptverhandlung.²⁹ Das Gleiche gilt für Einstellungsentscheidungen durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Ferner lässt sich auch die Ausklammerung von gerichtlichen Entscheidungen über den Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid plausibilisieren. Zwar findet auf einen Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid eine öffentliche Hauptverhandlung statt, in welcher der Verfahrensbetroffene grundsätzlich anwesend sein muss (vgl. § 73 Abs. 1 OWiG). Jedoch bleiben die Ermittlungsbefugnisse im Bußgeldverfahren ungeachtet der Grundregel aus § 46 Abs. 1 OWiG wesentlich hinter denjenigen im Strafverfahren zurück (vgl. § 46 Abs. 3 OWiG).³⁰

Nicht mit diesem verfahrensintensitätsbezogenen Modell zu vereinbaren ist dagegen der Ausschluss von gerichtlichen Einstellungsentscheidungen aus dem Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG. Denn bei derartigen Entscheidungen (z.B. §§ 153a Abs. 2, 154 Abs. 2 StPO) kommt es neben dem Ermittlungsverfahren regelmäßig zur Hauptverhandlung. Hält man die Eingriffsintensität des Strafverfahrens für maßgeblich, müssten auch gerichtliche Einstellungen von Art. 103 Abs. 3 GG erfasst sein.

²⁶ Dem Beschuldigten steht dabei grundsätzlich z.B. kein Anspruch auf Terminverlegung bei kollidierenden privaten Terminen zu, vgl. hierzu: *Brauer*, NStZ 2024, 11 (18).

²⁷ Vgl. zum Problem medialer Vorverurteilung bspw. *Franke*, NJW 2016, 2618 (2619).

²⁸ Das BVerfG formuliert dies zwar nicht als eigenständigen Begründungsansatz für den Schutzbereich, nimmt aber immer wieder auf die Belastungen des Strafverfahrens Bezug, vgl. BVerfG NJW 2023, 3698 (3700 ff. Rn. 69, 71, 86).

²⁹ Siehe etwa den Überblick bei *Ranft*, JuS 2000, 633.

³⁰ Vgl. zu den nicht anwendbaren Befugnissen bspw. *Krenberger/Krumm*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2022, § 46 Rn. 107 f.

b) Ermittlungsintensität

Ein weiterer, ebenfalls verfahrensbezogener Argumentationsansatz knüpft an das überwiegende Verständnis von Art. 103 Abs. 3 GG als qualifizierte Form des Vertrauensschutzes an.³¹ Entscheidendes Differenzierungskriterium für die Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Entscheidungsform durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt ist, ist nach diesem Ansatz die Ermittlungs- bzw. Prüfungsintensität, mit der sich die staatlichen Instanzen, von denen die Entscheidung getroffen wird, mit der Frage befasst haben, ob und in welchem Umfang sich der Verfahrensbetroffene wegen der verfahrensgegenständlichen Tat strafbar gemacht hat.³² Der besondere Vertrauensschutz, der durch Art. 103 Abs. 3 GG im Falle einer Verurteilung oder eines Freispruchs gewährt wird, beruht nach Auffassung des BVerfG vor allem darauf, dass diese Entscheidungsformen nach bestmöglicher Ermittlung des Sachverhalts im Rahmen der Hauptverhandlung ergehen.³³

Das besondere vertrauensstiftende Moment der Hauptverhandlung ergibt sich aus den formalen Bedingungen, unter denen sie stattfindet.³⁴ Das BVerfG geht davon aus, dass die vollständige Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung unter der Geltung des Anklage-, Amtsermittlungs- und des Unmittelbarkeitsprinzips die beste rechtsstaatlich eingetragte Möglichkeit der Wahrheitsermittlung ist.³⁵ Die Verurteilung des Angeklagten setzt voraus, dass das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist (vgl. § 261 StPO). Das Gericht hat den verfahrensgegenständlichen Lebenssachverhalt deshalb in einer Weise zu untersuchen, die eine vollständige Überzeugungsbildung hinsichtlich der Strafbarkeit ermöglicht.³⁶ Es muss sämtliche für die Überzeugungsbildung bedeutsamen Beweise erheben (vgl. § 244 Abs. 2 StPO) und unmittelbar zur Kenntnis nehmen (vgl. § 250 StPO).³⁷

³¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 83, 95); *Aust*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 206; *Jäger*, JA 2024, 76 (76 Ls.); kritisch zu staatlichen Entscheidungen als maßgeblichem größeren Vertrauenstatbestand *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3685).

³² In diese Richtung bereits *Ranft*, JuS 2000, 633 (640), der die summarische Natur des Strafbefehlsverfahrens heranzieht, um die dort vorgesehenen Möglichkeiten der Rechtskraftdurchbrechung zu erklären.

³³ BVerfG NJW 2023, 3683 (3705 Rn. 104).

³⁴ Vgl. BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 104), wonach strafgerichtliches Hauptverfahren und Hauptverhandlung dem Urteil die Legitimation vermittelt, die den Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG rechtfertigt.

³⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 104).

³⁶ Vgl. *Bachler*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.4.2024, § 244 Rn. 11: Aufklärungspflicht besteht so lange, bis eine erschöpfende Beurteilung möglich ist.

³⁷ Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Hauptverhandlung vgl. etwa *Kreicker*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 250 Rn. 1; *Diemer*, in: Barthe/Gericke

Kommt es zu einem Freispruch oder zu einer Verurteilung des Angeklagten, impliziert die gerichtliche Entscheidung negativ, dass ein Schuldnachweis überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in einem über die Verurteilung hinausgehenden Maße möglich ist.

Ganz anders sind die Bedingungen der Wahrheitsermittlung im Ermittlungs-, Zwischen- und im Strafbefehlsverfahren. So handelt es sich beim Ermittlungs- und Zwischenverfahren lediglich um vorläufige Prognosen hinsichtlich der gerichtlichen Überzeugungsbildung in der Hauptverhandlung.³⁸ Auch das Strafbefehlsverfahren gleicht mit Blick auf die gerichtliche Ermittlungsintensität eher dem Zwischenverfahren.³⁹ Ferner nehmen weder die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren noch das Gericht im Zwischen- oder im Strafbefehlsverfahren die für die Überzeugungsbildung relevanten Beweise notwendigerweise unmittelbar wahr.⁴⁰ Dass Einstellungen aus Opportunitätsgründen kein gleichermaßen schutzwürdiges Vertrauen stiften, ist darauf zurückzuführen, dass sie – anders als Verurteilungen und Freisprüche – nicht anhand des Maßstabs der vollen richterlichen Überzeugungsbildung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Tat und den damit verbundenen Ermittlungsmaßnahmen getroffen werden.⁴¹ Deshalb ist dem BVerfG vom Standpunkt des Vertrauensschutzes aus zuzustimmen, andere Entscheidungen als gerichtliche Urteile vom Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG auszunehmen. Etwas anderes gilt für Einstellungsurteile gem. § 260 Abs. 3 StPO. Entgegen dem BVerfG sind Einstellungsurteile gem. § 260 Abs. 3 StPO durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt, sofern die Einstellungsentscheidung aufgrund eines dauerhaften Verfahrenshindernisses (z.B. Verjährung

oder Ablauf der Strafantragsfrist) ergeht.⁴² Denn die auf die Feststellung eines solchen Verfahrenshindernisses gerichteten Ermittlungen finden – ungeachtet des Streits um die Anwendung des Strengbeweises bei der Feststellung von Verfahrenshindernissen⁴³ – grundsätzlich unter denselben Bedingungen statt wie die Feststellungen zur Schuldfrage. Der einzige Unterschied zwischen Urteilen i.S.d. § 260 Abs. 3 StPO und strafrechtlichen Sachurteilen liegt im Bezugspunkt der Ermittlungen (bei § 260 Abs. 3 StPO: Sachurteilsvoraussetzungen;⁴⁴ bei Sachurteilen: Schuldfeststellung der betroffenen Person). Damit lässt sich aber nur begründen, worauf sich das geschützte Vertrauen bezieht. Hinsichtlich des „vertrauensauslösenden“ Umstands (= Ermittlungsintensität) ändert sich nichts. Dass aber nach Auffassung des BVerfG gerade der Bezugspunkt der intensiven Ermittlungen entscheidend dafür sein soll,⁴⁵ ob *überhaupt* durch Art. 103 Abs. 3 GG geschütztes Vertrauen entstehen kann, ist nicht plausibel. Überzeugend ist vielmehr, das durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützte Vertrauen immer auf den Umstand zu beziehen, der mit der oben beschriebenen Ermittlungsintensität untersucht wurde.

Die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG allein anhand der Ermittlungsintensität in der Hauptverhandlung bedarf jedoch der Ergänzung. Denn wäre sie vollständig, müsste bereits eine Verurteilung oder ein Freispruch in erster Instanz durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sein, sodass Rechtsmittel (zu Lasten des Angeklagten) unzulässig wären. Das vertrauensbegründende Moment der besonderen Ermittlungsintensität bedarf für den qualifizierten Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG also der Entscheidungsbestätigung durch weitere staatliche Instanzen. Diese Entscheidungsbestätigung ergibt sich daraus, dass die gerichtliche Entscheidung entweder durch die Staatsanwaltschaft (wenn kein Rechtsmittel zu Lasten des Angeklagten eingelegt wird) oder durch ein Gericht höherer Instanz (bei Rechtsmitteleinlegung zu Lasten des Angeklagten) als richtig akzeptiert wird. Deshalb tritt vollständiger Vertrauensschutz erst mit formeller Rechtskraft ein. Auch das BVerfG berücksichtigt in seiner Argumentation den Umstand, dass jede Entscheidung – trotz bestmöglicher Form der Wahrheitsfindung – fehlerhaft und korrekturbedürftig sein kann und Rechtsmittel deshalb der Erhöhung der Richtigkeitsgewähr der Entscheidung dienen.⁴⁶

(Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 250 (Rn. 1).

³⁸ Zum Charakter der Anklageerhebung als Prognoseentscheidung: *Moldenhauer*, in: *Barthe/Gericke* (Fn. 37), § 170 Rn. 5; zur ggf. überlegenen Aufklärungschance einer Hauptverhandlung: *Kölbl/Neßeler*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Fn. 37), § 170 Rn. 15 m.w.N.

³⁹ Zwar wird i.d.R. volle richterliche Überzeugung für den Erlass des Strafbefehls gefordert, die Entscheidungsgrundlage bleibt gegenüber § 261 StPO indes defizitär: *Maur*, in: *Barthe/Gericke* (Fn. 37), § 408 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁰ Treffend spricht *Fezer*, *ZStW* 106 (1994), 1 (21), von einer „Aktenüberzeugung“ beim Strafbefehlsverfahren im Gegensatz zur „Hauptverhandlungsüberzeugung“; Überzeugungsbildung nach Aktenlage bleibt aber immer defizitär, vgl. zutreffend *Eckstein*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 3/1, 2019, § 408 Rn. 14.

⁴¹ § 153a StPO erfordert z.B. nur einen hinreichenden Tatverdacht, die Schuldfrage bleibt letztlich offen: *Mavany*, in: *Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor* (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 5/1, 27. Aufl. 2020, § 153a Rn. 45; *Schnabl*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafprozessordnung, Kommentar*, 5. Aufl. 2023, § 153a Rn. 9.

⁴² In diese Richtung gehen *Velten*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 260 Rn. 59; *Stuckenberg*, in: *Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor* (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 7, 27. Aufl. 2021, § 260 Rn. 123; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar*, 67. Aufl. 2024, § 260 Rn. 48, ohne allerdings ganz klar zu formulieren, dass die Einstellungsurteile insofern durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sind.

⁴³ Vgl. *Grünwald*, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, S. 138 f.

⁴⁴ Vgl. hierzu *Eschelbach*, in: *Graf* (Fn. 36), § 260 Rn. 14 f.

⁴⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 111).

⁴⁶ Vgl. hierzu BGH NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 89).

Was sich allein durch das Abstellen auf die formalen Bedingungen, unter denen ein Strafurteil zustande kommt, nicht erklären lässt, ist die im Wortlaut von Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Beschränkung des qualifizierten Vertrauensschutzes auf Strafen auf Grund der allgemeinen Strafgesetze. Denn die formalen Bedingungen, unter denen die Überzeugungsbildung und die Rechtskraft im strafrechtlichen Hauptverfahren zustande kommen, entsprechen im Wesentlichen den Bedingungen, unter den etwa verwaltungsgerichtliche Urteile entstehen.⁴⁷ Die Beschränkung der Geltung von Art. 103 Abs. 3 GG für Strafverfahren lässt sich nur damit erklären, dass der Strafe bzw. dem Strafverfahren eine spezifische Eingriffsintensität immanent ist, die ein qualifiziertes Maß an Vertrauensschutz nach dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens fordert. Aus der besonderen Eingriffsintensität folgt nämlich ein besonderes Bedürfnis des Angeklagten, nach Durchführung des Strafverfahrens nicht mehr eine Verfolgung wegen der verfahrensgegenständlichen Tat befürchten zu müssen.

III. Zum Schutz verfahrensbeendender Entscheidungen im Sicherungs- und gerichtlichen Bußgeldverfahren durch Art. 103 Abs. 3 GG

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass sich die Beschränkung von Art. 103 Abs. 3 GG auf Kriminalstrafen allein mit der Eingriffsintensität der Strafe, die Beschränkung auf rechtskräftige Urteile innerhalb des Strafverfahrens dagegen mit der Ermittlungsintensität erklären lässt, welche diesen Entscheidungsformen vorausgeht. Offengeblieben ist bislang, ob es überzeugend ist, rechtskräftige Entscheidungen aus dem Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG auszuklammern, die im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ergehen, das primär auf die Verhängung anderer Rechtsfolgen als Kriminalstrafen gerichtet ist, in dessen Rahmen aber auch die Strafbarkeit des Verfahrensbedingten mit der gleichen Ermittlungsintensität wie in einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung geprüft wird. Dazu zählen das gerichtliche Verfahren über einen Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid (vgl. § 81 OWiG) und das Sicherungsverfahren (vgl. § 416 StPO). Denn im Bußgeldverfahren impliziert die Entscheidung, dass sich das Gericht nicht von der Strafbarkeit des Betroffenen überzeugen können. Dies gilt auch für das Sicherungsverfahren, wenn es wegen der fehlenden Feststellbarkeit der Schuldfähigkeit des Betroffenen durchgeführt wird.⁴⁸

⁴⁷ So gilt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren insbesondere der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO).

⁴⁸ Ähnliches gilt auch für das objektive Einziehungsverfahren gem. den §§ 435 ff. StPO. Die Durchführung eines objektiven Einziehungsverfahrens ist nämlich nur möglich, wenn niemand wegen der Tat, an welche die Einziehung anknüpft, verfolgt oder verurteilt werden kann (vgl. § 76a Abs. 1 StGB). Auch in diesem Zusammenhang muss das Gericht deshalb prüfen, ob die Verurteilung des Verfahrensbedingten auf Grund der allgemeinen Strafgesetze möglich ist. Stellt es fest, dass dies aufgrund eines dauerhaften Verfahrenshindernisses oder des Fehlens einer materiellen Strafbarkeitsvoraussetzung nicht möglich ist, erwächst die Entschei-

Wie oben dargestellt worden ist, legen die Ausführungen des BVerfG nahe, dass Entscheidungen im Bußgeld- und Sicherungsverfahren nicht durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sind. Die Überzeugungskraft dieser Ausklammerung hängt (auch) davon ab, ob man den Vertrauensschutz als alleinigen Schutzzweck von Art. 103 Abs. 3 GG ansieht, oder ob man den Schutzzweck kumulativ darin erblickt, dem Angeklagten aus Verhältnismäßigkeitsgründen die erneute Durchführung eines Strafverfahrens wegen seiner spezifischen Eingriffsintensität aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ersparen zu wollen.

Erblickt man in der Ermittlungsintensität den alleinigen verfahrensspezifischen Grund für den qualifizierten Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG, lässt sich folgender Grundsatz formulieren: Jede gerichtliche Entscheidung, der die volle richterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich des untersuchten Sachverhalts zugrunde liegt und die auf ein Verfahren ergangen ist, in dem der Lebenssachverhalt (auch) auf eine Strafbarkeit des Betroffenen untersucht werden musste, wird durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt. Danach wären rechtskräftige Entscheidungen im gerichtlichen Verfahren auf den Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid und rechtskräftige Entscheidungen im Sicherungsverfahren, die wegen Schuldunfähigkeit durchgeführt werden, durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt.⁴⁹ Insofern spiegelt die Regelung des § 84 OWiG die verfassungsrechtlichen Vorgaben wider: Während die Rechtskraft eines Bußgeldbescheids die Verfolgung der Tat wegen einer möglichen Strafbarkeit nicht ausschließt (§ 84 Abs. 1 OWiG), ist dies bei einem rechtskräftigen Urteil über die Tat als Ordnungswidrigkeit der Fall (§ 84 Abs. 2 OWiG). Im Übrigen ist § 85 Abs. 3 S. 2 OWiG, der ebenso wie § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel ermöglicht, verfassungswidrig, soweit er die Durchbrechung der Rechtskraft von Urteilen i.S.d. § 84 Abs. 2 OWiG erfasst.⁵⁰

Erblickt man neben der Ermittlungsintensität die Eingriffsintensität des Strafverfahrens als weiteren verfahrensspezifischen Grund für den qualifizierten Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG,⁵¹ ist dem BVerfG jedenfalls mit Blick auf die Ausklammerung von Entscheidungen im Bußgeldverfahren zuzustimmen. Zur Erinnerung: Der eingriffsintensitätsbezogenen Begründung liegt die Überlegung zugrunde,

dung im objektiven Einziehungsverfahren insofern in Rechtskraft.

⁴⁹ Vgl. für eine durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützte Sperrwirkung durch das abgeschlossene Sicherungsverfahren explizit *Gaede*, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, § 414 Rn. 32 f.; ähnlich *Schmitt* (Fn. 42), § 416 Rn. 9, ohne dass allerdings klar wird, ob die rechtskräftige Entscheidung durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt wird.

⁵⁰ Zur Anwendung auf gerichtliche Entscheidungen vgl. *Ganter*, in: Graf (Fn. 21), § 85 Rn. 19 ff.

⁵¹ Als alleiniger Grund für den Schutz durch Art. 103 Abs. 3 GG kommt die Eingriffsintensität des Strafverfahrens – wie unter II. 2. a) dargelegt – nicht in Betracht.

dass es unverhältnismäßig ist, dieselbe Person wegen derselben Tat mit mehreren Strafverfahren zu „überziehen“, weil sich das Strafverfahren durch eine spezifische Eingriffsintensität auszeichnet. Das Bußgeldverfahren ist – wie bereits oben ausgeführt⁵² – wegen der weniger weitreichenden Ermittlungs- und Sicherungsbefugnisse erheblich weniger eingriffsintensiv als das Strafverfahren, sodass Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte nicht gleichermaßen dagegen sprechen, gegen dieselbe Person wegen derselben Tat ein erneutes Bußgeld- und ein Strafverfahren durchzuführen.⁵³ Verfahrensbeendigende Entscheidungen im Sicherungsverfahren wären dagegen auf Grundlage des kumulativen Schutzzwecks vom Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG umfasst. So ist das Sicherungsverfahren im Grundsatz mit gleichermaßen intensiven Ermittlungsmaßnahmen verbunden wie das Strafverfahren (vgl. § 414 Abs. 1 StPO). Ferner wird gegen den Betroffenen grundsätzlich auch eine öffentliche Hauptverhandlung in seiner Anwesenheit durchgeführt. Die in § 415 StPO vorgesehene Möglichkeit, in Abwesenheit des Betroffenen zu verhandeln, ist lediglich eine Ausnahme vom gesetzlichen Regelfall der Verhandlung in Anwesenheit.

IV. Zusammenfassung

Der Beitrag hat gezeigt, dass sich die These des BVerfG, wonach allein Verurteilungen und Freisprüche im Strafverfahren durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sind, bei kumulativer Anwendung der vorgestellten Begründungsansätze im Wesentlichen konsistent begründen lässt. Der Grund für die Beschränkung des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG auf Verfahren, in denen sich die Frage nach der Verhängung einer Kriminalstrafe stellt, besteht in der besonderen Eingriffsintensität von Kriminalstrafen und dem daraus resultierenden Bedürfnis, nach dem Verfahrensabschluss die Bestrafung wegen der Tat nicht mehr befürchten zu müssen. Der Grund dafür, dass Entscheidungen allein im Strafverfahren geschützt werden – nicht dagegen im Bußgeldverfahren, obwohl auch hier die Strafbarkeit des Betroffenen geprüft wird –, besteht in der spezifischen Eingriffsintensität des Strafverfahrens, namentlich in den weitreichenden Ermittlungsbefugnissen und der Pflicht, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Diese Eingriffsintensität weist das gerichtliche Bußgeldverfahren nicht gleichermaßen auf. Dass innerhalb des Strafverfahrens allein rechtskräftige Freisprüche und Verurteilungen – nicht dagegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und sonstige Entscheidungen des Gerichts wie Strafbefehle und Einstellungsbeschlüsse – durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt werden, ist im Wesentlichen auf die besondere Ermittlungsintensität des Verfahrens zurückzuführen, das einem Freispruch oder einer Verurteilung vorausgeht.

⁵² Dazu oben unter II. 2. a).

⁵³ Das Gleiche müsste für das objektive Einziehungsverfahren gelten, weil gem. § 435 Abs. 4 S. 2 StPO Ermittlungsmaßnahmen, die im Strafverfahren nur gegen den Beschuldigten möglich sind, gegen den Verfahrensbetroffenen unzulässig sind vgl. dazu *Zimmermann*, NZWiSt 2023, 161 (163 ff.).

Nicht konsistent begründen lässt sich allein die vom BVerfG angenommene Ausklammerung von Einstellungsurteilen gem. § 260 Abs. 3 StPO aus dem Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG. Weil dieser Entscheidungsform ein Verfahren vorausgeht, das in seiner Eingriffs- und Ermittlungsintensität dem Verfahren vor einer Verurteilung oder einem Freispruch in nichts nachsteht, müsste auch sie nach Eintritt der formellen Rechtskraft durch Art. 103 Abs. 3 GG geschützt sein. Auch die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung bzw. das Absehen von einer Maßregelverhängung im Sicherungsverfahren müsste – entgegen der zumindest implizit geäußerten Auffassung des BVerfG – jedenfalls in dem Fall, in dem das Sicherungsverfahren wegen Schuldunfähigkeit des Betroffenen durchgeführt wird, zum Strafklageverbrauch führen. Zum einen ist das Sicherungsverfahren nämlich ähnlich eingriffsintensiv wie ein Strafverfahren. Zum anderen wird im Sicherungsverfahren die Schuldunfähigkeit als negative Verfahrensvoraussetzung vom Gericht mit der gleichen Ermittlungsintensität geprüft wie im Strafverfahren, weshalb der Vertrauensschutz gleichermaßen intensiv ausfallen muss.

Zum Geleit: Die (Straf-)Rechtswissenschaft ist ein stetig wachsendes Feld. Zum einen werden in einer immer komplexer werdenden Welt etwa durch gesetzgeberische und technische Entwicklungen stetig neue Forschungsgegenstände erschlossen, die auch strafrechtlicher Betrachtung bedürfen. Damit geht zum anderen aber auch einher, dass die Zahl der Personen, die sich diesen Fragestellungen widmen, beständig ansteigt.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich ein Dilemma: Zwar entsteht einerseits eine Vielzahl wichtiger Untersuchungen – gedacht ist dabei insbesondere an Dissertationen und Habilitationsschriften –, die die strafrechtswissenschaftliche Forschung entscheidend voranbringen können. Andererseits werden viele solcher Arbeiten leider nicht im gebührenden Maße wahrgenommen, weil sie in der großen Menge der Publikationen untergehen und kaum noch jemand über die zeitlichen Ressourcen verfügt, Monographien aus bloßem Interesse heraus zu lesen.

Die Rubrik „Neues aus der Strafrechtswissenschaft“ will einen Beitrag dazu leisten, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Sie bietet jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der ganzen Welt die Möglichkeit, die zentralen Thesen ihrer Qualifikationsschrift in einem kompakten Aufsatz der internationalen Fachöffentlichkeit in deutscher, englischer oder spanischer Sprache vorzustellen. Auf diese Art und Weise haben interessierte Leserinnen und Leser die Möglichkeit, sich in zeiteffizienter Weise über den Inhalt und die Kernthesen des jeweiligen Buches zu informieren und auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie sich näher mit dem Werk beschäftigen mögen. So wird die Sichtbarkeit von herausragenden Arbeiten erhöht und der – insbesondere auch internationale – wissenschaftliche Austausch gefördert.

Herausgeber und Redaktion der ZfIStw

I. Einleitung

Die neutrale Beihilfe ist seit einigen Jahrzehnten stets präsent im strafrechtswissenschaftlichen Diskurs. Nachdem das Problem anfangs vor allem aus wirtschafts- und steuerstrafrechtlicher Sicht betrachtet wurde, geht es inzwischen beispielsweise auch um die Strafbarkeitsrisiken von Betreibern von Online-Foren. Trotz zahlreicher Beiträge, die im Laufe der Jahre veröffentlicht wurden, ist es bislang nicht gelungen, eine dogmatisch überzeugende und praxistaugliche Lösung anzubieten.

Für eine solche Lösung besteht insbesondere deswegen ein Bedürfnis, weil es neben der Beihilfe weitere Straftatbestände gibt, durch die der Gesetzgeber ebenfalls Handlungen pönalisiert, die man als „neutral“ bezeichnen kann, so zum Beispiel die Nötigung nach § 240 StGB, die Strafvereitelung nach § 258 StGB oder auch die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB.

II. Was ist eine „neutrale Handlung“?¹

Ausgangspunkt für einen Lösungsansatz ist die Frage, was überhaupt unter einer „neutralen Handlung“ zu verstehen ist.

Teilweise wird dafür plädiert, „äußerlich neutral“ sei jede Handlung, „die der Ausführende einem jeden anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich nicht mißbilligte Zwecke verfolgt.“² Diese Auffassung ist jedoch deutlich zu eng, da sie letztlich rein auf den wirtschaftlichen Verkehr zugeschnitten ist und insbesondere Freundschaftsdienste nicht erfasst werden, da der Ausführende diese gerade nicht gegenüber jedermann vorgenommen hätte. Auch ist es wenig überzeugend, die Motive des Ausführenden zu berücksichtigen, da diese gerade nicht objektiv nach außen hin erkennbar sind. Auf diese Weise nimmt man zudem letztlich das Ergebnis vorweg, da es bei den „rechtlich nicht mißbilligten Zwecken“ schon um die strafrechtliche Bewertung der jeweiligen Verhaltensweise geht.

Dagegen plädiert insbesondere *Kudlich* für ein vor-normatives Verständnis des Begriffs der neutralen Handlung. Eine Handlung sei dann neutral im Hinblick auf einen späteren Erfolg, „wenn sie diesen nicht unmittelbar herbeigeführt hat, durch sie der unmittelbar Handelnde nicht objektiv-äußerlich aufgefordert worden ist und wenn sie nach einer objektiven Ex-post-Betrachtung nicht in prägender Weise an die Zweithandlung angepasst wurde.“³ Auch diese Auffassung nimmt entgegen der mit ihr verbundenen Intention jedoch eine rechtliche Wertung vor, sodass sie für die Funktion, bloß den Problembereich zu öffnen, nicht geeignet erscheint.

Vielmehr ist es zweckdienlich, als „neutral“ eine Handlung zu bezeichnen, die für einen objektiven Betrachter nicht als Mitverwirklichung oder Beteiligung an der Haupttat erscheint. Auf diese Weise lässt sich der Kreis der unter die Fragestellung fallenden Handlungen umgrenzen, ohne aber

* Die Dissertation mit demselben Titel ist im Jahr 2023 im Logos Verlag Berlin erschienen. Dieser Beitrag soll die wesentlichen Gedankengänge der Arbeit nachzeichnen. Im Sinne der besseren Lesbarkeit wurden nur ausgewählte Fußnoten gesetzt, für weitere Nachweise sei auf die Dissertation selbst verwiesen.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Frank Zieschang) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Dazu *Petersen*, Neutrale Handlung, 2023, S. 19 ff.

² *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4; ebenso *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 220.

³ *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 182.

bereits eine Vorwertung über den Umgang mit „neutralen Handlungen“ zu treffen.

III. Strafgrund und Deliktcharakter der Beihilfe⁴

Der Strafgrund der Teilnahme ist richtigerweise in dem akzessorischen Rechtsgutsangriff des Teilnehmers zu sehen.⁵ Nur so lässt sich einerseits dem akzessorischen Charakter von Anstiftung und Beihilfe gerecht werden und andererseits vermeiden, dem Teilnehmer fremdes Unrecht zuzurechnen, was mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar wäre.

Die Beihilfe selbst stellt ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt dar. Anders als die konkreten Gefährdungsdelikte erfordern diese gerade nicht den Eintritt eines konkreten Gefährdungserfolgs, vielmehr muss nur das Verhalten des Täters im konkreten Einzelfall für das Rechtsgut gefährlich sein.⁶ Der Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt ergibt sich daraus, dass ihr – anders als der Anstiftung – gerade kein Erfolgselement immanent ist; vielmehr ist erforderlich aber auch hinreichend, dass die Hilfeleistung für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter konkret gefährlich ist. Aus dem Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt resultiert weiterhin, dass weder das Erfordernis einer Kausalität noch der objektiven Zurechenbarkeit besteht.

Diese Auffassung führt auch nicht zu einer zu starken Ausweitung der Strafbarkeit, sondern bietet vielmehr mit der konkreten Gefährlichkeit ein klares Abgrenzungskriterium zwischen strafbarer und strafloser Beihilfe an, ohne zugleich Strafbarkeitslücken aufzureißen. So müsste die Auffassung, welche die Beihilfe als Erfolgsdelikt versteht und einen Kausalzusammenhang zwischen Haupttat und der Beihilfehandlung fordert, konsequenterweise in den meisten Fällen der sogenannten „psychischen Beihilfe“ zum Freispruch des Hilfeleistenden kommen. Denn dass das Bestärken des Tatentschlusses tatsächlich *conditio-sine-qua-non* für die Haupttat war, wird sich nur in Ausnahmefällen nachweisen lassen. Sachgerechter ist es dagegen, darauf abzustellen, inwieweit die psychische Einwirkung tatsächlich *ex ante* konkret gefährlich für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter war.

IV. Erfordernis eines Korrektivs für Fälle neutraler Beihilfehandlungen⁷

Teilweise wird dafür plädiert, auf jegliches Korrektiv in den Fällen der neutralen Beihilfe zu verzichten⁸ bzw. eine Bestra-

fung des Täters mit Mitteln des Strafprozessrechts also insbesondere der Einstellung zu vermeiden.⁹

Ein vollständiges Absehen von Korrekturen der Strafbarkeit neutraler Beihilfehandlungen kommt aber schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht. Bei berufsmäßigen Hilfeleistungen hindert die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG daran, jede mit Eventualvorsatz vorgenommene Handlung, die vom Haupttäter für seine Haupttat missbraucht werden kann, mit Strafe zu bedrohen. Im privaten, innerfamiliären Bereich erfordern Art. 6 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls in bestimmten Fällen ein solches Korrektiv.

Auch eine Lösung der problematischen Fälle über das Strafprozessrecht ist kein gangbarer Weg. Teilweise kann auf dessen Instrumente gar nicht zurückgegriffen werden, da beispielsweise die §§ 153, 153a StPO nur auf Vergehen, nicht aber auf Verbrechen Anwendung finden. Auch wäre es aus strafrechtsdogmatischer Sicht wenig überzeugend, eine materiell-rechtliche Unterscheidung zu vermeiden und diese stattdessen der Praxis im Einzelfall zu überlassen. Denn auf diese Weise wäre schon die nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Erkennbarkeit, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist, nicht gegeben.

V. Grundlagen des eigenen Lösungsvorschlags: Meinungsspektrum in der Literatur¹⁰

Aus der Analyse des bestehenden Meinungsspektrums zur Abgrenzung strafloser von strafbaren Beihilfehandlungen ergeben sich folgende Überlegungen, die auch bei der Entwicklung des eigenen Lösungsvorschlags Berücksichtigung finden:

Zwar kann die Sozialadäquanz bzw. die professionelle Adäquanz, welche einige Autoren heranziehen,¹¹ für sich genommen nicht zum Tatbestandsausschluss führen. Adäquanzgesichtspunkte können aber bei der Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit insoweit eine Rolle spielen, als die Gewöhnlichkeit bzw. Üblichkeit von Verhaltensweisen beispielsweise bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen einfließen kann.¹²

Der Figur des erlaubten Risikos, das – zumindest vordergründig – ebenfalls als Korrektiv herangezogen wird,¹³

⁴ Petersen (Fn. 1), S. 23 ff.

⁵ Diese Lehre geht auf *Roxin* zurück. Siehe dazu *Roxin* (Fn. 2), § 26 Rn. 31; *ders.*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365 (369); *ders.*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 26 Rn. 1 ff.

⁶ *Hirsch*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 545 (558).

⁷ Petersen (Fn. 1), S. 65 ff., 249 ff.

⁸ Beispielsweise *Beckemper*, Jura 2001, 163; *Niedermaier*, ZStW 107 (1995), 507 (539).

⁹ *Pilz*, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern, 2001, S. 220 f.

¹⁰ *Petersen* (Fn. 1), S. 74 ff., 225 ff.

¹¹ Auf die Sozialadäquanz stellen ab beispielsweise *Bode*, ZStW 127 (2015), 937 (964 f., 969 f.); *Kretschmer*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, S. 193 (198); *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 138 f. Die professionelle Adäquanz geht zurück auf *Hassemer*, *wistra* 1995, 81 (83).

¹² So auch *Kudlich* (Fn. 3), S. 80; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 71.

¹³ BGH NStZ-RR 1999, 184 (186); *Baum*, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, Zugleich eine Untersuchung zu den abs-

kommt für sich genommen kein eigener Bedeutungsgehalt zu. Denn die Antwort auf die Frage, ob ein Risiko erlaubt ist, stellt ihrerseits erst das Ergebnis eines Abwägungsprozesses zwischen den Gefahren für das Opfer und den Interessen des Handelnden dar.¹⁴

Grundsätzlich kann eine zivilrechtliche Erlaubnis nicht zur Straffreistellung des Hilfeleistenden führen, da ein Normkonflikt in aller Regel schon durch § 134 BGB gelöst wird. Allerdings kann in manchen Fällen eine zivilrechtliche Verpflichtung zugunsten des Hilfeleistenden im Rahmen der strafrechtlichen Wertung zu berücksichtigen sein, wenn ihm beispielsweise aufgrund drohender Schadensersatzansprüche oder arbeitsrechtlicher Sanktionen im Einzelfall ein Abwarten (prozessuale Klärung mit den damit verbundenen Unsicherheiten und Kostenrisiken) nicht zugemutet werden kann.¹⁵

Vielen Autoren ist gemein, dass sie auf eine Interessenabwägung abstellen, die entweder im objektiven Tatbestand¹⁶ oder auf Ebene der Rechtswidrigkeit¹⁷ erfolgen soll, wobei die Abwägung teilweise auch im Verborgenen erfolgt und nicht offengelegt wird, so insbesondere, wenn auf einen „deiktischen Sinnbezug“ abgestellt wird.¹⁸ Deutlich wird, dass ein Korrektiv die wechselseitigen Interessen berücksichtigen muss. Denn bei der Schaffung des § 27 StGB hat der Gesetzgeber die besondere Interessenlage bei der neutralen Beihilfe gerade nicht bedacht und deshalb die widerstreitenden Interessen auch nicht austariert, sodass dies im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgen muss. Im Hinblick auf diese Interessen muss man sich jedoch vor Augen führen, dass im Fall der neutralen Beihilfe drei Beteiligte vorhanden sind, deren Interessen herangezogen werden können, nämlich Gehilfe, Haupttäter und Opfer der Haupttat.

trakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten, 2019, S. 143; *Otto*, Kreditwesen 1994, 775 (779).

¹⁴ Ebenso *Murmann*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 123 (124).

¹⁵ So auch *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 252.

¹⁶ *Löwe-Krahl*, Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, 1990, S. 41 f.; *Lüderssen*, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 329 (338 ff.); *Wohlleben* (Fn. 2), S. 123.

¹⁷ *Otto*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193 (212).

¹⁸ Beispielsweise bei *Frisch*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 539 (544); *Fritzen*, Verantwortungsbereiche im Steuerstrafrecht, Beihilfe durch neutrale Handlungen von Steuerberatern und Bankmitarbeitern, 2006, S. 129; *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281 (286).

VI. Grundlagen des eigenen Lösungsvorschlags: Dogmatische Verortung des Problems¹⁹

Nachdem die Lösung also in einer Interessenabwägung zu suchen ist, wobei die konkrete Gestalt noch offenbleiben kann, ist es nun auch möglich, den richtigen Standort im Verbrechenaufbau festzulegen. Interessenabwägungen sind gerade auf der Ebene der Rechtswidrigkeit verortet. Ein Beispiel hierfür ist insbesondere der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB, aber beispielsweise auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB. Richtigerweise sind aber auch alle sonstigen Rechtfertigungsgründe, wie Einwilligung oder Notwehr, auf eine Interessenabwägung zurückzuführen. Dagegen findet eine Abwägung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes in aller Regel dann statt, wenn ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal wertungsbedürftig ist. In diesen Fällen erfolgt die Abwägung aber zumeist im Verborgenen, während bei den Interessenabwägungen in der Rechtswidrigkeit der Interessenkonflikt und auch die ausschlaggebenden Gesichtspunkte deutlich zu Tage treten, womit Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis transparent werden und auch von Dritten nachvollzogen werden können.

1. Betrachtung bereits bestehender Rechtfertigungsgründe²⁰

In Betracht kommt nun, bereits bestehende Rechtfertigungsgründe als Korrektiv für die neutrale Beihilfe heranzuziehen.

Zunächst wäre an eine Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten zu denken, da, wie gezeigt, die in Rede stehenden Handlungen oftmals eine Grundrechtsausübung darstellen. Allerdings wirken die Grundrechte unmittelbar nur im Verhältnis Bürger-Staat und nicht zwischen den Bürgern untereinander. Weiterhin stellen die Strafgesetze gerade Schranken der Grundrechte dar, die die Grundrechte nicht nur einschränken, sondern auch die vorhandenen Konflikte auflösen. Jedoch entfalten die Grundrechte eine mittelbare Wirkung, indem sie bei der Auslegung der bestehenden und der Schaffung neuer Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Schuldaußschließungsgründe ebenso wie bei der Auslegung normativer Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen sind.²¹

Ein weiterer Kandidat ist § 193 StGB, da es auch in den Fällen der neutralen Beihilfe gewissermaßen um eine Wahrnehmung berechtigter Interessen geht. Eine direkte Anwendung der Norm scheidet aufgrund ihres Wortlauts jedoch aus, da dieser allein auf die Beleidigungsdelikte bezogen ist.²² In Betracht käme allerdings, dass § 193 StGB nur ein gesetzlich normierter Spezialfall des überwiegenden Interesses als allgemeiner Rechtfertigungsgrund ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Annahme eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes des berechtigten Interesses die Vorausset-

¹⁹ *Petersen* (Fn. 1), S. 272 ff.

²⁰ *Petersen* (Fn. 1), S. 288 ff.

²¹ Hierzu auch *Heinrich*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 1241 (1263); *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 37.

²² Ebenso *Heinrich* (Fn. 21), S. 1259.

zungen des § 34 StGB umgangen werden könnten, insbesondere das Erfordernis der gegenwärtigen Gefahr für ein Rechtsgut und die Nicht-anders-Abwendbarkeit dieser Gefahr.²³ Auch ist zu berücksichtigen, dass die dem § 193 StGB zugrundeliegende Intention eine andere ist als die des § 34 StGB. Denn § 193 StGB will dem Einzelnen neue Handlungsspielräume eröffnen, während es beim Notstand lediglich um die Abwehr von Gefahren (und damit die Wahrung bestehender Handlungsspielräume) geht. Damit kann es zumindest keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses geben. Nur in dem § 193 StGB vergleichbaren Fällen könnte ein solcher Erlaubnistatbestand Anwendung finden.

Weiterhin verdient § 240 Abs. 2 StGB eine nähere Betrachtung. Dieser stellt zwar keinen Rechtfertigungsgrund dar, vielmehr geht es bei der Verwerflichkeitsklausel darum, dass die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens positiv festgestellt werden muss, da es sich bei § 240 Abs. 1 StGB um einen „offenen“ Tatbestand handelt, also einen solchen, bei dem die bloße Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands ausnahmsweise noch nicht die Rechtswidrigkeit indiziert.²⁴ Es geht also um Fälle, in denen die bloße Handlungsbeschreibung des Tatbestandes nicht insoweit explizit ist, dass man davon auf das Vorliegen strafwürdigen Unrechts schließen dürfte, sondern dieses vielmehr bei der Rechtsanwendung festzustellen ist. Im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung geht es im Ergebnis ebenfalls um nichts anderes als eine Interessenabwägung, da insbesondere die eventuelle Grundrechtsrelevanz der Nötigung betrachtet werden muss.²⁵

2. Übertragbarkeit der Überlegungen auf Fälle der neutralen Beihilfe²⁶

Es stellt sich somit die Frage, ob die den §§ 193 und 240 Abs. 2 StGB zugrunde liegenden Erwägungen als Korrektiv auch auf die Fälle neutraler Beihilfehandlungen übertragen werden können.

Einer solchen Übertragung steht zunächst Art. 103 Abs. 2 GG nicht entgegen. Zwar können auch strafbarkeitsbegrenzende Merkmale wie die Rechtfertigungsgründe eine mittelbar strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten, wenn ohne ihre Existenz eine Strafnorm verfassungswidrig, weil zu unbestimmt wäre. So ließe sich § 240 Abs. 1 StGB ohne die Existenz der Verwerflichkeitsklausel wohl kaum als verfas-

sungsgemäß einstufen. Problematisch ist damit nur die Einschränkung der Rechtfertigungsgründe *praeter legem*. Vorliegend kommt keine mittelbar strafbarkeitsbegründende Wirkung in Betracht, da die Heranziehung einer nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorgesehenen Strafbarkeitseinschränkung auch mittelbar niemals täterbelastend sein kann. Damit resultiert aus Art. 103 Abs. 2 GG gerade kein *numerus clausus* der Rechtfertigungsgründe.

Allerdings müssten bei der neutralen Beihilfe auch die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sein, also das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Zwar ist der Tatbestand der Beihilfe nach § 27 StGB nicht im gleichen Umfang „offen“ wie der der Nötigung nach § 240 StGB, wenngleich bei letzterem eher die Rechtsgutsbeeinträchtigung und bei § 27 StGB deren Unmittelbarkeit offen ist. Gleichwohl ist die Beihilfe insoweit mit dem Nötigungstatbestand vergleichbar, als § 27 StGB eine solch große Bandbreite von Verhaltensweisen abdeckt, dass durch die Tatbestandsmäßigkeit noch keine wirkliche Abgrenzung zwischen strafwürdigen und nicht-strafwürdigen Verhaltensweisen gewährleistet werden kann.²⁷ Ebenso besteht eine gewisse Parallele zwischen § 193 StGB und § 27 StGB. Denn auch bei den Fällen der neutralen Beihilfe geht es darum, dass dem Hilfeleistenden neue Handlungsräume eröffnet werden sollen.

Diese Regelungslücke kann auch als planwidrig aufgefasst werden, da die strafrechtswissenschaftliche Debatte über den Problembereich der neutralen Handlungen erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts in größerem Umfang entfacht wurde. Seitdem gab es aber keine größere Reform des Allgemeinen Teils des StGB, die dem Gesetzgeber Anlass gegeben hätte, auch über eine Neufassung des § 27 StGB nachzudenken. Weiterhin überlässt der Gesetzgeber es Rechtsprechung und Wissenschaft, eventuelle Verwerfungen zu korrigieren. Ein Wille des Gesetzgebers dahingehend, auch jede neutrale Beihilfehandlung unterschiedslos unter Strafe zu stellen, kann gerade nicht unterstellt werden. Somit können die §§ 240 Abs. 2 und 193 StGB für eine Korrektur der Strafbarkeit neutraler Beihilfehandlungen entsprechend herangezogen werden.

3. Eigener Lösungsvorschlag²⁸

Auf dieser Grundlage ergibt sich folgender Lösungsvorschlag:

Prinzipiell indiziert die Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines Delikts auch die Rechtswidrigkeit, die nur noch durch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen widerlegt werden kann. An diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis fehlt es jedoch im Fall der offenen Tatbestände. Ob die Tatbestandsverwirklichung rechtswidrig ist, muss vielmehr im Einzelfall positiv festgestellt werden. Für diese Feststellung kann der sowohl dem § 240 Abs. 2 StGB als auch dem § 193 StGB zugrundeliegende Gedanke der Interessenabwägung

²³ Vgl. *Schmitz*, JA 1996, 949 (953 f.).

²⁴ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 82. Auch angesichts der Kritik an *Welzels* Theorie insbesondere bei *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl. 1970, soll an dieser Bezeichnung als Zustandsbeschreibung festgehalten werden, wenngleich eine „Schließung“ im Rahmen der Rechtsanwendung natürlich erforderlich ist; siehe insoweit auch *Petersen* (Fn. 1), S. 306 ff.

²⁵ *Toepfel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 145; *Valerius*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 5 Rn. 79.

²⁶ *Petersen* (Fn. 1), S. 323 ff.

²⁷ Einem ähnlichen Gedankengang folgt *Bode*, ZStW 127 (2015), 937 (963), der die erforderliche „Schließung“ allerdings auf Tatbestandsebene vornehmen will.

²⁸ *Petersen* (Fn. 1), S. 330 ff.

herangezogen werden, welcher außerdem ein in den Rechtfertigungsgründen zum Ausdruck kommendes Prinzip darstellt. Es ist damit eine Abwägung zwischen den Interessen des Hilfeleistenden und denen des Opfers der Haupttat durchzuführen. Nur wenn die Interessen des Hilfeleistenden weniger gewichtig sind, handelt dieser rechtswidrig.

a) Gefährlichkeit als maßgeblicher Aspekt

Im Rahmen dieser Abwägung ist von besonderer Bedeutung, dass zwischen der Handlung des Hilfeleistenden und der Rechtsgutsschädigung noch die Handlung des Haupttäters steht. Parallel zur Situation beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB ist auf der Eingriffsseite daher nicht die Verletzung des Rechtsguts einzustellen, sondern die dem Hilfeleistenden innewohnende Gefahr für das durch die Haupttat bedrohte Gut.

Damit ist für das Abwägungsergebnis einerseits entscheidend, als wie wahrscheinlich sich die Begehung der Haupttat durch den Hilfeempfänger und die daraus resultierende Rechtsgutsverletzung darstellt. Insbesondere ist dabei die Gefahr der Haupttatbegehung nach Vornahme des Gehilfenbeitrags mit der hypothetischen Situation zu vergleichen, in der die Hilfeleistung verweigert wird. Für den Grad der Gefährlichkeit ist grundsätzlich auf einen objektiven Beobachter mit dem Wissen des Hilfeleistenden abzustellen. Damit ist bei dem Verkauf von Gegenständen insbesondere entscheidend, welche Verwendungsmöglichkeiten wahrscheinlich sind und welche Verletzungen aus diesen resultieren können. Es geht also immer um die Gefährlichkeit der Hilfeleistung ex ante im Zeitpunkt ihrer Vornahme, sodass die durch die Haupttat ex post tatsächlich verursachten Verletzungen unerheblich sind. Bei dieser Betrachtung ist auch Sonderwissen des Hilfeleistenden zu berücksichtigen. Erkennt dieser die Möglichkeit der Haupttatbegehung, stellt sich der Grad der Gefahr als deutlich geringer dar als in der Konstellation, in der der Hilfeleistende sichere Kenntnis von entsprechenden Plänen des Haupttäters hat. Dieses Verständnis wird auch dem Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt gerecht.

b) Rechtsgüter und Interessen

Bei den abzuwägenden Rechtsgütern und Interessen stellt sich im ersten Schritt die Frage, ob lediglich Individualrechtsgüter berücksichtigungsfähig sind oder auch solche der Allgemeinheit. Gegen die Berücksichtigung von Universalrechtsgütern spricht, dass der Neuschaffung „gewichtiger“ Allgemeinrechtsgüter beinahe keine Grenzen gesetzt sind. Das wird schon anhand der jüngeren Strafgesetzgebung deutlich, beispielsweise bei der Erfindung des Rechtsguts der Integrität des Leistungssports, dessen Schutz die §§ 265c, 265d StGB dienen sollen. Es würde den Rechtsgüterschutz zugunsten des Opfers aushöhlen, könnte der Hilfeleistende einer Bestrafung stets durch das Berufen auf „Rechtsgüter“ wie die Freiheit des Waren- bzw. Zahlungsverkehrs oder die schnelle und problemlose Zurverfügungstellung von Waren des täglichen Bedarfs entgehen.

Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass es bei der Frage einer Rechtfertigung des Täters nicht ungewöhnlich ist, dass

sich dieser auch auf überindividuelle Rechtsgüter berufen kann. So sind beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB in die Interessenabwägung auch Rechtsgüter der Allgemeinheit einzustellen.²⁹ Ebenso finden die überindividuellen Interessen bei der Notwehr gem. § 32 StGB über das Rechtsbewährungsprinzip Berücksichtigung, nach dem der Einzelne nicht nur sich selbst, sondern die gesamte Rechtsordnung gegen den Angriff verteidigt.³⁰

Daher müssen richtigerweise auch bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Hilfeleistens überindividuelle Rechtsgüter Berücksichtigung finden, da anderenfalls tatsächlich vorhandene Allgemeininteressen unberücksichtigt blieben, was nicht sachgerecht wäre. Der oben beschriebenen Gefahr, dass das Abwägungsergebnis durch die Kreation beliebiger überindividueller Rechtsgüter manipuliert wird, lässt sich damit begegnen, dass ein Maximum an Transparenz durch die Offenlegung sämtlicher in die Abwägung eingestellter Faktoren hergestellt wird. Es stellt einen Vorzug der hiesigen Lösung dar, dass – anders als bei verdeckten Abwägungs- und Wertungsentscheidungen im Rahmen hochnormativer Tatbestandsvoraussetzungen oder -einschränkungen – der Abwägungsvorgang offenzulegen ist und damit von jedermann nachvollzogen werden kann. Weiterhin kann dieser Gefahr dadurch begegnet werden, dass lediglich rechtlich bereits anerkannte bzw. geschützte überindividuelle Rechtsgüter Berücksichtigung finden dürfen, z.B. der in den §§ 298 ff. StGB geschützte Wettbewerb. Weiterhin muss stets genau geprüft werden, ob das jeweilige Allgemeininteresse tatsächlich im Einzelfall tangiert ist.

c) Vorliegen einer Garantenstellung

Eine Garantenstellung des Hilfeleistenden kann auf das Abwägungsergebnis insoweit von Einfluss sein, als von einem Garanten eher verlangt werden kann, seine eigenen Interessen hintanzustellen, als von Personen, die keine besondere Stellung zu dem Eingriffsrechtsgut innehaben. Das bedeutet jedoch nicht zwingend, dass eine Garantenstellung stets zur Rechtswidrigkeit der neutralen Beihilfe führt. Streiten besonders wichtige Interessen auf Seiten des Hilfeleistenden, so kann die Abwägung gleichwohl zu seinen Gunsten ausfallen.

d) Anderweitige Erhältlichkeit der Leistung

Zwar kann es den Hilfeleistenden nicht entlasten, dass seine Leistung auch anderweitig erhältlich ist. Anderenfalls würde

²⁹ BGH NStZ 1988, 558 (559); Bock, ZStW 131 (2019), 555 (565 f.); Erb, in: ders./Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 72; Zieschang, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 53 f.; anders dagegen Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17.

³⁰ Hirsch, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 211, (216 f.); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32 I. 1., 2.; Petersen, JA 2017, 502; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (70 f.).

ein hypothetischer Kausalverlauf unzulässig berücksichtigt werden. Allerdings kann sich der Umstand, dass es sich um eine freiverfügbare Leistung handelt, einerseits insoweit auswirken, als ein Allgemeininteresse an der problemlosen und zügigen Verfügbarkeit, z.B. von Transportleistungen oder Finanzdienstleistungen, besteht. Andererseits kann er sich auch auf die Gefährlichkeit dahingehend auswirken, dass sich die Hilfeleistung als weniger gefährlich für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter auswirkt, wenn der Haupttäter sich die Leistung ohne Weiteres auch anderweitig beschaffen kann. Denn in diesem Fall erhöht die Hilfeleistung die Gefahr der Haupttatbegehung nur geringfügig. Insoweit bezieht man keinen hypothetischen Kausalverlauf in die Überlegungen ein, sondern vergleicht nur die Situationen miteinander.

4. Übertragbarkeit des Korrektivs auf andere Fälle neutraler Handlungen³¹

Der entwickelte Lösungsvorschlag, die Rechtswidrigkeit im Einzelfall mittels einer Interessenabwägung festzustellen, lässt sich prinzipiell auch auf andere Fälle neutraler Handlungen im Strafrecht übertragen. Insoweit ist allerdings im Einzelfall zu überprüfen, ob tatsächlich ein offener Tatbestand vorliegt. In Betracht für eine Übertragung kommen insbesondere die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB und die Strafvereitelung nach § 258 StGB.

³¹ Petersen (Fn. 1), S. 349 ff.

Entscheidungsbesprechung

Zur Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes zur Tat

Die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines Kindes zur Tat erfolgt anhand einer wertenden Betrachtung des Gesamtgeschehens. Entscheidend ist danach, ob der Hintermann das Geschehen in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält. Der automatische Rückschluss von der in § 19 StGB normativ festgelegten Schuldunfähigkeit des Kindes auf die Tatherrschaft des Hintermannes ist unzulässig. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 25 Abs. 1 Alt. 2, 26, 30 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23¹

I. Sachverhalt²

Die Schwägerin des Angeklagten (A) war aus Angst vor einem weiteren sexuellen Übergriff durch diesen mit ihrem 11-jährigen Sohn (S) in ein Frauenhaus geflohen. Wenige Tage später hatte S das Frauenhaus wieder verlassen, um für einen vereinbarten Zeitraum seinen Vater, den Bruder des A, zu besuchen.

Ende Mai holte A den S, dessen Alter er kannte, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die Innenstadt. Er forderte ihn auf, seine Mutter zu töten, wenn er in das Frauenhaus zurückkehre. Er sollte abends, „wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten“, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Er zeigte S auf seinem Mobiltelefon ein Video, in dem ein Mann eine andere Person ersticht. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht; S sollte sie „eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen“. „Da S noch klein sei, könne er nicht bestraft werden, während er, A, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache.“ Im Gegenzug versprach er S Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und ein Motorrad. S ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des A zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. A brachte S anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.

Die geplante Rückkehr des S zu seiner Mutter wenige Tage nach dem Geschehen scheiterte, weil diese das Frauenhaus mit unbekanntem Ziel bereits verlassen hatte. Erst einige Tage später kehrte S wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des A.

II. Inhalt der Entscheidung

Das Landgericht Kiel hat A (u.a.) wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei Monate der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt erklärt.

Der 5. Strafsenat des BGH hat den Schuldspruch dahin geändert, dass A der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig ist.

III. Praktische Relevanz der Entscheidung

Bislang konnte die Auffassung, dass der einen Schuldunfähigen zur Tat einsetzende Beteiligte mittelbarer Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB (und nicht lediglich Anstifter) sei, sich mit Fug und Recht als „ganz h.M.“³ bezeichnen.⁴ Das wird sich mit dem Beschluss des BGH, das ist bereits jetzt absehbar, ändern.⁵ Der 5. Senat hält den von der h.M. gezogenen zwingenden (*normativen*) Rückschluss von der Anordnung der Schuldunfähigkeit des Kindes in § 19 StGB auf die Tatherrschaft des Hintermannes nicht für zulässig. Vielmehr müsse im Einzelfall danach gefragt werden, ob der Hintermann das Kind *tatsächlich* beherrscht habe; er „das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält.“⁶

Die Bedeutung der Entscheidung kann kaum überschätzt werden. Zum einen ist die Benutzung von schuldunfähigen Kindern zur Tatbegehung – nicht bei Tötungsdelikten, aber z.B. im Rahmen von Diebstahlsdelikten – durchaus verbreit-

³ Roxin, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2021, § 22 Rn. 157.

⁴ I.d.S. z.B. auch Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 56 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 4. (S. 668); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 25 Rn. 124 f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 67; Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 18; Puppe, GA 2013, 514 (528). Anders aber bereits zuvor Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 100.

⁵ So haben etwa Jäger und Sinn ihre bislang vertretene Auffassung (Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 348; Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 130) mit ihrer Besprechung der Entscheidung bereits ausdrücklich aufgegeben und sich dem BGH angeschlossen, siehe Jäger, JA 4/2024, 344 (345 in Fn. 7); Sinn, ZJS 2024, 591. Dabei formuliert etwa Jäger: „Die Ausführungen des 5. Senats überzeugen damit auf ganzer Linie.“ Und Sinn schreibt: „Der Senat folgt einer faktisch-bewertenden Betrachtung. [...] Dem ist zuzustimmen.“

⁶ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 13 = NStZ 2024, 151.

¹ NStZ 2024, 150.

² Um Unwesentliches gekürzt, vgl. BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 1 ff. = NStZ 2024, 150.

tet.⁷ Zum andern und wichtiger noch: Der BGH hat mit seinem Beschluss – jedenfalls im Rahmen der mittelbaren Täterschaft – nicht nur ein (erneutes) deutliches Bekenntnis zur Tatherrschaftslehre abgegeben; er setzt sich mit seinem faktischen Tatherrschaftsverständnis – trotz gegenteiliger Beteuerung⁸ – auch in eklatanten Widerspruch zu früheren wegweisenden Entscheidungen insbesondere aus dem Wirtschaftsstrafrecht, wo er die Tatherrschaft durchaus (rein) normativ bestimmt hat. Da dies von der Anmerkungsliteratur bislang erstaunlicherweise weder ausdrücklich formuliert noch problematisiert worden ist, wird der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen darauf liegen, das verbreitete Verständnis der Tatherrschaft herauszuarbeiten und zu hinterfragen. Dabei wird sich zeigen, dass für das vom BGH propagierte faktische Tatherrschaftsverständnis viel spricht, es sich bei ihm aber letztlich um eine Fiktion handelt.

IV. Würdigung

1. Mittelbare Täterschaft?

Der 5. Strafsenat des BGH lehnt im Ergebnis eine mittelbare Täterschaft des A ab und kommt so zur Anstiftung gem. § 26 StGB. Da die Haupttat des S nicht ins Versuchsstadium gelangt ist, muss – und kann – der BGH auf § 30 Abs. 1 StGB rekurren. Die versuchte Anstiftung ist bekanntlich nur dann strafbar, wenn es sich bei der angesonnenen Haupttat um ein Verbrechen handelt. Das ist zwar bei § 212 bzw. § 211 StGB der Fall, nicht hingegen bei der praktisch für Fälle der Instrumentalisierung eines schuldunfähigen Kindes zur Tatbegehung weit einschlägigeren Vorschrift des § 242 StGB.⁹ Für den vorliegenden Fall mag der Umstand, dass die versuchte Anstiftung zum Mord unstreitig von § 30 Abs. 1 StGB erfasst wird, dies für die versuchte mittelbare Täterschaft aber ganz überwiegend abgelehnt wird, ein Argument für die Favorisierung der Anstiftungslösung gewesen sein.¹⁰ Bei bloßen Vergehenstatbeständen ist der Weg über eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB allerdings ebenso versperrt wie dies nach überwiegender Meinung die Subsumtion versuchter mittelbarer Täterschaft unter § 30 Abs. 1 StGB ist.

Im Folgenden soll daher zunächst untersucht werden, ob die Ablehnung der mittelbaren Täterschaft und die Annahme einer Anstiftung überzeugt. Dabei ist zunächst danach zu fragen, wie der Beschluss des BGH sich grundsätzlich in seine eigene Rechtsprechung einfügt (unter a). Danach ist genauer zu untersuchen, was in casu für und gegen ein faktisches bzw. für und gegen ein normatives Tatherrschaftsverständnis spricht (b). Anschließend ist kritisch zu überprüfen, ob das Ergebnis des 5. Strafsenats, auf dem Boden seines faktischen Tatherrschaftsverständnisses mittelbare Täterschaft abzulehnen, zu überzeugen vermag (c). Und schließlich ist ein kritischer Blick auf die grundsätzliche Möglichkeit faktischer Tatherrschaft zu werfen (d).

a) *Einordnung des Beschlusses in die Rechtsprechung des BGH*

a) Einordnung des Beschlusses in die Rechtsprechung des BGH

Der BGH selbst behauptet, es entspreche seiner ständigen Rechtsprechung, mittelbare Täterschaft und Anstiftung danach abzugrenzen, ob der Beteiligte „die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft innehat, das Geschehen also mit steuerndem Willen in den Händen hält“.¹¹ Und: „Das Abstellen auf eine als tatsächliche Steuerungsmacht verstandene Tatherrschaft zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Beteiligungsformen entspricht schließlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unterscheidung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in anderen Fallkonstellationen.“¹²

Zunächst ist festzuhalten, dass der BGH mittlerweile zumindest im Rahmen der mittelbaren Täterschaft den Abschied von der „subjektiven“ Theorie hin zur Tatherrschaftslehre vollzogen hat. Dass dies noch immer weder vom BGH ausdrücklich eingeräumt noch von der Literatur vollständig erkannt wird, mag daran liegen, dass der BGH stets und auch in diesem Beschluss wieder davon spricht, der mittelbare Täter müsse „die vom Täterwillen getragene“ objektive Tatherrschaft innehaben.¹³ Anerkennt man, dass die vermeintlich rein objektive Tatherrschaft Voraussetzung des objektiven Tatbestandes ist und also beim Vorsatzdelikt selbstverständlich auch insoweit – im subjektiven Tatbestand – Vorsatz voraussetzt, lässt sich schwer behaupten, der vom BGH propagierte „Täterwille“ sei etwas anderes als Bestandteil ebendieses Vorsatzes. Ein Unterschied zur Auffassung von *Roxin*, der von Beginn an auf die auch subjektiven Voraussetzungen der Tatherrschaft hingewiesen hat,¹⁴ besteht in Wahrheit nicht mehr.

Zum Beleg seines vermeintlich seit jeher vertretenen faktischen Tatherrschaftsverständnisses verweist der Senat u.a. auf BGHSt 40, 218 und BGHSt 40, 257, also das bekannte Mauerschützen-Urteil vom 26.7.1994 einerseits und das nicht minder intensiv diskutierte Urteil vom 13.9.1994 zum tödlichen Behandlungsabbruch bei einer Patientin mit apallischem

⁷ Siehe *Franzke*, JZ 5/2024, 204 m.w.N. in Fn 2 und 3 zu den sog. Klaukindern.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24 = NStZ 2024, 152.

⁹ Siehe Fn. 7.

¹⁰ Ähnlich *Eisele*, JuS 3/2024, 272 (274). Der BGH lässt die Frage, „ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann“, ausdrücklich offen (BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 30 = NStZ 2024, 152 f.). Zu dieser Frage noch ausführlich unten 2. b) und Fn. 74.

¹¹ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 6 m.w.N. = NStZ 2024, 150.

¹² BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24 m.w.N. = NStZ 2024, 152.

¹³ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 6 m.w.N. = NStZ 2024, 150.

¹⁴ *Roxin* (Fn. 4), § 25 Rn. 30. Das sah im Übrigen auch bereits *Lobe*, der eigentliche Begründer des Tatherrschaftsgedankens, so, siehe *Lobe*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, 1933, S. 123. Vgl. auch ausdrücklich ebenso *Renzikowski* (Fn. 4), § 47 Rn. 89 ff.; *Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), StGB, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor §§ 25 ff. Rn. 7.

Syndrom andererseits.¹⁵ Beide Bezugnahmen vermögen indes nicht zu überzeugen. So ist die in dem ersten genannten Urteil vertretene mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft schon in ihrer grundsätzlichen Konstruktion durch *Roxin* auf verbreitete und berechtigte Kritik gestoßen. Wenn das beim Hintermann die Tatherrschaft begründende Kriterium die „Fungibilität“ – also die Ersetzbarkeit – des Tatmittlers sein soll, liegt eine *faktische* Beherrschung des konkreten Tatgeschehens tatsächlich nicht vor.¹⁶ Und während der BGH in dieser erstgenannten Entscheidung noch die zwei völlig unverbunden nebeneinanderstehenden Begründungsversuche mittelbarer Täterschaft in Fällen des Täters hinter dem Täter (um die es hier nicht geht) von *Roxin*¹⁷ und *Schroeder*¹⁸ miteinander verknüpft hat,¹⁹ hat er die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft mittlerweile in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen²⁰ zu einem insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht erfolgreichen unternehmerischen Organisationsherrschaftsmodell weiterentwickelt.²¹ Dass es sich bei dieser „originäre[n] Verantwortlichkeitsbegründung“²² im Rahmen der Annahme täterschaftlicher Strafbarkeit von Leitungsorganen in Wirtschaftsunternehmen dem Grunde nach um ein normatives Tatherrschaftsverständnis handelt, zeigt auch der Umstand, dass die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft insbesondere auch im Ausland²³ bzw. im Völkerstrafrecht²⁴ zur Begründung täterschaftlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit bemüht wird, in Fällen also, in denen es – wie bei Leitungsorganen in Wirtschaftsunternehmen – an einer tatsächlichen Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung meist gerade sehr deutlich fehlt.²⁵

Auch die Bezugnahme auf die zweite Entscheidung trägt nicht. Soweit der BGH den Weg über die Organisationsherr-

schaft gehen will,²⁶ gilt das soeben Gesagte. Insofern er außerdem auf das berühmte „Katzenkönig“-Urteil²⁷ verweist, sieht er selbst, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Entscheidungen in Wahrheit fehlt: Während der BGH dort die Tatherrschaft des Hintermannes darauf gestützt hatte, dass dieser einen (wenn auch vermeidbaren) Verbotsirrtum zur Tatbegehung ausnutzte,²⁸ befanden die beiden Angeklagten sich im „Behandlungsabbruchsfall“ gerade in demselben Verbotsirrtum wie das Pflegepersonal, das die angesonnene Tat (die Einstellung der künstlichen Ernährung) begehen sollte. Faktische Tatherrschaft kraft Irrtumsherrschaft kann derjenige Hintermann, der ebenso irrt wie der Vordermann, aber denkbare nicht besitzen.²⁹

Aber auch in anderen Fällen hat der BGH gerade nicht auf eine faktische, sondern eine – rein – normative Betrachtung bei der Begründung der Tatherrschaft abgestellt. Das gilt z.B. und insbesondere für die berühmteste Entscheidung im Produktstrafrecht und eines der bekanntesten Urteile des BGH überhaupt, das „Lederspray“-Urteil.³⁰ Hier hatte der BGH die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer einer GmbH für die Produktion und den Vertrieb schadensträchtiger Produkte als gefährliche Körperverletzung durch aktives Tun gebilligt und dabei ausdrücklich formuliert: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten für die durch den Gebrauch der Ledersprays eingetretenen Körperschäden ergibt sich aus ihrer Stellung als Geschäftsführer der Herstellerfirma W. u. M. GmbH sowie der Vertriebsfirmen S. GmbH und E. R. GmbH, da diese Firmen die schadensursächlichen Artikel in den Verkehr gebracht haben. Dabei ist – wie die Strafkammer richtig erkannt hat – innerhalb der als gefährliche Körperverletzung gewerteten Fälle tatbestandsmäßiges Verhalten durch positives Tun anzunehmen, soweit Schäden durch die Verwendung solcher Sprays eintraten, die erst nach der Sondersitzung der Geschäftsführung vom 12. Mai 1981 produziert oder vertrieben worden waren (10 Schadensfälle). Denn Produktion und Vertrieb von Erzeugnissen durch eine im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks tätige GmbH sind ihren Geschäftsführern als eigenes Handeln – auch strafrechtlich – zuzurechnen. Sie haften für etwaige Schadensfolgen unter dem Gesichtspunkt des Begehungsdelikts.“³¹

¹⁵ Vgl. zu beiden Entscheidungen *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (536 ff.; 547 ff.) m.w.N.

¹⁶ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (536). Siehe auch *Renziowski* (Fn. 4), § 48 Rn. 71. Jüngst und überzeugend *Orozco López*, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, 2018, S. 38 ff. (54). Zur Tatherrschaft und ihrem Bezugspunkt noch ausführlicher unten d).

¹⁷ Erstmals begründet bekanntlich in GA 1963, 193.

¹⁸ *F. C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965.

¹⁹ Zur Kritik siehe ausführlich *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (525 ff., 536 ff.).

²⁰ Zum Überblick *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 376 ff.

²¹ *Rotsch*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 64.

²² *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 64.

²³ Siehe insbes. die Verurteilung des ehemaligen peruanischen Präsidenten Fujimori, dazu *Rotsch*, ZIS 2009, 549 m.w.N. Eingehende Nachweise bei *Orozco López* (Fn. 16), S. 9 in Fn. 1.

²⁴ Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 25; vgl. auch die Nachweise bei *Orozco López* (Fn. 16), S. 9 in Fn. 1.

²⁵ Siehe auch *Orozco López* (Fn. 16), S. 53 ff.

²⁶ Zur unklaren doppelten Begründungsstrategie des *I. Straf-senats* in dem Fall siehe nur *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 548 ff.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 687 ff.

²⁷ BGHSt 35, 347.

²⁸ Zustimmend *Roxin* (Fn. 26), S. 676 ff.

²⁹ Vgl. *Merkel*, ZStW 107 (1995), 554 f.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 549. Ebenso z.B. *Roxin* (Fn. 26), S. 688 ff.: „Da die mittelbare Täterschaft sich bei einem Verbotsirrtum des Ausführenden nur auf die Gestaltungsmacht stützen kann, die dem Hintermann aus seiner überlegenen Rechtskenntnis erwächst, muss eine derartige Begründung in unserem Fall von vornherein ausscheiden.“

³⁰ BGHSt 37, 106 = BeckRS 1990, 1008.

³¹ BGHSt 37, 106 = BeckRS 1990, 1008 Rn. 25 f.

Mit dieser Entscheidung wird die Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts auf die Spitze getrieben, indem die gesellschaftsrechtliche Pflichtenstellung des Geschäftsführers unbeschrieben zur Grundlage der täterschaftlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gemacht wird.³² Sie hat seinerzeit vielfältige Kritik insbesondere deshalb erfahren, weil sie anerkannte strafrechtliche Zurechnungsgrundsätze auf den Kopf gestellt hat.³³ Dabei sind es die bekannten Probleme organisierter Unverantwortlichkeit in Wirtschaftsunternehmen, die nach Auffassung des BGH den Wechsel von der traditionellen (faktischen) bottom up- zur modernen (normativen) top down-Zurechnung erforderlich machten. Das alles muss hier nicht wiederholt werden.³⁴ In unserem Zusammenhang genügt es, daran zu erinnern, dass der BGH keinesfalls die Tatherrschaft einheitlich und stets faktisch begründet hat. Das „Lederspray“-Urteil ist nur das vielleicht prominenteste Beispiel, das die Flexibilität der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rahmen ihrer Annäherungsjudikatur an die Tatherrschaftslehre trefflich illustriert. Denn eine weitere reichende Normativierung des Tatherrschaftsbegriffs, als er durch die unmittelbare Übertragung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenstellung in die strafrechtliche Täterschaft erfolgt ist, ist kaum denkbar: „Danach ist dann nicht mehr die traditionell für erforderlich gehaltene faktische Beherrschung eines Geschehensablaufs, sondern nur noch und bereits die außerstrafrechtliche Zuständigkeit ausschlaggebend.“³⁵ Dass der BGH dieses normative Modell zivilrechtsakzessorischer Täterschaft mittlerweile zugunsten der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft aufgegeben hat, führt im Hinblick auf sein verbreitetes Tatherrschaftsverständnis zu keinem anderen Ergebnis; auch dieser Ansatz ist, wie wir gesehen haben, ein normativer.

Von einem einheitlich vertretenen und konsequent durchgehaltenen faktischen Tatherrschaftsverständnis kann also auch vor dem Hintergrund der seit Jahren andauernden Annäherung des BGH an die Tatherrschaftslehre nicht die Rede sein.³⁶

b) Faktische versus normative Tatherrschaft

Tatherrschaft meinte in der grundlegenden Ausprägung der *roxinschen* Lehre zunächst tatsächliche Steuerungsmacht; der Gedanke hat in der weit verbreiteten und mehr oder weniger

³² Siehe jüngst *Rotsch/Wagner*, in: *Rotsch/Wagner/Wittig* (Hrsg.), *Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*, 2024, A. Rn. 76 (im Erscheinen). Vgl. auch bereits *Rotsch*, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, S. 152 ff. m.w.N.

³³ Siehe insbes. *Hassemer*, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1990, S. 62.

³⁴ Siehe nur *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 58; *Rotsch/Wagner* (Fn. 32), A. Rn. 76.

³⁵ *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 58.

³⁶ Vgl. auch *Schlehofer*, in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 355 (360), der von faktischer, normativer und potentieller Tatherrschaft spricht.

eng an *Maurach* angelehnten eingängigen Formulierung vom „In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“ seinen plakativen Ausdruck gefunden.³⁷ Von dieser Beschränkung hat sich aber nicht nur die Rechtsprechung des BGH, sondern auch die Tatherrschaftslehre, siehe oben, längst entfernt. Will man nicht bei der Behauptung stehenbleiben, rechtsstaatlich überzeugend könne nur ein Tatherrschaftsverständnis sein, das auf eine tatsächliche Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung abstelle, so kommt man nicht umhin, sich daran zu erinnern, dass die Tatherrschaftslehre im Sinne *Roxins* als bloße Täterlehre³⁸ die Voraussetzung der Täterschaft nur bei den sog. Herrschaftsdelikten begründen können soll. Insbesondere bei den Sonderpflichtdelikten ist es aber nach dieser Ansicht, die von der heute h.M. geteilt wird,³⁹ gerade nicht die Tatherrschaft, sondern allein⁴⁰ die Verletzung der außerstrafrechtlichen Sonderpflicht, die den Beteiligten – unabhängig von dem „dogmatischen“ Gewicht seines Tatbeitrags – zum Täter macht. Wer etwa die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch einen Vermögensnachteil beim Treugeber verursacht, ist als Täter der Untreue gem. § 266 StGB verantwortlich, unabhängig davon, welche beteiligungsdogmatische Qualität sein Verhalten hat. In diesen Fällen erfolgt die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit also ausschließlich und rein normativ. Steht einer normativen Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit aber grundsätzlich nichts entgegen, ist nicht einfach zu sehen, weshalb dies bei der Anwendung des Tatherrschaftsgedankens im Rahmen der Herrschaftsdelikte nicht ebenso der Fall sein können soll.

Mit einem Plädoyer für ein zwingend faktisches Tatherrschaftsverständnis wird man es sich also nicht so einfach machen können. Dass der mehr oder weniger freihändig erfolgende Wechsel der Rechtsprechung und auch Teilen der Literatur von der Faktizität zur Normativität der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist, steht auf einem anderen Blatt.

c) Anwendung der Erkenntnisse auf den Fall

Geht man damit für die Beurteilung des Sachverhalts, der dem Beschluss des BGH zugrunde liegt, von der Erkenntnis aus, dass sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung wie

³⁷ Vgl. *Haas* (Fn. 14), Vor §§ 25 ff. Rn. 7; *Renzikowski* (Fn. 4), § 47 Rn. 90.

³⁸ Die also zur *Abgrenzung* der unterschiedlichen Beteiligungsformen nur in *negativer* Hinsicht taugt: liegt keine Tatherrschaft vor, scheidet Täterschaft aus; über das Vorliegen einer Teilnahme ist damit aber noch nichts gesagt.

³⁹ So seit jeher *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Aufl. 1963, S. 337; *Joecks* (Fn. 4), § 25 Rn. 49; vgl. jetzt *Joecks/Scheinfeld*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, §§ 1–37, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 54; *Kühl* (Fn. 4), § 20 Rn. 11; *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1196; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 21/116.

⁴⁰ Diff. *Rotsch*, in: *Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada* (Hrsg.), *Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, 2018, S. 149.

auch weite Teile des Schrifttums Tatherrschaft ein Mal faktisch, ein anderes Mal hingegen normativ bestimmen, illuminiert dies – jenseits der Frage nach der Berechtigung eines solch ambivalenten Vorgehens – zunächst einmal nur die Heterogenität der vorherrschenden Täterlehren.⁴¹ Selbst wenn man eine solch heterogene Tatherrschaftslehre akzeptieren wollte,⁴² bleibt für den hier entschiedenen Fall zweierlei zu klären, nämlich zum einen die Überzeugungskraft der Ablehnung einer normativ begründeten mittelbaren Täterschaft des Hintermannes bei der Benutzung eines gem. § 19 StGB schuldunfähigen Kindes zugunsten eines faktischen Tatherrschaftsverständnisses in abstracto, zum anderen die vom 5. Strafsenat verneinte faktische Tatherrschaft des Angeklagten zugunsten der Anstiftung in concreto.

aa) Im Hinblick auf die erste Frage haben sich bereits unmittelbar nach Veröffentlichung des BGH-Beschlusses namhafte Vertreter der bislang herrschenden Meinung der Ansicht des BGH angeschlossen.⁴³ Für den Fall der Benutzung eines schuldunfähigen Kindes zur Tatbegehung ist das aus mehreren Gründen richtig. So sprechen sowohl Wortlaut und Systematik wie auch die historische Auslegung für diese Auffassung.⁴⁴ Entscheidend ist aber der Umstand, dass der automatische Rückschluss von § 19 StGB auf die Tatherrschaft des Hintermannes deshalb unzulässig ist, weil der historisch über Jahrhunderte gewachsene⁴⁵ § 19 StGB aus bestimmten Gründen nur die generalisierende Aussage der Schuldunfähigkeit des Kindes trifft⁴⁶; Regelungsfunktion hinsichtlich des Verhältnisses des Kindes zum Hintermann im Rahmen der hiervon zunächst einmal völlig unabhängigen Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kommt ihm aber gerade nicht zu.⁴⁷ Jedenfalls in den Fällen der Benutzung eines gem. § 19 StGB schuldunfähigen Kindes spricht daher

zunächst einmal alles dafür, die Tatherrschaft des mittelbaren Täters nicht normativ, sondern faktisch zu bestimmen.

bb) Damit ist aber immer noch nicht gesagt, dass A die Tatherrschaft in diesem – faktischen – Sinne in concreto, wie der BGH glaubt, *nicht* zukommt. Die Ansichten der Anmerkungsliteratur zu dieser Frage gehen auseinander: Während *Jäger*⁴⁸ und *Sinn*⁴⁹ dem Senat in der Ablehnung der Tatherrschaft zustimmen, ist *Franzke* der Auffassung, „[d]er BGH hätte einen Tatentschluss [des Angeklagten] also selbst auf Grundlage seines Verständnisses mittelbarer Täterschaft nicht [...] verneinen können.“⁵⁰

Zur Beantwortung der Frage bedarf es zunächst einer Klarstellung im Hinblick auf die Möglichkeit versuchter mittelbarer Täterschaft.⁵¹ Da es noch nicht einmal zum Versuch der Haupttat durch S gekommen ist, steht in der Tat die Abgrenzung von der versuchten Anstiftung zur versuchten mittelbaren Täterschaft in Frage.⁵² Während ein versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB dann in Betracht kommt, wenn es in objektiver Hinsicht entweder an Kausalität, objektiver Zurechnung oder dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges fehlt, ist ein (versuchter) Totschlag in *versuchter* mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB dann möglich, wenn es gerade an den objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft, also – wie dies hier diskutiert wird – der Tatherrschaft fehlt. In jedem Fall muss der Vorsatz des Hintermannes sich auf die Verwirklichung auch des fehlenden objektiven Tatumstandes richten, sei dies die Kausalität, die objektive Zurechnung, den tatbestandsmäßigen Erfolg oder eben – die Tatherrschaft.

Es kommt also – nur – darauf an, ob A sich die Voraussetzungen der Tatherrschaft vorgestellt hat. Nach dem oben zum faktischen Tatherrschaftsverständnis Gesagten, kann es dabei nicht auf eine in der Laiensphäre vorzunehmende Parallelwertung über Existenz, Inhalt und Reichweite des § 19 StGB ankommen; vielmehr ist entscheidend, dass A sich vorgestellt hat, S fehle in tatsächlicher Hinsicht die Einsicht in das Unrecht der Tat bzw. die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Die Angaben im Sachverhalt sprechen nun aber tatsächlich eher *für* eine solche Vorstellung des A. Zunächst hat A dem S durch die Aussage, dieser könne nicht bestraft werden, da er noch klein sei, während er, A, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache, nicht etwa „die Unrechtseinsicht selbst verschafft.“⁵³ Vielmehr hat er S vorgespiegelt, nur die Tatbegehung durch ihn – A – selbst sei Unrecht, während die Tötung der Mutter durch S gerade kein strafbares Unrecht darstelle. Und dafür, dass sich sein Vorsatz außerdem auf die

⁴¹ Zu den Variationen der Tatherrschaftslehre insgesamt siehe nur *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009; *Schild/Kretschmer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 24.

⁴² Zur Kritik nur *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 21 ff.; *Marlie*, Unrecht und Beteiligung, 2008, S. 43 ff.; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 316 ff., 333 ff. Siehe insbes. auch *Schild/Kretschmer* (Fn. 41), § 25 Rn. 23 ff.

⁴³ *Jäger*, JA 4/2024, 344 (345 in Fn. 7); *Sinn*, ZJS 2024, 591.

⁴⁴ Ausführlich BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 15 ff. = NSTz 2024, 151. Zustimmend *Jäger*, JA 4/2024, 345; *Sinn*, ZJS 2024, 595. Aus der älteren Rechtsprechung bzw. Literatur bereits zuvor in diesem Sinn RGSt 61, 265; *Jakobs* (Fn. 39), 21/96; *Schmidhäuser*, Studienbuch Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, 10. Kap. Rn. 94; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 103.

⁴⁵ Zur Entwicklungsgeschichte siehe *Streng*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 19 Rn. 3 f.

⁴⁶ Auch dazu ausführlich *Streng* (Fn. 45), § 19 Rn. 1.

⁴⁷ Ebenso und zutreffend *Sinn*, ZJS 2024, 595. A.A. *Franzke*, JZ 5/2024, 206 f. Anders auch seit jeher *Roxin*, vgl. nur jüngst wieder *Roxin* (Fn. 3), § 52 Rn. 157 ff.

⁴⁸ *Jäger*, JA 4/2024, 345.

⁴⁹ *Sinn*, ZJS 2024, 596.

⁵⁰ *Franzke*, JZ 5/2024, 208.

⁵¹ Anders *Sinn*, ZJS 2024, 596: „... denn das Gesetz kennt [...] nicht die versuchte mittelbare Täterschaft.“

⁵² Vgl. dazu *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1–37, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 3.

⁵³ So aber *Jäger*, JA 4/2024, 345 in Fn. 11.

mangelnde Handlungsfähigkeit des S, also umgekehrt auf die Möglichkeit, auf ihn faktisch steuernd einzuwirken, richtete, spricht der Umstand, dass A dem elfjährigen S wie einem tatsächlich unmündigen Kind Süßigkeiten und Spielsachen für die Tötung seiner Mutter (!) versprach.⁵⁴ Dass dies im Hinblick auf die tatsächliche Steuerungsfähigkeit eines elfjährigen Kindes möglicherweise und hoffentlich eine realitätsferne Illusion ist, ändert im Rahmen des Versuchs, bei dem es insoweit nur auf den Tatentschluss des Hintermannes ankommt, nichts.

d) Zur Fiktion faktischer Tatherrschaft

Gleichwohl führt es zu Verwerfungen im herrschenden Unrechtsverständnis, wenn man die Tatherrschaft faktisch bestimmt. Die Annahme, dass dies überhaupt möglich sei, stellt in Wahrheit eine Fiktion dar. Dies haben weite Teile der Literatur auch längst akzeptiert und zum Ausgangspunkt ihrer unterschiedlichen divergierenden Tatherrschaftstheorien gemacht.⁵⁵ Schon ein einfaches *Beispiel* illustriert diese Fiktion: T schreibt am Wochenende einen beleidigenden Brief an O. Am Montag gibt er ihn zur Post; aufgrund des Feiertags am Dienstag geht er davon aus, dass O den Brief frühestens am Mittwoch erhalten wird. Tatsächlich wird der Brief O erst am Donnerstag zugestellt, der ihn freilich erst am Freitag – nach der Rückkehr aus seinem Kurzurlaub – liest. Bei einem solchen Erfolgsdelikt wie der Beleidigung gem. § 185 StGB⁵⁶ kann die Tatherrschaft ganz unterschiedliche Bezugsgegenstände haben. Versteht man den Begriff der „Tatherrschaft“, also der *Herrschaft über die Tat*,⁵⁷ restriktiv, und legt den Begriff mithin tatbestandsbezogen aus, so kann diese Herrschaft sich grundsätzlich auf drei Voraussetzungen der Straftat beziehen, nämlich die Vornahme der Handlung, den Kausalverlauf und den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Tatsächliche Herrschaft kommt unserem Täter im *Beispielfall* aber nur hinsichtlich der Vornahme seiner Handlung – das Briefeschreiben – zu. Schon den Kausalverlauf vermag T in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu beherrschen: wie und wann der Brief weitergeleitet wird, ob und wann er O tatsächlich zugestellt wird: auf all dies hat T keinerlei Einfluss. Dasselbe gilt aber hinsichtlich des Eintritts des tatbestands-

mäßigen Erfolgs. Ob O den Brief überhaupt öffnet, ob er den Inhalt zur Kenntnis nimmt und damit der Beleidigungserfolg eintritt, hängt einzig und allein vom Verhalten des O ab. „Erfolgsherrschaft“ als Ausprägung faktischer Tatherrschaft kommt T sicher nicht zu.

Danach lässt Tatherrschaft sich, faktisch verstanden, nur in Form der Handlungsherrschaft wirklich begründen.⁵⁸ Jenseits davon ist eine faktisch verstandene Tatherrschaft eine Fiktion.⁵⁹

Wenn die Vertreter der Tatherrschaftslehre in unserem *Beispielfall* T gleichwohl Tatherrschaft dann zukommen lassen wollen, wenn die Straftat entsprechend der Vorstellung des T zur Vollendung gelangt ist, ist dies nichts anderes als eine auf der Regelmäßigkeit des Tatverlaufs basierende wertende Zuschreibung, von der völlig unklar ist, wie sie sich von der heute weithin anerkannten objektiven Zurechnungslehre unterscheiden soll. Das führt zu erheblichen Verwerfungen im herrschenden Unrechtsverständnis, nämlich einer Vermengung normativer Zurechnungsgrundsätze mit den von der h.M. davon eigentlich unterschiedenen Maßstäben der arrivierten Beteiligungsdogmatik.⁶⁰

Bei der mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB, um die es in dem Beschluss des BGH geht, gilt nichts anderes. Hier entspricht die (mangelnde) tatsächliche Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs der (fehlenden) tatsächlichen Beherrschung des Tatmittlers, da dieser es ist, der den Kausalverlauf vermittelt.

2. Der Versuch der mittelbaren Täterschaft

a) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Lässt man die soeben unter 1. d) aufgezeigten Verwerfungen einmal außer Betracht und billigt A die Vorstellung seiner faktischen Tatherrschaft zu, die der BGH grundsätzlich für entscheidend, in concreto aber nicht für gegeben hält, stellt sich im objektiven Versuchstatbestand die Frage, ob A zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat. Der BGH und die überwiegende Anmerkungsliteratur verneinen dies.⁶¹ Das ist aber nicht richtig. Zwar ist bekanntlich umstritten, wann der Versuch des mit-

⁵⁴ Für Tatherrschaftsvorsatz im Ergebnis auch *Kudlich/Bhatti*, JR 2024, II. 5. Vgl. auch *Franzke*, JZ 5/2024, 207 f., der (nur) den Vorsatz bezüglich des Mangels an Steuerungsfähigkeit bejaht.

⁵⁵ Vgl. den knappen Abriss bei *Schild/Kretschmer* (Fn. 41), § 25 Rn. 24. Ausführlich *Schild* (Fn. 41), S. 9 ff.

⁵⁶ Zum Deliktscharakter des § 185 StGB siehe nur *Regge/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, §§ 185–262, 3. Aufl. 2017, § 185 Rn. 3; *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Zehnter Band, §§ 174–210, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 10.

⁵⁷ Zur „nichtssagenden Floskel“ des Herrschaftskriteriums aufgrund der Unklarheit seines Bezugsgegenstandes „Tat“ ausdrücklich und treffend *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 66.

⁵⁸ Für sie stellt sich aber durchaus die Frage, wie sie sich von der Herrschaft über die außertatbestandliche Handlung als ganz grundsätzliche Voraussetzung jeglicher Strafbarkeit unterscheiden soll.

⁵⁹ Vgl. dazu ausführlicher z.B. *Rotsch* (Fn. 20), S. 290 ff.; *Haas*, ZStW 119 (2007), 519; *ders.* (Fn. 42), S. 9 ff.; *Schlehofer* (Fn. 36), S. 361.

⁶⁰ Beispielhaft *von Atens*, Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, Ein Beitrag zu dem Verhältnis von Tatherrschaftslehre und objektiver Zurechnungslehre am Beispiel der eigenverantwortlichen Selbst- und einverständlichen Fremdgefährdung, 2019.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 29 = NStZ 2024, 152; *Eisele*, JuS 3/2024, 274; *Franzke*, JZ 5/2024, 208; *Sinn*, ZJS 2024, 593. Zweifelnd *Kudlich/Bhatti*, JR 2024, unter III. Kritisch *Jäger*, JA 4/2024, 346.

telbaren Täters beginnt.⁶² Da der mittelbare Täter die Tat gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB „durch einen anderen begeht“ und § 22 StGB voraussetzt, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes *unmittelbar* ansetzt, der mittelbare Täter aber naturgemäß zur Verwirklichung des Tatbestandes nur *mittelbar* – über den Tatmittler – ansetzen kann, kann es insoweit an sich nur auf seine Einwirkung auf den Tatmittler ankommen.⁶³ Da A diese Einwirkungshandlung vorgenommen und abgeschlossen hat, wäre auf dem Boden dieser Auffassung das unmittelbare Ansetzen im Sinne des § 22 StGB zu bejahen. Dasselbe gilt auf dem Boden derjenigen Auffassung, die für den Versuchsbeginn im Rahmen der mittelbaren Täterschaft genügen lässt, dass der Hintermann den Vordermann aus seinem Einflussbereich entlässt.⁶⁴ Aber selbst wenn man mit dem BGH darauf abstellt, ob der mittelbare Täter das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gibt, und dieses sodann – nach seiner Vorstellung – ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in engem zeitlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmündet,⁶⁵ lässt das unmittelbare Ansetzen durch A sich durchaus begründen: Die Beurteilungsgrundlage für das unmittelbare Ansetzen bildet die Vorstellung des Täters von der Tat.⁶⁶ Diese stellt die kognitive Komponente des Vorsatzteils des Tatentschlusses dar.⁶⁷ Legt man mit der h.M. für das vollendete und das versuchte Delikt einen einheitlichen Vorsatzbegriff zugrunde,⁶⁸ kommt es darauf an, dass A sich die an seine Einwirkungshandlung auf S zeitlich unmittelbar folgende Haupttatbegehung durch diesen insoweit vorgestellt hat, als er sie im Sinne von *dolus eventualis für möglich gehalten* hat. Aus dem Sachverhalt ergibt sich aber gerade nichts, was dieser Möglichkeitsvorstellung zwingend entgegenstünde.⁶⁹ Auf dieser Grundlage ließe sich durchaus davon sprechen, dass „die Gefahr für das geschützte Rechtsgut zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf das Kind“⁷⁰ bereits hinreichend konkretisiert war. Dass das anschließende tatsächliche Geschehen hiervon abweicht, spielt dann ebensowenig eine Rolle, wie der Umstand, dass die Verweigerung des S wahrscheinlicher gewesen sein mag

als ein Folgeleisten, denn darauf kommt es beim hier gegebenen Versuch, wie gesagt, nicht an.

Entscheidend ist dies alles hier freilich nicht. Der Meinungsstreit um den Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft berücksichtigt nämlich nicht hinreichend, dass es insoweit zwei ganz unterschiedliche Versuchskonstellationen gibt. Ist die Tat deshalb nur versucht, weil es am Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges, an der Kausalität oder der objektiven Zurechnung fehlt, das Tatbestandsmerkmal der Tatherrschaft (i.S.d. Willensherrschaft) aber gegeben ist (*Bsp.*: Der vom Hintermann genötigte Vordermann nimmt die angelegene Tötungshandlung vor, verfehlt das Opfer aber), so liegt für den Hintermann ein versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vor. Für diese Konstellation könnte man tatsächlich darüber streiten, ob es für den Versuchsbeginn des mittelbaren Täters auf seine Einwirkungshandlung oder den Beginn der Ausführungshandlung durch den Tatmittler ankommt. Allerdings spielt der Streit hier deshalb keine Rolle, weil mit dem Versuchsbeginn durch den Tatmittler nach Ansicht aller stets auch bereits der Hintermann zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat.

Bei der den Gegenstand der Auseinandersetzung um den Versuchsbeginn bildenden Konstellation, die auch der Entscheidung des BGH zugrunde liegt, geht es aber um einen Fall der versuchten mittelbaren Täterschaft. Dieser Sachverhalt zeichnet sich dadurch aus, dass das Vorliegen eines bloßen Versuchs sich daraus ergibt, dass zwar sämtliche sonstigen Merkmale des objektiven Tatbestandes – Erfolg, Kausalität, objektive Zurechnung – gegeben sind bzw. gegeben sein können,⁷¹ der Täter das Vorliegen seiner Tatherrschaft aber lediglich irrig annimmt. Hier kommt für den mittelbaren Täter zwar ebenfalls eine Versuchsstrafbarkeit in Frage; da der Versuch sich hier aber gerade aus dem objektiven Mangel der vom Täter vorgestellten Beteiligtenrolle ergibt, entspricht die Konstellation zunächst einmal den nach der Überschrift des § 30 StGB dort geregelten Fällen: Es geht um einen *Versuch der Beteiligung*. Im Vergleich zum versuchten Totschlag in (vollendeter) mittelbarer Täterschaft ließe dieser versuchte Totschlag in versuchter mittelbarer Täterschaft sich in der Normenkette ganz korrekt, wenn auch redundant, wie folgt abbilden: §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB. Dieser Versuch der Beteiligung, der ein Versuch der Täterschaft ist, muss dann aber ebenso wie die versuchte Anstiftung voraussetzen, dass zu der Tathandlung des betreffenden Beteiligten unmittelbar angesetzt wird. Das ist beim Anstifter die Bestimmungshandlung, beim mittelbaren Täter die Einwirkungshandlung des Hintermannes auf den Vordermann. In dieser Konstellation kann daher nur die

⁶² Siehe z.B. *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 747 ff.; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 78.

⁶³ Sog. Einzellösung, vgl. *Baumann*, JuS 1963, 85 (93); *Puppe*, JuS 1989, 361 (363 f.). Zur Gegenauffassung der „Gesamtlösung“ siehe z.B. *Mitsch* (Fn. 62), § 22 Rn. 78.

⁶⁴ Vgl. zu dieser Ansicht nur *Jäger*, in: Wolter (Fn. 52), § 22 Rn. 39; *ders.*, JA 4/2024, 346; jeweils m.w.N.

⁶⁵ In diesem Sinn z.B. BGHSt 43, 177 (179); BGH NJW 2020, 559, (560); *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 751; *Roxin* (Fn. 4), § 29 Rn. 230.

⁶⁶ *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 41), § 22 Rn. 35.

⁶⁷ Vgl. im Einzelnen *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 23.

⁶⁸ Siehe auch hierzu *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 23.

⁶⁹ Insoweit ganz ähnlich *Jäger*, JA 4/2024, 346.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 29 = NStZ 2024, 152.

⁷¹ Möglich ist auch die Konstellation, dass es trotz unmittelbaren Ansetzens des Vordermannes neben der vom Beteiligten vorgestellten Tatherrschaft außerdem z.B. am Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs fehlt (*Bsp.*: Der Hintermann glaubt, den Vordermann durch Irrtumsherrschaft zu steuern, während der Vordermann tatsächlich bösgläubig ist, zur Tatbegehung unmittelbar ansetzt, aber das Opfer verfehlt). Für diese Konstellation gilt das sogleich im Text Gesagte ebenso.

Einzellösung richtig sein.⁷² Dafür spricht auch, dass die Konstellation der versuchten Täterschaft eine Ausdehnung der Strafbarkeit des Beteiligten auf das eigentliche Vorbereitungsstadium der Tat darstellt.⁷³ Damit verliert der Streit um den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft aber vollständig seine Berechtigung: In den einschlägigen Konstellationen kommt es richtigerweise auf das unmittelbare Ansetzen zur Einwirkungshandlung durch den Hintermann an, in den diskussionswürdigen Fällen liegt hingegen ohnehin stets ein Versuchsbeginn durch den Hintermann vor.

Für den vom BGH entschiedenen Fall bedeutet das, dass A einen versuchten Totschlag (bzw. Mord) in (versuchter) mittelbarer Täterschaft begangen hat. Zu untersuchen bleibt nun noch, ob eine solche Tat strafbar ist, ob sie also – wie die versuchte Anstiftung zum Verbrechen – § 30 Abs. 1 StGB unterfällt.

b) Strafbarkeit der versuchten mittelbaren Täterschaft gem. § 30 StGB?

Die ganz h.M. geht davon aus, dass die Fälle der versuchten mittelbaren Täterschaft von § 30 Abs. 1 StGB nicht erfasst sind.⁷⁴ Einzig *Hoyer* ist dem entgegengetreten.⁷⁵ Sein Versuch, den offensichtlichen Wertungswiderspruch zwischen der strafbaren versuchten Anstiftung und einer straflosen versuchten mittelbaren Täterschaft durch eine die Strafbarkeit der versuchten mittelbaren Täterschaft erfassenden weiten Auslegung des § 30 Abs. 1 StGB auszuräumen, hat auch in der neueren Literatur keine Gefolgschaft gefunden.⁷⁶ Dabei sind die Argumente der Gegenansicht keineswegs zwingend. Dass der Begriff des „Bestimmens“ in § 30 Abs. 1 StGB seinem Wortlaut nach auch die Tathandlung des mittelbaren Täters zu erfassen vermag, wird dabei grds. noch anerkannt.⁷⁷ Der systematische Einwand, der Gesetzgeber habe denselben Begriff in § 26 StGB, also nur wenige Paragraphen zuvor,

verwendet und deshalb müsse er in § 30 StGB auch in diesem Sinne verstanden werden, erfasse also lediglich die Anstiftungshandlung, nicht aber die Tathandlung des mittelbaren Täters,⁷⁸ vermag hingegen kaum zu überzeugen, unterstellt er dem Gesetzgeber doch einen einheitlichen Willen zur widerspruchsfreien Regelung, an dem es oft genug fehlt.⁷⁹ Und zumindest in unserem Fall, in dem das vom Hintermann vorgestellte Defizit beim Vordermann (erst) zu dessen Schuldlosigkeit führt, greift auch der – gewichtigere⁸⁰ – Einwand nicht durch, der mittelbare Täter wolle den unmittelbar Taftausführenden nicht zu einem Verbrechen i.S.d. §§ 30 Abs. 1, 12 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB bestimmen.⁸¹ Schließlich bestehen auch kriminalpolitisch an der unterschiedlichen Behandlung von versuchter Anstiftung und versuchter mittelbarer Täterschaft Bedenken: Dass der bloße Tatveranlasser das Geschehen eher aus der Hand gibt als der mittelbare Täter und daher im Vergleich zu diesem eine gesteigerte Gefahr für das Rechtsgut schafft,⁸² überzeugt nicht, weil auch durch die Anstiftungshandlung ein selbständiger, beherrschbar weiterwirkender Kausalverlauf nicht zwingend in Gang gesetzt wird.⁸³

Es erscheint daher durchaus möglich, nicht nur die versuchte Anstiftung zum Verbrechen, sondern auch die versuchte mittelbare Täterschaft von § 30 Abs. 1 StGB als erfasst anzusehen.⁸⁴ Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, dass bereits derjenige, der sich zur Tatbegehung als mittelbarer Täter bereiterklärt – gem. § 30 Abs. 2 StGB – strafbar ist; dann stellt es aber einen weiteren erheblichen Wertungswiderspruch dar, den Versuch der mittelbaren Täterschaft nicht erst recht unter Strafe zu stellen.⁸⁵

⁷² So auch insbes. *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 94 ff. (96) m.w.N.

⁷³ Vgl. *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 3 f.

⁷⁴ Vgl. zunächst nur *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Zweiter Band, §§ 19–31, 13. Aufl. 2020, § 30 Rn. 24; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 32. Um die Frage, „ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht [sic!] ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann“ (BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 30 = NStZ 2024, 153; vgl. bereits oben Fn. 10), geht es dabei nicht; offensichtlich handelt es sich bei dieser Formulierung um ein Versehen.

⁷⁵ *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 5 ff.

⁷⁶ Vgl. aber *Franzke*, *JZ* 5/2024, 205, der für den hier virulente Sachverhalt von der Möglichkeit einer Anwendung des § 30 Abs. 1 StGB ausgeht, dies aber wenig überzeugend auf das vermeintliche Verhältnis materieller Subsidiarität zwischen Täterschaft und Teilnahme stützt.

⁷⁷ Siehe *Beulke*, in: *Heger/Kelker/Schramm* (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 115 (127).

⁷⁸ *Beulke* (Fn. 77), S. 127.

⁷⁹ Vgl. nur aus jüngerer Zeit die Reform der §§ 113, 114 StGB im Jahr 2017, bei der das Verhältnis zu den §§ 223, 240 StGB nahezu unbeachtet geblieben ist (siehe dazu die ungehaltene Stellungnahme von *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* [Hrsg.], *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Band 3, §§ 80–231, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 1–11 d); aus dem Kontext der Beteiligungsdogmatik siehe etwa die unter deren Vorzeichen widersprüchliche Vorschrift des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB („mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“) oder § 231 StGB, wo der Begriff der Beteiligung ebenfalls vollständig anders verstanden wird als i.R.d. §§ 25 ff. StGB. Anders und im Sinne der h.M. aber z.B. *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 41), § 30 Rn. 10.

⁸⁰ Vgl. *Beulke* (Fn. 77), S. 127.

⁸¹ So aber *Beulke* (Fn. 77), S. 127; *Küper*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai 2011, 2011, S. 895 (913).

⁸² In diesem Sinn *Beulke* (Fn. 77), S. 127 f.

⁸³ So aber *Beulke* (Fn. 77), S. 128.

⁸⁴ *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 10.

⁸⁵ *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 10.

V. Fazit

Der Beschluss des BGH ist in mehrfacher Hinsicht wichtig. Zunächst stellt er ein – erneutes – deutliches Bekenntnis zur Tatherrschaftslehre dar. Mit seinem Plädoyer für ein faktisches Tatherrschaftsverständnis bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes zur Tat wendet er sich gegen die überwiegende Ansicht im Schrifttum, die in diesen Fällen bislang weithin ein normatives Tatherrschaftsverständnis zugrunde gelegt hat. Die Entscheidung zeigt aber auch, dass (auch) der BGH von einer homogenen Tatherrschaftslehre, und sei es nur im Rahmen mittelbarer Täterschaft, weit entfernt ist. Zwar ist der Stellungnahme zugunsten eines tatsächlichen Tatherrschaftsverständnisses grundsätzlich zuzustimmen; das beruht aber in erster Linie darauf, dass der automatische normative Rückschluss von der in § 19 StGB geregelten Schuldunfähigkeit des Kindes auf die Tatherrschaft des Hintermannes im Rahmen mittelbarer Täterschaft nicht überzeugt. Wenn der BGH die Tatherrschaft des Angeklagten nach dessen tatsächlicher Steuerungsmacht zu beurteilen versucht, muss sich eine solche Vorgehensweise vorwerfen lassen, dass sie die dogmatischen Voraussetzungen der Beteiligungslehre mit allgemeinen Zurechnungsparametern vermengt. Aber auch die in casu gegebene Begründung des 5. Strafsenats im Rahmen der Ablehnung des Tatentschlusses bezüglich einer so verstandenen Tatherrschaft ist zweifelhaft. Das gilt ebenso für die Verneinung des Versuchsbeginns. Nimmt man demgegenüber an, dass A einen versuchten Totschlag bzw. Mord in versuchter mittelbarer Täterschaft begangen hat, stellt sich dann doch die Frage, deren Beantwortung der BGH vermieden hat: Der Fall lässt sich, anders als die ganz h.M. annimmt, durchaus § 30 Abs. 1 StGB subsumieren. Am Strafraum, auch daran ist zu erinnern, ändert all dies im Vergleich zur Lösung des BGH freilich nichts.

*Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen**

* Der *Verfasser* ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht und Direktor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

Entscheidungsanmerkung

Die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 2 Alt. 3 UAlt. 2 StGB

1. Die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 Variante 3 Alt. 2 StGB) setzt eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, gemeinschaftlich einen Dritten zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anzustiften.

2. Der Verwirklichung steht nicht stets entgegen, dass im Zeitpunkt der Übereinkunft die Person des präsumtiven Täters noch nicht feststeht und unklar ist, ob überhaupt ein solcher gefunden und bestimmt werden kann.

(Amtliche Leitsätze)

StGB § 30

BGH, Urt. v. 29.11.2023 – 6 StR 179/23¹

I. Einführung

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit einer jüngeren Entscheidung des BGH zu den Anforderungen an die Konkretisierung der Anstiftungshandlung und dem gemeinschaftlichen Handeln bei der Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 2 Alt. 3 UAlt. 2 StGB.

II. Zugrunde liegender Sachverhalt

Nach den Feststellungen suchte der Angeklagte L eine Person, die gegen Zahlung von bis zu 10.000 Euro bereit war, seinen Nachbarn N wegen des zwischen ihnen bestehenden Zerwürfnisses, zahlloser Streitigkeiten und aus Rache für dessen Strafanzeigen so schwer zu verletzen, dass jener dauerhaft kein selbstbestimmtes Leben mehr würde führen können und daher als Pflegefall aus dem Nachbarhaus würde ausziehen müssen. L hielt es für möglich, dass der Täter N unter Ausnutzung von dessen Arg- und Wehrlosigkeit töten würde, was er billigend in Kauf nahm. Er bevorzugte eine Brandstiftung, um eine Rückkehr des N in das Nachbarhaus sicher auszuschließen.

Da L nicht die erforderlichen Kontakte hatte, sprach er im Sommer 2021 den Angeklagten H an, und beide „verabredete(n)“ eine gemeinsame Suche nach einem Täter, wobei H sich das Anliegen des L, N zu „beseitigen“, zu eigen machte, in der Folgezeit Absprachen mit Personen aus seinem Bekanntenkreis traf und den Kontakt zu L herstellte. L strebte eine Tatausführung vor Weihnachten 2021 an, weil er wegen der auf die Strafanzeigen des N hin eingeleiteten Strafverfahren befürchtete, alsbald verhaftet zu werden. H war bewusst, dass gerade durch sein Tätigwerden ein Täter gefunden werden und es nach endgültiger Einigung und Beauftragung durch L zu der Gewalttat kommen könnte. Es bestand zwi-

schenden den Angeklagten keine Abrede dahin, dass L eine von H vermittelte Person auf jeden Fall beauftragen würde. Ferner blieb es L unbenommen, eigenständig nach einem möglichen Täter zu suchen und diesen ohne Einbindung des H zu beauftragen.

Nachdem H in Umsetzung der Abrede L drei Personen vermittelt hatte, erhielt er von einer unbekannt gebliebenen Person den Hinweis, dass die Polizei Kenntnis von der Tatplanung erhalten hatte, und teilte dies L mit. Dieser stellte daraufhin am 14. November 2021 seine Bemühungen wegen des Entdeckungsrisikos vorerst ein, was er H mitteilte, hielt sich ein „späteres Wiederaufgreifen der Verhandlungen über eine Beauftragung dritter Personen“ jedoch offen.

III. Entscheidung des Tatgerichts

Das LG Magdeburg² hatte die Angeklagten aus Rechtsgründen freigesprochen. Nach Auffassung der Kammer lagen die Voraussetzungen für eine Verabredung der Angeklagten, zu einem Verbrechen anzustiften, nicht vor, da es an einer hinreichenden Konkretisierung der vorgesehenen Anstiftung bzw. der Anstiftungshandlung mangle. Ebenso sei die „Verabredung“ zwischen L und H dahingehend nicht ausreichend, dass ein gemeinschaftliches Vorgehen der Angeklagten nicht geplant war.

1. Fehlende Konkretisierung der Anstiftungshandlung

Das LG orientierte sich bzgl. der Beurteilung der Konkretisierung der Anstiftungshandlung an den Voraussetzungen, die der BGH³ aufgestellt hat: Danach muss die in Aussicht genommene Tat nicht in allen Einzelheiten festgelegt, in ihren wesentlichen Grundzügen aber hinreichend konkretisiert sein: Tatzeit, Tatbeteiligte und Tatobjekt sowie sonstige Umstände der Tat können dabei nicht völlig im Vagen bleiben.⁴

Den der rechtlichen Bewertung zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen⁵, die insbesondere aus Sprach- und Textnachrichten zwischen L und H bestanden, war weder zu entnehmen, dass ein potenziell Tatbereiter ein bestimmtes Angebot des L zur Tatausführung annahm, noch dass sich überhaupt jemand zur Tat bereiterklärte. Auch wenn teilweise Informationen bzgl. möglicher Tatzeit, dem Tatort sowie dem angestrebten Erfolg übermittelt wurden, handelte es sich nach Bewertung der Kammer stets um bloße Vorgespräche, die aus Sicht des L noch eingehenderer Konkretisierung bedurften.

² LG Magdeburg, Urt. v. 12.12.2022 – 21 Ks 3/22 = BeckRS 2022, 53197.

³ BGHSt 62, 96; BGH NStZ 2019, 655; siehe auch *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 30 Rn. 18 ff. m.w.N.

⁴ BGHSt 12, 309; BGH NStZ 2007, 697; BGH NStZ 2011, 570; BGH NStZ 2019, 655; *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2024, § 30 Rn. 16.

⁵ LG Magdeburg BeckRS 2022, 53197 Rn. 52 ff.

¹ BeckRS 2023, 37812 = NJW 2024, 369 m. Anm. *Mitsch* = JuS 2024, 274 m. Anm. *Eisele*; siehe ebenso *Suliak*, LTO v. 3.1.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/53546/ (2.7.2024).

2. Fehlende Verabredung zu gemeinschaftlichem Handeln zwischen L und H

Die Vorschrift des § 30 Abs. 2 Alt. 3 UAlt. 2 StGB setzt eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, gemeinschaftlich – also mittäterschaftlich⁶ – einen Dritten zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anzustiften.⁷

Nach Ansicht der Kammer fehlte es an einer solchen gemeinschaftlichen Verabredung von L und H, da es nicht Gegenstand der Abrede war, dass L und H gemeinsam auf mögliche Täter zugehen sollen, sondern es L sogar unbenommen war, auch ohne Hilfe des H nach in Frage kommenden Tätern zu suchen, ohne gegenüber H wortbrüchig zu werden.⁸ Des Weiteren fehle es H – im Gegensatz zu L – an Eigeninteresse an der Tat, was auch in die Bewertung mittäterschaftlichen Vorgehens miteinzubeziehen ist.⁹ Auch wenn die Bereitschaft des H, L auf der Suche nach einem geeigneten Täter zu helfen, „in ihrer Richtung“ den Charakter eines Sichbereiterklärens zur (gemeinschaftlichen) Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB) des Angeklagten H sowie einer Annahme dieses Erbietens (§ 30 Abs. 2 Alt. 2 StGB) durch den Angeklagten L habe, fehle es insoweit auch hier aus o.g. Gründen an einer hinreichenden Konkretisierung der erbotenen und angenommenen Anstiftungshandlung.¹⁰

IV. Revisionsentscheidung des BGH

Nachdem die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des LG Magdeburg zunächst Revision eingelegt hatte, hat der BGH dessen Urteil aufgehoben. Nach Auffassung des *Senats* ist sowohl die Anstiftungshandlung hinreichend konkretisiert als auch eine Verabredung des L und H gegeben, gemeinschaftlich zu einem Verbrechen anzustiften.

1. Zur Konkretisierung der Anstiftungshandlung

Der *Senat* sieht die erstrebte Tat sowohl bezüglich des Bestimmens eines präsumtiven Täters als auch der von diesem zu begehenden Haupttat als hinreichend konkretisiert an, da das Tatopfer, die in Betracht gezogene Begehungsweise und das Tatmotiv sowie der ungefähre Tatzeitraum – möglichst vor Weihnachten 2021 – feststanden.

Dass der Täter weder feststand noch unklar war, ob sich überhaupt jemand zur Tat bereiterklären würde, stehe dem nicht entgegen, da es sich dabei um vom Willen der Beteiligten losgelöste Bedingungen¹¹ handele.¹² Derartigen Bedin-

gungen komme im Hinblick auf den Zweck der zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB keinerlei Bedeutung zu.¹³

2. Zum gemeinschaftlichen Vorgehen der Angeklagten

Ein gemeinschaftliches Vorgehen begründet der *Senat* damit, dass H ein wesentlicher Tatbeitrag zukomme, indem er sich das Interesse des L, auf Suche nach einem Täter zu gehen, spiele für das Vorliegen eines mittäterschaftlichen Vorgehens von L und H keine Rolle, da allein die Willensbildung der Beteiligten eine Gefahr für das durch die vorgestellte Tat begründete Rechtsgut begründe, denn die wechselseitige psychische Bindung erhöhe bereits die Wahrscheinlichkeit einer Anstiftung – und damit der Begehung der Haupttat.¹⁵

V. Bewertung der Entscheidung des BGH

1. Konkretisierung der Anstiftungshandlung

Der BGH sorgt durch seine weite Auslegung des § 30 Abs. 2 StGB für eine noch weitere Ausdehnung der Strafbarkeit von bloßen Vorbereitungshandlungen. Einem solchen Verständnis steht der Wortlaut der Vorschrift für sich genommen nicht entgegen. Allerdings bedarf es vor dem Hintergrund des Zwecks der Norm einer einschränkenden Auslegung: Der Strafgrund für die Verabredung, einen anderen zu der Begehung eines Verbrechens anzustiften, liegt in der damit einhergehenden Gefährdung des anvisierten Rechtsguts.¹⁶ Zwar muss sich die von der bloßen Verabredung ausgehende abstrakte¹⁷ Gefahr nicht zu einer konkreten¹⁸ Gefahr verdichten, jedoch bedarf es bereits für die abstrakte Gefährlichkeit des Überschreitens einer gewissen Erheblichkeitsschwelle¹⁹, die eine derartige Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtfertigt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Straf-

2021, § 30 Rn. 63; *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 30 Rn. 66; *Maurach*, JZ 1961, 137 (139).

¹² BGH NJW 2024, 369 (370); zustimmend *Eisele*, JuS 2024, 274 (276).

¹³ BGHSt 6, 359 (361); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 15.

¹⁴ BGH NJW 2024, 369 (370).

¹⁵ BGH NJW 2024, 369 (370) unter Berufung auf BT-Drs. I/3713, S. 32; BT-Drs. IV/650, S. 154; BGHSt 10, 388 (389); *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 30 Rn. 38.

¹⁶ BGHSt 1, 305 (309); 44, 91 (95); *Schünemann/Greco* (Fn. 11), § 30 Rn. 3 f.; *Geppert*, Jura 1997, 546 (547).

¹⁷ *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 13 Rn. 106.

¹⁸ Eine solche ist gegeben, wenn der Eintritt der Verletzung eines ganz bestimmten Rechtsguts nur noch vom Zufall abhängt, vgl. *Bock* (Fn. 17), Kap. 1 Rn. 47.

¹⁹ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 253.

⁶ BGHSt 53, 174; BGH NStZ-RR 2002, 74; *Fischer* (Fn. 3), § 30 Rn. 18; *Nix*, JA 2015, 751; *Hillenkamp*, JuS 2014, 930; § 30 Abs. 2 StGB als „Vorstufe zur Mittäterschaft“.

⁷ BGH NStZ 1982, 244; BGH NStZ 2019, 655; *Cornelius* (Fn. 4), § 30 Rn. 16.

⁸ LG Magdeburg BeckRS 2022, 53197 Rn. 321.

⁹ BGHSt 28, 346; BGHSt 37, 289; siehe auch *Fischer* (Fn. 3), § 25 Rn. 27.

¹⁰ LG Magdeburg BeckRS 2022, 53197 Rn. 322.

¹¹ BGHSt 12, 306 (309); siehe auch *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl.

recht als ultima ratio des Rechtsstaats²⁰ nur als letztes effektives Mittel zum Einsatz kommen soll. Erst sobald die Anstiftungshandlung und die Haupttat hinreichend konkretisiert sind²¹, ist die Erheblichkeitsschwelle überschritten. Indem nun der BGH die Anforderungen an diese Schwelle absenkt, ist die Strafbarkeit der Beteiligten für einen Bereich eröffnet, in welchem – mangels Findung eines Täters – die bloße rechtsfeindliche Gesinnung der sich Verabredenden die erforderliche abstrakte Gefahr nicht begründet. Für ein solches Verständnis spricht auch eine zivilrechtsnahe Betrachtung des § 30 Abs. 2 StGB, nach der die Verabredung als ein Gesellschaftsvertrag zu verstehen ist²², die aus übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten besteht.²³ Diese müssen ernst gemeint sein.²⁴ Soweit eine Ernsthaftigkeit nicht verlangt wird²⁵, wird verkannt, dass ohne eine solche die erforderliche Gefährlichkeitsschwelle der Verabredung nicht überschritten werden kann, da von vornherein eine Verwirklichung eines mittäterschaftlichen Zusammenwirkens nicht angestrebt ist. Darüber hinaus muss sie alle essentialia negotii – die wesentlichen Vertragsbestandteile – enthalten. Dafür ist auch nach zivilrechtlichem Verständnis nicht erforderlich, dass ein ganz bestimmter Täter feststeht²⁶; jedoch erscheint es naheliegend, dass die Erklärenden davon ausgehen, dass irgendjemand das Angebot annehmen wird, da ansonsten der im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Zweck²⁷, jemanden gemeinschaftlich anzustiften, nicht erreicht werden kann. Auch erscheint es fraglich, bei der Vereinbarung überhaupt schon von einer Willenserklärung auszugehen, angesichts der Tatsache, dass L sich eine Auswahl noch vorbehalten hat. Zivilrechtlich ähnelt die Verabredung demnach einer bloßen „invitatio ad offerendum“²⁸, bei der es am hinreichenden Rechtsbindungswillen des Erklärenden – hier des L – fehlt.

Auch vermag es nicht vollständig zu überzeugen, dass es sich bei der Frage, ob sich überhaupt jemand zur Tat bereit erklärt, um eine vom Willen der Beteiligten losgelöste Bedingung handelt. Zwar steht es einer Verabredung nicht entgegen, wenn die Tat- bzw. Anstiftungsbereitschaft der Betei-

ligten noch von gewissen äußeren Umständen abhängt²⁹ und können weder L noch H die Tatbereitschaft anderer als solche erzwingen, es obliegt aber gerade H, einen geeigneten Täter zu suchen und L, den „Auftrag“ zur Tatausführung zu erteilen. Die beiden letzteren – und für die Realisierung des Tatplans entscheidenden – Aspekte liegen damit sehr wohl im Willen der Beteiligten.

2. Verabredung zu gemeinschaftlichem Handeln von L und H

Die gemeinschaftliche Verabredung i.S.d. § 30 Abs. 2 Alt. 3 UAlt. 2 StGB muss alle Merkmale eines mittäterschaftlichen Vorgehens nach § 25 Abs. 2 StGB in Bezug auf das „Bestimmen“ erfüllen.³⁰ Der Inhalt der Verabredung muss demnach grundsätzlich darauf gerichtet sein, dass ein gemeinsames Bestimmen erfolgen soll.³¹ Dies war jedoch nicht der Fall, da die Beauftragung zur Tatausführung allein L oblag. Der Beitrag des H erschöpfte sich in der bloßen Vermittlung von potenziellen Tätern, der allein das Vorbereitungsstadium betrifft. Nach Rechtsprechung³² und herrschender Lehre³³ genügen Beiträge im Vorbereitungsstadium dann einem gemeinschaftlichen Handeln, wenn sie als „wesentliches Plus“ das „Minus“ im Stadium der geplanten Tatausführung ausgleichen. Zwar lässt sich nicht leugnen, dass L auf die Vermittlung von möglichen Tätern durch H angewiesen war, da er nicht über die Kontakte des H ins kriminelle Milieu verfügte, was für eine Einstufung des Beitrags des H als wesentlich spricht.³⁴ Dagegen spricht indes, dass L nach Inhalt der Verabredung mit H die alleinige Entscheidungsgewalt hinsichtlich der Täterwahl Zustand und es ihm auch unbenommen war, unabhängig von H nach anderen Tätern zu suchen, ohne gegen die Verabredung zu verstoßen.³⁵ Von einer wechselseitigen psychischen Bindung zwischen L und H ist demnach entgegen der Auffassung des *Senats* nicht auszugehen. Darüber hinaus ist aufgrund der letztendlichen Entscheidungsbefugnis des L davon auszugehen, dass er sich eine Nichterteilung des Auftrags selbst bei einem von H ausgesuchten präsumtiven Täter noch vorbehält, selbst wenn ideale Tatvoraussetzungen gegeben sein sollten. Ein solcher Vorbehalt führt zur bloßen Tat- bzw. Anstiftungsgeneigtheit³⁶, was nicht für eine mittäterschaftliche Verabredung genügt.³⁷

²⁰ BVerfGE 96, 245 (249); *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 8; *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, 2. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6; vertiefend *Hefendehl*, JA 2011, 401.

²¹ Vgl. BGHSt 62, 96; BGH NStZ 2019, 655; siehe auch *Cornelius* (Fn. 4), § 30 Rn. 16.

²² Bereits *Maurach*, JZ 1961, 137 (138); auf die zivilrechtliche Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB kommt es nicht an, vgl. *Hoyer*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 2024, § 30 Rn. 46.

²³ *Hoyer* (Fn. 22), § 30 Rn. 46.

²⁴ *Fischer* (Fn. 3), § 30 Rn. 12; *Hoyer* (Fn. 22), § 30 Rn. 48; *Maurach*, JZ 1961, 137 (139); siehe auch § 118 BGB.

²⁵ *Heine/Weißer* (Fn. 13), § 30 Rn. 29, die auf die Perspektive eines objektiven Empfängers der Erklärungen abstellen, nach der eine Gefahr vorliegt.

²⁶ Vgl. *Eckert*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, BGB, Stand: 1.5.2024, § 145 Rn. 34 „ad incertam personam“.

²⁷ Vgl. § 705 Abs. 1 BGB.

²⁸ *Eckert* (Fn. 26), § 145 Rn. 35.

²⁹ BGHSt 12, 309 f.; KG Berlin GA 1971, 55; siehe auch *Hoyer* (Fn. 22), § 30 Rn. 49.

³⁰ *Mitsch*, NJW 2024, 369 (371).

³¹ Bereits RGSt 71, 24; BGHSt 14, 128; 16, 12.

³² BGHSt 14, 123; 37, 289; 40, 299; BGH NStZ 1995, 331; BGH wistra 2012, 433; BGH NStZ-RR 2019, 73.

³³ *Heine/Weißer* (Fn. 13), § 25 Rn. 67; *Fischer* (Fn. 3), § 25 Rn. 41; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 822 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 44 Rn. 43; *Puppe*, NStZ 1991, 571; a.A. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198, der auch eine gemeinsame Tatausführung verlangt.

³⁴ So auch *Mitsch*, NJW 2024, 369 (371).

³⁵ LG Magdeburg BeckRS 2022, 53197 Rn. 321.

³⁶ *Hoyer* (Fn. 22), § 30 Rn. 49.

³⁷ BGHSt 12, 309; *Hoyer* (Fn. 22), § 30 Rn. 49.

VI. Fazit

Durch die Entscheidung des BGH findet eine weitere Vorverlagerung der Strafbarkeit von bloßen, an sich noch ungefährlichen Vorbereitungshandlungen statt, obwohl die o.g. Gefährlichkeitsschwelle³⁸ im vorliegenden Fall nicht überschritten wurde. Ebenso erscheint die Annahme eines gemeinschaftlichen Handelns von L und H aus o.g. Gründen fehlerhaft.

*Dr. Friedrich Sebastian Fülscher, Kiel**

³⁸ Siehe bereits Fn. 19.

* *Dr. Friedrich Fülscher* ist Fachanwalt für Strafrecht in Kiel.
