Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
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

3/2025 S. 263-393
4. Jahrgang

Inhalt

20 JAHRE OPEN ACCESS IM STRAFRECHT

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

20 Jahre Open Access im Strafrecht
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

AUFSÄTZE

Strafrecht

Verwaltungsstrafrecht als Forschungsgegenstand
Von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn 263

Ein unpopuläres Menschenrecht – Bemerkungen zur Ratio von Ne bis in idem
Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Bonn 276

Ein untauglicher Versuch der Strafrechtsreform?
Zur scheinbaren Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach §§ 22, 23 Abs. 3 StGB
Von Dr. Martin Heuser, Regensburg 286

Der Schutz von Menschen mit körperlichen oder seelischen Beeinträchtigungen durch § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB
Von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Trier 299

Betrachtungen zum Beleidigungsstrafrecht
Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg 309

Das Verbot der Suizidassistenz in Deutschland (§ 217 dStGB a.F.) und der Schweiz (Art. 115 chStGB) – Vertäterschaftlichte Teilnahmehandlungen?!
Von Privatdozent Dr. Maximilian Lenk, Tübingen/Hamburg 314

Schutz der Integrität des Sports durch das Strafrecht?
Von Prof. (i.R.) Dr. Dr. h.c. Uwe Hellmann, Potsdam 324

Nebenstrafrecht

Strafbarkeit des Tierarztes bei der Euthanasierung von Heimtieren
Von Prof. Dr. Jens Bülte, Mannheim 333

Wirtschaftsstrafrecht

Die Missachtung des Grundsatzes in dubio pro reo als Compliancepflicht – oder: Fragwürdige Grundzüge eines nachhaltigen Wirtschaftsstrafrechts
Von Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Saarbrücken 346

Strafprozessrecht

Datenschutzrechtliche Bedenken?
Zur (Ir-)Relevanz des Datenschutzrechts für die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe und die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Mainz 351

© 2021–2025 Prof. Dr. Thomas Rotsch, Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
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

3/2025 S. 263-393
4. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung in der Dogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums
Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24
Von Wiss. Mitarbeiter Jan Bauerkamp, Bielefeld 362

Das Holocaustleugnungsverbot als Erinnerungsgesetz
Interdisziplinäre Perspektiven auf § 130 Abs. 3 StGB im Kontext kollektiver Erinnerungskultur
Von Sven dos Santos Lopes, Hamburg 372

Vertrauen in Zeiten des Krieges
Zur Zulässigkeit von Auslieferungen in die Ukraine
Von Prof. Dr. Markus Englerth, Berlin 379

NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

Europäisches Strafrecht

Neues aus der Strafrechtswissenschaft:
Notwendigkeit, Methoden und Grenzen einer Harmonisierung der Verfolgungsverjährung in der Europäischen Union, 2024
Von Dr. Thomas Kolb, Gießen 385

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Thomas Rotsch/Markus Wagner/Petra Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl. 2025
(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M. [RSA], Konstanz) 392

© 2021–2025 Prof. Dr. Thomas Rotsch, Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft

20 Jahre Open Access im Strafrecht*

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen**

Im Januar 2026 feiern wir mit der ZfIStw 20 Jahre Open Access im Strafrecht. Aus diesem Anlass werden wir – wie bereits zum fünf- und zehnjährigen Bestehen der ZIS[1] – in den Jahren 2025 und 2026 mehrere Sonderausgaben veröffentlichen. Zu unserer großen Freude hat auch dieses Mal wieder eine große Zahl von Autorinnen und Autoren die Beteiligung an dem Projekt zugesagt. Aufgrund der Vielzahl der Beiträge wird ihre Publikation – in sieben Ausgaben – über das Jahr 2025 hinausgehen. Die Beiträge werden in der Reihenfolge ihres Eingangs vor dem jeweiligen Redaktionsschluss der einzelnen Ausgaben und innerhalb der Einzelausgaben thematisch geordnet veröffentlicht.

Ich darf die Gelegenheit nutzen, mich bei allen ehemaligen und aktuellen Mitgliedern im Herausgebergremium, der nationalen und internationalen Redaktion sowie den in vielfältiger Weise am Erfolg des Projekts beteiligten ehemaligen und aktuellen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in Kiel (bis 2005), Augsburg (2006–2011) und Gießen (seit 2011) ganz herzlich zu bedanken. Herzlicher Dank geht außerdem an sämtliche Autorinnen und Autoren, die sich an der Entstehung der Sonderausgaben zum 20-jährigen Jubiläum mit einem Beitrag beteiligt haben bzw. noch beteiligen werden und wie stets auch an all diejenigen, die mit ihren Aufsätzen, Entscheidungsbesprechungen und Buchrezensionen in den letzten 20 Jahren zu dem Erfolg unseres strafrechtlichen Open-Access-Projekts beigetragen haben. Ad multos annos!

---

* Aktualisierte Textfassung vom 10.3.2026.

** Der *Verf.* ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er ist Begründer und Mitherausgeber der ZJS, deren erste Ausgabe am 1.2.2008 erschien (www.zjs-online.com), war Mitherausgeber der ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), die am 15. Januar 2006 an den Start ging, und ist nunmehr seit 2021 Begründer und geschäftsführender Herausgeber der ZfIStw (www.zfistw.de).

[1] Zum fünfjährigen Bestehen der ZIS erschienen die Sonderausgaben 5/2011, 6/2011 und 7/2011. Zu ihrem zehnjährigen Jubiläum erschienen die Ausgaben 6/2016–10/2016; die dort publizierten Beiträge sind außerdem in Printform veröffentlicht in Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2018.

Verwaltungsstrafrecht als Forschungsgegenstand

Von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn*

Das Strafrecht ist ein unverzichtbarer Teil des aufgefächerten Reaktionsinstrumentariums des demokratischen Rechtsstaats auf Rechtsverletzungen. Nach einer langen Phase gegenseitiger Vernachlässigung ist gerade in jüngerer Zeit ein erfreuliches Interesse daran festzustellen, geteilte staatsrechtliche Fragestellung in Straf- und Staatsrechtslehre auch gemeinsam zu diskutieren und zu untersuchen.[1] *Das ist verdienstvoll. Allerdings hatte die Annäherung und das Bemühen um mehr gegenseitige Verständigung zwischen den beiden Fachschwestern bislang einen starken verfassungsrechtlichen Fokus. Der erklärt sich einerseits aus der Normenhierarchie (die verfassungsrechtliche Bindung der Strafgewalt ist natürlich ein zentrales Thema der Strafrechtswissenschaft), aber auch aus der Eingriffsintensität und aus den zahlreichen verdichteten Freiheitskonflikten, durch die das Strafrecht in der Dogmatik des Verfassungsrechts ebenso Spuren hinterlassen hat wie vice versa.*[2] *Im langen Schatten des Verfassungsrechts verblieben ist hingegen das Verwaltungsrecht. Vielleicht spiegeln sich hier sogar Aufmerksamkeitstrends*[3] *in der Staatsrechtslehre. Diese scheint in jüngerer Zeit – nach einem Feuerwerk der Theoretisierung des Verwaltungsrechts durch zwei Dekaden Reformdebatten – erschöpft eher den Fokus auf Fragen des Verfassungsrechts, der Verfassungstheorie und der supra- sowie internationalen Einbindung der Rechtsordnung zu legen. In den für akademisches Trendspotting aufschlussreichen Qualifikationsschriften waren klassische Themen des Verwaltungsrechts zuletzt auf dem Rückzug. Jedenfalls weist auch das Verwaltungsrecht zahlreiche Bezüge zum Strafrecht auf,*[4] *die für beide Subdisziplinen des Öffentlichen Rechts wissenschaftliche Erkenntnisinteressen generieren können.*

Das mögliche Themenspektrum ist breit und vielfältig, die verwaltungsrechtlichen Fachgesetze, die materielles Verwaltungsrecht oder Verwaltungsverfahren durch Strafrecht flankierend schützen, sind auf den ersten Blick heterogen. Exemplarisch (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) zum Zwecke der Illustration einer atemberaubenden Buntscheckigkeit der regulativen Herausforderungen eines instrumentell ausdifferenzierten Verwaltungsstaats zu nennen wären etwa: §§ 18a f. AbfVerbrG; § 14 AbwAG; §§ 95 f. AMG; § 37 AntarktUmwSchProtAG; § 23 ApoG; § 26 Abs. 2 ArbGG; § 26 ArbSchG; §§ 84 ff. AsylG; §§ 95 ff. AufenthG; § 13 AusgStG; §§ 17 f. AWG; § 42 AZRG; § 13 Abs. 7 BÄO; § 13 BApO; § 9 BauPG; § 35 BBankG; § 146 BBergG; §§ 38 f. BJagdG; § 84 BDSG i.V.m. § 42 BDSG; § 87 BKAG; § 13 BKRG; §§ 71 f. BNatSchG; § 66 BNDG; § 49 BörsG; § 22 BStatG; § 14 BTÄO; §§ 29 ff. BtMG; §§ 98 f. BVFG; § 27 ChemG; §§ 16 f. CWÜAG; § 6 EGGenTDurchfG; §§ 95a f. EnWG; § 20 ESVG; § 24 EUGewSchVG; § 22 FoVG; § 9 FreizügG/EU; § 18 G 10; § 9 GDNG; § 39 GenTG; §§ 148 ff. GewO; § 4 GewSchG; § 11 GGBefG; § 19 GÜG; § 5 HeilpG; § 8 HolzSiG; §§ 74 ff. IfSG; § 22 IGV-DG; § 27 JuSchG; § 34 KaCanG; § 339 KAGB; § 83 KGSG; §§ 19 ff. KrWaffKontrG; § 57 KVLG; § 54 KWG; § 25 LadSchlG; §§ 58 f.

* Der *Verf.* lehrt Öffentliches Recht an der Universität Bonn und ist Mitglied der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaft und der Künste.

[1] Stellvertretend für diesen Trend Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022; *Becker*, GA 2024, 241 ff.; *Burchard*, in: Tiedemann/Satzger/Brodowski/Sieber/Burchard (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 27 ff.; Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013; *Dannecker*, ZIS 2016, 723 ff.; *Jahn*, in: Tiedemann/Satzger/Brodowski/Sieber/Burchard (a.a.O.), S. 63 ff.; *ders.*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd.9, 2023, § 62 Rn. 6 ff.; *Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 ff.; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885 ff.; *Möllinger/Roderburg/Schlosser/Mayer/Lorenz*, NStZ 2024, 193 ff.; *Slogsnat*, Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat, 2024.

[2] Siehe hierzu nur die seit Gründung unserer Jubiläumszeitschrift im Jahr 2005 ergangenen Senatsentscheidungen: BVerfGE 112, 185 (Zulässigkeitsanforderungen beim Revisionsgericht [§ 344 Abs. 2 StPO]); BVerfGE 112, 304 (GPS-Observation); BVerfGE 113, 29 (Beschlagnahme von Datenträgern); BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl); BVerfGE 115, 166 (Beschlagnahmemaßnahmen und Kommunikationsverbindungsdaten [§§ 102 ff. StPO]); BVerfGE 117, 71 (Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe); BVerfGE 120, 224 (Geschwisterinzest [§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB]); BVerfGE 121, 233 (Postkontrolle von Untersuchungsgefangenen); BVerfGE 122, 248 (Rügeverkümmerung); BVerfGE 124, 43 (E-Mail-Beschlagnahme [§§ 94 ff. StPO]); BVerfGE 124, 300 (Verherrlichung der NS-Herrschaft [§ 130 Abs. 4 StGB]); BVerfGE 126, 170 (Bestimmtheit des Untreuestraftatbestandes [§ 266 StGB]); BVerfGE 129, 208 (Neuregelung der Telefonüberwachung); BVerfGE 130, 1 (Verwertung rechtswidrig erhobener Präventivdaten im Strafprozess); BVerfGE 130, 372 (Maßregelvollzugszeiten [§ 67 Abs. 4 StGB]); BVerfGE 133, 168 (Verständigungen im Strafverfahren); BVerfGE 139, 245 (Eilkompetenz der Ermittlungsbehörde); BVerfGE 151, 67 (Ermittlungsrichterlicher Bereitschaftsdienst); BVerfGE 153, 182 (Suizidhilfe [§ 217 StGB]); BVerfGE 153, 310 (Knorpelfleisch [§ 58 Abs. 2 LFGB]); BVerfGE 156, 354 (Neuregelung zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung [Art. 316h EGStGB]); BVerfGE 160, 284 (Einzelrennen im Straßenverkehr [§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB]); BVerfGE 166, 359 (Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen [§ 362 Nr. 5 StPO]). Die Kammerrechtsprechung zum Straf- und Strafprozessrecht daneben ist Legion. Juris weist über 800 Kammerbeschlüsse, die die StPO jedenfalls zitieren, und über 500 Kammerbeschlüsse zum StGB seit 2005 aus.

[3] Zu diesen Zyklen historisierend und eindrücklich *Daston*, Eine kurze Geschichte der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit, 2000.

[4] Zusammenfassend *Gärditz*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 16 Rn. 1 ff.

LFGB; §§ 19 f. LuftSiG; §§ 59 f. LufVG; § 12 MBergG; § 25 MedCanG; § 8 MilchMargG; § 35 MOG; §§ 29 f. MPDG; § 22 MüG; § 8 ÖISG; § 3 ÖkoKennzG; § 24 PassG; § 69 PflSchG; § 29 ProdSG; § 16 SanktDG; § 29 SatDSiG; § 19 SeeFischG; §§ 398 f. SGB V; § 105 SGB VIII; §§ 237a f. SGB IX; § 20 Abs. 2 SGG; § 5 SeilbDG; § 40 SprengG; § 42 StAG; § 44 StromPBG; § 44 StUG; § 13 StZG; § 37 SÜG; § 34 TabakerzG; §§ 87 f. TAMG; § 27 TDDDG; § 31 TFG; § 31 TierGesG; §§ 18 f. TPG; § 33 ÜAnlG; § 26c UStG; § 331 VAG; §§ 21 ff. VersG; § 19 VkBkmG; §§ 51 f. WaffG; § 28 WaSiG; §§ 48 f. WeinG; § 63 ZAG; §§ 52 ff. ZDG; § 105 ZfDG; § 18 ZHG. Have fun!

Hier soll es nicht um eine nähere Analyse oder gar eine Theoretisierung des „Verwaltungsstrafrechts" gehen, was grundlegenden Untersuchungen vorbehalten bleiben muss, die dann sinnvollerweise Straftheorie, Verfassungstheorie und theoretische Zugänge zum Verwaltungsrecht miteinander in geeigneter Weise verschränken müssten. Der vorliegende Beitrag möchte nur einen kleinen Impuls geben, mögliche Forschungsthemen eines Verwaltungsstrafrechts zu identifizieren, um dessen Systembildung sich Straf- und Verwaltungsrechtswissenschaft als gemeinsame Aufgabe bemühen könnten.

I. Ein traditionelles Problem

Die Abgrenzung von Kriminalstrafe und Verwaltungsstrafe ist ein traditionsreiches Problem, das immer auch mit der ihrerseits bis heute kontrovers beurteilten Frage zusammenhängt, welchen gesellschaftlichen Zweck Strafe abstrakt erfüllen soll. Der innere Sinn einer Maßnahme ergibt sich grundsätzlich nicht allein aus ihrer äußeren Form. Ein erzwungener Vermögensverlust kann Geldstrafe, Zwangsgeld, Schadensersatz oder Abgabe sein; Haft kann der Pönalisierung, der Verfahrenssicherung, der Erzwingung von Verhalten oder der Eindämmung einer personenbezogenen Gefahr dienen.[5] Ein möglicher Begriff des Verwaltungsstrafrechts muss daher die innere Funktion der hoheitlichen Reaktion auf eine Rechtsverletzung und die dahinterstehende Ordnungsidee in den Blick nehmen.[6] Noch *Franz von Liszt* hatte 1891 der Abgrenzung zwischen „dem peinlichen Unrecht" (meint: Kriminalunrecht) und dem „polizeilichen Unrecht" für das geltende Recht jedwede Bedeutung abgesprochen.[7] Das geltende Recht hatte freilich selbst dafür gesorgt, dass Abgrenzungsbedarf entstand, weil neben die durch das RStGB 1871 reichseinheitlich eingeführten Übertretungen immer mehr – und überwiegend im gliedstaatlichen Recht lokalisierte – administrative Zwangsinstrumente sowie akzessorische Konflikte um die Regelungsbefugnisse der Gliedstaaten im Reich traten.

Dieses Problem stellte sich bereits dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich. Die Fraktion der Deutschnationalen Volkspartei im Preußischen Landtag[8] hatte in einem Verfassungsstreitverfahren nach der Auffangzuständigkeit des Art. 19 S. 1 WRV Bestimmungen des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931[9] mit der (letztlich vorausgegangene wissenschaftliche Konflikte fortschreibenden[10]) Begründung angegriffen, dass darin enthaltene Verwaltungssanktionen (namentlich Zwangsgeld und Zwangshaft) mit geltendem Reichsrecht unvereinbar seien, weil diese kompetenzwidrig eine weitere Strafe eingeführt hätten, die die in § 413 RStPO[11] geregelten Limitierungen für die polizeiliche Sanktionierung von Übertretungen unterlaufe. Der Staatsgerichtshof hat dies in einem Urteil vom Juni 1932 im Ergebnis zurückgewiesen, sich hierbei aber differenziert und sorgfältig mit den divergenten Zwecken der Maßnahmen auseinandergesetzt. Das Gericht sah sich damit konfrontiert, dass sich administrative Sanktionen (wie Zwangsgeld und Zwangshaft) äußerlich nicht von Kriminalstrafe unterschieden. Sei früher der Vergeltungs- und Sühnegedanke prägend für den Zweck der Kriminalstrafe gewesen, seien neuerdings Präventionszwecke in den Vordergrund getreten.[12] Der Zweck der Kriminalstrafe sei „also nach heutiger Vorstellung ein zusammengesetzter", was auch die Ausdehnung des Opportunitätsprinzips befördert habe. Hierbei anerkennt der Staatsgerichtshof die Heterogenität der Strafzwecke, die dem Korpus des seinerzeit bereits geltenden Kriminalstrafrechts zugrunde lagen.[13] Die Ausgangslage war also durchweg vergleichbar mit dem, was heute unter § 46 StGB (zumessungsrechtlich) als Vereinigungstheorie[14] praktiziert wird. Bei den so ge-

[5] Teilweise liegen divergente Zwecke und konvergente Kompetenzen quer zueinander, wie das Beispiel der (materiell polizeirechtlichen) Maßregeln zeigt, die kompetenzrechtlich im Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) verankert sind. Vgl. BVerfGE 109, 190 (212); 134, 33 (55 f.); 156, 63 (113 f.). Kritisch hierzu *Gärditz*, BayVBl 2006, 231 ff.

[6] *Wolf*, in: Hegeler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. II, 1930, S. 516 (519 f.).

[7] *v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Aufl. 1891, S. 125.

[8] Zur Parteifähigkeit trotz fehlender Rechtsfähigkeit *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 165 ff.

[9] Polizeiverwaltungsgesetz v. 1.6.1931 (Preußische Gesetzessammlung 1931, S. 77).

[10] Dazu *Naas*, Die Entstehung des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931, 2003, S. 103 ff.

[11] Die Bestimmung lautete in der damals geltenden Fassung v. 22.3.1924 (RGBl. I 1924, S. 299):
(1) Wo nach den Bestimmungen der Landesgesetze die Polizeibehörden befugt sind, eine in den Strafgesetzen angedrohte Strafe durch Verfügung festzusetzen, erstreckt sich diese Befugnis nur auf Übertretungen.
(2) Auch kann die Polizeibehörde keine andere Strafe als Haft bis zu vierzehn Tagen oder Geldstrafe und die Haft, welche für den Fall, daß die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, an ihre Stelle tritt, sowie eine etwa verwirkte Einziehung verhängen.

[12] RGZ 137, Anlage 47 (57).

[13] *Wolf*, (Fn. 6), S. 519, meinte gar, dass der Gedanke der Vergeltung oder Sühne auf das Verwaltungsstrafrecht von vornherein nicht übertragbar sei.

[14] Dazu nur *Baronin v. König/Horsky*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021,

nannten „Polizeiübertretungen" unter den Strafgesetzen solle – so der Staatsgerichtshof – hingegen „die Strafandrohung nicht sowohl eine gerechte Vergeltung oder die Sühne eines begangenen Unrechts ermöglichen, als vielmehr hauptsächlich dem Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dienen."[15] Anhand von Entstehungsgeschichte, Systematik und Wortlaut lasse sich eindeutig belegen, dass die polizeiverwaltungsrechtlichen Sanktionen allein der Gefahrenabwehr dienten und keinen – auch keinen camouflierten – Repressivcharakter hätten.[16] Damit handelte es sich also nicht um Strafrecht, für dessen Sanktionierung das Reichsrecht insoweit abschließende Regelungen getroffen hatte, sondern um kompetenzgemäßes Landesrecht.

Im Februar 1950 konnte der ein halbes Jahr zuvor gegründete Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen auf eine Richtervorlage über die „Bremische Verordnung gegen das Schwarze Bauen" von 1946 – und zugleich in dem ersten Verfahren des noch jungen Gerichts – bereits feststellen:

„Der Gedanke des Verwaltungsstrafrechts ist alt."[17]

Gleichwohl musste kein Geringerer als *Klaus Tiedemann* in seiner Habilitationsschrift noch 1969 das „fehlende Interesse an einer dogmatischen Verarbeitung des Nebenstrafrechts" konstatieren, das „nicht angetan" sei, eine Verhältnisbestimmung „in fruchtbarer Weise zu entwickeln".[18] Positive Ausnahmen, die es natürlich auch immer wieder gab,[19] ändern nichts daran, dass das Neben- und Verwaltungsstrafrecht bis heute weder in der innerfachlichen Wertschätzung noch in der strafrechtlichen Grundlagenforschung einen sichtbaren Raum beanspruchen kann.[20] Eine gründlichere Systembildung innerhalb des Strafrechts dürfte auch dadurch an Antrieb verloren haben, dass der Gesetzgeber selbst mit der Etablierung der Ordnungswidrigkeit im Wirtschaftsstrafrecht der Nachkriegszeit[21] und deren Verallgemeinerung durch das Ordnungswidrigkeitengesetz[22] – unter Ausschleichen der Übertretungen im Nebenstrafrecht – sukzessive eine kategoriale Trennung vorgenommen hatte.[23] Alte Abgrenzungsfragen stellten sich unter erneuten Vorzeichen zwar auch hier,[24] obgleich wichtige theoretische Fragen durch die Ausdifferenzierung des positiven Rechts an rechtsdogmatisch-praktischer Relevanz verloren hatten. Das Ordnungswidrigkeitenrecht verblieb aber – unverdient und abgesehen vielleicht von den materiell-wirtschaftsstrafrechtlich wichtigen Bestimmungen der § 30 OWiG und §§ 81 ff. GWB[25] – in der Schmuddelecke des administrativen Amtsstubensanktionsinstruments außerhalb des grundsatz- und theorieaffinen Interesses der Strafrechtswissenschaft.[26]

II. Propria eines Verwaltungsstrafrechts

Die meisten verwaltungsrechtlichen Fachgesetze werden flankiert durch Schlussbestimmungen, die eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten sanktionieren. Ordnungswidrigkeitentatbestände sind ubiquitär, aber auch Straftatbestände finden sich – wie gezeigt – sehr häufig. Die Androhungen von Kriminalstrafe in Schlussbestimmungen verwaltungsrechtlicher Fachgesetze sanktionieren die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die so heterogen und vielfältig wie die Lebensbereiche sind, in denen staatliche Verwaltung

§ 2 Rn. 53 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 75 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, S. 151 ff.

[15] RGZ 137, Anlage 47 (58).

[16] RGZ 137, Anlage 47 (62 ff.).

[17] Staatsgerichtshof Bremen, Urt. v. 27.2.1950 – St 1/49, Rn. 18.

[18] *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 44.

[19] Aus jüngerer Zeit zu erwähnen ist namentlich *Greco*, in: Kretschmer/Zabel (Hrsg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, S. 175 ff. Ein Sammelband aus der Perspektive der Schweiz – Eicker (Hrsg.), Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, 2017 – wurde kaum rezipiert, was auch daran liegen dürfte, dass sich die Beiträge doch sehr stark auf Sonderfragen des (meist kantonalen) Rechts der Schweiz fokussieren.

[20] Auch eine Lehrstuhldenomination für das Neben- oder Verwaltungsstrafrecht gibt es bisher – soweit ersichtlich – noch nicht. Am ehesten werden die einschlägigen Fragen wohl noch an Lehrstühlen für Wirtschafts- oder Steuerstrafrecht behandelt.

[21] Als wissenschaftlich-systematische Kategorie war der Begriff „Ordnungswidrigkeit" schon vorher etabliert. Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 359.

[22] Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 25.3.1952 (BGBl. I 1952, S. 177).

[23] BT-Drs. V/1269, S. 23; BVerfGE 27, 18 (30 ff.).

[24] Nachgezeichnet bei *Horey*, Göttinger Rechtszeitschrift 1/2024, 10 ff.

[25] Aus dem Problemkomplex stellvertretend *Fischer/Hoven*, ZIS 2015, 32 ff.; *Dannecker*, GA 2001, 101 ff.; *ders.*, wistra 2004, 361 (365 f.); *ders.*, NZKart 2015, 25 ff.; *ders.*, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, S. 193 ff.; *Hirsch*, ZStW 107 (1995), 285 ff.; *Rogall*, GA 2015, 260 ff. Bezeichnenderweise haben die Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts hier nur insoweit die Theoretisierungslust der Strafrechtswissenschaft erregt, soweit es um Grundsatzfragen der Verbandsstrafe, des Schuldprinzips und der Zurechnungslehren ging, die von rechtspolitischen Vorstößen provoziert wurden, eine Kriminalverbandstrafe einzuführen. Verwaltungsfunktionen strahlten nie einen vergleichbaren intellektuellen Eros aus.

[26] Verdienstvoll immerhin *Mitsch*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2005, passim. Die wohl wichtigste historisierend-theoretische Einordnung findet sich immer noch bei *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 3. Abschn. Rn. 1 ff. Die große Untersuchung von *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1977, Bd. 2/1, blieb unvollendet; es erschien nur Band 2. *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, 1982, Bd. 2/2, wurde posthum fertiggestellt.

gesetzliche Aufgaben erfüllt. Tatsächlich ist ein Zerfließen des Strafrechts in der zerklüfteten Landschaft des Fachverwaltungsrechts nur eine Sekundärfolge der Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts. Die tiefschürfenden Debatten im Kaiserreich und in der Weimarer Republik hatten neben den Übertretungen des RStGB im Wesentlichen nur Sanktionsbestimmungen des allgemeinen Polizeirechts und des fragmentierten Abgabenrechts[27] vor Augen.[28] Der Fundus an Regelungen des besonderen Verwaltungsrechts war schlicht noch zu begrenzt,[29] obgleich der erste große Systematiker eines „Verwaltungsstrafrechts" *James Paul Goldschmidt*[30] bereits 1902 weitsichtig eine für das Strafrecht folgenreiche Ausdifferenzierung der Verwaltung prognostiziert hatte.[31] Die heutige Ausdifferenzierung des besonderen Verwaltungsrechts ist zu großen Teilen ein Produkt der Rechtsentwicklung seit den 1970er Jahren, die ihrerseits vom Siegeszug des demokratisch-rechtsstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes[32] zwar nicht vorangetrieben, aber doch jedenfalls katalysiert wurde. Das Verwaltungsrecht segelte schon immer im Kielwasser gesellschaftlicher Ausdifferenzierung. Es folgte der professionellen Spezialisierung sowie den gesellschaftlichen Risikowahrnehmungen. Verwaltungsakzessorisches Strafrecht segelte eben mit.[33] Demokratische Gestaltungs- und Ordnungsansprüche im Verwaltungsrecht haben so einen beträchtlichen Overspill an verwaltungsakzessorischem Strafrecht erzeugt.[34]

Hier kann es nicht darum gehen, die – weiterhin wichtigen – strafrechtstheoretischen Fragen aufzugreifen, die ihrerseits umstrittene Strafzwecke am schillernden Phänomen eines Verwaltungsstrafrechts testen oder sich darum bemühen, eine metarechtliche Substanz des Verwaltungsunrechts herauszuschälen.[35] Vorliegend geht es vor allem darum, aus der notgedrungen beschränkten Perspektive meines Faches – des Verfassungs- und Verwaltungsrechts – mögliche Fragestellungen zu identifizieren, die es erlauben würden, ein Verwaltungsstrafrecht als Ankerplatz für gemeinsame Forschungsfelder im Schnittmengenbereich von Strafrecht und Verwaltungsrecht zu nutzen.

1. Bloße Verwaltungswidrigkeit der Tathandlung?

James Goldschmidt unternahm in seiner im Kaiserreich entstandenen und 1902 veröffentlichten Habilitationsschrift erstmals den noch lange wirkmächtigen[36] Versuch, Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht kategorial-qualitativ zu unterscheiden.[37] *Goldschmidt* sah den Zweck administrativ verhängter Sanktionen darin, die allgemeine Wohlfahrt zu befördern, der der Staat diene. Die Vernachlässigung von Bürgerpflichten, an der staatlichen Wohlfahrtspflege mitzuwirken, mache den Kern der „Verwaltungswidrigkeit" aus.[38] Während Kriminalstrafe auf eine Auflehnung gegen die „Rechtsverfassung" reagiere, sei das Verwaltungsstrafrecht nur gegen das öffentliche Wohl gerichtet.[39] Eine Fortschreibung hat dieser wertethische Ansatz in unterschiedlichen Nuancierungen in der nächsten Generation namentlich bei *Erik Wolf*[40] und *Eberhard Schmidt*[41] gefunden. Bis heute

[27] Die Konsolidierung eines Allgemeinen Teils erfolgte erst in der Republik durch die Reichsabgabenordnung v. 13.12.1919 (RGBl. 1919, S. 1993). §§ 358 ff. RAO enthielten Bestimmungen des Steuerstrafrechts.

[28] Vgl. zeitgenössisch *Mayer* (Fn. 21), S. 257 ff., 358 ff.

[29] Einzelne strafrechtliche Bestimmungen aus Fachgesetzen der Gliedstaaten scheinen es nicht in die strafrechtliche Systembildung geschafft zu haben. Etwa §§ 374 ff. Preußisches Wassergesetz von 1919 tauchen in den Debatten über das Verwaltungsstrafrecht – soweit ersichtlich – nicht auf. Vgl. zu diesen *Gottschalk*, Das preußische Wassergesetz, 1913, S. 299 ff.

[30] Zur Geschichte seiner Ausgrenzung als erster Rechtsprofessor der Berliner Universität 1933 eingehend *Gräfin v. Lösch*, Der nackte Geist, 1999, S. 179 ff., 192 ff.; eingehend zur Person im Übrigen *Sellert*, in: Heinrichs/Franzki/Schmahl/Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 595 ff. Zu seinen Verdiensten als Theoretiker des Zivilprozessrechts *Bruns*, ZZP 88 (1975), 121 ff.

[31] *Goldschmidt*, GA 1902, 71 (72 f.).

[32] Dazu *Gärditz*, in: Steinbach (Hrsg.), Verwaltungsrechtsprechung, 2017, S. 3 ff.; *Linzbach*, JZ 2022, 511 ff., m.w.N.

[33] Vgl. zu den Debatten einer (vermeintlichen) Vereinnahmung des Strafrechts durch gesellschaftliche Risikowahrnehmungen und -konzepte *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 19 Rn. 19; *Kuhlen*, GA 1994, 347 ff.; *Kunz*, NK 2005, 151 (152 f.); *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993; *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 12 ff.; *Rotsch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 26 Rn. 23; *Seelmann*, KritV 1992, 452 ff. Tatsächlich klassifiziert denn auch *Moeller*, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018, S. 105, das Verwaltungsstrafrecht als Kategorie der „Vorverlagerung" der Strafbarkeit.

[34] *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Fn. 1), S. 15 (23).

[35] Zum Streitstand und seiner historischen Entwicklung sorgfältig und materialreich *Greco* (Fn. 19), S. 176 ff.

[36] So berief sich noch die amtliche Begründung des Ordnungswidrigkeitengesetzes im Jahr 1967 explizit auf *Goldschmidt* und *Schmidt*, vgl. BT-Drs. V/1269, S. 22 f. Zur unmittelbaren Rezeption im Zeitkontext *Frank*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1905; *Trops*, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes, 1926; sowie die Nachweise bei *Naas* (Fn. 10), S. 110. Eine Erläuterung des Konzepts der Verwaltungsstrafe unter Bezugnahme auf *Goldschmidt* findet sich etwa in der (heute weitgehend dem Vergessen anheim gefallenen) Darstellung bei *Merk*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1962, S. 1002 ff.

[37] Dazu *Schmoeckel*, StuW 2014, 67 (73 f.).

[38] *Goldschmidt*, Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 529 ff.

[39] *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 544.

[40] *Wolf* (Fn. 6), S. 521 ff.

[41] *Schmidt*, SJZ 1948, 225 (230 f.); *ders.*, JZ 1951, 101 (103); *ders.*, in: Ehmke/Schmid/Scharoun (Hrsg.), Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 415 (423 ff.). Tatsächlich hatte er sich bereits relativ früh in einer Untersuchung zu Finanzstrafsa-

flackert die Vorstellung einer substantiellen Unterscheidbarkeit nach der Qualität des Unrechts immer wieder auf. Wer subjektive Rechte anderer verletze, handele nach einem vorpositiven Unrechtsgehalt, den der Gesetzgeber nur nachzeichne, kriminell, wer hingegen verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbote missachte, lasse lediglich Respekt gegenüber dem Gesetzgeber vermissen, der diese verwaltungsrechtlichen Pflichten gesetzt habe.[42]

> „Das kriminelle Unrecht ist kraft Gesetzes und aufgrund seiner kulturellen Schädlichkeit Unrecht, das polizeiliche Unrecht ist Unrecht nur kraft Gesetzes."[43]

Bei *Wolf* kulminiert diese dysfunktionale Idealisierung darin, dass die Verwaltungsstrafe zum bloßen „Zuchtmittel" reduziert wird, mittels derer man jemanden zur Ordnung rufe und zur Pflichterfüllung ermahne,[44] was dann auch das Bundesverfassungsgericht in seiner frühen Rechtsprechung zunächst rezipierte.[45]

Ganz ähnlich klassifizierte im Übrigen auch *Otto Mayer* als der erste große Systematisierer des deutschen Verwaltungsrechts die „Polizeistrafe".[46] Auch wenn *Mayer* die strafrechtlichen Theoriedebatten nicht im Einzelnen ausbreitet, nahm er doch zentrale Argumente offenbar zur Kenntnis.[47] Umgekehrt scheinen die ausführlichen Auseinandersetzungen mit der Polizei- und der Finanzstrafe bei *Mayer* nicht wirkmächtig in die Debatten um das Verwaltungsstrafrecht eingeflossen zu sein.[48] Das wäre dann ein früher Beleg dafür, dass die nur wissenschaftssoziologisch zu erklärende Trennung[49] der öffentlich-rechtlichen Disziplinen des Strafrechts und des Staatsrechts neben sinnvoller Spezialisierung und Arbeitsteilung von Anfang an auch unproduktive Scheuklappen etabliert hat.

Nach *Goldschmidt* sollte der Sinn eines Verwaltungsstrafrechts darin bestehen, dass jeder Einzelne als Glied der Allgemeinheit verpflichtet sei, die Staatsgewalt als Gesamtheit bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben zu unterstützen.[50] Verwaltungsstrafen sind dann ein schlichtes Instrument der effektiven Rechtsdurchsetzung.[51] Viele Funktionen, die früher Übertretungen waren, fallen heute unter das Ordnungswidrigkeitenrecht.[52] Letzteres ist materielles Strafrecht,[53] für das die meisten der strafrechtsspezifischen rechtsstaatlichen Garantien – abgesehen vom aus Art. 92 GG abgeleiteten Richtervorbehalt[54] – gelten. Bisweilen wurde das Ordnungswidrigkeitenrecht daher auch – systematisch konsequent – dem Nebenstrafrecht im weiteren Sinne zugeordnet.[55] Eine zeitgemäße Betrachtung des Verwaltungsstrafrechts würde daher gerade, wenn man der qualitativen Begriffsbildung *Goldschmidts* folgen wollte, das Verwaltungssanktionen- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht integrieren. Erst recht zeigt das europäische Recht der Verwaltungssanktionen,[56] dass eine Abgrenzung zwischen punitiven und administrativen Reaktionszielen schwer trennscharf vorzunehmen ist[57] und daher immer kontingenzbehaftet bleiben wird. Wissenschaftliche Systembildung mit epistemischer Ordnungsfunktion müsste daher ihre Gegenstände der Beschreibung eher weit fassen.

Eine wissenschaftliche Durchmessung des Ordnungswidrigkeitenrechts als Verwaltungsstrafrecht blieb gleichwohl bislang ein Randphänomen. Mit dem Wirtschaftsstrafgesetz 1949 (WiStrG)[58] gelangte der Begriff der Ordnungswidrigkeit ins geltende Strafrecht, wobei es § 6 Abs. 1 WiStrG damals noch in das Ermessen des Rechtsanwenders stellte, ein Fehlverhalten als Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu sanktionieren.[59] Diese Regelung diente vor allem dazu, die im Zuge der Kriegswirtschaft maßlos gewordene Sanktionsgewalt der Verwaltung einzudämmen.[60] Die Kriterien zur

chen die Systematisierung *Goldschmidts* zu eigen gemacht. Vgl. *Schmidt*, Fiskalat und Strafprozeß, 1921, S. 171.

[42] Vgl. berichtend *Jakobs* (Fn. 26), 3. Abschn. Rn. 3.

[43] *Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 115 f.

[44] *Wolf* (Fn. 6), S. 585.

[45] BVerfGE 9, 167 (171).

[46] *Mayer* (Fn. 21), S. 260: „Die Bedeutung jedes Strafrechtssatzes liegt darin, daß er durch die angedrohte und zur Verwirklichung bestimmte Strafe den Untertanen ein dem öffentlichen Interesse entsprechendes Verhalten einschärft", und zwar „ein polizeimäßiges Verhalten […] gemäß der Untertanenpflicht, die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht zu stören."

[47] Vgl. die Fußnoten bei *Mayer* (Fn. 21), S. 265 ff. Vgl. später auch *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 186.

[48] *Goldschmidt* kannte zwar die Vorauflage des Werks von *Mayer* von 1895, zitiert aber lediglich Aussagen genuin verwaltungsrechtlicher Provenienz. Vgl. *Goldschmidt*, GA 1902, 71 (73, 81, 84). In den weiteren Debatten scheint dann *Mayer* nicht mehr wahrgenommen worden zu sein.

[49] Zur artifiziellen Begründung, die keinen rechtstheoretisch relevanten Kategorien folgt, siehe *Jestaedt*, in: Bruns/Kern/Münch/Piekenbrock/Stadler/Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2013, S. 917 (933 ff.).

[50] *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 547 ff.

[51] Vgl. *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 144, 193, 565 ff.: „Selbsthülfe" der Verwaltung.

[52] Zur Traditionslinie *Mitsch* (Fn. 26), § 4 Rn. 2.

[53] Kompetenzrechtlich BVerfGE 27, 18 (32 f.); 29, 11 (16); 31, 141 (144); 33, 224 (229 f.). Impulsgebend *Tiedemann*, AöR 89 (1964), 56 ff.

[54] BVerfGE 22, 49 (80).

[55] *Tiedemann*, ZStW 91 (1979), 139 ff.

[56] Zu deren Vielfalt und Strukturen statt vieler *Böse*, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996; *Dannecker*, in: Leitner (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2004, 2005, S. 67 ff.

[57] Vgl. *Tiedemann*, NJW 1993, 23 (27).

[58] Wirtschaftsstrafgesetz v. 26.7.1949 (Gesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes S. 193).

[59] Hierzu *Mitsch* (Fn. 26), § 4 Rn. 3 f.

[60] BGHSt 11, 263 (265). Siehe auch Staatsgerichtshof Bremen, Urt. v. 27.2.1950 – St 1/49, Rn. 18: „Nimmt man noch hinzu, daß die Besatzungsmacht den Landesgesetzgeber gezwungen hat, das polizeiliche Strafverfügungsrecht im Sinne des § 413 StPO von den Polizeibehörden auf den Amtsrichter zu übertragen […], daß sie aber trotzdem das

Abgrenzung der Sanktionsformen blieben eher diffus. Der Bundesgerichtshof, der anfangs ersichtlich selbst mit der Abgrenzungsnotwendigkeit haderte,[61] ging davon aus, dass eine Handlung „erst dann einen kriminellen Unrechtsgehalt" habe, „wenn sie nicht bloß die reibungslose Verwirklichung von Verwaltungsaufgaben, sondern wesentliche Gemeinschafts- oder Individualwerte berührt".[62] Da alle Rechtsfolgen, die die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten sanktionieren, letztlich auf die eine oder die andere Weise dem reibungslosen Funktionieren der Verwaltung dienen, läuft das darauf hinaus, dass es je nach Schwere des Rechtsverstoßes unterschiedlich zu gewichtende Sanktionierungsinteressen gibt.[63] Es ging mithin bei der Herauslösung von Sanktionsinstrumenten aus der Kriminalstrafe weniger um eine qualitativ-kategoriale Trennung der Unrechtsmuster denn rechtsfolgenorientiert um „eine Scheidung der Erledigungsformen".[64] Für einen gesellschaftlichen Konflikt der Normverletzung werden schlicht unterschiedliche Reaktionsinstrumente bereitgestellt, also Rechtsfolgen, die für die angemessene Konflikterledigung passgenau erscheinen. Eine solche Alternativerledigung findet sich im Übrigen heute insbesondere auch in der Regelung des § 153a StPO, die eine Drosselung der staatlichen Reaktion erlaubt.

Funktionsschutz der Verwaltung wird heute vielfach auch vom Kriminalstrafrecht geleistet.[65] Pragmatisch von der Rechtsfolge her wird – überzeugend – argumentiert, dass die rechtsstaatlichen Garantien im Verfahren ausreichend sein müssen, die konkrete Sanktionsverhängung zu rechtfertigen.[66] Insoweit richtet sich dann der Blick eher auf die Verfahrensstruktur und auf Folgefragen wie den effektiven Rechtsschutz. Im deutschen Verfassungsrecht war die Abgrenzung zwischen Kriminalstrafe und Geldbuße zunächst eine der Verhängungszuständigkeit, also des Richtervorbehalts. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert aus dem Begriff der Strafe heraus.[67] Die strafrechtliche Verurteilung sei ein Grundrechtseingriff von so schwerem Gewicht, dass man sie nur auf der Grundlage eines gerichtlichen Urteils rechtfertigen könne.[68] Die konkrete Rechtsfolge der Kriminalstrafe fordert hiernach also ein adäquates Verfahren[69] und die institutionell-organisationsrechtliche Verfahrensherrschaft eines unabhängigen Gerichts (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG), ohne dass es in irgendeiner Weise darauf ankäme, aus welchem materiellen Strafbedürfnis heraus das Verhalten überhaupt kriminalisiert wurde. Auch die Einführung des Ordnungswidrigkeitenrechts und die Ablösung der alten Übertretungen des StGB wurde – kaum überraschend – reziprok vor allem institutionell-verfahrensrechtlich begründet, weil es der „wesensmäßige Unterschied" der Ordnungswidrigkeiten gegenüber den Straftaten erlaube, diese von Verwaltungsbehörden verfolgen zu lassen, die lediglich einer gerichtlichen Kontrolle bei Anfechtung unterliegen.[70]

Die zugleich sukzessive ablaufende Ausweitung des Nebenstrafrechts, die letztlich eine Begleiterscheinung der rasanten Ausdifferenzierung des besonderen Verwaltungsrechts seit den 1970er Jahren ist, wurde aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft von Anfang an eher misstrauisch beäugt.[71] Aber auch aus der Sicht des Verwaltungsrechts gab es frühzeitig Abwehrreflexe. Etwa befürchtete mit *Fritz Fleiner* der

Wirtschaftsgesetz mit seinen von der Verwaltungsbehörde ausgesprochenen Bußgeldbescheiden genehmigt hat, so ist dies ein Beweis mehr dafür, daß eine Verwaltungsstrafe etwas anderes ist als eine im Reichsstrafgesetzbuch angedrohte echte Strafe".

[61] Vgl. BGHSt 11, 263 (264 f.): Das geltende Recht habe zuvor keine kategoriale Unterscheidung zwischen Kriminal-, Polizei- und Verwaltungsunrecht getroffen, wohingegen im Schrifttum (es wird auf *James Goldschmidt* und *Erik Wolf* verwiesen) Unterscheidungskriterien herauspräpariert worden seien. Nachdem der Gesetzgeber dem Gericht eine Wahlmöglichkeit der Sanktionierung an die Hand gegeben habe, sei es plötzlich notwendig geworden, Abgrenzungskriterien zu bilden.

[62] BGH, Urt. v. 26.3.1954 – 5 StR 580/53 = NJW 1955, 351 (351).

[63] Verwaltungssanktionen werden hier vor allem als Instrument der Rechtsdurchsetzung gesehen. Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2012, 3 (3): „Instrument der Wirtschaftsaufsicht"; *Gärditz* (Fn. 4), § 16 Rn. 52. Ganz in diesem Sinne mit robustem Duktus EuGH, Urt. v. 18.6.2013 – C-681/11 [ECLI:EU:C:2013:404] (Schenker), Rn. 47 ff.

[64] *Jakobs* (Fn. 26), 3. Abschn. Rn. 5.

[65] *Gärditz* (Fn. 4), § 16 Rn. 40.

[66] *Dannecker*, ZStW 111 (1999), 256 (257).

[67] *Greco* (Fn. 19), S. 198.

[68] BVerfGE 22, 49 (80): „Nach dem Grundgesetz stellt sich jedoch die Verhängung einer Kriminalstrafe als ein so schwerwiegender Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers dar, daß sie unter allen Umständen nur durch den Richter vorgenommen werden darf."

[69] Vgl. *Greco* (Fn. 19), S. 203: Wer kriminalisiere, müsse rechtfertigen, „dass er Mitmenschen einsperren möchte". Wobei auch dies eine qualitative und eine quantitative Dimension hat. Freiheitsentziehungen unterliegen nach Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG einem allgemeinen Richtervorbehalt, der gleichermaßen bei nichtpunitiven Maßnahmen (z.B. nach PsychKGen, Maßregelrecht oder allgemeinem Polizeirecht zur konkreten Gefahrenabwehr) greift. Das Einsperren allein kann also auch andere Funktionen erfüllen, die anders zu bemessen und zu begrenzen wären. Die Schwere des Grundrechtseingriffs der Kriminalstrafe ist nur sinnvoll zu erklären, wenn man den öffentlichen Zweck mitberücksichtigt, dessentwegen Strafe verhängt wird. Das sieht auch das BVerfG so. Vgl. dazu bereits BVerfGE 22, 49 (80): „Dabei fällt nicht entscheidend ins Gewicht, daß die Geldstrafe in das Vermögensrecht des Betroffenen eingreift. Wesentlich ist das mit der Festsetzung einer Geldstrafe als Kriminalstrafe notwendig verbundene Unwerturteil, der Vorwurf einer Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Feststellung der Berechtigung dieses Vorwurfs. Dieses autoritative Unwerturteil wiegt so schwer, daß es nach der grundgesetzlichen Ordnung nur vom Richter ausgesprochen werden kann."

[70] BT-Drs. V/1269, S. 23 f.

[71] Stellvertretend *Blau*, ZStW 89 (1977), 511 (512 f.); *Weber*, ZStW 92 (1980), 313 (314 f.).

einflussreiche Systematiker des Schweizer Verwaltungsrechts, dass die Rezeption der Idee des Verwaltungsstrafrechts, die er *Goldschmidt* zuschreibt, Kriminalisierungsimpulse freisetzen könnte. Es gebe jedoch „kein besonderes, auf die Bedürfnisse der Verwaltung zugeschnittenes Verwaltungsstrafrecht. Zwang und Strafe gehen ihre eigenen Wege, und es ist vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus verfehlt, die Verletzung sekundärer Verwaltungsinteressen zu Delikten zu stempeln und zur Strafe zu greifen dort, wo der einfache Zwang ausreicht."[72] Mit der Rekonstruktion qualitativer Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Kriminalunrecht hatte *Goldschmidt* zwar keine belastbare Deutungsmatrix für das positive Recht geliefert, aber doch wohl das verbreitete – bis heute bisweilen rumorende – Bauchgefühl der Rechtswissenschaft getroffen.

Die Zuordnung zu den bloßen Übertretungen wurde – so *Erik Wolf* unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsdebatten von 1871 – als eine Frage der „Volksüberzeugung" betrachtet, in der quantitative und qualitative Erwägungen zum gestuften Unrechtsgehalt konvergierten.[73] Das markiert letztlich historische Kontingenz und Beweglichkeit. Ob Verwaltungsunrecht kriminalisiert wird, ist letztlich eine Frage des soziokulturellen Prozesses, eine Rechtsordnung nach praktischen gesellschaftlichen Bedürfnissen beständig fortzuentwickeln.[74] Wenn dem Verwaltungsstrafrecht eine besondere Elastizität und „Zeitverhaftung" attestiert wurde,[75] ist das kein Proprium administrativer Indienstnahme, sondern letztlich eine Eigenschaft, die mit dem stets gesellschaftsakzessorischen Strafrecht[76] insgesamt einhergeht. Gesetzte Rechtsnormen folgen gewiss unterschiedlichen Fließgeschwindigkeiten in der Zeit und haben unterschiedliche gesellschaftskonstitutive Relevanz. Aber schon die meistens mitgedachte Prämisse eines rechtsstaatlichen Strafrechts verweist auf qualitative Merkmale einer Rechtsordnung, die wir zwar voraussetzen müssen, um in unserem gegenwärtigen konstitutionellen Bezugssystem sinnvolle Fragen stellen zu können, die aber alles andere als selbstverständlich sind.[77]

Das geltende Recht entzieht sich weitgehend einer kohärenten Abgrenzung von Kriminalstrafe und Bußgeld nach gehaltvollen qualitativen Kriterien.[78] Idealisierungen eines vermeintlich zeitlosen Strafrechts sind gerade hier – so wurde zutreffend betont – wenig plausibel.[79] Letztlich geht es um Fragen der gesetzgeberischen Gestaltung,[80] wovon frühzeitig – jedenfalls für die fließende Grenzziehung – auch das Bundesverfassungsgericht ausging.[81] Die hinter der Gestaltung liegenden Strukturen und Bewegungsgesetze in der Zeit offenzulegen, ist dann eine sinnvolle Aufgabe systematisierender Rechtswissenschaft.

2. Verwaltungsunrecht und demokratische Verwaltungsbürokratie

Ein moderner demokratischer Rechtsstaat muss nicht nur angemessene Sicherheit für individuelle Rechte und Güter,[82] sondern auch Funktionsschutz für seine Institutionen und seine Verfahren gewährleisten, die Verlässlichkeit und maßstabsgeleitete Orientierung vor allem durch administrative Bürokratisierung bieten. Vertrauen in das demokratische System und seine rechtsstaatliche Sicherung hängt vor allem von funktionierenden Institutionen (nicht zuletzt der Verwaltung und der rechtsprechenden Gewalt) ab. Bürokratie wird politisch gerne gescholten, weil es populär ist, man diffuse Unzufriedenheiten bündeln kann und nicht zu konkret werden

[72] *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1939, S. 206.
[73] *Wolf* (Fn. 6), S. 517.
[74] Vgl. *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 6 f.
[75] *Wolf* (Fn. 6), S. 824. Zuletzt ähnlich wieder *Schmoeckel*, StuW 2014, 67 (74).
[76] Vgl. nur *Jakobs* (Fn. 26), 1. Abschn. Rn. 20; *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (844 ff.).
[77] Auch autoritäre Diktaturen benutzen die Form der Strafe. Vgl. *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 13 f.
[78] Etwa (und mit Nachweisen zur Gegenansicht) *Jakobs* (Fn. 26), 3. Abschn. Rn. 8, 10; *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 166 ff.; *Mattes*, ZStW 82 (1970), 25 (27 f.). In der Sache bereits ebenso die frühere Kritik bei *v. Hippel*, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 88 f.; ferner *Peters*, in: Graf Hue de Grais/Peters/Hoche (Hrsg.), Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 25. Aufl. 1930, S. 429 Fn. 3, der eine Verschiedenartigkeit der Deliktsarten nach dem Modell *Goldschmidts* nicht anzuerkennen vermag, aber schlicht ein praktisches Bedürfnis nach einfacheren Sanktionsverfahren für leichte Delikte sieht.
[79] *Greco* (Fn. 19), S. 181. Siehe auch *Grube*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 38 Rn. 91: Die Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten sei auch dann noch sinnvoll, wenn man (wie heute allgemein akzeptiert) „allgemeingültige und überzeugende Abgrenzungskriterien nicht findet."
[80] *Achenbach*, GA 2008, 1 ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 475.
[81] BVerfGE 27, 18 (30).
[82] Hier kann nicht die Debatte über den Stellenwert der Rechtsgutstheorie vertieft werden. Verfassungsrechtlich ist sie unerheblich. Vgl. überzeugend BVerfGE 120, 224 (241 f.). Strafrechtstheoretisch wie rechtsdogmatisch ist das Notwendige längst gesagt, worauf hier verwiesen werden kann. Stellvertretend mit weiterführenden Nachweisen *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 387 ff.; *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 ff.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 14 ff.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 ff.; *ders.*, ZStW 129 (2017), 349 ff.; *ders.*, ZStW 135 (2023), 904 ff. Rechtspolitische Rationalisierungsdebatten sind damit keineswegs erledigt, wenn legitime politische Anliegen als solche transparent gemacht und sorgfältig präzisiert werden. Hierzu konzise *Brunhöber*, ZStW 135 (2023), 872 ff. Bezeichnenderweise haben einzelne Vertreter einer material-qualitativen Unterscheidung frühzeitig die strafrechtliche Rechtsgutstheorie bemüht, um eine Abgrenzung von bloßen administrativen Wohlfahrtszwecken zu ermöglichen. Vgl. *Wolf* (Fn. 6), S. 523 ff. Dass historisch auch das „Polizeistrafrecht" vergleichbare Debatten kannte, zeigt *Altenhain*, Das Anschlussdelikt, 2002, S. 56 f.

muss. Tatsächlich ist Bürokratie aber eine Funktionsbedingung eines funktionierenden demokratischen Rechtsstaats, der politischen Mehrheitswillen in Gesetze umgießt, deren Anspruch auf Sozialgestaltung aber letztlich an einem professionellen und routinierten Vollzug durch Verwaltungsstäbe hängt. Demokratien sind unvermeidbar bürokratisch.[83] Gerade in einer Krise, in der stabilisierende Routine gefragt ist, nicht hektischer Aktionismus, ist das eine Stärke.[84] Administrative Leistungsfähigkeit, gesetzliche Aufgaben zu erfüllen, und bürokratische Routine dürften durchweg auch den demokratisch artikulierten Erwartungen der Menschen entsprechen, deren Unzufriedenheit sich eigentlich nicht gegen Bürokratie als solche, sondern lediglich gegen deren schlechtes Funktionieren richtet. Administrative Problembewältigung durch Verfahren ist zugleich ein Produkt gesellschaftlicher Pluralisierung, deren Rückgang geteilter moralischer Orientierungsgewissheit Bedürfnisse nach rechtlicher Normierung und adaptionsfähiger Regulierung auslöst.[85] Wenn eine Gesellschaft zunehmend heterogene Werte und Lebensentwürfe aufnimmt und deren gesellschaftliche Entfaltung gleichberechtigt sowie grundrechtlich armiert ermöglicht, wird letztlich das allgemeine Gesetz zum einheitsstiftenden Mittelpunkt sozialer Ordnung.[86] Gesetzlichkeit fordert dann aber weniger Orientierungssicherheit aus abstrakt-generellen Normen heraus, sondern Institutionen, die professionell in rechtlichen Verfahren nach rechtlichen Maßstäben Entscheidbarkeit herstellen, Recht also als soziale Tatsache in der Anwendung erfahrbar machen. Ein demokratischer Rechtsstaat bewährt sich im Rechtsalltag vor allem durch justizielle sowie administrative Leistungsfähigkeit und funktionierende Vollzugsstrukturen. Staatliche Strafrechtspflege ist hierbei ein wichtiger Baustein des staatlichen Reaktionsinstrumentariums auf Rechtsverletzungen, aber gewiss nicht der normative Systemmittelpunkt, der die Identität der Gesellschaft definiert.[87] Das Strafrecht ist seinerseits in unterschiedlicher Weise verzahnt mit anderen – mitunter gesellschaftspolitisch weitaus wichtigeren – gesetzlichen Staatsaufgaben.

a) Schutz institutioneller Funktionsbedingungen durch Strafrecht

Ein Verwaltungsstrafrecht schützt die institutionell-verfahrensrechtlichen Mechanismen demokratisch-rechtsstaatlicher Problembewältigung durch Verwaltung.[88] Für einen demokratischen Rechtsstaat, dessen Legitimationsarchitektur vor allem auf Institutionen und Verfahren gründet, die eine permanente Konkretisierung ermöglichen, was ein auf gleicher Freiheit aller in praktischen Lebenssituationen beruhendes Gemeinwohl bedeuten soll,[89] und praktische Orientierung sowie Entscheidbarkeit sichern, sind das essentiell wichtige Anliegen. Ein modernes Strafrecht, das ganz allgemein auch institutionelle Pflichten abbildet, die über den Schutz individueller Rechtsgüter hinausgehen,[90] kann hierzu einen wesentlichen Beitrag leisten. Verfassungsrechtlich ist die Rechtfertigung des Verwaltungsstrafrechts daher im Allgemeinen trivial, verfassungstheoretisch wäre sie durch den Wert derjenigen Funktionen organisierter Staatlichkeit zu legitimieren, auf deren Integrität die Gesellschaft angewiesen ist und die durch die Sanktionierung stabilisiert werden sollen. Welche Gravitas die funktionelle Integrität von Verwaltung hat, lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern hängt von den Kontexten ab, derentwegen man einen Lebensbereich überhaupt administrativen Kontroll- oder Zulassungsverfahren unterstellt hat. Das hoheitliche Verwalten als solches ist in einem demokratischen Rechtsstaat weder Selbstzweck noch Emanation apokryphen Etatismus,[91] sondern gesellschaftliche Aufgabe, die konkrete und – analog zu den Funktionsbereichen einer modernen Gesellschaft – breit aufgefächerte Ziele verfolgt. Eine unausgesprochene Absonderung des Verwaltungsstrafrechts als Nebenstrafrecht vom eigentlichen Kernstrafrecht transportiert insoweit mehr als ein Quäntchen frühliberalistischer Romantik einer Bürgergesellschaft, die vom Staat vor allem ihre individuellen Güter geschützt wissen, im Übrigen aber in Ruhe gelassen werden wollte. Einem zeitgemäßen Verständnis eines demokratischen Rechtsstaats, der immer auch Verwaltungsstaat, Leistungsstaat und sozialer Kohärenzsicherungsstaat ist, wird das offenkundig schon sehr lange nicht mehr gerecht.[92]

b) Einheit der Rechtsbindung, Konvergenz des Ermächtigungsrahmens

Eine Abstraktion bloßen Verwaltungsunrechts erscheint auf dieser Grundlage jedenfalls aus staatsrechtlicher Sicht nicht

[83] *Kersten/Neu/Vogel*, Politik des Zusammenhalts: Über Demokratie und Bürokratie, 2020, S. 135 ff.; *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 68 f.

[84] *Kersten/Neu/Vogel*, VerwArch 107 (2016), 418 ff.

[85] *Kersten*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 3 ff., am Beispiel der Medizinethik.

[86] *Volkmann*, Der Staat 39 (2000), 325 (352).

[87] *Gärditz* (Fn. 77), S. 46 ff.

[88] *Ehlers/Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 3 Rn. 68; *Gärditz* (Fn. 4), § 16 Rn. 40 ff.; *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht und Verwaltungshandeln, 2000.

[89] Zum prozeduralen Gemeinwohlverständnis etwa *Dreier*, AöR 113 (1988), 450 (457, 460, 466 f.); *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), 23 (25 ff.); *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 60, 208 ff., 499 ff., 709 f., 771; *Schuppert*, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 67 (74 f.).

[90] Eingehend *Jakobs* (Fn. 26), 2. Abschn. Rn. 16 ff. Vgl. im konkreten Kontext des Ordnungswidrigkeitenrechts als materiellen Verwaltungsstrafrechts *Mattes*, ZStW 82 (1970), 25 (27): „Gegenstand und Aufgabe der Rechtsordnung ist nicht die Abgrenzung und Sicherung von Individualsphären, sondern die Ordnung des Mitseins."

[91] Vgl. allgemein BVerfGE 123, 267 (346).

[92] Vgl. aber auch *Ohana*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, 2014, S. 1064 (1069 ff.), der die Idee eines Verwaltungsstrafrechts bei Goldschmidt im Kontext anwachsender autoritärer Wohlfahrtsstaatlichkeit positioniert.

sinnvoll. Auch historische Vorbehalte gegenüber einer weitgehend frei agierenden Verwaltung, die sich der streng formalisierten Matrix justizieller Strafrechtspflege entziehe, haben sich angesichts der umfassenden Rechtsbindung der Exekutive (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) erledigt.[93] Die rechtliche Programmierung der Verwaltung divergiert unter dem in den 1970er Jahren ansetzenden Siegeszug des Vorbehalts des Gesetzes für grundrechtswesentliches Handeln[94] nicht mehr grundlegend von der Strafrechtspflege. Eine rechtsstaatlich disziplinierte Verwaltung unterscheidet sich von einer weisungsabhängigen Staatsanwaltschaft eher habituell und verwaltungskulturell[95], nicht hingegen aber institutionell.[96] Das Bundesverfassungsgericht hat zudem die formalen und materiellen Anforderungen an repressive und präventive Eingriffsermächtigungen nach Maßgabe der Eingriffsintensität durchweg harmonisiert,[97] also die Bedeutung funktionaler Unterschiede der Maßnahmenziele für die Eingriffsrechtfertigung deutlich reduziert. Das erleichtert es zugleich, die hinter dem geltenden Recht stehenden Interessen zu gewichten und den konkreten Eigenwert des Verwaltungshandelns herauszupräparieren.

c) Steuer- und Medizinnebenstrafrecht als Referenzgebiete

Brauchbar verdeutlichen lässt sich dies am Steuerstrafrecht. Das Finanzstrafrecht war historisch die Mutter des akzessorischen Verwaltungsstrafrechts. Für *Goldschmidt* war es modellbildend und das primäre Referenzgebiet.[98] Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) schützt bis heute flankierend das Besteuerungsverfahren. Geschütztes Rechtsgut soll nach allgemeiner Auffassung das öffentliche Interesse am rechtzeitigen und vollständigen Aufkommen der jeweiligen Steuer sein.[99] Die Verwaltung wird vor falschen Angaben geschützt, die die richtige Bestimmung der verwaltungsrechtlich entscheidungserheblichen Tatsachen beeinträchtigen würden. Vergleichbarer Täuschungsschutz zur Sicherung der verlässlichen Sachverhaltsaufklärung im Verwaltungsverfahren (vgl. § 24 VwVfG, § 24 AsylG) findet sich verschiedentlich auch im nicht unmittelbar vermögensrelevanten verwaltungsrechtsakzessorischen Strafrecht (z.B. § 85 Abs. 2 AsylG; § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG; § 96 Nr. 6 AMG). In einer Leitentscheidung hat das Reichsgericht vor genau 100 Jahren klargestellt, dass nicht die „Steuerhoheit" im Allgemeinen, sondern das konkrete Aufkommen aus der einzelnen Steuer gegen eine Verkürzung geschützt werde.[100] Die Einhaltung der steuerrechtlichen Pflichten ist hierbei kein Selbstzweck.[101] Geschützt ist vielmehr das staatliche Vermögen,[102] „verstanden als ein Gestaltungspotenzial, das sich der Staat über sein Besteuerungssystem verschafft und das es ihm erst ermöglicht, seine gesellschaftssteuernden Funktionen zu erfüllen."[103] Auch die Rechtsbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) wird – ganz allgemein – nicht als solche verletzt, sondern setzt die Verletzung einer primären Verhaltensnorm voraus.[104] Hinter den einzelnen Steuertatbeständen, die diese Verhaltensnormen konstituieren, stehen aber grundlegende gesellschaftliche Wertungen, die in materielles Recht umgegossen wurden. Gründe und Maß der Besteuerung berühren zentrale Grundverständnisse einer freiheitlichen Ordnung,[105] insbesondere die individuelle Leistungsfähigkeit, die Leistungsgerechtigkeit, die Gleichheit, die bürgerschaftliche Verantwortung für die Allgemeinheit, die Generationen- und Familiengerechtigkeit und die demokratisch zu verhandelnde Bereitschaft, für geregelte Staatsaufgaben und Verwaltungszwecke Einnahmen zu generieren, ohne die ein demokratischer Rechtsstaat leere Hülse mit dem Wert des Marktpreises für Altpapier der Gesetz- und Verordnungsblätter bliebe.

Ein anderes Gebiet, in dem funktionierende Verwaltungsverfahren essentielle Stabilisierungsleistungen für den Schutz elementarer Rechtsgüter erbringen, ist das Medizinneben-

[93] *Greco* (Fn. 19), S. 186, 200.

[94] BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (79); 49, 89 (126 f.); 80, 124 (132); 83, 130 (142, 151 f.); 84, 212 (226); 88, 103 (116); 95, 267 (307 f.); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 108, 282 (311); 116, 24 (58); 128, 282 (317); 134, 141 (184); 141, 143 (170 f.); 147, 253 (309 ff.).

[95] Zum Begriff der Verwaltungskultur *Fisch*, in: Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 149 ff.; *Hill*, DVBl 2021, 1457 ff.; *Marsch*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. V, 2023, § 125 Rn. 32, 40; *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 2007, 40 ff.; *Sommermann*, DÖV 2015, 449 ff.; *Thieme*, Die Verwaltung 20 (1987), 277 ff.

[96] Zur Lokalisierung als Behörde innerhalb der Exekutive etwa BVerwG, Urt. v. 28.2.2019 – 7 C 23/17 = NVwZ 2029, 978 (979); *Gärditz*, GSZ 2019, 133 (135 f.); *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, StPO § 146 Rn. 10; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2015, Art. 92 Rn. 55; *Trentmann*, ZIS 2016, 130 (135 f.); *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 353 f.; *Rautenberg*, GA 2006, 356 (358).

[97] BVerfGE 154, 152 (269 f.); 162, 1 (109, 115 ff.); 163, 43 (89 f.).

[98] *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 418 ff.

[99] BGHSt 36, 100 (102); 40, 109 (111); 43, 381 (404 f.); BGH, Beschl. v. 24.4.1996 – 5 StR 142/96 = NStZ-RR 1996, 316; *Ransiek*, in: Kohlmann (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 78. Lfg., Stand: Mai 2022, AO § 370 Rn. 53 ff.; *Schott*, in: Hüls/Reichling (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2024, AO § 370 Rn. 6.

[100] RGSt 59, 258 (262).

[101] In diese Richtung aber *Isensee*, NJW 1985, 1007 (1008). Mit Recht kritisch *Schmitz/Wulf*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, AO § 370 Rn. 2.

[102] *Schmitz/Wulf* (Fn. 101), AO § 370 Rn. 6.

[103] *Stark-Lütke Schwienhorst/Hoyer*, in: Gosch/Hoyer (Hrsg.), Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 166. Lfg., Stand: Februar 2022, AO § 370 Rn. 4.

[104] *Sauer*, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021, S. 254.

[105] Vgl. nur *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 1 ff.

strafrecht.[106] Die Verwaltungsverfahren, die die Sicherheit von Arzneimitteln oder die ethische Vertretbarkeit von medizinischen Eingriffen sichern sollen, sind für die Integrität von Rechten sowie die Verlässlichkeit des routinierten Verkehrs mit Stoffen und der medizinischen Handlungspraktiken von keinem geringeren Gewicht als holzschnittartige Verletzungsdelikte. Ob Arzneimittel vor der Produktzulassung hinreichend geprüft sind, um die Wirksamkeit zu gewährleisten und unvertretbare unerwünschte Arzneimittelwirkungen zu minimieren, hat gewiss für die Gesellschaft keine geringere Bedeutung als die Eindämmung des Fahrraddiebstahls oder der Sachbeschädigung. Die heterogenen verwaltungsakzessorischen Straftatbestände der §§ 95 f. AMG daher – jenseits einer formalen Standortbeschreibung als neben dem StGB stehend – als bloßes Nebenstrafrecht zu deklassieren, erscheint wenig sinnvoll. Eine rein straf- und deliktsrechtliche Absicherung vertretbarer Pharmakotherapien würde die Menschen mit extremer Unsicherheit belasten, die ihrerseits praktische Handlungsfreiheit erdrücken kann. Vorgelagerte Verwaltungsverfahren entlasten die Menschen, indem sie Risiken, die für die Einzelnen nicht überschaubar sind, auf ein sozialverträgliches Maß eindämmen. Die Integrität dieser Verwaltungsverfahren hat also für eine freiheitliche Gesellschaft und ihr Recht einen sehr hohen praktischen Wert. Warum sollte man diesen nicht mit dem Instrument der Kriminalstrafe schützen?

III. Regelungstechnik

Hinter den verschiedenen verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen stehen nach alledem durchweg gewichtige öffentliche Interessen, die eine Kriminalisierung plausibel begründen können.[107] Verwaltungsstrafrecht ist dann vor allem eine Frage der Regelungstechnik.[108] Gut untersucht und breit diskutiert sind die divergenten Regelungstechniken der verwaltungsrechtsakzessorischen und der verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbestände.[109] Dies bedarf hier keiner Vertiefung. Auffällig ist, dass sich grundsätzlichere strafrechtswissenschaftliche Erkenntnisinteressen meistens auf die in das Strafgesetzbuch inkorporierten Umweltstraftaten (§§ 324 ff. StGB) richten. Dem sogenannten Nebenstrafrecht, das – wie dargelegt – eine kunterbunte Fülle an Straftatbeständen in den Schlussteilen verwaltungsrechtlicher Fachgesetze erfasst, wird hingegen kaum Beachtung geschenkt. Tatsächlich wäre es das Hauptanwendungsfeld für Fragen der Verwaltungsakzessorietät.[110] Die Strafrechtswissenschaft erläutert es gelegentlich in Kommentaren,[111] also einem primär an die Rechtsanwendungspraxis gerichteten epistemischen Transmissionsriemen für die Deutung des geltenden Rechts.[112] Bisweilen wird die Kommentierung der strafrechtlichen Annexbestimmungen ohnehin gleich in der Verwaltungsrechtswissenschaft zur lieblosen Miterledigung überlassen. Selbst die in der Strafverfolgungspraxis zentrale Materie des Betäubungsmittelrechts kommt – von einer sehr positiven Ausnahme abgesehen[113] – nicht in die Gunst wissenschaftlicher Grundlagenforschung.

Eine dringend notwendige Erfassung, Konsolidierung und wissenschaftliche Systematisierung der unzähligen Strafvorschriften des verwaltungsakzessorischen Nebenstrafrechts ist immer noch Desiderat. Mit originär wissenschaftlich-epistemischen Gründen ist das nicht zu rechtfertigen. Das allgemeine Desinteresse am Nebenstrafrecht ließe sich wohl nur wissenschaftssoziologisch erklären. Der eigentlich erfrischende Fokus auf die theoretischen und philosophischen Probleme sowie auf die systembildende Kraft des Allgemeinen Teils hat Schattenseiten. Andere Goldminen wissenschaftlicher Grundlagenforschung geraten aus dem Blick, weil ihnen offenbar der Nimbus einer Gelehrsamkeit fehlt, die bereits genügend vorgrundgesetzlichen und überhaupt vorpositiven Staub eingeatmet hat. Das ist schade und verschenkt unnötig Forschungspotentiale, die nicht nur die Strafrechtswissenschaft selbst bereichern, sondern auch Brücken in die Verwaltungsrechtswissenschaft bauen könnten.

Das gesamte Korpus eines Verwaltungsstrafrechts, dessen Struktur und Bedeutung nicht vom Regelungsstandort abhängt, dient dazu, das repressive Strafrecht in den Dienst

[106] *Gärditz*, in: Duttge (Hrsg.), Das Medizinstrafrecht: bloßer Anwendungsfall oder Innovationsmotor der allgemeinen Strafrechtslehren?, 2024, S. 7 ff.

[107] *Greco* (Fn. 19), S. 203 ff.

[108] *Gärditz* (Fn. 4), § 16 Rn. 41 ff.

[109] Siehe aus beiden Wissenschaftssäulen beispielsweise *Bock*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 48 Rn. 14 ff.; *Breuer*, DÖV 1987, 169 ff.; *Breuer*, AöR 115 (1990), 448 ff.; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2017, Rn. 1579 ff.; *Heine*, NJW 1990, 2425 ff.; *Heinrich*, ZAR 2005, 309 ff.; *Kemme*, Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, 2007; *Kubiciel*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, Vor §§ 324 ff. Rn. 27 ff.; *Kühl*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 815 ff.; *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), 697 ff.; *Ossenbühl*, DVBl. 1990, 963 (970 ff.); *Paeffgen*, in: Küper (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 587 ff.; *Perschke*, wistra 1996, 161 ff.; *Rengier*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 32 Rn. 33 ff.; *Rogall*, GA 1995, 299 ff.; *Rühl*, JuS 1999, 521 ff.; *Schröder*, VVDStRL 50 (1991), 196 (201 ff.); *Wegener*, NStZ 1998, 608 ff.

[110] *Münkler*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. VI, 2024, § 173 Rn. 23.

[111] Vor allem Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 7–9, 4. Aufl. 2022. Auf das Nebenstrafrecht fokussiert ist *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 254. Lfg., Stand: 2025. Bezeichnenderweise sind sämtliche Autorinnen und Autoren (aktive wie pensionierte) Praktikerinnen und Praktiker.

[112] Allgemein zur Dogmatik *Jestaedt*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 117 ff.

[113] *Oğlakcıoğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013.

administrativer Zwecke zu stellen.[114] Die Techniken hierzu divergieren, die Regelungsstandorte (Strafgesetzbuch, allgemeines Verwaltungsrecht [Modell der §§ 369 ff. AO] oder Fachgesetz) sind unterschiedlich. Materielles Kriminalstrafrecht in Fachgesetzen, das Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Pflichten kriminalisiert, folgt schlicht dem regulativen Sachzusammenhang.[115] Es gibt daher auch keine Hierarchisierung des Regelungsstandorts, der – wie z.B. die Geschichte der Gewässerverschmutzung (§ 324 StGB) zeigt[116] – ein gesetzgeberischer Verschiebebahnhof ist. Formal betrachtet geht es jeweils um förmliche Parlamentsgesetzgebung. Ob man eine Regelung im Strafgesetzbuch oder im Fachrecht positioniert, ist eine schlichte Frage regulatorischer Klugheit. Die Transplantation von Verwaltungsstrafrecht ins Strafgesetzbuch dient in der Regel einer Sichtbarmachung,[117] die legistisch fragwürdig ist, weil sie letztlich Symbolik über Regelungsfunktion stellt.

Auch das Gewicht der Straftaten kann sehr unterschiedlich sein. Meistens geht es bei akzessorischen Straftatbeständen im Fachrecht um eher niederschwellige Strafandrohungen, die insoweit dem Charakter als materielles Verwaltungsunrecht auf der Rechtsfolgenseite Rechnung tragen. Das ist keine Abwertung, zumal auch im „Kernstrafrecht" des StGB praktisch vor allem die Mindeststrafandrohung und nicht der – nur sehr selten ausgeschöpfte – Strafrahmen nach oben relevant ist. Es gibt aber auch im Nebenstrafrecht verwaltungsakzessorische Verbrechenstatbestände wie etwa §§ 19 ff. KrWaffKrG, § 17 CWÜAG, §§ 96 f. AufenthG oder §§ 29a ff. BtMG. Gerade weil hier die Strafandrohungen sehr hoch sind (§ 30a BtMG hat einen Strafrahmen wie Totschlag), ist es vielleicht besonders sinnvoll, die Begriffsbildung im deutlich präziseren System des administrativen Fachrechts zu belassen, das auch die vorgreiflichen Verwaltungsverfahren enthält sowie die von den Eigenheiten des Rechtsgebietes durchtränkten Regelungsstrukturen präformiert. Das Finanzstrafrecht als Mutter des Verwaltungsstrafrechts[118] ist hier mit dem Straftatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 AO) typusprägend. Der Unrechtsgehalt wird im Kern durch die verwaltungsrechtliche Ge- oder Verbotsnorm definiert, auf die dann – nicht generell unzulässige[119] – Blankett-Straftatbestände verweisen.

Ist ein Tatbestand verwaltungsaktsakzessorisch, bleibt ein Verhalten grundsätzlich auch dann (als tatbestandslos oder gerechtfertigt) straffrei, wenn der Verwaltungsakt zwar rechtswidrig, aber gemessen an §§ 43, 44 VwVfG wirksam ist.[120] Abweichendes gilt bekanntlich für die systemwidrige[121] Ausnahme des § 330d Nr. 5 StGB, die bezeichnenderweise nur für das Umweltstrafrecht, nicht aber allgemein gilt[122], sowie für vergleichbare – jeweils nicht analogiefähige[123] – punktuelle Ausnahmeregelungen (z.B. § 18 Abs. 9 AWG; § 16 Abs. 4 CWÜAG).[124] Die Bindung an Verwaltungsakte schützt gerade auch den Kompetenzraum der Verwaltung,[125] damit aber die Regelungsstrukturen des Fachverwaltungsrechts, dessen reibungsloses Funktionieren auch dann gefährdet wäre, wenn Verwaltungsverfahren mit dem Risiko ständiger Interventionen fachfremder Strafverfolgungsbehörden belastet wären. Zugleich sichert die Akzessorietät zu im Verwaltungsrechtsschutz angreifbaren Verwaltungshandlungen das Primat einer kompetenten Fachgerichtsbarkeit.[126] Letztlich verfolgt also die materielle Ausgestaltung des Verwaltungsstrafrechts organisations- und verfahrensrechtliche Leitideen der funktionalen Arbeitsteilung. Strafverfolgung durch Justizbehörden und administrative Rechtsdurchsetzung sind unterschiedliche Modi der Normstabilisation in Bezug auf verwaltungsrechtliche Pflichten. Die genaue Beschreibung und Bewertung, wie diese Mechaniken arbeitsteiliger Konfliktbereinigung funktionieren, welche Reibungen sie erzeugen und welche Interaktionen sie ermöglichen, ist keine triviale und auch keine abgeschlossene wissenschaftliche Aufgabe.

IV. Integrierte Forschungsperspektiven

Welche integrierten Forschungsperspektiven ergeben sich nun hieraus, die Straf- und Staatsrechtslehre vielleicht als gemeinsames Hausgut ansehen könnten, auch um stärker miteinander ins Gespräch zu kommen und voneinander zu lernen? In den frühen Debatten um das Verwaltungsstrafrecht

[114] *Tiedemann* (Fn. 18), S. 47 f.
[115] *Sieber/Engelhart*, RW 2012, 364 (383).
[116] Siehe *Tiedemann*, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, 1980, S. 14 ff.
[117] *Sieber/Engelhart*, RW 2012, 364 (382 f.).
[118] *Goldschmidt* (Fn. 38), S. 418 ff.
[119] Zu den Grenzen der Verweisungstechnik BVerfGE 143, 38 ff.; 153, 310 ff.; BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = wistra 2010, 396 (402 ff.); *Bülte*, JuS 2015, 769 ff.; *Hoven*, NStZ 2016, 377 ff.; *Rossi*, ZIP 2016, 2437 ff.
[120] Siehe nur BGHSt 50, 105 (113); 65, 257 (267); 66, 83 (87); BGH, Urt. v. 11.2.2000 – 3 StR 308/99 = NJW 2000, 1732 (1734); BGH, Urt. v. 6.9.2022 – 1 StR 389/21 = wistra 2022, 518 (520); BGH, Beschl. v. 22.3.2023 − 1 StR 440/22 = NStZ 2024, 98 (99); *Bock* (Fn. 109), § 48 Rn. 15; *Fischer/Lutz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, Vor § 24 Rn. 7 f.; *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (892); *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 (197).
[121] Kritisch *Breuer*, JZ 1994, 1077 ff.
[122] BGHSt 66, 83 (89); *Paetzold*, NStZ 1996, 170. Vorausgesetzt bei BGH, Beschl. v. 22.3.2023 − 1 StR 440/22 = NStZ 2024, 98 (99), der die Anwendbarkeit bei Verwaltungsakten nach AO nicht einmal diskutiert.
[123] BGHSt 66, 83 (89); *Heinrich*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, KrWaffG § 22a Rn. 34; *Weber*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 795 (800); *Wimmer*, JZ 1993, 67 (70).
[124] Zum Meinungsstand im Übrigen hier nur *Rönnau*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 282 ff.
[125] *Schröder*, VVDStRL 50 (1991), 196 (207).
[126] *Jarass*, VVDStRL 50 (1991), 238 (257).

wurde bewusst Anschluss an Staatstheorie und Staatsrechtslehre gesucht.[127] Dies ließe sich revitalisieren, zumal wenn man die jüngere Formierung einer verfassungstheoretischen Landschaft[128] sowie die Theoretisierungsbewegungen der Verwaltungsrechtswissenschaft[129] nutzt, um das Strafrecht als Baustein einer integrierten Herrschaftsarchitektur[130] stärker in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.[131] Das Strafrecht könnte wiederum das Verwaltungsstrafrecht als Brücke hinein in verwaltungsrechtliche Debatten nutzen. Bereits eine adäquate Strafbegründung – also die theoretische Basis jedes punitiven Reaktionsmodells – lässt sich nicht zeitlos und unabhängig vom konkreten rechtlichen Bezugssystem formulieren, sondern bleibt stets auf eine konkrete Rechtsordnung und ihre Ordnungsfunktionen[132] bezogen, aus der heraus sich erst der jeweilige Sinn von Strafe deuten lässt.[133] Für die Strafrechtswissenschaft in einem demokratischen Rechtsstaat, dessen Rückgrat professionelle Verwaltungsbürokratien sind, sollte das hinreichend breit aufgefächerte Verwaltungsstrafrecht genügend Material bieten, Legitimierungsgründe für Strafe mit den institutionellen Bedingungen administrativer Herrschaftsausübung (Organisation und Verfahren) zu verkoppeln. Gemeinwohl verwirklicht sich zudem sowohl im Straf- wie im Verwaltungsrecht fallbezogen. Dass die praktische Zunahme des Verwaltungsnebenstrafrechts bislang keinen spürbaren Einfluss auf die strafrechtliche Theoriebildung hatte,[134] erscheint daher – je nach Perspektive – entweder als negativer Markenkern oder – was aus meiner Sicht näher läge – als Desiderat.

Ein öffentliches Reaktionsrecht ist vor allem eine Gestaltungsaufgabe.[135] Aus verwaltungsrechtlicher Sicht sind Sanktionen Instrumente, die praktische Wirksamkeit des Verwaltungshandelns herzustellen.[136] Es bedarf hierzu eines differenzierten Sanktionsinstrumentariums.[137] Schon die gesellschaftliche Relevanz punitiver Reaktionsinstrumente spricht dafür, den Blick zu weiten. Auch das Strafrecht sollte hierzu in die Gesamtbetrachtung integriert werden.[138] Das Ordnungswidrigkeitenrecht als materielles Strafrecht wäre in eine Systembildung einzubeziehen, weil hier (jedenfalls in einem weiteren Sinne) materiell strafrechtliche Reaktionsmuster und strafprozessuale Verfahrensstrukturen mit administrativer Rechtsdurchsetzung verzahnt werden. Die weitgehende Vernachlässigung des – konzediert: intellektuell spröden – Ordnungswidrigkeitenrechts durch Verwaltungs- und Strafrechtswissenschaft wird der großen praktischen Bedeutung nicht gerecht, die meistens eben auch Theoriebedarf indiziert. Wenn man staatliches Reaktionsrecht wissenschaftlich durchmisst, sollte man nicht Felder weitgehend aus der Theoriebildung ausblenden, für die es offenkundig ein großes praktisches Bedürfnis in der Gesellschaft gibt. Zudem bestehen angesichts der Fragmentierung, Streuung und Heterogenität des Verwaltungsstrafrechts allgemein erhebliche Konsolidierungs- und Verallgemeinerungspotentiale. Das Verwaltungsrecht ist so bunt wie das Leben. Da es in seiner unübersichtlichen Breite, seiner Heterogenität und in seiner Vielfalt deutlich höhere Anforderungen an eine Navigation stellt, ist übergreifende Systembildung als wissenschaftliche Aufgabe etabliert.[139] Die Wissenschaft vom Verwaltungsstrafrecht könnte hierauf aufsatteln.

Insoweit ließen sich auch an das Verwaltungsstrafrecht systembildende Fragen stellen: Welche Kriminalisierungsmuster lässt das auf zahlreiche Fachgesetze verteilte Verwaltungsstrafrecht erkennen? Was wird kriminalisiert, was in den noch viel umfangreicheren Bußgeldtatbeständen belassen? Selbst wenn man Versuche, in der Tradition *Goldschmidts* qualitative Unterscheidungen im Unrechtsgehalt auf einer abstrakten Ebene herauszupräparieren, für gescheitert hält, stellt sich immer noch die Frage, ob es im positiven Recht nicht zumindest regulatorische Entscheidungsmuster gibt, die eine Strafwürdigkeit ausmachen. Warum verzichtet man in manchen Gesetzen auf Straftatbestände und begnügt sich – trotz gewichtiger Gemeinwohlbelange – mit Bußgeldbestimmungen (wie etwa § 46 AtG; § 194 StrlSchG)? Liegt das schlicht daran, dass man die allgemeinen Verletzungsdelikte sowie im Strafgesetzbuch lokalisierte Spezialnormen (wie korrelierend § 328 StGB) bereits als ausreichend erachtet hat? Oder wird hier ein geringer zu gewichtender Unrechtsgehalt zugeschrieben? Welche Funktion hat das Strafrecht für die Verwaltung und deren Verfahren? Gerade die Rolle der Strafverfolgungsbehörden im Verwaltungsstrafrecht ließe sich näher analysieren. Werden die Staatsanwaltschaften zu Hilfspersonen der Verwaltungszwecke? Oder bringt umgekehrt die Kriminalisierung einen justiziellen Gerechtigkeitswert in die flankierten Verwaltungsaufgaben und Verwaltungsverfahren? Lassen sich überhaupt einheitliche Aussagen für ein imaginiertes Verwaltungsstrafrecht

[127] *Wolf* (Fn. 6), S. 518, 521 f.
[128] Impulsgebend vor allem *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *ders.*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1.
[129] Hier nur stellvertretend mit zahlreichen Nachweisen zu den Theoriedebatten seit den 1990er Jahren *Voßkuhle*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1 Rn. 1 ff.
[130] *Lacey*, State Punishment, 2. Aufl. 1994, S. 2.
[131] In diesem Sinne für Verwaltungssanktionen *Ohana* (Fn. 92), S. 1081 ff., obgleich nach inhaltlich wenig überzeugenden Kategorien.
[132] Vgl. *Zabel*, ZStW 120 (2008), 68 ff.
[133] *Pawlik*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 469 (478).
[134] Bilanzierend *Gärditz* (Fn. 34), S. 23.
[135] Grundsätzlich *Sauer* (Fn. 104), S. 548 ff.
[136] *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 56, 323.
[137] *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), S. 223, 315 f.
[138] Vgl. zu Möglichkeiten des Andockens *Sauer* (Fn. 104), S. 42 f., 46, 60, 75, 98, 553.
[139] Vgl. nur *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), S. 1 ff. Präzise Standortbestimmung, die Bestimmung des Inhalts geltenden Rechts und wissenschaftliche Eigenleistungen abschichtet, bei *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015.

treffen, wenn es um Regelungsbereiche wie das Betäubungsmittelrecht geht, die vollständig vom Strafrecht dominiert werden, das eigentlich nur die Erteilung administrativer Erlaubnisse durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (§ 3 BtMG) absichert? Wie ist das Zusammenwirken von Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden strukturiert? Das Kooperationsrecht zwischen Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden wird – wenn überhaupt – meist nur als Problem des wirksamen Datenschutzes thematisiert.[140] Es ist aber auch – wie allgemein[141] – Informations- und Interaktionsrecht, das der wirksamen Aufgabenerfüllung dient. Die unterschiedlichen Zugriffe auf Tatsachen zwischen Ermittlungs- und Verwaltungsverfahren sind vielleicht für nicht verwaltungsaktsakzessorische, aber doch für verwaltungsrechtsakzessorische Straftatbestände relevant, weil die grundsätzlich zulässigen Inzidentfeststellungen[142] von Straftaten im Verwaltungsverfahren zu abweichenden Tatsachenkonstruktionen führen können. Verwaltungsstrafrecht ist schließlich nicht nur mit dem Verwaltungsverfahren, sondern akzessorisch auch mit dem Verwaltungsprozess verzahnt, was Rückwirkungen auf die Handlungsoptionen und Strafbarkeitsrisiken sowohl der Adressaten von Verwaltungsentscheidungen als auch der Behördenbediensteten hat.[143]

Diese selektive Auswahl an möglichen Forschungsthemen zeigt, dass das Verwaltungsstrafrecht auch über 120 Jahre nach seiner ersten grundlegenden Vermessung durch *James Goldschmidt* immer noch vertieften Forschungsbedarf schafft. Hierbei wäre auch der – vorliegend nicht mehr skizzierte – Anschluss an die schon älteren Debatten um Verwaltungssanktionen im Recht der Europäischen Union zu suchen. Vielleicht findet die eine oder andere Idee dann auch einmal den Weg in diese Zeitschrift, die in den vergangenen 20 Jahren – gestützt von mühevoller Redaktionsarbeit – die strafrechtlichen Debatten durch hohe Qualität bei niedriger Zugangshürde für alle und schneller Publikationsmöglichkeit ungemein bereichert hat.

[140] Etwa BVerfGE 154, 152 (269 f.); 162, 1 (115); 163, 43 (89).

[141] Zur grundsätzlichen Strukturierung hier nur *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377 ff.; *Wischmeyer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 24 Rn. 1 ff.

[142] *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 570 f.

[143] Integrativ und instruktiv *Lenk*, Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht, 2020.

Ein unpopuläres Menschenrecht – Bemerkungen zur Ratio von Ne bis in idem

Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Bonn*

Seit der Aufklärung hat das Verbot mehrfacher Strafverfolgung vielerorts Verfassungsrang erhalten und ist heute an sich ein anerkanntes Menschenrecht. Allerdings attestierte schon Beling der strafprozessualen Rechtskraft, ihr „eigentlichstes Wesen" sei es, das „Gefühlsmäßige totzuschlagen". Dieser kontraintuitive Charakter von Ne bis in idem führt immer wieder und in vielen Rechtsordnungen zu mitunter heftigen rechtspolitischen Auseinandersetzungen, wofür der deutsche Streit um § 362 Nr. 5 StPO nur eines der jüngsten Beispiele abgibt. Der Beitrag unternimmt es, nicht Detailfragen irgendeiner nationalen Ausgestaltung, sondern grundsätzlicher der Frage nach Zweck und Rechtfertigung dieses bemerkenswert unpopulären Menschenrechts nachzugehen.

I. Einleitung

Hier soll es nicht nochmals um die Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 5 StPO gehen,[1] sondern um den exemplarischen Charakter dieser Episode der deutschen Rechtsgeschichte, der auf eine ungewöhnliche Anomalie hinweist, die bei Ne bis in idem wie wohl kaum einem anderen Menschenrecht besteht, nämlich seine Unbeliebtheit bei weiten Kreisen der Bevölkerung, mitunter auch des Fachpublikums, nicht nur bei uns, sondern auch in weit auseinander liegenden auswärtigen Rechtsordnungen. Auffällig ist dabei insbesondere, dass die Argumente gegen die Anerkennung von Ne bis in idem weitgehend identisch sind, unabhängig vom Ort, vom Charakter der Rechtsordnung und ihres Strafprozessmodells und auch unabhängig vom demokratischen oder autoritären Zuschnitt der Regierungsform. Ne bis in idem ist normativ als universelles Menschenrecht verankert, aber anscheinend ebenso universell unpopulär.

Ungeachtet der positiv-rechtlichen Ausgestaltung im Einzelnen, die von Land zu Land beträchtlich variiert,[2] stellt sich daher die Frage, ob und wenn ja, wie weit der Grundgedanke dieser Garantie Beifall verdient. Mit anderen Worten: Würde man heute den Grundrechtsteil einer Verfassung oder ein Menschenrechtsinstrument vollständig neu schreiben und alles Bekannte einer Prüfung unterziehen, so würden gewiss neben klassischen Abwehrrechten gegen den Staat in Gestalt individueller Handlungsfreiheiten auch Mindestanforderungen an freiheitsverkürzendes Staatshandeln im Allgemeinen und durch Strafrecht und Strafprozessrecht im Besonderen aufgenommen – aber gäbe es auch wieder einen Platz für Ne bis in idem?

Dem soll im Folgenden nachgegangen werden, angesichts des äußerst umfangreichen Schrifttums aber nur skizzenhaft.

II. Ne bis in idem als Menschenrecht

Ne bis in idem oder Non bis in idem ist der im kontinentaleuropäischen (Civil Law) Rechtskreis geläufige Name für das Verbot mehrfacher Strafverfolgung, das im Common Law-Rechtskreis unter der Kurzbezeichnung Double Jeopardy firmiert. Eine weitgehend standardisierte, klarere Sprache verwenden die Menschenrechtsinstrumente. Auf universeller Ebene ist ein Verbot mehrfacher Strafverfolgung zwar nicht in der Universellen Menschenrechtserklärung von 1948,[3] aber im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen (IPBPR) von 1966[4] enthalten (Art. 14 Abs. 7[5]), der derzeit 174 Vertragsparteien zählt. Auf regionaler Ebene finden sich Mehrfachverfolgungsverbote in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention[6] (Art. 8 Abs. 4)[7] und der Arabischen Menschenrechtscharta[8] (Art. 19 Abs. 1[9]), nicht in der Afrikanischen Menschenrechtscharta[10] und der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950,[11] aber im 7. Zusatzprotokoll zur EMRK[12] (Art. 4[13]) und

---

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

[1] Vgl. dazu die Retrospektive von *Pohlreich*, GA 2024, 481 ff. Zusammenfassend jüngst auch *Rotsch*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 2, 2025, § 362 Rn. 6, 14 ff.

[2] Vergleichender Überblick bei *de la Cuesta*, RIDP 73 (2002), 707 (708 ff.), und den Länderberichten im selben Band sowie bei *Swoboda*, HRRS 2008, 188 ff.

[3] UN Doc. A/RES/217(III), 10.12.1948.

[4] International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, 999 UNTS 171, in Kraft seit 23.3.1976; BGBl. 1973 II, S. 1533.

[5] „No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country."

[6] American Convention on Human Rights „Pact of San José, Costa Rica", 22.11.1969, 1141 UNTS 123, in Kraft seit 18.7.1978, 24 Vertragsstaaten.

[7] „An accused person acquitted by a non-appealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause."

[8] Arab Charter of Human Rights, 22.5.2004, in Kraft seit 5.3.2008, 16 Vertragsstaaten.

[9] „No one may be tried twice for the same offence."

[10] African Charter on Human and Peoples' Rights, 27.6.1981, 1520 UNTS 217, in Kraft seit 21.10.1986.

[11] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.1950, 213 UNTS 221, ETS Nr. 5, BGBl. 1952 II, S. 685/953, in Kraft seit 3.9.1953, 46 Vertragsstaaten.

[12] Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22.11.1984, 1525 UNTS 195, ETS Nr. 117, in Kraft seit 1.11.1988, 43 Vertragsstaaten, Deutschland zählt nicht dazu.

[13] Art. 4 ZP 7: „(1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State. (2) The provision of the preced-

in der Grundrechtscharta der Europäischen Union[14] (Art. 50[15]), nachdem Ne bis in idem zuvor schon als ungeschriebener Bestandteil des Europarechts angesehen wurde[16]. Der Grundsatz findet sich in mehr als 50 Staatsverfassungen,[17] zahlreichen einfachrechtlichen Regelungen[18] und den meisten Statuten internationaler Strafgerichte,[19] sodass von der Geltung eines internen[20] Mehrfachverfolgungsverbots auch als Völkergewohnheitsrecht oder allgemeines Rechtsprinzip[21] auszugehen ist. Als nicht bindende Empfehlung (soft law) findet sich der Grundsatz ferner in den United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.[22]

Schon die verschiedenen Wortlautfassungen der Menschenrechtsinstrumente, die mal schlagwortartig kurz, mal detailliert ausfallen, legen nahe, dass allenfalls ein Kerngehalt als universell konsentiert gelten dürfte.[23] Bei näherer Betrachtung handelt es sich nicht um *eine* Gewährleistung, sondern um ein Bündel trennbarer Rechtssätze, die auch separater Betrachtung bedürfen: das Verbot der doppelten oder mehrfachen Bestrafung, die (wenigstens) ein vorheriges Strafurteil voraussetzt,[24] das Verbot erstmaliger Bestrafung nach vorherigem Freispruch, das Verbot erneuter Strafverfolgung (Ermittlungsverfahren) nach rechtskräftigem Urteil – trotz der oft elliptischen Formulierungen dürften wohl alle drei Aspekte heute zum Kerngehalt zählen.

Die Effektivität der Gewährleistung hängt von der Ausgestaltung im Detail und von der Zulassung etwaiger Ausnahmen ab. Die Ausgestaltung betrifft einmal die Frage, wie das „idem" definiert ist – die engste Fassung verlangt Identität von Sachverhalt *und* rechtlicher Qualifikation (idem crimen), dies ist der ältere Ansatz des römischen und kanonischen Rechts, der heute noch im Common Law-Kreis dominiert, die weiteste Fassung stellt nur auf die Identität des dann nicht leicht zu konturierenden Sachverhalts als Prozessgegenstand ab (idem factum), wie in der Judikatur des EuGH zu Art. 54 SDÜ, des EGMR zu Art. 4 ZP 7 und im deutschen Recht.[25] Dazwischen bewegen sich Ansätze, die fragen, ob die Tatbestände dasselbe oder ein verwandtes Rechtsgut schützen (wie in den Niederlanden[26]) oder dieselben wesentlichen Bestandteile (essential elements) aufweisen (so die frühere EGMR-Rechtsprechung[27]). Erneute Strafverfolgung kann aber zusätzlich noch durch andere Rechtsfiguren gesperrt werden wie das englische Missbrauchsverbot (abuse of process).[28] Die Ausgestaltung betrifft zweitens die Bestimmung des „bis", d.h. welche Verfahren gesperrt sind – nur Hauptverhandlungen (trial), auch Rechtsmittel gegen Freisprüche (eine Besonderheit im Common Law), Strafverfahren insgesamt, Disziplinarverfahren, verwaltungsrechtliche Verfahren oder zivilrechtlicher Schadensersatz. Es fragt sich weiter, ob die Rechtskraft die inzidente Befassung mit einzelnen Sachverhaltselementen sperrt oder nicht (Bindungswirkung, issue estoppel). Wesentlich ist ferner die Bestimmung des „semel", d.h. welcher Verfahrensabschluss die Sperrwirkung auslöst (When does jeopardy attach?) – nur rechtskräftige Sachurteile oder auch Einstellungsentscheidungen, mistrials usw.

Hier soll nur der menschenrechtliche Kern interessieren, der jedenfalls erneute Strafverfahren in derselben Sache nach

ing paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case."

[14] Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Nizza-Charta), ABl. EU 2000 Nr. C 364/1, in Kraft seit 1.12.2009.

[15] „Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden."

[16] Nachweise in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, S. 31, dort auch zur Inhaltsgleichheit mit Art. 4 ZP 7 EMRK.

[17] Nachweise bei *Bassiouni*, Duke Journal of Comparative & International Law 3 (1993), 235 (289 Fn. 262).

[18] Siehe die Länderberichte in RIDP 73 (2002).

[19] Siehe nur *Brady/Costi/Friman/Guariglia/Stuckenberg*, in: Sluiter/Friman/Linton/Vasiliev/Zappalà (Hrsg.), International Criminal Procedure, 2013, S. 382 (436 ff.) m.w.N.

[20] Ein transnationales Mehrfachverfolgungsverbot gibt es nur vereinzelt, z.B. regional gem. Art. 54 SDÜ, aber nicht als Norm des Völkerrechts, siehe nur jüngst Corte di cassazione, Sez. Pen. 1 v. 7.9.2022 – Nr. 32932/22, § 3.1; weitere Nachweise bei *Esser*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 12, 27. Aufl. 2024, IPBPR Art. 14 Rn. 1569.

[21] Dazu *Conway*, International Criminal Law Review 3 (2003), 217 (221 ff., 229 ff.).

[22] Fassung von 1957/1977: UN Doc A/CONF/6/1, Annex I, Regel 30 Abs. 1 Hs. 2: „No prisoner shall be punished except in accordance with the terms of such law or regulation, and never twice for the same offence." In der 2015 revidierten Fassung (Nelson Mandela Rules), UN Doc. A/RES/70/175, Regel 39 Abs. 1 S. 2: „A prisoner shall never be sanctioned twice for the same act or offence."

[23] Ebenso *Conway*, International Criminal Law Review 3 (2003), 217 (221, 244).

[24] Teilweise wird darunter auch das Verbot mehrfacher Bestrafung in demselben Verfahren gefasst, d.h. ein Verbot der Idealkonkurrenz, so im US-amerikanischen Verfassungsrecht, dazu *Stuckenberg*, Double Jeopardy, 2001, S. 16 ff. Dieser Aspekt wird hier ausgeklammert.

[25] Nachweise bei *Stuckenberg*, in: Brown/Turner/Weisser (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Process, 2019, S. 457 (467 f.).

[26] *Klip/van der Wilt*, RIDP 73 (2002), 1091 (1095, 1106 f.).

[27] Dargestellt und aufgegeben in EGMR, Urt. v. 10.2.2009 – 14939/03 (Zolotukhin v. Russia) = Slg. 2009-I, 291 (318 f. §§ 73 ff.).

[28] Auch „Connelly principle" nach Connelly v. D.P.P., [1964] A.C. 1254 (1301 f., 1347 ff., 1359 f.) – H.L.; zum Ausnahmecharakter R. v. Crawley, [2014] EWCA Crim 1028 Rn. 17; siehe auch Young (Hrsg.), Young, Corker and Summers on Abuse of Process in Criminal Proceedings, 5. Aufl. 2022; *Wells*, Abuse of process, 4. Aufl. 2023; *Hungerford-Welch*, Criminal Law Review 2017, 3 (9 f.).

rechtskräftigem Sachurteil verbietet, mit Blick auf mögliche Durchbrechungen. Angemerkt sei, dass bei engem Verständnis des Umfangs der Rechtskraft als idem crimen es in vielen Fällen keiner Durchbrechung bedarf, sodass etwa nach Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung eine erneute Anklage und Verurteilung wegen Mordes ohne Weiteres zulässig wäre.[29] Hier soll der Fokus indes noch weiter verengt werden auf eine Konstellation, in der die Art der Bestimmung des idem keine Rolle spielt, nämlich auf die Entdeckung neuer Beweismittel nach Freispruch bei rechtlich gleichbleibendem Tatvorwurf.

III. Durchbrechungen des Kerngehalts

Art. 4 Abs. 2 ZP 7 zur EMRK lässt Ausnahmen ausdrücklich zu, „falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist." Der Gerichtshof unterscheidet zwischen zulässiger Wiederaufnahme (resumption) des ersten und unzulässigem zweiten Strafverfahren (second prosecution or trial)[30] – eine Scheindifferenz, denn realiter unterscheiden sich beide Vorgänge nicht voneinander. Obschon sein Wortlaut keine Ausnahmen erwähnt, wird Art. 14 Abs. 7 IBPBR mit Blick auf die Entstehungsgeschichte[31] ebenfalls offiziell so ausgelegt, dass Wiederaufnahmen (resumption) unter außergewöhnlichen Umständen wie der Entdeckung neuer Beweismittel, die zur Zeit des Freispruchs nicht bekannt oder verfügbar waren, zulässig seien.[32] Diese Verträge stehen also einer ungünstigen Wiederaufnahme propter nova nicht entgegen – vielleicht war mehr nicht konsensfähig[33] – und gewähren damit deutlich weniger Schutz, als es zunächst den Anschein hat.[34] Die amerikanische und arabische Konvention sehen keine Ausnahmen vor, abweichende Interpretationen sind nicht bekannt.

Auf Verfassungsebene ist Ne bis in idem mitunter schrankenlos garantiert wie im 5. Zusatzartikel zur US-amerikanischen Bundesverfassung[35] – die Rechtsprechung kennt freilich Ausnahmen bei Bösgläubigkeit[36] – und in Art. 11 lit. h der kanadischen Grundrechtscharta[37]. Auch das einfache Recht sieht mitunter keine ungünstigen Wiederaufnahmemöglichkeiten vor wie traditionell im Common Law-Rechtskreis nach Freisprüchen,[38] ebenso in Frankreich[39]. Dennoch ist gerade im Common Law-Rechtskreis, in welchem sich das Verbot von Double Jeopardy und die Unantastbarkeit von Jury-Freisprüchen einer nahezu sakralen Wertschätzung erfreuten, seit langem und verstärkt in den letzten 30 Jahren dasselbe Phänomen zu beobachten gewesen, das in Deutschland wiederholt und zuletzt erfolglos eine ungünstige Wiederaufnahme propter nova zu etablieren suchte und neuerdings auch im Völkerstrafrecht[40] aufgetaucht ist.

---

[29] So im französischen Laurent-Fall, Cour de cassation, Entsch. v. 19.5.1983 – 82-93.433 = Bull. crim. 1983, Nr. 149.

[30] EGMR, Entsch. v. 20.7.2004 – Nr. 50178/99 (Nikitin v. Russia), § 45.

[31] Während der Beratungen zum IPBPR gab es Bedenken, dass die Formulierung „finally [convicted or acquitted], might hinder the ends of justice by preventing the retrial of criminals acquitted in error. Trials of that nature, under certain conditions and within certain time-limits, were provided for by the laws of various countries.", UN Doc. A/4299 § 61 (3.12.1959); *Bossuyt*, Guide to the „Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1987, S. 316 ff. Der endgültige Text spiegelt das nicht wider, sodass eine Reihe von Staaten Vorbehalte zu Art. 14 Abs. 7 erklärt haben, um Wiederaufnahmen nach nationalem Recht weiter zu erlauben, Nachweise bei *Schabas*, in: Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl. 2019, Art. 14 Rn. 155 f.

[32] *Human Rights Committee*, CCPR General Comment No. 32, § 56, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (23.8.2007); dazu *Schabas* (Fn. 31), Art. 14 Rn. 140; *The Law Reform Commission of Hong Kong*, Report, Double Jeopardy, February 2012, §§ 2.18 ff.

[33] Die *travaux préparatoires* zum 7. Zusatzprotokoll sind unergiebig, vgl. Explanatory Report to the Protocol No. 7, 22.11.1984, §§ 30 f.

[34] Gesperrt sind nach dem EGMR (Urt. v. 3.10.2002 – 48154/99 [Zigarella v. Italie] = Slg. 2002-IX, 283 [290]) ohnehin nur *bewusst* betriebene mehrfache Verfahren, nicht irrtümliche. verboten ist ein „Nachschlag" somit nur, wenn er nicht auf *nova* gestützt wird. Das Hauptthema unter Art. 4 ZP 7 scheint die Konkurrenz von Strafverfahren und Verwaltungssanktionen zu sein.

[35] U.S. Const. Amend. V: „nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb".

[36] Bei „fraud or collusion", etwa bei Bestechung des Gerichts, State v. Johnson, 149 S.E.2d 348 (350) (S.C. 1966); People v. Aleman, 667 N.E.2d 615 (624 f.) (Ill. App. Ct. 1996), weil es keine „erste" Gefahr der Verurteilung gegeben habe.

[37] Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982: „11. Any person charged with an offence has the right: […] h. if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again".

[38] Vgl. für Australien: *Model Criminal Code Officers Committee*, Discussion Paper, Issue Estoppel, Double Jeopardy and Prosecution Appeals Against Acquittals, Nov. 2003, S. 1 ff.; für England: *The Law Commission*, Double Jeopardy and Prosecution Appeals (Law Com No 267), March 2001, S. 8 ff.; für Hongkong: *The Law Reform Commission of Hong Kong* (Fn. 32), S. 6 ff.; für Neuseeland: *Law Commission*, Report 70, Acquittal Following Perversion in the Course of Justice, March 2001, S. 1 ff.; für Schottland: *Scottish Law Commission*, Report on Double Jeopardy (Scot Law Com No 218), 2009, S. 5 ff.; für die USA: 52 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 569 ff. (2023); *Rudstein*, Double Jeopardy. A Reference Guide to the United States Constitution, 2004, S. 110 ff.

[39] Art. 368 Code de procédure pénale: „Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente."

[40] *Nuridzhanian*, Journal of International Criminal Justice 19 (2021), 1241 (1251 ff.).

Unter dem Stichwort „tainted acquittals“ und oftmals angefacht von öffentlicher Empörung über vermeintliches Versagen der Ermittlungsbehörden in spektakulären Einzelfällen – in England die Tötung der 22-jährigen Julie Hogg durch Billie Dunlop, später der rassistisch motivierte Mord an Stephen Lawrence, in Neuseeland der Fall Kevin Moore, in Australien der Mord an der 17 Monate alten Deirdre Kennedy durch Raymond Carroll[41] – sind in einer Reihe von Common Law-Staaten Durchbrechungen von Ne bis in idem eingeführt worden, wenn „fresh and compelling evidence“, insbesondere ein Geständnis, eine Verurteilung wahrscheinlich macht, so in England und Wales,[42] Schottland,[43] Irland[44] und sämtlichen australischen Bundesstaaten.[45] Eine Ausnahme bildet Neuseeland, da dort nova nicht genügen, sondern, insoweit strenger als §§ 362 Nr. 1 bis 3, 364 StPO, der Freispruch auf einer vom Angeklagten begangenen, rechtskräftig festgestellten Straftat gegen die Rechtspflege beruhen muss.[46] Die amerikanische Bundesverfassung oder die kanadische Grundrechtscharta sind nur sehr schwer zu ändern, daher erscheinen dahingehende Vorschläge[47] aussichtslos. Die Entwicklung in England hat, gleichfalls unter dem Eindruck eines spektakulären Mordfalls,[48] eine parallele Diskussion in Frankreich entfacht, die Nationalversammlung hat allerdings die Einführung einer Wiederaufnahme in defavorem abgelehnt.[49]

Alle diese legislativen Ausnahmen sind ausdrücklich nur für wenige Fälle gedacht gewesen[50] und wurden, soweit bisher bekannt ist, auch kaum angewandt.[51]

Die Begründungen lauteten weithin unisono – und sind auch aus der jüngsten deutschen Diskussion bekannt –, dass die Öffentlichkeit die Straffreiheit schwerer Taten infolge anachronistischer juristischer Technikalia nicht verstehen würde,[52] dass die starre Anwendung der Double Jeopardy-Regel das Recht selbst in Misskredit brächte[53] bzw. die Legitimität der Strafjustiz gefährde,[54] dass namentlich die Interessen der Opfer schwerer wögen als der Schutz der Angeklagten, sogar, dass aus der Perspektive der Opfer oder gesamten Bevölkerung – entgegen der Trajan-Sentenz,[55] auch bekannt als „Blackstone ratio“,[56] dass es besser sei, einen bzw. zehn[57] Schuldige(n) unbestraft zu lassen als einen Unschuldigen zu verurteilen – ein falscher Freispruch mindestens so schlimm sei wie eine falsche Verurteilung,[58] eine Wertung, die in der NS-Zeit geteilt wurde[59].

Bedenkt man neben dieser rechtspolitischen Entwicklung das völlige Unverständnis, das dem Urteil des BVerfG vom 31.10.2023 zu § 362 Nr. 5 StPO[60] mitunter entgegenschlug,[61] so fragt sich, ob diese Teilgarantie *theoretisch* überhaupt berechtigt ist. Die Frage ist nicht neu: Im deutschen Recht wurde immer schon die „Anstößigkeit“[62] der objektivrechtlichen Figur der strafprozessualen Rechtskraft beklagt,

[41] Näheres bei *Black*, NJA Law Journal 1 (2007), 121 (127 ff.); *Swoboda*, HRRS 2008, 188 (195 f.).
[42] Criminal Justice Act 2003 (England and Wales); das neue Recht wurde rückwirkend auf den Hogg- und Lawrence-Fall angewandt und führte zu Verurteilungen wegen Mordes, siehe *DeBraccio*, Albany Law Review 76 (2012–13), 1821 (1834 ff.).
[43] Double Jeopardy (Scotland) Act 2011.
[44] Criminal Procedure Act 2010 (Ireland).
[45] Crimes (Appeal and Review) Amendment (Double Jeopardy) Act 2006, New South Wales; Criminal Code (Double Jeopardy) Amendment Act 2007, Queensland; Criminal Law Consolidation (Double Jeopardy) Amendment Act 2008, South Australia; Criminal Procedure Amendment (Double Jeopardy and Other Matters) Act 2011, Victoria; Criminal Appeals Amendment (Double jeopardy) Act 2012, Western Australia; Criminal Code Amendment Act 2008, Tasmania.
[46] Crimes Act 1961 sec. 378A(1) i.d.F. des Crimes Amendment (No 2) Act 2008 (New Zealand), sec. 6; infolge der Empfehlung der neuseeländischen Law Commission (Fn. 38), die „fresh and compelling evidence“ nicht für ausreichend hielt.
[47] Z.B. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511, (514); *Koklys*, The John Marshall Law Review 40 (2006–07), 371 (389 ff.).
[48] Die Affäre Nelly Haderer, dazu *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2018, S. 192 f. Fn. 802 m.w.N.
[49] Dazu *Bayer* (Fn. 48), S. 194 ff. mit umfangreichen Nachweisen.
[50] Nachweise bei *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (394, 414); BT-Drs. 19/30399, S. 1, 6, 9, 10.
[51] *McMahon*, Criminal Law Journal 38 (2014), 159 (173 ff.).
[52] Vgl. die australischen Webseiten www.autrefoisacquit.info (16.5.2025) und www.doublejeopardyreform.org (16.5.2025).
[53] *Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.5; *Law Commission NZ* (Fn. 38), S. 7.
[54] *Dennis*, Criminal Law Review 2000, 933 (944 ff.).
[55] D. 48, 19, 5 pr.: „satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari“.
[56] *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 1769, vol. IV, S. 352: „the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer“; krit. dazu *Lippke*, Journal of Moral Philosophy 7 (2010), 462 ff.
[57] Zu den verschiedenen Fassungen, die bis zu 10.000 zu 1 reichen, siehe *Volokh*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1997–98), 173 ff.
[58] Martin Linton MP, House of Commons Debates, 26.10.2000, cols. 140, 144WH; ebenso BT-Drs. 19/30399, S. 9 f.
[59] *Freisler* und *Graf Gleispach* in der 30. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 10.5.1937, Protokoll S. 8 f., abgedruckt bei Schubert/Regge/Rieß/Schmid (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, III. Abt., Bd. 2, Teil 2, 1992, S. 79 f.
[60] BVerfGE 166, 359.
[61] Statt aller *R. Müller*, FAZ v. 1.11.2023, S. 1: „Rechtsfrieden siegt über materielle Gerechtigkeit? Es dient dem Rechtsfrieden nicht, wenn mutmaßliche Schwerstverbrecher ungeachtet neuer stichhaltiger Beweise unbehelligt bleiben. Ist das nicht auch Teil unserer Staatsräson?“
[62] *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 268.

deren „eigentlichstes Wesen“ es gerade sei, alles „Gefühlsmäßige totzuschlagen“,[63] und neben ihrer gänzlichen Ablehnung[64] allerlei Durchbrechungen befürwortet[65].

IV. Zur Ratio von Ne bis in idem

1. Rahmenbedingungen

Vorab: Die Anrufung des Rechtsgefühls der Bevölkerung ist als Argument oft schon deshalb problematisch, weil es keine verlässliche empirische Basis hat. Die Emotionen der Angehörigen der Opfer verdienen Beachtung, können aber in einem Verfahren, das primär der Verarbeitung eines öffentlichen Konflikts – der Verletzung des Rechts als Recht – dient, nicht maßgebend sein. Zwar wird man Gerechtigkeitsintuitionen, die zudem vielfach in juristischen Fachkreisen geteilt werden[66] – nicht zuletzt im europäischen ius commune vom 16. bis zum 19. Jahrhundert herrschend waren –, ernst nehmen müssen, denn Strafrecht dient der Lösung sozialer Konflikte und kann folglich an den Ordnungsvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft nicht vorbeigehen. Dennoch gilt zum einen, wie es *Paul Roberts* ausgedrückt hat: „popular sentiment must answer before the tribunal of reason“,[67] und zum anderen ist modernes Strafprozessrecht eine so hochentwickelte Form der Konfliktverarbeitung, eine so fein kalibrierte Balance von Staatsinteresse und Bürgerfreiheiten, dass ad hoc-Intuitionen übersehen mögen, dass manche prozessuale Figur bei näherer Betrachtung ihren guten Sinn hat.[68]

Welches sind also die Gründe für Ne bis in idem? Die Frage wurde vor den Reformbemühungen auch im Ausland[69] nur selten[70] eingehender behandelt. Solange sich der Grundsatz allgemeiner Wertschätzung erfreute, erschienen vertiefte Begründungen entbehrlich. Wenn es sich wirklich um einen „unbezweifelbar unvergänglichen Grundsatz rechtlicher Zivilisation moderner Staaten“[71] handelt, sollte sich dies leicht aufzeigen lassen – das ist es aber keineswegs.

Im Common Law-Gebiet hielt man den Grundsatz vielfach für uralt, festgeschrieben bereits im Codex Hammurabi, in der Bibel und Magna Charta – nichts davon ist belegbar.[72] Der Gedanke der materiellen Rechtskraft, also der Endgültigkeit einer Entscheidung, dürfte in der Tat so alt sein wie das Prozessrecht überhaupt, denn eine Methode der Streit*beilegung*, die den Streit nicht beendet, verdient den Namen nicht und verfehlt ihren Zweck. Es verwundert daher nicht, dass das Institut der Rechtskraft inter partes bereits im antiken griechischen und römischen Recht auch bei Pönalklagen auftaucht.[73] Diese Vorläufer haben mit der Konzeption eines Menschenrechts noch nichts zu tun, diese Nobilitierung der strafprozessualen exceptio rei iudicatae geschieht erst Ende des 18. Jahrhunderts mit der Aufnahme in die französische Verfassung von 1791 und die amerikanische Bill of Rights im selben Jahr.[74] Der Gedanke, dass die materielle Wahrheitssuche stets Vorrang habe und „keine Termine kenne“, Delikte nicht ungesühnt bleiben dürften, sodass es im Strafprozess keine materielle Rechtskraft geben könne, hatte in Kontinentaleuropa den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess jahrhundertelang beherrscht und wurde im 19. Jahrhundert erst langsam verdrängt.[75] Aus dem 18. Jahrhundert stammt auch die berühmte Formulierung *Blackstones* von der „universal maxim of the common law of England, that no man is to be brought into jeopardy of life, more than once, for the same offence“,[76] die einzelnen Einreden sind in England erst im 17. Jahrhundert endgültig ausgeformt worden[77].

Nun ist Ne bis in idem kein klassisches Freiheitsrecht,[78] weil es keine distinkte Sphäre menschlicher Betätigung oder deren Voraussetzungen schützt,[79] sondern ein „Verteidigungsrecht“,[80] ein spezielles Abwehrrecht gegen die Aus-

[63] *Beling*, JW 1931, 216 (218).
[64] Etwa *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 2, 1915, S. 317, 329 ff., 339 ff.
[65] Nachweise bei *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 361 Fn. 1392.
[66] Vgl. die englischen Reaktionen auf das Consultation Paper No 156 (Double Jeopardy): Die Mehrheit der einzeln befragten Richter und Anwälte war dafür, Polizei und Strafverfolger waren überwältigend dafür, die Berufsverbände und Rechtswissenschaft meist dagegen, die Öffentlichkeit hälftig geteilt, *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.6.
[67] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (414). Vgl. auch die Stellungnahmen der damaligen französischen Justizministerin *Taubira* und anderen, die von übereilter Reaktion auf aktuelle Ereignisse abraten und Sorgfalt anmahnen, Nachweise bei *Bayer* (Fn. 48), S. 194 Fn. 809.
[68] Ähnl. *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (421): „the moral position is more complex, and frankly less optimistic, than first meets the eye“.
[69] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (395).
[70] So *Radtke*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 36, mit anschließender eingehender Analyse; zuletzt *Greco* (Fn. 65), insb. S. 328–373.
[71] *Ruggiero*, Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal 1 (2018), 147 (148): „La regola per cui è vietato sottoporre a processo due volte la stessa persona per il medesimo fatto rappresenta indiscutibilmente un principio indefettibile di civiltà giuridica negli stati moderni.“
[72] Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 25), S. 462 f.
[73] Weitere Nachweise bei *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf*, Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, 2022, S. 13, abrufbar unter https://tinyurl.com/3by2ezbx (16.5.2025).
[74] *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 14.
[75] *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 15.
[76] *Blackstone* (Fn. 56), S. 329.
[77] Plea of autrefois convict, plea of autrefois acquit, plea of autrefois attaint und pardon, dazu *Stuckenberg* (Fn. 24), S. 2 f. m.w.N.
[78] Siehe nur www.autrefoisacquit.info/html/polemics.html (16.5.2025).
[79] Zum Streit um die Einordnung als Grundrecht im deutschen Recht siehe *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 2 m.w.N.
[80] *Hélie*, Traité de l’instruction criminelle, Bd. 3, 2. Teil, 1848, § 176, S. 534 f.

übung der staatlichen Strafgewalt. Als *Resultat* entsteht negative Freiheit des bereits abgeurteilten Bürgers, der von den Belastungen eines weiteren Strafverfahrens und natürlich einer etwaigen Strafe verschont bleibt; emphatische Worte findet vor allem das Common Law: „one of the strong bulwarks of liberty“[81].

Aber warum wird diese Freiheit eingeräumt, wenn sie womöglich nicht verdient ist? Es gibt in einem Rechtsstaat grundsätzlich keine Freiheit, sich der Verantwortung zu entziehen, somit auch keine Freiheit, nicht verdientermaßen bestraft zu werden. Die Befugnis des Staates, als falsch erkannte Entscheidungen zu korrigieren, findet zwar im Vertrauensschutz als subjektiver Dimension der Rechtssicherheit ihre Grenze, aber ob das Vertrauen eines Freigesprochenen auf den Bestand des Freispruchs ausnahmslos schützenswert ist, ist gerade die Frage. Es bedarf also eines weiteren Grundes.

Zum Teil wird danach differenziert, ob das erste Urteil zu Recht erging oder nicht. Falls ja, schütze Ne bis in idem die materielle Gerechtigkeit nebst Rechtssicherheit, Würde und Freiheit, beim zu Unrecht Freigesprochenen gehe die Rechtssicherheit vor.[82] Radikaler ist die Folgerung, dass am Bestand eines zu Unrecht ergangenen Freispruchs niemand – weder Staat, Opfer noch Öffentlichkeit – ein Interesse haben könne außer dem Freigesprochenen, dessen Interesse keinen Schutz verdiene.[83] Diese Begründungsansätze erscheinen allerdings verfehlt,[84] weil sie die allwissende, göttliche Perspektive einnehmen – ob ein Strafurteil „wirklich“ richtig ist, ist aus epistemisch beschränkter menschlicher, damit auch rechtlicher Perspektive belanglos, denn die Information, was „wirklich“ ist, steht im Recht nicht zur Verfügung.[85] Der Staat „sieht“ nur durch Erkenntnisverfahren. Die prozessuale Perspektive ist daher unausweichlich. Nach einem rechtskräftigen Sachurteil muss dieses *zunächst* auch für forensisch wahr gehalten werden. Sofern es nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist, ist das Urteil auch nicht „zu Unrecht“ ergangen. Die Antwort auf die Frage, ob Schutz vor erneuter Verfolgung „verdient“ ist, lautet somit immer: Ja. Die Frage, ob diese Freiheit „wirklich“ verdient ist, stellt sich nur für Allwissende und ist innerhalb des Rechtssystems sinnlos. Verfahrensexterne Informationen können freilich Zweifel an der Richtigkeit des festgestellten Sachverhalts wecken und Anlass geben, ein weiteres Erkenntnisverfahren durchzuführen.[86] Die Frage ist mithin, was gegen die Fortsetzung der gerichtlichen Kognition spricht.

Allgemeiner gefragt: Wovor schützt Ne bis in idem überhaupt? Welches ist das Übel, dem vorgebeugt werden soll? Warum sollte der Staat mit erneutem Kostenaufwand noch ein weiteres Strafverfahren betreiben wollen? Sofern der Staat unredlich handelt, also Strafverfolgung als Unterdrückungsinstrument einsetzt – dieses Szenario scheinen amerikanische Gerichte in ihren bekannten Formulierungen vor Augen zu haben[87] –, so dürften rechtliche Garantien ohnehin nicht viel nützen; denn statt einen Fall neu aufzurollen, ließe sich ein neuer Vorwurf einfach erfinden. Manche Kritiker hielten diesen Gesichtspunkt zudem für überholt,[88] im englischen Konsultationsverfahren wurde er allerdings noch Ende 1999 mehrfach vorgebracht[89]. Freilich hat es solche Fälle im alten England, zunächst als Konkurrenz weltlicher und geistlicher Justiz, später auch als Machtmissbrauch,[90] und in jüngster Zeit im Dritten Reich[91] durchaus gegeben. Allerdings erscheint es im Regelfall nicht geboten, vom Missbrauch staatlicher Befugnisse auszugehen, sofern eine Regelung diesen nicht fördert. – Wenn der Staat im Wesentlichen redlich, als Rechtsstaat, handelt, wird es in den allermeisten Fällen schon an den Ressourcen für erneute Strafverfolgung fehlen. Nur bei schweren Taten ist erneute Befassung überhaupt realistisch, die Sperre der Rechtskraft also praktisch nötig. Schon *Blackstone* hatte sie nur für „jeopardy of life“, also für mit der Todesstrafe bedrohte felonies formuliert.

Daraus ergibt sich zunächst, dass Durchbrechungen der Rechtskraft, die auf schwere Taten begrenzt sind, tatsächlich die Gewährleistung *praktisch* weitgehend, wenn nicht ganz

[81] Commonwealth v. Olds, 15 Ky. (5 Littell) 137, 139 (1824), per *Mills*, J.

[82] So etwa *Remmert* (Fn. 79), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39; *Hörnle*, GA 2022, 184 (192 f.).

[83] *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (517).

[84] So schon *Grünwald*, ZStW-Beiheft 76 (1964), 94 (104 f.); auch *Radtke* (Fn. 70), S. 42 ff.; ähnl. *Slogsnat*, JZ 2024, 956 (961 f.).

[85] *Stuckenberg*, ZIS 2017, 445 (449); ebenso jetzt *Hoppe/Neubacher*, ZStW 136 (2024), 544 (559); *Slogsnat*, JZ 2024, 956 (962).

[86] Das Argument von *Slogsnat*, JZ 2024, 956 (962 f.), verfahrensexterne Umstände könnten die Überprüfung eines Urteils nicht rechtfertigen, greift zu kurz und ist daher falsch. Richtig ist, dass verfahrensexterne Umstände *per se* irrelevant sind. Relevant werden sie, wenn amtliche Wahrnehmung sie in verfahrensinterne Informationen verwandelt, sei es bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 StPO oder bei Überprüfung einer rechtskräftigen Verurteilung nach § 359 Nr. 5 StPO. Ob und wann dem Staat der erneute Blick auf das Verfahrensergebnis verwehrt ist, ist gerade die Frage.

[87] Commonwealth v. Olds, 15 Ky. (5 Littell) 137, 139 (1824), per *Mills*, J.: „Every person acquainted with the history of governments, must know, that state trials have been employed as a formidable engine in the hands of a dominant administration. […] To prevent this mischief, the ancient common law, as well as magna charta itself, provided, that one acquittal or conviction should satisfy the law“; Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 456 (1970) (*Brennan*, J., concurring): „the Double Jeopardy Clause stands as a constitutional barrier against possible tyranny by the overzealous prosecutor.“

[88] Note, The Yale Law Journal 57 (1947), 132 (133); *Comley*, The Yale Law Journal, 35 (1926), 674: „ridiculous anachronism“.

[89] *The Law Commission E&W* (Fn. 38), §§ 4.14 f.

[90] *Rudstein* (Fn. 38), S. 5 ff. m.w.N.

[91] Nachweise bei *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 20 Fn. 148 f.

aufheben, weil sie nur bei schweren Taten überhaupt benötigt wird.

Anlass für erneute Strafverfolgung bei schweren Taten besteht vor allem dann, wenn später vielversprechende neue Beweismittel (oder schwere Mängel des Verfahrens, die hier ausgeklammert werden) bekannt werden. Diese neue Erkenntnis ist freilich ebenso wenig eine göttliche – ob der Freigesprochene „wirklich" schuldig ist, kann der Staat auch später nie wissen –, sondern bewegt sich in der unüberwindbaren epistemischen Perspektive des Prozessrechts; vor einer neuen Hauptverhandlung (trial) gibt es daher bestenfalls nur einen noch zu testenden Verdacht, keine Gewissheiten – dies mag im populären Diskurs bisweilen aus dem Blick geraten.

Warum sollte also dem „Forschungsgeist"[92] des Staates Einhalt geboten werden, wenn es später Anlass gibt anzunehmen, dass ein Freispruch zu Unrecht ergangen ist? Bei mutmaßlich zu Unrecht ergangenen Verurteilungen bestehen keine Bedenken gegen die Fehlerkorrektur. In Judikatur und Schrifttum begegnen eine Reihe von Gesichtspunkten, manche sind rechtsordnungsspezifisch, manche zielen auf empirische Effekte bzw. deren Vermeidung, andere sind Wertentscheidungen.

2. Die einzelnen Zwecke

a) Manche klassischen Begründungen für die Rechtskraft wie die formale Wahrheitsfiktion (res iudicata pro veritate accipitur[93]), die „rechtslogische" Folge der Konsumtion des Klagrechts[94] oder die Wahrung der Autorität staatlicher Entscheidungen[95] vermögen den Charakter als subjektive Rechtsposition nur reflexhaft und als Menschenrecht gar nicht zu erklären und scheiden daher aus.

b) Rechtsordnungsspezifisch und nicht verallgemeinerungsfähig sind Ansätze, die auf die Bewahrung der Prärogative der Geschworenen, auch gegen die Beweislage freizusprechen zu können (nullification power),[96] oder auf die Erhaltung der Rechtsmittelasymmetrie, d.h. des Fehlens ordentlicher Rechtsmittel gegen Freisprüche, abstellen, dem Angeklagten die von ihm mit ausgesuchte erste Jury erhalten wollen[97] oder sonst die Maßgeblichkeit des Wahrspruchs als elementaren Baustein des gesamten Strafjustizsystems betrachten.[98]

c) Überall diskutabel ist hingegen die Befürchtung, erneute Strafverfahren vergrößerten das Risiko der fehlerhaften Verurteilung Unschuldiger, zumal die Ankläger beim zweiten Durchgang die Verteidigungsstrategie kennen. Ne bis in idem hätte somit den Zweck, Justizirrtümer zu verhindern.[99] Vielleicht ist ein zweites Verfahren aber sogar akkurater als das erste, zumindest, wenn man für die Wiederaufnahme hohe Anforderungen an die nova stellt und diese verfahrenstechnisch absichert.[100] Zwar verschlechtern sich Beweismittel typischerweise mit Zeitablauf, doch sind Ausnahmen im Sinne von „new and compelling evidence" vorstellbar. Allerdings ist keine Methode ersichtlich, wie man dieses Fehlverurteilungsrisiko bestimmen könnte.[101] Ausschließen können wird man Fehlverurteilungen folglich auch nicht. Die optimistische Erwartung, man werde die korrekturbedürftigen Freisprüche ziemlich sicher identifizieren können und die verdientermaßen Freigesprochenen nicht behelligen,[102] sodass double jeopardy bisweilen sogar als überholt angesehen wird, weil die moderne Kriminaltechnik viel zuverlässiger sei als früher,[103] erscheint daher unbegründet. Beweismittel, die zwar „compelling" erscheinen, mögen dennoch in die Irre führen[104] oder manipuliert sein. Ob die Zulassung der Wiederaufnahme propter nova die Fehlurteilsquote verbessert oder verschlechtert, lässt sich nicht verlässlich beurteilen.

d) Dasselbe gilt für die Annahme, das Verbot erneuter Verfahren erhöhe die Effektivität der Strafverfolgung, weil die Behörden sich bemühen müssten, schon im ersten Durchgang eine Verurteilung zu erreichen, wenn es keinen Probelauf (dry run, dress rehearsal) und keinen zweiten Versuch (second bite at the cherry) gebe.[105] Dem korrespondiert in der deutschen Diskussion die Disziplinierungs- oder Sanktionsfunktion der Rechtskraft.[106] Zwar gibt es einzelne notorische Beispiele für anklägerische Salamitaktik,[107] doch ist weder

[92] Ausdruck von *von Soden*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, Bd. 2, 2. Aufl. 1792, § 681, S. 310 f.
[93] D. 50, 17, 207.
[94] Vgl. nur *Binding* (Fn. 64), S. 314, 326 f.
[95] Dazu krit. *Greco* (Fn. 65), S. 338 ff. m.w.N.
[96] Dazu *Rudstein*, San Diego International Law Journal 9 (2008), 217 (252 f.); siehe auch *Jung*, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, 2006, S. 43 ff.; krit. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (520 ff.).
[97] *Qasim*, New Criminal Law Review 24 (2021), 518 (530 ff.).
[98] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (420 ff.).
[99] Green v. United States, 355 U.S. 184, 188 (1957) per *Black* J.; *Friedland*, Double Jeopardy, 1969, S. 4; *Moore*, Act and Crime, 1993, S. 313, 353; *The Law Commission*, Consultation Paper No 156 (Double Jeopardy), 1999, § 4.5.
[100] Vgl. den Vorschlag von *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (529 ff.).
[101] Eingehend *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (397 ff.).
[102] Etwa *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (516, 519, 534 f.).
[103] *Black*, NJA Law Journal 1 (2007), 121 (138).
[104] Näher *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (416); ähnl. *Hoppe/Neubacher*, ZStW 136 (2024), 544 (549 ff.).
[105] *Moore* (Fn. 99), S. 313, 354; *The Law Commission* (Fn. 99), § 4.11; *Law Commission NZ* (Fn. 32), § 16; ähnl. schon *Beling* (Fn. 62), S. 269; jetzt *Hoppe/Neubacher*, ZStW 136 (2024), 544 (552 f.).
[106] Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 52 Rn. 8; weitere Nachweise bei *Greco* (Fn. 65), S. 358 ff.
[107] Zwecks Überführung in Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970), zwecks Strafnachschlag in Ciucci v. Illinois, 137 N.E.2D 40 (1956), näher *Stuckenberg* (Fn. 24), S. 27.

ersichtlich, ob dieses Ziel realistisch ist, noch, wie das überprüft werden sollte.[108] Selbst wenn sich dies aufweisen ließe, gäbe dieses institutionelle Interesse keinen Grund für ein Menschenrecht ab.

e) Eine empirische Seite hat die manchmal sog. „psychologische Dimension der Endgültigkeit“,[109] gemeint ist das Ziel, Beunruhigung (distress, anxiety) bei den abgeurteilten Angeklagten zu vermeiden, die einträte, wenn sie ohne Ende befürchten müssten, dass das Verfahren wieder aufgerollt würde.[110] In anderen Worten ist dies der psychologische Aspekt des Vertrauensschutzes,[111] die Kehrseite ist der individuelle Rechtsfrieden (repose), die Rechtssicherheit für den Einzelnen. Allerdings mutet die Rechtsordnung dem Einzelnen diese Unruhe etwa im Instanzenzug durchaus zu – nach Rückverweisung sogar im Prinzip endlos[112] –, sodass maßgeblich nicht die Belastung an sich, sondern die normative Frage ist, wann sie zugemutet werden *darf*.[113]

f) Verwandt damit ist das „Trauma-Argument“,[114] das Justice *Black* eindrücklich formuliert hat[115] und sich auch beim BVerfG[116] findet. Jedes Strafverfahren ist mit erheblichen Belastungen verbunden und diese sollen wegen derselben Sache nur einmal durchlitten werden. Allerdings sind diese Belastungen für sich bloße Tatsachen ohne intrinsischen normativen Wert – schließlich wird jedem Angeklagten diese Belastung als Justizpflicht[117] zugemutet und im deutschen Recht in Ausnahmefällen durchaus auch zweimal (§ 362 Nr. 1–4 StPO). Maßgebend ist also wiederum allein die normative Erwägung, ob es einen guten Grund gibt,[118] dass der Staat den Bürger dieser Belastung erneut aussetzt.

g) Ein häufig genanntes, vielleicht das häufigste Argument ist das öffentliche Interesse an der Endgültigkeit (finality) der Strafurteile, „so that life can move on“[119]. Endgültigkeit ist das Definitionsmerkmal der prozessualen Rechtskraft, ihre Rechtsfolge, aber kein Ziel, erst recht kein Selbstzweck, auch wenn es manchmal so klingt. Zu fragen ist vielmehr, warum Endgültigkeit gegenüber Verfahrensfortsetzung vorzugswürdig ist. Zur Debatte steht nicht ein endloser Rechtsmittelzug, sondern eine Verfahrensfortsetzung, wenn neue Erkenntnisse Anlass dazu geben, was wie erwähnt schon aus praktischen Gründen selten der Fall sein wird.[120]

Dass eine Strafsache endgültig erledigt ist, ist, wie soeben angesprochen, in tatsächlicher (psychologischer) Hinsicht eine Erleichterung für den Angeklagten, ebenso auch für Drittbetroffene (Familie, Arbeitgeber), womöglich auch, aber gewiss nicht zwingend für Opfer und deren Angehörige. Gewichtiger erscheinen normative Erwägungen, die auch als „politische Dimension“ firmieren,[121] einmal bezogen auf das Individuum, zum anderen auf die Gesellschaft als Ganzes, die Allgemeinheit.[122] Eine unbegrenzte Wiederaufnahmemöglichkeit mag beim Individuum nicht nur Unruhe und Angst auslösen, sondern schränkt auch den effektiven Gebrauch seiner Freiheitsrechte ein. Insofern ist die prozessuale Rechtskraft in *allen* Verfahrensrechten, aber insbesondere im Strafprozess, freiheitsrelevant, weil sie für Stabilität der Rechtsverhältnisse sorgt, die Voraussetzung für ungetrübte Freiheitsausübung ist.[123] Dies ist die normative Dimension des Vertrauensschutzes,[124] der allerdings nicht weiter reichen dürfte, als das individuelle Vertrauen schutzwürdig ist – was bei demjenigen, der weiß, dass er zu Unrecht freigesprochen wurde, kaum zu begründen ist.[125]

Dass erneute Strafverfahren wegen derselben Sache die Menschenwürde verletzten, wie *Dürig* annahm,[126] weil der Einzelne zum Objekt staatlicher Gewalt herabgewürdigt würde,[127] erscheint zweifelhaft,[128] da zum einen unerklärt bleibt, worin der qualitative Sprung vom ersten zum zweiten Verfahren liegt, zum anderen, weil § 362 StPO dies mit Billigung der Verfassung erlaubt.

Das öffentliche Interesse an der Endgültigkeit der Strafurteile kann schon mit simplen und etwas diffusen Erwägungen begründet werden: Rechtskraft schafft Rechtssicherheit für alle, schont Ressourcen, vermeidet widersprechende Ent-

[108] *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy, No. 141, 2009, §§ 2.22 f.; *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (535).
[109] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (405 f.): „psychological dimension of finality“.
[110] *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.11.
[111] BVerfGE 166, 359 (392).
[112] So auch *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (515).
[113] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (405 f.).
[114] Nach *Moore* (Fn. 99), S. 313 („trauma value“), 352 f.
[115] Green v. United States, 355 US 184, 187 (1957) per *Black* J.: „repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity“.
[116] BVerfGE 56, 22 (31); 166, 359 (385 f.); BVerfGK 4, 49 (53).
[117] Dazu *Stuckenberg*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 483 ff. m.w.N.
[118] *Moore* (Fn. 99), S. 353; siehe auch *Thomas*, Double Jeopardy. The History, the Law, 1998, S. 52 ff., 58 ff.; *Greco* (Fn. 65), S. 357.
[119] *The Law Commission* (Fn. 99), § 4.8.
[120] Vgl. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (516, 529 ff., 541).
[121] *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (406).
[122] Vgl. dazu *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.12: „finality and individual liberty“, § 4.17: „finality as wider social value“.
[123] Eindringlich *The Law Commission E&W* (Fn. 38), §§ 4.12 f.
[124] Dazu *Radtke* (Fn. 70), S. 51 ff., 65 f.
[125] Krit. daher *Greco* (Fn. 65), S. 349 f.; vgl. *Radtke* (Fn. 70), S. 279.
[126] In der Erstkommentierung von *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1958, Art. 103 Rn. 124.
[127] Ähnl. BVerfGE 166, 359 (392 Rn. 88).
[128] Ebenso *Greco* (Fn. 65), S. 370.

scheidungen.[129] Ein subjektives Recht folgt daraus allenfalls als Reflex. Tiefer setzen Überlegungen an, die die Grundlagen und Grenzen der staatlichen Strafgewalt in Erinnerung rufen und auf das jeweilige Staatsverständnis und den Wert, der dem Individuum zugesprochen wird, abstellen.[130] Versteht sich der Staat als irdisches Werkzeug göttlicher Gerechtigkeit, so kann es im Strafverfahren keine materielle Rechtskraft geben wie im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess, der auch nach Wegbrechen der religiösen Fundierung daran festhielt;[131] Überbleibsel finden sich in den Staaten, die die ungünstige Wiederaufnahme propter nova beibehalten haben[132]. Auch autoritäre Gemeinwesen wie der NS-Staat oder sozialistische Staaten neigen zur nahezu schrankenlosen Durchsetzung ihres Strafanspruchs.[133] In einem Staatswesen, dessen Aufgabe die Gewährleistung der Freiheit des Einzelnen ist, kann Rechtspflege nur unvollkommene Gerechtigkeit produzieren, nicht nur, weil sie von menschlichen Mängelwesen administriert wird, sondern weil sich der Staat auch aus verfahrensexternen Gründen Schranken auferlegt und die Wahrheit nicht „um jeden Preis" suchen will.[134] Ein freiheitliches Gemeinwesen kann sich somit nur zu der in der Trajan-Sentenz ausgedrückten Vorrangrelation bekennen. Es ist daher ein durchaus plausibles[135] Postulat, dass die Justizpflicht des Bürgers, sich als Beschuldigter den Belastungen eines Strafverfahrens aussetzen zu müssen, wegen derselben Sache nur einmal besteht. Darin liegt mehr als nur ein Ausdruck der aequitas oder humanen Billigkeit[136] oder gar „schwächlichen Sentimentalität gegenüber dem Delinquenten",[137] sondern eine Fixierung dessen, was der Staat vom Bürger zum Wohle aller verlangen kann.

h) Selbst wenn dieser Grundsatz akzeptiert wird, soll damit noch nicht ausgemacht sein, ob er absolut besteht oder Ausnahmen zulässt.[138] Die den Reformbestrebungen vielfach zugrunde liegende Ansicht, es gehe nur um ganz vereinzelte Ausnahmen in seltenen Fällen, unterliegt jedoch Zweifeln:

Erstens müssten solche Ausnahmen, wenn sie den Grundsatz nicht untergraben sollen, eng konturiert werden, womit wieder neue Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsprobleme aufgeworfen werden. Warum etwa nur eine Ausnahme für Mord, aber nicht für Vergewaltigung?[139] Soll nur eine einmalige Wiederaufnahme zulässig sein[140] oder beliebig viele?[141] Welche Taten als schwer gelten, hängt von variablen sozialen Anschauungen ab. In England ist die Wiederaufnahme für 30 Tatbestände nebst Teilnahmehandlungen möglich,[142] in den skandinavischen Ländern bei Tatbeständen mit einer Mindeststrafdrohung von einem bis drei Jahren Freiheitsstrafe, teilweise weiter beschränkt durch Fristen[143]. Kohärente Grenzen werden sich nicht finden lassen.[144] Wenn man mehr „Gerechtigkeit" will, so geht dies aber nicht ohne Gleichbehandlung, erst recht nicht in Rechtsordnungen, die dem Legalitätsprinzip der Strafverfolgung anhängen. Ungünstige Wiederaufnahmen propter nova kann es nur generell oder gar nicht geben.

Man müsste ferner fragen, ob man es dem Zufall überlassen kann, dass „new and compelling evidence" auftaucht, oder ob zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse nicht alle Urteile regelmäßig überprüft werden müssten, was nicht zu leisten ist.[145]

Zweitens erscheint das Denken vom einzelnen Ausnahmefall her, in dem ein richtigeres Ergebnis hergestellt wird, bereits im Ansatz fehlerhaft: Es geht nicht um die Behandlung einzelner Fälle, sondern um die Etablierung einer Ausnahmeregel. Regeln gelten abstrakt und generell. Lässt man für bestimmte Klassen oder für alle Freisprüche Wiederaufnahmen propter nova zu, so entzieht man *allen* erfassten Freigesprochenen unterschiedslos den oben erwähnten Vertrauensschutz – auch hierin kann man eine Ungerechtigkeit sehen. In den Worten *Berners*:

> „Darf man nun annehmen, daß die große Mehrzahl der Freigesprochenen in der That *unschuldig* ist: so würde man durch die Aufhebung des Non bis in idem *gegen jene große Anzahl Unschuldiger eine schreiende Ungerechtigkeit begehen*. Um einige wenige Schuldige noch nachträglich strafen zu können, würde man den *zahlreichen Un-*

[129] Krit. *Greco* (Fn. 65), S. 344 ff. m.w.N. („kollektivistisch").
[130] Vgl. *The Law Commission E&W* (Fn. 38), §§ 4.17 ff. mit Zitat von *P. Roberts*, Criminal Law Review 2000, 952 (954); *ders*., The Modern Law Review 65 (2002), 393 (411 ff.).
[131] Nachweise bei *Arbeitskreis Alternativ-Entwurf* (Fn. 73), S. 14 f.; umfassend zur Genese im deutschen Recht *T. Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Neunzehnten Jahrhundert, 2022.
[132] Z.B. Österreich: § 355 öStPO i.V.m. § 352 Abs. 1 Nr. 2 öStPO; weitere Nachweise bei *Swoboda*, HRRS 2008, 188 (193).
[133] Nachweise bei *Greco* (Fn. 65), S. 364 ff.
[134] BVerfGE 166, 359 (392 f. Rn. 89).
[135] Ähnl. *P. Roberts*, Criminal Law Review 2000, 952 (954): „My citizen's duty is done, and I am beyond your reach."; *Greco* ([Fn. 65], S. 371 ff., 977 ff.) hält dies für vernunftrechtlich geboten.
[136] *Heffter*, Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer „Deutschen Strafprocess-Ordnung", 1873, S. 15 f.
[137] *Binding* (Fn. 64), S. 337.
[138] *The Law Commission E&W* (Fn. 38), § 4.22; ähnl. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (534 f.).
[139] Vgl. *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (523 f.).
[140] So in England, Criminal Justice Act 2003 (c. 44), sec. 76(5).
[141] *Amar*, The Yale Law Journal 106 (1997), 1807 (1815); *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (540 f.).
[142] Criminal Justice Act 2003 (c. 44), Schedule 5.
[143] Nachweise bei *Swoboda*, HRRS 2008, 188 (193).
[144] Ähnl. *P. Roberts*, The Modern Law Review 65 (2002), 393 (423 f.).
[145] *Radtke* (Fn. 70), S. 39.

> *schuldigen* den gesetzlichen Schutz rauben, der ihnen allein Beruhigung geben kann."[146]

Darauf, ob die Mehrheit der Freigesprochen „wirklich" unschuldig ist,[147] kommt es nicht an, sofern nur angenommen werden darf, dass es überhaupt „verdiente Freisprüche" gibt. Da wie oben gezeigt niemand weiß, welche Freisprüche „verdient" sind und welche nicht, bleibt nur die Formulierung einer ausnahmslosen Regel.

Ne bis in idem schützt daher notwendigerweise unterschiedslos diejenigen, die es verdient haben, und diejenigen, die es nicht verdient haben, vor erneuter Strafverfolgung, weil der Schutz der ersteren ohne die Begünstigung der anderen nicht zu haben ist.[148] Diese Asymmetrie zugunsten der Unschuld ist eine rechtspolitische Entscheidung, die freiheitlichen Rechtsordnungen gut ansteht.[149]

V. Fazit

Ne bis in idem ist die Sammelbezeichnung für ein Bündel distinkter Abwehrrechte gegen wiederholte staatliche Strafverfolgung. Die Teilgarantien müssen einzeln betrachtet werden; unpopulär ist in jüngerer Zeit insbesondere ein Verbot erneuter Strafverfolgung nach Freispruch, obschon neue Belastungsbeweise vorliegen. Ein solches Verbot der Wiederaufnahme in defavorem propter nova ist kein universelles, aber immerhin ein regionales Menschenrecht, freilich nicht in Europa. Eine Reihe von Staaten hat dieses Verbot in der jüngeren Vergangenheit erheblich eingeschränkt, in anderen Staaten wächst der Rechtfertigungsdruck. Die alte Sorge vor schikanöser Strafverfolgung scheint erloschen und einem starken Bestrafungsbedürfnis gewichen zu sein.

In freiheitlichen Staaten ist jedoch nach wie vor eine begrenzte Inanspruchnahme der Bürger der Perfektibilität der Strafverfolgungsergebnisse vorzuziehen. Ausnahmen für spektakuläre Einzelfälle lassen sich nur durch Etablierung von Regeln erzielen, die notwendig inkohärent sind und die Korrektur einzelner Fehler auf Kosten der Freiheit aller erkaufen, die „Gerechtigkeitsbilanz" mithin insgesamt verschlechtern.

Bedenkt man ferner, dass „unverdiente" Straflosigkeit auf sämtlichen Stufen der Strafverfolgung eintreten kann und in großem Umfang meist unerkannt („Dunkelfeld") auch eintritt, so relativiert sich die Anstößigkeit der Rechtskraft. In manchen Fällen ist diese Unvollkommenheit staatlicher Rechtspflege nur sichtbarer und wird daher schmerzhafter empfunden, was den Blick dafür verstellt, dass die scheinbar sich aufdrängende Abhilfe hier mehr Schaden anrichtet als Nutzen stiftet.

[146] *Berner*, GA 3 (1855), 472 (475) (*Hervorhebungen* im Original).

[147] Das nimmt auch *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (519), an.

[148] *Berner*, GA 3 (1855), 472 (475). Wenn man von „Vertrauensschutz" sprechen wollte, so handelt es sich nicht um individuell begründeten, sondern pauschalisierenden Vertrauensschutz.

[149] Gegen *Lippke*, New Criminal Law Review 15 (2012), 511 (519), der dies für eine zu dürftige Grundlage für eine absolute Regel hält.

Ein untauglicher Versuch der Strafrechtsreform?

Zur scheinbaren Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach §§ 22, 23 Abs. 3 StGB

Von Dr. Martin Heuser, Regensburg*

Die lange Zeit (d.h. von 1806–1932) umstritten gewesene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs steht heute weitgehend außer Zweifel, seitdem das 2. Strafrechtsreformgesetz (mit Wirkung zum 1.10.1973) nach allgemeiner Lesart eine legislatorische Festlegung in dieser Frage gebracht hat, und nachdem die schon zuvor (d.h. seit 1880) auf diesem Standpunkt stehende Rechtsprechung in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur (seit 1933) nicht mehr ernstlich in Frage gestellt wurde. Doch bei genauer Betrachtung der heute geltenden Gesetzeslage zeigen sich gesetzes- und straftatsystematische Verwerfungen, die unvermeidlich mit der behaupteten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs einhergehen und die neue Zweifel nähren, ob es sich bei dem legislatorischen Versuch, diese Strafbarkeit gesetzlich anzuerkennen, überhaupt um einen tauglichen und gesetzeswirksamen gehandelt hat. Denn ohne eine taugliche Grundlage im geltenden Gesetzesrecht würde es sich bei der behaupteten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs weiterhin um eine bloße Scheinstraftat, d.h. um ein Wahndelikt handeln, sodass die missliche Abgrenzung des nur scheinbar strafbaren untauglichen Versuchs zum straflosen Wahndelikt obsolet wäre. Damit ist die These der nachfolgenden Ausführungen benannt.

I. Ein alter Irrtum – neue Einsichten – innovativer Zweifel?

Die deutsche Versuchslehre gilt im internationalen Rechtsvergleich schon seit geraumer Zeit als „subjektiv ‚übersteuert'"[1]. Als Beispiel hierfür kann die weithin angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs angeführt werden (vgl. § 23 Abs. 3 StGB).[2] Sie gründet in § 22 StGB auf einem sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum,[3] d.h. auf einer subjektiven Fehlvorstellung (error) über die Existenz objektiv nicht existenter Tatumstände, die die Tauglichkeit des Versuchs begründen würden, wenn sie objektiv existent wären. So verhält es sich z.B. in dem Schulfall der Lehrbuchkriminalität,[4] in dem der Akteur auf eine Vogelscheuche schießt, die er fälschlich für einen Menschen hält (Tatobjektsirrtum = untauglicher Versuch am untauglichen Tatobjekt).[5] Infolge dieser Fehlvorstellung wird beim untauglichen Versuch, und zwar in Umkehr des gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB – jedenfalls bei Unkenntnis (ignorantia) objektiv existenter Tatumstände – vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums, ein in seinem „Wissenselement" „irrtumsbegründeter Vorsatz" unterstellt. D.h. es wird die im Wissenselement eigentlich geforderte „Kenntnis" von den maßgeblichen Tatumständen, trotz und entgegen bzw. aufgrund ihrer „Unkenntnis", durch eine Art kontrafaktische „Kenntnisfiktion" ersetzt. Zumindest für den untauglichen Versuch (§§ 22, 23 Abs. 3 StGB) kommt es damit zu einer Lossagung des für den Vorsatz (§ 15 StGB) erforderlichen „Wissenselements" von der nach allgemeinen Vorschriften sonst für ihn erforderlichen Irrtumsfreiheit (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), folglich aber zu einer Entkoppelung des Tatvorsatzes von der Existenz bzw. Nichtexistenz objektiver Tatumstände.

Trotz und gerade aufgrund dieses realitätsentrückten Tatvorsatzes beim untauglichen Versuch hält die deutsche Strafrechtswissenschaft besonders der seit jeher in diesem Sinne subjektivistisch begründeten Strafbarkeit desselben und mit ihr auch der subjektivistischen Versuchslehre die Stange, wenn sie uns wissen lässt:

> „An der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bestehen nach der heutigen Gesetzeslage keine Zweifel."[6]

Aber nach einem bekannten Goethewort wächst mit dem Wissen auch der Zweifel.[7] Und seit geraumer Zeit[8] lassen uns zumindest einige Vertreter der h.M.[9] zusätzlich wissen, dass die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mit Blick auf § 22 StGB allenfalls einen bloßen „Vorstellungsvorsatz" voraussetzen darf, während die Strafbarkeit einer vollendeten Straftat hinsichtlich § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auf einem davon unterschiedenen „Kenntnisvorsatz" beruhen muss.[10] In verfeinerter

* Der *Autor* ist Mitarbeiter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg und hat zuletzt Lehrstühle an den Universitäten Leipzig (SoSe 2023) und Konstanz (SoSe 2024) vertreten.

[1] *Jung*, ZStW 117 (2005), 937 (938).

[2] Sie wird als geltende Gesetzeslage selbst von den wenigen Grundsatzkritikern einer Strafbarkeit des untauglichen Versuchs wie *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 451 ff., 462 f., anerkannt.

[3] Seit RGSt 42, 92 ff.; BGHSt 42, 268 ff.

[4] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 347.

[5] Für einen Fall des realen Lebens in dieser Konstellation siehe beispielsweise schon RGSt 1, 451 f.

[6] *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 183; auf weitere Einzelnachweise zu dieser bekanntermaßen ganz h.M. (in Lit. und Rspr.) sei hier aus Platzgründen verzichtet.

[7] *Goethe*, in: Hecker (Hrsg.), Maximen und Reflexionen, Nach den Handschriften des Goethe- und Schiller-Archivs, 1907, S. 54.

[8] Siehe anfänglich *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.).

[9] V.a. *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 22 Rn. 36.

[10] Siehe für diese begriffliche Unterscheidung zunächst *Herzberg*, JuS 1999, 224 f., unter Verweis auf Differenzierungen seines Schülers *Schlehofer*, GA 1992, 307 (313); siehe auch *ders.*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 5, 19 f., 35 f.,

Beobachtung heißt es nämlich bei *Herzberg*, es passe „§ 16 schon nach dem Wortsinn nicht, wenn sich der Vorsatz des Täters gerade nicht aus dem ‚Kennen', sondern aus Unkenntnis und Irrtum ergibt"[11]. Infolgedessen wäre auch richtig:

> „Es kommt beim Versuch eben nur auf die Vorstellung an und nicht darauf, ob sie sich mit der Realität deckt."[12]

Die damit aus Anlass der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mittlerweile also explizit aufgemachte Differenz des für den untauglichen Versuch einerseits sowie des für die Vollendung andererseits erforderlichen Tatvorsatzes (Differenzthese)[13] ist indes bisher noch nicht Anstoß für neuerliche Zweifel gewesen, ob sich die unisono angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf diese Weise tatsächlich aus dem geltenden Gesetzesrecht ableiten lässt. Demgegenüber gäbe es für solcherart Zweifel einen hinreichenden Anhalt, steht die mit dem untauglichen Versuch verbundene Differenzthese doch in einem schroffen Gegensatz zur sonst behaupteten Identität beider Tatvorsätze (Identitätsthese)[14].[15]

Mit dieser Identitätsthese ist der beim untauglichen Versuch aber allenfalls irrtumsbedingt mögliche Tatvorsatz jedoch offenbar schlechterdings unvereinbar. Die sich dessen allmählich bewusstwerdende Strafrechtswissenschaft sieht sich daher zunehmend vor die disjunktiv zu beurteilende Entscheidung gestellt, ob sie sich entweder zugunsten der offenbar kriminalpolitisch erwünschten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (d.h. zulasten der Identitätsthese) auf den Standpunkt der strafrechtsdogmatisch eher unerwünschten Differenzthese oder aber zugunsten der offenbar kriminalpolitisch unerwünschten Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (d.h. zulasten der Differenzthese) auf den Standpunkt der strafrechtsdogmatisch eher erwünschten Identitätsthese stellen möchte. Tertium non datur!

131, 169; in diesen Zusammenhang gehören ferner *Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002, S. 199; *Spielmann*, Der bedingte Tatentschluß und die Vorbereitungshandlung, 2005, S. 21 ff., 23 f.; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896 Fn. 18, 898); *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 385, 1125; zudem für die Unterscheidung *Jung*, JA 2006, 228 (232).

[11] *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 42.

[12] *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 40.

[13] Weitere Vertreter der Differenzthese sind heute neben *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.), und *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 2, 31 f., 36 ff., 47 ff., affirmativ auch *Busch*, ZStW 135 (2023), 433 (451 f.); *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 23, 27 (siehe aber Rn. 25); *Hardtung* (Fn. 10), S. 199; *Hardtung/Putzke* (Fn. 10), Rn. 385, 1125, 1130, 1141; *Jung*, JA 2006, 228 (230 ff., 233); *Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S. 43 ff., 53; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 9 f.; *ders.*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 30, 42; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896 Fn. 18, 898); *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 543 ff.; *Spielmann* (Fn. 10), S. 21 ff., 26 f., 34 ff., 38, 64 f.; sowie aus skeptischer Motivation heraus *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 13, 17 f.

[14] Siehe dafür u.a. *Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 22 Rn. 11 f.; *Beckemper*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2015, § 22 Rn. 23; *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 22 Rn. 26; *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 22 Rn. 3, 69 *Gössel*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 77 ff.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 21; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 16 Rn. 7, § 22 Rn. 2; *Hillenkamp*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 689 (706); *ders.* (Fn. 6), § 22 Rn. 31, 39; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 621; *ders.*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36 f.; *Jäger*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2024, § 22 Rn. 4; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25. Abschn. Rn. 24; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 49 III 1 (S. 515); *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 13; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2025, § 22 Rn. 12; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 31 Rn. 9; *Kleszewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 472 ff.; *Köhler* (Fn. 2), S. 464; *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 30; *ders./Schuhr*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 16; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 23 f.; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 31, 34; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 28 Rn. 39; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 13), § 16 Rn. 140; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896); *Roxin* (Fn. 4), § 29 Rn. 61, 71, 80; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 943. Nachweise zur älteren Lit. bei u.a. bei *Struensee*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 523 (523 Fn. 5–6). – Unklar ist die exakte Positionierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn sie für den Tatbestand eines versuchten Delikts in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) „das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung" verlangt, „die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestands bezieht"; siehe dafür etwa BGH NJW 2015, 3732 f.; BGH NStZ 2020, 402.

[15] Eine klarere Herausstellung dieser Differenz hat zuletzt *Busch*, ZStW 135 (2023), 433 (452), angemahnt.

Die Beantwortung dieser disjunktiven Standpunktfrage kann valide allerdings nur anhand des geltenden Gesetzesrechts und nicht nach subjektivem Dafürhalten kriminalpolitischer oder sonstiger Art erfolgen. Sollte sich der Strafrechtsreformgesetzgeber also bei Erlass des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz (StrRG)[16] vom 4. Juli 1969, das am 1. Oktober 1973 in Kraft trat und die für den Versuch noch heute gültige Rechtslage normierte,[17] *allgemein* auf den Standpunkt der Identitätsthese gestellt haben, so wäre sein zeitgleicher Versuch, sich anlässlich der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs *besonders* auch auf den Standpunkt der Differenzthese zu stellen, von vornherein ein untauglicher und mithin nur scheinbarer, d.h. gesetzesunwirklicher gewesen, sodass es folglich beim (untauglichen) Versuch (§ 22 StGB) eben nicht subjektivistisch „*allein* auf die Tätervorstellung ankommt“[18], sondern zudem auf ihr mögliches Verhältnis zur Objektivität (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Denn ohne die allgemeinen Vorstellungsmerkmale einer vorsätzlichen Straftat (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) lässt sich eine besondere Erscheinungsform einer vorsätzlichen Straftat (§§ 22, 23 Abs. 3 StGB) ohne logischen Fehler nicht denken. Dass es sich so – bisher – undenkbar in der (untauglich versuchten) Tat aber verhält und der untaugliche Versuch nach dem geltenden Gesetzesrecht nur scheinbar und nicht wirklich strafbar ist,[19] ist die nachfolgend gesetzes- und straftatsystematisch zu begründende These der Untersuchung. Der Vorwurf der Gesetzeswidrigkeit, wie er seitens der Vertreter der subjektivistischen Strafbarkeitsbehauptung gerne gegen jede noch so kleine Infragestellung derselben mit großer Leichtigkeit erhoben wird,[20] fällt damit mühelos auf dieselbe zurück. Die Untersuchung ist sich des Provokanten ihrer These also bewusst, soll doch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs „ernsthaft nicht zu bestreiten“[21] und die dem unerhört entgegengesetzte These der Straflosigkeit „unhaltbar“[22] sein. – Nun aber doch einmal ganz im Ernst:

II. Scheinbare Anerkennung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

Für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs können heute von der h.M. nur zwei gesetzliche Argumente (§§ 22 und 23 Abs. 3 StGB) angeführt werden:

> „Sie ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber sich […] dafür entschieden hat, den Versuchsbeginn davon abhängig zu machen, dass der Täter ‚nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt‘. […] Sichtbar wird diese Grundentscheidung auch in der Regelung des § 23 Abs. 3; denn […] so ist daraus zu schließen, dass der Gesetzgeber den untauglichen Versuch […] von der Regelung der §§ 22, 23 Abs. 1 erfasst und im Grundsatz für gleich strafbar und strafwürdig erachtet, wie den tauglichen Versuch.“[23]

Scheinbar ist der untaugliche Versuch also strafbar. Dies ist nicht zu bestreiten. Zu bestreiten ist allerdings, dass dieser Schein mehr als bloßer Schein und untrüglich ist:

1. § 23 Abs. 3 StGB

Bei dem vorgenannten Schluss aus der bloßen Strafzumessungsvorschrift des § 23 Abs. 3 StGB auf einen gesetzlichen Straftatbestand des untauglichen Versuchs handelt es sich nämlich für sich betrachtet um einen bloßen Zirkelschluss, nachdem diese Rechtsfolgenregelung einen solchen Straftatbestand zwar offenbar nach anderen Vorschriften (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) für sich voraussetzt, jedoch nicht eigens auch normiert. Mit ihr allein geht also gerade nicht einher, dass untaugliche Versuche (subjektiv wie objektiv) tatbestandsmäßige und rechtswidrige Taten darstellen. Insofern trügt der Schein. Untrüglich beglaubigt die Normierung dieser Strafzumessungsvorschrift für einen besonderen Fall des untauglichen Versuchs hingegen den legislatorischen Versuch der an der Strafgesetzgebung beteiligten Individuen, eine Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gesetzesmittelbar und dadurch allgemein anzuerkennen.[24] Jedoch setzt das Gelingen dieses Anerkennungsversuchs voraus, dass es einen untauglichen Versuch auf Tatbestandsseite nach allgemeingesetzlichen Versuchsmerkmalen überhaupt geben kann.

2. § 22 StGB

Folglich bleibt als gesetzliches Argument für die behauptete Strafbarkeit des untauglichen Versuchs allein § 22 StGB. Doch auch dieses trägt nur scheinbar. Die Vorschrift des § 22 StGB enthält in sich nämlich nicht mehr als eine Begriffsbestimmung des strafbaren Versuchs, indem sie den Beginn seiner Strafbarkeit markiert. Dieser liegt hiernach darin, dass der Akteur nach seiner „Vorstellung“ von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt. Daraus kann aber mitnichten abgeleitet werden, wie es jedoch die Differenzthese will, dass es auf die objektive Tauglichkeit eines

[16] Das 2. StrRG ging kompromissartig zurück sowohl auf den von der damaligen Bundesregierung in der 4. Wahlperiode des Bundestages eingebrachten und von einem damaligen Sonderausschuss beratenen Entwurf aus dem Jahr 1962 (E 1962) sowie auf den von vierzehn Strafrechtslehrern im Jahr 1966 erstmals veröffentlichten Alternativ-Entwurf (AE 1966).

[17] 2. StrRG, BGBl. I 1969, Nr. 56, S. 717 (720); zuvor E 2. StrRG, BT-Drs. V/4095, S. 56 f.

[18] Dafür aber *Herzberg*, GA 2001, 257 (260) – *Hervorhebung* durch *M.H.*

[19] Siehe für diese These in nuce und beiläufig schon *Heuser*, ZStW 132 (2020), 330 (354 ff.).

[20] Vgl. z.B. *Herzberg*, GA 2001, 257 ff.

[21] So *Hillenkamp* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 61; ferner z.B. auch *Gössel* (Fn. 14), § 40 Rn. 202; *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 53.

[22] *Schladitz* (Fn. 13), S. 524.

[23] *Hillenkamp* (Fn. 6), § 22 Rn. 183.

[24] Vgl. BT-Drs. V/4095, S. 11 f.

strafbaren Versuchs zur Vollendung der Straftat nach den objektiven Tatumständen nicht ankommt, sondern allein die subjektive „Vorstellung" des Akteurs hiervon maßgeblich ist, die dann ebenso gut zutreffend wie unzutreffend sein kann, sodass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beim (untauglichen) Versuch suspendiert wird.

a) Gesetzes- und Straftatsystematik

Eine solchermaßen den Wortlaut einer bloßen Einzelvorschrift ausschnittweise zu einem vermeintlichen Gesetzesganzen verabsolutierende Interpretation würde sich in einen grundlegenden Widerspruch zur Gesetzes- und Straftatsystematik der (vollendeten und versuchten) Vorsatzdelikte verstricken. Denn die Vorstellung des Akteurs von der zu verwirklichenden Tat i.S.d. § 22 StGB ist nach der allgemein für Vorsatzdelikte (§ 15 StGB) geltenden Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nur dann geeignet, das Wissenselement des für den Versuch erforderlichen Tatvorsatzes zu begründen, wenn sie diejenigen objektiven Umstände der Tat zutreffend erfasst, die den gesetzlichen Tatbestand ausfüllen. Dabei bildet auch die irrige Vorstellung objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat keine zutreffende Vorstellung solcher objektiven Tatumstände, die den gesetzlichen Tatbestand einer Straftat ausfüllen.

Ohne dieses Kenntnis- oder Wissenselement kennt der Akteur bei Begehung der Tat aber einen objektiven Umstand nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, sodass er den Tatbestand auch nicht vorsätzlich zu verwirklichen vermag. Beruht der untaugliche Versuch indes auf einer unzutreffenden Vorstellung von denjenigen objektiven Umständen der Tat, die den Versuch nach der subjektiven Vorstellung des Akteurs bloß als tauglich zur Vollendung der Straftat erscheinen lassen, ohne dass er nach objektiven Umständen objektiv auch tauglich ist, so kennt der Akteur einen objektiven Umstand i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht, der aber zu einer strafbaren Tat objektiv gehören würde, wenn eine solche objektiv vorläge. Er kennt dann nämlich die Tauglichkeit seines Versuchs nicht, da sie objektiv schon nicht existent ist, mithin auch überhaupt nicht gekannt werden kann.

Die hierfür vergeblich bemühte Vorschrift des § 22 StGB sagt also darüber, dass sie unter Verdrängung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für den Versuch bloß subjektive Vorstellungen von objektiven Umständen ausreichend sein lassen möchte, die objektiv überhaupt nicht gekannt werden können, und deren bloß subjektive Vorstellungen unter Beachtung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB jedenfalls den bei der Vollendung erforderlichen Vorsatz nicht zu begründen vermögen, schlechterdings nichts aus. Wäre es anders, könnte der dann irrtümlich begründete Versuch nicht länger als Durchgangsstadium der Vollendung gelten. Es ginge ein Riss durch die Dogmatik von Versuch und Vollendung. Er würde jedoch die notwendige Einheit in ihrer Differenz aufheben. Unter Wahrung der Gesetzes- und Straftatsystematik geht mit dem Wortlaut von § 22 StGB also gerade nicht einher, dass untaugliche Versuche (subjektiv wie objektiv) tatbestandsmäßige und rechtswidrige Taten darstellen. Insofern trügt auch hier der Schein.

b) Der Wille des historischen Gesetzgebers

Das Bemühen des historischen Gesetzgebers ging mit dem Merkmal des „unmittelbaren Ansetzens" dahin, die der subjektiven Versuchstheorie seit jeher eigene Tendenz zur Vorverlagerung zu begrenzen.[25] Dagegen ging es nicht dahin, durch das Merkmal der „Vorstellung" beim Versuchsbeginn eine Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ins Werk zu setzen.

Zwar war es gewiss eine Intention sowohl der Verfasser des E 1962[26] als auch des historischen Gesetzgebers, mit dem aus diesem in den späteren Gesetzestext transferierten Merkmal der „Vorstellung"[27] *besonders* den untauglichen Versuch als strafbaren Versuch anzuerkennen.[28] Jedoch sah dieser E 1962 zugleich das *allgemeine* Straftatmerkmal des Vorsatzes vor, die Tat zu vollenden.[29] Eine *besondere* Erwähnung „des selbstverständlichen Erfordernisses eines auf die Vollendung gerichteten Vorsatzes" betrachtete der historische Gesetzgeber nach Übernahme des Merkmals der „Vorstellung" in die später Gesetz gewordene Begriffsbestimmung des Versuchs schließlich als „entbehrlich",[30] „da schon durch die Wendung ‚nach seiner Vorstellung' klargestellt wird, daß der Versuch vorsätzliches Handeln voraussetzt."[31]

Durch die zeitgleiche Herausstellung des auch für die Vollendung erforderlichen Vorsatzerfordernisses konnte mit dem Abstellen auf die Vorstellung des Täters also keine Abstraktion von ihrer Richtigkeit oder Falschheit, mithin aber auch keine Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift des heutigen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beim Versuch verbunden sein. Ansonsten wäre der historische Gesetzgeber in Konflikt mit dem Wissens- bzw. Kenntniselement des Tatvorsatzes geraten, den bzw. das er gleichermaßen identisch sowohl für den Versuch als auch die Vollendung vorauszusetzen gedachte.

> „Der mit dieser subjektiven Komponente verbundene Gedanke war niemals der, den Vorsatz durch die Vorstellung zu ersetzen, noch der, über den Vorsatz eine Irrtumsfragen entscheidende oder überhaupt eine inhaltliche Aussage zu treffen. […] Deshalb sagt die Vorstellung über die Behandlung eines Irrtums für den Tatvorsatz nichts aus."[32]

Soweit im Übrigen die Intention der Verfasser des E 1962 in Richtung einer solchen Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift gegangen sein sollte,[33] ohne dass dies allerdings auch objektiv Ausdruck im Entwurfstext gefunden hätte, ist dieser E 1962 nicht Gesetz geworden.

[25] BT-Drs. V/4095, S. 11.
[26] Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung), Bundestagsvorlage, 1962 (nachfolgend „E 1962").
[27] E 1962, S. 15 (§ 26 Abs. 1).
[28] Vgl. E 1962, S. 143; BT-Drs. V/4095, S. 11.
[29] E 1962, S. 15 (§ 26 Abs. 1), 144.
[30] BT-Drs. V/4095, S. 11.
[31] BT-Drs. V/4095, S. 11.
[32] *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 706.
[33] Vgl. E 1962, S. 101.

3. Ergebnis

Der untaugliche Versuch ist mit Blick auf das geltende Gesetzesrecht der §§ 22, 23 Abs. 3 StGB nur scheinbar strafbar,[34] weil sich aus diesem, und zwar mangels gesetzlicher Suspendierung der allgemein für Vorsatzdelikte geltenden Anforderungen der §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB, keine Anerkennung eines irrtumsbegründeten Vorsatzes ableiten lässt, wie sie aber für dessen Strafbarkeit aufgrund eines umgekehrten Tatbestandsirrtums unabdingbar wäre. Der legislatorische Versuch des historischen Gesetzgebers, die subjektivistisch zum Voraus angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs anzuerkennen, war demnach selbst lediglich ein untauglicher und daher bloß scheinbarer, mithin gesetzesunwirksamer Versuch. Folglich muss die derzeit sowohl gesetzes- (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) als auch verfassungswidrig (Art. 103 Abs. 2 GG) behauptete und praktizierte Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach geltendem Gesetzesrecht in Wegfall geraten. Nichts an dieser der h.M. widersprechenden These von der notwendigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (nach geltendem Gesetzesrecht), die allein im Einklang mit der von der h.M. zugleich vertretenen Identitätsthese steht, dürfte nach der vorstehenden Widerlegung der beiden von der h.M. für die Strafbarkeit ins Feld geführten Argumente „unhaltbar“[35] sein; im Gegensatz zu der erst infolge der Strafbarkeitsbehauptung in Umlauf geratenen Differenzthese.

III. Der untaugliche Versuch als straflose Scheinstraftat bzw. strafloses Wahndelikt

Der ausgemachte Grundwiderspruch zwischen Identitäts- und Differenzthese ist in der Sache allerdings nichts anderes als der bereits zuvor von *Günter Spendel* noch für die alte Rechtslage (d.h. §§ 43, 59 StGB a.F.) bemerkte – von den übrigen Protagonisten jedoch geflissentlich ignorierte – Grundwiderspruch zwischen Wissen (Kenntnis) und Irrtum (Unkenntnis) in der Begründung des Tatvorsatzes.

> „Der Subjektivist, der kühn die ‚Kenntnis vorhandener Tatumstände‘ durch die ‚irrtümliche Annahme nicht vorhandener Tatumstände‘ ersetzt, stellt also einen Irrtum dem Wissen gleich.“[36]

Dieser Grundwiderspruch bei der Scheinstraftat des untauglichen Versuchs in der Verkehrtheit eines irrtumsbegründeten Tatvorsatzes ist nunmehr noch eingehender zu analysieren, um die Problematik weiter zu verdeutlichen. Denn nichts ist einer neuen Wahrheit schädlicher als ein alter Irrtum.[37] Es steht daher zu befürchten, dass dem Verständnis der neuen These von der gesetzlichen Straflosigkeit der Scheinstraftat des untauglichen Versuchs unter Geltung der §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22, 23 Abs. 3 StGB nichts hinderlicher sein dürfte als die Behauptung einer irrtümlichen Vorsatz- bzw. Strafbarkeitsbegründung infolge eines sog. umgekehrten Irrtums. Schließlich handelt es sich hierbei um einen ausgesprochen alten Irrtum, der wohl aus der mittelalterlichen Sündenlehre[38] einst in die hegelianische Strafrechtswissenschaft[39] übernommen wurde und durch eine zwischenzeitlich in Verlegenheit geratene Rechtsprechung[40] bis heute kolportiert[41] sowie obendrein logizistisch verteidigt[42] wird. Hellsichtig hatte in diesem Kontext bereits *Jürgen Baumann* konstatieren müssen:

> „Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum ist eine so eingefahrene Vorstellung, daß es schwer halten wird, sie abzulösen.“[43]

---

[34] So i.E. auch schon für die alte Rechtslage (§§ 43, 59 RStGB) insbesondere *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 401 ff. (bes. 471 f.).

[35] Vgl. *Schladitz* (Fn. 13), S. 524.

[36] *Spendel*, in: Spendel (Hrsg.), Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8 Mai 1966, S. 89 (112).

[37] Zumindest nach *Goethe* (Fn. 7), S. 158.

[38] Der umgekehrte Irrtum dürfte ein Kind der mittelalterlichen Scholastik und allenfalls für die Zurechnung der Sünden (peccatum), kaum aber für die der Verbrechen (criminium) in Betracht gekommen sein, wenn es z.B. in *Th. v. Aquins* Sentenzenkommentar (Scriptum super Sententiis, lib. 4 d. 9 q. 1 a. 3 qc. 2 ad 2, in: Corpus Thomisticum, S. Thomae de Aquino Opera Omnia, Opera Maiora, Textum Parmae 1858, abrufbar unter https://www.corpusthomisticum.org/iopera.html) heißt: „sicut ignorantia circumstantiae, quae excusat peccatum, excusat a peccato, ita error circumstantiae talis causat peccatum.“

[39] Siehe für den umgekehrten Irrtum im weltlichen Strafrecht erstmals *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 273 f. (§ 109), bei dem diese Figur schon auf einer zirkulären Vorsatzunterstellung beruht: „Das Princip läßt sich dahin zusammenfassen: durch den Irrthum kann die Natur der Absicht, als des bewußten Willens, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realisieren, in keiner Weise alteriert werden; daher kann weder eine Handlung, bei der das Subjekt gerade über einen solchen Theil des Thatbestands in Irrthum ist, wodurch sie überhaupt zum Verbrechen […] wird, jemals als eine dolose gelten, noch kann umgekehrt der dolus bei einer Handlung dadurch hinwegfallen, daß sich der Verbrecher in Beziehung auf solche faktische Umstände irrt, deren Nichtexistenz die Handlung verhindert, […] überhaupt ihren Erfolg […] zu entwickeln […].“

[40] RGSt 42, 92 ff.; zuvor hatte das RG (seit RGSt 1, 439 ff.) noch die radikal subjektivistische Theorie vom objektiv tatbestandslosen Versuch *v. Buris* vertreten, sodass es (bis einschließlich RGSt 33, 321 ff. bzw. 34, 217 ff.) scheinbar ohne den Rekurs auf einen umgekehrten Irrtum auskam, und sich bis dahin an *v. Buris* Einsicht hielt, dass „aus einem Irrtum […] die Strafbarkeit des Thäters nicht hergeleitet werden darf“ (ZStW 1 [1881], 185 [201]).

[41] Z.B. BGHSt 42, 268 ff.

[42] Vgl. dafür die Literatur von *Sax*, JZ 1964, 241 ff., bis *Puppe* (Fn. 14), § 16 Rn. 140 ff.

[43] *Baumann*, NJW 1962, 16 (18).

1. Die Tauglichkeit des Versuchs als Tatbestandsmerkmal und Vorsatzgegenstand

Sofern der beim Versuch erforderliche Vorsatz (§§ 22, 15 StGB) mit dem bei der Vollendung (§ 15 StGB) erforderlichen identisch ist, weil es sich im zeitlichen Durchgang des sich objektiv zur Vollendung entwickelnden Versuchs um dieselbe Tat handelt, muss der Vorsatz schon beim Versuch auf die Vollendung des Tatbestandes gerichtet sein. Davon ging – wie erwähnt – auch der historische Gesetzgeber aus. Nun setzt allerdings ein vollendeter Tatbestand als notwendiges Durchgangsstadium seiner selbst denknotwendig einen tauglichen Versuch für sich voraus. Aus einem untauglichen Versuch kann begriffsnotwendig keinerlei Vollendung resultieren. Mithin ist die Tauglichkeit der versuchten[44] bzw. zu versuchenden[45] Tat (nach Subjekt, Mittel, Objekt und sonstigen Tatmodalitäten) denknotwendiges Tatbestandsmerkmal einer vollendeten bzw. zu vollendenden Straftat, auf deren Tatbestand der für Vollendung und Versuch gleichermaßen und einheitlich erforderliche Vorsatz (§ 15 StGB) prospektiv gerichtet sein muss. Der Irrtum des Akteurs über die Tauglichkeit der zu versuchenden Tat begründet demnach einen Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, der den sowohl für den Versuch als auch für die Vollendung erforderlichen Vorsatz infolge des irrtumsbedingt mangelnden Wissenselements desselben ausschließt. Dabei spielt es nach h.M. keine Rolle, ob ein Tatbestandsirrtum auf einer bloßen Nichtvorstellung (ignorantia) objektiv existenter oder auf einer positiven Fehlvorstellung (error) objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat beruht.[46]

a) Verdeutlichung des unbestreitbaren Satzes „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)"

Der vorstehende Zusammenhang soll nunmehr exemplarisch im Hinblick auf das eingangs[47] erwähnte Vogelscheuchen-Beispiel zur Problematik des Tatobjektsirrtums bzw. des untauglichen Versuchs am untauglichen Tatobjekt verdeutlicht werden, da dieses zuvor von den Vertretern der Differenztheorie im hiesigen Kontext aufgegriffen worden ist.[48] Insofern ein taugliches Tatobjekt als Verwirklichungsgegenstand einer Straftat notwendig vorausgesetzt wird, muss der auf die Vollendung der Straftat gerichtete Vorsatz (§ 15 StGB), der identisch sowohl für ihre strafbare Vollendung als auch für ihren strafbaren Versuch erforderlich ist, zugleich auf diejenigen objektiven Tatumstände gerichtet sein, die dieses Tatobjekt als solches zu konstituieren vermögen. Fehlt dieser Vorsatz, etwa infolge einer auf Verkennung solcher Umstände beruhenden Unkenntnis des Akteurs (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), fehlt es infolge dieses Tatbestandsirrtums am subjektiven Tatbestand nicht erst der strafbaren Vollendung, sondern schon des strafbaren Versuchs.

aa) Tatvorsatz bei tauglichem Versuch und Vollendung

Im Falle eines strafbaren Totschlages gem. § 212 Abs. 1 StGB bzw. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB muss der Vorsatz (§ 15 StGB) auf diejenigen objektiven Tatumstände gerichtet sein, welche einen anderen Menschen als Tatobjekt zu konstituieren vermögen, da diese den konkreten Handlungsgegenstand erst nach äußerlichen Merkmalen zu einem tauglichen Tatobjekt des betreffenden Totschlages machen.[49] So müsste beispielsweise der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur erkennen, dass er einen Erntehelfer vor sich hat, um sich das gesetzliche Tatobjekt eines anderen Menschen zutreffend als solches vorzustellen und sich auf dieser Kenntnis aufbauend willentlich die Tötung eines anderen Menschen konkret vorzusetzen.

bb) Nichtumgekehrter Tatbestandsirrtum (ignorantia) bei unvorsätzlicher Erfolgsbewirkung

Fehlt es an einer solchen Erkenntnis des Verwirklichungsgegenstandes als mögliches Tatobjekt eines Totschlages, und zwar infolge einer auf Verkennung der maßgeblichen Umstände beruhenden Unkenntnis (ignorantia) des Akteurs, so fehlt es gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB mangels Kenntnis am Vorsatz bzw. am subjektiven Tatbestand nicht erst der strafbaren Vollendung (§ 212 Abs. 1 StGB), sondern schon des strafbaren Versuchs (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB). So verhält es sich beispielsweise in dem Fall, in dem der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur nicht erkennt, dass er einen Erntehelfer vor sich hat, sondern annimmt, lediglich auf eine Vogelscheuche zu schießen.[50] In diesem Beispiel verhindert die auf einer positiven Fehlvorstellung (error) beruhende Unkenntnis (ignorantia) die zutreffende Vorstellung eines anderen Menschen als taugliches Tatobjekt eines Totschlages, die Voraussetzung wäre, um sich auf ihr aufbauend willentlich die Tötung dieses anderen Menschen konkret vorzusetzen. Eine Strafbarkeit wegen Totschlages kommt daher weder für eine vorsätzlich vollendete noch für eine vorsätzlich versuchte Tat in Betracht. Es bleibt allenfalls eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, § 16 Abs. 1 StGB (§ 222 StGB).

[44] Perspektive (ex post) der strafrichterlichen Zurechnung (Zurechnungslehre).

[45] Perspektive (ex ante) der täterschaftlichen Unrechtsbegründung (Unrechtslehre).

[46] BT-Drs. V/4095, S. 9; siehe statt vieler aus der Literatur etwa nur *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), § 29 V. 1. a) (S. 307); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 365; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), Vor §§ 16–17 Rn. 3 f.

[47] Nachweise oben Fn. 4.

[48] *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (875); *Herzberg*, JuS 1999, 224 (225); *Spielmann* (Fn. 10), S. 24.

[49] Vgl. allgemein etwa *Vogel/Bülte*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 21; und besonders für die Kenntnis der Tauglichkeit des Tatobjekts eines anderen Menschen *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 211 Rn. 26 Fn. 137.

[50] Mit diesem Beispiel für einen Tatbestandsirrtum auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 201.

cc) Umgekehrter Tatbestandsirrtum (error) bei untauglichem Versuch bzw. unmöglicher Vollendung

Die Erörterung der beiden vorstehenden Konstellationen (Tatvorsatz/Tatbestandsirrtum), deren vorsatz- und irrtumsdogmatische Behandlung gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unproblematisch ist, soll nunmehr als Folie dienen, um fortan auch die Konstellation des untauglichen Versuchs beurteilen zu können, in der der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur nicht erkennt, dass er bloß eine Vogelscheuche vor sich hat, sondern annimmt, auf einen Erntehelfer zu schießen. Denn bei gesetzmäßiger Beurteilung dieser Konstellation gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kann der untaugliche Versuch tatsächlich mangels Kenntnis und mithin mangels Vorsatzes nicht strafbar sein.

> „Ein Irrtum, der auch im Versuchsstadium schon denkbar ist, schließt den Vorsatz aus, sofern er auch beim vollendeten Delikt den Vorsatz entfallen ließe […].“[51]

Hier liegt zwar nicht etwa eine „Unkenntnis“ tatsächlich existenter Umstände vor, die auf ihrer Nichtvorstellung (ignorantia) beruhen würde, wohl aber eine „Unkenntnis“ tatsächlich nicht existenter Umstände, die wegen ihrer Inexistenz als existente Tatumstände schon nicht gekannt werden können, was durch eine positive Fehlvorstellung (error) derselben verdeckt wird.

Indessen wird dies von der h.M. – und besonders von den Vertretern der Differenzthese – in der Lösung unseres Beispielsfalles so nicht anerkannt, sondern der in der Fehlvorstellung (error) begründete Tatbestandsirrtum eigenmächtig für unbeachtlich erklärt:

> „Während […] unumstritten ist, daß in Vollendungsfällen bei einer Ungleichwertigkeit von Verletzungsobjekt und Zielobjekt ein vorsatzausschließender Irrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 StGB vorliegt, läßt sich diese Konsequenz auf Versuchsfälle schlechterdings nicht übertragen. […] Wissensdefizite, die bei Erfolgsherbeiführung als erheblicher Irrtum über das Tatobjekt gelten würden, sind beim Versuch […] unerheblich […].“[52]

Daran ist allerdings mehreres ersichtlich nicht richtig. Zum einen kann im Falle eines Tatbestandsirrtums schon nicht von einer „Vollendung“ gesprochen werden, wenn und weil derselbe den Vorsatz und mithin den subjektiven Tatbestand einer Straftat unmöglich macht. Zum anderen kann der gesetzlich an einen Tatbestandsirrtum geknüpfte Vorsatzausschluss nicht von dem Zufall des – nach ihm ja ohnehin nicht zurechenbaren – Eintritts eines Erfolges geknüpft werden.

(1) Gesetzmäßige Lösung: Vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum

Im Beispielsfall hatte sich der Akteur hinsichtlich des konkreten Verwirklichungsgegenstandes seines Handelns positiv und irrig vorgestellt, auf einen anderen Menschen zu schießen. Infolge dieser positiven Fehlvorstellung (error) hatte er aber gleichfalls nicht etwa die für den Totschlagsvorsatz erforderliche Kenntnis davon, objektiv auf einen anderen Menschen zu schießen,[53] sondern eine einer Nichtvorstellung (ignorantia) geschuldete Unkenntnis davon, objektiv auf eine fremde Sache zu schießen.[54] Diese Unkenntnis von etwas begründet nicht die für den Vorsatz erforderliche Kenntnis von etwas anderem. Hier gilt der unbestreitbare Satz „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)“. Gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelte der Akteur daher ohne den in der Konkretion auf den Verwirklichungsgegenstand erforderlichen Tatvorsatz, einen anderen Menschen zu töten.[55] Die im Verhältnis zur objektiven Wirklichkeit noch bloß abstrakte und indifferente Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, begründet einen hinreichend konkreten Vorsatz nicht.[56] Mithin kann sich der Akteur weder wegen vollendeten (§ 212 Abs. 1 StGB) noch wegen versuchten Totschlages (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB) strafbar gemacht haben. In Betracht kommt allein eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB), für die (§ 222 StGB) es aber bereits objektiv an dem erforderlichen Erfolg fehlt.

(2) Gesetzwidrige Lösung: Vorsatzbegründender Tatbestandsirrtum

Mit der so gesetzlich begründeten Straflosigkeit des untauglichen Versuchs am untauglichen Objekt bei positiver Fehlvorstellung (error) über das Tatobjekt, die sich zwanglos durch die allgemeine Vorsatz- bzw. Irrtumsdogmatik ergibt, wollen sich die Vertreter der h.M. sowie der Differenzthese indessen keineswegs zufriedengeben:

> „Konsequenterweise müsste die herrschende Ansicht […] einen versuchten Totschlag […] verneinen. Ein solches

[51] *Hillenkamp* (Fn. 6), § 22 Rn. 33. Ebenso z.B. *Ambos* (Fn. 14), StGB § 22 Rn. 12; *Beckemper* (Fn. 14), § 22 Rn. 25; *Cornelius* (Fn. 14), § 22 Rn. 28; *Bosch* (Fn. 14), § 22 Rn. 14/15; *Gössel* (Fn. 14), § 40 Rn. 78; *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 706 f.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 38 ff.; *Kaspar* (Fn. 14), § 8 Rn. 14; *Klesczewski* (Fn. 14), Rn. 473; *Kühl* (Fn. 14), § 15 Rn. 28; a.A. etwa *Kudlich* (Fn. 14), § 57 Rn. 32; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

[52] *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (874 f.); i.E. ebenso z.B. *Rath*, JuS 1997, 424 (426); *Herzberg*, JuS 1999, 224 (225); *Spielmann* (Fn. 10), S. 24 f., 36 f.; *Jung*, JA 2006, 228 (230, 232); *Putzke*, JuS 2009, 894 (898).

[53] So zutr. auch *Jung*, JA 2006, 228 (230, 232).

[54] Unproblematisch (wie vorstehend unter bb) und unstreitig ist daher, dass dem Akteur aufgrund dieser Nichtvorstellung (ignorantia) die Kenntnis davon fehlte, objektiv auf eine fremde Sache zu schießen. Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelte er somit ohne den Tatvorsatz, eine fremde Sache zu beschädigen. Folglich hat er sich weder wegen vollendeter (§ 303 Abs. 1 StGB) noch wegen versuchter Sachbeschädigung (§§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB) strafbar gemacht; eine fahrlässige Sachbeschädigung (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB) ist nicht strafbar.

[55] So zutr. auch *Jung*, JA 2006, 228 (230).

[56] Dazu im vorliegenden Kontext schon *Heuser*, ZJS 2019, 181 (189 Fn. 57).

> Verständnis würde […] die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nach sich ziehen."[57]

> „Aber nein, auch wer eine Vogelscheuche mit seinem Feind verwechselt und auf sie schießt, begeht einen Tötungsversuch, […]! Entscheidend ist […] allein die ‚Vorstellung' des Täters."[58]

Denn „unerheblich ist hinsichtlich der Versuchs-Fragestellung […], ob der angezielte Schattenriß am Horizont wirklich ein Mensch ist oder nur eine Vogelscheuche oder ein Baumstumpf"[59].

> „Die fiktiven Umstände überlagern also quasi die konkreten."[60]

Zwar kommt hier niemand auf die Idee, der Akteur könnte sich aufgrund seiner irrigen Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, wegen vollendeten Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht haben, da niemand zu Tode gekommen ist und ein etwaiger Todeserfolg allenfalls in der Einbildung des Akteurs bestehen könnte. Wohl soll sich dieser aber wegen seiner irrigen Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, wegen (untauglich) versuchten Totschlags (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB) strafbar gemacht haben. Eigentlich müsste man „auch einen versuchten Totschlag […] in konsequenter Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und seiner Rechtsfolge verneinen", doch – so lassen uns die Vertreter der Differenzthese wissen – das „mag für das vollendete Delikt zutreffen, nicht aber für den Versuch. Hier wäre der Vorsatzausschluß bereits im Ansatz verfehlt. […] Im Gegenteil, der Irrtum […] begründet gerade seinen Versuchsvorsatz und schließt ihn nicht aus, […]."[61]

Hier setzt also in der Argumentation zur Vorsatzbegründung verdeckt die merkwürdige Gleichung „Irrtum (Unkenntnis) = Wissen (Kenntnis)" ein, die offenbar nur von demjenigen „gewusst" werden kann, der einen Irrtum irrtümlich für Wissen hält. Will man daher den hier vorliegenden Tatbestandsirrtum – namentlich mit der auf den Begriff der Differenzthese gebrachten h.M. in der Lehre vom strafbaren (untauglichen) Versuch – entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB irrtümlich als vorsatzbegründend anerkennen, dann gilt mit diesem gesetzeswidrigen Willensakt des Rechtsanwenders der damit zugleich verdeutlichte Satz:

> „Wissensdefizite, die bei Erfolgsherbeiführung als erheblicher Irrtum über das Tatobjekt gelten würden, sind beim Versuch […] unerheblich […]."[62]

Ohne diesen Willensakt würde aber der gesetzmäßige Gegensatz gelten:

> „Ein Irrtum, der auch im Versuchsstadium schon denkbar ist, schließt den Vorsatz aus, sofern er auch beim vollendeten Delikt den Vorsatz entfallen ließe […]."[63]

b) Die untaugliche Bestreitung des unbestreitbaren Satzes „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)"

In ihrer Behauptung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs widerspricht sich die h.M. nach dem Vorstehenden unbemerkt oder jedenfalls unausgesprochen selbst. Ist dieser Selbstwiderspruch in der Sache dagegen vereinzelt einmal angesprochen worden, so hat man die allein gesetzmäßigen Konsequenzen als „unvertretbar" und „fatal" angesehen:

> „Setzte man die Vorstellung von der Tat mit dem Vorsatz des vollendeten Delikts gleich, so könnten Fälle des untauglichen Versuchs keiner dogmatisch vertretbaren Lösung zugeführt werden. Sähe man dieses Verständnis also als geltendes Recht an, so wäre einzig logische Konsequenz die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs."[64]

> „Wir müßten dann für den Irrtum bei einem versuchten Delikt Konsequenzen ziehen, die wir nicht zu ziehen bereit sind und der Lehre zum umgekehrten Tatbestandsirrtum widersprechen."[65]

aa) Die zirkuläre Vorsatzunterstellung der h.M.

Die gesetzeswidrige Vorsatzbegründung beim untauglichen Versuch (hier: am untauglichen Tatobjekt) aufgrund eines umgekehrten Tatbestandsirrtums (hier: in Form eines Tatobjektsirrtums) beruht also auf der zirkulären Unterstellung, dass der Akteur Vorsatz gehabt haben muss, da der untaugliche Versuch mit dem subjektivistischen Vorurteil gemeinhin strafbar sein soll. Weil er aber keinen Vorsatz gehabt haben würde (und gehabt hat), wenn man auf den bei ihm vorliegenden Tatbestandsirrtum die gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließende Rechtsfolge desselben gesetzmäßig zur Anwendung brächte, muss diese Rechtsfolge kurzerhand in ihr Gegenteil verkehrt werden, um das nach dem vorgefassten Vorurteil eintretende Ergebnis scheinbar aufrechterhalten zu können.

Bei dieser an das Ergebnis angepassten Begründung verkehren sich freilich aber auch die Vorbedingungen des so behaupteten Tatvorsatzes, sodass aus dem für den Vorsatz eigentlich erforderlichen Wissen (Kenntnis) der Irrtum (Unkenntnis) wird. Aus diesem Grund ist der gesetzeswidrige Zirkelschluss im Begründungsgang der h.M. ohne großen Aufwand aus der merkwürdigen Gleichung „Irrtum (Unkenntnis) = Wissen (Kenntnis)" abzulesen, der dann wider alle Logik als sog. „Umkehrschluss" mit formalistischen Mitteln der Logik aufwendig – am eigentlichen Problem vorbei[66] – verteidigt werden muss. Aber daran vermag keine Logik etwas zu ändern:

[57] So zutr. *Jung*, JA 2006, 228 (230).
[58] *Herzberg*, JuS 1999, 224 (225); *Jung*, JA 2006, 228 (230).
[59] *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (875).
[60] *Jung*, JA 2006, 228 (232).
[61] *Spielmann* (Fn. 10), S. 24 f.
[62] Oben Fn. 52.
[63] Oben Fn. 51.
[64] *Jung*, JA 2006, 228 (230).
[65] *Spielmann* (Fn. 10), S. 24.
[66] Siehe dafür *Sax*, JZ 1964, 241 ff., gegen *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441 ff.

„‚Kenntnis der vorhandenen Tatumstände' und ‚Irrige Annahme nicht vorhandener Tatumstände' sind […] zwei ganz verschiedene Begriffe."[67]

bb) Die unweigerliche Heranziehung des umgekehrten Tatbestandsirrtums/Umkehrschlusses

Die unlogische Gleichsetzung von Irrtum und Kenntnis begründet dagegen einen unübersehbaren Riss in der Vorsatzdogmatik, der mit der Differenzthese bzw. dem umgekehrten Tatbestandsirrtum zwischen Versuch und Vollendung verläuft. Ersichtlich korrespondiert die Differenzthese also mit der Anerkennung des umgekehrten Tatbestandsirrtums bzw. des sog. Umkehrschlusses beim (untauglichen) Versuch.[68] Wäre sie im Allgemeinen richtig, wäre der Versuch gegenüber der Vollendung, und zwar wegen der tatbestandlichen Verschiedenheit nicht erst im Objektiven, sondern bereits im Subjektiven, ein selbstständiges Delikt.[69]

(1) Untaugliche Bestreitungsversuche

Dagegen hilft es nichts, die Differenzthese als „Trugschluß" zu brandmarken,[70] zugleich aber die „irrige Vorstellung" beim untauglichen Versuch als das „Wissenselement" des erforderlichen Vorsatzes anzusprechen.[71] Oder – was auf das Gleiche hinausläuft – die Identitätsthese zu verfechten,[72] um zugleich zu behaupten, beim Versuch komme es nur auf die Vorstellung an, nicht aber darauf, ob sie sich mit der Realität decke.[73] Irreführend ist nicht zuletzt die seit *Walter Sax*' Verteidigung des Umkehrschlusses gelegentlich in der Literatur anzutreffende Behauptung, der umgekehrte Tatbestandsirrtum bzw. Umkehrschluss werde zur Vorsatzbegründung im ausgeführten Sinne beim untauglichen Versuch eigentlich gar nicht herangezogen:

„Niemand bezweifelt – jedenfalls das RG hat nie daran gezweifelt –, daß der Täter eines untauglichen Versuchs Tatvorsatz (‚Entschluß') ebenso hat wie der Täter eines tauglichen Versuchs. Denn ‚Vorsatz' als innere Beziehung des Täters zu seinem Tun ist unabhängig davon, ob die äußeren Sachverhalte seiner Vorstellung entsprechen. Um den Tatvorsatz festzustellen, ist ein ‚Umkehrschluß aus § 59' weder nötig, noch irgendwo herangezogen worden. […] Das Problem der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist […] kein solches des Tatvorsatzes (‚Entschlusses'), […]."[74]

(2) Ist der (umgekehrte) Tatbestandsirrtum gar kein Tatbestandsirrtum?

Angesichts dessen ist auch klar, was man von der instruktiven Aufforderung der Vertreter der Differenzthese halten muss:

„Machen Sie sich bitte klar, dass der ‚umgekehrte Tatbestandsirrtum' nichts, aber auch gar nichts mit § 16 zu tun hat."[75]

Es handelt sich hierbei nämlich um den Versuch, den umgekehrten Tatbestandsirrtum aus dem Begriff und damit zugleich aus der Rechtsfolge des Tatbestandsirrtums (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) herauszuhalten.

Nun hat der sog. „umgekehrte Tatbestandsirrtum", der den irrtumsbegründeten Tatvorsatz eines untauglichen Versuchs begründen soll, mit dem nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum im Allgemeinen aber den Namen gemein. Analytisch ist daher in seinem Begriff gelegen, dass es sich tatsächlich auch um einen Tatbestandsirrtum handelt, d.h. nicht um etwas hiervon qualitativ völlig Verschiedenes. Auf diesen Standpunkt hat sich bei Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Rechtsfigur, jedenfalls im Hinblick auf die Vorgängervorschrift des § 59 StGB, tatsächlich auch keine geringere Instanz als der BGH selbst gestellt, der zutreffend davon ausging, der umgekehrte Tatbestandsirrtum sei „ein echter Tatbestandsirrtum im Sinn des § 59 StGB"[76].

Wie lautet aber die Begründung für die gewagte These, der (umgekehrte) Tatbestandsirrtum sei kein Tatbestandsirrtum? – Dazu hört man:

„Trotz gemeinsamer Begrifflichkeit ‚Irrtum' liegt hier ein gegenüber dem Tatbestandsirrtum gravierender Unterschied vor: Beim Irrtum nach § 16 StGB sind tatbestandsentsprechende objektive Merkmale gegeben, aber es fehlt an kongruenter Tätervorstellung i.S.v. Vorsatz; beim ‚umgekehrten Irrtum' tragen hingegen die subjektiven Tatbestandsmerkmale einen die äußere Realität ‚überschießenden' Charakter."[77]

Der qualitative Unterschied, der den (in diesem Falle mithin mindestens schlecht sog.) umgekehrten Tatbestandsirrtum nicht als Tatbestandsirrtum, sondern als Nichttatbestandsirrtum erscheinen lassen soll, soll also darin bestehen, dass es sich beim Tatbestandsirrtum um eine bloße Nichtvorstellung (ignorantia) handelt, während beim umgekehrten Tatbestandsirrtum eine positive Fehlvorstellung (error) gegeben ist.[78] Damit widerspricht diese Begründung allerdings der

[67] *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441 (458).
[68] Das wird z.B. von *Maier* (Fn. 13), S. 73, 121, übersehen, der im Umkehrschluss einen Kunstgriff erblicken möchte, dessen es angesichts von §§ 22, 23 Abs. 3 StGB nicht mehr bedürfe.
[69] Dafür z.B. *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (867, 898); *Maier* (Fn. 13), S. 55 ff.; *Schladitz* (Fn. 13), S. 564, 567, 569 ff., 572.
[70] *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 706.
[71] *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 702.
[72] *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 36 ff.
[73] *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 40 a.E.
[74] *Sax*, JZ 1964, 241 (243 f.).
[75] *Hardtung/Putzke* (Fn. 10), Rn. 1135.
[76] BGHSt 2, 74 (76).
[77] *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (863).
[78] Siehe dafür statt vieler z.B. auch *Bosch* (Fn. 14), § 22 Rn. 68: „Für die Voraussetzungen und Grenzen des untauglichen Versuchs ist bedeutsam, dass es sich insgesamt um Irrtumsfälle handelt: Der Täter stellt sich eine Sachlage vor, die in Wahrheit nicht besteht, die aber sein Handeln als strafbar

allgemeinen Annahme, dass der Tatbestandsirrtum sowohl die Nichtvorstellung (ignorantia) als auch die Fehlvorstellung (error) in sich schließt.[79] Es handelt sich also um eine untaugliche Begründung.

2. Der Pseudovorsatz einer Scheinstraftat in irrtümlicher Umkehr des Gesetzes (§ 16 Abs. 1 StGB)

Im Vorstehenden ist aufgezeigt worden, dass der umgekehrte Tatbestandsirrtum das für den Vorsatz sowohl beim strafbaren Versuch als auch bei der Vollendung erforderliche Wissenselement nicht zu begründen vermag, sodass der auf einen umgekehrten Tatbestandsirrtum gegründete (untaugliche) Versuch kein strafbarer sein kann. Die Ausführungen verhielten sich insoweit negativ zur Frage des Tatvorsatzes und der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Im Folgenden ist nunmehr noch aufzuzeigen, dass der irrtumsbegründete Vorsatz beim untauglichen Versuch auf einen Schein- bzw. Pseudovorsatz hinausläuft, der lediglich eine Scheinstraftat bzw. ein Wahndelikt zu begründen vermag, für dessen Strafbarkeit eine gesetzliche Grundlage im StGB nicht existent ist. Die nachfolgenden Ausführungen verhalten sich insoweit positiv zur Frage des Pseudovorsatzes und der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs.

a) Ungesetzliche Neudefinition des Tatvorsatzes

Der zur Strafbarkeit sowohl beim Versuch als auch bei Vollendung erforderliche Vorsatz (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) ist nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen begriffen als der konkrete Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände.[80] Nach der spezifischen These eines irrtumsbegründeten Vorsatzes wäre der erforderliche „Vorstellungsvorsatz" im ersten Moment dagegen lediglich zu verstehen als der konkrete Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in teilweiser Unkenntnis all seiner objektiven Tatumstände bei teils irriger Einbildung derselben. Allerdings ist dabei noch nicht berücksichtigt, wie sich das im Irrtum negierte Wissenselement positiv auf das für den Tatvorsatz vorausgesetzte Willenselement auswirken müsste:

aa) Wille = Wunsch?

Dem für die Vollendung erforderlichen „Kenntnisvorsatz" (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) liegt zugrunde, dass der Wille nur dasjenige wollen kann, was er auch kennt bzw. dass er das ihm Unbekannte nicht wollen können kann.[81] Wie soll der Wille dann aber beim untauglichen Versuch mit seinem „Vorstellungsvorsatz" die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch seine objektiv untaugliche Handlung wollen können, wenn er die in Wahrheit bestehende Untauglichkeit seiner Handlung, die er irrig nur für tauglich hält, nicht kennt?

Richtig gesehen ist zunächst der von einigen Autoren hervorgehobene Umstand, dass der irrtumsbegründete Vorsatz ein maßgeblich „voluntativ geprägter"[82] sein müsste:

> „Wenn beim Versuch die Unkenntnis eines Elements vorliegt, das zu dessen Scheitern führt, entsteht ein umgekehrter Tatbestandsirrtum. Der normale Tatbestandsirrtum wird von jemandem gehegt, der die Verletzung nicht will. […] Hingegen liegt die Unkenntnis der Inadäquanz eines Versuchs bei jemandem vor, der die Verletzung will, […]."[83]

Unrichtig wäre dagegen die Behauptung, das Willenselement sei hier mit jenem des zur Vollendung erforderlichen Vorsatzes identisch.[84] Folglich besteht ein entscheidender Unterschied zwischen dem tatmächtigen Willen bei tauglichem Versuch und Vollendung einerseits sowie dem tatohnmächtigen Willen beim untauglichen Versuch andererseits. Denn der in seiner Handlung objektiv mittellose Wille ist tatsächlich ein solcher ohne Aussicht auf objektive Verwirklichung seines Verwirklichungswunsches, mithin notwendig nur ein objektiv unwirklicher Wille in Ansehung desselben. Ein unwirklicher Wille ist damit jedoch nicht mehr als (s)ein bloßer Wunsch.

Bei der sich so aufdrängenden Unterscheidung von tatmächtigem Willen und bloßem Wunsch handelt es sich um eine Differenzierung, die bis dato bereits gelegentlich für die Abgrenzung zum abergläubischen Versuch aufgegriffen wurde,[85] und deren Tradition in den praktischen Wissenschaften bis auf *Kant*,[86] mithin bis in die Anfangszeit der Debatte um die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bei *Tittmann/Feuerbach*[87] zurückreicht.[88] In ihrer Übertragung

erscheinen ließe, wenn sie objektiv vorläge. Die Irrtumskonstellation ist umgekehrt wie beim vorsatzausschließenden Irrtum iSv § 16: Während dort der Täter objektiv vorliegende Tatumstände nicht kennt, seine Vorstellung also hinter der objektiven Wirklichkeit zurückbleibt (‚negativer' Irrtum), hält der Versuchstäter objektiv nicht vorliegende Umstände fälschlich für gegeben, so dass seine Vorstellung über die Wirklichkeit hinausgeht (‚positiver' Irrtum)."

[79] Nachweise oben Fn. 46.

[80] Siehe statt vieler z.B. *Roxin/Greco* (Fn. 50), § 12 Rn. 4.

[81] Siehe dafür z.B. *Köhler* (Fn. 2), S. 150: „Nach dem Prinzip der subjektiven Zurechnung zum Tatwillen ist die objektive Realisation der tatbestandsmäßigen Handlung bis zum Erfolg nur die Tat des Subjekts, sofern und soweit sie im praktischen Geltungswissen konzipiert wird."

[82] *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (871).

[83] *Puig*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 14), S. 729 (737).

[84] Dafür aber *Maier* (Fn. 13), S. 45 ff.

[85] Z.B. von *Maier* (Fn. 13), S. 45 ff. m.w.N.

[86] *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Einl. MdS, S. IV f.

[87] *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1. Theil, 1806, S. 266 ff. (§ 107); *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 4. Aufl. 1808, § 42 Fn. b).

auf den untauglichen Versuch bedeutet sie für die zuvor aufgeworfene Frage, dass auch der objektiv mittellose Vorsatz eines unwirklichen bzw. bloß wünschenden Willens ein solcher ohne Aussicht auf objektive Verwirklichung ist, d.h. dass er nur ein unwirklicher Vorsatz ist.

Die Antwort auf die Frage lautet dann, dass der Wille die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch seine objektiv untaugliche Handlung nicht wirklich wollen, sondern bloß tatohnmächtig wünschen kann, wenn er die in Wahrheit bestehende Untauglichkeit seiner Handlung, die er infolge eines umgekehrten Tatbestandsirrtums irrig nur für tauglich hält, nicht kennt. Dem unwirklichen Tatvorsatz des untauglichen Versuchs mangelt also nicht nur das für den Vorsatz erforderliche Wissens-, sondern auch das für ihn erforderliche Willenselement. Der nach der Differenzthese für ausreichend erachtete „Vorstellungsvorsatz" wäre demnach als ein bloßer Schein- bzw. Pseudovorsatz zu verstehen, d.h. als der konkret tatohnmächtige (abstrakte) Wunsch zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in teilweiser Unkenntnis all seiner objektiven Tatumstände bei teils irriger Einbildung derselben.

bb) Der Pseudovorsatz begründet nur eine Scheinstraftat

Nach der Strafbarkeitsthese des untauglichen Versuchs ist also der individuelle Irrtum des Akteurs *scheinbar* kenntnisbegründend, dadurch aber zugleich, und zwar in Verbindung mit seinem die objektive Tatbestandsverwirklichung bloß wünschenden Willen, *scheinbar* auch vorsatz-, unrechts-, schuld-, tätersubjekts-, straftat- und zuletzt strafbarkeitsbegründend, während das allgemeine Gesetz (d.h. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) eine solche Strafbarkeitsbegründung objektiv nicht vorsieht. Damit wird dem Akteur des untauglichen Versuchs indes – im doppelten Wortsinne – irrtümlich die Kompetenz zugeschrieben, zunächst die objektive Wirklichkeit trotz objektiver Unwirklichkeit zu bestimmen, und dadurch zugleich den Umfang objektiv bestehender Strafgesetze auf den Bereich der objektiven Unwirklichkeit auszudehnen, mithin gleichunmittelbar über die Grenzen von Recht und Unrecht zu verfügen, d.h. eine objektiv nicht rechtswidrige Handlung in eine scheinbar rechtswidrige zu verwandeln:

> „Ein grosser Teil unserer Theoretiker wie unserer Praktiker ist durchsetzt von dem Glauben an die schöpferische Kraft des umgekehrten Irrtums – und zwar nicht sowol [sic!] an seine immerhin doch schon sehr respektable Kraft, die irrtümlich deliktische Handlung in ein wirkliches Delikt zu verwandeln (diese Bagatellfrage wird ganz übersprungen), sondern sie zum strafbaren Verbrechensversuch zu stempeln."[89]

Daher scheint zu gelten:

> „Der umgekehrte Irrtum schafft das Verbrechen!"[90]

Im verfassten Rechtsstaat kann Strafe aber nur aufgrund gesetzlich verfasster Straftatbestände (Art. 103 Abs. 2 GG), mithin aufgrund eines gesetzlichen Allgemeinwillens (Art. 20 Abs. 2–3 GG) verhängt werden. Daran fehlt es im Falle des untauglichen Versuchs, weshalb es sich bei ihm um eine bloße Scheinstraftat handelt. Eine scheinbare Straftat ist jedoch keine Straftat. Versieht man sie – wie im Fall des untauglichen Versuchs – dennoch mit Strafe, bestraft man tatsächlich nichts anderes als ein Wahndelikt,[91] obgleich dieses an sich und mit Recht für straflos erachtet wird.

(1) Der umgekehrte Tatbestandsirrtum als Grund eines umgekehrten Strafbarkeits- und Verbotsirrtums

Nach Ansicht ihrer Befürworter beruht die im Gesetz (in abstracto) tatsächlich nicht vorgesehene Strafbarkeit für einen Straftatbestand des untauglichen Versuchs (in concreto) auf einem Irrtum des Akteurs über objektiv nicht existente Umstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat, dem die phantastische Fähigkeit nachgesagt werden muss, diese (in concreto) objektiv nicht existenten Umstände dieser Straftat zumindest in rechtlicher Hinsicht mit fiktionaler Wirkung ansatzweise zur Existenz zu bringen. Infolgedessen kommt dem umgekehrten Tatbestandsirrtum aber zugleich scheinbar auch die Fähigkeit zu, diese objektiv nicht existenten Tatumstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat (in concreto) zur Kenntnis des Akteurs zu bringen. Mit dieser irrtümlich-fiktional vermittelten Pseudokenntnis (in concreto) objektiv nicht existenter Tatumstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat entsteht nun aber erst aufgrund eines darauf aufbauenden Pseudovorsatzes der scheinbare Versuch einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat, d.h. der untaugliche Versuch derselben, der als scheinbarer Versuch dieser Straftat jedoch kein wahrer und strafbarer Versuch derselben ist. D.h. der Schein eines im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftatbestandes des untauglichen Versuchs entsteht (in concreto), indem dieser objektiv nur scheinbare Versuch der im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat (in concreto) irrig für einen strafbaren Versuch der im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat gehalten wird.

Da aufgrund dessen die Handlung eines untauglichen Versuchs scheinbar strafbar ist (z.B. §§ 218 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 StGB), muss sie scheinbar auch rechtswidrig sein. Folglich verbindet sich mit dem die Scheinstraftat begründenden umgekehrten Strafbarkeitsirrtum beim untauglichen Versuch zugleich ein umgekehrter Verbotsirrtum, der ein Wahndelikt begründet. Aufgrund dessen müsste man z.B. auch den Genuss bzw. die Verabreichung einer Tasse Kamillentee für rechtswidrig erachten, sofern sich diese – an sich sozialadäquate und zum Schwangerschaftsabbruch (§ 218 Abs. 1 StGB) objektiv völlig untaugliche – Handlung subjektiv mit der irrigen Annahme ihres Akteurs verbindet, durch sie einen Schwangerschaftsabbruch bewirken zu können.

[88] Siehe dazu m.w.N. *Fehige*, in: Ritter/Gründer/Gabriel (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 12, 2004, Sp. 1077 (1079).
[89] *Binding* (Fn. 34), S. 417.
[90] *Binding* (Fn. 34), S. 553.
[91] Siehe oben Fn. 34.

„Aber erst kommt das Vorurteil und dann das Gesetz."[92]

Sieht man dagegen von dem subjektivistischen Vorurteil der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für ein Moment ab und hält man sich dabei nur an das Gesetz, so kann die vorgenannte Handlung nicht für rechtswidrig befunden werden, da sie allgemein erlaubt und nicht verboten ist. Andernfalls müsste auch diejenige Person rechtswidrig handeln, die weiß, dass sie mit dem Genuss bzw. der Verabreichung einer Tasse Kamillentee keinen Schwangerschaftsabbruch bewirken kann, wenn sie dies bei Vornahme einer solchen Handlung tun zu können dafür umso mehr wünscht. Das zeigt, dass es einen Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 Abs. 1 StGB) mit untauglichen Handlungen, folglich aber ebenso einen untauglichen Versuch eines solchen Straftatbestandes im Gesetz nicht gibt.

(2) Die Irrelevanz der unmöglichen Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt

Fällt der untaugliche Versuch somit unter die Klasse der straflosen Wahndelikte, besteht ein Vorzug der hier begründeten These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit desselben darin, dass sie die sonstige Notwendigkeit obsolet macht, (strafbaren) untauglichen Versuch und (strafloses) Wahndelikt voneinander abzugrenzen.[93] Das dürfte beispielsweise auch jenen Stimmen entgegenkommen, die in dieser Abgrenzung „ein grundsätzlich aussichtsloses Unterfangen"[94] erblicken oder eine „dem Rechtsgefühl widersprechende"[95] Ausdehnung der Strafbarkeit durch den untauglichen Versuch beklagen.

b) Mangel gesetzlicher Fundierung der Scheinstraftat

Dass die Scheinstraftat des untauglichen Versuchs nach dem geltenden Gesetzesrecht nicht strafbar ist, die dagegen gesetzes- (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und verfassungswidrig (Art. 103 Abs. 2 GG) angenommene Strafbarkeitsbehauptung also keine Grundlage im Gesetz hat, namentlich nicht in den §§ 22, 23 Abs. 3 StGB, wurde bereits ausgeführt.[96]

Hiernach sprach gesetzlich nichts für die zweifelhafte Annahme eines irrtumsbegründeten Tatvorsatzes als vorgebliche Rechtsfolge des umgekehrten Tatbestandsirrtums im Rahmen eines untauglichen Versuchs. Bei weiterer Analyse dieses umgekehrten Tatbestandsirrtums in seiner vorgeblich vorsatzbegründenden Funktion ist aber zudem bewusst geworden, dass er mit seiner irrigen Annahme objektiv nicht existenter Tatumstände eines gesetzlichen Straftatbestandes als objektiv existent – in irrtümlicher Ersetzung des Wissenselements des Tatvorsatzes – auf eine kontrafaktische Kenntnisfiktion in dieser Hinsicht hinausläuft. Gegen die gesetzliche Anerkennung einer solchen kontrafaktischen Kenntnisfiktion infolge irriger Annahme objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat als existent spricht dann aber ein aus § 16 Abs. 2 StGB zu gewinnendes Argument, das in der bisherigen Debatte noch keine Rolle gespielt hat und daher noch Erwähnung finden soll.

§ 16 Abs. 2 StGB enthält eine besondere Irrtumsregelung nicht für diese irrige Annahme des umgekehrten Tatbestandsirrtums, sondern für jene, wonach der Akteur irrig die objektiven Tatumstände eines milderen als des objektiv von ihm verwirklichten Tatbestandes annimmt.

> „Diese Vorschrift fingiert den Vorsatz des milderen Gesetzes (dessen Verwirklichung konstruktiv nur versucht wird) und verstößt nur dann nicht gegen Art. 103 II GG, wenn sie den Täter begünstigt."[97]

Wenn nun aber diese Vorsatzfiktion aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nur nicht gegen Art. 103 Abs. 2 StGB verstößt, wenn und weil sie den Täter begünstigt, dann verstößt erst recht die Fiktion eines Vorsatzes – wie im Falle des umgekehrten Tatbestandsirrtums – gegen Art. 103 Abs. 2 StGB, wenn und weil sie den Täter belastet.

Der Strafrechtsreformgesetzgeber des 2. StrRG hat deshalb gut daran getan, keine § 16 Abs. 2 StGB korrespondierende Irrtumsvorschrift für den umgekehrten Tatbestandsirrtum ins Gesetz aufzunehmen. Andernfalls hätte er einen sowohl der Realität als auch der Logik, d.h. dem gesunden Menschenverstand widerstreitenden Satz als Rechtssatz anordnen müssen:

> „Die irrige Annahme eines zu einem gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstandes, der diesen Tatbestand verwirklichen würde, wenn der Umstand tatsächlich gegeben wäre, steht seiner Kenntnis gleich."

Wenn es damit allerdings aus gutem Grund keine gesetzliche Irrtumsregelung des Inhalts einer Kenntnisfiktion im Falle eines umgekehrten Tatbestandsirrtums gibt, dann verstößt die frohgemut ohne jede gesetzliche Anordnung praktizierte Fiktion einer den Vorsatz vermeintlich begründenden Kenntnis im Falle des untauglichen Versuchs nach dem Vorstehenden in einem weiteren Sinne erst recht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

[92] *Binding* (Fn. 34), S. 357 f.

[93] Siehe für diese leidige Abgrenzung m.w.N. etwa *Engländer* (Fn. 13), § 22 Rn. 100 ff.; *Bosch* (Fn. 14), § 22 Rn. 82 ff.; *Frisch*, GA 2019, 305 ff.; *ders.*, in: Goeckenjan/Puschke/Singelnstein. (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, S. 617 ff.; *Heger* (Fn. 14), § 22 Rn. 15; *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 69 ff.; *Jäger* (Fn. 14), § 22 Rn. 57 ff.; *Kindhäuser/ Hilgendorf* (Fn. 14), Vor §§ 22–24 Rn. 8 ff.; *Kudlich* (Fn. 14), § 57 Rn. 40 ff.; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 14), § 22 Rn. 26 ff.; *Murmann* (Fn. 13), § 22 Rn. 266 ff.; *Zaczyk* (Fn. 13), § 22 Rn. 41 ff.

[94] *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 375.

[95] *Schmitz*, JURA 2003, 593 (598, 602).

[96] Siehe oben unter II.

[97] *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 16 Rn. 20.

IV. Innovativer Zweifel – alte Einsichten – neue Konsequenzen

> „Es nimmt […] nicht wunder, wenn manche Irrtümer und Irrlehren immer wiederkehren. Zu ihnen gehört der sog. Umkehrschluß […] als eine der brüchigen Stützen der subjektiven Versuchstheorie."[98]

Eine neue Form dieser ewigen Wiederkehr des Irrtums beim untauglichen Versuch lässt sich hiernach seit einiger Zeit in Gestalt der sog. Differenzthese beobachten, wonach der für den Versuch erforderliche Vorsatz ein anderer sein soll als der für die Vollendung erforderliche. Diese die Vorsatzdogmatik entzweiende These nährt jedoch neuerliche Zweifel, ob sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs friktionslos mit der Gesetzes- und Straftatsystematik, namentlich mit der dagegen mehrheitlich vertretenen Identitätsthese vereinbaren lässt.

In der Rückverfolgung dieser Zweifel stößt das straftatsystematische Denken sodann notwendig auf bereits bekannte, jedoch bisher geflissentlich ignorierte Einsichten, namentlich die, dass die zweifelhafte Strafbarkeitsbehauptung die für den Tatvorsatz gem. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Kenntnis vorhandener Tatumstände durch die irrtümliche Annahme nicht vorhandener Tatumstände ersetzt, obgleich das geltende Gesetzesrecht eine solche Ersetzung des erforderlichen Wissens durch einen bloßen Irrtum nicht vorsieht. Darin aber, dass es „der eigentliche Sündenfall der Rechtswissenschaft" ist, „sich vom Gesetz zu lösen",[99] ist den Vertretern der Differenzthese vollkommen zuzustimmen.[100] Ein Irrtum über objektive Tatumstände begründet gemäß geltendem Recht nämlich nicht etwa den zur Versuchsstrafbarkeit erforderlichen Tatbestandsvorsatz, sondern schließt ihn umgekehrt gerade aus. Die irrtümliche Strafbarkeitsbegründung beim untauglichen Versuch beruht also auf einer gesetzwidrigen Irr(tums)lehre, die tatsächlich eine bloß scheinbare Straftat, d.h. ein Wahndelikt bestraft. Auch diese Erkenntnis ist nicht grundsätzlich neu, sondern sie ist neu allenfalls für das derzeit geltende Gesetzesrecht.

Wenn die hier begründete These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nach derzeit geltendem Gesetzesrecht somit aber gewisse Anleihen bei solchen Kritikern der Strafbarkeit desselben nimmt, die gemeinhin als Vertreter einer objektivistischen Versuchstheorie gelten (z.B. *Binding* oder *Spendel*), ist sie selbst gleichwohl nicht als auf einer solchen beruhend anzusehen. Denn weder bestreitet sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs rein aus objektiven Gründen mangelnder Gefahrschaffung noch vermisst sie lediglich die Verwirklichung eines objektiven Versuchstatbestandes. Vielmehr bestreitet sie schon die Verwirklichung des subjektiven Versuchstatbestandes, weil dieser im Falle des untauglichen Versuchs per se keine mögliche Korrespondenz in einem objektiven Versuchstatbestand haben kann, weshalb ihn sich der Akteur auch von vornherein nicht wirklich vorzusetzen vermag. Die hier begründete These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs beruht daher auf einer wahrhaft subjektiven-objektiven Versuchstheorie. D.h. sie gründet gesetzmäßig (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) auf einer solchen Versuchstheorie, die für die Strafbarkeit eines Versuchs das vorsätzliche (mithin nicht irrige) unmittelbare Ansetzen zu einer Tat verlangt, deren Verwirklichung (in concreto) mindestens möglich ist.

[98] *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441.
[99] *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 60.
[100] Vgl. oben Fn. 38.

Der Schutz von Menschen mit körperlichen oder seelischen Beeinträchtigungen durch § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

Von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Trier*

Mit der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 wurde der Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen in § 179 StGB a.F. gestrichen. An seine Stelle getreten sind die § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Der Beitrag gibt einen Überblick über diese Regelungen und erläutert, warum beide Vorschriften fast zehn Jahr nach der Reform weiterhin ein Schattendasein fristen.

I. Einleitung

Das neue Sexualstrafrecht ist nunmehr seit über neun Jahren in Kraft.[1] Im Zentrum der Reform stand § 177 Abs. 1 StGB (sog. Nein-heißt-Nein-Lösung). Dieser Tatbestand bestraft jede sexuelle Handlung,[2] die gegen den erkennbaren Willen des geschützten Rechtsgutsträgers erfolgt. Die Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 hat viel Kritik hervorgerufen.[3] Die befürchtete Flut von neuen Strafverfahren wegen Sexualstraftaten ist – im Großen und Ganzen – jedoch ausgeblieben.[4]

Der seit November 2016 überkommene Tatbestand der sexuellen Nötigung war – wie dies für Nötigungstatbestände kennzeichnend ist – als zweiaktiges Delikt konstruiert.[5] Nur wenn der Angreifer den Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht unter Einsatz eines Nötigungsmittels (Gewalt, qualifizierte Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage)[6] wagte und dieses final zur Erreichung seines Anliegens einsetzte, wurde er als Täter eines Sexualdelikts bestraft. Dieses tradierte Schutzkonzept beruht auf archaischen und längst überholten Vorstellungen.[7] Zu Recht hat man sich daher von diesem Konzept verabschiedet und sich einem fortschrittlichen Modell zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen zugewandt und zwar einem solchen, das der Bedeutung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung gerecht wird.[8] Die Grundidee des neuen Konzepts setzt bei dem besagten § 177 Abs. 1 StGB an: Wenn der Rechtsgutsträger ein „Nein" (verbal oder nonverbal) erkennbar zum Ausdruck bringt, ist jede sexuelle Handlung strafbar.

Nicht immer ist es dem Rechtsgutsträger aber möglich oder zumutbar, ein „Nein" zu artikulieren.[9] Dies gilt vor allem für „widerstandsunfähige Personen" i.S.d. § 179 StGB a.F.[10] Im Zuge der Reform wurde der Tatbestand des „Sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen" gestrichen. Die Schutzvorschriften zugunsten dieses Personenkreises wurden in den neuen § 177 Abs. 2 StGB – und zwar in dessen Nr. 1 und 2 – integriert.

Kurz nach Inkrafttreten des neuen § 177 StGB hat der *Verf.* sich in einem Beitrag in der ZIS ausführlich mit dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB befasst.[11] Der vorliegende (erste Fortsetzungs-)Beitrag soll sich im Schwerpunkt den Tatbeständen in § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB zuwenden. Diese Tatbestände dienen dem Schutz von Menschen, die eine Beeinträchtigung aufweisen, die ihre Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung tangiert.

* Der *Autor* ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier.

[1] Übersicht *El-Ghazi*, StV 2021, 314.

[2] Damit eine sexuelle Handlung vorliegt, muss die Handlung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen, vgl. § 184h Nr. 1 StGB. Die Reform, insbesondere die Einführung des Tatbestandes der sexuellen Belästigung in § 184i Abs. 1 StGB, soll nach der Rechtsprechung ohne Einfluss auf den Begriff der sexuellen Handlung geblieben sein, vgl. BGH, Urt. v. 26.4. 2017 – 2 StR 580/16 = StV 2018, 238; vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 574/16 = StV 2018, 239; a.A. *El-Ghazi*, StV 2018, 250 ff.; *ders.*, ZIS 2017, 157 (160 f.); *Lederer*, AnwBl. 2017, 514 (517 f.).

[3] Insbesondere *Frommel*, Interview bei Deutschlandradiokultur v. 7.7.2016, abrufbar unter https://www.deutschlandfunkkultur.de/sexualstrafrecht-das-neue-gesetz-ist-unsinn-100.html (8.2.2025);
Fischer, Die Zeit Online v. 28.6.2016, abrufbar unter https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht/seite-3 (8.2.2025).

[4] Seither hat sich die Zahl der polizeilichen Verfahren und auch der Verurteilungen deutlich erhöht: 2016 lag die Zahl der polizeilich erfassten Fälle von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung bei 47.401 Fällen; 2023 lag sie bei 126.470 Fällen. Auch die Zahl der Verurteilungen wegen solcher Delikte hat erheblich zugenommen – von 6.416 im Jahr 2016 auf 10.364 im Jahr 2022, Strafverfolgungsstatistik, abrufbar unter https://www-genesis.destatis.de/datenbank/online/url/0e73942b (8.2.2025).

[5] Vgl. exemplarisch *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 177 Rn. 28.

[6] § 177 Abs. 1 Nrn. 1–3 in der Fassung bis zum 9.11.2016.

[7] *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208 ff.).

[8] *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 174 ff. Rn. 8; *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2023, Vor §§ 174 ff. Rn. 33 ff.; *Bottke*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 535 (540 f.).

[9] BT-Drs. 18/9097, S. 23.

[10] Zu den Voraussetzungen vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83 = BGHSt 32, 183 ff. = NJW 1984, 673.

[11] *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157.

II. Überblick zu § 177 Abs. 2 StGB und Rechtsnatur

Von der Grundidee des § 177 Abs. 1 StGB weicht § 177 Abs. 2 StGB ab[12] und vereint fünf Tatbestände, in denen eine Strafbarkeit nicht von einem ausdrücklich oder konkludent (z.B. durch Gesten, Weinen, Abwehrhandlungen, Schreie etc.)[13] erklärten „Nein" abhängig gemacht wird. Der Träger des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung muss im Falle des Abs. 2 der sexuellen Handlung nicht widersprechen.[14] Auch der Abs. 2 sollte zur Schließung von Schutzlücken beitragen.[15]

Nr. 1 gilt für Personen, die aus physiologischen Gründen überhaupt keinen entgegenstehenden Willen bilden oder äußern können; in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 ist die Willensbildung oder -äußerung zumindest erheblich eingeschränkt; Nr. 3 gilt den sog. „Überraschungsangriffen" auf die sexuelle Selbstbestimmung; bei Nr. 4 nutzt der Täter eine Lage für die sexuelle Handlung aus, in der dem Opfer im Falle des Widerstandes ein empfindliches Übel droht und im Fall des Nr. 5 nötigt der Täter sein Opfer mittels Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung. In allen Fällen ist auch der Versuch gem. § 177 Abs. 3 StGB strafbewehrt.

Alle fünf Sanktionsnormbestimmungen des Abs. 2 setzen – ebenso wie Abs. 1 – voraus, dass der Täter eine sexuelle Handlung an einer anderen Person vornimmt, von ihm vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Der Begriff der sexuellen Handlung in Abs. 2 entspricht dem in Abs. 1. Die Handlung muss mithin einen Bezug zur Sexualität, also einen Bezug zum Geschlechtlichen,[16] aufweisen und dabei „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit" sein, § 184h Nr. 1 StGB.[17]

Ebenso wie bei Abs. 1 handelt es sich bei den in § 177 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 StGB genannten Tatbeständen um ein Verletzungsdelikt.[18] In der Handlungsvariante des Bestimmens des Opfers zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung (an sich selbst, dem Täter oder einem Dritten) besitzt der Tatbestand auch Erfolgsdeliktscharakter.[19] Die sexuelle Handlung erfolgt in diesen Fällen durch das Opfer oder durch einen Dritten an dem (er-)duldenden Opfer. Die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bedarf eines Zurechnungsgrundlage zulasten des Täters; diese liegt in der vom Taterfolg zu trennenden Tathandlung des Bestimmens. Den Charakter eines Erfolgsdelikts besitzt auch die Nötigungsvariante in Nr. 5. In allen übrigen Fällen lässt sich ein von der Tathandlung (sexuelle Handlung) unabhängiger Erfolg nicht ausmachen, sodass hier – nach konventioneller Doktrin[20] – reine Tätigkeitsdelikte abgebildet werden.

III. Der Schutz von Widerstandsunfähigen (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und eingeschränkt Widerstandsfähigen (§ 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB)

Die in § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB normierten Tatbestände betreffen einen besonders schutzwürdigen Personenkreis. Im Falle des Abs. 2 Nr. 1 geht es um Menschen, denen die Fähigkeit fehlt, sich gegen den Angriff auf ihr Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zu wehren. Nr. 2 schützt hingegen solche Personen, denen die Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung nicht vollständig fehlt; sie sind aber in diesen Fähigkeiten erheblich eingeschränkt. Auch ihnen wird ein „Nein" nicht zugemutet, um den strafrechtlichen Schutz nach § 177 Abs. 1 StGB auszulösen.

1. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB: Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung

a) Absolute Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung

Die Aktivierung des strafrechtlichen Schutzes kann dann nicht von einem Widerspruch von Seiten des Rechtsgutsträgers abhängig gemacht werden, wenn der Rechtsgutsträger physiologisch nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Tatbestandlich erfasst werden durch Nr. 1 alle Fälle, die zuvor bereits von § 179 StGB a.F. erfasst waren. Dessen Abs. 1 stellte noch auf die *Widerstandsunfähigkeit* ab und nicht auf die Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.[21] Außerdem musste die Widerstandsunfähigkeit i.S.d. § 179 StGB a.F. entweder in einer geistigen oder seelischen Krankheit, in einer Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit, in einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder eben körperlich begründet liegen.

Hiervon löst sich § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Worauf die absolute Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, pathologisch zurückzuführen ist, ist für die Anwendung dieser Regelung irrelevant. Entscheidend ist der Defekt, nicht sein Ursprung.[22] Der neue Abs. 2 knüpft an das neue Paradigma des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB an. Dem Angriffsopfer wird darin nicht mehr (implizit) abverlangt, sich gegen Übergriffe auf seine sexuelle Integrität körperlich zur Wehr zu setzen; verlangt wird eben nur noch, dass das Angriffsopfer einen Gegenwillen

[12] *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (317).
[13] Vgl. *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 177 Rn. 19c.
[14] *K. Schumann/Schefer*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 811 (813); *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 23, 26.
[15] Vgl. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (218 ff.).
[16] BGH, Beschl. v. 13.3.2018 – 4 StR 570/17 = BGHSt 63, 98 (104) = NJW 2018, 2655.
[17] Vgl. *Hörnle*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 184h Rn. 18 ff.; vgl. auch *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (160 f.).
[18] *Rönnau*, JuS 2010, 961; *K. Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 177 Rn. 12; *Eisele*, RPsych 1/2017, 7.
[19] Schon zu Abs. 1 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159 f.).
[20] Zur Abgrenzung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikt vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 10 Rn. 2 ff.
[21] *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 177 Rn. 42; *Renzikowski*, NStZ 2017, 3553 (3554).
[22] Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23.

bildet und diesen erkennbar nach außen kundtut. Aus diesem Grund nimmt der neue Abs. 2 Nr. 1 eben nur noch auf die Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung Bezug. Diese Änderung bleibt im Vergleich zum alten § 179 StGB nicht ohne Auswirkungen: Ist jemand in der Lage, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und diesen zu äußern, scheidet diese Person auch dann aus dem strafrechtlichen Schutzbereich des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aus, wenn nur die Widerstandsfähigkeit aufgehoben ist. Ist der Träger des Rechtsguts beispielsweise querschnittsgelähmt und deshalb zur körperlichen Gegenwehr nicht in der Lage, so kann gegenüber dieser Person Abs. 2 Nr. 1 nicht einschlägig sein. Auch unter diesen Umständen wird dem Rechtsgutsträger abverlangt, seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich (oder – soweit möglich – konkludent) zu artikulieren. Tut er dies, macht sich der Angreifer wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar. Äußert der Querschnittsgelähmte hingegen seinen ablehnenden Willen nicht, bleibt der Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht straflos, soweit nicht ausnahmsweise eine andere Variante des Abs. 2 Nr. 2 bis 5 einschlägig ist.

Die Fähigkeit zur Willensäußerung (bei vorhandener Willensbildungsfähigkeit) fehlt dann, wenn der Träger des Rechtsguts nicht in der Lage ist, seinen Willen verbal oder nonverbal zu artikulieren. Dies ist beispielsweise bei Komapatienten, Bewusstlosen, aber auch bei schlafenden Menschen der Fall.[23] Der Zustand kann auch durch den späteren Täter des sexuellen Übergriffs, z.B. durch die (heimliche) Verabreichung von K.O.-Tropfen, herbeigeführt worden sein.[24] Allein ein fehlendes Sprechvermögen reicht damit nicht aus, um die Voraussetzungen der fehlenden Willensäußerungsfähigkeit bejahen zu können. Als weitere Möglichkeit nonverbaler Kommunikation verbliebe weiterhin die Option, durch Handbewegungen, Gesten oder durch andere Körperbewegungen seinen Willen nach außen zu tragen. Erst wenn dem Rechtsgutsträger auch diese Möglichkeit fehlt, kann von fehlender Fähigkeit der Willensäußerung ausgegangen werden.

Die Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung muss für Abs. 2 Nr. 1 vollständig aufgehoben sein.[25] Dies folgt bereits aus der Existenz des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der den Fall der eingeschränkten Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit speziell regelt.[26] Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 wurde (bewusst) eng ausgestaltet. Von einer solchen absoluten Unfähigkeit ist beispielsweise auszugehen, wenn der Rechtsgutsträger im Koma liegt, unter Vollnarkose steht oder aus anderen Gründen bewusstlos ist.[27] Die Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung kann auch auf dissoziative Zustände zurückzuführen sein, die während des Geschlechtsverkehrs eintreten.[28] Nr. 1 ist auch bei sexuellen Handlungen an (Kleinst-)Kindern die aufgrund ihrer noch fehlenden geistigen und körperlichen Entwicklung nicht in der Lage sind, einen Gegenwillen zu bilden oder zu äußern. Der Umstand, dass in diesen Fällen auch ein sexueller Missbrauch an Kindern nach § 176 StGB einschlägig ist, schließt den Tatbestand des § 177 StGB nicht aus.[29] Die Rechtsprechung präferiert Tateinheit zwischen den Tatbeständen, weil allein die Verurteilung nach § 176 StGB nicht zum Ausdruck brächte, dass die Tat an einer Person verübt wurde, die zur Willensbildung oder -äußerung nicht in der Lage war.[30] Richtig ist daran, dass eine Verurteilung allein wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern tatsächlich nicht kenntlich macht, ob das Kind mit der sexuellen Handlung „einverstanden" war oder nicht. Ebenso wenig wie § 177 Abs. 1 StGB hinter dem Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern zurücktritt, tritt auch Abs. 2 Nr. 1 hinter §§ 176 f. StGB zurück.

In all diesen Fällen ist bereits die Fähigkeit zur Willensbildung ausgeschlossen. Auch Schlafenden kann diese Fähigkeit fehlen.[31] Nicht ausreichend ist eine „bloße Hilfsbedürftigkeit oder die bloße Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung".[32] Bloße Enthemmung durch Alkohol- oder Drogenkonsum genügt daher nicht, um Nr. 1 bejahen zu können.[33] Der Rechtsgutsträger muss sich (mindestens) in einem schweren Rauschzustand befinden.[34] Bei der Ermittlung des Zustands i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB sollen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die Grundsätze aus der Rechtsprechung zu Bewusstseinsstörungen und anderen schweren seelischen Störungen entsprechend anwendbar sein.[35] Freilich begründet allein Schuldunfähigkeit mitnichten einen Zustand nach Nr. 1. Wer schuldunfähig ist, weil er unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, muss natürlich noch nicht unfähig sein, einen Willen in sexuellen Angelegenheiten zu bilden oder diesen Willen zu äußern.

[23] *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

[24] BGH, Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24 = NJW 2024, 3735; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

[25] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8; BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = NStZ-RR 2022, 341; BT-Drs. 18/9097, S. 23; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

[26] *Renzikowski*, in: Erb/Schäfer (Fn. 17), § 177 Rn. 68; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (16).

[27] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8: „Bewusstlosen".

[28] BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NStZ 2024, 479 (480).

[29] BGHSt 67, 197 (198).

[30] BGHSt 67, 197 (198 f.); *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 55.

[31] *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 28; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 69; BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8.

[32] BT-Drs. 18/9097, S. 24.

[33] *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (16).

[34] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8; BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = NStZ-RR 2022, 341.

[35] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8; zur Widerstandsunfähigkeit i.S.v. § 179 StGB a.F. vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88 = BGHSt 36, 145 (147) = NJW 1989, 3028; *Renzikowski* (Fn. 8), § 179 a.F. Rn. 29 m.w.N., wonach diese eine Orientierung bieten können.

Ob ein Zustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorliegt, wird das Tatgericht häufig nur unter Heranziehung sachverständiger Unterstützung beurteilen können. Auch hierfür ist nämlich in einer Gesamtbetrachtung, in die das aktuelle Tatgeschehen einzubeziehen ist, die geistig-seelische Verfassung des Opfers und deren Auswirkungen auf das Opferverhalten zu prüfen.[36]

b) Temporäre Beeinträchtigung ausreichend

Dem Angriffsopfer muss die Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung nicht dauerhaft fehlen. Ein temporärer Zustand der Unfähigkeit genügt. Dieser Zustand der Willensbildungs- oder Willensäußerungsunfähigkeit muss zum Zeitpunkt der Tat, also bei der Vornahme der sexuellen Handlung, vorliegen.[37] Von Abs. 2 Nr. 1 erfasst ist deshalb ohne Weiteres auch der Fall, dass der Rechtsgutsträger durch Verabreichung sog. K.O.-Tropfen in einen Zustand i.S.v. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB „versetzt" wird,[38] und zwar unabhängig davon, wer ihm diese beigebracht hat.[39] Entscheidend ist aber auch hier letztlich das Ausmaß der dadurch herbeigeführten Beeinträchtigung in der Willensbildungs- und Willensäußerungsfähigkeit. Denn – wie bereits ausgeführt – ist für die Verwirklichung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB letztlich unerheblich, auf welche Ursache der Zustand zurückzuführen ist; dies findet auch in § 177 Abs. 4 StGB Bestätigung, in dem die Tat zu einem Verbrechen qualifiziert wird, wenn die Lage des Opfers auf eine Krankheit oder Behinderung zurückzuführen ist.

c) „Starr vor Angst-Fälle" und überraschende Übergriffe

Unter gewissen (engen) Voraussetzungen kann § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch die sog. „starr vor Angst-Fälle" erfassen. Dies entspricht wohl auch der Intention des Gesetzgebers.[40] Nicht jede Form von Angst oder Schrecken genügt jedoch, um die Eingangsvoraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 auszulösen. Es ist aber nicht auszuschließen, dass eine Angststarre ein solches Ausmaß erreicht, dass dem Rechtsgutsträger die Willensbildung oder Willensäußerung dadurch, wenn auch für kurze Zeit, unmöglich gemacht wird. Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich hingegen nicht herauslesen, dass der Gesetzgeber sämtliche Fälle der „starr vor Angst-Fälle" von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst wissen wollte. Die Gesetzesbegründung macht hinreichend deutlich, dass die Furcht bzw. Angst ein bestimmtes Ausmaß erreicht haben muss, und zwar ein solches, dass es dem Rechtsgutsträger nicht mehr möglich ist, seinen entgegenstehenden Willen zu äußern.[41] Das wird zwar selten der Fall sein, aber ist in der Tat nicht auszuschließen.

Abzulehnen ist die zum Teil in der Literatur vertretene Auffassung, von Abs. 2 Nr. 1 seien auch die Fälle erfasst, in denen der Rechtsgutsträger den Angriff auf seine sexuelle Integrität nicht kommen sieht und daher von der sexuellen Handlung überrumpelt bzw. überrascht wird.[42] Diese Ansicht erfährt in der Tat eine gewisse Bestätigung in den Gesetzgebungsmaterialien.[43] Eine solch weite Auslegung überschreitet aber den Wortlaut des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Unter Geltung der alten Rechtslage wurde lange Zeit kritisiert, dass diese sog. Überraschungsfälle grundsätzlich straffrei waren.[44]

[36] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8; BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88 = BGHSt 36, 145 = NJW 1989, 3028.

[37] *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 26.

[38] BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8.

[39] So schon BT-Drs. 18/9097, S. 23 f.

[40] BT-Drs. 18/9097, S. 27 f.

[41] In der Begründung zu BT-Drs. 18/9097, S. 27 f.: „Die Qualifikation [Abs. 5 Nr. 3] ist zum Beispiel erfüllt, wenn der Täter nachts in einem einsamen Park sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt, obwohl diese vom Opfer ausdrücklich verbal zurückgewiesen wurden (§ 177 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 3 StGB-E). Ferner ist die Qualifikation einschlägig, wenn das Opfer in der geschilderten Situation derart starr vor Schreck ist, dass ihm die Äußerung eines entgegenstehenden Willens nicht möglich ist (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 3 StGB-E). Hierbei sind an das Opfer keine unrealistischen Anforderungen zu stellen. Es muss insbesondere nicht weitere Risiken eingehen oder sich gegenüber Dritten in seiner vulnerablen Situation offenbaren."

[42] So *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 69; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 26. Auch der bei beiden vorzufindende Verweis auf BGHSt 36, 145 (146 f.) vermag diese Rechtsansicht nicht zu unterstützen. In dieser Entscheidung begründet der BGH den Zustand i.S.v. § 179 StGB a.F. nicht mit der Überrumpelung und damit, dass das Opfer den Angriff nicht kommen sah. Vielmehr stellte der BGH insbesondere auf den allgemeinen Gesundheitszustand ab und zieht daneben auch die Folgen der Überrumpelung heran, um in der Konsequenz die Voraussetzungen des § 179 StGB a.F. zu begründen. Die folgende Passage belegt dies m.E. eindeutig: „Als Ursache einer solchen Unfähigkeit kommen nicht nur geistig-seelische Erkrankungen, sondern auch sonstige geistig-seelische Beeinträchtigungen in Betracht, die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben."

[43] BT-Drs. 18/9097, S. 25: „Das Überraschungsmoment wird von dem Täter auch ausgenutzt, wenn das Opfer im letzten Moment zwar noch des sexuellen Übergriffs gewahr wird und noch einen entgegenstehenden Willen bilden, diesen aber nicht mehr dergestalt äußern kann, dass Abs. 1 einschlägig wäre bzw. den kurzfristig gebildeten entgegenstehenden Willen in der Überrumpelungssituation nicht mehr durchsetzen kann. Insbesondere hierdurch unterscheidet sich die Nummer 3 von den Voraussetzungen der Nummer 1, bei der dem Opfer die Willensbildung oder Willensäußerung unmöglich sein muss."

[44] Vgl. *Isfen*, ZIS 2005, 207 (218 f.); Deutsches Institut für Menschenrechte, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigung – Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, 2014, S. 2, abrufbar unter https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateen/Sonstiges/Kurzes_Hintergrundpapier_zu_dem_Policy_Paper_Schutzluecken_bei_der_Strafverfolgung_von_Vergewaltigung_01.pdf (8.2.2025).

Schon aufgrund ihrer Prominenz in der vorzeitigen Debatte um die Schutzlücken im deutschen Sexualstrafrecht hat der Gesetzgeber die Überraschungsfälle in § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB speziell aufgegriffen (dazu unten). § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB knüpft hingegen an bereits bestehende Vorschriften (§ 179 StGB a.F.) an und sollte zuvorderst deren Überleitung in die neue Grundvorschrift des Sexualstrafrechts bewerkstelligen. Nr. 1 sollte von seiner Grundintention mithin keineswegs dazu dienen, die Überraschungsfälle zu erfassen. Auch die Existenz des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB liefert darüber hinaus ein (systematisches) Argument gegen eine Erfassung dieser Fälle von Abs. 2 Nr. 1. Freilich ist dieser systematische Aspekt nicht unüberwindbar. Wenn § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aber eine absolute Unfähigkeit des Rechtsgutsträgers fordert, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder diesen zu äußern, dann finden wir diese Unfähigkeiten im Falle des Überraschungsangriffes eben eindeutig nicht vor. Zutreffend ist, darauf wurde bereits hingewiesen, dass es für § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB tatbestandlich irrelevant ist, worauf die Unfähigkeit des Rechtsgutsträgers zurückzuführen ist. Bei genauem Hinsehen kann dem Rechtsgutsträger in der normalen Konstellation des Überraschungsangriffs aber eine solche Fähigkeit nicht abgesprochen werden. Der Rechtsgutsträger wäre objektiv betrachtet in der Lage, einen Gegenwillen zu bilden und diesen zu äußern. Er tut es – verständlicherweise – nur deshalb nicht, weil er seine sexuelle Integrität nicht bedroht sieht. Unfähigkeit ist von Unwilligkeit zu unterscheiden. Im Falle des klassischen Überraschungsangriffs ist das Fehlen des Gegenwillens nicht auf Unfähigkeit, sondern auf Unwilligkeit zurückzuführen. Dass diese Unwilligkeit letztlich auf fehlender Umstandskenntnis beruht, ändert daran nichts. Der Rechtsgutsträger bildet keinen Gegenwillen, obwohl er ihn zur Tatzeit hätte bilden können.

d) Vorsatz und Ausnutzen des Zustands für die sexuelle Handlung

Bei § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB handelt es sich um ein (reines) Vorsatzdelikt. Der subjektive Tatbestand lässt bedingten Vorsatz genügen und zwar auch in Bezug auf den Zustand des Opfers, keinen Willen bilden oder äußern zu können.[45] Die Feststellung des Vorsatzes in dieser Hinsicht bedarf sorgfältiger Prüfung, wenn der präsumtive Täter selbst unter geistigen Beeinträchtigungen leidet.[46]

Der Täter muss darüber hinaus die Lage des Opfers für seinen Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ausnutzen. Das Merkmal der Ausnutzung taucht in mehreren sexualstrafrechtlichen Tatbeständen auf (vgl. §§ 174 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 174a Abs. 2, 174b und 174c, 182 Abs. 1, Abs. 3 StGB). Insofern kann auf die bereits bestehenden Erkenntnisse zurückgegriffen werden. Der Täter kann sich die prekäre Lage des Opfers aber nur dann zu Nutze machen, wenn ihm die Lage des Opfers bekannt ist.[47] Notwendig ist ein Ausnutzungsbewusstsein in dem Sinne, dass sich der Täter die erkannte Lage des Opfers für die sexuelle Handlung zunutze macht.[48]

Von einem Ausnutzen kann aber nur die Rede sein, wenn die Unfähigkeit des Opfers, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, die Vornahme der sexuellen Handlung in irgendeiner Form überhaupt erst ermöglicht oder zumindest begünstigt hat.[49] Der präsumtive Täter muss auch in dieser Hinsicht mit bedingtem Vorsatz handeln.[50] Schon zur alten Rechtslage hatte die Rechtsprechung ein solches Begriffsverständnis des Ausnutzens vertreten.[51] Dies ist überzeugend: Wurde die Tat nicht durch die Lage des Opfers begünstigt, dann hat der präsumtive Täter diese Lage auch nicht ausgenutzt. Es gab nichts, was er hätte nutzen müssen. Der Bundesgerichtshof hat ein Ausnutzen beispielsweise in einem Fall verneint, in dem das „Opfer" erst während des gemeinsamen, zunächst konsentierten Geschlechtsverkehrs in einen Zustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verfallen ist. Der Angeklagte hat dies zwar bemerkt und dennoch die sexuelle Handlung fortgesetzt. Weil die sexuelle Handlung schon zuvor begonnen hatte, verneinte das Gericht das Ausnutzen. Etwas anderes muss aber dann gelten, wenn der Betroffene den Zustand seines Sexualpartners in der Weise ausnutzt, dass er zu solchen Sexualpraktiken übergeht, die vorher nicht konsentiert waren (z.B. Analverkehr bei konsentiertem Vaginalverkehr).

e) Qualifikation des Abs. 4

§ 177 Abs. 4 StGB formuliert speziell für den Tatbestand in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Qualifikation.[52] Die Tat gilt nach Abs. 4 als Verbrechen (Strafrahmen: nicht unter einem Jahr), wenn die Unfähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht. Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung klar-

[45] BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 48.
[46] *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 32; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 74.
[47] Zum Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke vgl. *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 13), § 211 Rn. 86.
[48] BT-Drs. 18/9097, S. 23.
[49] BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NStZ 2024, 479 (480); BGH, Urt. v. 13.2.2019 – 2 StR 301/18 = NJW 2019, 2040; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 30.
[50] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 177 Rn. 34; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 48; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 31; a.A. *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 74; *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 431.
[51] Zu § 179 StGB a.F. BGH, Urt. v. 28.3.2018 – 2 StR 311/17, Rn. 12 = NStZ-RR 2018, 244; BGH, Beschl. v. 17.6.2008 – 3 StR 198/08, Rn. 4 = NStZ 2009, 90; BGH, Beschl. v. 28.10. 2008 – 3 StR 88/08, Rn. 5 = NStZ 2009, 324; *Renzikowski*, in: Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 35.
[52] Sie bezieht sich von ihrem Wortlaut eindeutig nicht auf alle anderen in den Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 bis 5 genannten Tatbestände: *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 69.

gestellt, dass die Qualifikation nur bei vorübergehenden oder dauerhaften körperlichen oder psychischen Erkrankungen bzw. Behinderungen eingreifen soll.[53] Der Gesetzgeber sieht diesen Personenkreis, Kranke und Menschen mit Behinderung, als besonders schutzwürdig an.[54] Der Täter, der sich diesen Personenkreis zum Opfer macht, verwirkliche „besonderes Unrecht".[55] Teilweise wird die Differenzierung zwischen Krankheiten und Behinderungen auf der einen Seite und anderen Beeinträchtigungszuständen (vorübergehende Bewusstlosigkeit, z.B. aufgrund der Verabreichung von K.O.-Tropfen oder Narkose) auf der anderen Seite kritisiert.[56]

Zwischen den Zuständen von Krankheit und Behinderung gibt es deutliche Überschneidungsmengen.[57] Behinderungen beruhen in der Regel auf länger andauernden oder dauerhaften Erkrankungen. Letztere (Krankheiten) werden beschrieben als regelwidrige Körper- oder Geisteszustände, die Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben.[58] Der Gesetzgeber wollte einmalige Rauschzustände, die durch die Einnahme von Betäubungsmittel oder Alkohol verursacht sind, nicht als Krankheit i.S.d. § 177 Abs. 4 StGB verstanden wissen.[59] Menschen mit Behinderungen sind solche, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können (so § 2 Abs. 1 SGB IX).[60] Die Qualifikation greift nur ein, wenn der Unfähigkeitszustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB gerade auf der Krankheit oder Behinderung beruht. Es genügt also nicht, dass ein Mensch mit Behinderung aufgrund anderer Einwirkung in den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verfällt.

2. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB: Erhebliche Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung

a) Grundidee

Der Tatbestand dient dem Schutz solcher Personen, die auf Grund eines körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt sind. Gerade durch die Einfügung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB geht das reformierte Sexualstrafrecht deutlich über den Schutzstandard hinaus, der bis dato durch § 179 StGB gewährleistet wurde, und sich im Wesentlichen auf „Widerstandsunfähige" beschränkte.[61]

Der in Nr. 2 genannte Personenkreis soll verstärkt vor fremdbestimmten Sexualkontakten geschützt werden.[62] Auch diesen Personen mutet das Gesetz, zumindest solange dieser Zustand andauert, nicht zu, ein ausdrückliches oder konkludentes „Nein" gegen den sexuellen Kontakt zu artikulieren. Strafbar macht sich, wer diesen Zustand für sein sexuelles Ansinnen (sexuelle Handlung) ausnutzt, solange (und soweit) er sich nicht zuvor der Zustimmung seines Gegenübers zur sexuellen Interaktion versichert hat.

Der Tatbestand hantiert mithin mit einer Art „Ja-heißt-Ja-Lösung"[63], weil (vermeintlich) jeder nicht konsentierte Sexualkontakt, wenn er die Schwelle zur sexuellen Handlung überschreitet, strafbewehrt wird. Es handelt sich aber eben nicht um eine Ja-heißt-Ja-Lösung in ihrer Reinform, da der Tatbestand sein Eingreifen auch von einem Ausnutzen abhängig macht. Fehlt dem präsumtiven Täter das Ausnutzungsbewusstsein bei der Vornahme der nicht konsentierten sexuellen Handlung, bleibt er trotz fehlender Zustimmung seines Gegenübers straffrei.

Auf der einen Seite wird der Tatbestand in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB als (selbst-)widersprüchlich bewertet:[64] Die Personen, deren gesteigertes Schutzbedürfnis im Tatbestand anerkannt wird, sind aufgrund ihres Zustandes zu einer Wahrnehmung ihres Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung nicht in der Lage. Dennoch soll allein ihre faktische Zustimmung zum Tatbestandsausschluss führen. Richtig ist, dass die rudimentär-freie Zustimmung nicht als echte eigenverantwortliche Disposition angesehen werden kann. Auf der anderen Seite bedeutete der Verzicht auf den Zustimmungsvorbehalt einen erheblichen Eingriff in die Rechte der Betroffenen. Indem der Tatbestand sexuelle Kontakte mit ihnen für Dritte kriminalisiert, greift potenziell in gravierender Weise in die (beschränkte) Freiheit auf sexuelle Selbstbestimmung des geschützten Personenkreises ein.[65] Es droht ein Ausschluss dieses Personenkreises von der sexuellen Interaktion mit Dritten. Gerade in Bezug auf Personen, die sich dauerhaft in einem Zustand der erheblichen Beeinträchtigung i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB befinden, wäre ein solcher Eingriff nicht zu rechtfertigen. Diese (vermeintlich widersprüchliche) Lö-

[53] BT-Drs. 18/9097, S. 26.
[54] BT-Drs. 18/9097, S. 26.
[55] BT-Drs. 18/9097, S. 26.
[56] *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (18); *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325 (326 f.).
[57] *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 70.
[58] So BT-Drs. 18/9097, S. 26; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 64.
[59] BT-Drs. 18/9097, S. 26.
[60] Hierauf verweist BT-Drs. 18/9097, S. 26; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 104.
[61] BGH, Beschl. v. 24.5.2012 – 5 StR 52/12 = NStZ 2012, 650 f.; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 32.
[62] *Bezjak/Bunke*, in: Rettenberger/Dessecker (Hrsg.), Sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht, 2017, S. 28 f.; *Hörnle*, NStZ 2017, 17; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 75; BT-Drs. 18/9097, S. 24.
[63] BT-Drs. 18/9097, S. 24; BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NStZ 2024, 479 (480); *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (318); *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (17); *Lederer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, StGB, 3. Aufl. 2020, § 177 Rn. 19; *Noltenius*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 177 Rn. 30.
[64] *Hoven/Weigend*, JZ 2018, 187; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 49; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 40; *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 30; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 75.
[65] BGH, Beschl. v. 20.7.2022 – 4 StR 220/22 = NStZ-RR 2022, 341; BT-Drs. 18/9097, S. 24; *Bezjak*, KJ 2016, 563; *Fischer* (Fn. 50), § 177 Rn. 33.

sung ist Ausdruck eines Kompromisses, der versucht, die negative Seite der sexuellen Selbstbestimmung des betroffenen Personenkreises angemessen zu schützen, ohne dadurch die Ausübung der positiven sexuellen Selbstbestimmung zu verunmöglichen.

b) Zustand erheblich eingeschränkter Willensbildung oder -äußerung

Personen i.S.d. Nr. 2 können im Gegensatz zu dem in Nr. 1 genannten Personenkreis zumindest einen natürlichen Willen bilden oder äußern.[66] Sie sind damit nicht absolut willensbildungs- oder willensäußerungsunfähig. Sie sind in einer dieser Fähigkeiten aber erheblich eingeschränkt, und zwar aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands. Das bedeutet aber auch, dass der in Nr. 2 genannte Personenkreis zur Artikulierung eines natürlichen „Neins" grundsätzlich in der Lage sein kann, auch wenn der Gesetzgeber den genannten Personen eine solche Artikulation des „Neins" nicht abverlangt, um sie einem strafrechtlichen Schutz zu unterstellen. Wird ein „erkennbares" „Nein" ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht, kann – neben dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB – auch § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB einschlägig sein. Letztgenannter Tatbestand geht dem in § 177 Abs. 1 StGB jedoch vor.[67]

Das Kernproblem des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB besteht darin, den Zustand der erheblich eingeschränkten Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit zu determinieren.[68] Der Tatbestand bewegt sich zwischen den Polen, die durch den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs in § 177 Abs. 1 StGB (Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit ist grundsätzlich vorhanden) und § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit fehlt in Gänze) gesetzt werden. Richtig ist, dass das Gesetz bei Nr. 2 eine *erhebliche* Beeinträchtigung dieser Fähigkeiten fordert. Die Gesetzesbegründung gibt selbst aber wenig Aufschluss darüber, ab welcher Schwelle ein solcher Zustand als erreicht angesehen werden kann. Zwar ist die Rede davon, dass die Beeinträchtigung „ins Gewicht fallen" müsse, um erheblich zu sein.[69] Eine solche Beeinträchtigung in erheblicher Weise liege vor, „wenn die Einschränkung aus objektiver Sicht offensichtlich auf der Hand liegt und sich dem unbefangenen Beobachter ohne Weiteres aufdrängt".[70] Als Beispiele für einen Zustand i.S.d. Nr. 2 werden in der Gesetzesbegründung Menschen mit erheblicher Intelligenzminderung und stark Betrunkene angeführt.[71] Aber auch hier stellt sich – so wie bei allen anderen Beeinträchtigungen – natürlich die Frage, wie erheblich die Intelligenzminderung bzw. Trunkenheit sein muss, um den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu erreichen.

Die Rechtsprechung hat bisher wenig zur Klärung der Grenzen des Zustands des Abs. 2 Nr. 2 beitragen können. Insbesondere liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor, in der sich der Bundesgerichtshof dezidiert mit den einzelnen Kriterien des in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB genannten Zustands auseinandergesetzt hätte. In der Literatur wird eine Anlehnung an die Maßstäbe des § 21 StGB (verminderte Schuldfähigkeit) angeregt.[72] Zu Recht wird aber betont, dass es bei § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht darum geht, ob der Betroffene sein Verhalten an *äußere* Vorgaben bzw. Maßstäbe ausrichten kann; betroffen ist die Fähigkeit, sich nach eigenen *subjektiven/inneren* Maßstäben auszurichten.[73] Dies muss bei der Adaption der Grundsätze zur Bestimmung des Zustands erheblicher Willensbildungs- und Willensäußerungsdefizite beachtet werden. Das OLG Hamm hat sich ebenfalls für eine Orientierung an den Grundsätzen zur verminderten Schuldfähigkeit ausgesprochen.[74] Auch bei der Feststellung des Zustands i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB müsse danach gefragt werden, „ob die Fähigkeit des Opfers, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu äußern, im Vergleich zu Personen ohne eine Beeinträchtigung deutlich herabgesetzt ist".[75] Diese Feststellung wird ein Tatgericht regelmäßig nur unter Zuhilfenahme sachverständiger Hilfe treffen können.[76] Neben Beeinträchtigungen aufgrund von Behinderungen oder eines andauernden Rauschzustands (z.B. erheblicher Trunkenheit) können auch Benommenheit, völlige Erschöpfung oder vergleichbar starke Müdigkeit, geistige Störungen wie Demenz, Schizophrenie, Manien, Depressionen, aber auch erhebliche Beeinträchtigungen des Sprech- oder Ausdruckvermögens (erhebliche motorische Einschränkungen)[77] in Betracht kommen.[78] Die erhebliche Einschränkung der Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit muss bei § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung vorliegen.[79]

Grundsätzlich wird man (eine nicht-pathologische Form von) Schüchternheit nicht als erhebliche Einschränkung der Äußerungsfähigkeit bewerten können.[80] Gleiches gilt für fehlende Sprachkenntnisse, weil man seinen Gegenwillen auch anders als verbal durch Sprache zum Ausdruck bringen

[66] *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Stand: 1.2.2025, § 177 Rn. 20.
[67] *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 189; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 32.
[68] *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31.
[69] BT-Drs. 18/9097, S. 24.
[70] BT-Drs. 18/9097, S. 24.
[71] BT-Drs. 18/9097, S. 24.
[72] *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (17); *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 76; *K. Schumann* (Fn. 18), § 177 Rn. 17; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 34; *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31; Bezugnahmen auf §§ 20 f. StGB finden sich auch in der Gesetzesbegründung: BT-Drs. 18/18/9097, S. 24; vgl. OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.
[73] *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 76.
[74] OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.
[75] OLG Hamm BeckRS 2021, 3844 m.w.N.
[76] *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 76.
[77] *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31.
[78] Weitere Beispiele *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 78; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 35.
[79] *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 32.
[80] BT-Drs. 18/9097, S. 24; BGH StV 2005, 439 f.; *Hörnle* (Fn. 8), § 177 Rn. 78.

kann.[81] Hier gilt das, was auch in anderen Fällen fehlender Durchsetzungsfähigkeit gilt: § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist nicht einschlägig; vielmehr liegt „nur" § 177 Abs. 1 StGB vor, wenn der Betroffene seinen Gegenwillen erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Natürlich kann auch ein bloßes (lockeres) Angetrunken-Sein nicht genügen, um den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB auszulösen.[82] Bei alkoholbedingter Beeinträchtigung bietet sich eine – vorsichtige und natürlich einzelfallorientierte – Anlehnung an die Promillewerte zur verminderten Schuldfähigkeit an.[83]

c) Aufgrund körperlichen oder psychischen Zustands

Das Defizit bzw. die Defizite müssen laut § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB im körperlichen oder psychischen Zustand der Person ihre Ursache finden. Der Mangel muss daher in der Person des Rechtsgutsträgers angelegt sein. Entlarvend ist in dieser Hinsicht die Gesetzesbegründung, wenn sie in Bezug auf den „körperlichen Zustand" auf Gebrechen oder andere Hemmnisse verweist, die „nicht auf eine psychische Störung zurückzuführen" sind.[84] Andere Ursachen jenseits körperlicher oder psychischer Art sind nicht denkbar, sodass mit dieser Kautel in der Tat keine echten Einschränkungen verbunden sind. Richtig ist daher die Feststellung, dass es unerheblich ist, auf welche Ursache der Zustand des geschützten Rechtsgutsträgers zurückgeht.[85]

Als Beispiel für ein solches körperliches „Gebrechen" wird in der Gesetzesbegründung auf die Lähmung verwiesen.[86] Darunter fallen natürlich auch sonstige Formen der körperlichen Behinderung, die eine Entäußerung des Willens des Rechtsgutsträgers auf verbale und nonverbale Art erheblich erschweren. Das Beispiel in der Gesetzesbegründung ist in dieser Hinsicht mindestens irreführend: Wem das Sprechvermögen fehlt, kann seinen Gegenwillen mit Handzeichen oder in sonstiger Weise körperlich „kommunizieren". Wer (vollständig oder zumindest weitestgehend) körperlich gelähmt ist, unterfällt dann nicht dem in Abs. 2 Nr. 2 geschützten Personenkreis, solange er seinen Gegenwillen zumindest verbal artikulieren kann. Das muss er dann aber auch tun, um – unter der Geltung der Nein-heißt-Nein-Lösung – dem Anwendungsbereich des § 177 Abs. 1 StGB zu unterfallen.

Der Begriff „psychisch" soll – laut der Gesetzesbegründung – von seinem Gehalt dem des „seelischen", wie er in § 20 StGB Verwendung findet, entsprechen.[87] Der Begriff „psychisch" findet bereits in anderen straftatbestandlichen Kontexten Verwendung, wie beispielsweise in § 171 StGB oder in § 218c StGB. Erfasst sind u.a. Geisteskrankheiten oder Intelligenzminderungen, die so gravierend sind, dass sie vor allem die Willensbildung erheblich einschränken.[88] Potenziell können auch Schock- und Apathiezustände eine solche psychische Einschränkung begründen.[89] Dafür müssen diese aber eine hinreichende Schwere aufweisen; auch hierbei kann nur eine Orientierung an den Grundsätzen zu §§ 20, 21 StGB helfen.

d) Keine ausdrückliche Zustimmung

Die Ausübung von Sexualität ist durch die sexuelle Selbstbestimmung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt.[90] Der Tatbestand versucht, die positiven und negativen Schutzdimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung auszutarieren.[91] Damit sich § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht als „Danaergeschenk" zulasten von Personen mit schwerwiegenden körperlichen oder psychischen Beeinträchtigungen erweist, musste der Gesetzgeber schon aus verfassungsrechtlichen Gründen die Reichweite des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB einschränken. Der Gesetzgeber hat diese Einschränkung mit einem Zustimmungsvorbehalt bewerkstelligt. Demnach ist der Tatbestand ausgeschlossen, wenn sich der Rechtsgutsträger – trotz der ihm attestierten erheblichen Beeinträchtigung seiner Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit – mit der sexuellen Handlung einverstanden erklärt hat. Die Zustimmung muss von dem Träger der sexuellen Selbstbestimmung selbst erklärt werden. Sie ist nicht durch die Zustimmung eines Erziehungsberechtigten oder Betreuers ersetzbar. Zu Recht hat der Gesetzgeber die Zustimmung nicht unter den Vorbehalt einer (zusätzlichen) Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gestellt. Eine *assent-Lösung*[92] wäre im Kontext der zwischenmenschlichen und höchstpersönlichen Sexualität nicht nur unpraktikabel, sondern auch im höchsten Maße verfassungsrechtlich bedenklich.

[81] *Hörnle* (Fn. 8), § 177 Rn. 78; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 78; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 35; *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31.
[82] OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.
[83] Zur Bedeutung der Promillewerte bei der Bewertung der Schuldunfähigkeit vgl. nur BGH, Urt. v. 11.1.2024 – 3 StR 280/23 = NStZ-RR 2024, 104; OLG Naumburg, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 Ss 85/10 = BeckRS 2010, 20447; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Fn. 66), § 20 Rn. 24.
[84] BT-Drs. 18/189097, S. 24.
[85] *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 35; auf „allen möglichen Ursachen": *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 78.
[86] BT-Drs. 18/189097, S. 24.
[87] BT-Drs. 18/189097, S. 24; *Lederer* (Fn. 63), § 177 Rn. 21; *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 31.
[88] *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 35.
[89] BGH, Urt. v. 11.7.1985 – 4 StR 307/85 = NJW 1986, 77; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 76.
[90] BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 = BVerfGE 153, 182 ff. = NStZ 2020, 528; BVerfG, Beschl. v. 10.6.2009 – 1 BvR 1107/09 = NJW 2009, 3357 (3359); BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 (238) = NJW 2008, 1137; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; *Vavra* (Fn. 50), S. 155 f.; *Bottke* (Fn. 8), S. 546; vgl. *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (183); *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (863); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159); *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133.
[91] BT-Drs. 18/189097, S. 24.
[92] Zum assent vgl. *Jansen*, Forschung an Einwilligungsunfähigen, 2015, S. 46, 158 f.

Da der Rechtsgutsträger in seiner Willensbildungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist, kann die erklärte Zustimmung naturgemäß nicht als Resultat eines eigenverantwortlichen und freien Willensbildungsprozesses angesehen werden. Die Zustimmung muss daher „nur" Ausdruck eines natürlichen Willens der geschützten Person sein[93] – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Im Falle einer alleinigen Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Willens*äußerung* ist die Bedeutung des Zustimmungsvorbehalts überaus zweifelhaft. Wenn die Fähigkeit hierzu erheblich eingeschränkt ist, wird in der Regel auch eine (natürliche) Zustimmung nicht erklärt werden können.

Die tatbestandsausschließende Zustimmung muss von der geschützten Person zur jeweiligen sexuellen Handlung[94] – und zwar noch vor ihrer Vornahme – artikuliert werden.[95]

Die Zustimmung kann, ebenso wie das „Nein" im Falle von § 177 Abs. 1 StGB, ausdrücklich oder konkludent erteilt werden.[96] In jedem Fall muss sie aber aus Sicht eines objektiven Betrachters „eindeutig" erteilt worden sein.[97] Nur dann kann davon die Rede sein, dass sich der Sexualpartner des Rechtsgutsträgers dieser auch „versichert" hat. Der Bundesgerichtshof verlangt hinsichtlich der Offenkundigkeit der Zustimmung, dass an ihrer Erteilung „kein vernünftiger Zweifel" bestehen darf.[98] Die Anforderungen an die „Eindeutigkeit" dürfen aber nicht zu hoch angesetzt werden. Schließlich betrifft der Tatbestand auf der Seite des geschützten Personenkreises solche Menschen, die in ihren Fähigkeiten zur Willensbildung oder Willensäußerung erheblich beeinträchtigt sind.[99] Auch diese sollen eine Zustimmung erteilen können, die zu einem Tatbestandsausschluss führt. Bei der Feststellung des natürlichen Willens sei, so der Bundesgerichtshof, das sich insgesamt zeichnende Bild des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer zu berücksichtigen.[100] Eine Zustimmung, die dem Rechtsgutsträger „abgenötigt" wird, kann freilich nicht als tatbestandsausschließende Zustimmung i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB angesehen werden. Weitestgehend ungeklärt ist, welche Wirkung solche Zustimmungen entfalten, die der geschützten Person in sonstiger Weise als durch Nötigung „abgerungen" worden ist, beispielweise durch Einsatz von Überredungskunst[101] oder sonstigen Manipulationen.[102] So könnte sich die geschützte Person durch das Angebot von geldwerten Vorteilen (und seien es auch nur Süßigkeiten) zur Erteilung einer Zustimmung „überreden" lassen. Im Falle des Einsatzes echter Nötigungsmittel muss bereits die Zustimmung als nicht erteilt angesehen werden. Eine entsprechende Problematik stellt sich auch im Anwendungsbereich des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB. Zur entsprechenden Problematik hat *Verf.* bereits Stellung bezogen.[103] Darüber hinaus können Fälle der abgenötigten Zustimmung auch von § 177 Abs. 2 Nr. 4 bzw. Nr. 5 StGB erfasst werden. In anderen Fällen, in denen der präsumtive Täter in anderer Weise manipulativ auf die geschützte Person einwirkt, um die Zustimmung zu erlangen, könnte das Erfordernis des „Versicherns" (genauer: § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB a.E.: „Zustimmung dieser Person versichert") als einschränkendes Kriterium taugen. Von einem „Versichern" kann nur ausgegangen werden, wenn sich der Sexualpartner der geschützten Person „Gewissheit" darüber verschafft hat, dass die in ihren Fähigkeiten eingeschränkte Person die sexuelle Handlung ernsthaft möchte. Der Sexualpartner darf nicht auch noch die verbliebene Autonomie unterminiert haben. In den Fällen aber, in denen der Sexualpartner die eingeschränkte Willensbildungsfähigkeit der geschützten Person für die Einholung der Zustimmung zur sexuellen Handlung *ausnutzt*, kann von einem „Versichern" der Zustimmung nicht gesprochen werden. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft das Ausnutzen des Zustands der geschützten Person für die sexuellen Zwecke des Täters. Es liegt daher fern, dass eine Zustimmung, die der Täter ebenfalls nur unter Ausnutzung desselben Zustands einholen konnte, zu einem Tatbestandsausschluss führen sollen. Mit anderen Worten: Bei der Einholung der Zustimmung („versichern") darf der Sexualpartner die Lage des Opfers nicht ausnutzen. Andernfalls fehlt es an einer echten Versicherung der Zustimmung. Es wäre, um den Begriff wieder aufzugreifen, ein Selbstwiderspruch, wenn das Gesetz solche Zustimmungen als tatbestandsausschließend ansehen würde.

Die Zustimmung kann jederzeit ausdrücklich oder konkludent zurückgenommen werden und natürlich kann sie auch (von Anfang an oder nachträglich) auf bestimmte sexuelle Handlungen beschränkt werden.[104]

Eine nachträglich erteilte Versicherung der Zustimmung (genauer Genehmigung) schließt die Strafbarkeit nicht aus. Mag auch die geschützte Person bei hypothetischer Betrachtung ihre Zustimmung erteilt haben, wenn sie darum ersucht worden wäre. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Umstand, dass die geschützte Person zugestimmt hätte bzw. die nachträgliche Genehmigung auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden können.[105]

e) Vorsatz und Ausnutzen des Zustands für die sexuelle Handlung

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands, insbesondere auch zum Ausnutzen kann auf die Ausführungen zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwiesen werden. Der Vorsatz muss sich hier

[93] BT-Drs. 18/9097, S. 24; *Renzikowski*, NJW 2016, 3555.
[94] BT-Drs. 18/9097, S. 25.
[95] BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 36.
[96] *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 33.
[97] BT-Drs. 18/9097, S. 24.
[98] BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; vgl. auch *Ziegler* (Fn. 66), § 177 Rn. 23.
[99] BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442.
[100] BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; vgl. auch *Ziegler* (Fn. 66), § 177 Rn. 25.
[101] *Renzikowski*, NJW 2016, 3555; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 38.
[102] Vgl. *Vavra* (Fn. 50), S. 439; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 81.
[103] *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (164).
[104] BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 36.
[105] BT-Drs. 18/9097, S. 25.

auch auf die erhebliche Einschränkung der Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit beziehen. Da schon die objektive Bestimmung dieses Zustands erhebliche Friktionen bereitet, kann es nicht überraschen, dass der Nachweis eines Vorsatzes des präsumtiven Täters in diesem Punkt erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und überaus großen Raum für Irrtümer bietet.[106] Die (Schutz-)Behauptung des präsumtiven Täters, er habe die Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit seines Gegenübers zwar für beeinträchtigt gehalten, aber eben nur in einem nicht erheblichen Ausmaß, wird man in vielen Fällen nicht widerlegen können. Ob man dennoch einen Fall von bedingtem Vorsatz annehmen können wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Der Vorsatz muss sich des Weiteren auch auf das Fehlen einer tatbestandsausschließenden Zustimmung beziehen. Auch dies kann gewisse Friktionen auslösen.

IV. Schluss

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB fristen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung weiterhin ein Schattendasein, auch wenn sie schon gut neun Jahre in Kraft sind. Gerade mit § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB hat sich der Bundesgerichtshof noch nicht dezidiert auseinandergesetzt, obwohl gerade dieser Tatbestand spannende Fragen aufwirft, die einer höchstrichterlichen Klärung bedürfen. Der vorliegende Beitrag leistete einen Überblick über die Hauptprobleme dieser Tatbestände. Dabei sollte vor allem deutlich geworden sein, dass eine Vielzahl der Anwendungshemmnisse in den Tatbeständen selbst angelegt ist.

[106] *Fischer* (Fn. 50), § 177 Rn. 35.

Betrachtungen zum Beleidigungsstrafrecht

Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg*

Kriminalpolitisch ist das Beleidigungsstrafrecht ein dynamisches Feld, es lässt sich aber auch wie ein Propädeutikum zu Grundfragen des Strafrechts behandeln. Fast alle wichtigen Probleme lassen sich an ihm verdeutlichen: die Bedeutung der Dogmatik, das Problem der Bestimmtheit, das Verhältnis des gesetzten Rechts zur Kasuistik, der Ultima-ratio-Gedanke, die Gesellschaftlichkeit des Rechts, die Relevanz psychischer Rechtsgüter, die Unübersetzbarkeit privater Empfindungen ins Recht, die Spannung zwischen individuellen und allgemeinen Interessen, zwischen Fühlen und Denken sowie das Problem destruktiver Dynamiken in der digitalen Kommunikation. Der Beitrag unternimmt eine Betrachtung des Beleidigungsstrafrechts im Hinblick auf diese grundlegenden Fragen.

I. Dogmatik

Strafrecht funktioniert nicht ohne Strafrechtsdogmatik. Was ist Dogmatik? Formal lässt sie sich als Verbindung von Sätzen auffassen, die mit dem Recht zusammenhängen. Ob diese Sätze wahr oder falsch, richtig oder unrichtig sind, ist irrelevant. Es genügt das von *Robert Alexy* formulierte Kriterium, wonach „ein Satz ein Satz der Dogmatik ist, wenn er im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt, akzeptiert oder zumindest diskutiert wird."[1]

Diese Sätze hängen mit dem Recht eng zusammen, zum Teil so eng, dass sie selbst Teil dieses Rechts sind, das ohne sie gar nicht in ein Verhältnis zu seinem Regelungsgegenstand treten könnte. Es gibt Normen, denen sich nicht entnehmen lässt, was sie eigentlich regeln sollen. Das sollte gerade im Strafrecht eigentlich nicht der Fall sein, aber es ist kein Geheimnis, dass das Strafrecht eine Reihe von Normen enthält, die sein Heiligstes, die Garantiefunktion, das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG), mehr oder weniger ignorieren.

Betrachten wir eine Regel des materiellen Kernstrafrechts, keineswegs eine, die man lange suchen müsste. Wir schlagen das Strafgesetzbuch auf, vierzehnter Abschnitt, „Beleidigung", erste Norm in diesem Abschnitt, offizielle Normüberschrift, gleichlautend mit dem Titel des Abschnitts, „Beleidigung", und lesen:

> „Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3) oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

Man darf sich nicht vom Normvolltext beirren lassen, zieht man die Qualifikationen und die Rechtsfolgenbestimmung ab, lautet der Tatbestand, der *Grund*tatbestand des § 185 StGB:

> „Die Beleidigung wird bestraft."

Wegen dieser Kargheit wird der Tatbestand als „ein nicht zu übertreffendes Unikum"[2] bezeichnet. Die Unbestimmtheit liegt in der Natur der Sache, in der Unbestimmtheit der Regelungsgegenstände, sprachlicher Äußerungen in der Regel, also daran, dass „[d]iese Unbestimmtheit des Stoffes und der Form […] die Gesetze darüber diejenige Bestimmtheit nicht erreichen [lässt], welche vom Gesetz gefordert wird"[3].

Also stellt sich die Frage der Verfassungswidrigkeit des Beleidigungstatbestands. Dafür spricht vieles[4], auch wenn das Bundesverfassungsgericht argumentiert, dass wegen gefestigter Rechtsprechung kein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot vorliege.[5] Aber diese Rechtsprechung ist sehr kasuistisch, zum Teil auch widersprüchlich. Auch dieses Problem ist schon lange bekannt: dass Urteile im weiten Feld verletzender Äußerungen, „indem Vergehen, Unrecht und Verletzung hier die besonderste subjektive Gestalt haben, gleichfalls zu einer ganz subjektiven Entscheidung"[6] geraten.

Nur Entkriminalisierung oder eine gute Dogmatik können hier helfen. Gehen wir von dem herkömmlichen Verständnis aus, dass im Zentrum der Dogmatik Konkretisierungen stehen, die die Form von *Definitionen* haben[7], wird schnell klar, wie die Dogmatik vorgehen muss, um aus der Unbestimmtheit von Gesetz und Gegenstand herauszuhelfen. Definitionen sind, wie *Aristoteles* aufgezeigt hat, Antworten auf Was-ist-Fragen.[8] Wenn es heißt, die Beleidigung wird bestraft, liegt es daher nahe zu fragen: Was ist eine Beleidigung? Die Auskunft der Dogmatik lautet: „Beleidigung ist der Angriff auf die Ehre einer Person durch Kundgabe von Missachtung"[9], die Kundgabeformel wird in Bezug auf § 185 StGB weiter differenziert als „Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung"[10]. Diese Begriffsbestimmungen enthalten gleich eine ganze Reihe neuer Anknüpfungspunkte für definitorische Anschlussoperationen. Wir fragen: Was ist ein Angriff auf die Ehre? Was ist überhaupt Ehre? Was ist eine Kundgabe? Und was eine Kundgabe von Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung?

Diese Rekursion von Was-ist-Fragen, die das dogmatische Geschäft kennzeichnet, ist einmalig, wenn man sich

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Strafrecht an der Universität Hamburg.

[1] *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 317.

[2] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 467.

[3] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden, Bd. 7, 14. Aufl. 2015, S. 487 (§ 319).

[4] *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 2), Rn. 467.

[5] BVerfGE 93, 266 (290).

[6] *Hegel* (Fn. 3), S. 487 (§ 319).

[7] *Alexy* (Fn. 1), S. 315.

[8] Zur Genese dieser Frageform *Tugendhat*, TI KATA TINOΣ. Eine Untersuchung zu Struktur und Ursprung aristotelischer Grundbegriffe, 4. Aufl. 1988, S. 16 ff.

[9] *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 185 Rn. 4 m.w.N.

[10] BGHSt 36, 145 (148).

klarmacht, dass es hier nicht um eine formale Disziplin, um Mathematik oder Logik geht, sondern um den Umgang mit natürlicher Sprache, die aber geformt werden und berechenbarer gemacht werden soll. Einen solchen formenden Umgang mit normaler Sprache wird man außerhalb der juristischen Dogmatik nicht finden, sodass man sich, um etwas über die Vorzüge dieser Formung zu erfahren, mit Dogmatik befassen muss. Zwar hat die Philosophie über die Notwendigkeit einer logischen und definitorischen Formung der Sprache reflektiert, von *Leibniz'* Idee einer characteristica universalis bis zu *Freges* Begriffsschrift, aber das dabei zugrunde liegende Modell der Formung ist der Kalkül und Kalküle eignen sich nicht zur Beantwortung praktischer Fragen.

II. Ein bekannter Fall

Beleidigungen gehören zu den Widerwärtigkeiten des Lebens, sie sind unerfreulich, aber oft banal. Gleichwohl gibt es Fälle, die eine hohe Bekanntheit erlangen, weil die allgemeinen Medien berichten und es um prominente Personen geht. In dem vielleicht bekanntesten Fall der letzten Jahre äußerte jemand über eine Politikerin auf einer Social-Media-Plattform:

> „Dieses Stück […]. Überhaupt so eine Aussage zu treffen zeugt von kompletter Geisteskrankheit."

Es gibt noch viel schlimmere Sätze. Der Kontext ist eine Auseinandersetzung über eine Äußerung, die die Politikerin 1986 im Berliner Abgeordnetenhaus im Zusammenhang einer Debatte zum Thema „häusliche Gewalt" gemacht hat und die nun medial aufgespießt wird, um zu suggerieren, sie habe sich affirmativ zu pädosexuellen Praktiken verhalten. An der Beschimpfung beteiligen sich eine Reihe von Personen, die Wortwahl ist drastisch, extrem herabwürdigend und extrem sexistisch. Der Fall hat eine hohe Bekanntheit, er ging bis zum Bundesverfassungsgericht.[11]

Kann ernsthaft angenommen werden, die Politikerin sei nicht in strafbarer Weise beleidigt worden?[12] Das zunächst mit dem Fall befasste LG Berlin kam erstaunlicherweise zu diesem Ergebnis, weil alle Äußerungen im Kontext einer Sachauseinandersetzung gestanden hätten, sodass wegen der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG) das Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) zurücktreten müsse.[13] Zudem müssten, so die Auffassung des Landgerichts, Politikerinnen „in stärkerem Maße Kritik hinnehmen" als Personen, die nicht derart in der öffentlichen Diskussion stehen. Die Beschlussbegründung liest sich wie ein Stück absurder Literatur, indem die generelle Beurteilung, alle Kommentare hätten einen Sachbezug und stellten daher keine Beleidigungen i.S.d. § 185 StGB dar, nun Äußerung für Äußerung durchgegangen wird, insgesamt zweiundzwanzigmal und repetitiv, für jede einzelne Äußerung festgestellt wird, sie stehe im Kontext einer Sachauseinandersetzung und sei deswegen nicht als Beleidigung zu werten. Hier geschieht fast eine Umkehrung der vom BVerfG entwickelten und bekräftigten Leitlinie, wonach „bei herabsetzenden Äußerungen, die die Menschenwürde eines anderen antasten oder sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, die Meinungsfreiheit hinter den Ehrenschutz zurück[tritt], ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf"[14]. Hingegen scheint das LG Berlin anzunehmen, dass im Falle eines Sachbezugs die Abwägung mit der persönlichen Ehre entbehrlich wird. Das ist aber, trotz der tendenziell meinungsfreiheitsfreundlichen Rechtsprechung des BVerfG, nicht der Fall.

Die Argumentation des Berliner Landgerichts ist ausreichend zum Gegenstand von Kritik gemacht worden[15], auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das LG selbst in einem weiteren Beschluss die Strafbarkeit zumindest einiger der inkriminierten Äußerungen eingeräumt[16] und das Berliner Kammergericht hat die Strafbarkeit weiterer Äußerungen festgestellt[17]. Danach ist die Ehre der Politikerin durch die Kundgabe von Missachtung in rechtswidriger Weise angegriffen worden.

III. Ehre und Ehrgefühl

Was heißt das genau? Nach einer verbreiteten Auffassung „umfasst die Ehre als Rechtsgut sowohl den aus der Personenwürde abgeleiteten personalen Geltungswert des Menschen […] als auch seinen sozialen Geltungswert"[18]. Ob diese beiden Aspekte, die auch auf die Begriffe der inneren und äußeren Ehre gebracht werden, eher im Sinne eines Dualismus oder eher integrativ aufgefasst werden, kann hier einmal dahinstehen, weil auch die dualistische Konzeption ein Ergänzungsverhältnis der beiden Aspekte von „Ehre" annimmt und auch der integrative sog. „normative Ehrbegriff" die Differenzierung von personaler und sozialer Geltung (mit unterschiedlichen Akzentuierungen) einschließt.[19]

Der Bundesgerichtshof hat für das rechtlich angemessene Verständnis der benannten Geltungsdimensionen einen wichtigen Hinweis gegeben, indem er ausführt, es gehe bei der Ehre, recht verstanden, um den „aus der Ehre fließende[n] verdienten Achtungsanspruch"[20]. Mit dem Begriff des verdienten Achtungsanspruchs wird klargestellt, dass die Ehre

[11] BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20.

[12] Die Politikerin hatte die gerichtliche Anordnung über die Zulässigkeit der Auskunftserteilung hinsichtlich zahlreicher Nutzerdaten begehrt nach § 14 Abs. 3 TMG i.V.m. § 1 Abs. 3 NetzDG. Die strafrechtliche Frage stellte sich diesem Zusammenhang.

[13] LG Berlin, Beschl. v. 9.9.2019 – 27 AR 17/19.

[14] BVerfG, Beschl. v. 19.8.2020 – 1 BvR 2249/19, Rn. 14 (st.Rspr.).

[15] Von einem „Tiefpunkt des Äußerungsrechts" spricht *Sajuntz*, NJW 2020, 583; differenziert dagegen *Wihl*, Verfassungsblog v. 14.2.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/ungluckliches-demokratisches-bewusstsein/ (21.1.2025).

[16] LG Berlin, Beschl. v. 21.1.2020 – 27 AR 17/19.

[17] KG, Beschl. v. 11.3.2020 – 10 W 13/20.

[18] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 28 Rn. 2.

[19] *Rengier* (Fn. 18), § 28 Rn. 2; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 2), Rn. 421.

[20] BGHSt 36, 145 (148).

nur in der Objektivation eines interpersonalen „Anerkennungsverhältnisses“[21] rechtlich anerkannt werden kann, einer Objektivierung, die eine natürlich-rechtliche und eine soziale Komponente aufweist. In beiden Hinsichten aber ist klar, dass Ehre – eben wegen dieser Objektivierung – nichts zu tun hat mit dem subjektiven Ehrgefühl, das viele, die wegen empfundener, aber möglicherweise nur vermeintlicher Ehrverletzung aufbrausen, mit der Ehre selbst verwechseln.

Das Strafrecht schützt nicht subjektive Empfindlichkeiten dieser Art. Als öffentliche Angelegenheit und staatliche Aufgabe kann nur anerkannt werden, was über individuelle Einstellungen und Empfindlichkeiten hinaus verallgemeinerungsfähig ist. Im *Leviathan* heißt es:

> „[D]as Gesetz berücksichtigt nicht den einzelnen, sondern die allgemeinen Neigungen der Menschen. Und daher ist der Anstoß, den die Menschen an Schmähungen durch Worte und Gesten nehmen, wenn sie keinen anderen Schaden anrichten als den augenblicklichen Verdruss desjenigen, der beleidigt wurde, in den Gesetzen der Griechen, Römer und anderer sowohl alter wie neuer Gemeinwesen nicht berücksichtigt worden, und zwar in der Annahme, dass die wahre Ursache solchen Verdrusses nicht in der Schmähung liegt (welche die Menschen, die sich ihrer eigenen Tugend bewusst sind, nicht beeinträchtigt), sondern in der Kleinmütigkeit dessen, der sich dadurch beleidigt fühlt.“[22]

Ob es bei den Griechen und Römern so war, wie behauptet, wäre eine eigene Untersuchung wert, wie überhaupt rechtsvergleichende Betrachtungen im weiten Feld der Ehrverletzungen besonders aufschlussreich zu sein versprechen. Wie dem auch sei, *Hobbes* steht mit seinen Zweifeln an der Zuständigkeit des Rechts für den Ehrenschutz nicht allein. Seine Kritik der Kleinmütigkeit der Beleidigten findet eine Entsprechung in *Grotius*’ Lob der Großmütigkeit derer, die „in Dingen, die nicht sehr belästigen, das Recht nicht zu peinlich verfolgen“[23]. Einen radikalen Angriff auf den Ehrbegriff unternimmt *Hegel*. „Der Maßstab der Ehre“, argumentiert er, „geht […] nicht auf das, was das Subjekt wirklich ist“, er geht auf „die Persönlichkeit als solche und deren Vorstellung von sich selbst, den Wert, den das Subjekt sich für sich selber zuschreibt“.[24] „[A]lles, was ich bin, was ich tue, was mir von anderen angetan wird, gehört auch meiner Ehre an“[25], in alles kann ich „meine Subjektivität hineinlege[n] und zur Ehrensache werden lasse[n]“[26]. Indem ich meine Verletzlichkeit auch dir und allen anderen zugestehen muss, entsteht eine Gesellschaft permanent Verletzter, die Ehre ist „das schlechthin Verletzliche“[27].

IV. Vulnerabilität als soziale Norm

Diese gesteigerte Verletzlichkeit könnte freilich eine neue gesellschaftliche Norm sein, die gleichsam rechtssoziologisch gegenüber dem Verdikt der liberalen Staatsphilosophie recht behalten könnte. In der Polizeilichen Kriminalstatistik nehmen die Beleidigungsdelikte einen vorderen Platz in der deliktischen Rangfolge ein.[28] Dieses große und steigende Interesse der Bevölkerung, die Überzeugung, dass eine Beleidigung etwas ist, mit dem sich die Allgemeinheit befassen muss, könnte mit einer allgemeinen Entwicklung zusammenhängen, wonach eine generelle Zunahme des Sanktionsbedürfnisses bei immateriellen, zum Teil rein psychischen Rechtsverletzungen zu beobachten ist.[29] Eine Entwicklung, die schon *Émile Durkheim* prognostizierte.[30] Auch für die allgemeinen und sozialen Medien sind Beleidigungen in der Regel interessanter als Diebstähle oder Körperverletzungen. Es folgt der Logik einer auch in ihren Kommunikationsmedien sich entkörpernden, digitalisierten Gesellschaft, dass die Beleidigung eine moderne Verletzungs-Grundform ist und es passt zu den Bedingungen der Digitalisierung, dass es sich um eine Verletzung handelt, die kommunikativ vermittelt ist.[31]

Womöglich ist es – entgegen der (klassischen) liberalen Staatsphilosophie – nicht (mehr) zutreffend, dass der Staat sich um solche Empfindlichkeiten nicht kümmern sollte. Vielleicht sind sie verallgemeinerungsfähiger als es auf den ersten Blick scheint und als es durch das etwas aus der Zeit

---

[21] Dazu *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2022, Vor § 185 Rn. 13.

[22] *Hobbes*, Leviathan [1651], Englisch/Deutsch, in: Klein (Hrsg.), 2013, S. 651 (2. Teil, Kap. XXVII).

[23] *Grotius*, in: Kirchmann (Hrsg.), Philosophische Bibliothek oder Sammlung der Hauptwerke der Philosophie alter und neuer Zeit, 15. Band: Hugo Grotius‘ Recht des Krieges und des Friedens [1625], Erster Band, 1869, S. 112 (Buch I, Kap. II).

[24] *Hegel*, Vorlesungen über die Ästhetik II, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden, Bd. 14, 1. Aufl. 1986, S. 177. Allerdings muss man berücksichtigen, dass der von *Hegel* zugrunde gelegte Begriff der Ehre im Zusammenhang einer Erörterung der romantischen Kunstform erfolgt. Zu berücksichtigen ist auch die Problematik der Textgestalt, die eine Synthese verschiedener Manuskripte – nicht alle aus Hegels eigener Hand – darstellt.

[25] *Hegel* (Fn. 24), S. 178.

[26] *Hegel* (Fn. 24), S. 178.

[27] *Hegel* (Fn. 24), S. 180 (Kursivieriung im Original weggelassen).

[28] *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 2), Rn. 423.

[29] Grundlegend zu dem Thema *Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013.

[30] „In früheren Zeiten kamen Gewalttätigkeiten gegen Personen häufiger vor, weil die Achtung vor der persönlichen Würde geringer war. In dem Maße, wie diese Achtung gestiegen ist, wurden jene Verbrechen seltener. Gleichzeitig aber wurde eine Anzahl vorher ungeahndeter Handlungen […] Gegenstand strafrechtlicher Verfolgung“, *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode [1895], 10. Aufl. 2022, S. 158 f. *Durkheim* (a.a.O., S. 59, Sternfußnote) hebt neben dem Betrug „Verleumdungen, Beleidigungen und Ehrabschneidungen“ hervor.

[31] Dazu grundlegend *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, 2023, sowie *Stefanopoulou*, Digitale Gesellschaft und Strafrecht, 2025.

gefallene Wort der Ehre vermittelt wird. Vielleicht geht es hier weniger um eine Überempfindlichkeit des Subjekts, sondern um eine allgemeine Empfindung, um „Kollektivgefühle“[32]? *Hegel* selbst war soziologisch genug, darauf hinzuweisen, wie sich die „Veränderung in der Ansicht der Verbrechen“[33] aus gesellschaftlichen Bedingungen ergibt. Die Lage ist komplexer, es gibt keine einfachen Antworten, normative Spannungsverhältnisse in liberal-demokratisch verfassten Gesellschaften kommen hinzu. *Tim Wihl* spricht in einer Analyse des Künast-Beschlusses des BVerfG vom „Bewegungsprinzip der Demokratie selbst“ und spitzt die zugrunde liegende Problematik treffend im Begriff der „liberalen Entzweiung“ zu.[34]

Dass wir auf nichtkörperliche Rechtsverletzungen zunehmend empfindlicher reagieren, ist eine soziale Tatsache.[35] Und das liegt nicht daran, dass sich die Individuen auf einmal zu wichtig nehmen, sondern daran, dass ein gesteigertes Vulnerabilitätsbewusstsein der Gesellschaft[36] sich in das Bewusstsein der Individuen hinein verlängert. Wir können schon seit geraumer Zeit beobachten, wie sich diese gesteigerte Empfindlichkeit auch im Strafrecht spiegelt. Ob das alles richtig ist oder nicht, ob etwa die legislativen Initiativen gegen Hasskriminalität Zustimmung verdienen oder nicht, ist keine wissenschaftliche, sondern eine kriminalpolitische Frage. Es ist auch nicht auszuschließen, dass die Entwicklung wieder rückläufig wird. Gerade in letzter Zeit mehren sich die Anzeichen, dass auch liberale Gesellschaften wieder zu robusteren Auffassungen des Sagbaren und Unsagbaren übergehen können. Die Entwicklung ist offen.

Vielleicht lässt sich als einzige Gewissheit festhalten, dass die Sanktionierung von Verletzungen, die sich in keiner Weise objektivieren lassen, das reine Ehrgefühl, nicht begründbar ist. Dass ich schon verletzt bin, wenn ich mich verletzt fühle, ergibt keinen Sinn (rechtlich jedenfalls nicht, allenfalls als politische Aussage in sozialen Anerkennungskämpfen). Begrifflich verhält es sich hier wie mit der Unmöglichkeit einer Privatsprache[37]: *Wittgensteins* Empfindung „E“ ist, auch wenn ich sie in mein Empfindungstagebuch schreibe[38], nicht kommunizierbar. Die Verletzung, die nur ich empfinde, enthält kein Kriterium unter Bezugnahme auf welches zwischen einer echten und einer möglicherweise nur vermeintlichen Verletzung unterschieden werden könnte.

V. Ehre und Gleichheit

Deswegen versucht die strafrechtliche Dogmatik, den Begriff der Ehrverletzung so zu rekonstruieren, dass ihr objektiver Sinn in den Blick kommt, als Verletzung allgemeiner Achtungsansprüche, die uns allen als natürlichen und sozialen Wesen zustehen. Beim natürlichen Achtungsanspruch ist dieser universelle Aspekt leichter verständlich zu machen, es geht um jene Unbedingtheit des Anerkennens, die man vielfach mit dem Begriff der Menschenwürde zum Ausdruck bringt. Was den sozialen Achtungsanspruch anbelangt, ist es schwieriger. Was soll dieser soziale Achtungsanspruch sein? Wenn wir von der herrschenden Formel vom verdienten Achtungsanspruch ausgehen: Unter welchen Voraussetzungen kann man sagen, dass ein Achtungsanspruch verdient ist?

Eric Hilgendorf weist in seiner Kommentierung darauf hin, dass im Begriff des verdienten Achtungsanspruchs jener Gleichheitsanspruch nicht verletzt sein darf, wie er als maßgebliches Kennzeichen der modernen Rechtsevolution begriffen worden ist.[39] Ein auf Gleichheit ausgerichtetes Recht „musste aus dem Begriff der Ehre Merkmale entfernen, die ein Element der Ungleichheit enthalten“[40]. *Hilgendorf* weist darauf hin, dass dieses Verständnis nicht erst jüngeren Datums ist, geschärft durch die zunehmende Sensibilisierung für Diskriminierungsunrecht. Bereits im Lehrbuch von *Binding* steht unmissverständlich:

> „Die Ehre ist ganz einerlei Art. Beim Höchsten wie beim Geringsten […] bestimmt sie sich nach denselben Faktoren.“[41]

Ein Hinweis auf den engen Zusammenhang von Achtungs- und Gleichheitsanspruch findet sich auch im System des Naturrechts, wie es im *Leviathan* entwickelt ist. Hier ist als achtes natürliches Gesetz bestimmt, dass „kein Mensch durch Tat, Wort, Miene oder Geste Hass oder Verachtung gegenüber einem anderen zum Ausdruck bringen soll“[42]. Es ist ganz eng mit dem unmittelbar nachfolgenden neunten natürlichen Gesetz verbunden, wonach „jeder Mensch den anderen von Natur aus als seinesgleichen anerkennen soll“[43], also dem Prinzip der Gleichheit, das *Hobbes* zufolge selbst dann gelten würde, wenn wir von Natur aus ungleich wären. Geht man, wie *Hobbes*, von einer Interdependenz von positivem und natürlichem Recht aus[44], öffnet sich hier ein Weg zur möglichen Begründung eines Beleidigungsstrafrechts, nämlich – überraschend aktuell – in Form von Tatbeständen, die sich gegen Hassrede richten, weil Hassrede den in der unmittelbaren sozialen Existenz angelegten und über die Anerkennung der personalen Würde vermittelten fundamentalen Gleichheitsanspruch negiert.

Hier fallen personaler und sozialer Achtungsanspruch zusammen und sind über den Gleichheitsgedanken vermittelt. Mit dem Kriterium der Gleichheit fällt nicht nur das faktische

[32] *Durkheim* (Fn. 30), S. 157.
[33] *Hegel* (Fn. 3), S. 184 (Anm. zur Anm. zu § 96).
[34] *Wihl* (Fn. 15).
[35] Dafür spricht exemplarisch die gegenwärtige Dynamik des Sexualstrafrechts, *Bung*, NK 2024, 353 ff.
[36] Zur Vulnerabilität als „Schlüsselkategorie freier Gesellschaften“ und als „Rechtsproblem“ *Zabel*, RW 2020, 233 ff.
[37] Grundlegend *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, S. 356 ff. (Nrn. 243 ff.).
[38] *Wittgenstein* (Fn. 37), S. 361 f. (Nr. 258).
[39] *Hilgendorf* (Fn. 21), Vor § 185 Rn. 4 („Siegeszug des Gleichheitssatzes“). Zur Gleichheit als maßgeblichem Prinzip moderner Rechtsevolution *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 110 ff.
[40] *Hilgendorf* (Fn. 21), Vor § 185 Rn. 4.
[41] Zit. nach *Hilgendorf* (Fn. 21), Vor § 185 Rn. 5.
[42] *Hobbes* (Fn. 22), S. 315 (1. Teil, Kap. XV).
[43] *Hobbes* (Fn. 22), S. 317 (1. Teil, Kap. XV).
[44] *Hobbes* (Fn. 22), S. 558 (2. Teil, Kap. XXVI).

Ehrgefühl aus dem Begriff der strafrechtlich geschützten Ehre heraus, sondern auch alle kulturell tradierten Sondervorstellungen von Ehre, die auf irgendeine Weise immer mit dem Konzept eines privilegierten (Teil-)Kollektivs zusammenhängen (bestimmtes Geschlecht, bestimmter Stand usw.). Also ist der entscheidende Gedanke: Eine sanktionswürdige Ehrverletzung muss eine elementare Verletzung der Gleichheit sein. Es muss um eine extreme Form der Diskriminierung gehen, eine Form, die das in die Voraussetzungen unserer Kommunikation eingelassene Anerkennungsgebot vollständig unterläuft, weil sie auf soziale Exklusion und Vernichtung angelegt ist, typischerweise wegen der Unterstellung von Minderwertigkeit.

Hassrede wird richtigerweise auch nicht nur im inhaltlichen Sinne einer exkludierenden Diskriminierungs*aussage* betrachtet, sondern auch performativ in ihrer Exklusionswirkung analysiert, weil sie regelmäßig einschüchternde Effekte hat, die dazu führen, dass die Betroffenen sich aus der öffentlichen Kommunikation zurückziehen, in der sie sich exponieren müssen und dann zum Gegenstand von Diskriminierungsakten gemacht werden können.

Die Allgemeinheit ist ersichtlich betroffen, wenn sich die Negierung des Achtungsanspruchs derart vollzieht, dass eine Person gar nicht mehr als Person, sondern ausschließlich über die Zugehörigkeit zu einer als minderwertig herabgesetzten Gruppe definiert wird. So gesehen, wäre die ultima ratio des Beleidigungsstrafrechts verkörpert durch eine Norm wie § 130 StGB (Volksverhetzung), in der, jedenfalls nach überwiegender Auffassung, individuelle und allgemeine Schutzzwecke gemeinsam angelegt sind und ineinandergreifen.[45]

VI. Individuelle und kollektive Interessen

Allerdings ist anzunehmen, dass es – solange der Begriff der Köperverletzung auf einem (kaum plausiblen) Leib-Seele-Dualismus beruht – auch unabhängig von öffentlichen Belangen ein rein individualrechtlich begründbares Recht auf psychische Unversehrtheit gibt, das durch verletzende Sprechakte beeinträchtigt werden kann. Sofern ehrverletzende Sprechakte – wie gegenwärtig zunehmend – durch digitale Kommunikationsmedien vermittelt, verbreitet und verewigt werden, entfällt tendenziell sogar ein Gesichtspunkt, der bei Beleidigungen ansonsten durchaus besonders in Rechnung zu stellen ist, nämlich die situativen Umstände der Kommunikation.

Eine spontane und flüchtige beleidigende Geste zwischen zwei Autofenstern sollte die Allgemeinheit nicht interessieren, ein Fall wie die drastischen verbalen Angriffe auf die Politikerin Renate Künast über soziale Medien hingegen schon. Im Fall digital-medialer (Dauer-)Präsenz lässt sich die für das Strafrecht erforderliche Erheblichkeit der Ehrverletzung leicht begründen, da sie immer wieder und zwar von beliebig vielen Personen aktualisiert werden kann. Insofern sind die 2021 eingeführten Qualifikationen in § 185 StGB gut begründbar.[46]

Bei fast allen Rechtsfragen geht es um das vernünftige Verhältnis von individuellen und allgemeinen Interessen, die Idee einer gelungenen Vermittlung dieser Interessen ist nichts anderes als die Idee einer guten und gerechten Verfassung. Zwischen Individual- und Gemeininteressen gibt es keine einfache Relation, sondern eine vielschichtige, in der sich diese Interessen wechselseitig begrenzen, zum Teil mehrfach, und ein System von Ausnahmen und Gegenausnahmen begründen. Diese Komplexität findet im Beleidigungsstrafrecht vielfach Ausdruck, im Gedanken etwa einer beleidigungsfreien Sphäre oder dem Gedanken, dass aus bestimmten gewichtigen Interessen (§ 193 StGB) unter Umständen auch öffentlich beleidigt werden darf, was aber auch nur gilt, solange die Beleidigung nicht von einer Art ist, die sie der Abwägung entzieht. Hier zeigt sich, dass nicht nur Definitionen das Geschäft der Rechtsdogmatik bestimmen, sondern auch Regeln zur Auflösung von Kollisionen, die zwischen Rechtsprinzipien eintreten können.

VII. Ausblick

Die Beschäftigung mit dem Beleidigungsstrafrecht ist wie ein Propädeutikum zu Grundfragen des Rechts und des Strafrechts, fast alle wichtigen Probleme lassen sich in diesem Feld auf anschauliche Weise beleuchten und vermitteln, die Bedeutung der Dogmatik, das Problem der Bestimmtheit, das Verhältnis des gesetzten Rechts zur Kasuistik, der Ultima-ratio-Gedanke, die Gesellschaftlichkeit des Rechts und seine dadurch bedingte Volatilität, die Problematik psychischer Rechtsgüter, aber auch die Probleme eines strikten psychophysischen Dualismus im Rechtsgüterschutz, die Unübersetzbarkeit rein privater Empfindungen ins Recht, die Spannung zwischen individuellen und allgemeinen Belangen und Interessen, zwischen Fühlen und Denken sowie die Problematik destruktiver Dynamiken in der digitalen Kommunikation. Solange es das Beleidigungsstrafrecht gibt (und es ist derzeit nicht zu erwarten, dass es abgeschafft oder auch nur eingeschränkt wird), lohnt es sich allemal, es zum Anlass zu nehmen, diese Grundfragen immer wieder neu zu durchdenken.

[45] *Fischer* (Fn. 9), § 130 Rn. 2 f. m.w.N.
[46] Instruktiv dazu *Großmann*, GA 2020, 546 ff.

Das Verbot der Suizidassistenz in Deutschland (§ 217 dStGB a.F.) und der Schweiz (Art. 115 chStGB) – Vertäterschaftlichte Teilnahmehandlungen?!

Von Privatdozent Dr. Maximilian Lenk, Tübingen/Hamburg*

Anhand einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Verbote der Suizidassistenz in Deutschland (§ 217 dStGB a.F.) und der Schweiz (Art. 115 chStGB) geht der Beitrag dem Phänomen sog. vertäterschaftlichter Teilnahmehandlungen auf den Grund.

I. Einleitung

Es gibt nur wenige Themen, die in den vergangenen Jahren eine vergleichbare juristische und gesellschaftliche Debatte in Deutschland ausgelöst haben wie die Suizidassistenz. Die deutsche Gesellschaft tat sich in der Vergangenheit mit der Thematik schwer, zog sich teils in eine gewisse Apathie zurück und gab damit einer nicht zuletzt kirchlich initiierten Tabuisierung Raum. Im Einzelfall brachte man für den Sterbewunsch des Suizidwilligen Verständnis auf, für die Problemlösung sollten aber andere zuständig sein. Im Fall der Sterbehilfe war und ist das teils noch immer die Schweiz, weshalb dort von einem regelrechten „Sterbetourismus" die Rede ist. Dieser geriet durch den unlängst erfolgten Einsatz der sog. „Sarco"-Kapsel im Kanton Schaffhausen zwar wieder in Verruf.[1] In der Gesamtschau praktizieren die schweizerischen Nachbarn die Sterbehilfe aber seit Jahrzehnten weitgehend geräuschlos und unaufgeregt. Dafür sprechen nicht zuletzt die Mitgliederzahlen des wohl mit Abstand größten schweizerischen Sterbehilfevereins EXIT, der im Jahresbericht 2023 fast 170.000 Mitglieder verzeichnet.[2] Gemessen an der Bevölkerungszahl Deutschlands entspräche das einem Verein von rund 1,6 Mio. Mitgliedern, wovon hiesige Vereine (trotz steigender Mitgliederzahlen) noch meilenweit entfernt sind.[3]

Unter einer formal-juristischen Perspektive überraschen diese Gegensätze. Denn bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass in der Schweiz ein strengeres Regelungsregime gilt. Mit Art. 115 kennt das schweizerische StGB (im Folgenden: chStGB) seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1942 eine Regelung, welche die „Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord" sanktioniert. Hingegen galt in Deutschland seit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 ein überaus liberales Recht. Da der freiverantwortliche Suizid nicht unter Strafe stand, war mangels einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat eine strafbare Teilnahme ausgeschlossen. Sonderregelungen existierten über fast 150 Jahre nicht. Erst als zu Beginn des neuen Jahrtausends erste Personen aktiv von der liberalen Rechtslage in Deutschland Gebrauch machten, erste Fälle der Suizidhilfe bekannt und erste Sterbehilfevereine gegründet wurden, reagierte der Gesetzgeber – und dies auf geradezu brachiale Weise: Mit § 217 dStGB verbot er Ende des Jahres 2015 jegliche geschäftsmäßige, das heißt auf Wiederholung angelegte Förderung der Selbsttötung.[4] Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht diese Regelung im Jahr 2020 als mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) für unvereinbar und nichtig erklärt und damit die vorhergehende liberale Rechtslage wiederhergestellt.[5] Zwar machten sich Parlamentarier unterschiedlicher politischer Couleur umgehend an die Arbeit für eine Neuregelung, doch konnten dahingehende Reformvorschläge bislang keine Mehrheit hinter sich vereinen.[6]

Die teils emotional geführte Debatte über ethische Standards der Sterbehilfe sowie über moral-theologische und humanistische Gegensätze sollen an dieser Stelle dahinstehen. Ausweislich seines Titels geht es dem Beitrag um die Aufarbeitung eines zuvorderst rechtsdogmatischen Themas, das zwar in zahlreichen Gerichtsentscheidungen, Kommentierungen und sonstigen Veröffentlichungen anklingt, über das man nähere Erläuterungen aber weitgehend vergebens sucht: die vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen. Dass sowohl die ehemals deutsche als auch die schweizerische Regelung solche vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen darstellen, lassen bereits die amtlichen Vorschriftentitel vermuten, die von „Geschäftsmäßige[r] *Förderung* der Selbsttötung" (vgl. § 217 dStGB a.F.) bzw. „*Verleitung* und *Beihilfe* zum Selbstmord" (vgl. Art. 115 chStGB) sprechen. Im Übrigen stellen beide Vorschriften einen untergeordneten Beitrag zum Handeln eines Dritten, namentlich dem Suizidenten, unter Strafe. Mithin hat man es mit so etwas wie deliktsspezifischen Sonderregelungen zur Teilnahme zu tun,[7] die sich bei näherer

* Der *Autor* ist Privatdozent der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen und Justiziar des Vereins Sterbehilfe (Hamburg). Die Ausführungen geben ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

[1] Vgl. nur *Wehrheim/Hondl/Künzl*, SWR Aktuell v. 30.9. 2024, abrufbar unter https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/friedrichshafen/ermittlungen-nach-verwendung-von-suizidkapsel-im-kanton-schaffhausen-100.html (22.5.2025).

[2] Siehe https://www.exit.ch/verein/jahresberichte/jahresbericht-2023/ (22.5.2025).

[3] Zum Vergleich: Der Verein Sterbehilfe , der seinen Sitz in der Schweiz hat, sich aber maßgeblich aus deutschen Mitgliedern zusammensetzt, hatte Ende des Jahres 2023 4.072 Mitglieder und zum Jahresende 2024 bereits 5.312 Mitglieder, dazu https://www.sterbehilfe.de/jahresrueckblick-2022-in-zahlen/ (22.5.2025).

[4] BGBl. I 2015, S. 2177.

[5] BVerfGE 153, 182 = NStZ 2020, 528 (m.Anm. *Brunhöber*) = MedR 2020, 562 (m.Anm. *Duttge*) = NZWiSt 2020, 286 (m.Anm. *Neumann*) = JuS 2020, 580 (*Sachs*) = JA 2020, 473 (*Muckel*).

[6] Zu dem bislang aussichtsreichsten Gesetzesentwurf *Castellucci* (BT-Drs. 20/904), der im Parlament aber letztlich auch keine Mehrheit für sich gewinnen konnte, zu Recht kritisch *Hecker*, StV 2023, 57.

[7] Zu § 217 dStGB vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 16 („zur Täterschaft verselbständigte Unterstützungshandlung"); zu Art. 115 chStGB *Stratenwerth/Bommer*, Schweizerisches Strafrecht,

Betrachtung allerdings ganz wesentlich voneinander unterscheiden. Der Beitrag gibt zunächst einen kurzen Überblick über die Entwicklungsgeschichte von § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB (II.). Sodann wird das Phänomen der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen deliktsübergreifend untersucht und einer ersten Systematisierung zugeführt (III.). Abschließend finden § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB ihren Platz in dieser Systematisierung.

II. „Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung" (§ 217 dStGB a.F.) und „Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord" (Art. 115 chStGB)

Innerhalb der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung gilt – entsprechend kontinentaleuropäischer Rechtstradition seit Mitte des 19. Jahrhunderts[8] – gleichermaßen, dass der vollendete und der versuchte Suizid straflos sind. Mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat ist auch die Teilnahme am Suizid nach den Grundsätzen der §§ 26, 27 dStGB bzw. Art. 24, 25 chStGB straflos. Daraus entspringt überhaupt erst die Notwendigkeit, bloße Teilnahmehandlungen im Besonderen Teil als eigenständige Delikte zu fassen, mithin zu „vertäterschaftlichen".

In der Schweiz fand eine solche Regelung, ausgehend von vormals kantonalrechtlichen Bestimmungen, etwa in Schaffhausen, Bern, Freiburg, Neuenburg und dem Tessin, Eingang in die Entwürfe für ein eidgenössisches Strafgesetzbuch.[9] *Carl Stooß*, der für den ersten Vorentwurf verantwortlich zeichnete, hielt die Anstiftung und Beihilfe zum Suizid generell für strafwürdig. Entsprechend sah sein Entwurf in der Fassung von 1903 Strafe bis zu fünf Jahren noch für jeden vor, der „[j]emand[en] zum Selbstmord bestimmt oder ihm dazu Hilfe geleistet hat".[10] Im Laufe der weiteren Beratungen forderte erstmals der schweizerische Strafrechtswissenschaftler *Emil Zürcher*, den Tatbestand auf solche Täter zu beschränken, die „aus eigennützigen Beweggründen" handeln. Hingegen sollte die aus Mitgefühl rührende Freundestat, sei es zur Ermöglichung des (heute eher aus der Zeit gefallenen) Ehrensuizids[11] oder des Suizids des unrettbar Kranken,[12] straflos bleiben. Obwohl die Einschränkung wiederholt auf Bedenken und teils sogar Ablehnung stieß, überdauerte sie ihrem Gedanken nach das Gesetzgebungsverfahren und fand Eingang in die bis heute gültige Fassung des Art. 115 chStGB:[13]

> „Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft."

Selbstsüchtige Beweggründe können materieller (bspw. Erbschaft, Ausplünderung des Suizidenten, Einsparung von Unterhaltskosten) oder affektiver Gestalt (bspw. Hass, Rache oder Bosheit) sein.[14] Faustformelartig liegen selbstsüchtige Beweggründe umso eher vor, je geringer das Verleiten oder Hilfeleisten von Nutzen für den Suizidenten ist. Erfolgt die Unterstützung hingegen in seinem Interesse, auf sein ernstliches oder dringliches Verlangen, aus ethisch billigenswerten, loyalen und ehrenhaften Motiven („Freundestat"), sprechen diese Umstände im Ausgangspunkt gegen selbstsüchtiges Handeln. Diese Maßstäben entscheiden maßgeblich auch darüber, inwieweit organisierte Suizidhilfe durch Sterbehilfevereine – der schweizerische Strafgesetzgeber der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts hatte diese freilich noch nicht vor Augen – dem Strafgesetz unterfällt.[15] Die intrikate Frage, ob Geldzahlungen, die über die administrativen Kosten und Spesen der konkreten Suizidbegleitung hinausgehen, ein Handeln aus selbstsüchtigen Beweggründen begründen können, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt.[16] Zu Verurteilungen von Personen, die im Dienst von Sterbehilfeorganisationen handelten, kam es in der Schweiz bislang (soweit ersichtlich) aber noch nie.[17] Und auch im Übrigen hat der Strafartikel in der gerichtlichen Praxis nur marginale Bedeutung, was freilich nicht bedeutet, dass er im Hinblick auf seine präventive Wirkung ohne praktische Relevanz ist.[18] Ob der von der Sterbehilfeorganisation „The last resort" zu

---

Besonderer Teil I: Strafrecht gegen Individualinteressen, 8. Aufl. 2022, § 1 Rn. 49.

[8] Vgl. *v. Liszt*, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts – Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Bd. V, 1905, S. 1 (133 ff.).

[9] Vgl. *v. Liszt* (Fn. 8), S. 135.

[10] Hierzu und zum Folgenden *Engi*, Jusletter v. 4.5.2009, S. 1 (2 ff.); *v. Liszt* (Fn. 8), S. 135 f.

[11] So das zunächst angeführte Beispiel *Zürchers* in der Expertenkommission zur Verhandlung über den Vorentwurf: „Es ist mir ein Fall bekannt, wo ein Offizier wegen eines gemeinen Verbrechens, das er begangen hatte, in Untersuchungshaft gesetzt wurde und ein Freund ihm einen Revolver in die Zelle brachte, um ihm Gelegenheit zum Selbstmorde zu geben; hätte der Verhaftete von dem Revolver wirklich Gebrauch gemacht, so wäre es für ihn und seine Familie das beste gewesen, und ich finde, der Freund, der lediglich im Interesse des Verhafteten handelte, hätte keine Strafe verdient" (zitiert nach *Engi* [Fn. 10], S. 2).

[12] Ergänzend *Hafter*, MschrKrim 1912, 397 (398 f.).

[13] Vgl. *Engi* (Fn. 10), S. 2 ff.; *Schwarzenegger*, in: Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, 2008, S. 81 (100 ff.).

[14] Eingehend dazu und zum Folgenden *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 98 ff.

[15] Vgl. *Tag*, ZStW 128 (2016), 73 (79 m.Fn. 35); als geradezu „ungeeignet" bezeichnet *Neumann*, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat?, 2015, S. 143, vor dem geschichtlichen Hintergrund des Art. 115 chStGB die Norm bzgl. des Handelns von Sterbehilfeorganisationen.

[16] Offenlassend BGer, Urt. v. 17.11.2011 – 1B_516/2011; diesbezügliche Orientierungshilfen, die freilich immer von der Gesamtwürdigung aller im Einzelfall vorliegenden Motive abhängen, finden sich bei *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 117 ff.

[17] So auch der Sachstand bei EJPD, Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund (Bern, 24.4.2006), S. 38; zur Straflosigkeit mangels selbstsüchtiger Beweggründe vgl. *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 114; kritischer *Tag*, ZStW 128 (2016), 73 (79 f.).

[18] Vgl. *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 82 ff.

verantwortende, öffentlichkeitswirksam inszenierte und geradezu „sterbehilfeaktivistisch“ anmutende Einsatz der sog. „Sarco“-Kapsel im Kanton Schaffhausen im Herbst 2023 daran etwas ändert, ist derzeit ungewiss; die Ermittlungen durch die schweizerischen Behörden hierzu dauern an.

Ähnlich wie die kantonalen Bestimmungen der Schweiz sahen zunächst auch das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (§ 834 II 20) und daran anschließend die meisten Partikulargesetzbücher Sonderbestimmungen für die Teilnahme am Suizid vor.[19] Hingegen hatte (neben dem bayerischen) das preußische Strafgesetzbuch von einer solchen Regelung bereits Abstand genommen, was dann auch Vorbild für den Verzicht auf eine solche Regelung im Reichsstrafgesetzbuch vom 1. Januar 1872 stand. Kritik an dieser über 140 Jahre währenden liberalen Rechtslage wurde erst laut, als nach der Jahrtausendwende Fälle praktizierter Suizidassistenz in Deutschland publik wurden und erste Vereine Suizidassistenz als Dienstleistung anboten. Nachdem Versuche einer gesetzlichen Regulierung mehrmals scheiterten,[20] fand sich schließlich im Jahr 2015 eine parlamentarische Mehrheit zusammen, die § 217 dStGB ins Leben rief:

> „(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
> (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.“

Die Urheber betonten noch in der Gesetzesbegründung, dass sich das deutsche Regelungskonzept, wonach der Suizid und die Teilnahme daran prinzipiell straflos sind, bewährt habe und deshalb nicht infrage gestellt werden solle.[21] Vielmehr gehe es in erster Linie darum, dem „Geschäftsmodell“ von auf den assistierten Suizid spezialisierten Personen und Organisationen entgegenzutreten.[22] Entscheidend solle es dabei nicht auf deren Orientierung am materiellen Gewinn, das heißt die mit der Suizidassistenz verbundenen Erwerbs- oder Gewinnerzielungsabsichten, ankommen. Vielmehr solle jedwedes Eigeninteresse an der Fortsetzung der entsprechenden Tätigkeit unterbunden werden, weshalb § 217 dStGB schon jede auf Wiederholung angelegte, insoweit also „geschäftsmäßige“ Unterstützung verbot. Straflos sollten hingegen solche Unterstützungshandlungen bleiben, die nur im Einzelfall und aus altruistischen Motiven erfolgten, wobei der Gesetzgeber beispielhaft die Hilfe aufgrund einer besonderen persönlichen Verbundenheit erwähnte.[23] Hierin sah der deutsche Gesetzgeber – ähnlich wie die schweizerischen Vordenker des Art. 115 chStGB – kein strafwürdiges Unrecht, sondern ein in der Regel von tiefem Mitleid und Mitgefühl geprägtes Verhalten.[24]

Wenngleich die Motive des schweizerischen bzw. deutschen Gesetzgebers damit im Ausgangspunkt in eine ähnliche Richtung wiesen, unterschieden sich die gesetzlichen Regelungen in ihren praktischen Auswirkungen fundamental voneinander. Während Sterbehilfeorganisationen in der Schweiz die Suizidassistenz seit Jahrzehnten geräuschlos praktizieren und dadurch eine gewisse Sogwirkung („Sterbetourismus“) entfalten, beließ § 217 dStGB a.F. faktisch keinen Raum mehr, um Hilfe Dritter für den eigenen Suizid in Anspruch zu nehmen. Das Bundesverfassungsgericht befand das mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben für unvereinbar und erklärte § 217 dStGB a.F. für nichtig.[25]

III. Vertäterschaftlichte Teilnahmehandlungen

Oben wurde bereits ausgeführt, dass sowohl Vorschriftentitel als auch die auf Förderung und Unterstützung des Suizidenten angelegten Tathandlungen von § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB nahelegen, dass es sich bei den Strafvorschriften um sog. vertäterschaftlichte Teilnahmehandlungen handelt. Damit ist eine Begrifflichkeit angesprochen, die in der deutschen Strafrechtswissenschaft und -praxis für vielerlei Delikte Verwendung findet, ohne dass oftmals näher konkretisiert wird, was damit genau gemeint sein, geschweige denn, was daraus folgen soll.

1. Eine erste Bestandsaufnahme

Von vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen ist häufig bei solchen Strafvorschriften die Rede, für deren Tathandlungen der Gesetzgeber dieselben oder synonyme Begrifflichkeiten verwendet, wie sie auch für die beiden Teilnahmeformen der Anstiftung („Bestimmen“, vgl. § 26 dStGB, Art. 24 chStGB) und Beihilfe/Gehilfenschaft („Hilfeleisten“, vgl. § 27 dStGB, Art. 25 chStGB) gelten. Gleichlautende Handlungsumschreibungen sind in den Vorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts eher die Ausnahme (vgl. aber etwa § 259 Abs. 1 Var. 4 [Absetzen*helfen*] dStGB[26], § 96 Abs. 1 AufenthG[27], Art. 115 Var. 2 chStGB). Synonyme Handlungsumschreibungen, wie beispielsweise das Verleiten oder Fördern (vgl. § 120 Abs. 1 Var. 2, Var. 3 dStGB[28], Art. 115 Var. 1 chStGB), das Auffor-

[19] Auch dazu im Überblick *v. Liszt* (Fn. 8), S. 135.
[20] Vgl. zu vorangegangenen Gesetzesvorschlägen *Neumann* (Fn. 15), S. 117 ff.
[21] BT-Drs. 18/5373, S. 2.
[22] Vgl. dazu und zum Folgenden BT-Dr. 18/5373, S. 11 f.
[23] BT-Drs. 18/5373, S. 12
[24] BT-Drs. 18/5373, S. 20.
[25] Vgl. BVerfGE 153, 182 (183 5. Ls.): „Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 Abs. 1 StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.“
[26] Vgl. *Küper*, JZ 2015, 1032 (1032): „Absatzhilfe als materielle Beihilfe in täterschaftlicher Form“.
[27] Vgl. BGH NStZ 2024, 47 (48): „Die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erfasst mithin eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfehandlung.“
[28] Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 220: „[…] zu selbständigen Tatbeständen erhobene Teilnahmehandlungen.“

dern (vgl. § 111 Abs. 1 dStGB[29]), Vorschubleisten (vgl. § 180 Abs. 1 S. 1 dStGB[30]) oder organisationsbezogene Unterstützen (vgl. §§ 84 Abs. 2 Var. 2 und 3, 85 Abs. 2 Var. 2 und 3,[31] 129 Abs. 1 S. 2, 129a Abs. 5 dStGB,[32] § 20 Abs. 1 Nr. 3 VereinsG[33]), finden sich schon im Kernstrafrecht en masse. Weiterhin kennt das Strafgesetzbuch zahlreiche Strafvorschriften, die untergeordnete Tatbeiträge, wie etwa das Vorbereiten (vgl. § 89a Abs. 1 S. 1 dStGB[34]), Gestatten (vgl. § 206 Abs. 2 Nr. 3 Var. 1 dStGB[35]) oder auch nur Begehen- oder Geschehenlassen einer Tat (vgl. §§ 340 Abs. 1 Var. 2[36], 357 Abs. 1 Var. 3 dStGB[37]) unter Strafe stellen oder bereits denjenigen Täter sanktionieren, der – entsprechend § 217 Abs. 1 dStGB a.F. – einem Dritten zu etwas eine „Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt" (vgl. den für die Tathandlungen des § 217 Abs. 1 dStGB a.F. Vorbild stehenden § 180 Abs. 1 dStGB[38]). All diese Tathandlungen stehen in Beziehung zum Handeln eines Dritten und vermitteln auf diese Weise eine gewisse Parallelität zur akzessorisch ausgestalteten Teilnahme, die in Begrifflichkeiten wie der „vertäterschaftlichten", „vertatbestandlichten" oder „verselbständigten" Teilnahmehandlung anklingen.

Das Schrifttum weist darüber hinaus teils auch solche Delikte als vertäterschaftlichte Teilnahmehandlungen aus, die ihre Existenz einer beteiligungsdogmatischen Besonderheit verdanken. So hat der Gesetzgeber an verschiedener Stelle zu Sonderdelikten, bezüglich derer Dritte ehemals nur wegen Teilnahme bestraft werden konnten, sofern sie die besondere Tätereigenschaft nicht in eigener Person aufgewiesen haben, jedermanndeliktische Äquivalente geschaffen: Das gilt beispielsweise für die spiegelbildlich zur Amtsträgerkorruption (§§ 331, 332 dStGB) ausgestalteten Jedermanndelikte in den §§ 333, 334 dStGB[39] oder die Schuldnerbegünstigung gem. § 283d dStGB.[40] Auf einer weiteren Abstraktionsebene wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit § 299 Abs. 2 Nr. 2 dStGB die (straflose) versuchte Anstiftung zur Untreue vertäterschaftlicht habe.[41] Ähnliches soll schließlich für den Versicherungsmissbrauch (§ 265 Abs. 1 dStGB) gelten, der den potenziellen Gehilfen eines Betrugs (strafbar gem. §§ 263, 27 dStGB) bereits wegen seiner Unterstützungshandlung im Vorbereitungsstadium zum Täter stempelt.[42]

2. Infragestellung der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen

Die zuletzt genannten Vorschriften zeigen, dass die Umschreibung als vertäterschaftlichte Teilnahmehandlung teils nur von rechtshistorischem Wert und mitunter nicht unproblematisch

[29] Vgl. *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 111 Rn. 1: „[…] spezielle Unternehmens-Form einer Anstiftung […]".

[30] Vgl. *Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 29), § 180 Rn. 9: „[…] verselbständigte Form der Beihilfe".

[31] Zu § 84 StGB (§ 90a Abs. 2 StGB a.F.) BGHSt 20, 89 (89 1. Ls.): „Unterstützung ist zu Täterschaft verselbständigte Beihilfe"; ähnlich *Paeffgen/Klesczewski*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 29), § 84 Rn. 16: „[…] eine zum selbständigen Tatbestand erhobene Beihilfe."

[32] Zu § 129a Abs. 5 S. 1 StGB BGHSt 63, 127 (131): „[…] in diesem Sinne handelt es sich beim Unterstützen um eine zur Täterschaft verselbstständigte Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung."

[33] Dazu *Heinrich*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, VereinsG § 20 Rn. 71: „Abs. 1 S. 1 Nr. 3 stellt eine zur Täterschaft verselbstständigte Teilnahmehandlung unter Strafe. Durch das Tatbestandsmerkmal der Unterstützung wird ein Verhalten, welches an sich lediglich eine Beihilfehandlung darstellt, zur Täterschaft hochgestuft."

[34] Vgl. *Paeffgen* (Fn. 29), § 89a Rn. 13: „[…] zont solche Tatbeiträge, die materiell eher etwa unter Gehilfenschaft veranschlagt würde, zu täterschaftlichen hoch."

[35] Vgl. *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 29), § 206 Rn. 60: „[…] zur selbständigen Tat erhobenen Teilnahmetatbestand."

[36] Vgl. *Kuhlen/Zimmermann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 340 Rn. 10: „Die wirkliche Funktion des Begehenlassens liegt vielmehr bei § 340 Abs. 1 […] darin, die (materiell gesehen) bloße Teilnahme des Amtsträgers an der Körperverletzung deren täterschaftlicher Begehung gleichzustellen."

[37] Vgl. *Heine/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 357 Rn. 7: „Insoweit erhebt der Tatbestand die Beihilfe zur Tat des Untergebenen durch *Unterlassen* […] zur Täterschaft hinsichtlich § 357 […]."

[38] Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 18; zu § 180 StGB *Renzikowski*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 180 Rn. 21: „Der Gesetzgeber hat die Quasi-„Beihilfe" zu fremden Sexualkontakten zu einem selbständigen Tatbestand erhoben […]."

[39] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 60 Rn. 1: „Dagegen handelt es sich bei den §§ 333, 334 um Allgemeindelikte, die Teilnahmehandlungen in vertatbestandlichter Form als täterschaftliches Handeln bestrafen"; pointiert zum kriminalpolitischen Hintergrund *Volk*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 563 (567): „Es geht darum, das ‚Geflecht' der Korruption zu bekämpfen, und in einem ‚Geflecht' ist jeder Täter."

[40] Vgl. *Krezer*, Die Kapitalgesellschaft als Schuldnerin der Schuldnerbegünstigung – Eine Untersuchung zur tatbestandlichen Funktionsfähigkeit des § 283d StGB in der Kapitalgesellschaftsinsolvenz, 2015, S. 3 mit Fn. 14, der dies in einem betont untechnischen Sinne verstanden wissen will und die Formulierung schließlich als unzutreffend ausweist; als „missverständlich" und „problematisch" bezeichnet die Umschreibung auch *Brand*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 283d Rn. 3.

[41] Vgl. bereits instruktiv *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (195).

[42] Dazu *Johannsen*, Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung, 2009, S. 139; *Volk* (Fn. 39), S. 567.

ist, weil dadurch ein Abhängigkeitsverhältnis angedeutet wird, welches bei Lichte betrachtet nicht existiert. Dem Gesetzgeber ging es in vielen Fällen gerade im Gegenteil darum, die für die strafbare Teilnahme vorausgesetzte Abhängigkeit von der Haupttat aufzubrechen, um durch die selbständige Sanktionierung des Vorbereitungs-, Unterstützungs-, Verleitungs-, Förderungs- oder Gelegenheitsgewährungsakts (o.Ä.) Taten im Vorfeld eigentlicher Rechtsgutsverletzungen zu erfassen. Um dahingehenden Missverständnissen vorzubeugen, wird etwa die Umschreibung der Tatvariante des Überlassens im Rahmen des Missbrauchs von Ausweispapieren (§ 281 Abs. 1 Var. 2 dStGB) als einer zum Sonderdelikt erhobenen Beihilfe zum Gebrauch (Var. 1) oder einer insoweit zur Täterschaft heraufgestuften Beihilfehandlung[43] von bedeutenden Literaturstimmen nicht zu Unrecht als irreführend oder gar verfehlt ausgewiesen.[44] Kritik regt sich teils auch gegen die in Rechtsprechung und Literatur geläufige Umschreibung der organisationsbezogenen Unterstützungshandlungen als vertäterschaftlichter Teilnahmehandlungen, weil sich die Unterstützung nicht auf die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat eines individuellen Täters, sondern auf die jeweilige Vereinigung bzw. ihren organisatorischen Zusammenhalt bezieht.[45] Folgerichtig wird bezüglich einer – mit dem Begriff der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlung (möglicherweise) intendierten – Auslegungsparallelität zur Beihilfe (§ 27 dStGB) zur Vorsicht gemahnt.

Noch einen Schritt weiter geht *Rotsch*, der in seiner Habilitationsschrift die Behauptung von „eigentlichen" Teilnahmehandlungen, die mit der Behauptung von deren Vertäterschaftlichung zwangsläufig einhergeht, generell zurückgewiesen und auf ein Missverständnis des Gesetzes zurückgeführt hat:[46]

> „Wer hier etwa von ‚Vertäterschaftlichung' von ‚Teilnahmehandlungen' redet, legt dieser Betrachtung sein eigenes, in Beteiligungsformen differenzierendes Verständnis sozial erheblicher menschlicher Verhaltensweisen zugrunde. Das ist aber nicht das Verständnis des Gesetzgebers."

Anstatt in den Kategorien von Täterschaft und Teilnahme denkt der Gesetzgeber nach dem Dafürhalten von *Rotsch* in den Kategorien des Rechtsgefährdungspotenzials, wobei es ihm um die Bestrafung unmittelbarer und unterschiedlich mittelbarer Rechtsgutsbeeinträchtigungen geht.[47] Nur auf diese Weise sei begründbar, „weshalb derjenige Täter des § 219a Abs. 1 Nr. 2 StGB [a.F., da mittlerweile aufgeboben[48]; Anm. durch *Verf.*] sein soll, der beteiligungsdogmatisch Beihilfe zur Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch leistet, während derjenige, der Beihilfe zur Beihilfe zur Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch leistet, lediglich Gehilfe sein soll."[49] Die Einwände sind bedenklich, treffen auf das von *Rotsch* genannte und weitere Beispiele zu. Allgemeine Gültigkeit haben sie aber nicht.

3. Eigener Standpunkt – Differenzierung zwischen „echten" und „unechten" Vertäterschaftlichungen

Vielmehr erscheint es notwendig, zwischen zwei Arten von vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen zu differenzieren.

a) „Echte Vertäterschaftlichungen"

Auf der einen Seite stehen jene Vorschriften, die aufgrund ihrer Historie, der verwendeten Terminologie oder der Natur des Tatbeitrags in Bezug auf die „eigentliche" Rechtsgutsverletzung gewisse Anlehnung an die Teilnahmedogmatik nehmen, bei Lichte betrachtet aber in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zur Tat oder dem sonstigen Handeln eines Dritten stehen. Aufgrund ihrer Eigenständigkeit können sie als „echte Vertäterschaftlichungen" ausgewiesen werden. Hierher gehören die Fälle der klassischen Vorfeldkriminalisierung, so etwa § 265 dStGB, die Gesamtheit der organisationsbezogenen Delikte, mittels derer der Gesetzgeber Unterstützungshandlungen bezüglich krimineller oder terroristischer Vereinigungen (vgl. §§ 129 Abs. 1 S. 2, 129a Abs. 5 dStGB), verbotener Parteien, Vereinigungen oder Vereine (vgl. §§ 84 Abs. 2 Var. 2 und 3, 85 Abs. 2 Var. 2 und 3 dStGB, § 20 Abs. 1 Nr. 3 VereinsG) sowie von Tätigkeiten sicherheitsgefährdender Nachrichtendienste (vgl. § 109f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Var. 2 dStGB) und bewaffneter Gruppen (vgl. § 128 dStGB) unter Strafe stellt. Zu den echten Vertäterschaftlichungen gehören weiterhin die sog. Vorbereitungsdelikte (vgl. §§ 83, 89a Abs. 1 S. 1, 149 Abs. 1, 152c Abs. 1, 202c Abs. 1, 234a Abs. 3, 263a Abs. 3, 275 Abs. 1, Abs. 1a, 303a Abs. 3, 310 Abs. 1, 316c Abs. 4 dStGB) sowie die jedermanndeliktischen Äquivalente für Sonderdelikte (vgl. §§ 333, 334, 283d dStGB). Mit all diesen Delikten hat der Gesetzgeber eigenständige Strafvorschriften geschaffen, die in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Handeln eines Dritten stehen. Er hat Strafe dadurch teils vorverlagert, um schon mittelbare Rechtsgutsbeeinträchtigung (vgl. *Rotsch*) zu sanktionieren.

b) Formen „unechter" Vertäterschaftlichungen

Daneben existieren Teilnahmehandlungen, die aufgrund ihrer Vertatbestandlichung zwar der Form nach auch vertäterschaftlicht sind, sich aber dennoch nicht gänzlich vom Handeln eines Dritten emanzipiert haben und noch immer in einem quasi-akzessorischen Verhältnis dazu stehen. Aufgrund die-

[43] So etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 281 Rn. 6; *Heine/Schuster*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 37), § 281 Rn. 10; *Zieschang*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Fn. 40), § 281 Rn. 19.

[44] Vgl. *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 281 Rn. 11; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 36), § 281 Rn. 11.

[45] Zur Kritik *Eidam*, NJW 2018, 2428; *Eschelbach*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 29), § 129 Rn. 68 f.

[46] Eingehend *Rotsch*, „Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, S. 281 ff. (nachfolgendes Zitat S. 295).

[47] *Rotsch* (Fn. 46), S. 285 f.

[48] BGBl. I 2022, S. 1082.

[49] *Rotsch* (Fn. 46), S. 286 f.

ser Abhängigkeit sollen sie im Folgenden als „unechte Vertäterschaftlichungen“ bezeichnet werden, wobei zu zeigen sein wird, dass die Abhängigkeit ihrem Grade nach divergieren kann.

Zunächst sind hier die sog. Konnivenzdelikte zu nennen, wie sie das deutsche Strafrecht etwa für den verwaltungsbehördlichen (vgl. § 357 dStGB) und militärischen Bereich (vgl. §§ 33, 34 WStG, § 4 VStGB) kennt. Parallelen zur Teilnahmestrafbarkeit offenbaren sich bei diesen zunächst auf der Ebene des Tatbestands, der Bezug auf die „rechtswidrige Tat“ des Untergebenen nimmt.[50] Sie setzen sich fort auf der Ebene der Rechtsfolge, die sich im Grundsatz – wie bei der Teilnahmestrafbarkeit gem. §§ 26, 27 dStGB – nach der rechtswidrigen Tat des Untergebenen richtet. Diese Zusammenhänge deuten bereits an, dass das Konnivenzdelikt jedenfalls auch das durch die Bezugstat verletzte Rechtsgut schützt und daraus sein Unrecht maßgeblich speist.[51] Mithin ist das Abhängigkeitsverhältnis zwischen der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlung und der Bezugstat sehr eng ausgeprägt.

Unter die Rubrik der „unechten Vertäterschaftlichungen“ fallen weiterhin solche (vertäterschaftlichten) Teilnahmehandlungen, die der Gesetzgeber als sog. Surrogate strafloser Beihilfe geschaffen hat.[52] Prominentes Beispiel im Kernstrafrecht ist dafür die Tatvariante der Absatzhilfe im Rahmen des Hehlereitatbestands (§ 259 Abs. 1 Var. 4 dStGB).[53] Der Gesetzgeber hat die bloße Absatz*hilfe* vertäterschaftlicht, um auch im Interesse des Vortäters liegende Unterstützungshandlungen strafrechtlich zu erfassen. Nach allgemeinen Teilnahmegrundsätzen wäre das nicht der Fall, sofern der Vortäter selbst Hehlereihandlungen vornimmt, weil der Wortlaut des § 259 Abs. 1 dStGB die Vortat eines „anderen“ voraussetzt. Handelte es sich bei der Absatzhilfe um eine „echte Vertäterschaftlichung“ im obigen Sinne, müsste man annehmen, dass die Tat bereits mit der Erbringung irgendeiner auf das Absetzen gerichteten Unterstützungshandlung vollendet ist.[54] Bekanntlich ist dieses Verständnis veraltet. Vielmehr verlangen Literatur und Rechtsprechung – in Anlehnung an die Variante des Absetzens – auch für die Vollendung des § 259 Abs. 1 Var. 4 dStGB den Eintritt eines Absatzerfolgs. Dogmatisch begreiflich wird das, wenn man die Absatzhilfe materiell als Beihilfe zum Absetzen begreift, das seinerseits – schon vom Wortlaut her naheliegend[55] – einen Absatzerfolg voraussetzt.[56] Demgemäß kann die (materielle) Beihilfestrafbarkeit erst vollendet sein, wenn auch die „eigentliche Haupttat“, namentlich das Absetzen, vollendet ist. Für die Versuchsstrafbarkeit hat sich ein solches quasi-akzessorisches Verständnis in der Rechtsprechung zwar noch nicht durchsetzen können.[57] Doch ist es nur konsequent, parallel zur strafbaren Teilnahme am versuchten Delikt auch für den strafbaren Versuch der Absatzhilfe zu fordern, dass der Vortäter unmittelbar zu seiner auf die Herbeiführung eines Absatzerfolgs gerichteten Absatzhandlung ansetzt (vgl. § 22 dStGB).[58] Andernfalls gerät man in den Verdacht, entgegen § 30 Abs. 1 dStGB eine nur versuchte Beihilfe zu sanktionieren. Kern- und Nebenstrafrecht kennen noch weitere solcher Surrogate strafloser Teilnahme, die stets auf die Straflosigkeit des eigentlichen Hauptakteurs zurückzuführen sind. Einprägsame Beispiele sind die Strafbarkeit des Verleitens und Förderns des Gefangenen zum Entweichen (vgl. § 120 Abs. 1 Var. 2 und 3 dStGB), wobei der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des Selbstbegünstigungsprinzips von der Bestrafung des Gefangenen selbst Abstand genommen hat.[59] Auch in Vorschriften des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts kriminalisiert der Gesetzgeber an verschiedener Stelle neben einer exponierten Tathandlung das bloße Fördern und Verleiten zu ebendiesem Tun (vgl. § 328 Abs. 2 Nr. 4 dStGB, §§ 19 Abs. 1 Nr. 1a, Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 1a, Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 KrWaffKontrG, § 17 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 CWÜAG). Dadurch will der Gesetzgeber sicherstellen, dass Teilnahmehandlungen Deutscher auch dann strafbar sind, wenn sie nach allgemeinen Teilnahmeregelungen nicht der Strafe unterfallen, weil die im Ausland begangene „Haupttat“ aufgrund dortigen Rechts nicht strafbar ist (insbesondere im gegenständlichen Bereich des KrWaffKontrG oder des CWÜAG sind etwaige Herstellungshandlungen von den betreffenden Staaten aus-

[50] Zwar spricht § 4 VStGB nur von der Begehung einer Tat, doch wird auch insoweit deren Rechtswidrigkeit überwiegend verlangt, vgl. *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, S. 669; *Weigend/Kuhli*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, VStGB § 4 Rn. 43.

[51] So auch die herrschende Meinung, vgl. *Heine/Weißer* (Fn. 37), § 357 Rn. 1; *Kuhlen/Zimmermann* (Fn. 36), § 357 Rn. 3; *Rogall/Noltenius*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 357 Rn. 4 („akzessorischer Rechtsgutsangriff“); *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 357 Rn. 2. Sofern andere Ansichten ausschließlich auf die innenrechtliche Pflichtwidrigkeit (vgl. *Heger* [Fn. 43], § 357 Rn. 1; *Hoyer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen – Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, 1998, S. 20) oder das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns abstellen wollen (vgl. *Brozat*, CCZ 2011, 227 [228]), kann das die gleiche Strafdrohung wie für den Haupttäter kaum begründen (überzeugend *Schmitz* [a.a.O.], § 357 Rn. 2).

[52] Die prägnante Begrifflichkeit vom „Surrogat strafloser/tatbestandsloser Beihilfe“ verdankt sich *Küper*, JZ 2015, 1032.

[53] Eingehend dazu und zum Folgenden *Küper*, JZ 2015, 1032.

[54] So noch BGHSt 26, 358 (359 f.); vgl. dazu auch (i.Erg. freilich anders) *Dehne-Niemann*, HRRS 2015, 72 (73).

[55] BGH NJW 1976, 1698 (1699); *Hecker*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 37), § 259 Rn. 29.

[56] Vgl. *Küper*, JZ 2015, 1032 (1037).

[57] BGHSt 63, 228 (234 ff.).

[58] Vgl. OLG Köln BeckRS 2917, 117610 Rn. 9; sowie die fast einhellige Literatur, vgl. *Dehne-Niemann*, HRRS 2015, 72 (78); *Hecker* (Fn. 55), § 259 Rn. 48 m.w.N.; *Mitsch*, NJW 2019, 1258,.

[59] Zu den näheren Gründen siehe *Eschelbach* (Fn. 45), § 120 Rn. 3.

drücklich erwünscht).[60] Wie bei § 259 Abs. 1 Var. 4 dStGB steht auch bei den hier angeführten Förder- oder Verleitungsdelikten weitgehend außer Streit, dass eine Strafbarkeit nur in Betracht kommt, wenn die „Bezugstat" zumindest in das Versuchsstadium gelangt oder gar selbst verwirklicht worden ist.[61] Dieses Abhängigkeitsverhältnis darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Abhängigkeitsgrad zu der Bezugstat weniger stark ausgeprägt ist als bei den Konnivenzdelikten. Konnte dort allein aufgrund der tatbestandlichen Bezugnahme auf die „rechtswidrige Tat" des Untergebenen noch mit einiger Sicherheit behauptet werden, dass das Konnivenzdelikt sein Unrecht maßgeblich aus der Bezugstat speist, muss das bei den sog. Surrogaten strafloser Teilnahme aus einer streng dogmatischen Perspektive auf Widerspruch stoßen. Denn die Bezugstat unterfällt gerade nicht dem Tatbestand eines Strafgesetzes (vgl. etwa zur Hehlerhandlung des Vortäters oben) und statuiert damit kein strafrechtliches Unrecht, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 dStGB. Eben deshalb sind die Vertäterschaftlichungen überhaupt erst notwendig. Als „Surrogate" strafloser Teilnahme repräsentieren sie dieses Unrecht aber gewissermaßen mit. Insoweit ist auch die Schutzrichtung des vertäterschaftlichten Teilnahmedelikts naturgemäß dieselbe, wie die der hypothetisch strafbaren Bezugstat.

Eine konstruktionsbedingte Besonderheit weist schließlich das noch recht junge sog. Gruppendelikt in § 184j dStGB auf. Bestraft wird hiernach, wer eine Straftat dadurch *fördert*, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt. Strafbar ist dieses Verhalten aber ausweislich der Vorschrift nur, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i dStGB begangen wird. Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich bei diesem einschränkenden Strafbarkeitserfordernis um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, mit der Folge, dass der Täter in Bezug auf die Begehung des Sexualdelikts gem. § 177 dStGB oder § 184i dStGB weder vorsätzlich noch fahrlässig handeln muss.[62] In der Konsequenz des Schuldprinzips folgt daraus, dass die Strafbarkeitsbedingung nicht nur schuldindifferent ist, sondern auch für das Unrecht der Tat ohne Relevanz ist.[63] Folglich wird dem Täter des § 184j dStGB nicht das Unrecht der durch einen anderen Gruppenbeteiligten begangenen Sexualstraftat gem. §§ 184i oder 177 dStGB zugerechnet. Strafrechtlich ist ihm lediglich der Vorwurf zu machen, dass er sich (gewissermaßen in böser Absicht) an einer Gruppe beteiligt und dadurch (irgend-)eine Straftat gefördert hat. Mithin ist die Strafbarkeit nur formal durch die Begehung einer Bezugstat bedingt. Von einer „klassischen" Vorfeldkriminalisierung kann aber nur schwerlich die Rede sein, wenngleich die von der Strafbarkeitsbedingung unberührt bleibende strafbewehrte Verhaltensnorm bereits die Gruppenbeteiligung als solche verbietet. Die Einordnung des strafbarkeitseinschränkenden Merkmals (Begehung einer Straftat gem. § 177 dStGB oder § 184i dStGB durch einen Beteiligten der Gruppe) als Strafbarkeitsbedingung zeitigt auch Folgen für die Rechtsgutsbestimmung des § 184j dStGB. Weil die Strafbarkeitsbedingung als schuldindifferentes Merkmal nicht verhaltensmotivierend wirken kann und § 184j dStGB bereits die Gruppenbeteiligung als solche verbietet, ist die Vorschrift kein originäres Delikt zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, sondern schützt vor jeglichen Gefahren, die aus gruppendynamischen Prozessen hervorgehen.[64] Darin wird erkennbar, dass das Abhängigkeitsverhältnis zwischen der veräterschaftlichten Teilnahmehandlung und der Bezugstat deutlich loser ausgeprägt ist als bei den vorangegangenen Formen unechter Vertäterschaftlichungen.

IV. Einordnung von § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB in das System vertäterschaftlichter Teilnahmehandlungen

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Blick auf die Tathandlungen von § 217 Abs. 1 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB die Zugehörigkeit der Vorschriften zu den vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen nahelegt. Das gilt in besonderer Weise für Art. 115 chStGB, der sich mit den Tathandlungen Verleiten und Hilfeleisten gemeinhin deckungsgleich an die Vorschriften über Anstiftung und Gehilfenschaft (Art. 24, 25 chStGB) anlehnt.[65] Einen etwas anderen Weg ist der deutsche Gesetzgeber gegangen, der sich bei Formulierung des § 217 Abs. 1 dStGB nicht an den allgemeinen Teilnahmevorschriften (§§ 26, 27 dStGB), sondern an der Vorschrift des § 180 Abs. 1 dStGB orientiert hat. Diese knüpft (in ganz anderem Zusammenhang) Strafe an das Vermitteln bzw. das Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit.[66] Der Gesetzgeber wollte damit jegliche Handlungen erfassen, durch die äußere Umstände herbeigeführt werden, die geeignet sind, die Selbsttötung zu ermöglichen oder wesentlich zu erleichtern.[67]

[60] Zu § 328 StGB BT-Drs. 13/10076, S. 11; dazu auch *Schittenhelm*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 37), § 328 Rn. 13c. Zum KrWaffKontrG BT-Drs. 11/4609, S. 10; eingehend *Heinrich*, in: Erb/Schäfer (Fn. 50), KrWaffKontrG § 19 Rn. 11; *Holthausen*, NJW 1991, 203.

[61] Zu § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB vgl. nur BGHSt 63, 228 (228 1. Ls., 231 f. m.w.N.). Zu § 120 Abs. 1 StGB vgl. BGHSt 9, 62 (63); *Bosch*, in: Erb/Schäfer (Fn. 38), § 120 Rn. 35. Zu den Delikten im KrWaffKontrG beziehungsweise CWÜAG vgl. OLG Stuttgart NStZ 1997, 288; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153 (154); OLG Düsseldorf NStZ 2000, 378 (379); LG Stuttgart NStZ 1997, 288 (288 2. Ls., 290) m. insoweit zust.Anm. *Holthausen/Kreuzer*; das voraussetzend auch *Barthelmeß*, wistra 2001, 14 (15); *Heinrich* (Fn. 60), KrWaffKontrG § 19 Rn. 11, 14; *Lampe/Lutz*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244 Lfg., Stand: Januar 2025, KrWaffKontrG § 19 Rn. 6.

[62] Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 31.

[63] Dazu und zum Folgenden *Lenk*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, 2025, S. 94 ff., 122 ff.

[64] *Lenk* (Fn. 63), S. 288 f.

[65] *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 91 f.; *Stratenwerth/Bommer* (Fn. 7), § 1 Rn. 49.

[66] Dazu BT-Drs. 18/5373, S. 18.

[67] BT-Drs. 18/5373, S. 18.

1. Abhängigkeit der Strafbarkeit von der Ausführung des Suizids

Für die Differenzierung zwischen den unechten und echten Vertäterschaftlichungen ist allein mit dieser terminologischen Zustandsbeschreibung noch nichts gewonnen. Vielmehr kommt es darauf an, inwieweit die Strafbarkeit – trotz der Vertäterschaftlichung einer Teilnahmehandlung – vom Handeln eines Dritten abhängt (dann: „unechte Vertäterschaftlichung"). An dieser Stelle weisen die beiden Normen erhebliche Unterschiede auf.

Der isolierte Blick auf die Tathandlungen lassen darauf schließen, dass die Taten bereits vollendet sind, wenn die jeweilige auf den Suizid gerichtete Unterstützungshandlung verwirklicht ist. Das führte dazu, dass Handlungen bereits sehr weit im Vorfeld und unabhängig davon sanktioniert würden, ob es überhaupt zum späteren Suizid kommt; man denke etwa an die bloße Beschaffung von Medikamenten oder auch nur die Vermittlung an einen Sterbehilfeverein. Ebenjenes Ziel verfolgte der deutsche Gesetzgeber mit § 217 dStGB a.F. Zwar beschwichtigte er in der Gesetzesbegründung zunächst, dass „[b]loße Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung […] nicht Gegenstand der Neuregelung [sind]." Im Folgenden musste er aber einräumen, dass „[b]eim Gewähren oder Verschaffen der Gelegenheit […] die Tat vollendet [ist], wenn die äußeren Bedingungen für die Selbsttötung günstiger gestaltet worden sind."[68] Klarstellend heißt es an anderer Stelle, dass der Tatbestand auch Tathandlungen im Vorfeld des Suizids erfasse und die Vorschrift nicht voraussetze, dass es tatsächlich zu einer Selbsttötung gekommen oder eine solche auch nur versucht worden sei.[69] Literaturstimmen bemühten sich um Restriktionen, indem sie nur solche Handlungen vom Tatbestand erfasst wissen wollten, auf die die ermöglichte Handlung „unmittelbar" erfolgen sollte; bildlich gesprochen kam es darauf an, dass dem Suizidwilligen durch die Tathandlung eine „letzte Hürde" aus dem Weg geräumt wird.[70] Das ändert aber nichts an dem Befund, dass der Gesetzgeber mit § 217 Abs. 1 dStGB a.F. die Suizidassistenz losgelöst von der (versuchten) Begehung des Suizids unter Strafe stellte und damit eine „echte Vertäterschaftlichung" schuf.

Demgegenüber hat der schweizerische Gesetzgeber die Strafbarkeit gem. Art. 115 chStGB ausdrücklich von dem mindestens versuchten Suizid abhängig gemacht hat. Damit folgt die schweizerische Vorschrift dem Regelungskonzept der „unechten Vertäterschaftlichung". Sodann lohnt ein Blick auf die Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlung (Verleiten oder Hilfeleisten) und der „Bezugstat", namentlich dem mindestens versuchten Suizid. Wie die Betrachtungen über die unechten Vertäterschaftlichungen gezeigt haben, hängt das nicht zuletzt davon ab, ob die Bezugstat (der mindestens versuchte Suizid) Teil des Unrechtstatbestands ist. In der schweizerischen Strafrechtswissenschaft wird das zum Teil angenommen.[71] Hiernach ähnelte das Delikt seiner Struktur nach – ähnlich wie die sog. Konnivenzdelikte im deutschen Recht – sehr stark der Teilnahmestrafbarkeit nach allgemeinen Grundsätzen, die maßgeblich von der (mindestens versuchten) vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat abhängt und daraus ihr Unrechts speist.[72] Damit ist aber zugleich der entscheidende Schwachpunkt dieser Ansicht benannt: Das schweizerische Recht weist den Suizid nirgends als (haupttatäquivalentes) Unrecht aus, sondern betrachtet ihn (im Gegenteil) als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts. Überzeugender ist es deshalb, das Strafbarkeitserfordernis als objektive Strafbarkeitsbedingung zu begreifen.[73] Solche Strafbarkeitsbedingungen, die sowohl das deutsche als auch das schweizerische Recht kennt (vgl. die Rauschtat beim Vollrausch, § 323a Abs. 1 dStGB/Art. 263 chStGB, und die schwere Folge beim Schlägereitatbestand, § 231 Abs. 1 dStGB/Art. 133 chStGB) lassen mangels Unrechtsrelevanz (dazu oben) die Deliktsvollendung unberührt.[74] Strafbar ist die „Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord" aber erst mit dem Begehung eines mindestens versuchten Suizids.

2. Schutzzweck

Stellt der Gesetzgeber auf den Suizid gerichtete Förderungs-, Verleitungs- oder Unterstützungshandlungen unter Strafe, kann man sich des (ersten) Eindrucks nicht verwehren, dass es dem Gesetzgeber wohl nicht zuletzt darum geht, den Suizid als solchen zu verhindern. Mithin liefen entsprechende Strafnormen darauf hinaus, das Leben zu schützen. Die vom vertäterschaftlichen Teilnehmer begangene Tat wäre hiernach als Angriff auf das menschliche Leben aufzufassen. Noch drastischer: Begreift man das Erfordernis des mindestens versuchten Suizids i.R.d. Art. 115 chStGB als Teil des Unrechtstatbestands (vgl. oben), hieße das nichts anderes, als den Suizid selbst als unrechtskonstitutives Element aufzufassen (BT-Drs. 18/5373, S. 16 spricht dann auch von der „‚Haupttat' [Selbsttötung]"), an dem sich der – wenn auch formal vertäterschaftlichte – Teilnehmer in materieller Hinsicht nur beteiligt. In dogmatischer Hinsicht entspräche das dem Strafgrund der vom Akzessorietätsgrundsatz beherrschten Teilnahme (§§ 26, 27 dStGB; Art. 24, 25 chStGB).[75]

[68] BT-Drs. 18/5373, S. 18.

[69] BT-Drs. 18/5373, S. 19.

[70] Vgl. *Brunhöber*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 217 Rn. 46 ff.; *Oğlakcıoğlu*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2020, § 217 Rn. 22 ff.

[71] So etwa *Schubarth*, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Delikte gegen Leib und Leben, 1982, Art. 115 Rn. 20; *Stratenwerth/Bommer* (Fn. 7), § 1 Rn. 55.

[72] Unter Verweis darauf *Stratenwerth/Bommer* (Fn. 7), § 1 Rn. 55.

[73] Ohne nähere Begründung zutreffend *Germann*, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 228; *Hafter*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1937, S. 28; *Thormann/v. Overbeck*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, II. Band, 1941, Art. 115 Rn. 8.

[74] Allgemeine Meinung, siehe nur *Lenk* (Fn. 63), S. 305 m.w.N.

[75] Instruktiv *Hecker*, GA 2016, 455 (458 f.).

Früheren Betrachtungen mochte ein solches Verständnis vom Suizid, der lange Zeit mit einem gesellschaftlichen Makel behaftet war und es teils noch immer ist („Selbst*mord*"), wenig Schwierigkeiten bereiten. Das verleitete dann auch zu der lange Zeit unwidersprochenen Annahme, dass in der Teilnahme zum Suizid eine Missbilligung des Lebens zum Ausdruck kommt.[76] Entsprechende Strafnormen wirkten demnach nicht nur den mit den zunehmenden Neigungen zum Suizid einhergehenden Gefahren für die Leistungsfähigkeit des staatlichen Gemeinwesens entgegen, sondern dienten zuvorderst dem Schutz des menschlichen Lebens. Noch heute vertritt *Hillgruber* dieses Lebensschutz-Konzept, indem er wirkmächtig formuliert, der Gehilfe mache sich den Standpunkt des Lebensmüden, sein Leben sei nicht mehr wert, weitergelebt zu werden, zu eigen, worin eine Missachtung des in der Menschenwürde gründenden Eigenwerts jedes menschlichen Lebens liege.[77] Verfechter dieser These sehen sich darin wohl zusätzlich durch die systematische und inhaltliche Nähe der Suizidassistenz mit der Tötung auf Verlangen bestätigt, bezüglich derer bereits *v. Liszt* einen strafrechtlichen „Parallelismus" präferierte.[78] In der schweizerischen Strafrechtswissenschaft, die (soweit ersichtlich) wenig Zeit und Mühe auf die Ausformung des Schutzzwecks verwendet, wird Art. 115 chStGB in dieser Tradition noch immer im Wesentlichen mit dem Schutz des Lebens, dessen Höchstrangigkeit und Unverfügbarkeit gerechtfertigt.[79]

Vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wertewandels, der unmissverständlich Eingang in die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung gefunden hat, überzeugt ein solches Lebensschutz-Konzept heute nicht mehr. Der freiverantwortliche Suizid ist hiernach geradezu das Gegenteil von strafrechtlichem Unrecht:

> „Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben ist […] unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung; sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde."[80]

Liegt demnach in dem freiverantwortlichen Suizid kein Unrecht begründet, vermag auch der Teilnehmer kein Unrecht zu verwirklichen, der sich lediglich dem Entschluss des Sterbewilligen zum Suizid unterordnet.[81] Ob die Suizidassistenz nur im Einzelfall erfolgt oder auf Wiederholung angelegt ist („geschäftsmäßig", vgl. § 217 Abs. 1 dStGB a.F.), ändert an der Unrechtsirrelevanz ebenso wenig[82] wie innere Motive des Suizidhelfers („selbstsüchtige Beweggründe", vgl. Art. 115 chStGB).

Daraus folgt, dass der Schutzzweck von § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB nicht „akzessorisch" aus der Mitwirkung an fremdem Unrecht ableitbar, sondern aus der (materiellen) Teilnahmehandlung selbst zu konstruieren ist.[83] Für die echte Vertäterschaftlichung in § 217 Abs. 1 dStGB a.F. stellt das keine Besonderheit dar; sie zeichnet sich ohnehin durch ihre Eigenständigkeit aus (vgl. oben). Aber auch mit der Zuordnung des Art. 115 chStGB zu den unechten Vertäterschaftlichungen ist noch kein Präjudiz für das geschützte Rechtsgut verbunden.[84] Insoweit hat die obige Betrachtung gezeigt, dass eine unechte Vertäterschaftlichung am Rechtsgüterschutz der Bezugstat teilhaben (vgl. die Konnivenzdelikte), aber auch eine andere Schutzrichtung aufweisen kann (vgl. § 184j dStGB).

Weil die Verhaltensnormen der Suizidassistenzverbote die Strafbarkeit gegenüber dem Suizid weit ins Vorfeld verlagern, bleibt die nähere Konturierung des geschützten Rechtsguts naturgemäß vage, dessen Beeinträchtigung durch die inkriminierten Verhaltensweisen kaum messbar. Der vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsrechtlich legitim befundene Zweck soll zuvorderst im Schutz der Autonomie potenziell Suizidwilliger liegen.[85] Das Bundesverfassungsgericht betont, dass mittels eines Verbots von auf die Suizidassistenz gerichteten Dienstleistungsangeboten einem „Gewöhnungs- und Normalisierungseffekt" begegnet werden soll,

[76] Vgl. *Hafter*, MschrKrim 1912, 397 (398); hierzu und zum Folgenden *v. Liszt* (Fn. 8), S. 137 ff.
[77] *Hillgruber*, ZfL 2015, 80 (92).
[78] *v. Liszt* (Fn. 8), S. 135.
[79] *Schwarzenegger* (Fn. 13), S. 83 m.w.N.; andeutungsweise anders immerhin *Hafter* (Fn. 73), S. 26, indem er die Rede von der Teilnahme als Selbstmord als missverständlich zurückwies: „Es handelt sich nie um Teilnahme an fremder Straftat. Das Strafrecht bekümmert sich nicht um den Selbstmord. Der Dritte jedoch, der zur Selbsttötung verleitet oder dabei hilft, setzt Bedingungen für die Vernichtung eines fremden Menschenlebens. Das macht ihn strafwürdig."
[80] BVerfGE 153, 182 (264).
[81] Vgl. *Duttge*, NJW 2016, 120 (123); *Hecker*, GA 2016, 455 (459); *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (287); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186).
[82] Zutreffend *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 3. Die damit einhergehende Strafbarkeitsbeschränkung auf professionelle Suizidhelfer sprach dem mit § 217 StGB a.F. intendierten Lebensschutz im Gegenteil Hohn, weil sie Laienhelfern freie Hand ließ, hingegen die professionelle Suizidassistenz untersagte.
[83] Instruktiv dazu *Hecker*, GA 2016, 455 (459 f.).
[84] Das aber wohl voraussetzend *Hecker*, GA 2016, 455 (458 ff.).
[85] BVerfGE 153, 182 (269 Rn. 227 ff.); diese Zweckkomponente kommt auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck (vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.): „Insbesondere alte und/oder kranke Menschen können sich dadurch zu einem assistierten Suizid verleiten lassen oder gar direkt oder indirekt gedrängt fühlen. Ohne die Verfügbarkeit solcher Angebote würden sie eine solche Entscheidung nicht erwägen, geschweige denn treffen. Solchen nicht notwendig kommerziell orientierten, aber geschäftsmäßigen, also auf Wiederholung angelegten Handlungen ist deshalb zum Schutz der Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Leben auch mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzuwirken." Vgl. auch *Hecker*, GA 2016, 455 (460).

durch den sich vulnerable Gruppen zur Selbsttötung verleiten lassen oder gar direkt oder indirekt gedrängt fühlen könnten.[86] Weiterhin bestehe bei einschlägigen Interessenkonflikten die Gefahr, dass in Situationen prekärer Selbstbestimmung fremdbestimmt auf die Entscheidung des Suizidenten eingewirkt würde. Auf dieser, wenn auch vagen Grundlage verfolgt sowohl das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidassistenz (Gefahr durch Gewöhnungs- und Normalisierungseffekte) als auch das Verbot der Suizidassistenz aus selbstsüchtigen Beweggründen (Gefahr durch Interessenkonflikte) legitime Schutzzwecke.[87]

V. Fazit

Der Vergleich von § 217 dStGB a.F. und Art. 115 chStGB hat interessante Parallelen und Unterschiede aufgezeigt. Das zeigt sich zunächst in den faktischen Auswirkungen, die mit Blick auf die Entstehungsgeschichte paradox erscheinen: Während der schweizerische Gesetzgeber zunächst darin bestrebt war, die Teilnahme am Suizid sehr weitgehend zu unterbinden, hat er durch das einschränkende Erfordernis der selbstsüchtigen Beweggründe einen weitgehend „zahnlosen Tiger" geschaffen. Hingegen betonte der deutsche Gesetzgeber das selektive Verbot von Dienstleistungsangeboten, schuf aber mit der Untersagung jeglicher geschäftsmäßigen Suizidassistenz eine Regelung, die vor dem Hintergrund des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) keinen hinreichenden Raum für die Suizidassistenz mehr beließ.

In strafrechtsdogmatischer Sicht führte der Vergleich auf das bislang noch weitgehend unbestellte Feld vertäterschaftlichter Teilnahmehandlungen; eine Begrifflichkeit, die für eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Delikte Verwendung findet. Nach einer ersten Bestandsaufnahme wurde ein Systematisierungsansatz vorgeschlagen, der zwischen echten und unechten Vertäterschaftlichungen unterscheidet. Während die Strafbarkeit bei den echten Vertäterschaftlichungen in keiner Weise vom Handeln eines Dritten abhängt und die Rede von der vertäterschaftlichten Teilnahmehandlungen insoweit nur semantische oder historische Gründe hat, steht die Strafbarkeit bei den sog. unechten Vertäterschaftlichungen nach wie vor in einem – unterschiedlich stark ausgeprägten – Abhängigkeitsverhältnis zum Handeln eines Dritten.

Der deutsche Strafgesetzgeber ist mit § 217 dStGB a.F. den Weg klassischer Vorfeldkriminalisierung gegangen. Ob die Suizidassistenz zu einem Suizid oder Suizidversuch geführt hat, war für die Strafbarkeit ohne Belang. Entsprechend breit angelegt war das strafrechtliche „Streufeld" der Vorschrift. Mithin stellte § 217 dStGB a.F. eine echte Vertäterschaftlichung dar. Hingegen ist die „Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord" gem. Art. 115 chStGB bedingt durch die mindestens versuchte Suizidausführung. Aufgrund dieses Abhängigkeitsverhältnisses ist die Vorschrift den unechten Vertäterschaftlichungen zuzuordnen. Dabei ist zu beachten, dass die Bezugstat (Suizid) kein Unrecht, sondern im Gegenteil eine legitime Grundrechtsausübung darstellt, was dann auch Folgen für die Definition des Schutzzwecks zeitigt. Ohnehin konnte festgestellt werden, dass mit der Zuordnung zu den unechten Vertäterschaftlichungen noch kein Präjudiz für den Schutzzweck der Vorschrift verbunden ist. So kann selbst die unechte Vertäterschaftlichung eine von der Bezugstat unabhängige Schutzrichtung aufweisen. Diese schlicht wirkende Erkenntnis kann freilich nur am Anfang einer weiteren akribischen Aufarbeitung des Phänomens vertäterschaftlicher Teilnahmehandlungen stehen.

[86] Hierzu und zum Folgenden BVerfGE 153, 182 (269 Rn. 228 ff.), unter Verweis auf BT-Drs. 18/5373, S. 2, 8, 11, 13, 17.

[87] Anders freilich jene Stimmen, die in der Verhinderung einer gesellschaftlich akzeptierten Freitodkultur von vornherein nur moralische und deshalb zur Begründung eines Strafgesetzes illegitime Erwägungen sehen, vgl. *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (288); *Saliger* (Fn. 82), § 217 Rn. 3.

Schutz der Integrität des Sports durch das Strafrecht?

Von Prof. (i.R.) Dr. Dr. h.c. Uwe Hellmann, Potsdam*

Die Straftatbestände gegen Doping, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben sollen auch die „Integrität des Sports" schützen. Der Beitrag untersucht, ob dieses Rechtsgut den Tatbeständen eine tragfähige Grundlage verschafft oder ob es sich um ein weiteres Beispiel für die „Erfindung" eines überindividuellen Schutzgutes zur Durchsetzung eines fragwürdigen rechtspolitischen Programms mit strafrechtlichen Mitteln handelt.

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode verpflichteten sich CDU, CSU und SPD zur Einführung „weitergehender" strafrechtlicher Regelungen gegen Doping und Spielmanipulationen, denn diese Einwirkungen „zerstören die ethisch-moralischen Werte des Sports, gefährden die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler, täuschen und schädigen die Konkurrenten im Wettkampf sowie die Veranstalter".[1] In Umsetzung dieses Vorhabens wurden Straftatbestände gegen Doping (§ 4 AntiDopG), Sportwettbetrug (§ 265c StGB) und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB) geschaffen und unter anderem mit dem Schutz der Integrität des Sports begründet. § 1 AntiDopG bezeichnet die „Erhaltung der Integrität des Sports" ausdrücklich als einen Zweck des Gesetzes.

II. Völkerrechtliche Bezüge

Dass die Integrität des Sports des – ggf. auch strafrechtlichen – Schutzes bedürfe, ist keine deutsche „Erfindung". Nach Art. 1 Abs. 1 der Convention on the Manipulation of Sports Competitions des Europarats vom 18.9.2014[2] besteht der Zweck der Übereinkunft darin, „to combat the manipulation of sports competitions in order to protect the integrity of sport and sports ethics in accordance with the principle of the autonomy of sport". Art. 15 verpflichtet die Vertragsparteien, die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen für die Manipulation von Sportwettbewerben vorzusehen, wenn diese mit Nötigung, Korruption oder Betrug im Sinne ihres innerstaatlichen Rechts einhergeht. Deutschland hat das Übereinkommen zwar gezeichnet, aber bisher nicht ratifiziert,[3] sodass sich daraus keine unmittelbaren völkerrechtlichen Verpflichtungen ergeben. Bereits das Übereinkommen des Europarats gegen Doping vom 16.11.1989[4] beruft sich in der Präambel zwar nicht auf den Schutz der Integrität des Sports, aber auf die Gefährdung der „ethischen Grundsätze und ethischen Werte" des Sports durch Doping, das UNESCO-Übereinkommen gegen Doping im Sport vom 19.10.2005[5] auf die „ethischen Grundsätze und erzieherischen Werte" des Sports sowie die Folgen des Dopings für den „Grundsatz des Fairplay" und die „Zukunft des Sports".

III. Eingrenzung des Sportbegriffs

Lediglich die Straftatbestände gegen den unerlaubten Umgang mit Dopingmitteln (Herstellen, Handeltreiben, Inverkehrbringen, Verschreiben gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG i.V.m. § 2 Abs. 1 AntiDopG sowie Erwerb, Besitz und Verbringung eines Dopingmittels in nicht geringer Menge gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopG) und die unerlaubte Anwendung von Dopingmitteln und -methoden bei einer anderen Person (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 AntiDopG i.V.m. § 2 Abs. 2 AntiDopG) nehmen Bezug auf „den" Sport, indem sie als subjektive Voraussetzung den Zweck des Dopings „beim Menschen im Sport" fordern.

Die übrigen Straftatbestände gegen Doping sowie die Straftatbestände gegen Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben schützen keineswegs die Integrität „des Sports", sondern allenfalls die Integrität des „organisierten" Sports und/oder des Spitzen- bzw. Berufssports.

1. Organisierter Sport

§ 4 Abs. 1 Nr. 5 AntiDopG (Teilnahme an einem Wettbewerb durch einen gedopten Sportler) und § 265c Abs. 1 StGB (Sportwettbetrug) gelten nur für Wettbewerbe des organisierten Sports. § 3 Abs. 3 AntiDopG und § 265c Abs. 5 StGB enthalten übereinstimmende Legaldefinitionen des Begriffs Wettbewerb des organisierten Sports. Der Terminus umfasst alle Sportveranstaltungen im In- und Ausland, die von, im Auftrag oder mit Anerkennung einer nationalen oder internationalen Sportorganisation nach von dieser Organisation mit verpflichtender Wirkung für ihre Mitgliedsorganisationen festgelegten Regeln organisiert werden.

a) Unschärfe des Sportbegriffs

Bereits der Terminus „Sport" ist unklar und gesetzlich nicht definiert. Nach der Gesetzesbegründung zu § 265c StGB handelt es sich „um einen umgangssprachlichen, weltweit gebrauchten Begriff, der keine eindeutige begriffliche Abgrenzung zulässt" und von den veränderlichen „jeweils herrschenden Anschauungen innerhalb der Gesellschaft zum Verständnis des Sportbegriffs" bestimmt werde; als – einzigen – „Anhaltspunkt für die Reichweite des aktuellen Sportverständnisses" nennt die Begründung, dass „z.B. mindestens die vom Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) anerkannten Sportverbände eine Sportart vertreten, die jeweils unter das im Inland aktuell herrschende gesellschaftliche Verständnis von Sport fällt".[6]

---

* Der *Verf.* war Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam.

[1] Koalitionsvertrag vom 14.12.2013, S. 96.

[2] https://rm.coe.int/16801cdd7e (21.5.2025).

[3] https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=215 (21.5.2025).

[4] https://rm.coe.int/168007b0f4 (21.5.2025; amtliche Übersetzung Deutschlands).

[5] https://www.unesco.de/assets/2005_%C3%9Cbereinkommen_gegen_Doping_und_Sport_0.pdf (21.5.2025).

[6] BT-Drs. 18/8831, S. 19.

Da das deutsche Dopingstrafrecht nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 StGB auf im Ausland begangene Taten anwendbar ist, für „Sportsoldaten“ – möglicherweise – sogar gem. § 1a Abs. 2 WStG ohne das Erfordernis der Strafbarkeit am Tatort,[7] und nach § 265c Abs. 5 StGB der Sportwettbetrug auch eingreift, wenn die intendierte Manipulation eines Wettbewerbs des organisierten Sports eine Sportveranstaltung im Ausland betrifft,[8] muss der in dem betroffenen Staat geltende Sportbegriff in entsprechender Anwendung dieses Kriteriums ermittelt werden. Zudem können ggf. die durch die Mitgliedsverbände des Internationalen Olympischen Komitees (IOC)[9] und der SportAccord-Organisation[10] vertretenen Sportarten einbezogen werden.

Die Unschärfe des Sportbegriffs wird zum Teil heftig kritisiert,[11] andere betrachten einen „weiten, d.h. entwicklungsoffenen Sportbegriff“ dagegen als „sachgerecht“.[12] Die „jeweils herrschenden Anschauungen innerhalb der Gesellschaft zum Verständnis des Sportbegriffs“ bieten zwar einen „Anhaltspunkt“, der aber nicht zur „Abgrenzung von Zweifelsfällen“ geeignet ist.[13] Die in der Gesetzesbegründung vorgeschlagene Orientierung an den Sportarten, die von im DOSB vertretenen Sportverbänden repräsentiert werden, vermag einen „Anhaltspunkt“ für das herrschende Sportverständnis bieten, eine abschließende Bestimmung besteht darin jedoch nicht. Weshalb es sich nur dann um Sport handelt, wenn die Betätigung der „Sportler“ innerhalb einer Verbandsstruktur erfolgt, versteht sich nicht von selbst. Die Aufnahme in einen „Dachverband“ setzt einen Antrag voraus; der Verzicht eines Verbandes auf einen solchen Antrag, spricht nicht per se gegen eine Anerkennung als Sport. So wäre Schach wegen der Mitgliedschaft des Deutschen Schachbundes im DOSB als Sport anzuerkennen, nicht dagegen Skat, weil der Deutsche Skatverband kein Mitglied im DOSB ist. Die zum Teil vorgeschlagene „weitere Konkretisierung“ durch materielle Kriterien, wie die „Dominanz des Leistungswettbewerbs über die Mächte des Zufalls“ und „einen nicht unerheblichen motorischen Einsatz des Körpers“[14] weist in die zutreffende Richtung. Der Sportbegriff ist ein normatives Merkmal, das nicht durch ein formales Kriterium wie die Mitgliedschaft in einem Dachverband, sondern durch materielle Kriterien in dem Zusammenhang des Gesetzes, in dem er verwendet wird, zu bestimmen ist. Dazu gehört das „Grundelement“ des Sports, nämlich eine eigene, sportartbestimmende motorische Aktivität.

Die Unschärfe des Sportbegriffs zeigt sich in besonderer Weise bei der Beurteilung des „eSports“, d.h. des „sportlichen Wettkampfes zwischen Menschen unter virtueller Hinzunahme von Computerspielen“.[15] Ein Teil der Gesellschaft wird „Computerspiele“ nicht als Sport, sondern als „Zeitvertreib“ betrachten.[16] Wissenschaftliche Untersuchungen belegen jedoch, dass die physischen und psychischen Belastungen sowie die motorischen Ansprüche und Fähigkeiten professioneller „eSportler“ mit denen „klassischer“ Sportler vergleichbar sind bzw. diese sogar übertreffen.[17] Deshalb ist der sportliche Charakter von eSport-Wettkämpfen anzuerkennen.[18]

[7] Dazu OLG Karlsruhe SpuRt 2022, 49 (50 f.) m. Anm. *Wußler*.

[8] Zur Anwendbarkeit auf Auslandstaten *Hellmann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 265c Rn. 55.

[9] https://www.olympics.com/en/sports/ (21.5.2025).

[10] https://www.sportaccord.sport/membership20240510/ (21.5.2025)

[11] Z.B. *Bittmann/Großmann/Rübenstahl*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2025, § 265c Rn. 55 ff.; *Krack*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 14, 13. Aufl. 2025, § 265c Rn. 20 ff.; *Schreiner*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265c Rn. 21; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265c Rn. 18 f. Eingehend zur fehlenden Konkretisierung des Sportbegriffs *Jaleesi*, Die Kriminalisierung von Manipulationen im Sport, Eine Untersuchung zum Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265c und § 265d StGB, 2020, S. 144 ff.

[12] *Kubiciel*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport, 2018, S. 61 (76).

[13] *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265c Rn. 5.

[14] So *Kubiciel* (Fn. 12), S. 76; siehe auch die „Kennzeichen“ des „modernen Sports“ bei *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 265c Rn. 3b.

[15] Siehe auch die Darstellung der sporttypischen Charakteristika bei *Schörner*, HRRS 2017, 407 (412 ff.).

[16] Vgl. BVerwG NVwZ 2005, 961 ff., das in einem Internet-Café aufgestellte Computer mit der Möglichkeit der Nutzung zu Computerspielen als „Spielgeräte“ i.S.d. § 33i Abs. 1 GewO einstufte.

[17] *Schütz*, eSport-Profis sind wahre Athleten, Deutsche Welle v. 2.2.2016, abrufbar unter https://www.dw.com/de/sportwissenschaftler-esports-profis-sind-wahre-athleten/a-19011581 (21.5.2025); siehe auch *Bagger von Grafenstein*, MMR – Beilage 2018, 20 (21); *Burgert/Veljovic*, SpuRT 2023, 460 (464).

[18] Die Voraussetzungen des Sports als „Typusbegriff“ erfüllt der eSport nach Auffassung von *Schörner*, HRRS 2017, 407 (412 ff.); ebenso *Lutzebäck/Wieck*, Jura 2020, 1320 (1322 ff.); *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 265c Rn. 11; auf der Grundlage eines „wirtschaftsstrafrechtlichen Sportbegriffs“ *Ruppert*, NZWiSt 2020, 5 (9); zust. *Fischer* (Fn. 14), § 265c Rn. 4. Unentschieden *Perron*, JuS 2020, 809 (811). A.A. *Stam*, NZWiSt 2018, 41 (42), mit der Begründung, wegen der Anerkennung durch „disziplinübergreifende“ Sportverbände als einziges in der Gesetzesbegründung genanntes Kriterium sei der Anwendungsbereich des § 265c StGB auf die von diesen Verbänden repräsentierten Sportarten zu beschränken. Näher dazu *Hellmann* (Fn. 8), § 265c Rn. 13 ff.

b) Sportorganisation

Die Unschärfe des Sportbegriffs wirkt sich auf den Terminus Sportorganisation aus.[19] Die in der Gesetzesbegründung bezeichnete Beschränkung auf „anerkannte" Sportorganisationen[20] findet sich im Gesetzestext nicht. Der Anschluss an einen nationalen oder internationalen „Dachverband" kann ein Indiz darstellen, in Ermangelung eines gesetzlich geregelten Anerkennungsverfahrens sollte es aber genügen, dass die typischen Elemente einer „Sportorganisation" – nach außen erkennbarer Zusammenschluss von Mitgliedern zur Förderung des eigenen Sports nach festgelegten Regeln – erfüllt sind. Darunter fallen jedenfalls die auf einzelne Sportarten bezogenen Weltfachverbände (z.B. FIFA, FIBA, ITF), internationalen Fachsportverbände (z.B. UEFA), nationalen und inländischen regionalen Fachsportverbände (z.B. DFB, DHB, DBB/BBL, DTB) sowie die nationalen (z.B. DOSB) und internationalen sportartübergreifenden Verbände (z.B. IOC).[21] Da eSport-Events in der Regel nicht in die bei „traditionellen" Sportwettkämpfen übliche und von § 265c Abs. 5 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Pyramidenstruktur der Verbände eingebunden sind, soll es sich nicht um Wettbewerbe des organisierten Sports handeln.[22] Die Beschränkung auf Wettbewerbe des organisierten Sports dient in erster Linie dazu, rein privat organisierte Sportveranstaltungen, bei denen eine Sportorganisation nicht eingebunden wurde, wie Firmenläufe, privat veranstaltete Turniere und Sportfeste, sowie Schulsportwettbewerbe auszuschließen.[23]

2. Spitzen- und Berufssport

§ 4 Abs. 1 Nr. 5 AntiDopG bedroht die Teilnahme an einem Wettbewerb des organisierten Sports entgegen § 3 Abs. 2 AntiDopG, d.h. unter Anwendung eines Dopingmittels oder einer Dopingmethode ohne medizinische Indikation und in der Absicht, sich in dem Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen, mit Strafe. Täter dieser Tatalternative können nach § 4 Abs. 7 AntiDopG allerdings nur „Testpoolathleten" sein, d.h. die internationalen und nationalen Spitzensportlerinnen und -sportler in der jeweiligen Sportart, die aufgrund der sportrechtlichen Vorgaben der Weltantidopingagentur (WADA) in Testpools aufgenommen worden sind[24] und im Rahmen des Dopingkontrollsystems Trainingskontrollen unterliegen,[25] oder Personen, die aus der sportlichen Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen, also Profisportlerinnen und -sportler. Die Einschränkung des Täterkreises gem. § 4 Abs. 7 AntiDopG gilt zudem für das „Selbstdoping" (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG i.V.m § 3 Abs. 1 S. 1 AntiDopG) und den Erwerb sowie den Besitz eines Dopingmittels ohne medizinische Indikation zum Selbstdoping und in der Absicht der Verschaffung eines Vorteils in einem Wettbewerb des organisierten Sports (§ 4 Abs. 2 AntiDopG i.V.m. § 3 Abs. 4 AntiDopG).

Die Erzielung von Einnahmen von erheblichem Umfang ist auch Bestandteil der Definition des berufssportlichen Wettbewerbs in § 265d Abs. 5 StGB. Er umfasst alle Sportveranstaltungen im In- und Ausland, die von, im Auftrag oder mit Anerkennung eines Sportbundesverbandes oder einer internationalen Sportorganisation (Nr. 1) nach von dieser Organisation für ihre Mitgliedsorganisationen mit verpflichtender Wirkung festgelegten Regeln organisiert werden (Nr. 2) und an denen überwiegend Sportler teilnehmen, die durch ihre sportliche Betätigung unmittelbar oder mittelbar Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen (Nr. 3). Als problematisch erweist sich insbesondere das dritte Element.

„Überwiegend" bedeutet, dass die „Mehrzahl" der an der konkreten Sportveranstaltung Teilnehmenden nach den weiteren Kriterien als Berufssportler einzustufen ist.[26] Es müssen also mehr Berufs- als Amateursportler teilnehmen, was zu Ungereimtheiten führt, wenn z.B. in einem DFB-Pokalspiel eine Profi- gegen eine Amateurmannschaft antritt.[27] Zudem ist zweifelhaft, ob auf „einen einzelnen Wettkampf oder auf einen aus mehreren einzelnen Veranstaltungen bestehenden (Gesamt-)Wettbewerb" abzustellen ist.[28] Da § 265d Abs. 5 StGB „jede Sportveranstaltung", an der überwiegend Profi-Sportler teilnehmen, als berufssportlichen Wettbewerb versteht, liegt es näher, den einzelnen Wettkampf, auf den sich die – intendierte – Manipulation bezieht, als maßgeblich zu betrachten.[29] Die Berücksichtigung des Gesamtwettbewerbs könnte zudem kaum zu bewältigende Nachweisprobleme

[19] *Schreiner* (Fn. 11), § 265c Rn. 21.
[20] BT-Drs. 18/8831, S. 19.
[21] BT-Drs. 18/8831, S. 19; *Perron* (Fn. 13), § 265c Rn. 5; *Schreiner* (Fn. 11), § 265c Rn. 22.
[22] *Jaleesi* (Fn. 11), S. 172 ff.; *Krack* (Fn. 11), § 265c Rn. 51.
[23] BT-Drs. 18/8831, S. 19; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 20.
[24] Dazu z.B. *Wußler*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 248. Lfg., Stand: Juli 2023, AntiDopG § 4 Rn. 6.
[25] Diese Beschränkung wird zum Teil als schon „im Ansatz verfehlt" betrachtet, weil diese Kriterien keinen sachlichen Zusammenhang mit dem Unwertgehalt der begangenen Dopingtaten aufweisen und daher zu einer vollkommen willkürlichen Differenzierung bei der strafrechtlichen Erfassung bestimmter Sachverhalte führen würden; so *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, AntiDpoG §§ 1–4a Rn. 112: „Von zwei Sportlern, die sich im Vorfeld gedopt haben und daher sportrechtswidrig an demselben Wettkampf teilnehmen, wird nur derjenige bestraft, der vielleicht gerade erst in den Kreis der ‚Spitzensportler' aufgerückt ist, während sein gleichermaßen gedopter Konkurrent straffrei bleibt, wenn er nur ganz kurz davorsteht, in diesen ‚erlauchten' Kreis aufgenommen zu werden."
[26] BT-Drs. 18/8831, S. 22.
[27] *Waßmer*, ZWH 2019, 6 (10 f.): „Überzeugender wäre es gewesen, auf die Hälfte der Sportler abzustellen."
[28] Nach der Gesetzesbegründung kann der „konkret von der Manipulationsabrede erfasste Wettbewerb" beide Deutungen umfassen, BT-Drs. 18/8831, S. 22.
[29] Im Ergebnis ebenso z.B. *Fischer* (Fn. 14), § 265d Rn. 9; *Jaleesi* (Fn. 11), S. 268 f.; *Kindhäuser/Schumann*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 34 Rn. 214; *Krack*, wistra 2017, 289 (293, 296). A.A. *Perron* (Fn. 13), § 265d Rn. 5.

bereiten, da die wirtschaftlichen Verhältnisse aller beteiligten Sportler zu ermitteln wären.[30]

Der erforderliche erhebliche Umfang der Einnahmen soll nach der Gesetzesbegründung vorliegen, wenn die maßgeblichen Leistungen „deutlich über eine bloße Kostenerstattung hinausgehen".[31] Ein wirklicher Erkenntnisgewinn ist damit zwar nicht verbunden, das Merkmal bezeichnet aber jedenfalls mehr als eine bloße Unerheblichkeitsgrenze. Diskutiert wird, ob die Erheblichkeit relativ nach dem Anteil der Einnahmen der beteiligten Sportler durch die sportliche Betätigung an deren Gesamteinnahmen oder absolut nach einem – ggf. für alle Sportler geltenden – festen Betrag zu bestimmen ist.[32] Zutreffend erscheint es, auch die Festlegungen, die von den Sportverbänden hinsichtlich der professionellen Ausübung der ihnen angeschlossenen Sportler getroffen werden, zu beachten.[33] Die Auslegung muss zudem die Schutzgüter des § 265d StGB – wirtschaftlicher Wettbewerb im Sport und Vermögen der Beteiligten – berücksichtigen, denn die Einnahmen der Sportler werden maßgeblich von der wirtschaftlichen Bedeutung des Wettbewerbs abhängen. Die Entscheidung, ob es sich um einen berufssportlichen Wettbewerb i.S.d. § 265d StGB handelt, sollten die Strafgerichte unter Abwägung aller einschlägigen Gesichtspunkte treffen und „auf klare Fälle des unstreitigen Berufssports" beschränken.[34]

IV. Schutzgutkumulierung

Die Integrität des Sports wird nicht als alleiniges Schutzgut der Straftatbestände gegen Doping, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben verstanden, sondern dieses überindividuelle Rechtsgut soll zu den unterschiedlichen individuellen Schutzgütern dieser Tatbestände hinzutreten.

1. Anti-Doping-Tatbestände

Nach § 1 AntiDopG dient das Gesetz „der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen". Danach stehen der Schutz der Gesundheit der gedopten/dopenden Sportlerinnen bzw. Sportler und des – von verbotenen leistungssteigernden Mitteln und Methoden[35] unbeeinflussten – sportlichen Wettbewerbs anscheinend gleichberechtigt nebeneinander. Eine weitere – wichtige – Schutzrichtung des AntiDopG, nämlich den Vermögensschutz, bezeichnet die Gesetzesbegründung:[36]

> „Bei der Chancengleichheit geht es neben der Chance auf den sportlichen Erfolg auch um die wirtschaftlichen Faktoren. Durch Gehälter, öffentliche Fördermittel, Start- und Preisgelder sowie Sponsorengelder eröffnet der Sport viele Einnahmemöglichkeiten. Dies gilt insbesondere für die Leistungssportlerinnen und Leistungssportler, aber auch für ihr Umfeld, wie etwa das Management und die Trainerinnen und Trainer. Diese Möglichkeiten scheinen – neben den sportlichen Zielen – einen gewichtigen Anreiz zu geben, mittels Doping die Leistungsfähigkeit zu erhöhen und damit Ergebnisse von sportlichen Wettbewerben zu verfälschen. Das Doping geht zu Lasten der ehrlichen Konkurrenten, die im sportlichen Wettbewerb gegenüber den dopenden Sportlerinnen und Sportlern das Nachsehen haben. Getäuscht und geschädigt werden aber auch Veranstalter, Vereine, Sponsoren, Medien, die von dem Sportereignis berichten, Zuschauer und alle anderen, die in der Erwartung eines fairen sportlichen Wettbewerbs am Sport teilhaben, ihn verfolgen und Vermögenswerte aufwenden."

In der Literatur ist der Schutz der Integrität des Sports als Begründung für das AntiDopG auf Kritik gestoßen, weil die „Ethisierung des Rechtsgüterschutzes" die Trennung von Moralität und Legalität untergrabe und sich hinter dem „Hybridrechtsgut" Fairness im Sport „völlig disparate Individualinteressen und diffuse öffentliche Erwartungen verbergen".[37] Dem wird entgegengehalten, es sei dem Gesetzgeber unbenommen, „neue Rechtsgüter zu kreieren und zu definieren", und „jedenfalls vertretbar", die strafrechtliche Ahndung bestimmter Dopingvergehen als ultima ratio anzusehen.[38]

Hinsichtlich des gesundheitsschützenden Charakters des Dopingverbots wird zum Teil unterschieden zwischen dem illegitimen Schutz freiverantwortlich handelnder Sportler und dem legitimen Schutz nicht freiverantwortlich Handelnder,

[30] Bei olympischen Spielen wären die wirtschaftlichen Verhältnisse von mehreren tausend Teilnehmenden festzustellen, *Reinhart*, SpuRt 2016, 235 (239); *Waßmer*, ZWH 2019, 6 (12), verweist zu Recht auf die zahlreichen weiteren Fragen, die bei einer Berücksichtigung des Gesamtwettbewerbs auftreten können.

[31] BT-Drs. 18/8831, S. 22.

[32] *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265d Rn. 38 ff., befürworten die Berücksichtigung beider Kriterien und fordern, dass „die Gesamteinnahmen eines betroffenen Sportlers mindestens zu einem Viertel sportbedingt" sein und mindestens 30.000 Euro pro Jahr ausmachen müssen.

[33] Die Mindestjahresgehälter der Lizenzspieler in der Fußball-Bundesliga betragen derzeit 48.300 Euro, in der 2. Bundesliga 28.980 €; vgl. https://media.dfl.de/sites/2/2024/12/Lizenzordnung-Spieler-LOS-2024-07-01-Stand.pdf (21.5.2025).

[34] *Perron*, (Fn. 13), § 265d Rn. 7, sieht diese Beschränkung als Konsequenz der unklaren Regelung.

[35] Die umfangreiche Liste ist in der Bekanntmachung der Neufassung der Anlage I zu dem Internationalen Übereinkommen vom 19. Oktober 2005 gegen Doping im Sport/des Anhangs zu dem Übereinkommen vom 16. November 1989 gegen Doping, BGBl. II 2023, Nr. 348, zu finden.

[36] BT-Drs. 18/4898, S. 17, ebenso S. 22 f.

[37] So *Norouzi/Summerer*, SpuRt 2015, 63 (64). Kritisch auch *Jahn*, SpuRt 2015, 149 (151), „Fairness" und „Chancengleichheit" im Sportwettbewerb seien unbestimmte und unbestimmbare Begriffe, deshalb fehle die tatbestandsumschreibende und -begrenzende Wirkung des Rechtsguts.

[38] *Wußler* (Fn. 24), AntiDopG § 1 Rn. 6.

z.B. von Kindern und Jugendlichen, die eigentliche Legitimation des strafbewehrten Dopingverbots aber in der Gewährleistung der Freiheit der „sauberen" Sportler und insbesondere in der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch Täuschung über Doping gesehen.[39]

Diese Sicht verdient Zustimmung. Das „Selbstdoping" eines freiverantwortlichen „normalen" Sportlers ist – trotz der Gesundheitsgefahren – weder als Körperverletzungs- noch als Dopingdelikt strafbar. Weshalb die Gesundheit des freiverantwortlich handelnden Spitzen- oder Berufssportlers eines weitergehenden Schutzes bedürfte, lässt sich nicht überzeugend begründen. Die Teilnahme eines gedopten Sportlers an einem Wettbewerb des Spitzen- und Profisports beeinträchtigt jedoch – wie die Manipulation durch Korruption – die „Lauterkeit" des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Sport und die Vermögensinteressen der an solchen Wettbewerben Beteiligten. Durch die Aufnahme der fehlenden medizinischen Indikation als Voraussetzung des verbotenen Dopings in § 3 Abs. 2 AntiDopG verbleibt jedoch eine gewisse Schutzlücke, weil die Teilnahme eines aus medizinischen Gründen „gedopten" Sportlers an einem Wettbewerb nicht nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 AntiDopG strafbar ist, selbst wenn eine wettbewerbswidrige Leistungssteigerung möglich ist.[40]

2. Sportwettbetrug

Nach der Entwurfsbegründung soll § 265c StGB den Gefahren begegnen, die von Sportwettbetrug „für die Integrität des Sports und damit für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung des Sports ausgehen. Der Straftatbestand schützt zugleich das Vermögen von Wettanbietern und redlichen Wettteilnehmern sowie das Vermögen von in sonstiger Weise durch die Manipulation sportlicher Wettbewerbe Betroffenen."[41] Die Entwurfsverfasser verstehen unter Integrität des Sports die „Glaubwürdigkeit und Authentizität des sportlichen Kräftemessens" und betonen die „herausragende gesellschaftliche Bedeutung" des Sports als „Träger von positiven Werten, wie Leistungsbereitschaft, Fairness, Toleranz und Teamgeist".[42]

Dieser zum Teil als „Rechtsgutslyrik" verspotteten Beschreibung eines „vagen Allgemeininteresses"[43] wird zu Recht entgegengehalten, sie verwässere die Grenzen zwischen Strafrecht und Moral.[44] Der Integrität des Sports wird zwar überwiegend die Rechtsgutsqualität abgesprochen,[45] andere akzeptieren aber den Willen des Gesetzgebers und betrachten die Integrität des Sports wegen dessen gesellschaftlicher Bedeutung als taugliches Schutzgut.[46]

Die in der Entwurfsbegründung aufgestellte These, § 265c StGB schütze auch die Integrität des Sports, überzeugt nicht, sondern es handelt sich um ein weiteres Beispiel für die „Erfindung" eines überindividuellen Rechtsguts zur Durchsetzung eines rechtspolitischen Programms mit strafrechtlichen Mitteln. Der Gesetzestext des § 265c StGB bringt – selbst im Zusammenspiel mit § 265d StGB – keineswegs den Schutz der Integrität des Sports insgesamt zum Ausdruck. Manipulationen im Bereich des „nichtorganisierten" Sports erfassen beide Tatbestände gar nicht, der organsierte Sport und der Berufssport werden nur gegen „korruptive" Einwirkungen geschützt und solche Manipulationen im organisierten Amateursport sind allein mit Strafe bedroht, wenn sie die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine öffentliche Sportwette bezwecken. Die Berufung auf die Integrität des Sports als Rechtsgut des § 265c StGB verschleiert das eigentliche Ziel des Tatbestandes, nämlich den Schutz des Vermögens der Anbieter von Sportwetten und der Wettteilnehmer.[47] Die Gesetzesbegründung führt zudem das Vermögen der in sonstiger Weise durch die Manipulation sportlicher Wettbewerbe Betroffenen an, wobei allerdings unklar bleibt, ob die für den Berufssport vermuteten Auswirkungen korruptiver Manipulationen auf die Vermögensinteressen der „sonstigen" Betroffenen (insbesondere Sportler und Vereine)[48] im Bereich des Amateursports in vergleichbarer Weise eintreten können; der Schutz ihrer Vermögensinteressen wäre jedenfalls ein bloßer Reflex des § 265c StGB. Bedenklich erscheint es, dass der Gesetzgeber das Vermögen in einem Segment des Glücksspielwesens mit einem speziellen Schutz ausstattet und dadurch den Eindruck erweckt, dass der – sogar illegale – „Sportwettmarkt" eine besondere Funktion im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben erfülle.[49]

3. Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

Nach der Gesetzesbegründung weist § 265d StGB eine dreifache Schutzrichtung auf:[50] Er schütze – als überindividuelle Rechtsgüter – die Integrität und Glaubwürdigkeit des Sports sowie den berufssportlichen Wettbewerb und „vor allem bei hochklassigen Wettbewerben mit berufssportlichem Charakter" auch das Vermögen der „am Wettbewerb beteiligten

[39] So *Freund* (Fn. 25), AntiDopG §§ 1–4a Rn. 16–18, 19–23, 24–29; ähnlich *Eschelbach*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, AntiDopG § 4 Rn. 1 f.

[40] *Freund* (Fn. 25), AntiDopG §§ 1–4a Rn. 65.

[41] BT-Drs. 18/8831, S. 15.

[42] BT-Drs. 18/8831, S. 10.

[43] So *Krack*, ZIS 2016, 540 (545).

[44] *Tsambikakis*, StV 2018, 319 ff.

[45] Z.B. *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265c Rn. 12; *Feltes/Kabuth*, NK 2017, 91 (93 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265c Rn. 1; *Krack* (Fn. 11), § 265c Rn. 20 ff.; *Satzger*, Jura 2016, 1142 (1152 f.); *Schreiner* (Fn. 11), § 265c Rn. 2; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 3; *Sinner*, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1229 (1232 ff.).

[46] Z.B. *Jaleesi* (Fn. 11), S. 90 ff.; *Kubiciel* (Fn. 12), S. 67 ff.; *Perron* (Fn. 13), § 265c Rn. 2.

[47] *Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686 (689).

[48] BT-Drs. 18/8831, S. 20; eingehend *Jaleesi* (Fn. 11), S. 95.

[49] Die sachliche Rechtfertigung des Schutzes spezifischer Vermögeninteressen der an Sportwetten Beteiligten bezweifeln auch *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 29), § 34 Rn. 171.

[50] BT-Drs. 18/8831, S. 20.

ehrlichen Sportler sowie Sportvereine, Veranstalter und Sponsoren“. Durch Manipulationen, die „hochklassigen Wettbewerb mit berufssportlichem Charakter betreffen“, würden wegen der großen Öffentlichkeitswirksamkeit „die Integrität und Glaubwürdigkeit des Sports in besonders hohem Maße Schaden“ nehmen und solche Wettbewerbe hätten „häufig erhebliche finanzielle Auswirkungen für die beteiligten Akteure, insbesondere für Sportler und Vereine“. Mit seinen wirtschaftlichen Auswirkungen rücke der sportliche Wettbewerb in diesen Konstellationen zudem in die Nähe des von § 299 StGB geschützten gewerblichen Wettbewerbs.

In der Literatur besteht Streit über die Schutzgüter des Tatbestandes. Zum Teil wird die Schutzguttrias akzeptiert,[51] andere betrachten die Sportintegrität und das Vermögen als gleichrangige Schutzgüter des § 265d StGB[52] oder – vornehmlich – das Vermögen der an dem sportlichen Wettbewerb Beteiligten (Veranstalter, Konkurrenten) als Schutzgut des Tatbestandes.[53]

Zutreffend erscheint es, die Bestimmung des geschützten Rechtsguts nach der Ausgestaltung des § 265d StGB als Korruptionsdelikt vorzunehmen und den wirtschaftlichen Wettbewerb im Sport als Schutzgut anzusehen.[54] Dass der Berufssport eine dem – sonstigen – wirtschaftlichen Wettbewerb vergleichbare Bedeutung und Struktur besitzt, dürfte nicht zweifelhaft sein.[55] Ein Unterschied besteht zwar darin, dass der sportliche Wettbewerb – anders als der „reguläre“ Wettbewerb – nicht dazu dient, den Marktpreis für Waren oder Dienstleistungen herauszubilden, sondern die „beste Leistung“ – quasi unmittelbar – durch den sportlichen Wettbewerb zu ermitteln. Der Wettbewerb kann aber auf ähnliche Weise, nämlich durch Absprachen, ausgeschlossen[56] oder durch „unlauteres“ Verhalten beeinträchtigt werden, u.a. durch Manipulationen des Verlaufs oder des Ergebnisses des sportlichen Wettbewerbs. Die wirtschaftliche Bedeutung des Profisports ist im Übrigen durchaus erheblich. So betrug 2024 allein der Umsatz der Vereine der Fußball-Bundesliga etwa 4,45 Milliarden Euro.[57] Zudem ist der wirtschaftliche Erfolg einiger Wirtschaftsbranchen, z.B. der Sportartikelhersteller, mit dem Profisport eng verknüpft. Verbunden mit dem Schutz der „Lauterkeit“ des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Berufssport ist bei § 265d StGB – ähnlich wie bei § 299 StGB[58] – der Schutz der (Vermögens-)Interessen der „Mitbewerber“, also der „ehrlichen“ Sportler, des „Geschäftsherrn“, d.h. des Vereins, und ggf. anderer durch Manipulationen Betroffenen, z.B. Sponsoren oder Werbepartner.[59]

V. Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes

Die Straftatbestände gegen Doping, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben verlagern den Rechtsgutsschutz zum Teil weit in das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung vor.

1. Anti-Doping-Delikte

Die nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 3 Abs. 2 AntiDopG strafbare Teilnahme eines gedopten Spitzen- oder Berufssportlers an einem Wettbewerb des organisierten Sports verletzt allerdings die Integrität des (Spitzen- bzw. Berufs-)Sports sowie – wie oben dargelegt – die „Lauterkeit“ des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Sport und die Vermögensinteressen der an solchen Wettbewerben Beteiligten.

Der Straftatbestand gegen „Selbstdoping“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 AntiDopG) eines Spitzen- oder Berufssportlers verlagert den Schutz der Integrität des Sports, der Lauterkeit des Wettbewerbs und des Vermögens der Beteiligten in das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung vor. Es handelt sich gewissermaßen um eine typische Vorbereitungshandlung für die strafbare Teilnahme an dem Wettbewerb. Die durch das Selbstdoping eventuell verursachten Gesundheitsschäden kommen ggf. hinzu.

Die Strafbarkeit des Erwerbs sowie des Besitzes eines Dopingmittels ohne medizinische Indikation zum Selbstdoping und in der Absicht der Verschaffung eines Vorteils in einem Wettbewerb des organisierten Sports (§ 4 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 4 AntiDopG) durch einen Spitzen- oder Berufssportler entfernt sich noch weiter von der – beabsichtigten – Rechtsgutsverletzung.

Die strafbewehrten Verbote des Umgangs mit Dopingmitteln in § 4 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 AntiDopG – Herstellen, Handeltreiben, Veräußern, Inverkehrbringen und Verschreiben von Dopingmitteln – und in § 4 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 AntiDopG – Erwerb, Besitz und Verbringung von Dopingmitteln in nicht geringer Menge – weisen zwar einen Bezug zum Sport auf, weil der Umgang „zum Zwecke des Dopings beim Menschen im Sport“ erfolgen muss. Es fehlt aber ein konkreter Wettkampfbezug, sodass

[51] *Waßmer*, ZWH 2019, 6 (7 ff.).
[52] *Jaleesi* (Fn. 11), S. 254 f.
[53] *Hoyer*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265d Rn. 3 ff.; nach Auffassung von *Heger*, (Fn. 45), § 265d Rn. 1, treten „die wirtschaftlichen Interessen der an einem sportlichen Wettbewerb Beteiligten in den Vordergrund“; ähnlich *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 265d Rn. 1, 7; a.A. *Fischer* (Fn. 14), § 265d Rn. 3; *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 29), § 34 Rn. 200 ff.; *Schreiner* (Fn. 11), § 265d Rn. 3.
[54] *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 29), § 34 Rn. 203; ablehnend *Krack* (Fn. 11), § 265c Rn. 23, der eine Bezugnahme auf § 299 StGB mangels Vergleichbarkeit des Schutzguts des Wettbewerbs für verfehlt hält.
[55] Dazu *Jansen*, GA 2017, 600 (606 ff.).
[56] *Fischer*, (Fn. 14), § 265d Rn. 3, betont zu Recht die systematische Nähe zu § 298 StGB (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen).
[57] https://media.dfl.de/sites/2/2024/03/3XMcqMwrz_DFL_Wirtschaftsreport_2024_DE.pdf (21.5.2025). Zur Vergleichbarkeit des Sports in ökonomischer Hinsicht „mit anderen großen Wirtschaftszweigen“ *Kubiciel* (Fn. 12), S. 68.
[58] Vgl. *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 786.
[59] *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265d Rn. 9.

diese Tatbestände, jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes, lediglich den abstrakten Gesundheitsgefahren von Dopingmitteln für Sportler vorbeugen sollen.[60]

2. Sportwettbetrug

Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben sind zwar in den 22. Abschnitt „Betrug und Untreue" eingeordnet, der Sache nach handelt es sich aber um Bestechungsdelikte.[61] Die Entwurfsbegründung versteht § 265c StGB als an den Kreditbetrug (§ 265b StGB) „angelehnte" Vorschrift im „Vorfeld des Betrugstatbestandes".[62] Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass § 265b StGB – wie die vergleichbar gestalteten §§ 264, 264a StGB – bestimmte näher beschriebene Täuschungshandlungen, also Betrugsversuche, mit Strafe bedroht, § 265c StGB verlagert dagegen den Schutz der Vermögensinteressen von Wettanbietern und redlichen Wettteilnehmern deutlich weiter in das Vorfeld des Betruges vor,[63] da § 265c StGB unabhängig davon vorliegt, ob es zu einer Manipulation des Wettbewerbs und einer Wettsetzung auf einen manipulierten Wettbewerb kommt. Ob diese Vorverlagerung des Rechtsgutsschutzes in gleicher Weise für die Integrität des – organisierten – Sports gilt, ist dagegen nicht ausgemacht.

Den Bezug zum organisierten Sport stellt § 265c StGB zwar bereits durch die Beschränkung des Täterkreises der passiven Bestechung auf Sportler und Trainer (§ 265c Abs. 1 StGB), einem Trainer gleichgestellte Personen, die aufgrund ihrer beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung wesentlichen Einfluss auf den Einsatz oder die Anleitung von Sportlern nehmen können (§ 265c Abs. 6 S. 2 StGB), und Schieds-, Wertungs- oder Kampfrichter (§ 265c Abs. 3 StGB), also alle Akteure, die unmittelbar Einfluss auf Verlauf und Ergebnis eines sportlichen Wettbewerbs nehmen können[64], her. Die konkrete Schutzrichtung des Tatbestandes ergibt sich aber erst aus der Unrechtsvereinbarung.

Als Gegenleistung für den – geforderten, vereinbarten und/oder angenommenen – Vorteil muss der Täter des Sportwettbetruges die Beeinflussung des Verlaufs oder des Ergebnisses eines Wettbewerbs des organisierten Sports, durch die die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine auf diesen Wettbewerb bezogene öffentliche Sportwette ermöglicht werden soll, in Aussicht stellen; Manipulationen durch Sportler, Trainer und Trainern gleichgestellte Personen müssen gem. § 265c Abs. 1 StGB zudem auf eine Beeinflussung zugunsten des Wettbewerbsgegners gerichtet sein. Diese Verknüpfung des Vorteils mit der Gegenleistung scheint sich bei § 265c StGB von den Unrechtsvereinbarungen der §§ 299, 299a, 299b, 331 ff. StGB dadurch zu unterscheiden, dass § 265c StGB das – intendierte bzw. vereinbarte – Gegenleistungsverhältnis des vom Bestechenden zu erbringenden Vorteils und der vom Bestochenen vorzunehmenden Handlung (Manipulation des Sportwettbewerbs) nicht genügen lässt, sondern das – dem Einfluss des Bestochenen entzogene, weil von der Platzierung der Wette abhängige – Ziel der Manipulation, die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine auf den zu manipulierenden Wettbewerb bezogenen Sportwette, aufgenommen hat.[65] Die These, die intendierte Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine Sportwette sei deshalb kein Element des objektiven Tatbestandes, sondern ein „zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal (Wettvorsatz)",[66] trifft dennoch nicht zu. Erst die intendierte Ermöglichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine auf den zu manipulierenden Wettkampf bezogenen Sportwette verleiht der Unrechtsvereinbarung des § 265c StGB ihr spezifisches Gepräge.[67] Sie erschöpft sich – anders als die Unrechtsvereinbarung des § 265d StGB – nicht in der in Aussicht gestellten oder abgesprochenen bloßen Manipulation des Wettkampfs zugunsten des Gegners, sondern sie muss, um die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils durch eine Sportwette zu ermöglichen, gerade die für den „Erfolg" der Sportwette notwendige konkretisierte Beeinflussung des Verlaufs bzw. des Ergebnisses des Wettkampfs umfassen. Die Unrechtsvereinbarung ist zwar eine Voraussetzung des objektiven Tatbestandes, obwohl sie – im Falle des erfolglosen Forderns – des Vorteils – nicht notwendig zustande kommen muss,[68] weder die Manipulation des Sportwettbewerbs noch die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteil durch eine Sportwette müssen aber tatsächlich eintreten.[69] Selbst wenn sich der Vorteilsnehmer innerlich vorbehält, die Manipulation nicht vorzunehmen – oder er davon ausgeht, dass eine Beeinflussung des Wettbewerbs zur Erzielung des gewünschten Ergebnisses nicht erforderlich sein

[60] Näher dazu *Freund*, (Fn. 25), AntiDopG §§ 1–4a Rn. 19 ff., der zu Recht darauf verweist, dass die beabsichtigte Verwendung eines Dopingmittels ohne Wettkampfbezug, z.B. zum Muskelaufbau in einem Fitnessstudio gegen keine mit Blick auf das Gesetz gegen Doping im Sport legitimierbare Verhaltensnorm verstößt (Rn. 21) und die Tatbestände „deshalb mit einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des wenigstens entfernten Wettkampfbezugs" teleologisch zu reduzieren seien (Rn. 23).

[61] Bundesrechtsanwaltskammer Stellungnahme Nr. 8/2016, S. 7; *Nuzinger/Rübenstahl/Bittmann*, WiJ 2016, 34, halten deshalb die Bezeichnung des § 265c StGB als „Sportwettkorruption" für sachgerecht.

[62] BT-Drs. 18/3381, S. 15.

[63] *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 29), § 34 Rn. 172; *Krack*, ZIS 2016, 540 (550); *Löffelmann*, Recht und Politik 2/2016, 1 (4), der als amtliche Überschrift „Vorbereitung eines Sportwettbetruges" vorschlägt.

[64] BT-Drs. 18/8831, S. 15.

[65] *Tsambikakis*, StV 2018, 319 (325): „bislang einzigartige Kombination aus den Elementen eines Korruptions- und eines Vermögensdelikts".

[66] *Jaleesi* (Fn. 11), S. 180; ebenso *Krack*, ZIS 2016, 540 (547 ff.).

[67] *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265c Rn. 45 f.; *Perron* (Fn. 13), § 265c Rn. 16; *Schreiner* (Fn. 11), § 265c Rn. 18; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 15.

[68] *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 29), § 34 Rn. 183.

[69] BT-Drs. 18/8831, S. 16; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 15.

wird – kommt die Unrechtsvereinbarung zustande, da der äußere Erklärungsgehalt maßgeblich ist.[70]

Hinsichtlich des Vermögens der Sportwettenanbieter und -teilnehmer als Schutzgut des § 265c StGB handelt es sich bei dem Tatbestand um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, da keine konkrete Gefährdung oder Verletzung des Vermögens erforderlich ist.[71] Insofern wird der Schutz weit in das Vorfeld der Rechtsverletzung vorverlagert, weil es sich bei dem Abschluss der Unrechtsvereinbarung um eine bloße Vorbereitungshandlung zu dem intendierten Betrug oder Computerbetrug durch die Platzierung einer auf den manipulierten Wettbewerb bezogenen Wette handelt. Nach überwiegender Auffassung soll dies auch hinsichtlich der Integrität des Sports gelten.[72] Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass die Integrität des Sports, erkennt man sie als Schutzgut des § 265c StGB an, schon durch die Annahme eines Bestechungsgeldes durch einen Sportler, Trainer oder Schiedsrichter, nicht erst durch die Vornahme der versprochenen Manipulation verletzt wird.[73] § 265c StGB ist somit eine Kombination von abstraktem Gefährdungs- und Verletzungsdelikt.

3. Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

Die Unrechtsvereinbarung des § 265d StGB beschränkt sich auf das – intendierte bzw. vereinbarte – Gegenleistungsverhältnis des vom Bestechenden zu erbringenden Vorteils und der vom Bestochenen vorzunehmenden Handlung, die in der Manipulation eines berufssportlichen Wettbewerbs besteht.

Sieht man allein oder vornehmlich das Vermögen der an dem berufssportlichen Wettbewerb Beteiligten als Schutzgut des § 265d StGB an, so handelt es sich bei dem Tatbestand – wie bei § 265c StGB – um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, da keine konkrete Gefährdung oder Verletzung des Vermögens erforderlich ist.[74] Das soll auch gelten, wenn der wirtschaftliche Wettbewerb als Schutzgut des § 265d StGB betrachtet wird.[75] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die „Lauterkeit" des berufssportlichen Wettbewerbs bereits durch die Annahme eines Bestechungsgeldes durch einen Sportler (Trainer oder Schiedsrichter), nicht erst durch die Vornahme der versprochenen Manipulation verletzt wird.[76] Auch die Integrität des (Berufs-)Sports wird – wie dargelegt – durch die Annahme eines Bestechungsgeldes durch den Sportler, Trainer oder Schiedsrichter verletzt.

[70] BT-Drs. 18/8831, S. 16; *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265c Rn. 45 ff.; *Bohn*, KriPoZ 2017, 88 (90).
[71] *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265c Rn. 3; *Fischer* (Fn. 14), § 265c Rn. 2; *Perron* (Fn. 13), § 265c Rn. 2; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 5.
[72] *Bittmann/Großmann/Rübenstahl* (Fn. 11), § 265c Rn. 3; *Satzger* (Fn. 18), § 265c Rn. 3; *Sinner* (Fn. 11), § 265c Rn. 5.
[73] *Heger* (Fn. 45), § 265c Rn. 2.
[74] *Hoyer* (Fn. 53), § 265d Rn. 6.
[75] *Kindhäuser/Schumann* (Rn. 29), § 34 Rn. 204.
[76] Zu der vergleichbaren Situation bei §§ 298, 299 StGB *Hellmann* (Fn. 58), Rn. 560, 786.

VI. Wirksamkeit der Straftatbestände zum Schutz der Integrität des Sports

Ob die Straftatbestände gegen Doping, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben die Integrität des Sports schützen, indem potentielle Täter von der Tatbegehung „abgeschreckt" werden, lässt sich nicht verlässlich beurteilen, da Untersuchungen der präventiven Wirkung fehlen.

Eingehend erforscht wurde dagegen die strafrechtliche Praxis der Verfolgung von Dopingverstößen innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des AntiDopG durch die in § 8 AntiDopG a.F. vorgeschriebene Evaluierung der Auswirkungen der in diesem Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen zur Bekämpfung des Dopings im Sport.[77] Die „Totalerhebung aller thematisch einschlägigen Akten von Ermittlungsverfahren aus nicht-laufenden Verfahren seit Einführung der Strafbarkeit von Selbstdoping" erbrachte 103 in die Untersuchung einbezogene Verfahren.[78] Die Verfahren wurden ganz überwiegend nach §§ 172 Abs. 2, 153 StPO eingestellt, lediglich in drei Fällen ergingen Strafbefehle mit Geldstrafen und in vier Verfahren erfolgte eine Einstellung gegen Geldauflage nach § 153a StPO. Zu den Umgangs- und Anwendungsverboten nach § 2 AntiDopG wurden keine Fallzahlen ermittelt, sondern es wurde lediglich festgestellt, dass die Verstöße gegen § 2 AntiDopG „im Zentrum der Strafverfolgung von Taten nach dem AntiDopG" stehen[79] und „Selbstnutzer – vornehmlich aus dem Bereich Bodybulding – den Großteil der Beschuldigten" ausmachen, sodass wegen der fehlenden Teilnahme an Wettkämpfen „die Fairness und Chancengleichheit bzw. die Integrität des Sports keinen Schaden nehmen".[80] Die PKS 2023 bestätigt diesen Befund: Von den 1.708 erfassten Fällen wurden 64 dem Selbstdoping zugerechnet, 232 Fälle betrafen Herstellen, Inverkehrbringen, Verschreiben, Anwenden bei Dritten und 1.412 Erwerb, Besitz und Verbringen von Dopingmitteln.[81] Die Strafverfolgungsstatistik weist für 2023 für alle Verfahren nach § 4 AntiDopG – ohne Aufgliederung nach den verschiedenen Tatbeständen – 616 Abgeurteilte und 560 Verurteilte aus.[82] In Anbetracht der in dem Evaluationsbericht

[77] *Hoven/Kubiciel*, Das Gesetz gegen Doping im Sport in der Praxis – Eine Evaluierung, 2021.
[78] *Hoven/Kubiciel* (Fn. 77), S. 25 f.
[79] *Hoven/Kubiciel* (Fn. 77), S. 88.
[80] *Hoven/Kubiciel* (Fn. 77), S. 145.
[81] Bundeskriminalamt, T01-Grundtabelle – Fälle, PKS 2023, Schlüssel 716500, 716510, 716520, 716530, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=226064 (21.5.2025).
[82] Destatis, Strafverfolgungsstatistik 2023, Tabelle 24311-05 Zeilen 1567–1569, Tabelle 24311-13 Zeilen 1568–1570, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/statistischer-bericht-strafverfolgung-2100300237005.html (21.5.2025).

festgestellten geringen Bedeutung der Straftatbestandes gegen Selbstdoping in der Strafverfolgungspraxis wurde 2021 in § 4a AntiDopG eine Kronzeugenregelung eingeführt, um „einen sichtbaren und eindeutigen Anreiz für dopende Leistungssportlerinnen und -sportler sowie für die übrigen Täterinnen und Tätern nach dem AntiDopG zu schaffen, Informationen über dopende Leistungssportlerinnen und Leistungssportler, Hintermänner und kriminelle Netzwerke preiszugeben“.[83] Die praktische Bedeutung des AntiDopG scheint auch nach Einführung der Kronzeugenregelung nicht wesentlich zugenommen zu haben; der Vergleich mit 2020 ergibt zwar einen Anstieg der Gesamtzahl der erfassten Dopingverfahren (1.595 auf 1.708), aber einen Rückgang der erfassten Fälle des Selbstdopings (71 auf 64).

Noch geringer ist die praktische Bedeutung des Sportwettbetrugs (11 in der PKS erfasste Fälle für 2023,[84] keine Aburteilung) und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (2 Fälle nach der PKS[85], keine Aburteilung).

VII. Fazit

Die nähere Betrachtung erweist, dass die Berufung auf den Schutz der Integrität des Sports den Straftatbeständen gegen Doping, Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben keine tragfähige Grundlage verschafft.

Die in § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 AntiDopG mit Strafe bedrohten Umgangsverbote mit Dopingmitteln erfassen auch – in der Praxis sogar überwiegend – Fälle, die keinen Wettkampfbezug aufweisen (insbesondere Bodybuilding in Fitnessstudios) und deshalb die Integrität des Sports nicht berühren. Das gilt ebenfalls für die nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 AntiDopG verbotene Anwendung von Dopingmitteln und -methoden bei einer anderen Person. Die Straftatbestände sind im Übrigen keine „Neuschöpfungen“, sondern – der 1998 unter Berufung auf den Gesundheitsschutz[86] eingeführte – § 95 Abs. 2a, 2b AMG a.F. bedrohte bereits das Inverkehrbringen, Verschreiben und Anwenden bei anderen sowie den Erwerb und Besitz von Dopingmitteln mit Strafe.

Das Verbot der Teilnahme eines Spitzen- oder Berufssportlers an einem Wettbewerb des organisierten Sports (§ 4 Abs. 1 Nr. 5 AntiDopG) und das Verbot des Selbstdopings durch Spitzen- und Berufssportler (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 AntiDopG) als „typische Vorbereitungshandlung“ dazu schützen – wie dargelegt – in erster Linie die Lauterkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Sport sowie die Vermögensinteressen der an solchen Wettbewerben Beteiligten. Diese Schutzrichtungen verschaffen den Tatbeständen eine tragfähige Grundlage. Die zusätzliche Berufung auf den Schutz der Integrität des Spitzen- und Berufssports ist überflüssig, aber auch „unschädlich“.

Das gilt in gleicher Weise für die Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265d StGB. Konsequent wäre es allerdings, die – auf Korruption beruhende – Beeinflussung des Ergebnisses des Wettbewerbs durch Sportler, Trainer und Schiedsrichter selbst mit Strafe zu bedrohen und nicht nur die Vorbereitungshandlung durch die Unrechtsvereinbarung.

Anders liegt es dagegen bei dem Sportwettbetrug. Zweifelhaft ist schon, ob es dieses „Vorfeldtatbestandes“ zum Schutz des Vermögens der Anbieter von Sportwetten und der übrigen Wettteilnehmer bedarf. Erfolgt die Platzierung der Wette in Kenntnis der Manipulation des Sportwettbewerbs, liegen die Voraussetzungen eines vollendeten oder versuchten Betruges[87] bzw. bei einer Online-Wette eines vollendeten oder versuchten Computerbetruges[88] vor. Die Thesen in der Gesetzesbegründung für die Schaffung des § 265c StGB, der Unrechtsgehalt von Manipulationsabsprachen bei Sportwettbewerben gehe mit der Beeinträchtigung der Integrität des Sports über die von § 263 StGB „abgebildete Verletzung fremder Vermögensinteressen hinaus“ und es sei nicht ausreichend, dass „nach derzeitiger Rechtslage das Verhalten der zur Manipulation bereiten Sportler allenfalls als Beihilfe zum Betrug erfasst werden“ könne,[89] überzeugen nicht. Ginge es um den Schutz der Integrität des – organisierten – Sports vor korruptiven Manipulationen, dürfte § 265d StGB nicht auf den Berufssport beschränkt sein. Eine Begründung für die Behauptung, die Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Betrug oder Computerbetrug durch die sportlichen Akteure sei nicht ausreichend, gibt die Gesetzesbegründung nicht, sondern die weiteren zutreffenden Darlegungen – „Bei den in den letzten Jahren bekannt gewordenen Wettbetrugsfällen standen hinter solchen Manipulationshandlungen teilweise Täter aus dem Bereich der organisierten Kriminalität. Der Wettmarkt kann zu einem Berührungspunkt von Sport und organisierter Kriminalität werden.“[90] – sprechen eher dafür, dass die Organisatoren der Sportwettmanipulationen („Sportwettmafia“) die „Zentralgestalten“ des Geschehens sind, der einzelne manipulationsbereite Sportler – wie auch der Trainer, Schieds-, Wertungs- oder Kampfrichter – letztlich eher eine „Randfigur“ darstellt und die Beihilfestrafbarkeit deshalb durchaus angemessen erscheint. Die allgemeinen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme ermöglichen im Übrigen eine zutreffende Bestrafung der beteiligten sportlichen Akteure, wenn von ihnen die Initiative ausgeht oder sie selbst eine betrügerische Sportwette setzen.

[83] BT-Drs. 19/28676, S. 11.
[84] Bundeskriminalamt (Fn. 81), Schlüssel 518510.
[85] Bundeskriminalamt (Fn. 81), Schlüssel 518520.
[86] Siehe dazu *Freund* (Fn. 25), AntiDopG §§ 1–4a Rn. 1.
[87] BGHSt 51, 165 (169 ff.); 58, 102 (Rn. 19 ff.).
[88] BGH NJW 2013, 1017 (1018 Rn. 58 ff.); BGH NJW 2016, 1336 (1337 Rn. 9 ff.).
[89] BT-Drs. 18/8831, S. 10 f.
[90] BT-Drs. 18/8831, S. 11.

Strafbarkeit des Tierarztes bei der Euthanasierung von Heimtieren

Von Prof. Dr. Jens Bülte, Mannheim*

Tierärzte berichten immer wieder darüber, dass Tierhalter von ihnen verlangen, Heimtiere[1] zu euthanasieren,[2] obwohl dafür keine medizinische oder gefahrenabwehrrechtliche Notwendigkeit besteht. Der Grund für diese Bitte kann finanzieller Natur sein, aber auch der Wunsch, sich des Tieres zu entledigen, weil es „lästig" geworden ist und der Halter nicht mehr bereit ist oder sich in der Lage fühlt, sich die Zeit für eine angemessene Betreuung des Tieres zu nehmen.

Nicht zuletzt mit Blick auf die erhöhte Zahl der in der Corona-Pandemie angeschafften Heimtiere und die Erhöhung der Tarife für tierärztliche Leistungen zum 22.11.2022[3] hat sich dieses Problem verschärft. Tierärzte sehen sich zunehmend mit Haltern konfrontiert, die sich überfordert fühlen oder sich medizinisch indizierte und notwendige Operationen finanziell nicht mehr leisten können oder wollen. Damit stehen Veterinäre bisweilen vor der Entscheidung, ein Tier dem Wunsch des Halters gemäß schmerzlos zu töten, eine medizinische Behandlung ohne oder gegen den Willen des Halters durchzuführen oder schließlich diesen eventuell mit seinem womöglich kranken und leidenden Tier ohne Behandlung abzuweisen oder gehen zu lassen.

Diese Situation führt nicht nur zu einem Gewissenskonflikt, sondern auch zu allgemeiner Rechtsunsicherheit und birgt ggf. strafrechtliche Risiken. Denn die Frage, ob ein Halter, der die Tötung seines kranken Tieres verlangt, ohne Behandlung des Tieres abgewiesen oder entlassen werden und ggf. die Veterinärbehörde informiert werden darf oder muss, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht hinreichend erörtert oder gar gerichtlich geklärt worden. Mit der Frage nach der Strafbarkeit des Halters wegen der unterlassenen Beauftragung der Behandlung hat sich Poplat in einem instruktiven Beitrag[4] befasst. Die folgenden Überlegungen knüpfen daran an und setzen sie insbesondere mit Blick auf die Strafbarkeit des Tierarztes fort, der sich mit dem Verlangen des Halters nach der Tötung des Heimtieres konfrontiert sieht.[5]

I. Auftrag zur Euthanasierung eines Tieres

Grundsätzlich ist die Tötung jedes Tieres unzulässig. Bei Wirbeltieren ist die Tötung ohne vernünftigen Grund nach § 17 Nr. 1 TierSchG eine Straftat, bei anderen Tieren als Zufügung von Schmerzen, Leiden oder Schäden ohne vernünftigen Grund i.S.v. § 18 Abs. 2 TierSchG eine Ordnungswidrigkeit. Die Euthanasierung eines Heimtieres kann – wie die Tötung jedes anderen Tieres – allerdings ausnahmsweise gerechtfertigt sein.

1. Der vernünftige Grund für die Tötung eines Tieres

Voraussetzung dafür, dass der Veterinär dem Verlangen des Tierhalters nach der Tötung eines Tieres – insofern kommt es nicht darauf an, ob es sich um ein Heimtier oder ein sog. Nutztier[6] handelt – nach der Tötung eines Tieres nachkommen darf, ist das Vorliegen eines vernünftigen Grundes für die Tötung im Sinne des Tierschutzgesetzes.[7] Insofern gelten für sog. Nutztiere die gleichen Kriterien wie für Heimtiere. Die Anforderungen an die Tötung einer „Fundkatze" sind grundsätzlich dieselben, wie sie auch an das Einschläfern eines „teuren" Rassehundes oder eines Rennpferdes zu stellen sind.[8] Zudem ergibt sich aus dem Gesetz unmittelbar, dass es in jedem einzelnen Fall der Tötung eines Tieres eines individuell zu ermittelnden und abzuwägenden Rechtfertigungsgrundes bedarf. Bei der Euthanasierung eines Heimtieres durch einen Tierarzt kommen insofern nur veterinärmedizinische Gründe oder – höchst ausnahmsweise – solche der Gefahrenabwehr in Betracht.

Unter welchen Voraussetzungen ein solcher vernünftiger Grund vorliegt, kann nicht pauschal angegeben werden. Durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[9] ist allerdings geklärt, dass wirtschaftliche Gründe allein die Tötung eines Tieres nicht rechtfertigen können. Daher ist – unabhängig von der Frage nach der exakten strafrechtsdogmatischen Funktion des Merkmals „vernünftiger Grund"[10] – die Tötung eines behandlungsbedürftigen Tieres allein deswegen, weil der Halter die Kosten nicht zu tragen bereit ist, nicht gerechtfertigt. Insofern ist anzumerken, dass die verwaltungsgericht-

* Der *Autor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Universität Mannheim.

[1] Heimtiere i.S.v. Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 1069/2009: „‚Heimtier': ein Tier einer Art, die normalerweise von Menschen zu anderen als zu landwirtschaftlichen Nutzzwecken gefüttert und gehalten, jedoch nicht verzehrt wird".

[2] Darunter ist eine schmerzlose Tötung des Tieres zu verstehen.

[3] Vgl. https://www.tieraerzteverband.de/media/docs/GOT_2022.pdf (12.1.2025).

[4] *Poplat*, NuR 2024, 453 ff.

[5] *Poplat*, NuR 2024, 453 (455), weist nachvollziehbar „nur randständig" auf die Strafbarkeit des Tierarztes hin, um den Rahmen seines Beitrags nicht zu sprengen.

[6] Nutztiere i.S.v. Art. 3 Nr. 6 VO (EU) 1069/2009: „‚Nutztier': a) ein Tier, das vom Menschen gehalten, gemästet oder gezüchtet und zur Gewinnung von Lebensmitteln, Wolle, Pelz, Federn, Fellen und Häuten oder sonstigen von Tieren gewonnenen Erzeugnissen oder zu sonstigen landwirtschaftlichen Zwecken genutzt wird; b) Equiden".

[7] Grundlegend hierzu *Maisack*, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, 2005.

[8] A.A. VG Dresden, Urt. v. 28.4.2011 – 6 K 1248/09, Rn. 22 f. (juris), aber ohne Begründung.

[9] BVerwG, Urt. v. 13.6.2019 – 3 C 28.16 = BVerwGE 166, 32 ff. = NJW 2019, 3096 (3097) m.Anm. *Ogorek*; eingehend *Bülte*, JZ 2020, 504 ff.

[10] Vgl. zum Streitstand *Schrott*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2025, TierSchG § 17 Rn. 58 ff.

liche Rechtsprechung – anders als bei sog. Nutztieren – in Entscheidungen über Kostenersatz oder über die Anordnung veterinärmedizinscher Behandlungen von Heimtieren die Kostenfrage regelmäßig nicht einmal anspricht. Vielmehr wird selbstverständlich davon ausgegangen, dass Kosten einer veterinärmedizinisch gebotenen Behandlung aufzubringen sind und insbesondere keine Abwägung im Verhältnis zum wirtschaftlichen „Wert" des Tieres stattfindet.[11]

Die Beurteilung, ob ein vernünftiger Grund für die Tötung eines Tieres vorliegt, hat darüber hinaus im Einzelfall zu erfolgen, wobei weder eine Vermutung für das Vorliegen eines vernünftigen Grundes besteht[12] noch davon auszugehen ist, dass die Interessen des Tierhalters regelmäßig dem Interesse des Tierschutzes vorgehen würden. Nach zutreffender Auffassung kommt es für die Beurteilung der Vernünftigkeit auf objektive Kriterien, auf eine Interessenabwägung an. Welche Motive der Täter hat oder welche Ziele er verfolgt, ist für die Frage der Rechtfertigung nicht relevant, soweit objektiv kein vernünftiger Grund vorliegt.[13]

2. Mögliche Fallkonstellationen des Verlangens nach Euthanasierung eines Tieres

Bevor die Frage nach den Kriterien des vernünftigen Grundes im konkreten Zusammenhang mit der Tötung von Heimtieren durch den Veterinär erörtert werden soll, sind die praktischen Fallgestaltungen zu benennen, in denen sich die Frage nach der Zulässigkeit der Euthanasierung eines Heimtieres stellen kann.

Dabei sind strafrechtlich zwei Ebenen zu unterscheiden: zum einen die Strafbarkeit des Tierarztes, der die Tötung unmittelbar vornimmt (§ 17 TierSchG) oder die Behandlung unterlässt (§ 323c Abs. 1 StGB)[14], zum andern die davon ggf. abhängige Strafbarkeit des Tierhalters, der die Tötung verlangt.

Insofern können sich Wechselwirkungen und Probleme dadurch ergeben, dass der Tierhalter den Tierarzt durch seine Forderung nach einer Euthanasierung des Tieres und die Weigerung, es veterinärmedizinisch indiziert behandeln zu lassen, in eine Zwangslage bringt: Der Tierarzt ist einerseits nach § 1 BTÄO dem Wohl und der Gesundheit des Tieres verpflichtet, ist also aus berufsrechtlichen Gründen zum Schutz des Tieres und damit auch grundsätzlich zur Behandlung eines erkrankten Tieres berufen. Andererseits kann von ihm grundsätzlich keine Aufopferung durch Behandlung ohne Vergütungs- und Aufwendungsersatz verlangt werden, weil das seine nachhaltige Berufsausübung letztlich unmöglich machen könnte.

Strafrechtsdogmatisch ergeben sich hier besondere Beteiligungsprobleme, weil dem Tierarzt spezifische Pflichten aus einer beruflichen Stellung obliegen, die sein Handeln als Beteiligter an einer Tierquälerei – gegebenenfalls auch durch Unterlassen – bestimmen und von der rechtswidrigen Erfüllung eines Straftatbestandes durch ihn auch die Strafbarkeit des Halters abhängen kann, von dem die eigentliche Zwangslage ausgeht. Damit kann sich insbesondere die Frage nach der Strafbarkeit des Halters wegen Tierquälerei in mittelbarer Täterschaft stellen.

Zudem ist zu erörtern, ob der Tierarzt berechtigt oder gegebenenfalls verpflichtet ist, der zuständigen Veterinärbehörde mitzuteilen, wenn der Verdacht besteht, dass ein Tierhalter seine Pflichten in der Vergangenheit verletzt hat oder durch dessen zu erwartendes Verhalten (Unterlassen der Behandlung o.ä.) zukünftig eine Gefahr für das Wohl des von ihm gehaltenen Tieres droht.

II. Denkbare Fallgestaltungen der Euthanasierung von Heimtieren durch Veterinäre

Die Praxis zeigt hier im Wesentlichen drei Fallgestaltungen: eindeutig strafbare, eindeutig straflose Fälle und strafrechtliche Zweifelsfälle. Dabei ist – soweit hier von „eindeutig" die Rede ist – die juristische Beurteilung gemeint, die sich an die veterinärmedizinische Bewertung der Behandlungsmöglichkeiten anschließt. Die Entscheidung, ob es veterinärmedizinisch geboten ist, ein Tier zur Vermeidung weiterer unzumutbarer Leiden oder Schmerzen zu töten, dürfte selten einfach oder eindeutig sein. Insoweit kann es jedoch allein um die veterinärmedizinische Vertretbarkeit gehen, deren Beurteilung sich der juristischen Bewertung entzieht; jene ist methodisch nicht identisch mit der Bewertung des vernünftigen Grundes im Sinne des Tierschutzgesetzes, sondern geht ihr voraus.

In diesem Zusammenhang gibt es naturgemäß Zweifelsfälle, welche Behandlung noch sinnvoll und angemessen ist, dabei mögen auch wirtschaftliche Fragen ausnahmsweise mittelbar eine Rolle spielen, etwa bei dem veterinärmedizini-

[11] Insofern zumindest missverständlich, wenn es bei *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, TierSchG, Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 75 heißt, die Abwägung dürfe sich „nicht ausschließlich am Wert" des Tieres orientieren; präzise und zutreffend dagegen *Poplat*, NuR 2024, 453 (458): „Teuer" ist prinzipiell „kein tauglicher Grund im Rahmen des erforderlichen Abwägungsvorgangs mit den Interessen des Tierschutzes"; vgl. zur Unbeachtlichkeit des wirtschaftlichen Wertes eines Tieres bei der Gefahrenabwehr auch *Tellenbröker*, GSZ 2022, 53 (57).

[12] So aber wohl StA Oldenburg, Einstellungsverfügung v. 1.6.2016 – NZS 1102 Js 69723/13, wenn beim Töten von Ferkeln durch Schlagen auf den Stallboden ohne Anhaltspunkte für eine Interessenabwägung ein vernünftiger Grund unterstellt wird.

[13] Zutreffend und mit überzeugender Begründung *Gerhold*, NuR 2022, 369 (375); ihm folgend *Poplat*, NuR 2024, 453 (455); *Schrott* (Fn. 10), Rn. 65 f.; dagegen spricht im Ergebnis auch nicht die Entscheidung des OLG Naumburg, Beschl. v. 28.6.2011 – 2 Ss 82/11, Rn. 9, 12 (juris), weil das Gericht dort zwar eine Prüfung „anhand der Beweggründe" durchführt, letztlich aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit objektiver Interessenabwägung postuliert; a.A. *Metzger*, in: Lorz/Metzger, Tierschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 34.

[14] Zu den Einzelheiten der Strafbarkeit nach § 323c Abs. 1 StGB bei unterlassenem Beistand gegenüber Tieren *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 (997 ff.).

schen[15] Nutzen einer sehr teuren Behandlung für ein Tier mit ohnehin geringer Lebenserwartung oder geringen Erfolgsaussichten. Aber diese Fragen sind nicht Gegenstand der juristischen Betrachtung, sondern der veterinärmedizinischen Bewertung der angemessenen und gebotenen Therapie. Zur Leistung dieser Behandlung ist der Halter verpflichtet und er begeht eine rechtswidrige Tat nach § 17 TierSchG, wenn er die für ihn tragbaren Kosten scheut und das Tier deswegen euthanasieren lässt. Ist das Unterlassen einer bestimmten Therapie und die Euthanasierung des Tieres aus veterinärmedizinischen Gründen vertretbar, so scheidet eine Strafbarkeit aus.[16]

1. Fälle eindeutiger Zulässigkeit der Euthanasierung

Strafrechtlich unbedenklich ist zunächst der Fall, in dem der Tierarzt nach eingehender Untersuchung und Abwägung das Tier aus veterinärmedizinischen Gründen euthanasiert, um ihm dauerhafte schwerwiegende Leiden und Schmerzen zu ersparen, die auch mit einer veterinärmedizinischen Behandlung nicht mehr hätten abgewendet werden können. Soweit also die Euthanasierung das letzte Mittel zur Verhinderung schwerer Leiden und Schmerzen darstellt, ist ein vernünftiger Grund gegeben. In diesen Fällen kann sogar eine Pflicht zur Euthanasierung des Tieres bestehen, soweit der veterinärmedizinische Befund eindeutig und eine Therapie aussichtslos ist.[17]

Ergänzend hat *Poplat*[18] zutreffend darauf hingewiesen, dass auch im Falle einer rechtmäßigen Euthanasierung des Tieres durch den Veterinär dennoch eine Strafbarkeit des Halters wegen Tierquälerei in Betracht kommt. Dies gilt dann, wenn der Halter vorsätzlich eine notwendige Behandlung des Tieres unterlassen und sich dadurch der Gesundheitszustand so sehr verschlechtert hat, dass in der Folge nur noch eine Euthanasierung in Betracht kommt, um dem Tier unzumutbare erhebliche Leiden und Schmerzen zu ersparen. In diesem Fall handelt der Tierarzt gerechtfertigt, während der Halter, der diese Maßnahme durch sein Unterlassen notwendig werden ließ, als mittelbarer Täter der Tierquälerei nach § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar sein kann, wenn er den Tod des Tieres als Folge seines Unterlassens als möglich vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat.

2. Fälle eindeutiger Unzulässigkeit der Euthanasierung

Hier sollen zunächst zwei Fälle juristisch eindeutiger strafrechtlicher Relevanz der Euthanasierung in den Blick genommen werden.

a) „Lästige Tiere" und „zu teure" Behandlung

Eindeutig als rechtswidrige Taten zu beurteilen sind Fallgestaltungen, in denen der Halter die Euthanasierung des Tieres verlangt, weil er die für ihn wirtschaftlich zumutbaren Kosten oder den Zeitaufwand der weiteren Pflege oder der veterinärmedizinisch gebotenen und angemessenen Behandlung des Tieres scheut, es ihm also „lästig" oder „zu teuer" geworden ist. Nimmt der Tierarzt die Tötung auf diesen Wunsch hin und in dem Wissen vor, dass das Tier nicht untherapierbar krank und eine angemessene und gebotene medizinische Behandlung indiziert ist, so erfüllt er rechtswidrig den Tatbestand des § 17 Nr. 1 TierSchG und ist grundsätzlich wegen Tierquälerei zu bestrafen. Der Halter macht sich wegen mittäterschaftlich begangener Tierquälerei[19] oder Anstiftung zur Tierquälerei strafbar. Die (subjektive) Einschätzung des Halters, die medizinisch gebotene Behandlung sei zu teuer oder zeitaufwendig, ist tierschutzstrafrechtlich irrelevant.

b) „Gefährliche" Tiere

In diese Fallgruppe der „lästigen" Tiere gehören auch Konstellationen, in denen sich der Halter eines Tieres durch dessen Euthanasierung entledigen möchte, weil ihn die Haltung eines Tieres grundsätzlich oder dieses konkreten Individuums überfordert. Das kann durch fehlende Erfahrung oder Einsatzbereitschaft des Halters begründet sein oder an erheblichen Verhaltensauffälligkeiten des Tieres liegen; nicht selten begründet auch Ersteres das Letztere.

Jedoch ist auch bei erheblichen Verhaltensauffälligkeiten eines Tieres dessen Euthanasierung nur im seltenen Ausnahmefall zulässig. Können von dem Tier ausgehende Gefahren durch eine Therapie so weit gemildert werden, dass eine Haltung des Tieres noch einerseits unter hinnehmbaren Gefahren und andererseits artgerecht möglich erscheint, so liegt kein vernünftiger Grund für die Tötung des Tieres vor; sie ist unzulässig[20] und damit grundsätzlich strafbar. Nach der Rechtsprechung ist die Euthanasierung also ultima ratio, um schwerwiegende Gefahren für die Umgebung des Tieres oder für das Tier selbst abzuwenden.[21]

Die Tötung eines Tieres – im konkreten Fall eines Hundes – wegen seiner Gefährlichkeit setzt nach der Rechtsprechung des VG München[22] zunächst voraus, dass sich das Tier zum einen als hochgradig gefährlich erwiesen hat und sich die

[15] Der wirtschaftliche Nutzen durch das Tier ist hier mit Blick auf Art. 20a GG und nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG, Urt. v. 13.6.2019 – 3 C 28.16 = BVerwGE 166, 32 ff., irrelevant.

[16] Der Tierhalter ist nicht verpflichtet, eine optimale Pflege, Fütterung oder Therapie zu leisten, letztere in dem Sinne zu leisten, dass er alle denkbaren Möglichkeiten zur Heilung nutzt, auch wenn sie keinen erkennbaren Erfolg versprechen, vgl. *Kunzmann*, NuR 2019, 448 (452); *Poplat*, NuR 2024, 453 (461).

[17] Vgl. auch *Poplat*, NuR 2024, 453 (456); bereits BGH, Urt. v. 19.1.1982 – VI ZR 281/79 = NJW 1982, 1327 (1328).

[18] *Poplat*, NuR 2024, 453 (454).

[19] So *Poplat*, NuR 2024, 453 (455).

[20] Zu den Einzelheiten der Prüfung des vernünftigen Grundes *Hirt/Maisack/Moritz/Felde* (Fn. 11), § 1 Rn. 33 ff.; ferner *Poplat*, NuR 2024, 453 (455).

[21] Vgl. auch VG Arnsberg, Beschl. v. 1.8.2018 – 8 L 1058/18, Rn. 13 f.; VG München, Urt. v. 12.5.2022 – M 22 K 21.6204, Rn. 74.

[22] VG München, Urt. v. 12.5.2022 – M 22 K 21.6204, Rn. 75.

schwerwiegende Gefahr zum anderen auf nicht therapierbare Ursachen zurückführen lässt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so komme eine Tötung des Tieres dennoch nur in Betracht, wenn die von dem Tier ausgehenden Gefahren sowohl nach dem Ausmaß der drohenden Schäden als auch nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts weiterhin als groß zu bewerten sind und zudem keine Möglichkeit besteht, die Gefahren durch Vorkehrungen bei der Haltung des Tieres auf ein hinnehmbares Maß zu verringern. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich bei den Maßnahmen zur Gefahrverringerung um solche handelt, die ihrerseits tierschutzkonform sind und nicht zu dauerhaften erheblichen Leiden, Schmerzen oder Schäden bei dem Tier führen.

Mit Blick auf diese hohen Anforderungen dürfte die Euthanasierung eines Tieres wegen seiner Gefährlichkeit nur in sehr seltenen Ausnahmefällen zulässig sein, ansonsten erfüllt die Tötung auch eines gefährlichen Tieres – abgesehen von der Abwendung akuter Gefahren für Leib, Leben oder andere Rechtsgüter (§ 34 StGB) – den Tatbestand des § 17 Nr. 1 TierSchG. Daher sollte ein Veterinär eine Tötung aus nicht veterinärmedizinischen Indikationen allenfalls auf der Grundlage einer entsprechenden bestandskräftigen Tötungsanordnung der Veterinärbehörden vornehmen, um sich selbst vor dem Strafbarkeitsrisiko zu schützen.

Soweit die Voraussetzungen der Tötung zur Gefahrenabwehr nicht erfüllt sind, begeht der Tierarzt, der trotz Wissens um die Therapierbarkeit oder andere praktisch mögliche effektive Gefahrminderungsmaßnahmen ein Tier tötet, eine Tierquälerei nach § 17 Nr. 1 TierSchG. Der Halter, der die Euthanasierung verlangt, kann sich als Beteiligter (Mittäter oder Anstifter) an dieser Tat strafbar machen.

c) Folgen für den Tierarzt jenseits des Tierschutzstrafrechts

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine strafbare Tötung eines Tieres für den Tierarzt nicht nur mit Blick auf das Tierschutzrecht selbst erhebliche strafrechtliche Folgen haben kann. Vielmehr kann das für die Tötung des Tieres angenommene Honorar – sei es Bargeld oder Überweisung – Tatobjekt der Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 und 4 StGB sein. Das gilt für den Tierarzt selbst, kann aber auch seine Mitarbeiter betreffen, wenn sie in Kenntnis oder leichtfertiger Unkenntnis der Vornahme einer solchen rechtswidrigen Tat i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB (§ 17 Nr. 1 TierSchG) die Geschäfte einer Tierarztpraxis führen und dazu Vermögenswerte aus strafbaren Handlungen verwenden (Zahlungen abwickeln, Material kaufen etc.).

Zudem sind erhebliche abschöpfungsrechtliche Folgen zu bedenken. Zumindest das Honorar ist nach §§ 73 ff. StGB als für die Tat erlangtes Etwas (zwingend) einzuziehen. Ferner ist an eine drohende Einziehung von bei der Tat verwendeten Tatwerkzeugen wie Praxisinstrumentarium nach §§ 74 ff. StGB zu denken. All diese Folgen sind im Übrigen davon unabhängig, ob wegen der Tierquälerei tatsächlich eine Strafe verhängt wird, und sind auch bei Einstellung des Verfahrens nach §§ 153 ff. StPO möglich.

d) Zulässigkeit und Gebotenheit einer Mitteilung an die Veterinärbehörde

Der Tierarzt darf dem Verlangen nach der Euthanasierung eines Tieres ohne veterinärmedizinischen oder gefahrenabwehrrechtlichen Grund nicht nur nicht nachkommen, vielmehr ergibt sich darüber hinaus die Frage, ob er berechtigt oder sogar verpflichtet ist, die Veterinärbehörde von dem Verlangen des Halters nach Tötung eines Tieres ohne vernünftigen Grund in Kenntnis zu setzen.

Strafbar ist dieses Tötungsverlangen des Halters als solches nicht, weil die versuchte Anstiftung zum Vergehen der Tierquälerei nicht strafbar ist (§ 30 StGB), aber sie offenbart ein problematisches Verhältnis des Halters zum Tierschutz sowie zur Rechtsordnung und legt eine Gefahr für die Gesundheit und das Wohlbefinden des Tieres nahe.

Es könnte also eine Mitteilung an die Veterinärbehörde aus Gründen des Tierschutzes zulässig oder sogar geboten sein, um die drohende Tötung des Tieres oder anderen Schaden zu vermeiden und damit die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen. Denn die Veterinärbehörde ist zu Maßnahmen nach § 16a TierSchG verpflichtet, wenn dem Tier Gefahr durch seinen Halter droht. Eine gesetzliche Regelung, die zur Mitteilung verpflichtet, existiert allerdings nicht; vielmehr könnte einer solchen Meldung bei der zuständigen Veterinärbehörde sogar die Strafvorschrift des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entgegenstehen.

(1) Strafbarkeit einer Meldung nach § 203 StGB

Nach dieser Vorschrift macht sich der Geheimnisträger strafbar, der unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm als Tierarzt anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Der Tierarzt ist also grundsätzlich gegenüber dem Halter seines Patienten zur Verschwiegenheit über dessen persönliche Verhältnisse verpflichtet.

(2) Grenzen der Schweigepflicht des Tierarztes

Mit Blick auf die Schweigepflicht der medizinischen und rechtsberatenden Berufe ist überwiegend grundsätzlich anerkannt, dass auch Informationen über rechtswidriges Verhalten vom Geheimnisschutz umfasst sind.[23] Damit fallen auch der Umstand, dass ein Halter das Verlangen nach der Tötung eines Tieres geäußert hat, sowie die Gesamtumstände dieser Forderung nicht ohne Weiteres deswegen aus dem Geheimnisschutz des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB heraus, weil es sich um eine Aufforderung zu einem strafrechtlich relevanten Verhalten handelt. Die Schweigepflicht kann grundsätzlich also auch bezüglich dieses Ansinnens bestehen, denn der Geheimnisschutz beginnt bei Ärzten und Tierärzten bereits mit der Anbahnung der Patientenbeziehung, spätestens jedoch in dem Moment, indem der Tierarzt das Tier untersucht.

Die Erstattung einer Strafanzeige stellt nach der Judikatur von BVerfG und EGMR zwar die Ausübung eines staats-

[23] *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, StGB § 203 Rn. 51 m.w.N.

bürgerlichen Rechts dar,[24] jedoch ist die Offenbarung eines grundsätzlich nach § 203 StGB geschützten Geheimnisses eine tatbestandliche Handlung, auch wenn es einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt betrifft. Allerdings ist auch anerkannt, dass das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung eines rechtswidrigen oder gar strafbaren Verhaltens geringer ist als an der Geheimhaltung eines rechtsneutralen Verhaltens.[25] Die Gewichtung ist bei der Abwägung der von durch die Geheimhaltung geschützten Interessen zu berücksichtigen. Insofern stellt sich hier die Frage nach dem Grund und damit den Grenzen des Geheimnisschutzes, um die betroffenen Interessen richtig abwägen zu können.

Bei der Geheimhaltungspflicht des Tierarztes kann es ersichtlich nicht um den Schutz der Privatsphäre und der Gesundheitsdaten des Tieres selbst gehen, sondern nur um die des Halters. Bei der grundsätzlichen Beurteilung dieses Schutzes ist anzumerken, dass die Stellung des Tierarztes als Geheimnisträger erst zum 1.1.1975[26] in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurde; die ursprüngliche Fassung des Gesetzes in § 300 RStGB sah eine solche Strafbarkeit nicht vor.[27]

Damals waren in Nr. 1 nur die Heilberufe (für Menschen) genannt, die Tierärzte waren als Geheimnisträger nicht erfasst. Ihre Schweigepflicht war in § 13 RTÄO[28] normiert, der in Abs. 2 S. 1 ausdrücklich eine Offenbarungsbefugnis im öffentlichen Interesse vorsah und in S. 2 ein Schweigerecht vor Gericht ausschloss. Auch eine Sanktionierung der Verletzung fand grundsätzlich ausschließlich über das Berufsrecht und allenfalls ausnahmsweise durch Geldbuße statt.

Der Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts findet sich auch nach aktueller Rechtslage noch in § 53 Abs. 1 StPO wieder, der ein berufliches Zeugnisverweigerungsrecht des Tierarztes gar nicht – auch nicht über Gesundheitsinformationen des Tierhalters – vorsieht. Insofern unterscheidet sich die Schweigepflicht des Tierarztes von den entsprechenden Pflichten anderer Heilberufe, denen § 53 StPO ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht.

Der Grund für die Aufnahme des Tierarztes in die Reihe der möglichen Täter des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB wurde darin gesehen, dass Tierhalter vor der Preisgabe von Informationen geschützt werden sollten, die sich auf ihren eigenen Gesundheitszustand bezogen und die sie gegenüber dem Tierarzt offenbart hatten; es ging also um Fälle möglicher Zoonosen.[29] Das Telos der Norm spricht also dafür, den Geheimnisschutz auf Gesundheitsgeheimnisse des Halters des zu behandelnden Tieres zu beschränken und den Schutz anderer Geheimnisse auszuklammern. Soweit in der Literatur angedeutet wird, ein Geheimnisschutz komme auch für Fälle in Betracht, in denen sich bei der Anamnese oder Untersuchung des Tieres ein Verdacht auf eine Verletzung von Tierschutzrecht – z.B. durch Misshandlung des Tieres – ergibt,[30] wird dafür kein Grund genannt. Der Schutz eines solchen Geheimnisses lässt sich aus der Teleologie der Vorschrift jedenfalls nicht rechtfertigen.

(3) Rechtfertigung der Offenbarung nach § 34 StGB

Doch selbst wenn man auch dieses Geheimnis – ohne Bezug zur Gesundheit des Halters – unter den Schutz von Gesundheitsdaten fassen wollte, drängte sich die Frage nach einer Offenbarungsbefugnis des Tierarztes im Einzelfall auf. Dabei handelt sich es bei dem Merkmal „unbefugt" um ein sog. allgemeines Verbrechensmerkmal, sodass die Frage nach der Befugnis zur Offenbarung im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung zu prüfen ist.[31] Anders als nach § 13 Abs. 2 RTÄO ist allerdings im geltenden Recht keine allgemeine Offenbarungsbefugnis zur Bewahrung öffentlicher Belange für den Tierarzt geregelt. Soweit man hier das Recht zur Offenlegung annimmt, wird man es aus allgemeinen Rechtfertigungsgründen ableiten müssen.

Insofern kommt insbesondere das Vorliegen eines rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) in Betracht. Dieses Rechtsinstitut kann die Offenbarung zulassen, wenn der Tierarzt handelt, um eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut von sich oder einem anderen abzuwenden, soweit bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt und die Mitteilung an die Veterinärbehörde ein angemessenes Mittel zur Abwendung der Gefahr ist.

Dabei ist der hier betrachtete Fall der Abwendung einer drohenden konkreten Gefahr von Konstellationen zu unterscheiden, in denen der Veterinär bei einer Untersuchung oder Behandlung des Tieres Anzeichen für eine Verletzung von Tierschutzrecht in der Vergangenheit feststellt und sich fragt, ob er diesen Verdacht der Veterinärbehörde melden darf oder sogar muss. Droht die unzulässige Tötung des Tieres oder auch das Unterbleiben der gebotenen tiermedizinischen Versorgung, so ist diese Gefahr für das Wohl des konkreten Tieres gegen das Geheimhaltungsinteresse des Halters abzuwägen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Tierschutz um ein überragendes Interesse des Allgemeinwohls handelt, dessen Bedrohung eine gegenwärtige Gefahr nach § 34 StGB darstellen kann.[32]

Das hat das OLG Naumburg in einer zentralen Entscheidung zum Tierschutz[33] klargestellt: Der *2. Strafsenat* des Gerichts hat im Kontext des Eindringens in Tierställe zur Dokumentation strafbarer Verstöße gegen Tierschutzrecht entschieden, dass der in Art. 20a GG verankerte Tierschutz als

[24] Nachweise hierzu bei *F. Meyer*, JZ 2023, 261 ff.
[25] *Dannecker* (Fn. 23), StGB § 203 Rn. 51; etwas anderes gilt naturgemäß, wenn die Geheimhaltung eines potenziell strafrechtlich relevanten Vorgangs denknotwendige Bedingung der erbrachten Dienstleistung ist wie bei der Strafverteidigung.
[26] Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2.3. 1974, BGBl. I 1974, S. 469 (487).
[27] Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 335 zu § 185 E-StGB.
[28] Reichtierärzteordnung v. 3.4.1936, RGBl. I 1936, S. 347.
[29] Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 335.
[30] *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 203 Rn. 62.
[31] Vgl. *Fischer/Anstötz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 203 Rn. 48.
[32] OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, Rn. 20 (juris).
[33] OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, Rn. 20 (juris).

eigenständiges Verfassungsgut i.S.v. § 34 StGB notstandsfähig ist.[34] Daher kann eine Bedrohung der Gesundheit oder des Wohlbefindens eines Tieres auch dann eine Notstandslage darstellen, wenn die Gefahr vom Halter und zivilrechtlichen Eigentümer des Tieres ausgeht. Denn nach zutreffender Auffassung kann auch ein Eingriff in Rechtsgüter zugunsten der Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt sein.[35] Es handelt sich in dem Fall, dass der Halter die – wenn auch noch ungewisse – Tötung des Tieres ankündigt, um eine sog. Dauergefahr, die bereits dann als gegenwärtig i.S.v. § 34 StGB anzusehen ist, wenn sie in ungewisser Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in einen Schaden umschlagen wird.[36] Dabei ist diese Wahrscheinlichkeit des noch ungewissen Schadenseintritts in die Interessenabwägung und Würdigung der Angemessenheit einer Tat als Mittel zur Abwendung der den Notstand auslösenden Gefahr einzubringen. Kommt diese Abwägung aller sich gegenüberstehenden Interessen, angesichts der Möglichkeiten und Folgen der potenziellen Maßnahmen zur Gefahrbeseitigung zu dem Ergebnis, dass die durch die Tat geschützten Interessen (Gesundheit und Leben des Tieres) die beeinträchtigten (Geheimhaltungsinteresse des Halters) wesentlich überwiegen, so ist die Offenbarung gegenüber der Veterinärbehörde gerechtfertigt und damit zulässig.

Bedenkt man, welche schwerwiegenden und irreversiblen Folgen – bis hin zum möglichen Tod des Tieres – es hätte, dem Veterinär hier die Mitteilung an die Behörde zu untersagen, so wird deutlich, dass demgegenüber das Interesse an der Geheimhaltung rechtswidriger Handlungen als weniger gewichtig anzusehen ist. Zweifellos wird durch eine Mitteilung an die Veterinärbehörde auch in die Privatsphäre des Halters eingegriffen, allerdings hat er zum einen die Aufforderung zur Tötung des Tieres freiwillig geäußert, und zum anderen handelt es sich schon bei der Äußerung um eine rechtswidrige – wenn auch nicht strafbare – Handlung, sodass der Geheimnisschutz geringer zu gewichten ist. Das gilt auch angesichts des Umstandes, dass die Mitteilung an die Veterinärbehörde nicht zwingend zu einer Rettung des Tieres führt, weil sie zu spät kommen oder die Behörde nicht in der Lage sein könnte, den Halter oder das Tier ausfindig zu machen. Denn selbst mit Blick auf eine ungewisse Aussicht, ob die Rettung des Tieres gelingen wird, ist von einem Überwiegen des Interesses an Gesundheit und Wohlergehen des Tieres auszugehen.[37]

Betrachtet man die Möglichkeiten der Gefahrenabwehr, so stellt sich die Mitteilung an die Veterinärbehörde als die mildeste erfolgsversprechende Rettungsmöglichkeit dar. Zwar hätte der Tierarzt die Möglichkeit, auf den Halter einzuwirken und ihm deutlich zu machen, dass sein Verhalten unzulässig und die Umsetzung seines Plans der Tötung des Tieres strafbar wäre. Doch wird man dies nur dann als hinreichend sichere Maßnahme der Gefahrenabwehr ansehen können, wenn der Halter glaubhaft von seinem Plan abrückt – etwa, weil er sich bereit erklärt, das Tier abzugeben – und sich der Tierarzt sicher sein kann, dass die Gefahr abgewendet ist.

Typischerweise kann der Todes- oder Gesundheitsgefahr nur mit einer Mitteilung an die zuständige Veterinärbehörde effektiv begegnet werden, um diese in die Lage zu versetzen, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nach § 16a TierSchG zu treffen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Mitteilung i.S.v. § 34 StGB unangemessen sein und den Halter übermäßig belasten könnte,[38] sind nicht ersichtlich.

Daher ist der mit dem unzulässigen Tötungsverlangen konfrontierte Veterinär berechtigt und damit auch zumindest berufsrechtlich verpflichtet, den Sachverhalt bei der Veterinärbehörde anzuzeigen, wenn ein Halter von ihm die unzulässige Tötung eines Tieres verlangt und der Tierarzt diese ablehnt. Ein Unterlassen der Meldung kann in diesen Fällen eine strafbare unterlassene Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB) sein.[39]

(4) Sonderfall: Hinweise auf Straftaten in der Vergangenheit

Eine davon zu trennende Frage entsteht, wenn der Tierarzt bei einer Untersuchung oder Behandlung des Tieres Anzeichen für Misshandlung oder Vernachlässigung feststellt. In diesem Fall kann es zum einen um den Schutz des Tieres vor künftigen Misshandlungen gehen, zum anderen um die Verfolgung bereits begangener Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten. Befürchtet der Veterinär die Fortsetzung der Tierschutzverletzung, so gelten dieselben Grundsätze wie im Falle der verlangten Euthanasie. Hier dient die Meldung bei der zuständigen Veterinärbehörde der Gefahrenabwehr, sodass regelmäßig eine strafbewehrte Meldepflicht (§ 323c Abs. 1 StGB) besteht.

Nimmt der Tierarzt an, dass sich der Verletzungsvorgang allein in der Vergangenheit abgespielt hat und keine weiteren Verletzungen von Tierschutzrecht zu erwarten sind, so kann eine Strafanzeige dennoch rechtlich geboten sein. Das durch die Strafanzeige verfolgte und von § 34 StGB geschützte Interesse wäre hier dasjenige an einer effektiven Strafverfolgung als Teil der rechtsstaatlichen Ordnung. Allerdings wird der Tierarzt in Fällen allein in der Vergangenheit liegender Rechtsverstöße selten eine belastbare Aussage über die mögliche Täterschaft oder den Tathergang treffen können, wenn nicht klare Anhaltspunkte für die Tat, den Tathergang und die Täterschaft vorliegen. Letzteres ist etwa denkbar, wenn der Halter selbst von Verstößen gegen Tierschutzrecht (z.B. unzulässigen „Erziehungsmethoden“ etc.) berichtet.

In diesem Zusammenhang wird man berücksichtigen müssen, dass eine aktive Meldung möglicher Verletzungen von Tierschutzrecht zu einem Bruch des Vertrauens zwischen Veterinären und Tierhaltern führen wird. Daher ist von dieser Möglichkeit der Meldung behutsam Gebrauch zu machen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Menschen ihre Tiere

[34] Vgl. auch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (211 f.).
[35] *Fischer* (Fn. 31), § 34 Rn. 5 m.w.N.
[36] *Fischer* (Fn. 31), § 34 Rn. 8 m.w.N.
[37] Das vom OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, Rn. 22 (juris), zu entscheidende Problem, ob die Tat überhaupt effektiv zur Bewahrung der Interessen des Tierschutzes beitragen kann, stellt sich hier nicht, weil es um die gezielte Information der zuständigen Gefahrenabwehrbehörde geht.
[38] Zu den Kriterien der Angemessenheit in § 34 StGB vgl. nur *Fischer* (Fn. 35), § 34 Rn. 24 ff.
[39] Eingehend hierzu *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 ff.

trotz Krankheiten oder Verletzungen nicht beim Tierarzt vorstellen, weil sie fürchten, sich der Ahndung wegen jeder Verletzung von Tierschutzrecht auszusetzen. Damit wäre dem Tierschutz kein Dienst erwiesen. Daher wird man die Offenbarungsbefugnis zum Zwecke der Verfolgung wohl auf Fälle von Straftaten und fortgesetzter – also auf Wiederholung angelegter – Ordnungswidrigkeiten beschränken müssen.

Eine strafbewehrte Pflicht zur Anzeige vergangener Verstöße gegen Tierschutzrecht durch den Veterinär besteht ansonsten nicht; und die unterlassene Meldung einer bereits begangenen Straftat ist angesichts des engen Katalogs des § 138 StGB nicht strafbar.

e) Euthanasierung ohne vernünftigen Grund: Strafbarkeit und Meldepflicht

Für die strafrechtlich grundsätzlich eindeutigen Fälle der Tötung wegen Weigerung des Halters, seinen Pflichten nachzukommen, gilt damit: Der Veterinär hat das Ersuchen um Tötung eines therapierbaren Tieres abzulehnen, weil er sich ansonsten wegen Tierquälerei nach § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar macht. Darüber hinaus ist eine Meldung des Vorgangs gegenüber der zuständigen Veterinärbehörde zulässig und für den Einzelfall zu erwägen, nicht zuletzt, weil sich eine berufliche Pflicht ergeben kann, Verletzungen des Tierschutzrechts zu verhindern. Anders kann es in dem Fall aussehen, in dem zwar bei einer Untersuchung oder Behandlung Anzeichen für Verstöße gegen Tierschutzrecht aufgetreten sind, aber keine weiteren Verstöße zu erwarten sind und die Rechtsverletzungen in der Vergangenheit nicht so schwerwiegend waren, dass sie die Grenze der Strafbarkeit überschritten haben.

3. Finanzielle Überforderung als tierschutzrechtlicher und strafrechtlicher Zweifelsfall

Diesen strafrechtlich eindeutigen Fällen stehen solche gegenüber, in denen eine Euthanasierung des Tieres aus veterinärmedizinischen Gründen oder als Notwendigkeit der Gefahrenabwehr nicht gerechtfertigt ist, der Halter die Tötung jedoch verlangt, weil die veterinärmedizinisch gebotene Behandlung seine finanziellen Möglichkeiten übersteigt.[40] In diesen Fällen können ausnahmsweise Zweifel an der Strafbarkeit der Tötung bestehen, wenn die Behandlungskosten so hoch sind, dass sie den Tierhalter wirtschaftlich überfordern (vgl. unter e).

Insoweit kann erwogen werden, ob dem Halter die Übernahme der Behandlungskosten nicht zumutbar ist und auch der Tierarzt keine Pflichtverletzung begeht oder ihm zumindest kein strafrechtlicher Vorwurf zu machen ist, wenn er die Behandlung unterlässt und das aufwendig behandlungsbedürftige kranke oder verhaltensauffällige Tier euthanasiert. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass eine Art Letzthaftung des Tierarztes für die Behandlungskosten diesen wirtschaftlich überfordern und damit in der Konsequenz zur Aufgabe seines Berufs zwingen könnte. Das würde diesen Beruf generell unattraktiv machen und dem Tierschutz grundlegend schaden.

In dieser Konfliktlage stellt sich allerdings die Frage nach einer Pflicht der öffentlichen Hand (Träger der zuständigen Veterinärbehörde) zur Übernahme der Behandlungskosten (vgl. unter III 1. b).

Die Prüfung der Strafbarkeit des Tierarztes kann in diesen Fällen zweistufig erfolgen: Es ist die Pflicht des Halters, die veterinärmedizinische Behandlung eines Tieres auch dann zu gewährleisten, wenn es ihn wirtschaftlich besonders fordert oder gar überfordert. Hier stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Tierquälerei durch Unterlassen, wenn das Tier mangels Behandlung erhebliche und länger andauernde oder sich wiederholende Schmerzen hat bzw. erheblich und länger andauernd oder wiederholt leidet.

Im zweiten Schritt sind dann die Folgen der möglichen Pflichtverletzung des Halters für die Handlungsoptionen des Tierarztes anzusprechen. Hier kommt zum einen eine Strafbarkeit nach § 323c Abs. 1 StGB in Betracht, wenn der Tierarzt die erforderliche Behandlung des Tieres unterlässt, weil der Halter leistungsunfähig ist und zum anderen eine Strafbarkeit wegen Tierquälerei, wenn er das Tier auf Wunsch des Halters euthanasiert, weil ihm die gebotene Behandlung durch den Halter nicht vergütet würde.[41]

a) Unterlassen einer kostenintensiven erfolgversprechenden veterinärmedizinischen Therapie

Der Halter eines Tieres hat nach § 2 Nr. 1 TierSchG die Pflicht, das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen zu ernähren, zu pflegen und verhaltensgerecht unterzubringen. Zur angemessenen Pflege gehört auch die nach veterinärmedizinischen Standards gebotene Versorgung und Behandlung. Dabei ist der Begriff der Angemessenheit nicht im Sinne einer Interessenabwägung, sondern als dem Tier aufgrund seiner Art und seiner individuellen Bedürfnisse spezifisch angemessen zu verstehen.[42] Daher ist mit Blick auf die angemessene Pflege i.S.d. § 2 Nr. 1 TierSchG die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Halters irrelevant. Es geht hier nicht darum, was den Interessen des Halters angemessen, ihm also zumutbar erscheint, sondern allein darum, was dem individuellen Tier und seinen Bedürfnissen angemessen ist. Die Frage nach der Angemessenheit als Zumutbarkeit gegenüber dem Halter in der Gesamtschau ist auf einer weiteren Ebene – der Pflichtbegründung im Einzelfall und damit der Rechtswidrigkeit – zu prüfen.

b) Pflicht zur Gewährleistung veterinärmedizinisch indizierter Behandlung

Damit besteht kein Zweifel an der Verpflichtung des Halters, seinem Tier grundsätzlich jede veterinärmedizinisch indizierte Therapie zur Heilung oder Linderung von Leiden, Schäden oder Schmerzen zukommen zu lassen. Strafrechtlich ist er als

[40] Zur Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung bereits *Poplat*, NuR 2024, 453 (454).

[41] Eine Strafbarkeit aus § 17 TierSchG i.V.m. § 13 StGB setzt einen Behandlungsvertrag oder die faktische Behandlungsaufnahme voraus, vgl. *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 (996).

[42] So zutreffend *Hirt/Maisack/Moritz/Felde* (Fn. 11), § 2 Rn. 41a; ihnen folgend *Poplat*, NuR 2024, 453 (460).

Beschützergarant i.S.v. § 13 StGB verpflichtet, das von ihm gehaltene Tier vor Schmerzen und Leiden zu bewahren. Das umfasst auch die Plicht, die Entstehung und ggf. Fortdauer von Krankheiten oder Verletzungen durch Prophylaxe oder die Veranlassung veterinärmedizinisch indizierter Therapien durch einen Tierarzt zu verhindern, zu beseitigen oder zu lindern.[43] Verletzt er diese Pflicht in einer Weise, die zur Entstehung oder Fortdauer erheblicher und länger andauernder oder sich wiederholender Schmerzen oder Leiden oder gar zum Tod des Tieres führt, so erfüllt das den Tatbestand von § 17 Nr. 1 und 2 TierSchG i.V.m. § 13 StGB und ist regelmäßig strafbar.[44]

Im Einzelfall mag es fraglich sein, welche Therapie angemessen oder noch sinnvoll ist, insbesondere auch mit Blick auf die Therapiemöglichkeiten und -aussichten sowie die Euthanasierung zur Verhinderung weiterer erheblicher Schmerzen oder Leiden. Doch diese Bewertung steht der Veterinärmedizin zu und nicht dem Recht. Im Folgenden kann nur die strafrechtliche Beurteilung von Fällen Gegenstand der Betrachtung sein, in denen die Notwendigkeit einer bestimmten Therapie zur Vermeidung erheblicher Leiden unzweifelhaft und zwingend ist.

c) Kollision von Fürsorgepflicht und Leistungsfähigkeit

Betrachtet werden daher Konstellationen, in denen die veterinärmedizinisch gebotene Therapie so aufwendig ist, dass sie die finanziellen Möglichkeiten des Tierhalters erheblich beansprucht oder übersteigt. Kann sich also die wirtschaftliche Belastung oder Überforderungen des Halters auf seine Pflicht zur Veranlassung und Bezahlung der medizinisch indizierten Therapie auswirken? Kann er also rechtlich verpflichtet sein, eine Therapie zur Beseitigung oder Linderung von Schmerzen oder Leiden zu veranlassen, die er sich finanziell nicht leisten kann?

d) Weder Pflicht noch Recht zur Täuschung des Tierarztes

Die Verwirklichung des Tatbestands der Tierquälerei durch Unterlassen durch den Halter setzt voraus, dass dieser in der konkreten Situation in der Lage war, seine Pflicht zum Schutz des Tieres durch die Veranlassung der Behandlung zu erfüllen.

Hier kann man nun argumentieren, dem Halter sei dies (physisch) möglich gewesen, indem er den Auftrag zur Behandlung unabhängig von seiner Zahlungsfähigkeit erteilt. Stellt man im Tatbestand des Unterlassungsdelikts allein auf die physisch-reale Möglichkeit zur Erfolgsabwendung ab, so wird deutlich, dass kein Fall fehlender Quasikausalität oder mangelnder physisch-realer Bewirkensmöglichkeit vorliegt.[45] Der Halter hätte den Tierarzt beauftragen können, und soweit dieser nicht Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit hatte oder Vorkasse bzw. Sicherheiten verlangt, wäre das Tier behandelt und der tatbestandliche Erfolg des § 17 TierSchG abgewendet worden. Der Halter hätte also seine Pflicht de facto durch eine Täuschung des Tierarztes erfüllen können, der dann vom Halter keine Vergütung für die Behandlung erhalten hätte.

Diese Überlegungen verschieben das Problem jedoch lediglich von der Ebene des Tatbestandes auf die der Rechtswidrigkeit, der Frage nach einer Pflichtenkollision. Denn vom Halter eine Täuschung des Tierarztes zu verlangen, um die Behandlung des Tieres zu erreichen, würde die wirtschaftlichen Interessen des Tierarztes und seine berufliche Existenz dem Tierschutz uneingeschränkt unterordnen. Es würde also letztlich ein Betrug zum Nachteil des Tierarztes durch den Tierschutz gerechtfertigt, was langfristig dem Tierschutz eher schaden als nützen würde. Daher kann man vom Halter nicht verlangen, dass er den Tierarzt täuscht und von diesem nicht, dass seine wirtschaftlichen Interessen uneingeschränkt zurücktreten. Somit ist die Beauftragung der Behandlung bei vorgetäuschter Zahlungsfähigkeit keine pflicht- oder interessengerechte Lösung des Dilemmas.

e) Differenzierte Betrachtung der Leistungsunfähigkeit

Die Leistungsunwilligkeit des Halters steht einer Behandlungspflicht nicht entgegen, doch ist die Abgrenzung zwischen Leistungsunwilligkeit und Leistungsunfähigkeit bisweilen schwierig.[46] Lässt sich die Leistungsunfähigkeit dagegen feststellen, so spricht dies für eine Unmöglichkeit des normgemäßen Verhaltens. Doch ist damit keineswegs gesagt, dass der Halter nicht mehr zur Gewährleistung der Behandlung verpflichtet ist oder sich nicht strafbar gemacht hat. Es ist dann vielmehr die Anschlussfrage zu beantworten, welche Ursachen die Unfähigkeit zur Pflichterfüllung hat, insbesondere ob und ggf. wie sie selbstverschuldet ist.

(1) Absolute Leistungsunfähigkeit

Leistungsunfähig ist der Tierhalter, der auch unter Aufwendung seiner gesamten finanziellen Ressourcen, Kreditaufnahme und Ratenzahlungsvereinbarungen etc. nicht in der Lage ist, die Bezahlung der veterinärmedizinischen Dienste sicherzustellen. Ein hoch verschuldeter oder gar insolventer Tierhalter, der die Kosten für eine Notoperation bei einer Magendrehung seines Hundes – die durchaus mehrere tausend Euro betragen kann – tragen muss, wird damit finanziell objektiv überfordert sein.[47] Ihm ist in diesen Fällen eine Kostentragung objektiv unmöglich, weil er sich die notwendigen Mittel nicht (legal) beschaffen kann.[48] Hier stellt sich die Frage nach einem Fortbestehen der Rechtspflicht, der Vorwerfbarkeit seiner Leistungsunfähigkeit und letztlich nach einem Verschulden bei Übernahme der Pflicht durch Aufnahme des Tieres in seine Obhut.

[43] Vgl. *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 (995 f.); *Poplat*, NuR 2024, 453 (459 f.) auch zur Unterscheidung zur Stellung und Pflicht des Tierbetreuers.

[44] Vgl. nur *Poplat*, NuR 2024, 453 (454 ff); vgl. auch *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 (997).

[45] Vgl. zu den Einzelheiten *Fischer/Anstötz* (Fn. 31), § 13 Rn. 77 ff.

[46] Eingehend hierzu auch *Poplat*, NuR 2024, 453 (456 ff.), angedeutet bei *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993.

[47] Evtl. kann er sogar rechtlich zahlungsunfähig sein, wenn über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet ist, vgl. *Poplat*, NuR 2024, 453 (457).

[48] Vgl. hierzu auch *Poplat*, NuR 2024, 453 (456).

(2) Bedingte Leistungsunfähigkeit

In anderen Fällen ist aber bereits die Leistungsunfähigkeit zweifelhaft, nämlich dann, wenn dem Halter die finanziellen Mittel zwar zur Verfügung stehen, er sie aber nicht aufwenden kann, ohne anderweitige Verpflichtungen oder Obliegenheiten zu verletzen. Zu denken wäre hier zunächst an die drohende Verletzung von Unterhaltspflichten gegenüber Familienangehörigen.

In diesen Fällen kann streng genommen nicht von einer objektiven Leistungsunfähigkeit gesprochen werden, weil der Halter zwar nicht in der Lage sein mag, all seine Pflichten zu erfüllen; gäbe er allerdings der Behandlungspflicht den Vorrang, so wäre er zu ihrer Erfüllung möglicherweise noch in der Lage. Es geht folglich um eine Gewichtung der zu erfüllenden Pflichten des Tierhalters. In die hier gebotene Abwägung müssen alle Interessen und ihr jeweiliges Gewicht eingestellt werden, so z.B. Dringlichkeit und Erfolgsaussichten der Therapie des Tieres ebenso wie das Gewicht und die Folgen einer Nichterfüllung der Pflichten gegenüber den Unterhaltsberechtigten.

Dabei ist zu beachten, dass es sich sowohl bei Unterhaltspflichten aus dem Familienrecht als auch bei den Halterpflichten des TierSchG nicht nur um moralische oder soziale (sog. sittliche) Pflichten, sondern um Rechtspflichten handelt.[49] Ihnen stehen ggf. gesellschaftliche Erwartungen oder Üblichkeiten gegenüber, die bei der Abwägung zurücktreten müssen. In finanzieller Hinsicht gilt dies für alle über den grundlegenden Lebensbedarf (Grundbedarf für Wohnung, Kleidung, Nahrung, Altersvorsorge, Bildung, Berufsausübung etc.) hinausgehende Aufwendungen, die der Bezahlung der Behandlung untergeordnet werden müssen, insbesondere Freizeitgestaltung (sportliche Betätigung oder Urlaub), Anschaffung von Unterhaltungselektronik, nicht notwendige Einrichtungsgegenstände etc.

Ist der Tierhalter ferner nur kurzfristig nicht in der Lage, die Aufwendungen für die Behandlung aufzubringen, kann sie aber durch einen vertretbaren Kredit finanzieren, so liegt kein Fall der Leistungsunfähigkeit in diesem Sinne vor. Im Einzelnen können hier die Grenzen der Belastbarkeit unklar sein. Möglicherweise wird man sich in der Praxis zur Bestimmung der Grenze der Leistungsfähigkeit aber an den Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO orientieren können. Alles, was diese Grenze in Einkünften übersteigt, muss für die gebotene Behandlung eines Tieres aufgewendet werden. Darüber hinaus ist vorhandenes Vermögen zu berücksichtigen. Hier kann auf Regeln über Schonvermögen aus dem Sozialrecht zurückgegriffen werden.

In den Fällen der Leistungsunfähigkeit ist darüber hinaus stets an eine Abgabe des Tieres an eine leistungsfähige Person zu denken. Mag das auch für den Halter und möglicherweise auch für das Tier eine Beeinträchtigung bedeuten, so ist sie der Unterlassung der gebotenen Behandlung oder gar der Euthanasierung vorzuziehen.

[49] Eingehend hierzu *Poplat*, NuR 2024, 453 ff.; ferner *Gerhold/Noetzel*, JuS 2022, 993 ff.

(3) Vorwerfbarkeit der Leistungsunfähigkeit

Auch eine Feststellung der Leistungsunfähigkeit führt nicht stets dazu, dass der Halter für die unterlassene Behandlung nicht strafrechtlich verantwortlich wäre. Vielmehr wurde in der Dogmatik der Unterlassungsdelikte die Rechtsfigur der omissio libera in causa – hier in der Sonderform der omissio libera in omittendo[50] – entwickelt, um Fälle des sog. Vorverschuldens zu erfassen.[51]

Danach ist nicht nur der Zeitpunkt in den Blick zu nehmen, in dem der Unterlassende trotz aktueller Pflicht nicht gehandelt hat, weil er nicht handeln konnte. Vielmehr wird auch der Zeitpunkt im Vorfeld der Pflichtverletzung betrachtet, in dem er trotz bestehender Möglichkeit nicht dafür Sorge getragen hat, seine Handlungsfähigkeit sicherzustellen. Mag ihm also nicht seine Handlungsunfähigkeit in der akuten Situation zum Vorwurf gemacht werden können, so doch seine mangelnde Vorsorge, die sich im Zeitpunkt des Unterlassens als Unmöglichkeit auswirkt.

Der Vorwurf kann konkret darin begründet sein, dass der Täter die Tierhaltung aufgenommen hat, ohne die finanziellen Möglichkeiten der pflichtgemäßen Pflege des Tieres sicherzustellen oder – mit Blick auf mögliche finanzielle Risiken der Tierhaltung und der damit einhergehenden Verpflichtungen – eine Kranken- oder Operationsversicherung abzuschließen. Dieser Vorwurf setzt eine zweifache Schuldbeziehung voraus: zum einen mit Bezug auf die mögliche Leistungsunfähigkeit und zum anderen auf die dadurch drohende Gefahr einer mangelhaften Versorgung des Tieres.[52]

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine Strafbarkeit nach § 17 TierSchG Vorsatz voraussetzt. In Fällen des sog. Vorverschuldens der omissio libera in omittendo kann eine Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat nur dann begründet sein, wenn der Täter sowohl mit Blick auf die drohende schwerwiegende Behandlungsbedürftigkeit als auch auf seine Leistungsunfähigkeit zumindest mit Eventualvorsatz gehandelt hat. Der Halter muss also die Möglichkeit erkannt und billigend in Kauf genommen haben, dass sein Tier so schwer erkranken könnte, dass die Behandlungskosten seine finanzielle Leistungsfähigkeit übersteigen. Hier reicht es nicht aus, dass der Täter die theoretische Möglichkeit einer schweren Erkrankung erkannt hat, sondern er muss die konkrete Möglichkeit sehen und würdigen und sie bei der Übernahme der Obhut für das Tier billigend in Kauf nehmen.

Verlässt er sich dagegen – auch aus lebensferner Leichtfertigkeit – darauf, dass ihn dieses Problem nicht betreffen werde oder er irgendwie die Mittel aufbringen werde, so liegt

[50] Die Unfähigkeit zur Pflichterfüllung wird hier durch ein Unterlassen der Vorsorge herbeigeführt.

[51] Zur Rechtsfigur in diesem Kontext instruktiv *Poplat*, NuR 2024, 453 ff.; ferner BGH, Beschl. v. 28.5.2002 – 5 StR 16/02 = BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480 (2481); *Bosch*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 30), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 144; *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 13 m.w.N.

[52] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 49 Rn. 11.

kein vorsätzliches Vorverschulden vor. Eine Verantwortlichkeit nach § 18 TierSchG kann gegeben sein, wenn der Halter mit Blick auf die finanzielle Überforderung durch eine mögliche Behandlung fahrlässig gehandelt hat, eine Strafbarkeit scheidet jedoch aus. Es ist hier also der konkrete Einzelfall in den Blick zu nehmen, und die Risiken spezifischer Krankheiten sind bei dem individuellen Tier zu würdigen. In der Praxis werden Tierhalter allerdings eher aus Optimismus, Selbstüberschätzung oder Nachlässigkeit die mit einer Tierhaltung einhergehenden Pflichten und Herausforderungen unterschätzen als aus bewusster Ausblendung der Risiken.

f) Zwischenfazit: Pflicht zur Gewährleistung der Behandlung

An diesen Überlegungen und in Konkretisierung von § 2 TierSchG wird deutlich: Wer ein Tier in seinen Haushalt aufnimmt, trägt grundsätzlich uneingeschränkt die Verantwortung für dessen Wohlergehen. Das schließt die dem Tier angemessene Unterbringung und Pflege sowie Ernährung ebenso ein wie die gebotene veterinärmedizinische Versorgung. Wer sie nicht leisten kann, darf kein Tier aufnehmen, weil er dann seine Rechtspflicht nicht erfüllen kann. Die Leistungsunfähigkeit in der konkreten Lage steht der Pflicht zur Gewährleistung der Behandlung nicht entgegen, auch wenn im Einzelfall eine Strafbarkeit durch Nichterfüllung dieser Pflicht an der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens scheitern mag. Straffreiheit tritt bei Vorsatzdelikten wie § 17 TierSchG aber nur dann ein, wenn der Halter die Gefahr, seine Pflicht nicht erfüllen zu können, bei der Aufnahme des Tieres nicht erkannt hatte. Zudem kommt eine Straflosigkeit in diesen Fällen nur dann in Betracht, wenn eine Abgabe an aufnahmewillige Personen (Tierheim oder Pflegestellen) ausscheidet.

III. Strafrechtliche Folgerungen für die Situation des Tierarztes

Wie bereits angedeutet kann die Situation für den Tierarzt zum einen als ethisches Dilemma erscheinen, wenn er das Tier aus medizinischen und ethischen Gründen behandeln muss, dies aus wirtschaftlichen Gründen aber nicht zu können glaubt, zum anderen können strafrechtliche Risiken entstehen.

1. Pflichten und Handlungsoptionen des Tierarztes

Zur Prüfung dieser Strafbarkeitsrisiken sind die Handlungsoptionen und Pflichten des Veterinärs zu eruieren und zu bewerten. Zunächst hat der Veterinär die gebotene Therapie zu ermitteln und hier zu erwägen, ob zu der optimalen möglicherweise kostenintensiveren Behandlung weniger aufwendige veterinärmedizinische vertretbare Alternativen (z.B. konservative statt chirurgischer Behandlung) bestehen, die dem Tier keine unvertretbaren Schmerzen oder Leiden zumuten. Ist das nicht der Fall oder führen auch diese zu Kosten, die der Halter nicht zu tragen bereit oder in der Lage ist, so bleiben dem Veterinär scheinbar nur folgende Optionen: den Halter mit seinem Tier abzuweisen und damit das Risiko einer Strafbarkeit nach § 323c Abs. 1 StGB einzugehen, das Tier zu euthanasieren, um ihm – nur durch die kostenintensive Behandlung vermeidbare – Schmerzen und Leiden zu ersparen und damit eine Tierquälerei (§ 17 Nr. 1 TierSchG) zu begehen oder sich auf die wirtschaftlich unsichere Behandlung einzulassen und zu hoffen, seine Ansprüche gegen den Halter durchsetzen zu können, wenn er die Behandlung auch ohne Kostenzusage oder sogar gegen den Willen des Halters durchführt.

a) Anspruch gegen den Halter

Ist der Tierhalter leistungsfähig, aber nicht leistungsbereit, so besteht theoretisch die Möglichkeit, die Behandlung gegen dessen Willen durchzuführen und sich für den Entgeltanspruch auf eine Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB (GoA) zu berufen.[53] Danach kann der Geschäftsführer (Tierarzt) von einem anderen, für den er ein Geschäft besorgt hat (Halter), das in dessen Interesse gelegen hat, den Ersatz der Aufwendungen verlangen.

Die für den Anspruch notwendige Geschäftsbesorgung liegt hier in der Behandlung des Tieres durch den Veterinär. Voraussetzung für den Ersatzanspruch ist, dass es sich für den Veterinär bei der Behandlung um ein fremdes Geschäft handelt und er dieses Geschäft für den Geschäftsherrn führen will (Fremdgeschäftsführungswille). Davon ist hier auszugehen; auch wenn der Veterinär in der Ausübung seines Berufs handelt und dem Wohl der Tiere verpflichtet ist, bleibt die Behandlung des Tieres eines anderen ein (auch) fremdes Geschäft.[54] Damit ist der erforderliche Fremdgeschäftsführungswille gegeben, insbesondere weil es gerade nicht zum Abschluss eines Behandlungsvertrages gekommen ist, auf dessen Grundlage eine Pflicht des Tierarztes zur Geschäftsbesorgung bestehen könnte. Es fehlt damit an einem die Geschäftsführung deckenden Rechtsverhältnis; eine mögliche allgemeine Hilfspflicht aus § 323c Abs. 1 StGB begründet kein solches Rechtsverhältnis.

In diesen Fällen muss sich die Berechtigung zur Geschäftsführung naturgemäß aus einem anderen Grund als einem Vertrag o.ä. ergeben. Voraussetzung für die berechtigte Fremdgeschäftsführung ist, dass die Geschäftsführung dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht oder ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn i.S.v. § 679 BGB unbeachtlich ist (§ 683 S. 2 BGB). Letzteres ist dann der Fall, wenn „ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde“[55]. Genau so liegt die Sache hier, weil der Halter zur Beauftragung der Behandlung aus Gründen des Tierschutzes als öffentlichem Interesse rechtlich verpflichtet ist.[56]

Zwar könnte der Tierarzt hier nach § 670 BGB nur einen Aufwendungsersatz verlangen und nicht die reguläre Vergü-

[53] Vgl. OLG Braunschweig, Beschl. v. 26.1.2005 – 2 W 219/04, Rn. 14 (juris).

[54] Vgl. zu den Voraussetzungen *Schenke*, in: Geis/Umbach (Hrsg.), Planung – Steuerung – Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag, 2006, S. 529 (560).

[55] BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11.18 = NJW 2020, 2487 (2489).

[56] Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11.18 = NJW 2020, 2487 (2489).

tung für die Behandlung nach der Vergütungsordnung. Jedoch hat der BGH darüber hinausgehend einen Anspruch auf die übliche Vergütung angenommen, wenn die Geschäftsführung in den Bereich der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Geschäftsführers fällt.[57] Daher hätte der Tierarzt auch bei einer veterinärmedizinischen Behandlung gegen den Willen des Halters einen Anspruch auf die Vergütung der Behandlung.

Gegen einen auf absehbare Zeit nicht leistungsfähigen Halter ist dieser Zahlungsanspruch naturgemäß wertlos, weil der Tierarzt kaum hoffen kann, die Vergütung für seine Behandlungsleistung irgendwann zu erhalten. Er ginge damit nicht nur das Prozessrisiko ein, sondern müsste zudem damit rechnen, dass er auch bei Erreichen eines Vollstreckungstitels weder eine Vergütung der Behandlung noch eine Erstattung der Kosten der Rechtsverfolgung erhält. Dieser Weg ist daher kaum zumutbar. Aber auch bei einem zahlungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Halter dürfte es nur im Ausnahmefall angemessen sein, dem Tierarzt vorzuhalten, er habe die Behandlungsleistung aus Gründen des Tierschutzes zu erbringen und ihn auf die Entgeltzahlung durch den unwilligen Halter zu verweisen.

b) Vergütungsanspruch gegen die öffentliche Hand

Damit ergibt sich die Frage nach einem Anspruch des behandelnden Veterinärs gegen die öffentliche Hand, konkret die Körperschaft, die die Veterinärbehörde trägt. Dieser Anspruch liegt zweifellos vor, wenn die Behörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben der Gefahrenabwehr die Behandlung eines Tieres aus Gründen des Tierschutzes anordnet. Das setzt jedoch einen entsprechenden Auftrag der Behörde voraus.

(1) Anordnung durch die Veterinärbehörde

Diesen Auftrag sollte der Tierarzt herbeizuführen versuchen, wenn er feststellt, dass die veterinärmedizinische Behandlung eines Tieres zwingend geboten ist, weil andernfalls bei dem Tier erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden eintreten würden oder es gar zu versterben droht, und der Halter die Kosten nicht tragen will oder kann. Über diese Situation hat er die Veterinärbehörde in Kenntnis zu setzen. Sie wird dann, soweit – insbesondere mit Blick auf die Dringlichkeit des Handelns und eine ggf. bestehende Notlage – keine andere Möglichkeit zur Verhinderung des Schadens besteht, die unaufschiebbare und veterinärmedizinisch gebotene Behandlung als Maßnahme der Gefahrenabwehr anordnen und eventuelle Aufwendungsersatzansprüche dem Halter gegenüber im Regresswege geltend machen. Gegenüber dem Veterinär ist sie aber verpflichtet, die Behandlungsleistung zu vergüten.

(2) Ohne Anordnung durch die Veterinärbehörde

Schwieriger ist die Ausgangslage, wenn der Tierarzt die Anordnung der Veterinärbehörde nicht einholen kann, es sich also entweder um einen so akut lebensbedrohlichen Notfall handelt, dass alles weitere Nachforschen bei der Behörde zu lange dauern würde oder aber – etwa in der Nachtzeit oder am Wochenende – bei der Behörde niemand erreichbar ist und der Tierarzt die Entscheidung aufgrund der Dringlichkeit der Behandlung ohne Rücksprache und behördliche Anordnung treffen muss.

Dann fehlt einem Aufwendungsersatzanspruch die vertragliche Basis. Allerdings ist auch eine Vergütung unter den bereits im Verhältnis zwischen Halter und Tierarzt genannten Voraussetzungen der GoA als Anspruchsgrundlage gegen die die Veterinärbehörde tragende Körperschaft denkbar.[58] Dass die GoA auch im Verhältnis zu Behörden und deren Trägern einen Aufwendungsersatzanspruch begründen kann, ist anerkannt.[59] Begründungsbedürftig könnte hier allenfalls sein, warum der Tierarzt mit der Behandlung des Tieres des Halters ein Geschäft der Veterinärbehörde führt.

Dass es sich bei dem Schutz von Tieren um eine öffentliche Aufgabe und um einen Aspekt der Gefahrenabwehr handelt, ergibt sich aus der Konzeption des Tierschutzgesetzes.[60] Die Veterinärbehörden sind dazu berufen, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Schutz des in Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankerten Tierschutzes sicherzustellen. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Judikatur ausgeführt:

> „Das Tierschutzgesetz hat den Zweck, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf, dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen (§ 1 S. 1 TierSchG). Den Tierschutzbehörden obliegt, die Einhaltung des Tierschutzgesetzes, namentlich der Grundsätze der Tierhaltung (§ 2 TierSchG), zu überwachen. Sie treffen die zur Beseitigung festgestellter Verstöße oder zur Vermeidung zukünftiger Verstöße notwendigen Anordnungen (§ 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG).“[61]

Daher nimmt die Rechtsprechung an, die Versorgung von Tieren, die – aufgrund von Verletzung oder Hilflosigkeit – auf Hilfe angewiesen sind, durch artgerechte und sichere Unterbringung oder veterinärmedizinische Versorgung, sei

[57] Vgl. nur BGH, Urt. v. 7.3.1989 – XI ZR 25/88 = NJW-RR 1989, 970; BGH, Urt. v. 17.11.2011 − III ZR 53/11 = NJW 2012, 1648 (1651); BGH, Beschl. v. 27.11.2014 – III ZA 19/14 = NJW 2015, 1020.

[58] Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 24/16 = NJW 2018, 3125 (3126); BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11/18 = NJW 2020, 2487 ff.; ferner OVG Lüneburg, Urt. v. 23.4.2012 – 11 LB 267/11, Rn. 27 (juris); VG Dresden, Urt. v. 28.4. 2011 – 6 K 1248/09, Rn. 21 ff. (juris); dessen Ausführungen zur Höhe aber mit der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des BVerwG, Urt. v. 13.6.2019 – 3 C 28.16 = BVerwGE 166, 32 ff., unvereinbar sind. Zur Frage, ob es sich um einen privatrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt *Schenke* (Fn. 54), S. 555 ff.

[59] Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 24/16 = NJW 2018, 3125 (3127); BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11/18 = NJW 2020, 2487; ferner *Schenke* (Fn. 54), S. 554 ff.

[60] Vgl. nur VG Würzburg, Beschl. v. 3.12.2018 – W 8 K 16.565, Rn. 58 ff. (juris).

[61] BVerwG NJW 2020, 2487.

Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.[62] Die Veterinärämter haben nach § 16a TierSchG als Gefahrenabwehrbehörden über die Maßnahmen zu entscheiden und sie anzuordnen oder Maßnahmen zu ergreifen, die geboten sind, wenn ein Tierhalter seinen Pflichten nicht nachkommt und damit die Gesundheit oder das Wohlbefinden seines Tieres gefährdet. Die notwendigen Maßnahmen können die Fortnahme des Tieres, seine Unterbringung oder auch seine veterinärmedizinische Behandlung umfassen. Damit ist die Versorgung eines kranken oder verletzten Tieres dann eine Aufgabe, also ein Geschäft i.S.d. §§ 677 ff. BGB der Veterinärbehörde, wenn eine Gefahr für die von ihr zu schützenden Interessen des Tierschutzes besteht.[63] Das ist der Fall, wenn der Halter des Tieres nicht ausfindig gemacht werden kann oder er nicht in der Lage oder nicht willens ist, für die Versorgung des Tieres und damit für die Gefahrenabwehr zu sorgen.[64] In solchen Fällen wäre die grundsätzlich vorrangige Anordnung der notwendigen Maßnahmen gegenüber dem Halter oder Betreuer sinnlos, weil er sie nicht erfüllen wird, sodass es einer unmittelbaren Übernahme der Gefahrenabwehr durch die Behörde bedarf.

Um die Besorgung eines fremden Geschäfts durch den Privaten für die Behörde und damit deren Träger anzunehmen, verlangt die Verwaltungsrechtsprechung neben der Aufgabenwahrnehmung im wirklichen oder mutmaßlichen Willen der zuständigen Behörde ein öffentliches Interesse an der Übernahme dieser Aufgabe.[65] Erforderlich ist jedoch nicht nur ein Nutzen der Allgemeinheit dadurch, dass die Aufgabe wahrgenommen wird, sondern dass gerade in der konkreten Situation ein öffentliches Interesse an der Wahrnehmung durch diesen Dritten auf diese spezifische Art und Weise besteht.[66] Die Aufgabenwahrnehmung durch den Geschäftsführer darf nicht das Entschließungs- oder Auswahlermessen der Behörde beschneiden und den Aufgabenträger grundsätzlich nicht vor vollendete Tatsachen stellen.[67] Eine solche Entscheidungsanmaßung durch einen Dritten ist jedoch dann hinzunehmen, wenn dieser die einzig vertretbare Entscheidung trifft und auch die Behörde eben diese Maßnahme hätte anordnen müssen. Ein solcher Ausnahmefall ist dann gegeben, wenn der Tierarzt die einzige veterinärmedizinisch vertretbare Entscheidung trifft, indem er ein erkranktes Tier nach den anerkannten Maßstäben der Veterinärmedizin behandelt.

Hier kann im Einzelfall streitig sein, ob eine bestimmte besonders kostenintensive Behandlung mit Blick auf die Erfolgsaussichten und die Dringlichkeit sinnvoll und geboten ist. Liegt jedoch die Behandlung im Rahmen dessen, was der Tierarzt aus seiner fachlichen Perspektive für unabdingbar halten durfte, um die Gefahr abzuwenden, so nimmt er ein Geschäft der Veterinärverwaltung und damit der sie tragenden Körperschaft wahr, die dann aus GoA zum Ersatz der entstehenden Aufwendungen, beim Tierarzt als berufsmäßig Handelndem auch der Gebühren nach der geltenden Gebührenordnung verpflichtet ist.

2. Strafrechtliche Folgen des Anspruchs gegen die öffentliche Hand

Mit Blick auf diese Kostentragungspflicht der öffentlichen Hand, stellt sich die Frage nach der wirtschaftlichen Überlastung des Tierarztes theoretisch nicht. Er ist daher grundsätzlich verpflichtet jede veterinärmedizinisch notwendige Behandlung vorzunehmen, auch wenn der Halter sich weigert, die Kosten zu tragen. Ein Veterinär macht sich dementsprechend nach § 323c Abs. 1 StGB strafbar, wenn er dem Tier nicht die gebotene Hilfe leistet. Er darf sich nicht auf seine wirtschaftlichen Interessen berufen, sind diese doch mit Blick auf den Aufwendungsersatz durch die Träger der Veterinärbehörde theoretisch gesichert. Er kann damit der Beistandspflicht aus § 323c Abs. 1 StGB seine wirtschaftlichen Interessen nicht entgegenhalten.

Aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft ist damit die Beurteilung in Fällen unterlassener veterinärmedizinisch gebotener Behandlungen und stattdessen erfolgter Tötung von Heimtieren klar: Die vorsätzliche Nichtbehandlung oder mangelhafte Behandlung eines Tieres, das leidet oder Schmerzen hat, ist eine unterlassene Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB, wenn eine Therapie möglich und erfolgversprechend ist. Das Euthanasieren eines Tieres, weil es dem Halter lästig geworden ist, ist eine Straftat nach § 17 Nr. 1 TierSchG. Nach dieser Vorschrift strafbar ist auch das schmerzlose Töten eines behandlungsbedürftigen Tieres, dessen veterinärmedizinisch gebotene und erfolgsversprechende Behandlung der Halter nicht bezahlen will oder bezahlen kann.

In diesen Fällen besteht regemäßig eine Pflicht der Veterinärbehörde zur Anordnung der Behandlung, wenn sie von diesem Verstoß gegen das Tierschutzrecht durch den Halter Kenntnis erlangt. So ergibt sich die Kostentragungspflicht des Trägers der Veterinärbehörde aus dem Auftrag zur Behandlung an den Tierarzt. Kann eine Anordnung wegen eines Notfalls oder wegen Unerreichbarkeit der Behörde nicht erfolgen, so ergibt sich ein Anspruch auf Aufwendungsersatz regelmäßig aus einer öffentlich-rechtlichen GoA nach §§ 677 ff. BGB.

Allerdings hat sich gezeigt, dass diese Rechtslage den Trägern der Veterinärbehörden nicht immer bewusst ist oder sie ignoriert wird. So ist es vorgekommen, dass sich ein Landkreis trotz Offenkundigkeit der Ansprüche auf Aufwen-

[62] Vgl. nur VG Würzburg, Beschl. v. 3.12.2018 – W 8 K 16.565, Rn. 58 ff. (juris).

[63] *Schenke* ([Fn. 54], S. 561) verneint einen Anspruch aus §§ 677 ff. BGB für den Fall der Erfüllung der allgemeinen Beistandspflicht des § 323c Abs. 1 StGB mit Hinweis auf den Aufwendungsersatz nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. a, 13 SGB VII. Jedoch dürfte diese Anspruchsgrundlage aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 13 SGB VII – der ohnehin nur Sachschäden erfassen soll – nachrangig sein. In der Rechtsprechung wird daher regelmäßig auf die GoA abgestellt.

[64] Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11/18 = NJW 2020, 2487 (2489).

[65] Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 24/16 = NJW 2018, 3125 (3127).

[66] Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 24/16 = NJW 2018, 3125 (3127); BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11/18 = NJW 2020, 2487 (2489).

[67] BVerwG, Urt. v. 27.2.2020 – 3 C 11/18 = NJW 2020, 2487 (2489).

dungsersatz von Tierheimen für die Unterbringung sichergestellter Welpen aus illegalem Welpenhandel[68] ohne erkennbaren Sachgrund geweigert hat, seiner Kostentragungspflicht nachzukommen. Das zwingt die Anspruchsinhaber zur gerichtlichen Geltendmachung.

In solchen Fällen geht der Tierarzt ein nicht zu unterschätzendes Kostenrisiko ein, wenn er ohne Kostenzusage des Halters oder behördliche Anordnung behandelt und notfalls den Aufwendungsersatzanspruch gegenüber der Behörde in einem Verwaltungsprozess geltend machen muss. Das gilt insbesondere dann, wenn es um eine sehr kostspielige Behandlung geht und er ggf. gezwungen ist, mit erheblichen Beträgen in Vorleistung zu gehen. Insbesondere besteht das Risiko eines Streits zwischen dem Tierarzt und der zuständigen Veterinärbehörde über die Notwendigkeit einer durchgeführten Behandlung oder von Einzelposten, darüber ob die Behörde erreichbar gewesen ist, ob der Tierarzt voreilig und eigenmächtig entschieden hat etc. Das führt dazu, dass der Tierarzt im Prozessfall selbst bei Obsiegen vor dem Verwaltungsgericht einen erheblich belastenden Aufwand betreiben muss und die Zahlung ggf. nur mit existenzbedrohender Verzögerung erfolgt.

IV. Fazit: Theoretischer Vergütungsanspruch und praktische Zwangslage

Wer als Veterinär ein Tier im Auftrag seines Halters euthanasiert, weil es diesem lästig geworden ist, macht sich wegen Tierquälerei (§ 17 Nr. 1 TierSchG) strafbar, weil es an einem vernünftigen Grund für die Tötung fehlt. Der Halter ist Anstifter oder sogar Mittäter dieser Tierquälerei. Der Tierarzt, der ein Tier im Auftrag eines Halters euthanasiert, weil dieser sich die veterinärmedizinisch gebotene Behandlung nicht leisten kann oder will, macht sich grundsätzlich ebenfalls nach § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar.

Er darf sich nicht darauf berufen, dass er nur die Wahl habe, das Tier leiden zu lassen oder es schmerzlos zu töten, weil er in eine solchen akuten Notlage – die faktische Möglichkeit vorausgesetzt – eine Behandlung auch gegen den Willen des Halters vornehmen und wegen der Kosten den Träger der Veterinärbehörde in Anspruch nehmen kann. Mit Blick auf diese Kostentragungspflicht ist es für den Tierarzt fraglos sinnvoll, die Veterinärbehörde über die drohende Gefahr für das Tier und den Tierschutz zu informieren und um eine entsprechende Anordnung zu ersuchen. Erfolgt diese Anordnung, so liegt die Kostentragungspflicht des Trägers der Behörde auf der Hand.

In Eilfällen, in denen die zwingend notwendige Behandlung mangels rechtzeitiger Erreichbarkeit der Behörde oder eines geeigneten Entscheidungsträgers nicht angeordnet werden kann, besteht eine Kostentragungspflicht für unumgängliche Behandlungen auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag, sodass sich das Dilemma zwischen Leidenlassen und Euthanasierung aus wirtschaftlichen Gründen theoretisch nicht stellt.

Diese Lösung ist sowohl für Tierärzte mit wirtschaftlicher Unsicherheit als auch für die Allgemeinheit mit Kosten verbunden, die Menschen auslösen, weil sie unbedacht ein Heimtier aufgenommen haben. Wer als Halter den Aufwand der Betreuung eines Tieres nicht bedacht oder unterschätzt hat und sich nun des „lästigen Tiers“ durch Tötung entledigen will oder nicht bereit ist, die übernommene Pflicht zur Tragung der Behandlungskosten zu erfüllen, begeht zweifellos eine Straftat von erheblichem Gewicht. Er hat sich regelmäßig in eine Lage gebracht, aus der er nun den einfachsten Ausweg sucht und dabei das Tierschutzrecht grob missachtet. Die Sozialwidrigkeit, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit liegen hier ebenso auf der Hand, wie bei der Durchführung der Euthanasierung durch den Tierarzt.

Dass dieser nicht mit dem Argument gehört werden kann, wenn er nicht euthanasiere, werde ein Kollege die Tötung vornehmen, dürfte ebenfalls offenkundig sein. Nicht ganz so einfach zu entkräften scheint das Argument zu sein, es sei zu befürchten, der Halter, dessen Verlangen nach einer schmerzlosen Tötung des Tieres nicht entsprochen wird, könnte zu einer Tötungsmethode greifen, die mit größeren Schmerzen und Leiden für das Tier verbunden ist. Doch zum einen ist das regelmäßig nur eine Vermutung und zum anderen ist es dem Tierarzt hier möglich, Wege für eine Abgabe des Tieres in eine angemessene Haltung zu eröffnen oder ggf. das Veterinäramt zu verständigen, um Gefahrenabwehrmaßnahmen einzuleiten. Natürlich können solche Gegenmaßnahmen nicht in jedem Fall tierschutzwidrige Tötungen durch den Halter selbst oder einen anderen Veterinär verhindern, aber die reine Möglichkeit einer anderweitigen gewaltsamen Tötung berechtigt nicht zur Euthanasierung des Tieres.

In den Fällen der Leistungsunfähigkeit oder drohenden Überlastung durch die Kostentragungspflicht liegt die Sozialwidrigkeit des Verhaltens des Halters nicht unbedingt auf der Hand. Er kann sich durch Mitleid oder andere verständliche Emotionen zur Aufnahme eines Tieres motiviert gefühlt haben und leidet möglicherweise auch selbst nicht unerheblich unter der Zwangslage, in der er sich befindet. Hier von einem sozialwidrigen und strafbaren Verhalten zu sprechen, wenn der Täter sich fahrlässig in eine Lage gebracht hat, in der er die Kostentragungspflicht nicht erfüllen kann, ginge zu weit. Dennoch wäre die Tötung durch den Tierarzt in diesem Fall – soweit dieser einen Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten gegen die öffentliche Hand hat – nach § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar und eine Aufforderung durch den Halter könnte eine Anstiftung dazu darstellen. Damit steht umso deutlicher die Frage im Raum, ob die in der Vergangenheit bereits geforderte gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Kranken- oder Operationsversicherung für Haustiere der gebotene Weg sein kann.[69]

[68] VG Würzburg, Beschl. v. 3.12.2018 – W 8 K 16.565, Rn. 58 ff. (juris).

[69] Vgl. *Polat*, NuR 2024, 453 (462), unter Verweis auf das Positionspapier von Bündnis 90/Die Grünen, Bürgerschaftsfraktion Bremen vom 21.3.2021 „Haustierhaltung – Mehr Verantwortung für tierliche Mitbewohner*innen übernehmen!“.

Die Missachtung des Grundsatzes in dubio pro reo als Compliancepflicht – oder: Fragwürdige Grundzüge eines nachhaltigen Wirtschaftsstrafrechts

Von Prof. Dr. Marco Mansdörfer, Saarbrücken

Das Lieferkettesorgfaltspflichtengesetz kann unabhängig von seiner Konzeption im Einzelnen als Modell für ein nachhaltiges Wirtschaftsrecht begriffen werden. Der Beitrag sieht darin eine faktische Privatisierung von staatlichen Aufgaben und zeigt vor dem Hintergrund dieser Perspektive erhebliche rechtsstaatliche Unzulänglichkeiten auf.

I. Verantwortungsexpansion des Strafrechts im Kontext einer internationalen Mehrebenenregulierung

Strafrechtliche Bestimmungen tragen zunehmend dazu bei, die Nutzung natürlicher Ressourcen zu regulieren und zu begrenzen sowie Menschenrechte zu schützen. Für international agierende Großunternehmen, wie z.B. Aktiengesellschaften und Konzerne, entwickelt sich dazu in den letzten zwei Jahrzehnten langsam, aber zunehmend, deutlich ein internationales Geflecht aus hard law und soft law.[1] Normgeber dieser hybriden Regularien sind Nationalstaaten, supranationale Einheiten wie die Europäische Union und globale Akteure wie die OECD und die UNO.[2] In der Folge engen sich die Verhaltensspielräume der Unternehmen zunehmend ein und die internationale Mehrebenenregulierung[3] verpflichtet die Unternehmen auf Verhaltensmaximen eines sozial verantwortlichen Wirtschaftsakteurs. Die Rechtsdurchsetzung bleibt nicht mehr auf klassische zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Mechanismen beschränkt, sondern wird durch – in der Regel akzessorische – staatliche und private Sanktionen strafrechtlicher Art ergänzt.

Das internationale Wirtschaftsrecht wird mithin durch ein internationales Wirtschaftsstrafrecht flankiert, das Unternehmen zu einem nachhaltigen Wirtschaften verpflichtet. Beispiele für das dieser Entwicklung zugrunde liegende Normengeflecht sind etwa die Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)[4], die EU-Taxonomie-VO[5], die EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD)[6] und das nationale LkSG[7]. Im Folgenden zeigt das Beispiel des nationalen[8] LkSG, dass im Zuge dieser Entwicklung eine Form der privaten Strafrechtsdurchsetzung (private penal law enforcement) entsteht, die rechtsstaatlich durchaus bedenklich ist. Plakativ – und als Platzhalter für weitere nur kurz erwähnte Defizite – wird dies unter anderem an dem Grundsatz in dubio pro reo aufgezeigt.

II. Die Zulieferverantwortung nach dem LkSG und ihre Folgen

1. Die Geschäftsführungspflicht zur aktiven Gewährleistung eines nachhaltigen Produktionsprozesses

Die Verantwortlichkeit, insbesondere diejenige von Mitarbeitern mit Leitungsmacht im Unternehmen, expandiert in dem aufgezeigten Regelungsrahmen weg von einer solchen bloß für das eigene Handeln hin zu einer solchen für das Unternehmen und darüber hinausgehend für den gesamten Produktionsprozess. Dies gilt sogar dann, wenn dieser das konkrete eigene Unternehmen überschreitet. Die in unserem Kulturraum tief verwurzelte[9] Begrenzung von Verantwortungsbereichen durch das Verantwortungsprinzip und Eigenverantwortlichkeit steht hier im Zweifel hinten an. Hintergrund des Verantwortungsprinzips war lange Zeit die Idee der Eigenverantwortlichkeit der individuellen Akteure. Diese Vorstellung erodiert beim internationalen Bemühen um Nachhaltigkeit zunehmend. Unternehmen und Mitarbeiter stehen nicht (mehr) beziehungslos nebeneinander, sondern garantieren die Einhaltung des für sie geltenden Rechtsrahmens in gemeinsamer (d.h. aber nicht automatisch: mittäterschaftlicher) Verantwortung. Normadressat ist damit im Grunde nicht mehr *nur* der Einzelne oder (zurechnungstheoretisch schon schwieriger) ein Unternehmen, sondern (zurechnungstheoretisch sehr

[1] *Augenstein/Rühmkorf*, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, 2023, Einl. Rn. 226, sprechen insofern von einem „hybriden Regelungsrahmen".

[2] *Saage-Maaß*, NK 2014, 228.

[3] Vgl. dazu die theoretischen Analysen von *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen, 2015.

[4] RL (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der VO (EU) Nr. 537/2014 und der RLn 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, in Kraft getreten am 5.1.2023. Die Umsetzung der RL in das deutsche Recht wird derzeit vorbereitet (RegE Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der RL [EU] 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der VO [EU] Nr. 537/2014 und der RLn 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen vom 24.7.2024).

[5] VO (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.

[6] RL (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 und der VO (EU) 2023/2859.

[7] Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG) vom 16.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 2959), in Kraft seit 1.1.2023.

[8] Zu vergleichbaren Regelungen in anderen Rechtsordnungen *Ruttloff/Kappler*, in: Wagner/Ruttloff/Wagner (Hrsg.), Das Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz in der Unternehmenspraxis, 2022, § 3 Rn. 457 ff.

[9] Stellvertretend zur Rechtfertigung des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips auf der Grundlage von modernen Gerechtigkeitsprinzipien etwa *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht, Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987, S. 223 ff.

schwierig) der Produktionsprozess. Führungskräfte im Unternehmen haben in der Folge in eigener Verantwortung aufgrund ihrer Leitungsmacht die generelle Pflicht zur Gefahrenbeherrschung und zur aktiven Gewährleistung der Nachhaltigkeit des Produktionsprozesses.

2. Veranschaulichung der Mechanismen und ihrer Folgen am LkSG

Die Verantwortlichkeit für den Produktionsprozess, auch jenseits der Grenzen des eigenen Unternehmens, beschreibt § 3 Abs. 1 S. 1 LkSG. Die Vorschrift normiert als Leitlinie für die Lieferketten-Governance[10] ausdrücklich das „Ziel, menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken vorzubeugen oder sie zu minimieren oder die Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten zu beenden". Die konkreten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken sind in § 2 Abs. 2 und 3 LkSG enumerativ aufgezählt. Die zentralen Elemente des hierzu etablierten Maßnahmenrechts (!) sind ein Risikomanagement sowie Präventions- und Abhilfemaßnahmen.[11] In der Folge wurden damit aus zum Teil schon im Laufe des letzten Jahrhunderts aufgelegten Papiertigern nationale und massiv bußgeldbewehrte (sowie möglicherweise kriminalstrafrechtlich relevante[12]) Vorgaben für nachhaltiges Wirtschaften. Beispiele sind das Übereinkommen Nr. 29 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28.6.1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit[13] oder das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung vom 22. März 1989 (Basler Übereinkommen)[14].

Die näheren Anforderungen an das Verhalten des Unternehmens beschreibt § 3 Abs. 2 LkSG. Die angemessene Weise[15] eines Handelns, das den Sorgfaltspflichten genügt, bestimmt sich demzufolge nach vier im Einzelnen noch untergliederten Kriterien, und zwar

- nach der Art und dem Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens (Nr. 1),
- dem Einflussvermögen des Unternehmens auf den *unmittelbaren* Verursacher
  - eines menschenrechtlichen oder umweltbezogenen *Risikos* oder
  - der *Verletzung* einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht,
  (Nr. 2),
- der typischerweise zu erwartenden
  - Schwere der Verletzung,
  - der Umkehrbarkeit der Verletzung,
  - der Wahrscheinlichkeit der Verletzung,
  (Nr. 3),
- nach der Art des Verursachungsbeitrages des Unternehmens zu
  - dem menschenrechtlichen oder umweltbezogenen *Risiko* oder
  - zu der *Verletzung* einer menschenrechtsbezogenen oder einer umweltbezogenen Pflicht
  (Nr. 4).

Bei diesen Kriterien handelt es sich erstens ausschließlich um materielle Kriterien. Dies gilt auch für das Kriterium der „Wahrscheinlichkeit der Verletzung", mit der die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Verletzung und damit die konkrete Gefahrenlage gemeint ist.[16] Zweitens sind die Unternehmen verpflichtet, nicht erst bei eingetretenen Verletzungen von Menschenrechten und Umweltschäden zu handeln, sondern bereits beim Vorliegen entsprechender Gefahren. Aus strafrechtlicher Perspektive normiert man damit bloße „Gefährdungstatbestände", die Unternehmen zum Einschreiten bzw. zum Ergreifen von Maßnahmen verpflichten. Die Handlungspflichten sind damit in das Vorfeld verlagert und setzen frühzeitig an.

3. Verfahrensrechtliche Perspektiven

Die vom LkSG betroffenen Unternehmen müssen nun der Art nach handeln, als wären sie eine private Aufsichtsbehörde mit staatsanwaltschaftlichem Auftrag, etwaige Vergehen zu verfolgen. Dabei fragt sich, ob und auf welche verfahrensrechtlichen Grundsätze die Unternehmen eigentlich verpflichtet sind. Als soziale Akteure würde man mutmaßen, dass dies nur die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze sein können. Der Staat sollte sich bei der faktischen Verlagerung hoheitlicher Aufgaben auf Private seinen ureigensten Bindungen nicht entledigen können. Damit würde es eigentlich naheliegen, funktionale Parallelen zu Aufsichtshandeln und staatsanwaltschaftlichem Handeln im Allgemeinen zu ziehen. Tatsächlich ist diese Annahme weit weniger gewiss, als es zunächst den Anschein hat.

a) Allgemeine Grundsätze

Bei der im LkSG normierten Art der privaten Strafrechtsdurchsetzung obliegt es den Unternehmen, den objektiven,

[10] Dieser Begriff ist übernommen von *Augenstein/Rühmkorf* (Fn. 1), Einl. Rn. 226.
[11] § 3 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 5 und 6 LkSG.
[12] *Mansdörfer*, JR 2024, 67 ff.
[13] BGBl. II 1956, S. 640 (641).
[14] BGBl. II 1994, S. 2703 (2704).
[15] Das zentrale Kriterium der „angemessenen Weise" soll eine Pflichtenüberspannung vermeiden und gleichzeitig einen risikoproportionalen Pflichtenstandard für den Einzelfall schaffen (*Fleischer*, in: Fleischer/Mankowski [Hrsg.], Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz, 2023, § 3 Rn. 45). Die Angemessenheit betrifft regelmäßig das „Wie" der Pflichtenerfüllung. Ist eine Pflicht im Einzelfall rechtlich oder faktisch nicht durchführbar oder allgemein nicht angemessen, kann auch das „Ob" der Durchführung der Pflicht betroffen sein (*Walden*, in: Depping/Walden [Hrsg.], Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz, 2022, § 3 Rn. 28). Bei der Beurteilung der Angemessenheit steht der Geschäftsleitung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, nicht zuletzt, weil Ex-ante-Prognosen niemals sicher getroffen werden können (*Walden* [a.a.O.], § 3 Rn. 29 f.).
[16] *Hein/Vossen*, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Fn. 1), § 103 Rn. 105.

also den wahren Sachverhalt selbst zu ermitteln (Untersuchungsmaxime). Das Unternehmen übernimmt zugleich die Rolle der Staatsanwaltschaft und des Gerichts. Die privatisierte Regeldurchsetzung erfolgt mithin nach der Art eines Inquisitionsprozesses:

Die Unternehmen sind von Gesetzes wegen verpflichtet, von sich aus alle Verstöße zu ermitteln, sodass insoweit die Offizialmaxime normiert wurde. § 3 Abs.1 S. 1 LkSG steht § 152 Abs. 2 StPO in nichts nach. Opportunitätserwägungen dürften auf Sachverhalte beschränkt sein, bei denen typischerweise nicht so schwere Verletzungen zu erwarten sind.[17]

Der Zulieferer als potentieller Delinquent hat auf die Nachfragen seines Kunden zu antworten. Ein Schweigen ist keine Option, weil das fragende Unternehmen die Untersuchung durchführen muss, um nicht selbst bestraft zu werden, oder die Lieferbeziehung beenden müsste (§ 7 Abs. 3 LkSG). Die Norm, die das Unternehmen zur Durchsetzung der menschenrechts- bzw. umweltbezogenen Pflichten bei ihren Zulieferern – und in unserem Bild: den Richter zum Inquirieren – verpflichtet, findet sich in § 24 LkSG. Dort wird in § 24 Abs. 1 Nr. 2 LkSG für Verstöße gegen die Verpflichtung zur Aufstellung von Risikoanalysen eine Geldbuße i.H.v. bis zu 2 % des Jahresumsatzes des Unternehmens angedroht.

Ermessen besteht bei der Art und Weise, wie die entsprechenden Untersuchungen durchgeführt werden. In vielen Unternehmen gilt der Grundsatz: „Der Einkauf prüft die Lieferanten."[18]

Das allein beschreibt aber nur die Zuständigkeit innerhalb des Unternehmens und sagt noch nichts über die Gestaltung des Verfahrens im Detail aus. Dieses kann mit einer einfachen schriftlichen Befragung, einem detaillierten Präqualifikationsverfahren oder der Auslagerung eines Lieferantenchecks auf Wirtschaftsprüfer als Sachverständige beginnen und bis hin zu einem umfassenden Geschäftspartner-Compliance-Management-System[19] reichen.

Immerhin wird dem rechtsstaatlichen Beschleunigungsgebot insofern Rechnung getragen, als das Unternehmen auf die nicht rechtzeitig durchgeführte Risikoanalyse eine entsprechende Strafe zu gegenwärtigen hat. Der Zulieferer hat auch das Recht, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen; dagegen lässt sich dem LkSG nichts entnehmen. Schwieriger wird es mit einem Recht auf Akteneinsicht. Ein derartiges allgemeines Recht ist weder im LkSG noch im allgemeinen Recht interner Ermittlungen anerkannt[20]. Eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit ist ebenfalls grundsätzlich nicht vorgesehen.

b) Keine Unschuldsvermutung

Die Folgen dieses Verfahrens lassen sich beispielhaft an der Unschuldsvermutung (in dubio pro reo) ablesen: Bestehen bei einem Zulieferer Zweifel daran, dass er den Anforderungen des LkSG hinreichend nachkommt, wird ihn sein Geschäftspartner aus präventiven Gründen aus seiner Lieferkette ausschließen. Historisch erinnert dies an die Verdachtsstrafe, die dann verhängt werden konnte, wenn die Beweise zur Überführung des Angeklagten nicht ausreichend waren. Der Einwand, dass der Zulieferer sich aktiv an dem Verfahren beteiligten kann, verfängt nur in beschränktem Umfang. Je nach Land, Branche und politischen Verhältnissen können die äußeren Umstände so sein, dass sich Unternehmen einem bestehenden Generalsverdacht kaum entziehen können und Entscheidungen gegen einen Lieferanten auf einer übergeordneten Metaebene gefällt werden.[21] Aus Sicht des Unternehmens am Ende der Lieferkette sind solche Entscheidungen nachvollziehbar. Immer strengere ESG-Pflichten verlangen von Unternehmen am Ende der Lieferkette zunehmend Rechtfertigungen ab, die Lieferbeziehungen in Ländern mit zum Beispiel instabilen Regierungen per se infrage stellen können.

c) Notwendige Einschränkungen und verfassungsrechtliche Bedenken

Die soeben angestrengte verfahrensrechtliche Perspektive auf das LkSG vom Standpunkt eines private penal law enforcement zeigt ein Verfahren auf, dass historisch mit dem Inquisitionsprozess des 16. Jahrhunderts vergleichbar ist.

Die Delegation derartiger Prüfpflichten auf private Unternehmen sollte dringend mit Rechts- und Verfahrensgarantien kombiniert werden, die zu einer insgesamt hinreichend liberalen Ordnung privater Rechtsdurchsetzung führen. Zu den Menschenrechten gehört auch, dass man nur unter gewissen, klar umgrenzten Voraussetzungen in diese Rechte eingreifen darf. Es handelt sich hier um die klassische Abwehrdimension von Grund- und Menschenrechten.[22] Der dem LkSG im-

[17] Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 3 LkSG.

[18] *Soong/Ochs*, CB 2023, 155 (158).

[19] Vom Begriff „Geschäftspartner" werden in der Geschäftspartnercompliance (GPC) alle unternehmensexternen Personen und Unternehmen erfasst, unabhängig davon, in welcher Rechts- oder Leistungsbeziehung sie zum Unternehmen stehen.

[20] Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers aus § 147 Abs. 1 StPO erstreckt sich nicht auf private internal investigations. Sie kennen keine Zeugnisverweigerungsrechte und keine Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen. Die 2010 erarbeiteten Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, die in These 3, Abs. 2 zur Anlehnung an die strafprozessualen und rechtsstaatlichen Grundsätze aufrufen, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf (31.7.2024), sind bloße Empfehlungen (*Rübenstahl*, WiJ 2012 17 [18–20]). Das LkSG enthält keine prozessualen Vorschriften oder Verweise auf Prozessordnungen.

[21] Vgl. z.B. den Ausschluss des chinesischen Unternehmens Huawei als Teilelieferant für den Aufbau des deutschen 5G-Mobilfunknetzes wegen Bedenken der politischen Spionage.

[22] Belgien hat im Mai 2024 den Private Investigation Act (PIA) zur besseren Regulierung interner Ermittlungen verabschiedet. Art. 6 EMRK ist nach Auffassung des belgischen Kassationshofs (Urt. v. 23.4.2024 – P.23.1632.N/1, https://www.courdecassation.be/pdf/arresten-arrets/P.23.1632.N.pdf [31.7.2024]) allerdings nicht auf interne Untersuchungen anwendbar. Die Regelungen der Art. 10, 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sowie Art. 14 des

manente Ansatz kann – wie im Weiteren noch eingehender gezeigt wird – nicht darin bestehen, Menschenrechte durch Private durchsetzen zu wollen, indem man rechtsstaatliche Bindungen zurückschraubt und auf die Durchsetzung durch wirtschaftliche Macht setzt. Damit dieses Regelungsregime praktikabel wird, ist seine Ergänzung um allgemein anerkannte Prinzipien interner Ermittlungen notwendig. Ein Anfang hierfür sind die ISO/TS 37008:2023 mit ersten detaillierten Richtlinien für interne Untersuchungen innerhalb von Organisationen[23] oder die 2010 erarbeiteten Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zur Arbeitsweise von Unternehmensanwälten im Strafrecht[24], die in These 3, Abs. 2 zur Anlehnung an die strafprozessualen und rechtsstaatlichen Grundsätze aufrufen.

Die Versuche von privaten Vereinen und Institutionen, Grundsätze für eine gute Praxis interner Ermittlungen zu normieren, können den aufgezeigten Defiziten freilich nur in begrenztem Maße abhelfen. Erstens handelt es sich bei den durch das Lieferkettengesetz den Unternehmen auferlegten Ermittlungen im Grunde nicht um interne, sondern um externe Ermittlungen. Zweitens liegen die Probleme im Kern tiefer: Tatsächlich umgeht der Staat mit der Inanspruchnahme der privaten Unternehmen zur Durchsetzung nachhaltigen Wirtschaftens erhebliche eigene rechtliche Bindungen. Im öffentlichen Recht ist längst anerkannt, dass eine solche „Flucht ins Privatrecht" unzulässig ist.[25] Dies gilt aber auch hier. Deutlich wird dies, wenn man sich als Kontrollüberlegung vorstellen würde, wie die Sachlage bei einer förmlichen Beleihung der privaten Unternehmen aussehen würde. In diesem Fall steht es außer Frage, dass der Beliehene als Teil der Exekutive der Bindung an die Grundrechte unterliegt und seine Tätigkeit daher unabhängig und unparteiisch ausüben muss.[26] Der Staat bleibt aber weiterhin zur Aufsicht verpflichtet[27] und haftet für Amtspflichtverletzungen des Beliehenen am Ende auf Schadensersatz.[28]

Kein Staat und keine internationale oder supranationale Organisation kann völkerrechtliche Regeln und verfahrensrechtliche Mindestgarantien mit Rückkoppelung im Völkerrecht so einfach „privatisieren". Grundlage des Völkerrechts ist stets das Völkervertragsrecht.[29] Der Staat kann daher sein grenzüberschreitendes Unvermögen nicht mit schlanker Hand durch die Inanspruchnahme Privater kompensieren. Innerstaatlich kollidiert dies mit zentralen Freiheitsrechten aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG. Ob und wann die Grenze zur Verfassungswidrigkeit erreicht ist und welche Pflichten noch im Sinne eines schonenden Interessenausgleichs verfassungskonform interpretiert werden müssten, ist im Einzelfall zu prüfen. Tatsächlich zweifelhaft sein dürfte aber, ob er wirklich in verfassungskonformer Weise signifikante Bußgelder verhängt werden können.

Bei der derzeitigen Polarisierung der Weltwirtschaft liegt es nahe, dass Wirtschaftsräume mit abweichenden Grundvorstellungen ernsthafte Maßnahmen von Unternehmen nach dem LkSG als Einmischung in innere Angelegenheiten verstehen können. Das Interventionsverbot ist eines der Grundprinzipien des Völkerrechts.[30] Das alles wirft das LkSG leichter Hand über Bord, indem es Private für seine Zwecke zwangsweise in Anspruch nimmt.

III. Ergebnis: So geht Nachhaltigkeit nicht!

Die Pflicht zur aktiven Gewährleistung eines nachhaltigen Produktionsprozesses übersteigt die bisherigen Anforderungen an Führungspersonen in Unternehmen bei Weitem[31] und öffnet für diese eine neue, bislang so nicht vorstellbare Dimen-

Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte bekräftigen die Bedeutung der Fairness des Verfahrens sowie bestimmter Abwehrrechte des Beschuldigten auch nur in Bezug auf staatliche Gerichte. Dem Beschuldigten in einer internen Untersuchung dieses elementare Menschenrecht gänzlich vorzuenthalten, ist kaum zu begründen. Insgesamt dürfte der allgemein anerkannte Fair-trial-Grundsatz zumindest mittelbar auf interne Untersuchungen durchschlagen.

[23] Näher zur ISO/TS 37008:2023 *Miege*, CCZ 2024, 178; der DICO-Standard ist abrufbar unter www.dico-ev.de/wp-content/uploads/2019/09/Standard_04_Interne-Untersuchungen_56S_2019_WEB.pdf (23.7.2024).

[24] www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/stellungnahme-der-brak-2010-35.pdf (6.5.2025).

[25] Die „Flucht ins Privatrecht" bezeichnet solche Fälle, in denen sich die öffentliche Verwaltung bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entziehen versucht. Ein solches Vorgehen soll aber weder die Grundrechtsbindung der Verwaltung noch einen möglichen Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ausschließen können (BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/96 = BVerfGE 128, 226 [245]; BVerfG, Beschl. v. 19.7.2016 – 2 BvR 470/08 = NJW 2016, 3153 [3154 f.]).

[26] Durch die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf einen Privaten (Beleihung) tritt dieser selbstständig als Hoheitsträger auf und ist daher gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz sowie gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden (*Ibler*, in: Dürig/Herzog/Scholz [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, 104. Lfg., Stand: April 2024, Art. 86 Rn. 75).

[27] *Ibler* (Fn. 26), Art. 86 Rn. 75.

[28] Schadensersatzansprüche des Dritten können gem. Art. 34 Abs. 1 GG, § 839 BGB direkt gegen den Beleihenden entstehen. Der Regress des Beleihenden gegen den vorsätzlich oder grob fahrlässig handelnden Beliehenen muss ausdrücklich geregelt sein (vgl. etwa § 75 BBG).

[29] Art. 38 Abs. 1 IGHSt zählt die internationalen Übereinkünfte als primäre Rechtsquelle an; zur Frage der Rangfolge der Völkerrechtsquellen *Herdegen*, Völkerrecht, 23. Aufl. 2024, § 14 Rn. 2 ff.

[30] Das Interventionsverbot gehört zu den Grundprinzipien der zwischenstaatlichen Beziehungen und ist in der Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen vom 24.10.1970 (UN Doc. A/RES/2625[XXV]) sowie in Art. 2 Nr. 7 der UN-Charta festgelegt.

[31] Dazu bereits *Mansdörfer*, JR 2024, 67.

sion. Regelungen nach dem Vorbild des LkSG verpflichten Unternehmen, nach der Art einer privatisierten Strafjustiz Gefährdungstatbestände zu verfolgen und zu ahnden. Am Ende steht derzeit ein Maßnahmenrecht, gepaart mit einem privaten Inquisitionsprozess, ohne rechtsstaatliche Verfahrensgarantien. Für den, der eine eigene Haftung wegen einer möglichen Billigung von Verstößen vermeiden will, gilt aktuell also: in dubio pro poena. Wenn die Strafe zu Unrecht verhängt wird, müsste der Staat nach den Grundideen des Beleihungsrechts Schadenersatz leisten. Nimmt man dann noch die aufgezeigte Kollision mit dem Völkerrecht hinzu, wird deutlich, dass die mit dem LkSG verbundenen Nachhaltigkeitsideen – gegen die sich dieser Beitrag nicht per se gewendet hat – in Bezug auf ihre rechtliche Umsetzung grundlegend neu gedacht werden sollten.

Datenschutzrechtliche Bedenken?

Zur (Ir-)Relevanz des Datenschutzrechts für die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe und die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Mainz*

Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und, wenn ja, welche Konsequenzen sich aus der durch § 500 Abs. 1 StPO grundsätzlich eröffneten Anwendbarkeit des BDSG mit Blick auf die Einwilligung in Ermittlungsmaßnahmen und die Verwertung rechtswidrig erlangten Beweismaterials ergeben.

I. Einleitung

Der Verweis auf das Datenschutzrecht wirkt im argumentativen Handgemenge manchmal wie ein Trumpf. Nicht nur unter juristischen Laien hält man es für denkbar, dass das Datenschutzrecht alles Mögliche, was einem bis dahin selbstverständlich erschien, unter einen Erlaubnisvorbehalt stellen oder direkt gänzlich verbieten, es allemal zu einem Problem machen könnte. Das kommt selbstverständlich nicht von ungefähr, sondern resultiert aus der Abstraktionshöhe und damit verbundenen Extensionsweite der datenschutzrechtlichen Kernbegriffe, allen voran dem des Datums oder der Information selbst. Da sich der Strafprozess im Prinzip auch als ein komplexer Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung beschreiben lässt,[1] liegt es nicht fern, auch ihn durch die Brille des Datenschutzrechts in den Blick zu nehmen. Positivrechtlicher Ausgangspunkt einer solchen Betrachtung ist auf Ebene des europäischen Sekundärrechts die Richtlinie (EU) 2016/680 (JI-Richtlinie), die die EU-Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Regelungen zum Schutz personenbezogener Daten im Bereich der Verhütung und der Verfolgung von Straftaten durch Polizei und Justiz zu erlassen. Dem ist der deutsche Gesetzgeber vor allem durch eine entsprechende Novellierung des BDSG nachgekommen, dessen dritter Teil seitdem die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu den von der JI-Richtlinie erfassten Zwecke erfasst. Flankierend dazu hat er die etwas unscheinbare Vorschrift des § 500 StPO geschaffen, deren Sinn es ist, die Geltung dieser grundsätzlich ja nur Bundesbehörden adressierenden Regelungen des BDSG auch auf die (strafprozessual ja fast ausschließlich zuständigen) Landesbehörden zu erstrecken, wenn diese im Anwendungsbereich der StPO personenbezogene Daten verarbeiten und die StPO keine spezielleren Regelungen trifft (§ 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO). Auf diese Weise soll ein den europarechtlichen Vorgaben genügendes bundeseinheitliches Schutzniveau gewährleistet werden.[2]

Während § 500 StPO, den veröffentlichten Entscheidungen nach zu urteilen, die Rechtspraxis bislang kaum beschäftigt hat,[3] hat man die dadurch (explizit) hergestellte Verbindung von Strafprozess- und Datenschutzrecht in Teilen des Schrifttums zum Anlass genommen, manche strafprozessrechtliche Grundannahmen neu zu beleuchten.[4] Im Fokus steht dabei insbesondere die durch die nunmehr anwendbare Vorschrift des § 51 BDSG aufgeworfene Frage, welche Bedeutung die dort statuierten Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe haben.[5] Aber auch im Streit darum, ob oder inwiefern rechtswidrig erlangtes Beweismaterial verwertbar sein darf, wird das neue datenschutzrechtliche Regelungsregime als Argument mobilisiert.[6] Im folgenden Beitrag sollen diese beiden Aspekte erörtert werden.

II. § 51 BDSG und die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe

1. Zur Diskussion um die Einwilligung im Strafverfahren allgemein

Soweit Grundrechte ausschließlich Individualrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat sind, unterliegt ihre Ausübung oder Wahrnehmung, jedenfalls im Grundsatz der Disposition des Einzelnen.[7] Er kann daher grundsätzlich auch in die Verkürzung oder Aufhebung der ihm dadurch zugeordneten Freiheitssphäre einwilligen und den Staat so von seinen ihm gegenüber insoweit normalerweise bestehenden Pflichten befreien. Das staatliche Handeln stellt dann schon keinen Eingriff in ein Grundrecht dar, der einer besonderen gesetzli-

* Der *Verf.* ist Akademischer Rat a.Z. an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. *Dr. Volker Erb* ebendort.

[1] Vgl. etwa *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990, S. 11 f.; *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 72; *Löffelmann*, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008, S. 47, 102.

[2] BT-Drs. 19/4671, S. 71.

[3] Eine Recherche im Portal juris ergab am 22.5.2025 gerade einmal 16 Treffer.

[4] Für eine umfassendere Darstellung der möglichen Bedeutung des Datenschutzrechts im Rahmen des Strafverfahrens (unter besonderer Berücksichtigung digitaler Beweismittel): *Rückert*, Digitale Daten als Beweismittel im Strafverfahren, 2023, S. 515 ff.

[5] *Stief*, StV 2017, 470; *Meyer-Mews*, StraFo 2019, 95; *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110; *Singelnstein*, NStZ 2020, 639; *Anders*, JZ 2022, 397.

[6] *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (643 f.); siehe auch zuvor schon *ders*., in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009. S. 643 (645 ff.).

[7] *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 92 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Vor Art. 1 Rn. 35 f.; eingehend *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *Hillgruber*, JÖR 54 (2006), 57 (73 f.). Anders wohl *Fr. Müller/Pieroth*, Politische Freiheitsrechte der Rundfunkmitarbeiter, 1976, S. 34 ff.

chen Ermächtigung bedürfte, sondern ist gerade umgekehrt Ausdruck individueller Autonomie.[8]

Diese grundrechtsdogmatische Prämisse hat die herrschende Meinung auch auf den Kontext des Strafverfahrens übertragen: Eine Einwilligung in eine strafprozessual motivierte, staatliche Maßnahme kann dieser also ihren Eingriffscharakter nehmen – mit der Folge, dass es insoweit keines Rückgriffs auf irgendeine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage mehr bedarf. Zum Teil ist dieser Gedanke explizit ins Gesetz aufgenommen: etwa im Zusammenhang mit körperlichen oder molekulargenetischen Untersuchungen (§§ 81a Abs. 1, 81c, 81f Abs. 1 StPO), der DNA-Identitätsfeststellung (§ 81g Abs. 3 StPO) oder Reihengentests (§ 81h StPO) oder in § 94 StPO, wo zwischen der ohne Willen des Betroffenen erfolgenden (förmlichen) Beschlagnahme (§ 94 Abs. 2 StPO) und der formlosen Sicherstellung unterschieden wird.[9] Doch auch dort, wo der Gesetzestext die Einwilligung nicht erwähnt, geht man – sofern keine explizit entgegenstehenden Regelungen existieren, wie etwa §§ 81d Abs. 2, 136a Abs. 3 StPO – überwiegend davon aus, dass der von der Maßnahme Betroffene in sie einwilligen und ihr so den Charakter eines (rechtfertigungsbedürftigen) Grundrechtseingriffs nehmen kann.[10] So kann bei einer Hausdurchsuchung die Einwilligung des aus Art. 13 GG Berechtigten dazu führen, dass weder die materiellen noch die formellen Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO erfüllt sein müssen (es also weder eines Anfangsverdachts noch eines Durchsuchungsbeschlusses bedarf).[11] Ferner kann eine Einwilligung auch Maßnahmen ermöglichen, die in dieser Form anderenfalls überhaupt nicht erzwingbar wären, wie etwa den Atemalkoholtest, dessen Durchführung ja zwingend auf die Mitwirkung (das Pusten) des Betroffenen angewiesen ist.[12]

Ein (unabhängig von der noch zu erörternden Regelung des § 51 BDSG bestehendes) Grundproblem, der Einwilligung eine den Eingriffscharakter einer strafprozessualen Maßnahme aufhebende Wirkung beizumessen, wurde und wird vor allem in der krassen Machtasymmetrie gesehen, die in diesem Kontext zwischen dem Einwilligenden und dem Staat herrscht.[13] Sie lässt es zweifelhaft erscheinen, ob die Einwilligung hier im vollen Sinne des Wortes freiwillig erfolgt. In manchen Fällen liegt es bspw. nahe, dass der Betroffene schlicht davon ausgeht, ohnehin keine „wirkliche" Alternative zu haben: etwa, weil die zur Durchsuchung berufenen Beamten bereits einen Durchsuchungsbeschluss haben (und sich durch die Einwilligung bloß die weiteren Förmlichkeiten ersparen wollen), oder weil die Alternative sich im Vergleich zur freiwilligen Mitwirkung deutlich belastender ausnimmt (statt ins Röhrchen zu pusten: stundenlanges Warten auf der Wache und anschließende Blutentnahme).[14] In anderen Fällen mag der Betroffene deshalb von einer gewissen Alternativlosigkeit ausgehen, weil er meint, dass er den Strafverfolgungsorganen gegenüber zur Mitwirkung und Kooperation verpflichtet sei oder ihm ein entsprechender Mangel an Bereitschaft im weiteren Verfahren zumindest zu seinen Lasten ausgelegt werden könne.[15] Dementsprechend wurde und wird eine explizite Aufklärung über die Freiwilligkeit der Mitwirkung und deren Konsequenzen gefordert – anderenfalls sei die erteilte Einwilligung unwirksam und das infolge dessen gewonnene Beweismaterial unverwertbar.[16]

In der Rechtsprechung werden diese Bedenken offenbar nur partiell geteilt. Zumindest wenn die materiellen Durchsuchungsvoraussetzungen nicht vorliegen, nimmt man zwar an, dass der Betroffene darüber belehrt werden müsse, damit seine Einwilligung als wirksam gelten und also die Maßnahme rechtfertigen kann.[17] Zudem sei er gegebenenfalls auch darüber in Kenntnis zu setzen, dass ein Anfangsverdacht gegen ihn besteht und die Durchsuchung dem Auffinden belastenden Beweismaterials dient.[18] Ob die Strafverfolgungsbehörden ihn jedoch allgemein darüber aufklären müssen, dass die Einwilligung ohne Nachteil verweigert werden darf, ist unklar, scheint überwiegend aber eher abgelehnt zu werden.[19]

[8] *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 36; *Sauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2023, Vor Art. 1 Rn. 153 f.; *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.3.2025, Art. 1 Rn. 75; *ders*., JÖR 54 (2006), 57 (73 f.).

[9] Vgl. auch *Rückert* (Fn. 4), S. 579.

[10] Siehe nur BVerfG BeckRS 2003, 25078; BGH NJW 1964, 1235 f.; BGH BeckRS 1983, 31110859; BGH NJW 1999, 657 (659 f.); BGH NStZ-RR 2019, 26; eingehend *Amelung* (Fn. 7), S. 26 ff.

[11] BVerfG BeckRS 2003, 25078; *Hauschild*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 102 Rn. 2 m.w.N.

[12] OLG Brandenburg NZV 2015, 254; KG NStZ 2015, 42; OLG Celle NZV 2020, 434.

[13] Näher *Amelung* (Fn. 7), S. 79 ff.; *Anders*, JZ 2022, 397 (399).

[14] Vgl. *Amelung* (Fn. 7), S. 84 ff.; *Rückert* (Fn. 4), S. 582; vgl. auch LG Bremen StV 2005, 318 (320); ähnl. OLG Hamburg StV 2008, 12 f.

[15] *Amelung* (Fn. 7), S. 98 ff.; siehe auch BGHSt 34, 397 (400); *Tsambikakis*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 105 Rn. 4; im Zusammenhang mit der Mitwirkung beim Atemalkoholtest *Geppert*, NStZ 2014, 481 (485 f.); *Sieber*, Unwissenheit schützt vor Selbstbelastung nicht, 2024, S. 90 ff. (unter Hinweis auf *Bickmans* Konzept des „Uniformgehorsams").

[16] *Amelung* (Fn. 7), S. 99 ff.; für die Mitwirkung bei Atemalkoholtests *Geppert*, NStZ 2014, 481 (485 f.); *Sieber* (Fn. 15), S. 121 ff., 138 ff., 181.

[17] Vgl. LG Bremen StV 2005, 318 (320); OLG Hamburg StV 2008, 12 f.; *Köhler*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2025, § 105 Rn. 1, § 161 Rn. 1b.

[18] LG Saarbrücken StV 2003, 434 (435).

[19] Explizit dagegen jedenfalls *Köhler* (Fn. 17), § 161 Rn. 1c; *Tsambikakis* (Fn. 15), § 105 Rn. 5 Fn. 21; *Nickolai/Pausch*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts-

Insbesondere im Zusammenhang mit angebotenen Atemalkoholtests hält man eine Belehrung oder Aufklärung über die Freiwilligkeit nicht für geboten und geht insoweit also offenbar von einem über seine strafprozessualen Rechte und Pflichten gut informierten Bürger als Standard aus.[20] Auch eine spezielle Rechtsgrundlage zur Regelung der Einwilligung wird überwiegend für entbehrlich gehalten.[21]

2. Bedeutung von § 51 BDSG für die Voraussetzungen einer Einwilligung

Die Kritik an der Beachtlichkeit von Einwilligungen in strafprozessuale Grundrechtseingriffe hat nun durch die JI-Richtlinie sowie den in § 500 Abs. 1 StPO enthaltenen Verweis auf § 51 BDSG neuen Auftrieb erhalten.[22] Die darauf gestützte Argumentation lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wenn durch strafprozessuale Maßnahmen, wie im Regelfall, Informationen gewonnen werden, die einer identifizierbaren oder bereits identifizierten Person zugeordnet werden können, findet eine Verarbeitung personenbezogener Daten zur Aufklärung von Straftaten i.S.v. Art. 3 Nr. 1, Nr. 2 der JI-Richtlinie und § 46 Nr. 1, Nr. 2 BDSG statt. Eine solche Verarbeitung ist daher nur dann rechtmäßig, wenn sie die in der Richtlinie und den zu deren Umsetzung erlassenen §§ 47 ff. BDSG statuierten Grenzen beachtet. Eine Einwilligung in die mit strafprozessualen Maßnahmen einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten kann eine solche deshalb nur dann rechtfertigen, wenn dies erstens mit der JI-Richtlinie und zweitens mit §§ 47 ff. BDSG vereinbar ist.

Mit Blick auf Art. 8 der JI-Richtlinie, der die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten betrifft, stellt sich insoweit jedoch zunächst das Problem, dass dort von der Einwilligung als einem möglichen Rechtfertigungsgrund überhaupt keine Rede ist. Allerdings heißt es in Erwägungsgrund 35 S. 6 der JI-Richtlinie explizit, dass die Mitgliedstaaten auch auf den von der Richtlinie erfassten Rechtsgebieten nicht daran gehindert seien, die Möglichkeit einer Einwilligung vorzusehen, wobei dies mit den Beispielen einer Einwilligung in DNA-Untersuchungen oder das Tragen einer elektronischen Fußfessel illustriert wird. Daher ist anzunehmen, dass die Richtlinie die Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrund für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im Bereich der Verfolgung und Verhütung von Straftaten jedenfalls nicht rundheraus ausschließt.[23] Dem stehen auch die Sätze 3–5 des Erwägungsgrunds 35 nicht entgegen, da diese lediglich darauf abstellen, dass es an der für eine Einwilligung nötigen Freiwilligkeit fehlt, wenn diese letztlich daraus resultiert, dass der Betroffene einer ihm von der Behörde ohnehin auferlegten Verpflichtung nachkommen will. Das ist aber auch auf dem Gebiet der Strafverfolgung oder des Polizeirechts nicht zwangsläufig der Fall. § 51 BDSG, der die Möglichkeit vorsieht, auf Grundlage der Einwilligung des Betroffenen personenbezogenen Daten zu verarbeiten, und die näheren Voraussetzungen festlegt, ist deshalb nicht bereits aus diesem Grund europarechtswidrig.[24]

§ 51 Abs. 1 BDSG setzt für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage einer Einwilligung (implizit) voraus, dass eine Rechtsvorschrift existiert, die dies ausdrücklich erlaubt (wobei § 51 BDSG selbst eine solche nicht darstellt, sondern lediglich im Sinne einer „Rahmenregelung" Mindestbedingungen für eine beachtliche Einwilligung statuiert).[25] Da sich explizite Einwilligungsvorbehalte in der StPO lediglich in einzelnen Befugnisnormen finden,[26] wird aus § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 51 Abs. 1 BDSG geschlossen, dass eine Einwilligung ansonsten keine rechtfertigende Wirkung für die Verarbeitung personenbezogener Daten entfaltet und dass daher auch eine Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe, mit denen eine solche

und Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2025, 28. Kap. Rn. 122; auch *Wohlers*, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2023, § 105 Rn. 5b, hält einen etwaigen Irrtum des Bürgers über die Freiwilligkeit wohl nur dann für relevant, wenn der Staat ihn „ausnutzt", die Verwertbarkeit erlangten Beweismaterials soll er nur dann berühren, wenn er den Strafverfolgungsorganen zurechenbar ist.

[20] OLG Brandenburg NZV 2015, 254; KG NStZ 2015, 42; OLG Celle NZV 2020, 434.

[21] Dazu näher *Amelung* (Fn. 7), S. 63 ff., 69 f.; *Putzhammer*, Die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, 2007, S. 47 ff.

[22] *Stief*, StV 2017, 470; *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110; *Singelnstein*, NStZ 2020, 639; *Anders*, JZ 2022, 397 (399 ff.); *Rückert* (Fn. 4), S. 577 ff.; *Braun*, in: Gola/Heckmann, DS-GVO, BDSG, Kommentar, 3. Aufl. 2022, BDSG § 45 Rn. 4. Vgl. schon den weitsichtigen Hinweis *Amelungs* (Fn. 7), S. 101 f., auf eine entsprechende Aufklärungspflicht in den damaligen Datenschutzgesetzen.

[23] Krit. mit Blick auf die DNA-Untersuchung unter Hinweis auf Erwägungsgrund 37 S. 6 JI-Richtlinie *Kramer*, in: Esser/Kramer/v. Lewinski (Hrsg.), (Auernhammer), DSGVO, BDSG Kommentar, 8. Aufl. 2023, BDSG § 51 Rn. 7.

[24] *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606); *ders*., in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Kommentar, 4. Aufl. 2024, BDSG § 47 Rn. 7; *Stief*, StV 2017, 470 (474 ff.); *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (239 f.); *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (113 ff.); *Anders*, JZ 2022, 397 (399); *Rückert* (Fn. 4), S. 578 f.; *Heckmann/Paschke*, in: Gola/Heckmann (Fn. 22), BDSG § 51 Rn. 9; *Stemmer/Wolff*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, Stand: 1.11. 2021, BDSG § 51 Rn. 3.3.

[25] Statt aller *Stemmer/Wolff* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 1; eingehende Diskussion bei *Anders*, JZ 2022, 397 (400 f.). Ob eine solche ausdrückliche gesetzliche Grundlage europarechtlich geboten ist, ist allerdings umstritten. Dafür etwa *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606); *Stief*, StV 2017, 470 (474); *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (239 f.); dagegen *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (113 ff.).

[26] Zur Frage, ob es, um dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage zu genügen, eines positiv formulierten Einwilligungsvorbehalts bedarf *Rückert* (Fn. 4), S. 579 ff., in Auseinandersetzung mit *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (113 ff.).

Verarbeitung einhergeht, nicht beachtlich sei.[27] Mit Blick auf das häufig erwähnte Beispiel der Atemalkoholkontrolle werden daraus die folgenden Konsequenzen gezogen: Die gemessene Atemalkoholkonzentration ist eine personenbezogene (weil einer individualisierbaren Person zuordenbare) Information, die durch ihr Ablesen und ihre Protokollierungen erhoben und gespeichert, also „verarbeitet", wird. Entgegen der bisher herrschenden Auffassung könne dieses Vorgehen aber nicht auf eine Einwilligung gestützt werden, da es an einer Rechtsvorschrift fehle, die dies ausdrücklich vorsieht.[28] Entsprechendes lässt sich mit Blick auf die Durchsuchung und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten geltend machen.[29]

Soweit eine entsprechende Rechtsvorschrift existiert, ist eine weitere wesentliche Voraussetzung für eine (wirksame) Einwilligung, dass diese „auf der freien Entscheidung der betroffenen Person beruht" (§ 51 Abs. 4 S. 1 BDSG). Wie im Zusammenhang mit der eben erwähnten Frage nach der Europarechtskonformität schon angeklungen ist, bereitet dieses Erfordernis im Strafverfahren besondere Schwierigkeiten, da hier naturgemäß eine besondere staatliche Übermacht besteht. Hat der Betroffene lediglich die Wahl, entweder in die mit der Datenverarbeitung verbundene Maßnahme einzuwilligen oder zu dulden, dass sie zwangsweise durchgesetzt wird, kann von einer freien Entscheidung kaum die Rede sein (Erwägungsgrund 35 S. 3–5 der JI-Richtlinie).[30] Anders verhält es sich jedoch, wenn der Betroffene durch seine Einwilligung eine belastendere, eingriffsintensivere Maßnahme abwenden und dadurch einen individuellen Vorteil erlangen kann.[31] Das wäre vor allem in den in S. 6 des Erwägungsgrunds 35 der JI-Richtlinie genannten Beispielen der DNA-Analyse und (im Rahmen der Strafvollstreckung) der elektronischen Fußfessel der Fall, wenn dadurch etwa massivere Eingriffe wie eine zwangsweise Blutentnahme oder Inhaftierung vermieden werden können. Ähnlich liegt es, wenn durch die freiwillige Herausgabe einer Sache eine Hausdurchsuchung vermieden werden kann.[32] Bei der Mitwirkung an einer Atemalkoholkontrolle wäre eine vergleichbare Situation gegeben, wenn der Betroffene dadurch einer zwangsweisen durchsetzbaren Blutentnahme und -untersuchung entgehen kann.[33] Eine denkbare Sachverhaltsgestaltung wäre die, dass mangels „Ausfallerscheinungen" und Hinweis auf ein Überschreiten der Grenze zur absoluten Fahruntüchtigkeit von vornherein nur eine Ordnungswidrigkeit gem. § 24a Abs. 1 StVG oder § 24c Abs. 1 Nr. 2 StVG in Betracht kommt. Denn dann besteht die Möglichkeit, dass die handelnden Beamten sich, so sie eine insofern verwertbare Atemalkoholmessung durchführen wollen,[34] mit dieser begnügen und nicht darüber hinaus noch Blut abnehmen, wohingegen letzteres die einzige Option wäre, wenn der Betroffene seine Mitwirkung verweigert. Darüber hinaus setzt eine freiwillige Einwilligung jedoch auch voraus, dass der Betroffene überhaupt weiß, welche Handlungsalternativen ihm offenstehen. Daran fehlt es, wenn er irrtümlich davon ausgeht, zur Einwilligung in die Maßnahme verpflichtet zu sein – etwa, weil er die Frage des Polizeibeamten, ob er dazu bereit wäre, „ins Röhrchen zu pusten", oder ihn freundlicherweise in die Wohnung zu lassen, um sich einmal umzuschauen, nicht als Bitte versteht, sondern als Befehl.[35] Geht man davon aus, dass ein solches Informationsdefizit typischerweise besteht, liegt es nahe, anzunehmen, dass die Behörde in der Regel gem. § 51 Abs. 4 S. 4 BDSG verpflichtet ist, den Betroffenen von sich aus darauf hinzuweisen, welche Folgen die Verweigerung seiner Einwilligung überhaupt haben kann (und also auch darauf, dass ein Mangel an entsprechender Mitwirkung für sich nicht sanktionierbar ist).[36] Mit Blick auf die Beispiele der Durchsuchung oder des Atemalkoholtests hieße das, dass, selbst wenn eine Rechtsvorschrift eine Einwilligung zuließe, der Betroffene regelmäßig darüber aufgeklärt werden müsste, dass eine solche nicht erzwungen und ihre Verweigerung nicht sanktioniert werden kann. Weitere Informationspflichten ergeben sich aus § 51 Abs. 3 S. 3 und Abs. 4 S. 3 BDSG, wonach der Betroffene auf die jederzeit mögliche Widerruflichkeit seiner Einwilligung und auf den Zweck der Datenverarbeitung hinzuweisen ist.

III. Datenschutz und Beweisverwertung

Ein anderes Themengebiet, auf dem aus dem Datenschutzrecht neues argumentatives Kapital geschlagen wird, ist das

[27] *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (117 f.); *Stief*, StV 2017, 470 (474); *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (640 f.); *Rückert* (Fn. 4), S. 580 f. Inwiefern de lege ferenda eine Generalklausel zur Regelung der Einwilligung ausreichen würde, ist streitig, dazu nur *Anders*, JZ 2022, 397 (402 f.).

[28] *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (117 f.); *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (640 f.).

[29] *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (117); *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (640 f.); *Rückert* (Fn. 4), S. 580 f. Ob und inwiefern aus der danach angenommenen Rechtswidrigkeit der Maßnahme ein Verwertungsverbot folgt, ist eine andere Frage, dazu *Anders*, JZ 2022, 397 (403); *Rückert* (Fn. 4), S. 585 f.

[30] Nur *Schwichtenberg* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 5; *Stemmer/Wolff* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 27.

[31] *Stemmer/Wolff* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 28; *Anders*, JZ 2022, 397 (403); *Kramer* (Fn. 23), BDSG § 51 Rn. 7; siehe auch *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (641); strenger wohl *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2021, BDSG § 51 Rn. 8. Siehe dazu schon *Amelung* (Fn. 7), S. 105 ff., eingriffsmildernde Einwilligungen.

[32] *Amelung* (Fn. 7), S. 107.

[33] *Anders*, JZ 2022, 397 (402 f.). Anders aber *Rückert* (Fn. 4), S. 582.

[34] Zu deren Voraussetzungen BGH NJW 2001, 1952; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1850k m.w.N.

[35] *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (116); *Amelung* (Fn. 7), S. 79 ff., 98 ff.; *Heckmann/Paschke* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 28; *Rückert* (Fn. 4), S. 584; *Schwichtenberg* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 6.

[36] *Golla*, KriPoZ 2019, 238 (241); *Rückert* (Fn. 4), S. 584; *Schwichtenberg* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 6; *Heckmann/Paschke* (Fn. 24), BDSG § 51 Rn. 28.

der Beweisverwertung im Strafprozess.[37] Denn auch sie setzt, so die Prämisse, regelmäßig die Erhebung und Verwendung, also die Verarbeitung, von personenbezogenen Daten voraus und unterliegt daher den Regeln des nationalen und europäischen Datenschutzrechts, bedarf also einer ausdrücklichen Erlaubnis. Jedenfalls für die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel fehle es aber, so die Argumentation mancher, an einer hinreichenden (ausdrücklichen) Rechtsgrundlage in der StPO. Insbesondere die in diesem Zusammenhang sonst genannten §§ 244 Abs. 2, 261 StPO genügten den Anforderungen an eine entsprechende Rechtsgrundlage insoweit nicht, weil sie keine Leitlinien für die erforderliche Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem individuellen Recht auf Schutz personenbezogener Daten vorgäben.[38] Vor allem in dem Perspektivenwechsel, der darin liegt, dass die Beweisverwertung und nicht ihr Verbot der gesetzlichen Legitimation bedarf, treffen sich diese Überlegungen mit den sog. Beweisbefugnislehren ebenso wie mit *Amelung*s Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten,[39] was freilich wenig überrascht, da diese auf Grundlage des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und damit des verfassungsrechtlichen Fundaments des Datenschutzrechts entwickelt wurden.[40]

Nimmt man das oben zur Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen Gesagte hinzu, ließe sich für die Lehre von den Verwertungsverboten gegebenenfalls noch eine weitere Konsequenz aus der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts im Strafverfahren ziehen. Bekanntlich bürdet die Rechtsprechung dem verteidigten (oder entsprechend belehrten) Angeklagten in manchen Fällen die Obliegenheit auf, der Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels zu widersprechen, wenn er sie verhindern will. Geht es dabei (zumindest auch) um die Verarbeitung personenbezogener Daten des Angeklagten und hält man deshalb § 51 BDSG für anwendbar, dann lässt sich dies jedenfalls nicht mehr damit begründen, dass die Verwertbarkeit der Beweismittel ja der Disposition des Angeklagten unterliege und das Ausbleiben seines Widerspruchs als Zustimmung zu werten sei. Denn (abgesehen davon, dass es wiederum an einer Rechtsvorschrift fehlt, die eine Einwilligung überhaupt zuließe) wäre dafür eine explizite Einwilligung erforderlich, ein bloßes Schweigen reichte keinesfalls aus.[41]

IV. Kritik

1. Die bisherige Rechtsprechung: Vorrang der StPO gem. § 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Nicht überall wird dem Datenschutzrecht allerdings eine so weitreichende Bedeutung für das Strafverfahrensrecht beigemessen und insbesondere in der Rechtsprechung herrscht insofern, so sich überhaupt Stellungnahmen finden, Zurückhaltung. Zwar hat das LG Kiel eine Durchsuchung, die sich nur auf die Einwilligung des Betroffenen stützte, deshalb für rechtswidrig gehalten, weil dieser weder auf den Zweck der damit verbundenen Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten hingewiesen wurde noch darauf, dass er seine Einwilligung jederzeit widerrufen kann.[42] Allerdings ist eine solche Entscheidung bislang vereinzelt geblieben und sie dürfte auch vereinzelt bleiben, da der *5. Strafsenat* des BGH im Zusammenhang mit der Frage nach der Verwertbarkeit von Chatprotokollen, die durch die Überwachung des Krypto-Messengerdienstes EncroChat erlangt wurden, entschieden hat, dass die Regelungen der StPO als bereichsspezifische Sonderregelungen gem. § 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO insoweit Vorrang genießen, sodass §§ 45 ff. BDSG schon gar nicht anwendbar seien.[43] Auch wenn die Entscheidung sich unmittelbar nur auf das Problem der Verwertbarkeit von Beweismitteln bezieht, deuten die von ihm herangezogenen Nachweise darauf hin, dass der Senat dies auch hinsichtlich der Einwilligung in strafprozessuale Eingriffe so sehen wird. Denn die dort zitierte Literatur bezieht sich gerade auf diese Thematik und nicht primär auf die der Beweisverwertung.[44]

Problematisch an dieser Argumentation erscheint zunächst, dass es in diesen Bereichen, strenggenommen, kaum oder gar keine ausdrücklichen Regelungen in der StPO gibt, die gegenüber denen des Datenschutzrechts den Vorrang haben könn-

[37] *Meyer-Mews*, StraFo 2019, 95 (99 ff.); *ders*., Telekommunikationsüberwachung im Strafverfahren, 2019, S. 94 f.; *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (643 f.); siehe auch *Weil*, Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht, 2021, S. 103 ff. Auch wenn die Assoziation naheliegt, soll es hier nicht um das spezielle Problem der Verwertung datenschutzrechtswidrig erlangter Aufzeichnungen Privater, etwa durch sog. Dashcams gehen, siehe dazu nur *Zeyher*, Strafprozessuale Beweisverwertung von privatem Videomaterial am aktuellen Beispiel der Dashcam, 2021.

[38] *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (644); weitergehend wohl *Weil* (Fn. 37), S. 104, 107 f., 131 f., die die Existenz einer zureichenden Rechtsgrundlage auch für den mit der Verwertung rechtmäßig erlangter Beweise ablehnt, wenn und weil mit dieser ein eigenständiger Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht verbunden ist.

[39] *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (643).

[40] Vgl. für die Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten *Amelung* (Fn. 1), S. 30 ff.; *ders*., Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote, 2011; für die „Beweisbefugnislehre" *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 43 ff., 123 ff.; *ders./Jahn*, NStZ 2005, 297 (303); *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 61 ff.; *ders*., Jura 1994, 393 (397 f.); *Jahn*, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. C 66 ff., C 70 ff.; siehe zuvor schon *Sydow*, Kritik der Lehre von den „Beweisverboten", 1976, S. 5 f., 12 ff., 39 ff., 96 ff.

[41] *Meyer-Mews*, StraFo 2019, 95 (98); *ders*. (Fn. 37), S. 95 ff.

[42] LG Kiel BeckRS 2021, 45030 Rn. 12 ff.

[43] BGH NStZ-RR 2023, 255; siehe auch LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2025, 509 Rn. 16.

[44] Zitiert wurden u.a. *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 65. Aufl. Jahr, § 500 Rn. 2; *v. Häfen*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StPO, Stand: 1.1.2023, § 500 Rn. 6b; *Henrichs/Weingast*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 105 Rn. 1; *Mosbacher*, JuS 2022, 726 (729 f.).

ten. Nicht zuletzt dieser Mangel an entsprechenden gesetzlichen Normierungen ist es, wie gesehen, auf den die Kritiker der bisherigen Praxis ihre datenschutzrechtlichen Bedenken gründen. Es fragt sich also, ob man unter diesen Umständen überhaupt davon sprechen kann, dass in der StPO insofern etwas anderes als im BDSG „bestimmt" ist. Für die Auffassung, wonach die bisher zur Verwertbarkeit und Einwilligung entwickelten Annahmen den Regelungen des Datenschutzrechts vorgehen, spricht der gesetzesgenetische Befund, dass sich in den Materialien nicht ein einziges Wort dazu findet, dass das neue Datenschutzrecht für sie irgendeine Bedeutung haben könnte, und es befremdlich erscheint, davon auszugehen, der Gesetzgeber habe gewissermaßen nolens volens derart weitreichende Konsequenzen ins Werk gesetzt.[45] Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass die Änderungen der nationalen Regelungen der Umsetzung der JI-Richtlinie dienen sollen und somit in dem größeren Kontext eines supranationalen Regelungsregimes stehen. Dass der Gesetzgeber deren Auswirkungen nicht vollständig bedacht hat, ist schon weniger unwahrscheinlich, und vor allem können sie ihm (bzw. dem von ihm verabschiedeten Gesetzestext) gleichwohl zugerechnet werden, wenn sie im Unionsrecht angelegt sind.[46] Ein grundlegenderes Problem der Argumentation des BGH liegt zudem darin, dass es kaum mit der JI-Richtlinie vereinbar wäre, den von ihr vorgeschriebenen datenschutzrechtlichen Mindeststandard dadurch zu unterlaufen, dass man ihre Vorgaben bzw. deren Umsetzung in §§ 47 ff. BDSG außer Acht lässt, weil man meint, dass die StPO insofern speziellere und deshalb gem. § 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO vorrangige Regelungen enthält. Es spricht viel dafür, dass dadurch kein geringeres Schutzniveau gerechtfertigt werden kann.[47]

Aber: Auf diese Fragen kommt es nur dann an, wenn man davon ausgeht, dass das Datenschutzrecht, so es anwendbar wäre, überhaupt jene Bedeutung hat, die ihm in Teilen des Schrifttums beigemessen wird. Steht es tatsächlich den Grundsätzen entgegen, die die Praxis zur Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen und zur Beweisverwertung entwickelt hat?

2. § 51 BDSG und die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe

a) Inwieweit geht es eigentlich um Datenschutz?

Hinsichtlich der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtseingriffe fußt die entsprechende Annahme auf der Prämisse, dass diese eine Rechtsgrundlage für die damit einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten schaffen soll. „Verarbeitung" i.S.d. BDSG umfasst gemäß der Legaldefinition in § 46 Nr. 2 BDSG nicht nur die automatisierte, sondern auch die manuelle Erhebung und Verwendung von Daten. Letztere fällt dabei – über den Anwendungsbereich der DSGVO gem. Art. 2 Abs. 1 bzw. den der JI-Richtlinie gemäß deren Art. 2 Abs. 2 hinaus – sogar dann unter den Begriff der Verarbeitung, wenn die Daten nicht in einem „Dateisystem" gespeichert werden oder gespeichert werden sollen.[48] Aufgrund dieses weiten Verständnisses lässt sich (man denke an die oben erwähnte Entscheidung des LG Kiel) bereits der gezielte Blick in einen Kofferraum als „manuelle Datenerhebung" in diesem Sinne begreifen,[49] wobei auch der Anwendungsbereich der JI-Richtlinie eröffnet ist, sobald die Beobachtungen, wie es die Regel sein dürfte, in einer (hinreichend strukturierten und nach bestimmten Kriterien auswertbaren) Akte vermerkt und damit in einem „Dateisystem" i.S.v. Art. 4 Nr. 6 der DSGVO bzw. Art. 3 Nr. 6 der JI-Richtlinie gespeichert werden sollen.[50] Dementsprechend dürften strafprozessuale Grundrechtseingriffe in der Tat (fast immer) mit einer Verarbeitung von Daten einhergehen, die (wiederum fast immer) irgendeiner zumindest identifizierbaren Person zugeordnet werden können.[51] Aber ist es denn gerade diese Verarbeitung, die auf die Einwilligung des Betroffenen überhaupt gestützt werden müsste? Bestehen bspw. die besonderen Anforderungen, die das GG und die StPO an die Durchsuchung von Wohnraum stellen, gerade deshalb, weil sie vor der damit einhergehenden Datenverarbeitung schützen sollen? Wäre es so, müsste nicht erst das physische Betreten der Wohnung oder deren Überwachung mittels technischer Vorrichtungen, sondern schon die schlichte Wahrnehmung des Wohnungsinneren von außen als entsprechend gravierender Eingriff in Art. 13 GG gewertet und damit an besondere materielle und formelle Voraussetzungen gebunden werden. Jedenfalls ohne gezielten Einsatz technischer Hilfsmittel ist das jedoch nicht der Fall,[52] weshalb eine solche Maßnahme (so es sich nicht zugleich um eine längerfristige Observation gem. § 163f StPO handelt) auf die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO gestützt werden kann.[53] Auch die Durchsicht von im Rahmen einer Hausdurchsuchung aufgefundenen Papieren und elektronischen Speichermedien gem. § 110 StPO wird, jedenfalls nach ganz überwiegender Auffassung, nicht an Art. 13 GG, sondern an Art. 14 GG oder am allgemeinen Persönlichkeitsrecht bzw. am Recht auf informa-

[45] Vgl. *Köhler* (Fn. 17), § 500 Rn. 2; *Böß*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 15), StPO § 500 Rn. 7.

[46] Einer bislang nicht erfolgten Korrektur des Gesetzgebers wird man dagegen als bloßem Schweigen wenig entnehmen können, so aber *Graf*, in: Barthe/Gericke (Fn. 44), § 500 Rn. 5, § 500 Rn. 5.

[47] *Rückert* (Fn. 4), S. 520 f.

[48] Vgl. *Ernst*, in: Paal/Pauly (Fn. 31), BDSG § 1 Rn. 5; *Gola/Reif*, in: Gola/Heckmann (Fn. 22), BDSG § 1 Rn. 5 m.w.N.

[49] *Schild*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Fn. 24), BDSG § 46 Rn. 7a; siehe auch *Rückert* (Fn. 4), S. 156.

[50] Vgl. *Roßnagel*, in: Smitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2025, DSGVO Art. 2 Rn. 16, Art. 4 Rn. 7 ff.; *Bäcker*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Fn. 24), DS-GVO Art. 2 Rn. 4; *Ernst* (Fn. 48), DS-GVO Art. 2 Rn. 7 ff.; *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Fn. 24), DS-GVO Art. 2 Rn. 17 ff.

[51] Vgl. *Rückert* (Fn. 4), S. 246.

[52] Vgl. *Kluckert*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 8), Art. 13 Rn. 8; *Papier*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 8), Art. 13 Rn. 117.

[53] Zu deren Reichweite *Erb*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 5/1, 27. Aufl. 2018, StPO § 161 Rn. 5 ff.; *Kölbel/Ibold*, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 161 Rn. 6 ff.

tionelle Selbstbestimmung gemessen.[54] Es zeigt sich daran beispielhaft, dass zwischen dem Schutz des der Öffentlichkeit entzogenen (gegenständlichen) Rückzugsraums und dem der dort belegenen (personenbezogenen) Informationen zu differenzieren ist: Ersteren garantiert Art. 13 GG, Letzteren Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.[55]

Entsprechend muss dann auch hinsichtlich einer etwaigen Einwilligung unterschieden werden: Für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Hausdurchsuchung unter dem Gesichtspunkt der §§ 102 ff. StPO ist deshalb allein entscheidend, ob der Inhaber des Hausrechts den Strafverfolgern wirksam den Zutritt zu seinen eigenen vier Wänden gewährt hat. § 51 BDSG oder die sonstigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen sind deshalb (so man sie denn für anwendbar hält) ausschließlich hinsichtlich der mit der Wohnungsdurchsuchung einhergehenden (oder ihr nachfolgenden) Verarbeitung personenbezogener Daten relevant. Weil Letztere aber „nur" in das informationelle Selbstbestimmungsrecht eingreift, bemisst sich ihre Rechtmäßigkeit nicht nach den besonderen Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung. Vielmehr kann sie – je nach Eingriffsintensität – auf die Ermittlungsgeneralklauseln bzw. § 110 StPO gestützt werden.[56] Deren Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 2 der JI-Richtlinie hat *Rückert* zwar bestritten, weil sie nicht explizit angeben, welche Art von Daten auf ihrer Grundlage verarbeitet werden dürfen. Allerdings lässt sich Erwägungsgrund 33 der JI-Richtlinie entnehmen, dass kein gesonderter parlamentarisch verabschiedeter Gesetzestext erforderlich ist, sofern die Grenzen staatlichen Handelns hinreichend voraussehbar bleiben. Es erscheint daher ausreichend, wenn sich aus der Systematik der StPO (bzw. des jeweiligen Fachrechts) ergibt, dass bei Fehlen einer solchen ausdrücklichen Nennung im Wortlaut der jeweiligen Befugnisnorm auf ihrer Grundlage potentiell sämtliche Arten von Daten erhoben werden können.[57] Sieht man das so und hält die genannten Ermächtigungsgrundlagen für richtlinienkonform, kommt es auf eine den Anforderungen von § 51 BDSG genügende Einwilligung in die mit dem strafprozessualen Grundrechtseingriff einhergehende Erhebung personenbezogener Daten daher überhaupt nicht an.

Am Beispiel des Sachverhalts, der dem vorhin erwähnten Beschluss des LG Kiel zugrunde lag: Der Aspekt des polizeilichen Vorgehens, der der besonderen Rechtfertigung bedarf und der ohne wirksame Einwilligung nur unter den Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO legal ist, ist das Eindringen in den geschützten Privatbereich des PKW, nicht die anschließende Informationsverarbeitung qua Wahrnehmung der im Kofferraum befindlichen Betäubungsmittel, die nach dem Gesagten schlicht auf § 163 Abs. 1 S. 2 StPO als der gem. § 47 Abs. 1 BDSG insofern geforderten Rechtsgrundlage gestützt werden kann (konsequenterweise nicht anders also, als wäre der Inhalt des Kofferraums von vornherein von außen einsehbar gewesen). Ähnlich liegt es bei der anderen umstrittenen Konstellation: der Atemalkoholmessung. Was hieran problematisch ist, ist nicht die in dem Ablesen des Werts liegende Datenerhebung,[58] sondern die Art und Weise, wie diese Information produziert wird, nämlich durch eine polizeilich veranlasste Mitwirkung am Messvorgang als eines potentiell selbstbelastenden Vorgehens, dessen Freiwilligkeit in Zweifel steht.[59] Dies, die Freiwilligkeit, ist denn auch das eigentliche Problem von Einwilligungen in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen und der Grund, weshalb manche ihre Wirksamkeit zumindest daran knüpfen, dass der sie Abgebende darüber belehrt wurde, zu einer Mitwirkung nicht verpflichtet zu sein.[60] Diese Frage und alle weiteren, die sich an diese Problematik anschließen, haben indes nichts mit den von § 51 BDSG statuierten Anforderungen an eine Einwilli-

[54] BVerfG NStZ 2002, 377; BVerfG BeckRS 2003, 21321; BVerfG NJW 2003, 2669 (2670 f.); BVerfGE 113, 29 (45 ff.); BVerfG NJW 2018, 3571 (3572 Rn. 23); *Kluckert* (Fn. 52), Art. 13 Rn. 7; siehe auch *Dallmeyer* (Fn. 40), S. 61 f.; *Löffelmann* (Fn. 1), S. 133; *Greco*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, S. 485 (488). Es gibt indes auch Entscheidungen, in denen das BVerfG den Schutzbereich von Art. 13 GG auf die aus der räumlich geschützten Sphäre entnommenen Informationen erstreckt, siehe BVerfGE 109, 279 (375). Da evident ist, dass für die Verwendung dieser Informationen nicht neuerlich in die geschützte Sphäre eingedrungen wird, bedarf die letztgenannte Entscheidung, auch vor dem Hintergrund der zuvor genannten Judikate, einer Erklärung. Eine solche könnte darin liegen, dass es in ihr um den „Großen Lauschangriff" ging und Art. 13 GG in diesem Zusammenhang eher wie ein Grundrecht auf geschützte Kommunikation angesprochen ist. Als solches soll es das Vertrauen des Einzelnen schützen, innerhalb eines bestimmten privaten Raums frei sprechen zu können, und fungiert damit ähnlich wie Art. 10 GG, was denn auch den dortigen Verweis auf die Entscheidungen BVerfGE 100, 313 (360) erklärt. Es liegt dann nahe, diese Garantie auch auf die nachfolgende Auswertung der erhobenen Informationen zu erstrecken, weil sich dann gerade darin die zu verhütende Gefahr realisiert. Zu pauschal ist daher auch die Annahme, die Beweisverwertung greife nochmals in das durch die Erhebung betroffene Grundrecht ein (so u.a. aber *S. Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1991, S. 34; *Weil* [Fn. 37], S. 104).

[55] Vgl. *Bull*, Informationelle Selbstbestimmung, 2. Aufl. 2011, S. 59.

[56] Vgl. *Rogall* (Fn. 1), 65 ff.; *Hauschild* (Fn. 11), § 110 Rn. 1.

[57] Dies zumal die Abhilfe, die *Rückert* (Fn. 4), S. 535, für den von ihm angenommenen Mangel der deutschen Rechtslage vorschwebt, ja schlicht darin besteht, in den betroffenen Befugnisnormen jeweils explizit den Passus aufzunehmen, dass auf ihrer Grundlage „personenbezogene Daten aller Art" erhoben werden dürfen, was in Sachen Vorhersehbarkeit, Machtbegrenzung etc. ein überschaubarer rechtsstaatlicher Gewinn sein dürfte.

[58] Vgl. insoweit auch *Verrel*, NStZ 1997, 415 (418).

[59] *Geppert*, NStZ 2014, 481 (484 ff.); ausführlich *Sieber* (Fn. 15), S. 28 ff., 64 ff., 90 ff.

[60] *Geppert*, NStZ 2014, 481 (485 f.); *Sieber* (Fn. 15), S. 64 ff., 90 ff., die deshalb bezeichnenderweise kein einziges Mal auf § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 51 BDSG zu sprechen kommt.

gung zu tun, sondern sind genuin strafprozessrechtsdogmatischer Natur.

b) Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und der Zweck des Datenschutzes

Das hängt damit zusammen, dass solche Ermittlungsmaßnahmen das spezifische Anliegen des Datenschutzes, wie er im BDSG vorgesehen ist, nicht oder nur am Rande berühren. Grob gesagt, wird man dieses vor allem im Schutz der informationellen Selbstbestimmung erblicken können, d.h. im Schutz des Rechts eines jeden Einzelnen, grundsätzlich selbst darüber zu bestimmen, wer welche Informationen über ihn haben soll.[61]

Um den Sinn eines solchen Rechts gleichsam ex negativo zu veranschaulichen, findet sich in diesem Zusammenhang oft der Verweis auf das *Orwell*'sche Horrorszenario, in dem der Einzelne davon ausgehen muss, jederzeit und überall überwacht werden zu können.[62] Dass das kein mit dem GG vereinbarer Zustand wäre, ist allerdings auch ohne Kreation eines eigenen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung klar. Dessen Erfindung dient daher dazu, weit im Vorfeld eines solchen Extrems einer totalitären Gesellschaft anzusetzen, und schon dem diffusen Bedrohungsgefühl entgegenzuwirken, das sich dem BVerfG zufolge möglicherweise einstellt, wenn der Einzelne nicht weiß, wer was über ihn weiß und für welche Zwecke etwaiges Wissen verwendet wird, und das ihn davon abhalten könnte, seine ihm grundrechtlich verbürgten Freiheiten auszuüben.[63] Dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem auf ihm aufbauenden Datenschutz geht es deshalb im Wesentlichen um die Regulierung von Wissen und der darauf gründenden Machtverhältnisse,[64] weshalb es nur konsequent ist, dass es die Verarbeitung personenbezogener Daten unter einen grundsätzlichen Erlaubnisvorbehalt stellt. Nun kann sich die soeben skizzierte Bedrohungslage, die das Datenschutzrecht zu bannen sucht, in den verschiedenen Weisen der Datenverarbeitung je nach der mit ihr verbundenen konkreten Zwecksetzung und Lagerung des Falls selbstverständlich in ganz unterschiedlichem Maße manifestieren. Denn auch wenn es nach dem derzeitigen Stand der technischen Möglichkeiten der Datenverknüpfung in den berühmten Worten des BVerfG kein „belangloses Datum" mehr gibt,[65] gibt es mit Blick auf den Zweck des Datenschutzes sehr wohl belangvollere und weniger belangvolle Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht bis hin zu solchen, die materiell kaum der Rechtfertigung bedürfen (mögen sie auch wegen des Gesetzesvorbehalts irgendeiner Ermächtigungsgrundlage bedürfen).[66] Zu diesen gehören, wie schon gesehen, die hier angesprochenen strafprozessualen Grundrechtseingriffe. Obgleich sie aus anderen Gründen (etwa Art. 13 GG oder Art. 2 Abs. 2 GG) äußerst empfindlich und deshalb besonders legitimationsbedürftig sein können – was die Informationen selbst betrifft, die durch sie erlangt werden sollen, sind sie es solange nicht, wie diese ausschließlich zu dem unmittelbaren Zweck der Verfolgung einer konkreten Straftat genutzt werden. Denn dann geht es um die Rekonstruktion eines singulären, zur allgemeinen Zeitgeschichte rechnenden Sachverhalts um des Ziels willen, ihn strafrechtlich zu bewerten und zu einer Entscheidung zu gelangen,[67] nicht aber darum, durch das Sammeln und Verknüpfen von Daten ein möglichst großes allgemeines Wissen über die je betroffene Person zu generieren. Insofern fehlt es an der spezifischen Gefahr für das informationelle Selbstbestimmungsrecht, vor der das Datenschutzrecht schützen soll, weshalb dessen Belange in diesem Zusammenhang kaum tangiert werden. Anders formuliert: Während das Datenschutzrecht, vereinfacht gesagt, den Zugriff auf und den Umgang mit bestimmten Informationen begrenzen soll, begrenzen die den Einzelnen schützenden Normen des Strafprozessrechts primär die Art und Weise, zu Informationen zu gelangen, eher den Weg zur Information als den Zugriff auf diese selbst.

Selbst, wo dies anders zu sein scheint und der Privat- und Intimbereich der Ermittlung bestimmter Informationen strafprozessrechtlich Schranken setzt, wie etwa bei der Telekommunikationsüberwachung oder der Auswertung von Tagebüchern, ist die Zielsetzung doch eine andere als die des Datenschutzes. Denn (in strafprozessualer Perspektive) geht es auch dort nicht um die Informationen als Quell von Wissen über bestimmte, den Einzelnen betreffende Sachverhalte,[68] auf die der Staat zu dessen effektiverer Kontrolle in Zukunft zurückgreifen kann, m.a.W. nicht um die Informationen unter dem Gesichtspunkt potentiell machtvollen, gefährlichen Wissens, sondern um den Schutz vor dem Einbruch in eine als tabu ausgewiesene Sphäre selbst. So ist etwa ein Eingriff wie die körperliche Durchsuchung oder Untersuchung gerade

[61] Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.); weiterführend *Bull* (Fn. 55); *ders.*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, S. 18 ff., 49 ff.; *Zimmermann*, Datenschutz und Demokratie, 2021, S. 58, 65 ff.

[62] Siehe die Nachweise bei *Zimmermann* (Fn. 61), S. 26 Fn. 67, der auch noch auf den ebenfalls immer wieder herangezogenen anderen Dystopie-Klassiker „Brave New World" von *Aldous Huxley* (1932) hinweist.

[63] Vgl. BVerfGE 65, 1 (43); *Amelung* (Fn. 1), S. 31 f.; *Zimmermann* (Fn. 61), S. 31, 36, 99 ff.; *Böhme-Neßler*, DVBl 2015, 1282 (1283 f.); siehe auch *Rössler*, Der Wert des Privaten, 2001, S. 201 ff.; krit. wiederum *Bull* (Fn. 55), S. 29 ff., 63 ff.; *ders.* (Fn. 61), S. 20.

[64] *Zimmermann* (Fn. 61), S. 99 f.; *Bull* (Fn. 61), S. 37 ff.; siehe auch *Rössler* (Fn. 63), S. 204 ff.

[65] BVerfGE 65, 1 (45).

[66] Deutlich *Bull* (Fn. 61), S. 28 ff.

[67] Vgl. *Greco* (Fn. 54), S. 504.

[68] Was der Begriff der Information bedeutet, hängt selbstverständlich vom jeweiligen Kontext ab – in dem des Datenschutzrechts liegt es vor dem Hintergrund des skizzierten Schutzzwecks nahe, Informationen schlicht als Vermittler von Wissen oder Kenntnissen zu deuten; vgl. dazu *Bull* (Fn. 61), S. 9 ff., 13 f.; *Zimmermann* (Fn. 61), S. 56 ff. Näher zum Begriff *Vesting*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 219 (219 ff.); *Haase*, Datenschutzrechtliche Fragen des Personenbezugs, 2015, S. 120 ff.

wegen dieser Überschreitung einer als schamvoll markierten Grenze (sowie, versteht sich, wegen etwaiger Gesundheitsrisiken) besonderer Rechtfertigung bedürftig und nicht, weil die mit ihr zwangsläufig wahrgenommenen Informationen über die Intimsphäre des jeweils Betroffenen das Wissen des Staates über seine Bürger mehrte, wie ja auch daran deutlich wird, dass diese, lägen sie für die Strafverfolgungsbehörden von vornherein offen zu Tage, zur Tataufklärung ohne Weiteres verwendet werden dürften.

Im Kern datenschutzrechtliche Belange sind dagegen betroffen, wenn es um die über das jeweilige Strafverfahren hinausgehende Verarbeitung der in diesem Kontext gewonnenen Informationen geht, etwa durch ihre Verwendung mit anderer Zielsetzung, ihre Speicherung, nachdem sie ihren eigentlichen strafprozessualen Zweck schon erfüllt haben, oder ihre Übermittlung, insbesondere wenn damit zugleich eine Zweckänderung verbunden ist;[69] desgleichen, wenn die personenbezogenen Daten von einer großen Zahl Nicht-Verdächtiger verarbeitet werden müssen, vor allem dann, wenn es sich um besonders sensible Daten i.S.v. § 46 Nr. 14 BDSG handelt wie bei § 81h StPO.

3. Datenschutz und Beweisverwertung

Welche Bedeutung hat das Datenschutzrecht nun für die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangten Beweismaterials? Wie vorhin erwähnt, meint *Singelnstein* etwa, es verbiete eine solche Verwertung zwar nicht rundheraus, verlange aber materiell, dass das daran bestehende Interesse der Allgemeinheit das Interesse desjenigen, von dem die Daten stammen, überwiegt, was formell eine die abzuwägenden Faktoren im Einzelnen benennende Rechtsgrundlage erforderlich mache, an der es bislang fehle.[70] Diese Überlegung fußt auf der Prämisse, dass es sub specie Datenschutz einen Unterschied macht, ob legal oder illegal erlangtes Beweismaterial verwertet wird. Da es ja jeweils – unabhängig von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit ihrer Herkunft – inhaltlich um dieselben Informationen geht, versteht sich das allerdings nicht von selbst. Denn unter dem Blickwinkel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist vor dem Hintergrund der oben skizzierten teleologischen Erwägungen gerade der Inhalt der jeweiligen Informationen der maßgebliche Faktor, der (insoweit) über ihre Schutzwürdigkeit entscheidet, nicht die Art und Weise, wie sie erlangt wurden oder der Weg zu ihnen. *Unter diesem Gesichtspunkt* ist die Verwertung rechtswidrig erlangter Informationen kein intensiverer Eingriff als die rechtmäßig erlangter und sie bedarf deshalb auch keiner besonderen Rechtfertigung, derer es sonst nicht bedürfte: Allein, was das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft, wiegt das Interesse des Einzelnen daran, über seine Informationen selbst zu verfügen, nicht schon deshalb schwerer, weil diese auf eine rechtswidrige Art und Weise erhoben wurden, und *insoweit* ändert sich daher auch nichts an der vorzunehmenden Abwägung mit dem gegenläufigen Interesse der Allgemeinheit, ebenjene Informationen zu verwenden.[71] Das wäre nur dann anders, wenn der Betroffene das Recht hätte, die Information ihrem Inhalte nach der Kenntnis durch andere vollständig zu entziehen (dazu sogleich), wofür die Frage der dann selbstverständlich ebenfalls rechtswidrigen Beweiserhebung indes wiederum irrelevant wäre. Ansonsten beurteilt sich die Rechtmäßigkeit der mit der Beweisverwertung einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten, rein datenschutzrechtlich gesehen, im Fall der initial rechtswidrigen wie dem der rechtmäßigen Beweiserhebung jeweils gleich: Es bedarf in beiden Fällen gleichermaßen einer Rechtsgrundlage. Für Polizei und Staatsanwaltschaften steht eine solche mit der Ermittlungsgeneralklausel zur Verfügung, während es für die gerichtliche Beweisverwertung (den eigentlichen Zankapfel der Debatte) an einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage fehlt. Weil, jedenfalls der Konzeption der StPO nach, das Kernstück des Strafverfahrens die Beweisaufnahme vor Gericht ist und die Tätigkeit davor nur der Sammlung und Sicherung des dann öffentlich und mündlich (usw.) zu erörternden Beweismaterials dient, ist unzweifelhaft, dass die StPO die darin liegende Verarbeitung personenbezogener Daten als selbstverständlich rechtmäßig voraussetzt. Das Gericht darf den Beschuldigten bekanntlich vernehmen (§§ 136, 243 Abs. 5 StPO), Zeugen und Sachverständige sogar gegebenenfalls zur Auskunft zwingen (§§ 58, 69, 70, 72, 78 StPO) Urkunden verlesen (§ 249 StPO), Dinge in Augenschein nehmen (§ 86 StPO). All diese Normen lassen sich als Ermächtigungsgrundlagen für die Erhebung der jeweiligen Beweise oder „Daten" deuten, über deren Gehalt und Bedeutung für den konkreten Fall daran anschließend in einem gem. § 268 Abs. 2 StPO i.V.m. § 169 GVG grundsätzlich öffentlich verkündeten, schriftlich zu fixierenden Urteil (§§ 267, 275 StPO) das Gericht gem. § 261 StPO „entscheiden" und damit auch die dafür erforderlichen Informationen verarbeiten darf (und soll).[72] Wie immer man dazu steht: Der Punkt an dieser Stelle ist ohnehin nur der, dass die Frage, ob es eine in datenschutzrechtlicher Hinsicht zureichende Rechtsgrundlage gibt, nicht davon abhängt, ob auf rechtmäßigem oder rechtswidrigem Wege erlangte Beweismittel verwertet werden.

*Amelung*s Lehre von den Informationsherrschaftsrechten zieht deshalb zwar ebenfalls die allfällige, aus der rechtswidrigen Beweiserhebung resultierende Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts heran, um von ihr ausgehend die Unverwertbarkeit des daraus sich ergebenden Beweismaterials zu begründen. Sie stützt diese jedoch nicht auf den anderenfalls erfolgenden unverhältnismäßigen Eingriff in jenes Recht, sondern darauf, dass seinem Inhaber aus der

[69] Die veröffentlichten Entscheidungen zur Anwendung des BDSG im Strafverfahren setzen sich daher v.a. mit Ansprüchen auf Löschung oder Berichtigung gespeicherter Daten auseinander OLG Frankfurt a.M. ZD 2023, 688; BayObLG ZD 2020, 359; BayObLG BeckRS 2023, 29826; BayObLG BeckRS 2024, 22054; OLG Hamm BeckRS 2021, 34100.

[70] *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (643 f.).

[71] Vgl. die Argumentation von *Löffelmann* (Fn. 1), S. 133 ff.

[72] Vgl. BVerfGE 106, 28 (48 f.); BVerfGE 130, 1 (29, 35 f.); BVerfG NJW 2010, 2937 (2938 Rn. 10); BGH NJW 2011, 1827 (1829 Rn. 18); *Rogall*, JZ 2008, 818 (822 f., 825). Für § 244 Abs. 2 StPO als Rechtsgrundlage dagegen *Jahn* (Fn. 40), S. C 68 ff.

initialen Verletzung staatshaftungsrechtlich ein Folgenbeseitigungsanspruch erwachse, der ihn berechtige, die Nutzung der rechtswidrig erlangten Informationen zu untersagen (und der als subjektives öffentliches Recht von den Gerichten von Amts wegen zu berücksichtigen sei).[73] Andere Exponenten dieses Ansatzes ziehen als Anspruchsgrundlage demgegenüber statt des Folgenbeseitigungsanspruchs den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch heran, darauf kommt es hier aber nicht an.[74] Interessant ist in diesem Zusammenhang nur, dass die Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten die Verwertbarkeit von unter Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts erlangten Beweismitteln materiell nicht von einer Abwägung abhängig macht, sondern sie schlichtweg deshalb verneint, weil der Staat dem Rechtsinhaber (nach *Amelung*: sekundärrechtlich) darauf haftet, die Folgen des von ihm herbeigeführten rechtswidrigen Zustands zu beheben: Jedenfalls zu Lasten des Beschuldigten dürfen sie danach also ohne Einverständnis des Rechtsinhabers überhaupt nicht verwertet werden, eine Abwägung findet nicht statt.[75]

Trotz der unverkennbaren Affinität dieser Lehre zu datenschutzrechtlichen Erwägungen, die dazu führt, dass sie in diesem Kontext immer wieder zitiert wird,[76] gehört sie deshalb recht eigentlich nicht mehr zu dem, was hier Thema sein soll. Interessant ist sie insoweit aber deshalb, weil sich an ihr ein Problem zeigt, das sich ergibt, wenn man, wie es im Kontext des Datenschutzes nicht selten geschieht, das informationelle Selbstbestimmungsrecht als ein Herrschaftsrecht an Informationen konzipiert und dadurch unweigerlich Assoziationen zu dinglichen Rechten, allen voran zum Eigentum, hervorruft.[77] Versteht man Informationen als Wissen über oder Kenntnis von etwas, ist jedenfalls für den Kontext des Strafverfahrens klar, dass es problematisch ist, sie in Analogie zu rivalen Gütern wie Sachen und den an ihnen möglichen Rechten zu konzipieren. Keinem der daran Beteiligten ist eine Information als das in mannigfaltigster Weise ausdrückbare Wissen über einen gewissen Sachverhalt,[78] in der Weise zugeordnet, dass er an ihr ein Herrschaftsrecht hätte, das es ihm, einem dinglichen Recht gleich, gestattete, andere von ihm auszuschließen, das entsprechende Wissen also zu unterdrücken.[79] Wie oben im Zusammenhang mit der Einwilligung bereits gesagt: Selbst wo das Strafprozessrecht bestimmte Geheimnisse nicht antastet, schützt es sie nur vor ihrer Offenbarung in bestimmter Form oder vor bestimmten Zugriffsweisen und damit die Sphäre oder den Kontext, dem sie entstammen, schließt dadurch aber die Nutzung der betreffenden Informationen als solche (ihrem Inhalt nach) keineswegs aus. Deshalb vermitteln weder Art. 10 GG noch Art. 13 GG im strengen Sinne ein Recht an den durch Telekommunikation übermittelten oder in der eigenen Wohnung belegenen Informationen als solchen, da diese ja, wie ebenfalls schon erwähnt, auf anderem Wege durchaus erlangt und strafprozessual verwertet werden dürfen. Entsprechendes gilt für die Aussage- und Auskunftsverweigerungsrechte: Zwar erscheinen auch sie zunächst wie passende Kandidaten für Informationsbeherrschungsrechte.[80] Die „Herrschaft" oder Rechtsmacht, die sie verleihen, betrifft indes gewissermaßen nur den Mund des je Berechtigten, nicht aber die Information überhaupt, die von dritter Seite selbstverständlich immer noch beigebracht werden darf.[81]

Die Annahme eines sekundärrechtlich durch Abwehr- und Folgenbeseitigungsansprüche bewehrten Herrschaftsrechts gerade an den Informationen selbst scheint, nimmt man sie wörtlich, (jedenfalls in diesem Kontext) in die Irre zu führen und die daraus abgeleiteten Beweisverwertungsverbote nicht adäquat begründen zu können. Dies lässt sich möglicherweise einfacher bewerkstelligen, wenn man auf den (ja nicht notwendigerweise auf die Informationsherrschaft in diesem engen Sinne bezogenen und insofern „breiteren") Schutzzweck der jeweiligen Beweiserhebungsvorschriften rekurriert, aber das gehört nun endgültig nicht mehr hierher.[82]

[73] *Amelung* (Fn. 1), S. 30 ff., 38 ff.; *ders.* (Fn. 40), S. 106 (gegen die Kritik von *Weßlau*, StV 1995, 278 [279]).

[74] Etwa *Störmer* (Fn. 40), S. 215 ff., 222 f.; *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998, S. 287 ff. Praktisch hat diese Frage kaum Bedeutung *Amelung* (Fn. 40), S. 52, 100.

[75] *Amelung* (Fn. 1), S. 52 ff., 57 ff.

[76] *Singelnstein*, NStZ 2020, 639 (643); siehe auch *Löffelmann* (Fn. 1), S. 74 ff. („Datenschutztheorie").

[77] Vgl. etwa *Rogall*, GA 1985, 1 (11 f.) m.w.N.; *ders*. (Fn. 1), S. 44 ff.; ihm zustimmend *Duttge*, Der Staat 36 (1997), 281 (303 ff.); *Greco* (Fn. 54), S. 503 f.; siehe auch *Amelung* (Fn. 1), S. 63.

[78] *Dallmeyer* (Fn. 40), S. 125; *Löffelmann* (Fn. 1), S. 75.

[79] *Müssig*, GA 2004, 87 (99); so jedenfalls verbal ja auch BVerfGE 65, 1 (43 f.).

[80] *Amelung* (Fn. 1), S. 34 f.

[81] Das betont auch *Müssig*, GA 2004, 87 (99), der das „Informationsverfügungsrecht" deshalb als ein auf die Verfahrensrolle des Beschuldigten bezogenes (relatives) Recht interpretiert, das es diesem erlaube, zum Vorwurf zu schweigen oder auszusagen (Stellung zu nehmen). *Amelung* (Fn. 40), S. 16 f., hat die damit angesprochene Selbstbelastungsfreiheit später aus genau diesem Grund nicht mehr als Informationsbeherrschungsrecht eingeordnet.

[82] Auch *Amelung* (Fn. 1), S. 44 f., hat die Nähe zu *Grünwalds* (JZ 1966, 489 [492 ff.]) „Schutzzwecktheorie" betont, den Vorteil seines Ansatzes aber u.a. darin gesehen, dass er ihn in einer anerkannten Rechtsfigur verankern kann. Der Vorteil, den eine auf den Schutzzweck der jeweiligen Beweiserhebungsvorschrift abstellenden Argumentation demgegenüber hat, ist der, dass sie es ermöglicht, sich von dem Bild der Informationsbeherrschung lösen und die einschlägigen Beweisverwertungsverbote dennoch begründen zu können. Dass etwa die rechtswidrig aus dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung" gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen, gründet danach weniger darin, dass der Betroffene andere von der Verwendung der aus diesem Kontext entnommenen Informationen ausschließen könnte, sondern schlicht darin, dass ihm insoweit eine Sphäre zusteht, in der er darauf soll vertrauen dürfen, vom Staat nicht überwacht zu werden (BVerfGE 100, 313 [359]; 109, 279 [314]), und es wertungswidersprüchlich wäre, ihm trotzdem erlangte Er-

V. Fazit

Aus den besonderen Erfordernissen, die § 51 BDSG für die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten stellt, folgt nichts für die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen. Denn es ist nicht die mit solchen Ermittlungsmaßnahmen fast immer verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten, derentwegen diese als besonders eingriffsintensiv und entsprechend legitimationsbedürftig beurteilt werden. Die Informationen als solche (ihrem Inhalt nach) sind den Strafverfolgungsbehörden zum Zweck der Strafverfolgung nicht prinzipiell entzogen, wie sich schon daran zeigt, dass diese sie über andere Wege theoretisch ja ohne Probleme in das Strafverfahren einführen könnten (wenn es denn der Wahrheitsfindung dient, darf und muss ein Zeuge auch über Intimstes vernommen werden). Was manche Ermittlungsmaßnahmen besonders eingriffsintensiv macht, ist in der Regel der Einbruch in eine bestimmte als schützenswert oder gar tabu ausgewiesene Sphäre, nicht der Inhalt der dort belegenen Informationen. Er ist der Grund, weshalb etwa an eine Durchsuchung, vor allem wenn sie den Wohnraum betrifft, so hohe Anforderungen gestellt werden, und diese Anforderungen sind es, hinsichtlich derer in Frage steht, unter welchen Voraussetzungen ihre Einhaltung durch eine Einwilligung des Betroffenen ersetzt werden kann. Die damit verbundene Erhebung personenbezogener Daten kann dagegen, solange sie ausschließlich zu dem Zweck erfolgt, den Verdacht einer Straftat aufzuklären, auf die Ermittlungsgeneralklausel als die gem. § 47 BDSG insoweit erforderliche Rechtsgrundlage gestützt werden. Eines Rückgriffs auf die Einwilligung bedarf es deshalb insoweit nicht, auf die Vorgaben des § 51 BDSG kommt es daher überhaupt nicht an. Ähnlich verhält es sich mit der Frage nach den Auswirkungen des Datenschutzrechts auf die Beweisverwertung. Auch von ihr lässt sich zwar sagen, dass sie als Verarbeitung personenbezogener Daten einer Rechtsgrundlage bedarf. Aber aus den schon genannten Gründen wiegt dieser Eingriff ebenfalls so leicht, dass er auch auf sehr allgemeine Normen gestützt werden kann, bei Verwertung durch das Gericht etwa auf die Vorschriften über die Einvernahme des jeweiligen Beweismittels und für die Beweiswürdigung auf § 261 StPO. Soweit die Informationen, die man den Beweismitteln entnehmen kann, ihrem Inhalt nach solche sind, auf die der Staat zum Ziel der Aufklärung einer Straftat zugreifen darf (es sich um ein Wissen handelt, das er zu diesem Zweck erlangen und benutzen darf), erlangt der in ihrer Verwertung liegende Eingriff in rein datenschutzrechtlicher Hinsicht auch nicht allein deshalb mehr Gewicht, weil sie auf rechtswidrige Weise erlangt wurden. Auch in diesem Fall genügen daher – allein, was das datenschutzrechtliche Erfordernis einer Rechtsgrundlage betrifft – die schon zitierten Normen.

kenntnisse vorzuhalten. Das erklärt dann auch zwanglos, weshalb solche Informationen (richtigerweise) nur zu Lasten des Betroffenen nicht verwertet werden dürfen (vgl. BVerfG-E 100, 313 [359]: Verwertung „zum Nachteil der Kommunikationspartner"; dazu allg. *Roxin/Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655; *Erb*, GA 2017, 113). Auch nach *Amelung* ([Fn. 1], S. 60, 98 ff.; [Fn. 40], S. 17) sollen Verwertungsverbote zwar i.Erg. Belastungsverbote sein – dies lässt sich in seinen Grundansatz indes nur schwerlich integrieren, krit. *Weßlau*, StV 1995, 278 (280).

Die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung in der Dogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums

Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Bauerkamp**, Bielefeld**

Der Erlaubnistatbestandsirrtum fällt nach herrschender Sichtweise als Sachverhaltsirrtum nicht unter § 17 S. 1 StGB; vielmehr wird es als sachgerecht wahrgenommen, jenen mit unterschiedlicher Begründung dem Rechtsfolgenregime des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu unterwerfen. Obwohl jenes ein Erfordernis der Vermeidbarkeit gerade nicht kennt, fordert das BayObLG, dass die sich im Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstands befindliche Angeklagte den Sachverhalt pflichtgemäß geprüft hat. Wie diese Forderung zum Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtums steht und ob sie dogmatisch überzeugen kann, soll im vorliegenden Beitrag näher betrachtet werden.

I. Einführung

> „Wer sein Verhalten irrig für erforderlich hält, um eine Gefahr abzuwenden, obwohl er diesen Irrtum hätte vermeiden können, wird rechtlich so behandelt, als hätte er um die mangelnde Erforderlichkeit seines Eingreifens gewusst."

So oder ähnlich könnte der aus der Entscheidung BayObLG – 206 StRR 227/24 abzuleitende Gehalt verkürzt formuliert werden. So fordert das BayObLG für das Durchdringen eines Erlaubnistatbestandsirrtums im Falle der irrigen Annahme von Umständen, bei deren Vorliegen ein rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) einschlägig wäre, dass der Angeklagte den Sachverhalt „pflichtgemäß geprüft hat" und sieht sich damit selbst auf der Linie der höchstrichterlichen Rechtsprechung.[1] In der Sache stellt es damit das Erfordernis der Vermeidbarkeit des Erlaubnistatbestandsirrtum im Kontext des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) auf.

Im Fall ging es um eine Strafbarkeit der Angeklagten u.a. wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG, die bei der Tat der Vorstellung unterlag, ihr drogensüchtiger Bruder werde durch die Verantwortlichen der JVA in einen sog. „kalten Entzug" versetzt, mithin vor allem nicht subsituiert. Die Angeklagte berief sich auf Basis dieser erwiesenermaßen falschen Vorstellung darauf, ihren Bruder vor den möglicherweise drastischen gesundheitlichen Entzugserscheinungen durch das Einbringen von Subutex-Tabletten in die JVA gerettet haben zu wollen.[2] Der *Senat* will nun die Frage, ob der so behauptete Erlaubnistatbestandsirrtum durchgreift, davon abhängig machen, ob die Angeklagte den Sachverhalt pflichtgemäß geprüft hat. Das LG habe sich dieser Fragestellung nicht hinreichend gewidmet.

Der Ursprung der Forderung nach der Vermeidbarkeit einer erlaubnistatbestandsirrtumsbegründenden Fehlvorstellung geht sachlich durchaus tiefer als es der mehr beiläufig wirkende Hinweis des BayObLG vermuten lässt. So entspricht sie dem sachlichen Gehalt einer seit längerem nicht mehr bemühten Rechtsprechungslinie von BGH und Reichsgericht.[3] Ob jene dogmatisch überzeugen kann, erscheint allerdings prima facie schon deshalb fraglich, weil sie im Gegensatz zur herrschenden Rechtsfolgenbehandlung des Erlaubnistatbestandsirrtum zu stehen scheint.[4] So wird nach derzeit herrschender Ausrichtung eine (vorsatz-)schuldbezogene Anleihe an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB bemüht,[5] der, im Gegensatz zu § 17 StGB – und § 35 Abs. 2 StGB – ein Kriterium der Vermeidbarkeit gerade nicht kennt. Ob es dennoch dogmatisch sachgerecht, naheliegend, oder gar zwingend ist, die Wirkung des Erlaubnistatbestandsirrtums von dessen Vermeidbarkeit in tatsächlicher Hinsicht abhängig zu machen, soll im Folgenden geklärt werden.

II. Erlaubnistatbestandsirrtum als „Wandler zwischen den Welten"

Der Erlaubnistatbestandsirrtum findet, anders als es etwa der Entwurf 1962 vorsah,[6] in der aktuellen Fassung des Strafgesetzbuchs keine explizite Erwähnung; über seine Voraussetzungen wie Rechtsfolgen schweigt sich das Gesetz mithin aus. Der Gesetzgeber überließ diese Frage damit Justiz und Wissenschaft. Das bedeutet im Übrigen nicht, dass der Irrtum mit dem geltenden Recht nicht handhabbar wäre – allerdings bedingt seine Eigenart als Sachverhaltsirrtum, der gleichsam

---

* Das Urteil ist online abrufbar unter https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2024-N-20107 sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 20107.

** Der *Autor* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie (Prof. *Dr. Michael Lindemann*) der Universität Bielefeld. Er dankt Prof. *Lindemann* und *Roman Kollenberg* für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise bei der Manuskripterstellung.

[1] BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

[2] BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 1 ff. 9.

[3] Vgl. so etwa RGSt 62 137 (138); 63, 215 (227); BGHSt 1, 329; 2, 111 (114); 3, 8 (9); 14, 1 (2); zu einer vollständigen Abbildung der einschlägigen Judikate des Reichsgerichts vgl. etwa *Vogel/Bülte*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 113 Fn. 325.

[4] Anschaulich *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 63, 83, die überzeugend konstatieren, dass sich die Rechtsprechung so in der Sache der sog. strengen Schuldtheorie annahm.

[5] Vgl. hierzu II. 2.

[6] Vgl. § 20 StGB-E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 14, 134 f.; mit Blick auf die Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale vgl. hierzu *Grünwald*, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 183 (187).

das Unrechtsbewusstsein tangiert, in Kombination mit der gesetzgeberischen Zurückhaltung in dieser Sache, eine dogmatische Unsicherheit, die es verbietet, eine Forderung wie die des BayObLG ohne vorhergehende Befassung mit dem Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtum zu verwerfen.

1. Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Unrechtsbewusstsein

Demjenigen, der einem Erlaubnistatbestandirrtum unterliegt, fehlt das Unrechtsbewusstsein, definiert als das Bewusstsein, mit seinem konkret vorgebrachten Verhalten strafrechtlich relevantes Unrecht zu tun.[7] Diese banal anmutende Erkenntnis muss der Ausgangspunkt einer jeden Betrachtung des Erlaubnistatbestandsirrtums sein. Mit Blick auf den von § 17 StGB erfassten Verbotsirrtum könnte der falsche Eindruck entstehen, das Unrechtsbewusstsein sei auf die bloße Verbotskenntnis, im Sinne des Bewusstseins, dass das konkrete Verhalten grundsätzlich unter ein strafbewehrtes Verbot fällt,[8] beschränkt. So wie das Unrecht einer Tat nicht allein davon abhängig ist, dass der Täter ein Verhalten vorbringt, welches kategorisch unter einen Verbotstatbestand subsumiert werden kann, kann auch das diesbezügliche Bewusstsein nicht auf den Verbotstatbestand beschränkt bleiben. Vielmehr besteht neben dieser generellen Wertungsdimension des Unrechts auch eine einzelfallbezogene Dimension, namentlich die der Erlaubnistatbestände. Derjenige, der einen Erlaubnistatbestand an seiner Seite weiß, handelt nicht rechtswidrig, verwirklicht mit seinem Verhalten also im Ergebnis kein strafrechtlich relevantes Unrecht. Dann muss dieser Umstand allerdings beim Unrechtsbewusstsein gleichermaßen Berücksichtigung finden – derjenige, der davon ausgeht, sein Handeln sei wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt, handelt also ohne Unrechtsbewusstsein. Daneben ist zumindest erwähnenswert, dass § 17 StGB von der „Einsicht, Unrecht zu tun" spricht und daher mit Blick auf den Wortlaut eine Einschränkung auf die Verbotskenntnis nicht zwingend andeutet.[9] Die amtliche Überschrift spricht hingegen vom „Verbotsirrtum" – ein Irrtum über das „Verbot" ist der Erlaubnistatbestandsirrtum allerdings zumindest so lange nicht, wie man Verbot als Verbotstatbestand und damit das *grundsätzliche* Verbotensein des vorgebrachten Verhaltens übersetzt.

Fehlt das Unrechtsbewusstsein irrtumsbedingt, löst § 17 StGB diesen Umstand grundsätzlich dadurch auf, diesen Irrtum für die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Deliktsbegehung als zumindest teilweise unerheblich zu erklären. So hindert das fehlende Unrechtsbewusstsein die Strafbarkeit – wegen der ursprünglich beurteilten, vorsätzlichen Tat[10] – nicht, sofern der Irrtum vermeidbar war (§ 17 S. 2 StGB). Es kommt für die Frage der Strafbarkeit mithin nicht auf ein aktuell vorliegendes, sondern – negativ definiert – darauf an, dass das Unrechtsbewusstsein nicht unvermeidbar fehlt. Man kann mithin vom Erfordernis eines ohne außergewöhnliche Anstrengungen[11] möglichen und insoweit *potenziellen* Unrechtsbewusstsein sprechen.[12]

Der Erlaubnistatbestandsirrtum fällt nach mehrheitlicher Auffassung dennoch gerade nicht unter § 17 StGB.[13] Begründet wird dies vornehmlich mit Wertungsgesichtspunkten: Der Betroffene verhalte sich auf Basis seiner Vorstellung gerade den Wertungen der Rechtsordnung entsprechend, treffe also unter Zugrundelegung seiner Geschehenswahrnehmung keine Wertungen, die der Rechtsordnung entgegenliefen.[14] Läge

[7] So auch *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020 § 16 Rn. 33, § 17 Rn. 18, „ihm fehlt die Unrechtseinsicht"; vgl. etwa auch *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 26 Rn. 43, der – zu Recht – davon ausgeht, dass auch ein Tatbestandsirrtum Auswirkungen auf das Unrechtsbewusstsein hat; so auch *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 75; vgl. auch die Definition bei *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2025, § 17 Rn. 6: „Inhalt des Unrechtsbewusstseins ist, dass der Täter den Widerspruch seines Handelns zur Strafrechtsordnung kennt".

[8] Ein so verstandener Begriff würde sowohl die Kenntnis des Verbots als auch die richtige Subsumtion erfassen, die jeweils Bezugspunkt eines Verbotsirrtums sind bzw. sein können, vgl. hierzu etwa *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 21 ff.

[9] So auch meist diejenigen Autoren (zumeist Vertreter der sog. strengen Schuldtheorie), die den Erlaubnistatbestandsirrtum unter § 17 StGB fassen wollen, vgl. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; heute etwa *Erb*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 205 ff.; mit Blick auf dies Systematik der ausdrücklich vom Gesetz erfassten Irrtümer auch *Paeffgen*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 403 (405 ff.).

[10] So könnte man freilich bei einem Irrtum mit Blick auf eine vorsätzliche Tat immerzu an die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung denken, hierzu sogleich. Vgl. in dieser Hinsicht eindeutiger § 9 Abs. 3 öStGB.

[11] Vgl. zu den Anforderungen an die Vermeidbarkeitsprüfung BGHSt 2, 194 (201); zur Rechtsprechungskasuistik vgl. *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (125 ff.); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 19 Rn. 7 ff.; *Murmann* (Fn. 7), § 26 Rn. 51 ff.; *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 7. Kap. Rn. 51 ff.

[12] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 1 mit zahlreichen Nachweisen zur Diskussion; kritisch etwa *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 17 Rn. 53 f. m.w.N.

[13] So etwa *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 465 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 753 f.; *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 5 Rn. 112 f.; a.A. etwa *Heuchemer* (Fn. 7), § 17 Rn. 34 f. m.w.N.; *ders.*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 144 ff.

[14] Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 754 f.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 465 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allge-

der Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht so, wie ihn sich der irrende Täter vorstellt, wären die von ihm getroffenen Entscheidungen diejenigen, die auch das Recht fordert bzw. zumindest toleriert. Diese Lage sei nicht mit der desjenigen vergleichbar, der durch seine falsche, rechtliche Einschätzung Wertungen treffe, die mit denen der Rechtsordnung kollidierten. Dieser Aspekt dringt vor allem mit Blick auf die Historie des § 17 StGB und insbesondere des Vermeidbarkeitskriteriums des S. 2 durch. So basiert die aktuelle Fassung des Gesetzes auf der Wendung der Rechtsprechung hin zur Schuldtheorie, die in BGHSt 2, 194 ihren Ursprung nahm.[15] Infolgedessen wurde das Unrechtsbewusstsein der Ebene der Schuld zugewiesen, und somit als Teil der der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens zugewiesenen Dimension der Tätervorstellung behandelt.[16] Fehlt dem Betroffenen irrtumsbedingt das Bewusstsein, dass sein Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist,[17] betrifft diese Frage mithin die Ebene des Schuldvorwurfs. Hiervon unabhängig bestehe die Handlungs- bzw. Tatbestandsebene, deren subjektives Element der Tatvorsatz sei.[18] Auf Grundlage dieser Teilung argumentierte der *Senat* für die Unschädlichkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtums wie folgt:

> „Der Schuldspruch bleibt daher im Einklang mit dem Schuldvorwurf. Denn der Gegenstand des Vorwurfes ist bei den im verschuldeten Verbotsirrtum begangenen vorsätzlichen Verbrechen auch und zunächst der bewußt auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete und deshalb rechtswidrige Handlungswille […].“[19]

Der Schuldspruch basiere mithin auf der Entscheidung des Betroffenen, ein Verhalten vorzubringen, das als strafrechtswidrig bewertet werden könne; hiervon zunächst unabhängig liege die Fragestellung, inwiefern ihm diese Entscheidung vorgeworfen werden könne. So wird mit Blick auf den Verbotsirrtum denn auch vorgebracht, dass derjenige, der einen in diesem Sinne rechtswidrigen Willen bildet, hierdurch einen Anreiz erfahren müsste, die Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen oder sich mit Blick hierauf zumindest zu informieren.[20] Insoweit müsse ein solcher Irrtum die Schuld nicht entfallen lassen, sondern könne auch nur die Vorwerfbarkeit mindern.[21] Während sich bei der Schaffung des § 21 StGB-E 1962 ausdrücklich auf diese Entscheidung berufen wurde, folgte auch der Gesetzgeber des 2. StrRG der damit verbundenen Entscheidung für die Schuldtheorie.[22] Bei genauerem Hinsehen ergibt sich hieraus der Ausschluss desjenigen, was vorstehend als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet wird. So wird im genannten Zitat auf den „rechtswidrige(n) Handlungswillen“ desjenigen abgehoben, der sich für eine Handlung entscheidet, die im Widerspruch zur Strafrechtsordnung steht. Der Ausgangspunkt des Schuldvorwurfs ist mithin, anders wird diese Passage kaum zu verstehen sein, dass der Betroffene willensmäßig ein Verhalten vorbringt, welches, gemessen an den Tatbeständen des Strafgesetzbuches, rechtswidrig ist; er produziert mithin Unrecht. Der *Senat* stellt insoweit darauf ab, dass er z.B. bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten den rechtlich missbilligten Erfolg gerade hervorrufen wollte (deshalb die Zentrierung auf den Willen) und insoweit im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Hiervon ist die Frage, ob er sich der Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst war, zunächst unabhängig. Allerdings greift i.E. die Begrenzung des *Senats* auf die Tatbestandsmäßigkeit des Handlungswillens zu kurz; im Sinne des Argumentationsgehalts scheint hiermit auch keine sinnvolle Begrenzung einherzugehen. Vielmehr schafft der Betroffene nur dann in einer als Basis eines potenziellen Schuldvorwurfs genügenden Weise Unrecht, wenn sein Wille auf ein Verhalten bezogen ist, das schlussendlich auch rechtswidrig ist. Denn: Zwar besteht wertungsmäßig ein Unterschied zwischen einem tatbestandsmäßigen, allerdings gerechtfertigten, und einem schon tatbestandslosen Handeln. Betreffend die Rechtfertigung eines Schuldvorwurfs scheint der Wille indessen nur dann rechtswidrig und insoweit als dessen Basis legitim, wenn die Vorstellung des Betroffenen letztlich auch auf die Schaffung von Unrecht gerichtet ist. Mit Blick auf den Vorwurf „rechtswidriger Handlungswille“ macht es mithin keinen Unterschied, ob die Handlung nicht tatbestandsmäßig oder „nur“ im Einzelfall gerechtfertigt ist.

meiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 71 ff.; siehe auch BGHSt 3, 105 (107): „an sich rechtstreu“; *Gaede* (Fn. 7), § 16 Rn. 34.

[15] Gegen eine entsprechende Orientierung bestehen nach Ansicht des BVerfG mit Blick auf die aktuelle gesetzgeberische Ausgestaltung auch keine durchgreifenden Bedenken, vgl. BVerfGE 41, 121 (124 f.).

[16] Siehe nur die Argumentation des *Senats* für die Schuldtheorie, BGHSt 2, 194 (208 f.).

[17] Richtigerweise bedarf es – freilich ohne zwingende Kenntnis des einschlägigen Straftatbestands – der Vorstellung, dass sein Verhalten strafrechtlich relevant ist. Dies wird von der Rechtsprechung weithin anders beurteilt. So ging etwa schon BGHSt 2, 194 (202) davon aus, dass der Täter nicht von der Strafrechtswidrigkeit seines Verhaltens ausgehen müsse, sondern „in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennen oder bei gehöriger Gewissensanspannung erkennen können.“; vgl. auch BGHSt 11, 263 (266); pointiert kritisch hierzu *Gaede* (Fn. 7), § 16 Rn. 9; vgl. auch *Heuchemer* (Fn. 7), § 17 Rn. 7 ff. Allerdings ist in dieser Hinsicht die systemimmanente Gewichtigkeit des Strafrechts und Wirkung der strafrechtlichen Pönalisierung zu beachten. So kommt dem Strafrecht die Rolle der Sozialkontrolle für besonders gewichtige Verhaltensnormverstöße zu (vgl. hierzu etwa *Lindemann/Bauerkamp*, GA 2024, 678 [679]). Diese strafrechtliche Signalwirkung würde unterminiert, würde man als Verbot in diesem Sinne kein strafbewehrtes Verbot, sondern jede Art Unrecht genügen lassen; vgl. zudem auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 12 ff.

[18] BGHSt 2, 194 (196 f.).

[19] BGHSt 2, 194 (208).

[20] So etwa *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 51.

[21] BGHSt 2, 194 (209 f.).

[22] BT-Drs. IV/650, S. 94, 135; vgl. *Roxin*/*Greco* (Fn. 4), § 21 Rn. 7.

Beim Erlaubnistatbestandsirrtum handelt der Betroffene zwar rechtswidrig – schließlich kommt ihm ein rechtfertigender Erlaubnissatz gerade nicht zugute, weil die in seiner Vorstellung irrig angenommene Rechtfertigungslage nicht besteht. Will man allerdings, wie es der *Senat* tut, gerade auf den rechtswidrigen Handlungswillen abstellen, und hierbei gleichzeitig die Rechtswidrigkeit nicht allein auf Grundlage des Tatbestands, sondern unter Einschluss etwaiger Rechtfertigungsgründe bestimmen, kann ernstlich bezweifelt werden, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum unter den vorgenannten, die konkrete rechtliche Umsetzung des § 17 StGB tragenden Gedanken fällt. Denn der Handlungswille, den der Betroffene fasst, ist gerade nicht rechtswidrig – in dessen Vorstellung liegt schließlich eine Lage vor, in der die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Zwar bringt der Betroffene willensgemäß das von ihm anvisierte Verhalten vor, weshalb der Irrtum auch auf Ebene der Zurechnung des Sachverhalts zur Person nicht durchschlägt. Allerdings irrt er sich über die einen Rechtfertigungsgrund begründenden Voraussetzungen, sodass, würdigt man den gefassten Willen unter den Voraussetzungen der Strafrechtswidrigkeit, dieser Wille nicht rechtswidrig sein kann. Insoweit bliebe zu konstatieren, dass dem Betroffenen beim Erlaubnistatbestandsirrtum zwar das Unrechtsbewusstsein fehlt, ihm ein i.S.d. § 17 StGB vorausgesetzter, aus einem rechtswidrigen Handlungswillen folgender Vorwurf aber gerade nicht gemacht werden kann. Vielmehr kann ihm letztlich allein der Vorwurf gemacht werden, in objektiver Hinsicht einen Sachverhalt hervorgebracht zu haben, der dem Recht entgegensteht.

Schließt man sich dieser Argumentation an,[23] stellt sich die Frage, wie die Strafrechtsordnung auf einen solchen Irrtum reagiert: Die Anwendbarkeit des § 17 StGB ist nach den vorstehenden Erwägungen ausgeschlossen. Eine vorsätzliche Tatbegehung liegt indessen unstreitig vor, solange man das Unrechtsbewusstsein als Teil der Schuld und nicht des Vorsatzes ansieht. Gleichzeitig irrt der Betroffene nicht über einen Tatumstand i.S.d. § 16 StGB. Hiermit ergibt sich eine gesetzgeberische Lücke, deren Schließung Gegenstand einer langwährenden Diskussion in Literatur und Rechtsprechung ist.[24]

2. Lösungsversuche als Ausfüllung der gesetzlichen Lücke

Als Lösungen dieser gesetzlichen Lücke haben sich mit der Zeit einige Ansätze herausgebildet, die vor allem darum bemüht sind, die als sachgerecht empfundene Handhabung des vorsatzausschließenden Sachverhaltsirrtums gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch für den Erlaubnistatbestandsirrtum zu ermöglichen.[25] Hierfür wird entweder versucht, die Fragestellung unmittelbar auf Ebene des Vorsatzes zu behandeln oder eine entsprechende Anwendung dieser Norm auf Ebene der Schuld und des Unrechtsbewusstseins zu ermöglichen. Unter der herrschenden Auffassung, nach der das Unrechtsbewusstsein als Bestandteil der Schuld betrachtet wird, wäre eine direkte Lösung über § 16 StGB nur gangbar, wenn man die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe als Tatumstände i.S.d. § 16 StGB sehen und sie so als negative Tatbestandsmerkmale gruppieren würde (sog. Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale).[26] Demnach erfordert der Vorsatz auf einen Gesamtunrechtstatbestand – neben der Vorstellung betreffend die Merkmale eines jeden Tatbestands – Wissen und Wollen mit Blick darauf, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes nicht vorliegen. Diese Ansicht wird herrschend zu Recht abgelehnt.[27] Hierfür wird etwa der Wertungsunterschied zwischen der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit vorgebracht, der im Übrigen über die separate Darstellung der Rechtfertigungsgründe in §§ 32 ff. StGB auch Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden hat.[28] So ergibt sich, wie obig dargestellt, ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen dem tatbestandlosen und dem gerechtfertigten Täter, wenngleich beide kein Unrecht schaffen.[29] Ein Gesamtunrechtstatbestand würde diesen nivellieren. Zudem wird darauf hingewiesen, dass diese Lehre mit den Grundsätzen der Vorsatzlehre kollidiert: So muss sich der Täter hinsichtlich etwaiger Tatbestandsmerkmale positive Vorstellungen machen; er muss etwa gerade davon ausgehen, dass er das Opfer bei einer vorsätzlichen Körperverletzung verletzt. Beim Nichtvorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes dürfte sich der Betroffene jedoch regelmäßig keine Vorstellungen über deren Nichtvorliegen, vielleicht sogar gar keine Vorstellungen betreffend etwaige Rechtfertigungsgründe machen.[30] Durchgreifend er-

[23] Anders diejenigen Autoren, die sich der strengen Schuldtheorie zuwenden, vgl. *Welzel* (Fn. 9), S. 168 ff.; heute etwa *Erb* (Fn. 9), S. 205 ff.

[24] Zur Überblicksdarstellung vgl. etwa *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 109 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 745 ff.; *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 128; *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, Problem 10.

[25] An dieser Stelle wird die mittlerweile contra legem stehende sog. Vorsatztheorie wegen der eindeutigen Festlegung in § 17 StGB ausgespart; vgl. zu den heutigen Vertretern *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 12 Rn. 121 f., § 14 Rn. 61a f.; vgl. auch *Heuchemer* (Fn. 13), S. 149 ff.

[26] *Kaufmann*, JZ 1954, 653 ff.; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (792); vgl. darstellend auch *Mitsch* (Fn. 7), § 14 Rn. 74.

[27] Vgl. nur *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 192 f., 749.

[28] *Frister* (Fn. 11), § 14 Fn. 45.

[29] Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 192 f.; instruktiv dazu *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 8 m.w.N.

[30] Vgl. hierzu *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116. Die Lage ist insoweit wohl auch nicht mit dem Umstand um das tatbestandsausschließende Einverständnis etwa beim Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) vergleichbar. Hier wird der Betroffene regelmäßig um die Tatsache wissen, sich zumindest aber in dieser Hinsicht ein Urteil gebildet haben, dass das Opfer mit dem Gewahrsamswechsel nicht einverstanden ist; a.A. *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 21.

scheint vor allem auch der gesetzeshistorische Einwand, nachdem der Gesetzgeber die Entscheidung über die dogmatische Handhabung des Erlaubnistatbestandsirrtums der Rechtsprechung und Wissenschaft überantwortet hat, mithin gerade nicht davon ausging, diesen ohne Weiteres über § 16 StGB zu lösen.[31]

So findet sich die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur denn auch in der sog. eingeschränkten Schuldtheorie und der damit einhergehenden analogen[32] oder entsprechenden[33] Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für den Erlaubnistatbestandsirrtum wieder. So wird die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Teil damit begründet, die Rechtsfolgen erschienen, gerade in Anbetracht der Tatsache, dass der Betroffene keine Wertungen träfe, die dem Recht entgegenstünden, sachgerecht. Das Verhalten laufe insofern am Wesen des Vorsatzes als Entscheidung „gegen das Recht" vorbei. Es bestehe folglich kein Vorsatz auf die Verwirklichung von Unrecht.[34] Zum Teil wird der Vorsatz hingegen – zusätzlich zur tatsächlichen Handlungsebene – als Schuldform verstanden und beim Vorliegen des Erlaubnistatbestandsirrtum abgelehnt. Die Vorsatzschuld setze eine rechtsfeindliche Gesinnung voraus, die dem Täter fehle, der sich einen Sachverhalt vorstelle, in dessen Verlauf er gerechtfertigt handele.[35]

Welcher dieser beiden Ansichten man nun folgen will, scheint für die hier behandelte Frage unerheblich, denn: In jedem Fall knüpfen sie an den Erlaubnistatbestandsirrtum die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dieser kennt das Kriterium der Vermeidbarkeit des Irrtums allerdings gerade nicht. Vielmehr verbleibt für diesen Fall allein die Alternative, in der mangelnden Vergewisserung vom Vorliegen der tatsächlichen Umstände einen Sorgfaltsmangel zu erblicken und eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht zu ziehen. Diese Regelung ist im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auch sachgerecht. Weshalb dies für die direkte Anwendung gelten soll, für eine auf der Ebene der Schuld hergeleitete analoge oder entsprechende Anwendung der Regelung hingegen nicht, ist nicht ohne Weiteres einsichtig. So liegt dem gerade die Annahme der Vergleichbarkeit der Konstellationen zugrunde. Es bedarf insoweit der näheren Analyse der Argumentation der überkommenen Rechtsprechungslinie.

III. Würdigung der traditionellen Rechtsprechungslinie – Vermeidbarkeit

Das BayObLG formuliert:

> „Das Landgericht […] hat jedoch zusätzlich verkannt, dass beim rechtfertigenden Notstand nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der der Senat folgt, ein Erlaubnistatbestandsirrtum und ein Entfall des Vorsatzes nur in Betracht kommen, wenn der Täter die Sachlage pflichtgemäß geprüft hat."[36]

Bei genauerem Blick auf dieses Bekenntnis wird klar, dass die dort in Bezug genommene Rechtsprechungslinie[37] weiter reicht als die Äußerungen des BayObLG es angesichts ihrer Kürze vermuten lassen. So postulieren die maßgeblichen Judikate das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung nicht allein mit Blick auf den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB), sondern umfassen auch den entschuldigenden Notstand sowie den entschuldigenden Putativnotstand (heute § 35 StGB),[38] den Nötigungsnotstand (§ 52 StGB a.F.),[39] dessen Einordnung umstritten war,[40] und den (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstand.[41] Der Ursprung und vor allem die Legitimität des vom BayObLG adaptierten Gedankens lassen sich mithin nur dann eindeutig beurteilen, wenn man ihn in diese Gesamtjudikatur einordnet. Dieser Befassung in Teilen vorgreifend, möchte der vorliegende Beitrag hierzu folgende Hypothese aufstellen: Zur Annahme des Erfordernisses einer sorgfältigen Prüfung des Sachverhalts für den Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums hinsichtlich der Voraussetzungen des § 34 StGB kann nur gelangen, wer nicht sachgerecht zwischen den verschiedenen Arten des Notstands sowie ihrer Wirkung (rechtfertigend oder entschuldigend), den ihnen zugrundeliegenden Rechtsgedanken, dem tatsächlichen Vorliegen der

[31] So etwa auch *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 12), § 16 Rn. 13; *Frisch* (Fn. 13), § 5 Rn. 116.

[32] Sog. rechtsgrundverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, vgl. etwa BGHSt 49, 34 (44); BGH NStZ 2012, 273 (274); *Kühl* (Fn. 14), § 13 Rn. 73 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 87a; *Frister* (Fn. 11), § 14 Rn. 29 ff.

[33] Sog. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie, vgl. etwa *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (46); *ders*., in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 155 (169 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 759 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 30 Rn. 22; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 742 f.

[34] Vgl. nur *Frister* (Fn. 11), § 14 Rn. 33; *Kühl* (Fn. 14), § 13 Rn. 72.

[35] So etwa, neben den in Fn. 33 genannten Autoren, *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 464 f.

[36] BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

[37] Das BayObLG zitiert allein BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4; BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8; vgl. überdies die hier in Fn. 3 genannten Judikate.

[38] BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4; BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8.

[39] Vgl. etwa BGHSt 18, 311 (312), wo gleichzeitig behauptet wird, dass dem Betroffenen trotz „gewissenhafter Prüfung" noch fahrlässig ein Umstand verborgen bleiben, was wiederum eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bedingen könne. Unter dieser Prämisse wären diejenigen Voraussetzungen, die an die gewissenhaft bzw. sorgfältige Prüfung des Sachverhalts zu stellen wären, vollkommen schleierhaft.

[40] Vgl. hierzu *Zieschang*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 35 Entstehungsgeschichte.

[41] RGSt 62, 137 (138); 63, 215 (226 f.); 64, 101 (104); 77, 113 (116); BGHSt 1, 329 (331); 2, 111 (114); 3, 7 (9); 14, 1 ff.

jeweils notwendigen tatsächlichen Umstände, deren irrtümlicher Annahme und den jeweiligen Voraussetzungen, die an den Notstandstäter gestellt werden, differenziert. Diese (potenzielle) Verwirrung muss daher aufgelöst werden.

1. Forderung vor dem Hintergrund des entschuldigenden Notstands

Die vom BayObLG selbst vorgebrachten Judikate betreffen beide den entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB). So wird etwa in BGH – 5 StR 51/86 konstatiert, dass die „Voraussetzung für die Anerkennung eines wirklichen wie auch des vermeintlichen Notstandes ist, daß der Täter die Frage, ob die Gefahr auf andere, ihm zumutbare Weise abwendbar ist, gewissenhaft geprüft hat".[42] Dies sei nicht erst seit der Normierung in § 35 Abs. 2 StGB, sondern schon zuvor anerkannt gewesen. Gleiches konstatiert die vom BayObLG in Bezug genommene Entscheidung BGH 4 StR 140/92.[43] An dieser Stelle soll nicht weiter entschieden werden, ob dieser Sichtweise dogmatisch zwingend ist; für den Putativnotstand hat sie jedenfalls Eingang in § 35 Abs. 2 StGB gefunden. So wird klar: Auch für den Sachverhaltsirrtum ist eine Regelung möglich, die darauf abstellt, ob jener für den Täter vermeidbar war.

Jedenfalls lassen sich aus dieser Rechtsprechungslinie allerdings keine Rückschlüsse auf den Erlaubnistatbestandsirrtum ziehen. Die jeweilig maßgeblichen Situationen und maßgebenden teleologischen Hintergründe der Regelungen sind grundverschieden.[44] So bringt der Betroffene beim entschuldigenden Notstand zurechenbar und bewusst Unrecht hervor; ihm fehlt denn auch nicht zwingend das Unrechtsbewusstsein. § 35 StGB trägt vielmehr allein dem Gedanken Rechnung, dass die Rechtsordnung und ihre Angehörigen dem Täter die Entscheidung für das Unrecht unter gewissen Umständen nicht vorwerfen, weil es ihm in diesem Fall nicht zumutbar gewesen wäre, sich statt für das Unrecht dafür zu entscheiden, nicht in das Geschehen einzugreifen; zusätzlich wird das von ihm verwirklichte Unrecht durch die Rettung bzw. den Rettungsversuch reduziert.[45] Dem Handeln unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 StGB stellt das geltende Recht das Handeln in der irrigen Annahme, jene Voraussetzungen lägen vor, gleich, wenn diese Falschvorstellung für den Betroffenen nicht vermeidbar war.

Der entschuldigende Notstand basiert mithin auf einer Nachsicht der Rechtsgemeinschaft gegenüber dem Täter angesichts der besonderen Lage des Einzelfalls.[46] Befindet sich der Täter irrig in der Vorstellung einer ähnlichen Sachlage, sieht ihm die Rechtsgemeinschaft dies angesichts der vergleichbaren (Zwangs-)Lage ebenfalls nach, erwartet hierfür allerdings, dass der Betroffene die ihm zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung seines Irrtums unternommen hat (§ 35 Abs. 2 StGB).[47] Dies ist insoweit erklärlich als schon die Ausgangssituation auf einer außergewöhnlichen Nachsicht der Rechtsordnung beruht, die ihrerseits auf den Vorwurf des vorhandenen Unrechts und der grundsätzlich rechtsfeindlichen Gesinnung (insb. der Unrechtseinsicht) verzichtet. Die Überführung auf die Irrtumskonstellation stellt insoweit eine konsequente Fortsetzung dieses Gedankens dar, die nach Auffassung des Gesetzgebers nur so weit berechtigt ist, wie der Betroffene sich aus seiner Perspektive in einer nicht all zu leicht auflösbaren Falschvorstellung befindet.[48] Dies mag man kritisieren;[49] es stellt aber zumindest keinen dogmatischen Bruch dar: Wo die Nachsicht der Rechtsgemeinschaft den Vorwurf entfallen lässt, bestimmt diese Nachsicht die Reichweite des Vorwurfsverzichts.

Der Erlaubnistatbestand ist – auch mit Blick auf § 35 StGB – allerdings kein Konstrukt, das auf der Nachsicht der Rechtsgemeinschaft basiert. Vielmehr bildet der Betroffene hier gerade keinen Willen, rechtswidrig zu handeln, weist also folglich auch keine rechtsfeindliche Gesinnung auf, hinsichtlich derer beim entschuldigenden Notstand Nachsicht geübt wird.[50] Damit ist kein außergewöhnlicher Verzicht auf Vorwurf verbunden; vielmehr fehlt ein wesentlicher Bestandteil der Voraussetzung, um dem Betroffenen, mit Blick auf die Vorsatzstrafbarkeit, einen Vorwurf überhaupt machen zu können. Nur, weil beim Irrtum über die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands eine Einschränkung auf unvermeidbare Irrtümer stattfindet, muss dies beim Erlaubnistatbestandsirrtum betreffend den rechtfertigenden Notstand (§ 34

[42] BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 5 StR 51/86, Rn. 4.

[43] BGH, Urt. v. 21.5.1992 – 4 StR 140/92, Rn. 8; beide in Bezug genommen in BayObLG, Urt. v. 6.8.2024 – 206 StRR 227/24 = BeckRS 2024, 20107 Rn. 18.

[44] Die gesetzliche Umsetzung hat sich somit der sog. Differenzierungstheorie angeschlossen, vgl. *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 3; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 1 f.

[45] Vgl. etwa *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 35 Rn. 1; *Bock* (Fn. 11), 7. Kap. Rn. 69; *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 2; Vgl. zur argumentativen Verarbeitung auf dem Boden der Strafbedürftigkeit etwa *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 6; vgl. anders *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 7), § 35 Rn. 3; instruktive Darstellung auch bei *Zieschang* (Fn. 40), § 35 Rn. 2 ff.

[46] *Neumann* (Fn. 12), § 35 Rn. 2.

[47] Vgl. etwa BGHSt 48, 255 (261 f.) – Haustyrannen-Fall.

[48] Vgl. auch *Momsen/Savić*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Fn. 7), § 35 Rn. 28 („Jedoch begründet der Irrtum […] keinen Fall der Unzumutbarkeit, sondern beeinflusst graduell die Zumutbarkeit."), die die Parallele zur Umsetzung in § 17 StGB ziehen.

[49] Vgl. etwa den Umsetzungsvorschlag zu § 23 AE-StGB in *Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Stratenwerth/Stree*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, 1966, S. 59, wo eine Ausrichtung des entschuldigenden Notstands unter Abstellung auf die psychologische (Zwangs-)Lage des Täters begründet wird. Auf Basis dieses Konzepts ergibt sich freilich kein Unterschied zwischen tatsächlicher und nur vorgestellter Notstandslage; so auch *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 2 als Kritikpunkt.

[50] Siehe *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 22 Rn. 2; vgl. aus dieser mangelnden Vergleichbarkeit ebenfalls ablehnend *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

StGB) gerade nicht zwingend auch angenommen werden.[51] Soweit die vom BayObLG zitierten Judikate den entschuldigenden Notstand betreffen, tragen sie den vorgebrachten Gedanken der Einschränkung des Erlaubnistatbestandsirrtums folglich gerade nicht.

2. Forderung und Kritik vor dem Hintergrund des rechtfertigenden Notstands

Allerdings findet sich überdies eine Erwähnung der Prüfpflicht auch in Fällen, die dem heutigen rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) zugeschlagen würden. Unter der damaligen Rechtslage wurden sie, mangels einschlägiger Normierung, allerdings als rechtfertigender übergesetzlicher Notstand behandelt.[52] Für eine Übertragbarkeit etwaiger Erwägungen könnte sprechen, dass § 34 StGB grundsätzlich auf die Rechtsprechung zum übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand zurückgeführt werden kann; allerdings dürfen die Voraussetzungen der nunmehr vorhandenen Normierung nicht außer Acht gelassen werden.[53] So formuliert etwa BGHSt 14, 1:

> „Die Tötung der Frucht einer Schwangeren ist nach den Grundsätzen über den übergesetzlichen Notstand nicht strafbar, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder der schweren Gesundheitsschädigung zu befreien, und wenn der Täter *nach gewissenhafter, pflichtmäßiger Prüfung* eine solche Gefahr bejaht hat."[54]

In BGHSt 3, 7 wird diese Forderung nach einer gewissenhaften Prüfung des Sachverhalts gleichermaßen als Voraussetzung eines Erlaubnistatbestandsirrtum begriffen. Im konkreten Fall hatte der Angeklagte die sorgfältige Prüfung der Sachlage beim von ihm durchgeführten Abbruch einer Schwangerschaft unterlassen. So formuliert der *Senat* ein „nach § 59 StGB [nunmehr § 16 Abs. 1 S. 1 StGB] beachtlicher Irrtum des Angeklagten scheidet nach den Feststellungen aus. Der Angeklagte hat nicht irrig einen Sachverhalt als gegeben angesehen, der alle Merkmale des übergesetzlichen Notstandes aufgewiesen haben würde, wenn er so, wie er ihn sich vorstellte, vorgelegen hätte […]. Er könnte höchstens angenommen haben, die zur Rettung des Lebens der Mutter vorgenommene Abtötung der Leibesfrucht sei auch dann nicht rechtswidrig, wenn er zuvor nicht gewissenhaft geprüft habe, ob sie das einzige Mittel zur Erhaltung des Lebens der Mutter bildet. In diesem Falle würde es sich um einen reinen Verbotsirrtum handeln, nämlich um einen Irrtum darüber, daß seine Handlung so, wie er sie selbst sah, vom Recht verboten ist".[55]

Dieser Rechtsprechungslinie kann sich nun aus zweierlei Stoßrichtungen genähert werden: Einerseits kann eine solche Forderung für den Erlaubnistatbestandsirrtum entsprechend als konsequente Fortsetzung der Forderung auf Ebene des § 34 StGB gesehen werden; andererseits kann sich ihr spezifisch mit Blick auf den Erlaubnistatbestandsirrtum zugewendet werden.

a) Das Prüfungserfordernis als Erfordernis des rechtfertigenden Notstands

Für die Annahme, das Prüfungserfordernis habe seinen Ursprung vor allem in den Erwägungen um die Voraussetzungen des (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstands, und werde auf Ebene des Erlaubnistatbestandsirrtums nur konsequent fortgedacht, spricht vor allem, dass in der Vorstellung, eine Prüfung sei nicht notwendig, ein umgekehrter Verbotsirrtum (sog. Erlaubnisirrtum) gesehen wird.[56] Dies trägt implizit die Vorstellung in sich, das Prüfungserfordernis sei schon Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands. Außerdem wird – soweit ersichtlich – ein solches Erfordernis von der Rechtsprechung weiterhin nur bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) vertreten[57] und scheint insoweit mit den Spezifika der jeweiligen Rechtfertigungsgründe zu korrelieren.

Der Annahme, eine sorgfältige Überprüfung der Sachlage und insbesondere der Erforderlichkeit sei eine Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands ist allerdings – mit der ganz herrschenden Literaturauffassung – zu widersprechen;[58] zumindest, solange hieraus ein konstitutives Kriterium der sorgfältigen Prüfung, mit eigenständigem Sinngehalt gegenüber den sonstigen Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands hergeleitet werden soll. Es ist schlicht nicht einsichtig, weshalb im Einzelfall eine Rechtfertigung trotz Vorliegens der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 34 StGB ausscheiden sollte, nur, weil der Betroffene die Erforderlichkeit seiner Handlung nicht „ausreichend" geprüft hätte;[59] zumal der Wortlaut der Norm ein solches Erfordernis gerade nicht benennt.[60] § 34 StGB liegt der Gedanke der

[51] Dies spricht gleichermaßen gegen die namentlich von *Hirsch* (Fn. 29), § 34 Rn. 91, vorgebrachte Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 35 Abs. 2 StGB; so auch *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

[52] *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Entstehungsgeschichte; *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 4.

[53] *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Entstehungsgeschichte.

[54] *Hervorhebungen* durch *Verf.*

[55] BGHSt 3, 7 (12 f.).

[56] Vgl. so etwa BGHSt 3, 7 (12 f.); *Lenckner*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1965, S. 165 (183); auch *Vogel/Bülte* (Fn. 3), § 16 Rn. 113 m.w.N. in Fn. 327.

[57] Vgl. nur etwa BGHSt 3, 73 (75); 14, 48 (51).

[58] Vgl. statt nahezu aller nur *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110; *Engländer* (Fn. 45), § 34 Rn. 44; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 35 Rn. 115; *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85 mit zahlreichen Nachweisen; a.A. *Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1983, § 44 V. (S. 170 f.), der diese Ansicht gerade aus dem Wesen der Gefahr als „sachkundiges ex-ante-Urteil" herleitet.

[59] So allerdings ausdrücklich RGSt 62, 137.

[60] So etwa *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85; *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 34 Rn. 291; *Hoyer* (Fn. 58), § 34 Rn. 114 f.

Güterabwägung zugrunde: Weil das gefährdete Gut im Wert dem für die Gefahrabwendung betroffenen Gut „wesentlich überwiegt", handelt derjenige gerechtfertigt, der für die Erhaltung des wertvolleren Gutes in der hierfür erforderlichen und angemessenen Weise tätig wird.[61] Der Handlungs- und auch Erfolgsunwert werden durch das § 34 StGB in seinen Anforderungen entsprechende Handeln kompensiert[62]: Die Verletzung des Gutes ist hinzunehmen, da sie zur Rettung des höherwertigen notwendig erscheint; weil der Betroffene bei der Verletzung des anderen Gutes diese Erhaltung verfolgt, steht sein Ansinnen im Ergebnis mit der Wertung der Rechtsordnung im Einklang. Überhaupt stellte sich die Frage, ob eine den Sorgfaltsanforderungen entsprechende Prüfung nicht immer zumindest dann angenommen werden müsste, wenn der Betroffene die Erforderlichkeit seiner Handlung erkennt und in seinen Willen aufnimmt – oder umgekehrt: Wo soll das Sorgfaltspflichtenprogramm, das nach der Rechtsprechungslinie schließlich einzelfallabhängig ist,[63] ansetzten, wenn die Handlung erforderlich ist und der Betroffene dies zutreffend erfasst? Eine weitergehende Prüfung im Sinne eines Abwägens des Für und Wider der Erforderlichkeit erscheint für diesen Fall vollkommen sinnlos. Dies zeigte schon die Herleitung des Erfordernisses, den Sachverhalt sorgfaltsgemäß zu prüfen, für den damals noch übergesetzlichen, rechtfertigenden Notstand in RGSt 62, 137. So wird, wie hier, der tragende Gedanke des Notstands in der Erhaltung eines wertigeren Gutes zuungunsten eines anderen Gutes gesehen.[64] Um dies im Einzelfall zu ermitteln, so das RG zutreffend, bedürfe es einer entsprechenden Güterabwägung. Das Kriterium steht demnach im Dienste der – gerichts- und täterseitig – zu treffenden Feststellung, dass eines der beiden Güter das andere wesentlich überwiegt. Erkennt der Betroffene dies, sei es durch sorgfältige Prüfung, Intuition oder reinen Zufall, besteht für die Prüfung des Sachverhalts mit Blick auf den die Regelung tragenden Grundgedanken allerdings kein weitergehender Anlass. So kann auch die später von BGHSt 3, 7 für das Prüfungserfordernis vorgebrachte Gefahr, dass andernfalls – mithin für den Fall, dass eine solche Lage tatsächlich gar nicht vorliegt – ein Gut nutzlos hergegeben würde, nicht bestehen, wenn diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen.[65] Nichts anderes kann dann allerdings mit Blick auf die vom RG weiter hergeleitete Prüfung gelten, ob überhaupt eine Lage besteht, in der sich zwei Rechtsgüter gegenüberstehen: Diese folgert das RG aus der Pflicht zur sorgfältigen Güterabwägung – steht diese allerdings nur im Dienste der Feststellung der sonstigen Voraussetzungen, muss auch sie als selbstständiges Element des Rechtfertigungsgrundes abgelehnt werden. Gegen die Berechtigung einer solchen Forderung spricht im Übrigen auch, dass sie bei den sonstigen Rechtfertigungsgründen von der Rechtsprechung gerade nicht erhoben wird – dass bei der Notwehr allerdings das Vorliegen der Voraussetzungen nicht ebenso wie beim Notstand ermittelt werden müsste, kann wohl nicht ernstlich behauptet werden.[66]

Will man hierin hingegen spiegelbildlich lediglich das typische Handlungsprogramm des Notstandstäters umreißen – im Sinne eines „Wer sich sicher sein will, gerechtfertigt zu handeln, muss sorgfältig prüfen, ob seine Handlung auch erforderlich ist" – verliert die Voraussetzung vollständig an eigenständigem Wert.

b) Das Prüfungserfordernis im Kontext des Erlaubnistatbestandsirrtums

Die Verpflichtung zur sorgsamen Prüfung des Sachverhalts wird vom BayObLG und in Teilen der genannten Judikate[67] gleichsam für Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums gefordert, sofern der Betroffene irrig die tatsächlichen Umstände eines rechtfertigenden Notstands annimmt. Lehnt man das Prüfungskriterium schon mit Blick auf die einschlägigen Fälle des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB ab, stellt sich die Frage, was für den Fall der irrigen Annahme der Voraussetzungen nunmehr anders liegen sollte. Selbst wenn man einmal ausblendete, dass die Prüfung als eigenständiges Kriterium gemeinhin abgelehnt wird,[68] wäre eine entsprechende Einschränkung nicht sachgerecht:

---

[61] Statt aller vgl. die Ausführungen bei *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 4 ff.

[62] Vgl. zum Folgenden etwa *Küper*, Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983, S. 115 ff. m.w.N.; *Lenckner* (Fn. 56), S. 173 f., der zutreffend herausstellt, dass dem Gefahrbegriff ein gewisses eingepreistes Risiko des Irrtums immanent ist; *Rudolphi*, in: Stree/Lenckner/Cramer/Eser (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 72 (80 ff.).

[63] Zum Umfang bei Gefahr im Verzug und dem Heranziehen eines Arztes beim Schwangerschaftsabbruch, vgl. schon RGSt 62, 137 (138 f.).

[64] RGSt 62, 137 (138).

[65] Auch die Ausführungen in BGHSt 2, 111 (113) deute darauf hin, dass es letztlich allein darum geht, dem Notstandstäter die Kenntnis der objektiven Umstände und den dazugehörigen Willen zu ermöglichen. Dort wird konstatiert, der den Schwangerschaftsabbruch durchführende Arzt „habe den krankhaften Zustand der Schwangeren, der es erlaubt hätte, zur Rettung von Leben oder Gesundheit der Mutter die Schwangerschaft zu unterbrechen, überhaupt nicht erkannt und auch nicht wegen dieses Zustandes zur Rettung von Leben oder Gesundheit der Mutter gehandelt; er habe sich zu dem Eingriff vielmehr nur verstanden, weil er mit der Schwangeren ihrer Lage und Verhältnisse wegen Mitleid gehabt habe. Er habe darum selbst sein Verhalten als ‚illegal' angesehen und sei darum bemüht gewesen, es nicht bekannt werden zu lassen". Es fehlt mithin am subjektiven Rechtfertigungselement, das Handlungsunrecht wird nicht kompensiert; die Prüfungspflicht erscheint hier als Mittel zum Zweck.

[66] In diesem Sinne auch *Lenckner* (Fn. 56), S. 171 f.; diesen Schluss zieht denn auch *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 12), Vor §§ 32–35 Rn. 131 ff. und fordert deshalb eine Prüfungspflicht für jeden Rechtfertigungsgrund.

[67] BGHSt 3, 7 (12 f.); BGH NJW 1951, 412 (413).

[68] Vgl. nur *Hoyer* (Fn. 58), § 34 Rn. 114 f. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 257, der überzeugend vorträgt, dass sich der Gesetzgeber in Ansehung der Rechtsprechungslinie nicht

Während die Begründung mit Blick auf den (übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstand noch in der Gefahr liegen sollte, die Beeinträchtigung der Güter, die zur Rettung des höherwertigen Gutes zurückstehen müssten, könne umsonst sein, besteht diese Gefahrenlage beim Erlaubnistatbestandsirrtum gerade nicht mehr. Vielmehr ist die dem Gedanken des Prüfungserfordernisses zugrunde gelegte Gefahr tatsächlich eingetreten, der Güterverlust war jedenfalls objektiv wertlos. Hieran hätte auch eine sorgfältige Prüfung der Sachlage nichts ändern können – zumindest, solange man nicht Sorgfaltsanforderung und Irrtumsvermeidung gleichsetzt. Dieses Erfordernis ist im Umfeld des Erlaubnistatbestandsirrtum gleichsam wertlos, da es dort allein darum geht, dass der Betroffene Umstände annimmt, unter denen er sich mit seinem Handeln nicht von der Rechtsordnung entfernte. Stellt er sich also vor, dass sein Handeln notwendig ist, um ein höherrangiges Rechtsgut zu retten, und nimmt dabei an, dass die Sachlage so klar ist, dass es einer weiteren Prüfung nicht bedarf, steht sein Handeln im Einklang mit dem Grundgedanken des rechtfertigenden Notstands. Dass er diesen Irrtum hätte vermeiden können, ist für den Sachverhaltsirrtum nicht untypisch – der Betroffene fasst einen falschen Entschluss, der darauf zurückzuführen sein wird, dass er tatsächliche Umstände verkennt. Gleichsam – so die Rechtsprechung in anderen Fällen des Erlaubnistatbestandsirrtums – wirkt dieser Irrtum „regelmäßig stärker und unmittelbarer und [birgt] ein[en] stärkerer Anreiz zum Handeln. Er versetzt den Täter nicht, wie meist der Verbotsirrtum, in einen tathemmenden Zwiespalt zwischen Wollen und Dürfen, den er erst überwinden muß, sondern drängt ihn zum Handeln oder läßt ihn jedenfalls ohne Rechtsbedenken und sittliche Hemmungen handeln.“[69] Auch deshalb hindere so ein Irrtum in der Regel daran, einen Rechtsverstoß wahrzunehmen.[70] Diese Annahme steht der Übertragung des für die Belanglosigkeit eines vermeidbaren Verbotsirrtums gemeinhin vorgebrachten Arguments, der Betroffene habe sein Handeln als Anlass für weitere Nachforschungen nehmen müssen, eindeutig entgegen; aus Sicht des Betroffenen ergibt sich kein Anlass für etwaige Nachforschungen.

Entsprechung findet dieses Unbehagen auch mit Blick auf die gängige Rechtsfolgendogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums. Sieht man durch den Irrtum den Vorsatzschuldvorwurf betroffen, läuft das Erfordernis der Vermeidbarkeitsprüfung an der Sache vorbei. Dem Täter würde dann vorgeworfen, dass er ein Verhalten vorbringt, dass zwar seinem Willen entsprechend nicht rechtswidrig wäre, es aber tatsächlich war, und er diesen Umstand hätte erkennen können. Dies hat mit dem typischen Vorsatzschuldvorwurf („Du hast dich für das Unrecht entschieden“) gar nichts zu tun, sondern erhebt der Sache nach einen Fahrlässigkeitsvorwurf zur Vorsatzstrafbarkeit[71] – ein dogmatischer Grund hierfür ist nicht ersichtlich, hat der Betroffene doch nicht einmal einen rechtswidrigen Handlungswillen gefasst. Ähnlich muss das Fazit derjenigen lauten, die das Wesen des Vorsatzes als Wendung gegen das Recht für jene Fälle verneinen. Das Erfordernis ist folglich nicht mit dem dogmatischen Wesen des Erlaubnistatbestandsirrtums zu vereinbaren und schon gar nicht aus ihm herzuleiten.[72]

Es verbleibt für eine solche Forderung denn auch nur die Erklärung mit dem (vermeintlichen) rechtspraktischen Bedürfnis. So wird etwa vorgebracht, der Rechtsprechung sei es darum gegangen, die sich aus dem Erlaubnistatbestandsirrtum ergebenden Lücken gerade für die Fälle zu schließen, in denen § 34 StGB einschlägig ist. Nicht selten bestehe für diese Fälle kein Fahrlässigkeitstatbestand.[73] Vermuten ließe sich auch, dass, gerade im Falle des BayObLG, den Ausführungen der Angeklagten schlicht in Wahrheit kein Glauben geschenkt wird. Statt sich mit Blick hierauf allerdings einer aufwendigen Beweiswürdigung anzunehmen, scheint ein kategorischer Ausschluss auf dogmatischer Ebene simpler. Beides ist angesichts der für einen Angeklagten nachteiligen Wirkung als Grund für dieses Vorgehen entgegen der Dogmatik freilich nicht statthaft.

IV. Fazit

Ein selbstständiges Erfordernis, den Sachverhalt sorgfalts- bzw. pflichtgemäß zu prüfen, um das Risiko eines Irrtums auf ein hinnehmbares Maß zu reduzieren, kann dogmatisch konsistent weder für den rechtfertigenden Notstand noch für einen auf seine Voraussetzungen gestützten Erlaubnistatbestandsirrtum begründet werden. Die anderslautende Rechtsprechungslinie reicht zeitlich weit zurück und ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Über die rechtspraktischen Gründe mag spekuliert werden; jedenfalls tragen sie ihre Anwendung nicht. Nicht nur dem BayObLG ist deshalb von Anleihen bei dieser Sichtweise abzuraten. Handelt der Betroffene nach sei-

für eine Implementierung eines solchen Erfordernisses entschieden habe; *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110 ff.; *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 317.

[69] BGHSt 3, 105 (107).

[70] BGHSt 3, 105 (107).

[71] *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 14 Rn. 84.

[72] Treffend *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 110 a.E. das Erfordernis führe „zu einer *kryptodogmatischen bereichsspezifischen Korrektur* der Konsequenzen der eingeschränkten Schuldtheorie“ (*Hervorhebungen* durch *Verf.*); vgl. zutreffend mit dem Hinweis, dass die in § 39 Abs. 2 StGB-E 1962 vorgesehene Verankerung eines Vermeidbarkeitskriteriums gerade keinen Eingang ins geltende Recht gefunden hat, *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 466 mit weiteren Hinweisen zu kritischen Stimmen zu jenem Entwurf in Fn. 62; siehe auch *Neumann* (Fn. 12), § 34 Rn. 111.

[73] So etwa schon *Zieschang* (Fn. 40), § 34 Rn. 85, 196; *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 14 Rn. 69, 83; *Jescheck/Weigend* (Fn. 13), S. 466; zu jenem Problem prinzipiell schon *Welzel*, JZ 1955, 142 (144); dieser Aspekt kann allerdings richtigerweise nicht dafür eingesetzt werden, die Dogmatik des Erlaubnistatbestandsirrtums widersinnig zu modifizieren. Vielmehr ist, wenn überhaupt, hiermit ein Missstand in der rechtspolitischen Diskussion um die Schaffung etwaiger Fahrlässigkeitstatbestände betroffen. Angesichts des ernstzunehmenden fragmentarischen Charakters des Strafrechts kann eine flächendeckende Strafbarkeit insbesondere der unbewussten Fahrlässigkeit allerdings nicht wünschenswert sein.

nem Willen im Einklang mit der Rechtsordnung, entscheidet er sich nicht „gegen das Recht“; ein so lautender Vorwurf wäre nicht gerechtfertigt.

Das Holocaustleugnungsverbot als Erinnerungsgesetz

Interdisziplinäre Perspektiven auf § 130 Abs. 3 StGB im Kontext kollektiver Erinnerungskultur

Von Sven dos Santos Lopes, Hamburg*

Die bisherigen Ansätze des Bundesverfassungsgerichts zur Legitimation des Holocaustleugnungsverbots haben sich als nur teilweise überzeugend dargestellt. Sie nehmen dabei hauptsächlich die juristisch-formale Seite in den Blick und vernachlässigen die soziale Wirkungsweise solcher Gesetze. Der Beitrag untersucht daher die kultur- und sozialwissenschaftlichen Wirkungsweisen von Leugnungsverboten. Dabei wird § 130 Abs. 3 StGB als Erinnerungsgesetz verstanden, das in erster Linie dem Schutz des kulturellen Gedächtnisses dient. Solche Gesetze finden sich in diversen Rechtsordnungen. Zwar variieren dabei die rechtstechnischen Gegebenheiten, die dahinterstehenden Mechanismen sind jedoch gleich. Auf dieser Erkenntnis aufbauend, wird ein Konzept einer gerechten Erinnerungskultur als verfassungsrechtliches Prinzip skizziert, das als Legitimationsgrundlage herangezogen werden kann. Die Holocaustleugnung ist ein destruktiver Eingriff in politische und gesellschaftliche Aufarbeitungsprozesse. Diese spezifische Qualität rechtfertigt eine Einschränkung der Meinungsfreiheit.

I. Einleitung

Das Verbot der Holocaustleugnung in § 130 Abs. 3 StGB ist seit seiner Einführung durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994[1] umstritten. Im Fokus steht dabei vor allem der Konflikt mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. Die vielbeachteten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 und später § 130 Abs. 3 StGB liegen mittlerweile jedoch einige Jahre zurück, sodass die Thematik an Aktualität verloren hat. Die Argumente um die Legitimation der Norm scheinen insoweit bereits ausgetauscht worden. Dies gilt jedoch nur für den formal-juristischen Diskurs. Ziel dieses Beitrages ist es, die Diskussion um die Rechtfertigung von Leugnungsverboten unter einer interdisziplinären Perspektive neu aufzugreifen. Das Recht ist kein isoliertes System, sondern muss Erkenntnisse anderer Disziplinen in seine Begründungs- und Rechtfertigungsmuster überführen. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stellen zwar eine pragmatische Lösung für ein verfassungsrechtliches Problem dar, liefert aber keine überzeugende Begründung. Daher muss § 130 Abs. 3 StGB im Kontext des gegenwärtigen Diskurses um Erinnerungskultur und kollektive Erinnerung betrachtet werden. Nur unter Zugrundelegung der sozial- und kulturwissenschaftlichen Erkenntnisse kann eine überzeugende Begründung gefunden werden.

§ 130 Abs. 3 StGB reguliert den öffentlichen Diskurs über die nationale Vergangenheit, indem es bestimmte Sichtweisen aus diesem Diskurs ausschließt. Die Norm stellt längst keine Ausnahme mehr dar. Vergleichbare Regelungen finden sich in diversen europäischen Ländern[2] und auch ein Rahmenbeschluss der Europäischen Union sieht das Verbot der Leugnung von Völkermorden vor.[3] Solche Regelungen stellen den Versuch dar, das Verbreiten bestimmter Ansichten über die (nationale) Vergangenheit zu verhindern. Ihr Ziel ist indes nicht der Schutz historischer Wahrheiten, sondern die Etablierung und Verteidigung kollektiver Erinnerungsprozesse. Es geht nicht um die Gewährleistung eines redlichen akademischen Diskurses, sondern um den öffentlichen Umgang mit einem identitätsstiftenden Ereignis der gemeinsamen Vergangenheit. Diese Verbote zielen auf Ansichten ab, die der herrschenden oder staatlich affirmierten Lesart der Geschichte entgegenstehen. Es handelt sich dabei um Regelungstypen, die als Erinnerungsgesetze („lois mémorielles“) bezeichnet werden.[4] § 130 Abs. 3 StGB darf daher nicht nur rechtstechnisch, sondern muss in seiner spezifischen kulturellen Funktion betrachtet werden. Nur so lässt sich die Wirkungsweise des Verbots überhaupt ausmachen und legitime Schutzgüter benennen. Dies ist letztlich Voraussetzung für eine überzeugende verfassungsrechtliche Legitimation.

II. Die Rechtsprechung des BVerfG: Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung

§ 130 Abs. 3 StGB untersagt die öffentliche oder innerhalb einer Versammlung erfolgende Leugnung, Billigung oder Verharmlosung von unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch in einer Art und Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Bei der Neufassung der Norm hat sich der Gesetzgeber von der üblichen Systematik des § 130 StGB gelöst. Zuvor stellte der Wortlaut auf die Menschenwürde anderer oder die Aufstachelung zu Hass oder Gewalt gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen ab. § 130 Abs. 3 StGB verzichtet auf die Bedrohung bestimmter Bevölkerungsgruppen und stellt den Umgang mit historischem Unrecht in den Fokus. Einziges Rechtsgut ist nunmehr der öffentliche Frieden. Ziel des Gesetzgebers war der Schutz des gesellschaftlichen Diskurses vor einer „politische Klimavergiftung.“[5]

Die Vorschrift bereitet hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation Schwierigkeiten, die in Rechtsprechung und Literatur bereits vielfach behandelt wurden. Hier können zwei Problemkreise unterschieden werden. Zunächst stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Verbots. § 130 Abs. 3 StGB richtet sich gegen die Äußerung einer konkreten Meinung und ist daher als Sonder-

* Der *Verf.* ist Doktorand am Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte an der Universität Rostock.

[1] BGBl. I 1994, S. 3186.

[2] Insgesamt ist die Holocaustleugnung in 18 europäischen Staaten verboten.

[3] ABl. EU 2008 Nr. L 328/55, S. 2.

[4] *Langenbacher*, in: Langenbacher/Shain (Hrsg.), Power and the past, Collective memory and international relations, 2010, S. 13 (16).

[5] BT-Drs. 12/8588, S. 8

recht nicht mit Art. 5 Abs. 2 GG vereinbar. Des Weiteren ist fraglich, inwieweit der Schutz des öffentlichen Friedens als diffuses Rechtsgut überhaupt eine überzeugende Rechtfertigung für die Einschränkung der Meinungsfreiheit darstellen kann.

1. Zwischen Meinungsfreiheit und Sonderrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 3 StGB bestätigt und bedient sich dabei zweier Argumentationslinien. Die reine Leugnung des Holocausts ist eine unwahre Tatsachenbehauptung und sei daher bereits von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgenommen. Es liege somit bereits kein Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG vor.[6]

Nur wenn die Leugnung Voraussetzung für den Meinungsbildungsprozess oder mit Werturteilen verbunden werde, unterfalle sie dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.[7] Problemtisch bleibt indes, dass die Norm gegen das Sonderrechtsverbot verstößt. An dieser Stelle knüpft das Gericht an die aus dem Wunsiedel-Beschluss[8] bekannte Argumentation an. § 130 Abs. 3 StGB sei zulässiges Sonderrecht, da die Vorschrift „auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 gerichtet ist."[9]

Das Bundesverfassungsgericht konstruiert damit eine Begründung, die außerhalb der üblichen Dogmatik des Grundgesetzes liegt. Die Rechtfertigung ergebe sich sowohl aus der identitätsprägenden Bedeutung des nationalsozialistischen Unrechts für die Bundesrepublik als auch aus der Gefahr, die in einer Verbreitung nationalsozialistischer Ideologien liegt. Der Verweis auf die identitätsprägende Bedeutung bleibt indes diffus. Bemerkenswert ist zudem, dass das Gericht den Kontrast zum Nationalsozialismus zwar für die Ausnahmekonstruktion umfassend bemüht, gleichzeitig aber betont, dem Grundgesetz liege kein allgemeines antinationalsozialistisches Prinzip zugrunde. Dies ist ein Wertungswiderspruch, den das Gericht nicht überzeugend aufzulösen vermag. Die Begründung des § 130 Abs. 3 GG wäre einfacher gefallen, wenn das Bundesverfassungsgericht ein solches Prinzip als Grundlage der grundgesetzlich verbürgten Werteordnung anerkannt hätte.[10] Der Verweis auf die Identität der Bundesrepublik eröffnet demgegenüber weitere Problemkreise. Soll dies Grundlage für die Legitimität von strafrechtlichen Verboten sein, müssen Identitätsbildungsprozesse betrachtet und die Wirkungszusammenhänge juristisch erfassbar gemacht werden. Die Identität der Bundesrepublik kann eine Ausnahme vom Sonderrechtsverbot nicht als abstrakte Idee, sondern nur als soziale Tatsache begründen, die sich in verfassungsrechtlichen Prinzipien übersetzen lassen muss.

Abseits der formellen Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG setzt die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit ein konkretes Schutzgut voraus. § 130 Abs. 3 StGB verweist auf den öffentlichen Frieden. Dieses Merkmal soll die Funktion eines eingrenzenden Korrektivs erfüllen.[11] In der genannten Entscheidung konkretisiert das Bundesverfassungsgericht den Begriff als Gewährleistung von Friedlichkeit. Ziel sei der Schutz vor Äußerungen, die auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind. Dadurch wird versucht, den Begriff der Friedensstörung so zu präzisieren, dass letzten Endes konkrete Individualrechtsgüter betroffen sind. Die tatbestandlich erfassten Äußerungen müssen so beschaffen sein, dass sie potenziell zu rechtsgutsgefährdenden Handlungen führen.[12]

2. Die (Ir)Relevanz der Opfergruppen

Diese Argumentation überzeugt nicht. Tatbestandsmäßige Aussagen werden in aller Regel nicht als konkrete Aufforderungen zu Straftaten getätigt, dann würden sie bereits § 111 StGB unterfallen. Die Konkretisierung muss also so verstanden werden, dass die Äußerungen (wenn sie ungehindert verbreitet würden) das Potential beinhalten, Aggressionen gegen andere zu provozieren. Diese Verbindung ist praktisch nicht nachweisbar und dogmatisch unzureichend. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit kann nur dann geboten sein, wenn Individualrechtsgüter von Verfassungsrang betroffen sind. Das Gericht versucht den vom Gesetzgeber bewusst abstrakt gehaltenen Begriff daher so zu präzisieren, dass diese Anforderung erfüllt ist. Zur Legitimation einer Strafnorm wäre aber jedenfalls eine konkrete Verbindung zwischen den Aussagen und etwaigen späteren Handlungen notwendig.[13] Das Bundesverfassungsgericht behilft sich hier mit einer Konstruktion, in der diese Verbindung bei den Tatmodalitäten Leugnen und Billigen vermutet wird. Dies mag die praktische Anwendung des § 130 Abs. 3 StGB erleichtern, kann aber die dogmatischen Mängel nicht beseitigen.

Kaum eine Erwähnung finden indes die historischen Opfergruppen. Sie werden in der Entscheidung weitestgehend ausgeklammert. Demgegenüber erweitern diverse Stimmen in der Literatur das Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB um genau diesen Personenkreis. Abgestellt wird auf die Opfer des nationalsozialistischen Unrechts – entweder als Gruppe oder Einzelpersonen.[14] Tatsächlich liegt hier der relevante Punkt. Wenn das Holocaustleugnungsverbot als Ausnahme von Art. 5 GG bestehen soll, muss auf die Interessen und Rechtsgüter der Opfer abgestellt werden. Obgleich dies eine Entfernung vom gesetzgeberischen Willen bedeutet, lassen sich damit konkrete Rechtsgüter benennen. Abseits der juristischen Dogmatik wirft § 130 Abs. 3 StGB eine konkrete Frage auf:

[6] BVerfGE 90, 241 (249).
[7] BVerfG NJW 2012, 1498 (1499); BVerfG NJW 2018, 2858 (2859).
[8] BVerfGE 124, 300.
[9] BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 f.) unter Verweis auf BVerfGE 124, 300 (328 ff.).
[10] Dazu *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, Das antinationalsozialistische Grundprinzip des Grundgesetzes, 2019, S. 143 ff.
[11] *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 86.
[12] BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 f.).
[13] *Zabel*, ZStW 122 (2010), 834 (844).
[14] Etwa *Ostendorf*, NJW 1985, 1062; *Junge*, Das Schutzgut des § 130 StGB, 2000, S. 123; *Höfling/Augsberg*, JZ 2010, 1088.

Wieso ist es Unrecht, den Holocaust zu leugnen? Die Antwort auf diese Frage liefert auch die juristische Legitimation. Im Zentrum der Norm steht die öffentliche Auseinandersetzung mit einem historischen Ereignis. Eine Betrachtung des Verbots muss daher den Holocaust als erinnertes historisches Ereignis in den Blick nehmen.

III. Erinnerung als Gegenstand des Rechts: Versuch einer Systematisierung

Die gesellschaftliche Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts begann erst in den späten 1960er Jahren. Entscheidend dafür waren die wachsenden Anerkennungsbemühungen der Opfergruppen, die juristische Aufarbeitung durch die Frankfurter Auschwitzprozesse[15] und eine verstärkte mediale Präsenz.[16] Diese Ereignisse stellen Grundsteine für einen kulturellen Prozess dar, der in der Errichtung des Mahnmals für die ermordeten Juden Europas seine symbolische Kulmination fand.[17] Seit dem ist die Frage der Bedeutung des Holocaust für die Bundesrepublik von der Ebene gesellschaftlicher und akademischer Diskurse längst in die Sphäre des Rechts übergetreten. Neben § 130 Abs. 3 StGB finden sich etwa in den Versammlungsgesetzen des Bundes und der Länder Regelungen, die Versammlungen an Gedenktagen oder -orten beschränken und untersagen. Sowohl nationale als auch internationale Gerichtshöfe sind vermehrt mit Fragen der Zulässigkeit solcher Verbote befasst worden. Erinnerungsgesetze müssen daher als besonderer Gesetzestypus verstanden werden. Sie regeln nicht nur Verhalten, sondern kodifizieren eine spezifische Lesart der Geschichte. Sie lassen sich in deklarative und regulative Erinnerungsgesetze unterteilen.

Deklarative Erinnerungsgesetze sollen die Ansicht des Gesetzgebers über historische Ereignisse darlegen und haben keinen klassischen Regelungsgehalt. Darunter fällt etwa die Anerkennung des durch das Osmanische Reich verübten Völkermords[18] an den Armeniern durch Frankreich und Deutschland. Frankreich hat dazu ein formelles Gesetz verabschiedet, der Deutsche Bundestag fasste einen Beschluss.[19] Die Gesetze legen in zweifacher Hinsicht eine offizielle Version der Vergangenheit fest. Erstens bestätigen sie die historischen Ereignisse auf Tatsachenebene (es ist eine kritische Zahl an Armeniern zwischen 1915 und 1916 getötet worden[20]). Zweitens nehmen sie mit der Bezeichnung als Völkermord eine rechtliche und moralische Bewertung vor.

Regulative Erinnerungsgesetze gehen darüber hinaus und schreiben nicht nur eine bestimmte Lesart, sondern auch einen Umgang mit der Vergangenheit vor. Darunter fallen insbesondere Leugnungsverbote. Der Gesetzgeber bedient sich solcher Verbote, um Ansichten aus dem öffentlichen Raum zu entfernen, die der staatlich akzeptierten Vergangenheitsversion entgegenstehen. Dies ist nicht unumstritten. Anders als bei deklarativen Erinnerungsgesetzen stellt sich hier die Frage, ob der Staat eine bestimmte Lesart der Vergangenheit durch Sanktionsandrohung verbindlich machen darf. Das Problem verschärft sich, wenn nicht politisch inakzeptable Strömungen, sondern die historischen Opfer selbst zum Ziel der Repression werden. Etwa, wenn es Staaten betrifft, deren Betrachtung der Vergangenheit sich von historischen Wahrheitsmaximen zunehmend entfernt. Die Türkei leugnet den Völkermord an den Armeniern bis heute. Äußerungen, die der offiziellen Leugnungspraxis entgegenstehen, werden teilweise sanktioniert.[21]

Erinnerungsgesetze sind oft das Ergebnis von Anerkennungsbemühungen der jeweiligen Opfergruppen oder eine Reaktion auf vermehrte Übergriffe. Um die Funktionsweise dieser Gesetze zu erfassen, muss eine Nation als Ergebnis konfliktreicher historischer Prozesse verstanden werden, in denen sich die Interessen bestimmter Gruppen teils gewaltsam durchgesetzt haben. Diese Konflikte verschwinden nicht, sie verbleiben als Erfahrung im kollektiven Gedächtnis der Betroffenen.[22] Die Anerkennungsbemühungen vormals unterdrückter Gruppen offenbart, dass Unrecht auch generationelle Grenzen überwinden kann und nicht nur ein singulärer Akt, sondern eine umfassende und identitätsbildende Erfahrung darstellt. Wenn der Staat seine Vergangenheit aufgreift, kann dies daher nicht willkürlich geschehen. Er muss bestimmten Maßstäben unterworfen werden. Erinnerungskultur ist das Ergebnis politischer Entscheidungen, die sich mittelbar und unmittelbar auch in der Sphäre des Rechts niederschlagen. Erinnerungsgesetze formalisieren die staatliche Lesart der Vergangenheit und müssen in diesem Kontext betrachtet werden. Deren Wirkungsweise und Legitimation stehen in engem Zusammenhang mit der Wirkungsweise und Legitimation von kollektiven Erinnerungsprozessen. Um über die Rechtfertigung von Erinnerungsgesetzen zu sprechen, muss

[15] Eine detaillierte historische Zusammenfassung findet sich bei *Pendas*, in: Gross/Renz (Hrsg.), Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963–1965), 2013, S. 55.

[16] Vgl. *Reichel*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte/Deile/Hutter/Kurtenbach/Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, Jg. 2007, 2006, S. 150 (154).

[17] Wesentlich weniger Beachtung, aber für die Opfer von ebenso großer Wichtigkeit waren die Errichtung des Mahnmals für die ermordeten Sinti und Roma Europas sowie das Denkmal für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen. Die späte Anerkennung dieser Opfergruppen stellt insoweit ein großes Versäumnis der deutschen Aufarbeitung dar.

[18] Die rechtliche Einstufung als Völkermord im Sinne der erst 1948 eingeführten Genozid-Konvention ist rechtlich nicht unumstritten. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang vor allem die tatbestandlich notwendige Zerstörungsabsicht.

[19] Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915; BT-Drs. 18/8613.

[20] Die genauen Opferzahlen sind nicht genau bezifferbar. Konservative Schätzungen liegen bei etwa 800.000. Die Resolution des Deutschen Bundestages geht von über einer Millionen Opfern aus.

[21] *Bayraktar*, in: Demirdjian (Hrsg.), The Armenian Genocide Legacy, 2016, S. 197 (207).

[22] *Ricœur*, Memory, History, Forgetting, 2010, S. 81 f.; *Bartelson*, in: Bell (Hrsg.), Memory, Trauma and World Politics, Reflections on the Relationship Between Past and Present, 2010, S. 33 (35 f.).

also zunächst die staatliche Erinnerungs- und Gedächtnispolitik als ihr notwendiger Rahmen betrachtet werden.

1. Das kulturelle Gedächtnis

Erinnerungs- und Gedächtnispolitik meint die Beeinflussung des *kulturellen Gedächtnisses* einer Nation oder Gemeinschaft durch staatliche Maßnahmen. Der Begriff des kulturellen Gedächtnisses ist vor allem im deutschen Raum von *Jan* und *Aleida Assmann* eingeführt worden. Er bezeichnet die Erinnerungen und das Wissen einer Gesellschaft, die durch kulturelle Artefakte, Traditionen, Rituale und Symbole über Generationen hinweg bewahrt und weitergegeben werden. Im kulturellen Gedächtnis werden bestimmte vergangene Ereignisse gespeichert und verbleiben auf Dauer im kollektiven Bewusstsein. Es ist das Resultat einer kontinuierlichen Praxis der sozialen (Re)Konstruktion von Wissen und Erfahrung, die historische Ereignisse zu bedeutungsvollen Referenzpunkten für die Gegenwart macht. Das kulturelle Gedächtnis ermöglicht es einer Gemeinschaft, ihre Geschichte zu verstehen und sich in der Gegenwart und Zukunft zu orientieren. Seine primäre Funktion liegt in der Konstruktion eines Bezugsrahmens, an dem sich Identitätsbildungsprozesse ausrichten können. Jede Identität inkludiert einen bestehenden kulturellen Hintergrund aus vermittelten Wissensbeständen, kollektiven Erfahrungen und etablierten Normen. Der Rekurs auf vergangene Ereignisse trägt dazu bei, Normen und soziale Praktiken Legitimation zu verleihen. Diese Dynamiken definieren das soziale Gefüge einer Gesellschaft und beeinflussen ihre kulturelle Entwicklung. Es ist Voraussetzung für eine kohärente Gemeinschaftsbildung und zeichnet sich durch eine relative Stabilität in zeitlicher Hinsicht aus.[23] Das kulturelle Gedächtnis bildet die Grundlage für das, was oft als „nationale Identität" bezeichnet wird – letztlich auch das, was das Bundesverfassungsgericht zur Legitimation des Holocaustleugnungsverbots zu bemühen versucht hat. Die im Grundgesetz verankerten Werte generieren ihre soziale Verbindlichkeit und identitätsstiftende Bedeutung nicht allein aus dem formalen Akt der Staatsgründung. Sie werden zu den Grundwerten der Gemeinschaft, weil sie im Kontext der geteilten Vergangenheit einen Sinn erhalten. Das Prinzip der Menschenwürde entfaltet seine volle Bedeutung gerade im Kontrast zu den Erlebnissen des Nationalsozialismus. Diese Verbindung ergibt sich indes nicht ex nihilo. Vergangene Ereignisse müssen bewusst erinnert, das heißt in das kulturelle Gedächtnis überführt werden.

2. Die Funktionsweise des kulturellen Gedächtnisses

Das kulturelle Gedächtnis ist hochgradig strukturiert und institutionalisiert. Die Fixierung bestimmter Ereignisse zu Referenzpunkten erfordert besondere Maßnahmen, wenn sie auf Dauer – also über Generationen – bestehen soll.[24] Die Ereignisse müssen in spezifischen kulturellen Objekten verankert und deren Bedeutung durch kontinuierliche Kommunikation aufrechterhalten werden. Diese Prozesse werden als *kulturelle Formung* und *institutionalisierte Kommunikation* bezeichnet.[25] Kulturelle Objekte wie Denkmäler, Texte oder Kunstwerke kodieren Erinnerungen und ermöglichen die Weitergabe historischer Erfahrungen unabhängig von individuellen Akteuren. Diese Bedeutung muss durch regelmäßige Kommunikationsakte wachgehalten werden. Dafür gibt es in jeder Gesellschaft spezialisierte Institutionen und Individuen. Die Bedeutung religiöser Ereignisse wird in sakralen Texten, Symbolen und Artefakten kodiert. Sie muss jedoch durch eine speziell ausgebildete Priesterschaft regelmäßig reproduziert und an die gegenwärtigen Mitglieder der Gemeinschaft vermittelt werden. Die Berührung mit diesen Objekten bewirkt, dass die Sinnhaftigkeit des Ereignisses auch in der Gegenwart verstanden und erfahren werden kann. Die zu Gedenkstätten gemachten ehemaligen Konzentrationslager können den Holocaust sowohl auf einer Tatsachenebene in die Gegenwart transportieren als auch den Schrecken und das Unrecht als Erfahrungsstrom an den Betrachter vermitteln. Erst dadurch wird die Bedeutung eines Ereignisses in die Gegenwart transportiert und für jene zugänglich, die es nicht selbst erfahren haben.[26] Voraussetzung ist jedoch, dass die Gedenkstätten nicht als Objekte für sich stehen, sondern deren Bedeutung durch Kommunikationsakte wachgehalten wird.

3. Der Staat als kultureller Akteur

Jede Gesellschaft pflegt ein kulturelles Gedächtnis, aus dem sie ihr Selbstbild konstruiert. Sie muss dafür entsprechende Objekte und Kommunikationsprozesse etablieren. Dafür müssen Institutionen geschaffen werden, deren Aufgabe die Gedächtnispflege ist. Im säkularen Staat wird Gedächtnispflege vornehmlich durch staatliche Institutionen wahrgenommen. Auch der demokratische Verfassungsstaat beruht auf einer historisch gewachsenen kulturellen Identität als vorrechtliche Bedingung. Er lebt von einer kulturell vermittelten Akzeptanz seiner Institutionen und Werte. Das Recht knüpft immer an eine bereits vorhandene Kultur an.[27] Diese Kultur wird durch staatliche Institutionen geformt und gepflegt, um einen konsistenten und kohärenten Rahmen für die Gemeinschaft zu schaffen. Teile dieser Kultur muss der Staat in seine Rechtsordnung überführen, sie kodifizieren und verbindlich machen, um den bestehenden Konsens über die grundlegendsten Werte zu erhalten.[28] Diese Aufgabe wird dem Staat als Teil des demokratischen Auftrags zugeschrieben. Durch Wahlen legitimiert das Volk nicht nur politische Entscheidungen, sondern auch die kulturelle Deutungsmacht des Staates. Die Pflege der kulturellen Identität ist Existenzgrundlage des

[23] *J. Assmann*, in: J. Assmann/Hölscher (Hrsg.), Kultur und Gedächtnis, 1988, S. 9 (15); *Sturken*, Tangled Memories, The Vietnam War, the AIDS Epidemic, and the Politics of Remembering, 2002, S. 12 ff.

[24] *Feuchtwang*, in: Schwarz/Radstone (Hrsg.), Memory, Histories, Theories, Debates, 2010, S. 281 (285).

[25] *J. Assmann* (Fn. 23), S. 11; *A. Assmann*, Der lange Schatten der Vergangenheit, Erinnerungskultur und Geschichtspolitik, 2018, S. 32 f.

[26] *A. Assmann* (Fn. 25), S. 33; *Sturken* (Fn. 23), S. 9; *Hunt*, Memory, war, and trauma, 2010, S. 172 f.

[27] *Uhle*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, S. 15, 26 ff.

[28] BVerfGE 93, 1 (22).

Verfassungsstaates und somit „zentralste und originärste Staatsaufgabe."[29] Im Sinne des deutschen Verfassungsrechts ist sie ein Staatsziel.

Die Pflege der nationalen Identität beinhaltet die Pflege des kulturellen Gedächtnisses als dessen notwendige Grundbedingung. Um Ereignisse über Generationen im Bewusstsein einer Gesellschaft zu erhalten, muss der Staat kulturelle Objekte schaffen und eine entsprechende Kommunikationspraxis etablieren. Die sich daraus ergebenden Implikationen dürfen nicht unterschätzt werden. Die Prägung des kulturellen Gedächtnisses bedeutet die Prägung der nationalen Identität. Sie hat weitreichende Folgen nicht nur für das Konstrukt der Nation, sondern auch für die in ihr agierenden kollektiven und individuellen Akteure. Der Staat darf hier nicht willkürlich handeln. Er ist an rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze gebunden.

4. Selektion

Der Platz im kulturellen Gedächtnis ist begrenzt. Nicht jedes Ereignis aus der Vergangenheit kann kollektiv als lebendige Erinnerung bewahrt und für die Herausbildung einer kulturellen Identität genutzt werden. Dies macht eine Selektion durch die staatlichen Institutionen notwendig. Dieses Auswahlverfahren ist problematisch, da das kulturelle Gedächtnis nie die Gesellschaft als Ganzes widerspiegelt. Keine Gesellschaft ist homogen, sondern besteht aus verschiedenen Gruppen mit teils abweichenden kollektiven Erinnerungen. Das kulturelle Gedächtnis spiegelt daher auch die gesellschaftliche Machtverteilung. Die darin kodierten Erfahrungen sind regelmäßig die der herrschenden Gruppe. Daneben gibt es Gruppen, deren Erfahrungen nicht im kulturellen Gedächtnis der Nation repräsentiert wird. *Martin Saar* bezeichnet sie als kulturelle Minderheiten. Der Begriff ist deskriptiv und impliziert nicht notwendigerweise auch eine Benachteiligung dieser Gruppen.[30] Er sollte gleichwohl mit Vorsicht genutzt werden, denn die Grenze zwischen kulturellen Gruppen in einer Gesellschaft verläuft nie trennscharf und bereits der Versuch ihrer Darstellung beinhaltet auch askriptive Elemente.

Es wäre indes ebenso verfehlt, die Existenz abweichender kultureller Gruppen zu ignorieren. Dies ist relevant, wenn es um eine divergierende Erfahrung der geteilten Vergangenheit geht. Die teils gewaltsame nationale Vergangenheit tangiert nicht alle Mitglieder der Gemeinschaft gleich. Unrechtserfahrung wie der Holocaust begründet einen irreduziblen Unterschied zwischen Bevölkerungsgruppen. Die Auswirkungen des Holocaust auf die kollektiven und persönlichen Identitäten der Opfergruppen sind enorm und unterscheiden sich grundlegend von den Erfahrungen der deutschen Mehrheitsbevölkerung. Allein die Tatsache, dass sie Opfer des Holocausts waren, während die damalige Mehrheitsbevölkerung auf Täterseite stand, führt zu einer fundamental anderen Identitätskonstruktion. Für die Opfer des Holocausts war es nicht möglich, das Unrecht einfach zu vergessen. Das Verfolgungsschicksal ist maßgeblicher Teil ihrer Identität geworden. Es ist gerade ihre im Nationalsozialismus konstruierte und überzeichnete Abweichung von der Mehrheit, die Grund ihrer Verfolgung war. Juden wurden als Juden, Sinti und Roma als Sinti und Roma und Homosexuelle als Homosexuelle verfolgt. Der Holocaust war für sie keine politische Verfolgung, sondern die systematische und ideologiegestützte Aufhebung ihres Menschseins an sich.[31] Die tatsächlichen Opfer des Holocausts mögen zum größten Teil bereits verstorben sein, allerdings verbleibt die Wirkung des Unrechtes im kollektiven Gedächtnis und der kollektiven Identität der betroffenen Gruppen als übergenerationelles Kollektiv. Die Erfahrung prägt und definiert die Betroffenen über Generationen hinweg.

Die gegenwärtige Epoche ist die erste, in der Erinnerungskultur und kollektive Identitätsprozesse demokratisch begleitet werden. *Pierre Nora* spricht daher zutreffend von einer Demokratisierung der Geschichte, die erstmals eine Partizipation vormals unterdrückter Gruppen im öffentlichen Erinnerungsraum ermöglicht.[32] In einer Demokratie darf der Erinnerungsraum nicht einseitig von der Mehrheit dominiert werden. Unterschiedliche Gruppen müssen die Möglichkeit erhalten, ihre Erfahrungen in den Diskurs einzubringen. Erst dies ermöglicht eine Neubewertung der nationalen Geschichte, die nicht nur die historischen Sieger in den Blick nimmt.[33] Als verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe darf der Maßstab für staatliche Erinnerungspolitik nichts weniger als die Gerechtigkeit sein. Ihr Ziel muss daher in der Etablierung einer gerechten Erinnerungskultur gesehen werden.[34]

IV. Eine gerechte Erinnerungskultur

Historisches Unrecht hinterlässt Wunden im kollektiven Gedächtnis der Opfer. Die Etablierung einer Erinnerungskultur an den Holocaust war ein wichtiger Schritt, um eine Bewältigung durch die Opfer überhaupt zu ermöglichen. Erinnerung und Aufarbeitung können transformativ wirken, indem die Leiderfahrungen anerkannt und die Täter als solche moralisch disqualifiziert werden. Dies eröffnet die Möglichkeit der Verarbeitung und Auseinandersetzung auf beiden Seiten.[35] Eine Verweigerung solcher Anerkennung reproduziert das Unrecht auf kultureller Ebene. Diese Art der Invalidierung führt zum späteren Schweigen vieler Überlebender.[36] Ein „Weitermachen" ist für sie schlicht nicht möglich. Daher stellt die Leugnung des armenischen Völkermordes durch den türkischen Staat eine Fortsetzung des Unrechts dar. Der öffentliche Erinnerungsraum wird hier nicht nur zur Propagierung einer tatsachenwidersprechenden Lesart der Geschichte genutzt, sondern erhält die historische Oppressionslage auf kultureller Deutungsebene aufrecht. Die Folge ist die Beschädi-

[29] *Uhle* (Fn. 27), S. 414 ff.
[30] *Saar*, in: Saar/Echterhoff (Hrsg.), Kontexte und Kulturen des Erinnerns, 2002, S. 267 (268 f.).
[31] *Breitling*, in: Liebsch (Hrsg.), Bezeugte Vergangenheit oder versöhnendes Vergessen, 2012, S. 133 (140).
[32] *Nora*, Transit. Europäische Revue 22 (2002), 18 (25).
[33] *Benjamin*, in: Tiedemann (Hrsg.) Sprache und Geschichte, S. 141 (152 ff.).
[34] Pointiert formuliert bei *Ricœur*, Das Rätsel der Vergangenheit, Erinnern – Vergessen – Verzeihen, 2004, S. 113.
[35] So auch *Neuhäuser*, ARSP 99 (2013), 309 (316).
[36] *Breitling* (Fn. 31), S. 140.

gung der armenischen Identität, deren kollektive Erfahrung im offenen Widerspruch zur offiziellen Erinnerung steht. Gleichzeitig wird auch das Wissen um den Völkermord auf Seiten der Mehrheitsbevölkerung unterdrückt. Gerecht kann eine Erinnerungskultur daher nur sein, wenn sie die Interessen und Erfahrungen unterschiedlicher Gruppen in den Blick nimmt. Dazu gehört der Erhalt eines kohärenten Bezugsrahmens. Eine Orientierung an der kulturellen Mehrheit muss daher zulässig sein. Allerdings darf der demokratische Staat dem Unrecht der eigenen Vergangenheit nicht agnostisch gegenüberstehen. Er muss sich zugunsten der Opfergruppen damit auseinandersetzen und den Erfahrungen der vormals unterdrückten Gruppen einen Platz im öffentlichen Erinnerungsraum zusprechen. Die Platzierung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis der Bundesrepublik mag auch die Geltung der demokratischen Ordnung durch die Gegenüberstellung mit der nationalsozialistischen Willkürherrschaft verdeutlichen. Für die Opfergruppen bedeutet dies aber vor allem, dass ihre individuellen und kollektiven Erfahrungen gesellschaftlich und institutionell anerkannt werden. Auch sie sind Teil der Bevölkerung. Ihre Interessen hat der Staat ebenso zu berücksichtigen. Der Holocaust ist das historisch-kulturelle Erbe der Bundesrepublik, für dessen Aufarbeitung diese verantwortlich ist.[37] Aufarbeitung muss hier als die Etablierung einer Erinnerungspraxis verstanden werden. Ohne das bleibt Aufarbeitung ein singulärer Prozess, der das historische Unrecht abschließen soll. Ein solcher Abschluss kann jedoch nur durch diejenigen erfolgen, denen Unrecht widerfahren ist.[38]

V. Eine Neubewertung des § 130 Abs. 3 StGB im Kontext des kulturellen Gedächtnisses

Aus diesem Rahmen lässt sich eine verfassungsrechtliche Legitimation für § 130 Abs. 3 StGB ableiten. Dem Holocaust ist ein Platz im öffentlichen Gedächtnisraum zuzusprechen, wobei die Ereignisse dort in adäquater Weise repräsentiert werden müssen. Dieses Ziel ist verfassungsrechtlich vorgegeben. Der Aufgabe ist der deutsche Staat mit seiner bisherigen Erinnerungsarbeit nachgekommen.

Das eigentliche Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB ist nicht im öffentlichen Frieden zu sehen, sondern im kulturellen Gedächtnis, wie es von den staatlichen Institutionen etabliert und gepflegt wird. Die Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG muss nicht über einen diffusen Verweis auf die Identität der Bundesrepublik konstruiert werden. Die Bewahrung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis liefert als Staatsziel ein Verfassungsprinzip, das der Meinungsfreiheit gegenübersteht. Dies allein vermag eine Grundrechtseinschränkung jedoch nicht zu rechtfertigen. Es kann nicht zulässig sein, Ansichten zu verbieten nur, weil sie der staatlichen Lesart entgegenlaufen. Vielmehr muss ein Bezug zu den Opfergruppen hergestellt werden, aus dem sich die Relevanz des Holocaust für die staatliche Erinnerungsarbeit erst ergibt. Zwar hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 130 Abs. 3 StGB bewusst unabhängig von den Opfern gefasst, um auch die „einfache" Leugnung des Holocaust zu erfassen. Dieser Gedanke ist jedoch in zweifacher Hinsicht verfehlt.

1. Die Holocaustleugnung als Reproduktion oppressiver Deutungsmuster

Erstens beruht die Unterscheidung zwischen „einfacher" und „qualifizierter" Holocaustleugnung auf einem falschen Verständnis. Die Intension des Gesetzgebers war die Sanktionierung der bloßen Leugnung von historischen Tatsachen – ohne, dass die Opfer durch die Aussage herabgewürdigt werden. Dieser Unterscheidung bedarf es indes nicht. Sie verfehlt den Charakter revisionistischer Bemühungen. Die „einfache" Holocaustleugnung ist keine wertfreie geschichtswissenschaftliche Abstrusität, sondern Angriff auf die ehemals verfolgten Gruppen. Schon die bloße öffentliche Leugnung dieser Geschehnisse präsentiert sich gegenüber den Opfergruppen als Relativierung ihrer kollektiven Erinnerung und Identität. Sie bewirkt eine Täter-Opfer-Umkehr, indem die Opfer ihrerseits der Geschichtsfälschung bezichtigt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies explizit zum Ausdruck gebracht wird. Es ist die notwendige Konsequenz der Leugnung. Das Ziel revisionistischer Bemühungen ist die Verschiebung der Erinnerungskultur über eine manipulative historische Konstruktion. Den Opfergruppen wird die Möglichkeit erneuter Exklusion vermittelt.[39] Die (historische) Tätergruppe erfährt demgegenüber eine falsche moralische Rehabilitation.[40] Die Leugnung historischen Unrechts ist somit nicht nur eine unwahre Tatsachenbehauptung, sondern versucht, die Prozesse demokratischer Erinnerungskultur in ihr Gegenteil zu verkehren. Daher ist die Leugnung des Holocaust stets als Unrecht zu werten. Sie beinhaltet immer auch eine Herabwürdigung der Opfer.

Zweitens bildet das kulturelle Gedächtnis ohne konkrete Bezugnahme auf die Opfer kein überzeugendes Schutzgut. Verbote können nicht gerechtfertigt sein, wenn sie allein die staatliche Deutungsmacht sichern sollen. Darin findet sich der Unterschied zu den Maßnahmen des türkischen Staates. Diese dienen dazu, die eigene Herrschaft zu sichern und eine bereits ausgegrenzte Gruppe zu unterdrücken. Erst die Inklusion der Opfergruppe zeigt eine verfassungsrechtlich gebotene Schutzrichtung auf.

2. Die Rolle der Opfergruppen: Verfassungsrechtliche Überlegungen

Das Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB ist in einer Kombination aus dem kulturellen Gedächtnis und den Interessen der Opfergruppen zu suchen. Der Staat schützt die Platzierung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis. Dies folgt wiederum aus den berechtigten Ansprüchen der Opfer. Der Staat

[37] Ausführlich dazu *dos Santos Lopes*, in: Heimrath/Neuhann/Niedernhuber/Peters/Steenbreker/Wirsing (Hrsg.), Zeitliche Dimensionen und Kritische Theorie(n) des Rechts, 2023, S. 123.

[38] *Adorno*, in: Tiedemann (Hrsg.), Gesammelte Schriften in 20 Bänden, 2003, S. 555.

[39] Ähnlich EGMR, Urt. v. 24.6.2003 – 65831/01 (Garaudy v. France), 1. Ii.

[40] *Kahn*, in: Nelen/Willems/Moerland (Hrsg.), Denialism and human rights, S. 215 (222); *Junge* (Fn. 14), S. 121 ff.

kommt damit seinem verfassungsrechtlichen Auftrag nach. Zwar richtet sich die Holocaustleugnung gegen die staatliche Erinnerungskultur, Intension und Effekt ist jedoch die Beseitigung der darin enthaltenen Bewältigungs- und Aufarbeitungsprozesse zu Lasten der Opfergruppen. Für eine Legitimation eines Verbots kann daher zusätzlich auf die Rechte der Opfergruppen und ihrer Nachfahren abgestellt werden. Die Identität und ihre Voraussetzungen finden im allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen verfassungsrechtlichen Schutz.[41] Die Leugnung des Holocausts tangiert diese Prozesse maßgeblich und in destruktiver Absicht. Insoweit ergeben sich aus dem Postulat einer gerechten Erinnerungskultur nicht nur die Pflicht, historisches Unrecht im offiziellen Gedächtnis aufzuarbeiten, sondern auch die Befugnis, Angriffe abzuwehren, soweit sie sich mittelbar oder unmittelbar gegen die historischen Opfergruppen richten. Damit können der Meinungsfreiheit konkrete verfassungsrechtlich geschützte Positionen entgegengehalten werden, welche die sozialen und kulturellen Zusammenhänge spiegeln.

Gleichzeitig muss in Ansehung der Meinungsfreiheit als zentrales Element jeder Demokratie auch Raum für kritischen Diskurs bleiben. Staatliche Verbote dürfen nur solches Verhalten aus dem öffentlichen Raum ausschließen, welches dazu geeignet und bestimmt ist, in die Aufarbeitungsprozesse des kulturellen Gedächtnisses einzugreifen. Die Holocaustleugnung verfolgt stets das Ziel, in diese Prozesse einzugreifen. Geeignet, dies zu erreichen, ist sie jedoch nur, wenn sie öffentlich getätigt wird. Grundsätzlich gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Leugnungsverbote sind daher gerechtfertigt, wenn und soweit sie das kulturelle Gedächtnis in Ansehung der Betroffenen verteidigen. So wie die Opfergruppen durch die Leugnung mittelbar betroffen sind, müssen auch Leugnungsverbote ihren Schutz jedenfalls mittelbar bezwecken.

VI. Ergebnis und Ausblick

Mit dem aufgezeigten Begründungsansatz gelingen zwei Dinge. Erstens wird die Funktion des § 130 Abs. 3 StGB im Kontext der sozialen Mechanismen um kollektive Erinnerungsprozesse deutlich. Zweitens lässt sich die Norm so in einen rechtlichen Rahmen einbetten, der eben diese Mechanismen erfasst und in die juristische Sphäre übersetzt. Das vom Bundesverfassungsgericht bemühte Konzept der Identität wird anhand konkreter sozialer Phänomene rechtlich greifbar. Nichtsdestotrotz würde der Straftatbestand von einer konzeptuellen Neuregelung profitieren. Statt des unzureichenden Verweises auf den öffentlichen Frieden hätte der Gesetzgeber sich auf die Würde der Opfer als Rechtsgut berufen können und somit nicht nur ein plausibles, sondern vor allem verfassungsrechtlich eindeutig verbürgtes Rechtsgut gewählt.

Fragen über die Regulierung der Vergangenheit werden in den kommenden Jahrzehnten nur weiter an Relevanz gewinnen. Die vermehrten Stimmen von Opfergruppen nach Anerkennung und einem Ende historischer oppressiver Ideologien sollten zu einer kritischen Auseinandersetzung mit nationalen Vergangenheitserzählungen führen. Diese Prozesse können schmerzhaft und konfliktreich sein. Sie werden aber mit Sicherheit in die Sphäre des Rechts übertreten. Insbesondere im französischen und englischsprachigen Raum haben sich entsprechende juristische Diskurse bereits etabliert. Dies mag auch an der Kolonialvergangenheit liegen, die eine Vielzahl an globalen Verbindungen dieser Länder begründet. Dem positiven Selbstkonzept der ehemaligen Kolonialmächte stehen die Erfahrungen der Opfergruppen entgegen. In Deutschland finden sich Auseinandersetzungen mit der Thematik primär in den Sozial- oder Kulturwissenschaften. Es bleibt zu hoffen, dass diesen Fragen in Ansehung der zunehmenden interdisziplinären Ausrichtung der Rechtswissenschaft auch hier größere Beachtung geschenkt wird. Die Etablierung konkreter verfassungsrechtlicher Prinzipien würde jedenfalls einen Grundstein für produktive Aufarbeitungsprozesse – etwa der deutschen Kolonialvergangenheit – in der Zukunft legen.

[41] So auch BVerfG NJW 2009, 3089 (3091) unter Bezug auf BGHZ 75, 160 (162 f.).

Vertrauen in Zeiten des Krieges

Zur Zulässigkeit von Auslieferungen in die Ukraine*

Von Prof. Dr. Markus Englerth, Berlin**

Anhand einer Entscheidung des OLG Nürnberg setzt sich der vorliegende Beitrag kritisch mit Bestrebungen in der Rechtsprechung auseinander, den Auslieferungsverkehr mit der Ukraine wieder aufzunehmen, obwohl sich das Land seit Jahren in einer kriegerischen Auseinandersetzung mit Russland befindet, deren Ausgang unabsehbar ist.

I. Einleitung

Ein vor Kurzem ergangener Beschluss des OLG Nürnberg[1] darf als Auftakt zu einer Reihe von Entscheidungen verstanden werden, mit denen verschiedene Oberlandesgerichte den Weg für eine Wiederbelebung des Auslieferungsverkehrs mit der Ukraine zu ebnen suchen, obwohl sich das Land nach wie vor im Kriegszustand befindet.[2] Diese Entwicklung ist bedenklich. Und auch das OLG Nürnberg hat es sich – in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht – zu leicht gemacht, wie im Folgenden dargestellt werden soll.

II. Sachverhalt

Gegen den Verfolgten hatte das Bezirksgerichts von Poltawa in der Ostukraine einen Haftbefehl wegen des Vorwurfs der schweren Körperverletzung erlassen, der gem. Art. 121 Abs. 1 des ukrainischen Strafgesetzbuchs mit bis zu acht Jahre Haft geahndet werden kann. Der Verfolgte wurde in Deutschland gefasst. Gegen die von der Ukraine auf der Grundlage des Europäischen Auslieferungsübereinkommens daraufhin begehrte Auslieferung zur Strafverfolgung erhob er diverse Einwendungen. Unter anderem berief er sich auf die ihm durch den andauernden Krieg mit Russland drohende Gefahr für Leib und Leben, beklagte unzureichende und gefährliche Bedingungen in ukrainischen Haftanstalten und zweifelte an, dass unter Geltung des Kriegsrechts ein rechtsstaatliches Verfahren gegen ihn geführt werden könne. Der zuständige Senat hat zu diesen Punkten verschiedene Informationen und Zusicherungen angefordert. Die ukrainischen Behörden sagten letztlich zu, dass der Verfolgte unter internationalen Standards genügenden Bedingungen in einer Haftanstalt in den (von kriegerischen Handlungen weitgehend verschonten) westlichen Landesteilen untergebracht werden würde. Da sich der Tatort jedoch im Osten des Landes befand, sollte die Gerichtsverhandlung dort stattfinden und der Verfolgte per Videoübertragung daran teilnehmen. Die uneingeschränkte – fernmündliche und persönliche – Kommunikation mit seinem Verteidiger werde gewährleistet. Unter diesen Umständen hat das OLG Nürnberg die Auslieferung für zulässig erachtet.

III. Bedenken

Die Entscheidung ist durchaus kritisch zu sehen. Verfehlt ist schon der juristische Maßstab, anhand dessen das Gericht die Menschenrechtslage in der Ukraine beurteilen will (unter 1.). Ob angesichts des dynamischen Kriegsgeschehens die Sicherheit des Verfolgten in ukrainischer Haft dauerhaft gewährleistet werden könnte, ist zudem unklar (unter 2.). Mit der Belastbarkeit der die Haftbedingungen betreffenden Zusicherungen hat sich das OLG nicht ausreichend sorgfältig auseinandergesetzt (unter 3.). Und auch im Hinblick auf die Frage, wann eine Fernverhandlung unter Einsatz von Videotechnik mit Art. 6 EMRK vereinbar ist, verdienen die Ausführungen des Gerichts nur beschränkt Zustimmung (unter 4.).

1. Die Ukraine sieht sich seit mittlerweile fast drei Jahren einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg ausgesetzt.[3] Trotzdem unternimmt sie erkennbar erhebliche Anstrengungen, um ihr Justizsystem – und auch die Strafrechtspflege – den Standards der Europäischen Union anzunähern, der sie irgendwann beizutreten hofft.[4] Dass diese Anstrengungen auch schon erste Früchte getragen haben, ist nicht zu leugnen.[5] All diese Umstände können jedoch nicht dazu führen, dass dem

---

* Zugleich Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschl. v. 22.10.2024 – Ausl OAus 43/24.

** Der *Autor* ist Professor für Strafverfahrensrecht (unter besonderer Berücksichtigung des polizeilichen Eingriffsrechts) und Strafrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.

[1] OLG Nürnberg, Beschl. v. 22.10.2024 – Ausl OAus 43/24.

[2] Vgl. insbesondere OLG Köln, Beschl. v. 29.10.2024 – 3 OAus 66/24; OLG Dresden, Beschl. v. 9.8.2024 – OAus 174/24 und dazu BGH, Beschl. v. 16.1.2025 – 4 ARs 11/24; OLG München, Beschl. v. 23.12.2024 – 1 OAus 179/24 und dazu BVerfG, Beschl. v. 31.1.2025 – 2 BvR 106/25.

[3] Gemeint ist hier die groß angelegte Invasion des Landes. Streng genommen hat der Ukraine-Krieg natürlich bereits im Jahr 2014 mit der Annexion der Krim durch Russland begonnen.

[4] Die Beitrittsverhandlungen mit der EU laufen seit dem 25.6.2024. Im deren Rahmen wird die Ukraine einen Reformfahrplan zur Verbesserung der Bereiche „Justiz und Grundrechte“ und „Justiz, Freiheit und Sicherheit“ vorlegen, vgl. Accession Document, General EU Position, Ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Ukraine to the European Union (Luxembourg, 25 June 2024), abrufbar unter https://www.consilium.europa.eu/media/hzmfw1ji/public-ad00009en24.pdf (18.5.2025).
Aktuell lässt sich die Ukraine u.a. durch die deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) bei der Umsetzung der Kriterien der EU zur Rechtsstaatlichkeit beraten, vgl. GIZ v. April 2024, abrufbar unter https://www.giz.de/de/weltweit/150653.html (18.5.2025).

[5] Vgl. zu den Fortschritten etwa Europäische Kommission, Ukraine 2023 Report v. 8.11.2023, Abschnitt 2.2 „Rule of Law and Fundamental Rights“, abrufbar unter https://enlargement.ec.europa.eu/document/download/bb61ea6d-dda6-4117-9347-a7191ecefc3f_en?filename=SWD_2023_699%20Ukraine%20report.pdf (18.5.2025).

Land gleichsam ein Rabatt bei der Erfüllung rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Vorgaben eingeräumt wird. Genau dies scheint das OLG Nürnberg jedoch insinuieren zu wollen, wenn es erklärt:

> „Diese Anstrengungen nicht angemessen zu berücksichtigen und stattdessen die Auslieferung an für die Wahrung der Rechte des Verfolgten nicht zwingend gebotenen Anforderungen scheitern zu lassen, die unter friedlichen Bedingungen womöglich zu bewerkstelligen wären, sich aber in der bestehenden kriegsbedingten Sondersituation als überzogen darstellen, würde letztlich nicht allein den ukrainischen Interessen zuwiderlaufen, sondern ungerechtfertigterweise vor allem den Interessen des Aggressors an einer Destabilisierung des ukrainischen Staates entgegenkommen".[6]

Die deutsche Justiz hat – vor allem im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht der Europäischen Union angehören – die Pflicht, von Amts wegen zu prüfen, ob die Auslieferung das gem. Art. 79 Abs. 3 GG unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie den nach Art. 25 GG für die Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahrt, wozu insbesondere auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zählen.[7]

Ist die Einhaltung dieser Mindeststandards nicht gesichert, ist die Auslieferung nach § 73 S. 1 IRG unzulässig, weil ihr wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung entgegenstehen. Einen Dispens für kriegsbedingte Sondersituationen kann es dabei nicht geben, denn es entspricht gerade der Natur eines *Mindest*standards, dass er keine situativ bedingten Unterschreitungen mehr erlaubt. Auch dass ein Staat sich redlich bemüht, bestehende Defizite zu beheben, darf erst dann Berücksichtigung finden, wenn diese Bemühungen von Erfolg gekrönt sind und der Mindeststandard verlässlich erreicht wird.[8]

Vor allem aber darf das Auslieferungsrecht nicht als Instrument der Solidarisierung mit einer Kriegspartei zweckentfremdet werden. So mag es zwar durchaus zulässig sein, aus dem Umstand, dass ein Staat einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg begonnen hat, negative Rückschlüsse für den Auslieferungsverkehr *mit diesem Staat* – etwa im Hinblick auf die Verlässlichkeit seiner Zusicherungen – zu ziehen.[9] Andersherum gilt dies jedoch nicht. Eine Art „Solidaritätsbonus" für den überfallenen Staat, mag er an seiner Situation auch noch so unschuldig sein, ist dem Auslieferungsrecht fremd. Ob eine Auslieferung dorthin zulässig ist, muss anhand der allgemeinen – für Kriegs- wie für Friedenszeiten gleichermaßen gültigen – Kriterien beantwortet werden.

2. Zu klären ist daher zunächst, ob bereits die allgemeine Sicherheitslage in der Ukraine ein Auslieferungshindernis begründet. Bei infolge des Krieges drohender Lebensgefahr stünde der Überstellung § 73 IRG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK entgegen. Das OLG Nürnberg hat ein derartiges Auslieferungshindernis im vorliegenden Fall jedoch verneint, nachdem die ukrainische Generalstaatsanwaltschaft erklärt hatte, den Verfolgten in einer Haftanstalt der Stadt Uzhhorod unterbringen zu wollen. Diese liegt in der Oblast Zakarpattia (Transkarpatien) im Dreiländereck zwischen Ungarn, der Slowakei und der Ukraine und ist von Raketenbeschuss und Kampfhandlungen bislang weitgehend verschont geblieben. Obwohl auch in der Region Transkarpatien seit Beginn des Krieges Hunderte Male Luftalarm ausgelöst wurde[10], und vereinzelt sogar Todesopfer zu beklagen waren[11], haben verschiedene Medien zumindest Uzhhorod zur sichersten Stadt der Ukraine erklärt.[12] Die Einschätzung des OLG Nürnberg, dass dem Verfolgten dort keine konkrete Gefahr für Leib und Leben drohe, ist damit zumindest für den gegenwärtigen Zeitpunkt nachvollziehbar.

Fraglich ist jedoch, ob diese Gefahrenprognose auch noch für die nächsten Jahre trägt. Immerhin drohen dem Verfolgten, über dessen Schicksal das OLG Nürnberg zu entscheiden hatte, in der Ukraine bis zu acht Jahre Haft. Schon in den vergangenen zwei Jahren hat der Kriegsverlauf selbst kundige Beobachter immer wieder überrascht. Eine vollständige Niederlage der Ukraine – und damit womöglich deren Ende als unabhängiger Staat – ist auch weiterhin nicht auszuschließen.[13] Erst recht gilt dies natürlich für eine Ausweitung der russischen Angriffe auf die westlichen Landesteile. Dass sich das OLG mit dieser Möglichkeit nicht einmal auseinandergesetzt hat, lässt einen Zweckoptimismus erahnen, der sich nicht gut mit seiner Pflicht zur objektiven Einschätzung aller dem Verfolgten drohenden Risiken verträgt.

Daran vermögen von der Ukraine abgegebene Zusicherungen nichts zu ändern. Zu den sog. Othman-Kriterien, an denen der EGMR die Belastbarkeit diplomatischer Zusiche-

[6] OLG Nürnberg, Beschl. v. 29.10.2024 – Ausl OAus 43/24, Rn. 99 (juris).
[7] Statt vieler: BVerfG, Beschl. v. 18.12.2023 – 2 BvR 1368/23, Rn. 32 ff. m.w.N.
[8] Vgl. exemplarisch OLG München, Beschl. v. 16.5.2017 – 1 AR 188/17; OLG Hamburg, Beschl. v. 26.1.2022 – Ausl 99/20, die zwar jeweils das erkennbare Bemühen des rumänischen Staates um eine Verbesserung der Haftbedingungen ausdrücklich würdigen, die Zulässigkeit der Auslieferung aber wegen der fortgesetzten Verfehlung der Mindeststandards gleichwohl anzweifeln.
[9] So etwa OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.3.2022 – 1 AR 9/22 (S).
[10] https://alarmmap.online/region/zakarpatska-oblast/uzhhorodskyy-rayon/air/ (19.2.2025).
[11] Interfax Ukraine v. 15.12.2023, abrufbar unter https://en.interfax.com.ua/news/general/954492.html (18.5.2025).
https://ukraine.diplo.de/ua-de (19.2.2025).
[12] *Reuter*, Spiegel Online v. 24.11.2023, abrufbar unter https://www.spiegel.de/international/world/cake-and-casualties-uzhhorod-is-ukraines-most-peaceful-city-a-8f675721-718d-4dd9-8e51-9ef86c61e8e3 (18.5.2025).
[13] *Mayer*, Frankfurter Rundschau v. 31.1.2025, abrufbar unter https://www.fr.de/politik/ukraine-krieg-kiew-schliesst-niederlage-gegen-wladimir-putin-nicht-mehr-aus-zr-93539156.html (18.5.2025).

rungen misst, gehört u.a. die Frage, ob diejenige Stelle, welche die Zusicherung abgegeben hat, den ersuchenden Staat überhaupt wirksam zu verpflichten vermag. Ebenso fragt der EGMR, ob zu erwarten sei, dass lokale Behörden sich voraussichtlich an Zusagen der Zentralregierung halten werden, und ob auf regionaler Ebene effektive Kontrollmechanismen für die längerfristige Einhaltung existieren.[14] All dem liegt ein einheitlicher Gedanke zugrunde: Kann der ersuchende Staat das Versprochene – ggf. auch weit über den gegenwärtigen Moment hinaus – gewährleisten? Dass dabei nicht nur das rechtliche, sondern ebenso das tatsächliche Können eine Rolle spielt, ist offenkundig. Und leider scheint es aktuell nicht so, als stehe es in der Macht der ukrainischen Regierung, die Sicherheit ihrer Haftanstalten vor russischen Angriffen auf Jahre hinaus zu gewährleisten, mögen diese sich auch weit im Westen des Landes befinden und mit Schutzbunkern versehen sein.

3. Mit der (bislang) relativ geschützten Lage der Stadt Uzhhorod geht im Übrigen eine weitere Problematik einher, die das Gericht gänzlich verkannt hat. Die Region ist längst zu einem Zufluchtsort für Hunderttausende Menschen aus dem Osten des Landes geworden, die die lokale Infrastruktur zunehmend überfordern.[15] Wohnungsnot und stundenlange Stromausfälle prägen Medienberichten zufolge mittlerweile den Alltag.[16] Sollte sich die Situation infolge weiterer ukrainischer Gebietsverluste und Flüchtlingsbewegungen gen Westen noch verschärfen, sind negative Folgen für den dortigen Strafvollzug absehbar. Mangellagen – etwa in Bezug auf Energie, Nahrung oder medizinische Versorgung – dürften die Inhaftierten als Erste zu spüren bekommen. Überbelegung durch die Verlegung von Gefangenen aus anderen Anstalten wäre eine weitere Konsequenz. Ob es den ukrainischen Behörden in einer solchen Situation noch gelänge, die zugesicherten Haftbedingungen aufrechtzuerhalten, ist keineswegs sicher. Daher hätte sich das OLG mit der Wahrscheinlichkeit eines derartigen Szenarios zumindest auseinandersetzen müssen.

Zu den bereits zitierten Othman-Kriterien gehört im Übrigen auch die Möglichkeit eines effektiven Monitorings der zugesicherten Bedingungen durch konsularische Vertretungen des ersuchten Staates oder internationale Organisationen.[17] Es liegt auf der Hand, dass ein solches Monitoring im Falle einer Eskalation und Ausweitung des Krieges noch schwieriger durchführbar wäre, als es ohnehin schon ist. Bereits heute operiert die Deutsche Botschaft in Kiew im eingeschränkten Dienstbetrieb und nimmt konsularische Aufgaben nur noch in Ausnahmefällen wahr.[18]

Generell befremdet die Nonchalance, mit der das OLG Nürnberg Bedenken in Bezug auf die Haftbedingungen beiseite wischt. Diese ergeben sich schließlich nicht allein aus den Sonderbelastungen des Krieges, sondern auch aus dem Umstand, dass im ukrainischen Strafvollzug nach wie vor das Echo der sowjetischen Ära nachhallt.[19] Nicht ohne Grund hatten einzelne Oberlandesgerichte in den Jahren vor der Invasion Auslieferungen in die Ukraine aufgrund der dort herrschenden Haftbedingungen – und trotz einzelfallbezogener Zusicherungen der ukrainischen Behörden – untersagt.[20] Dass sich diese ausgerechnet unter Kriegsbedingungen so verbessert haben sollen, dass kein Grund zur Sorge mehr besteht, erscheint nicht nur fragwürdig. Es wird von Kennern der Materie auch in Frage gestellt. So charakterisiert etwa der jüngste Menschenrechtsbericht des US-amerikanischen Außenministeriums die Bedingungen in ukrainischen Haftanstalten unverändert als schlecht und teilweise sogar lebensbedrohlich – bedingt u.a. durch Überbelegung, Gewalt seitens der Gefangenen *und* des Anstaltspersonals, unzureichende medizinische Versorgung, mangelhafte sanitäre Einrichtungen und bauliche Mängel.[21] Den aktuell wahrscheinlich umfassendsten Überblick über die Thematik gibt indes ein Bericht der dänischen Einwanderungsbehörden vom Dezember 2024, der sowohl das ukrainische Justizministerium als auch verschiedene Menschenrechtsorganisationen und das Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe zu Wort kommen lässt.[22] Dieser Bericht, der zu ausführlich ausfällt, als dass sein Inhalt hier auch nur ansatzweise wiedergegeben werden könnte, zeichnet ein durchaus differenziertes Bild, das zwar einerseits Verbesserungen und größere Transparenz würdigt, zugleich aber zahlreiche fortbestehende Probleme aufzeigt.

Wohl auch deshalb hatten im vorliegenden Fall die ukrainischen Behörden vorab eine Reihe von Haftanstalten benannt, in denen besondere Maßnahmen zur Harmonisierung

[14] EGMR, Urt. v. 17.1.2012 – 8139/09 (Othman [Abu Qatada] v. UK), Rn. 189.
[15] UNHCR v. 12.11.2024, abrufbar unter https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/1000-days-full-scale-war-ukraine-unhcr-s-deputy-chief-urges-solidarity (18.5.2025).
[16] *Schlegl*, Frankfurter Rundschau v. 8.7.2024, abrufbar unter https://www.fr.de/rhein-main/darmstadt/viele-kriegsversehrte-in-darmstadts-ukrainischer-partnerstadt-93175726.html (18.5.2025).
[17] EGMR, Urt. v. 17.1.2012 – 8139/09 (Othman [Abu Qatada] v. UK), Rn. 189.
[18] Deutsche Botschaft Kiew, Aktueller Hinweis zur Ukraine, abrufbar unter https://ukraine.diplo.de/ua-de (18.5.2025).
[19] *Inosemzew*, Neue Zürcher Zeitung v. 29.12.2024, abrufbar unter https://www.nzz.ch/meinung/das-desolate-strafvollzugssystem-der-ukraine-atmet-sowjetischen-ungeist-ld.1837536 (18.5.2025);
Clasen, taz v. 8.8.2023, abrufbar unter https://taz.de/Buergerrechtler-ueber-Knaeste-in-Ukraine/!5949320/ (18.5.2025).
[20] Vgl. etwa OLG Oldenburg, Beschl. v. 27.5.2020 – 1 Ausl 29/18; OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.1.2017 – (2) AuslA 49/15 (15/15) – nicht veröffentlicht.
[21] U.S. Department of State, Ukraine 2023 Human Rights Report, S. 7 f.
[22] Danish Immigration Service, Country of Origin Information – Thematic Report: Ukraine – Prison conditions, 2024 update, Dezember 2024.

der Haftbedingungen mit internationalen Menschenrechtsstandards ergriffen worden seien und wo gerade deshalb bevorzugt ausgelieferte Personen untergebracht würden. Eine davon – die Haftanstalt Zhytomir – taucht immer wieder in dem Bericht der dänischen Behörde auf. Danach stellte eine lokale Menschenrechtsorganisation bei einem Besuch im April 2024 fehlende Toiletten, unzureichende Belüftung und fehlendes Trinkwasser in den Zellen fest.[23] Zudem soll es gerade dort immer wieder zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Häftlingen[24] und zahlreichen Fällen von Misshandlungen durch Justizvollzugsbeamte gekommen sein.[25] Die Haftanstalt Zakarpattia in Uzhhorod, in welcher der Verfolgte im Nürnberger Fall letztlich untergebracht werden sollte, fiel dadurch auf, dass sie als einzige den Kontrolleuren der nationalen Stelle zur Prävention von Folter (National Prevention Mechanism) bei deren ersten Kontrollbesuch den Zutritt verweigerte.[26]

Als Indiz, wie es um die Haftbedingungen in der Ukraine bestellt ist, mag man noch eine andere Entwicklung betrachten. Seit Mai 2024 wirbt der ukrainische Staat gezielt Strafgefangene für den Militärdienst an – und dies mit durchschlagendem Erfolg. Bereits im Juli 2024 war jeder neunte Häftling aufgrund der Initiative freigekommen.[27] Bis Februar 2025 hatten 9.000 Inhaftierte einen Antrag gestellt, in der Infanterie kämpfen zu dürfen.[28] In Anbetracht des Umstandes, dass sich kaum noch ein ukrainischer Zivilist freiwillig zur Landesverteidigung meldet und die rekrutierten Strafgefangenen oft an vorderster Front eingesetzt werden, sind diese Zahlen bemerkenswert. Geht man nicht davon aus, dass Strafgefangene per se patriotischer gesinnt seien als der Rest der Bevölkerung, drängt sich die Frage nach ihrer Motivation auf. Dass diese mit Bedingungen im Vollzug zu tun haben könnte, denen zu entrinnen vielen Gefangenen das Risiko des Todes wert zu sein scheint, ist keine abwegige Annahme. Ebenso wenig lässt sich ausschließen, dass die Rekrutierungsinitiative mehr als nur subtilen Druck auf die Inhaftierten ausübt. Beide Möglichkeiten hätten dem OLG Nürnberg Grund zu einer kritischeren Auseinandersetzung mit dem Vortrag des Verfolgten geben können. Dass sich das Gericht stattdessen vor allem auf die Einschätzung des Auswärtigen Amtes, die sich offenbar aus einem Besuch von Botschaftsmitarbeitern in zwei ukrainischen Haftanstalten speiste, verlassen hat, erscheint – wie so häufig in derartigen Fällen – der Problematik nicht wirklich angemessen.[29]

4. Zumindest problematisch muten schließlich auch die Ausführungen des OLG Nürnberg zur Wahrung des Fairtrial-Grundsatzes an. Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass sich nach allgemeiner Wahrnehmung auch die Rechtsstaatlichkeit der Strafverfahren in der Ukraine in den letzten Jahren infolge diverser Reformen signifikant verbessert hat, zugleich aber noch immer weit von europäischen Standards entfernt ist. Im globalen Rechtsstaatsranking des „Word Justice Projects“ etwa hat sich das Land mittlerweile ins untere Mittelfeld vorgearbeitet. Gerade die ukrainische *Straf*justiz schneidet jedoch mit Rang 94 von 142 weiterhin schlecht ab und landet noch hinter der von Ländern wie Albanien (92), Weißrussland (88), Ungarn (68) oder Kasachstan (66).[30]

Im Fokus der Nürnberger Entscheidung stand jedoch vor allem die Frage, ob die Durchführung eines Ferngerichtsverfahrens per Videoübertragung mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar sei. Das OLG hat diese unter Rekurs auf die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG bejaht, es sich damit aber möglicherweise zu einfach gemacht.

Sowohl der EGMR[31] als auch das BVerfG[32] betrachten es als integralen Bestandteil eines fairen Verfahrens, dass der Angeklagte die Möglichkeit zur persönlichen Teilnahme an der Verhandlung hat. Dies bedeutet jedoch nicht notwendigerweise, dass der Angeklagte immer physisch im Gerichtssaal zugegen sein muss. Unter bestimmten Voraussetzungen hält der EGMR auch eine Teilnahme des physisch absenten Angeklagten via Videokonferenztechnik für mit der Konvention vereinbar.[33] Jedenfalls im Rechtsmittelverfahren soll eine solche denkbar sein, wenn a) eine entsprechende Möglichkeit im nationalen Verfahrensrecht vorgesehen ist, b) die Regelung ein legitimes Ziel verfolgt, c) eine rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechende Beweisaufnahme möglich bleibt

[23] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 19. Anzumerken ist allerdings, dass es sich hier um die Justizvollzugsanstalt Zhytomir Nr. 8 handelt, während nach Angaben der ukrainischen Generalstaatsanwaltschaft ausgelieferte Personen in der Strafkolonie Zhytomir Nr. 4 untergebracht werden. Beide Einrichtungen befinden sich am selben Ort. Es ist aber natürlich trotzdem denkbar, dass die Probleme sich auf eine der beiden Institutionen beschränken.

[24] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 24.

[25] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 60.

[26] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 85. Interpretiert wird dies im Bericht als Missverständnis. Bei einem weiteren Besuch kam es demnach zu keinen Problemen mehr.

[27] *Burdyga/Psemyska*, Deutsche Welle v. 6.7.2024, abrufbar unter https://www.dw.com/de/vom-knast-an-die-front-wie-die-ukraine-gefangene-rekrutiert/a-69493764 (18.5.2025).

[28] *Barth*, tagesschau v. 3.2.2025, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/ausland/europa/ukraine-brigade-ex-haeftlinge-102.html (18.5.2025).

[29] Zur Rolle des AA bei der Überprüfung von Zusicherungen OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13.10.2020 – Ausl 301 AR und die Anmerkung von *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 23/2020 Anm. 5.

[30] World Justice Project, Rule of Law Index, Ukraine 2024, Criminal Justice, abrufbar unter https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2024/Ukraine/Criminal%20Justice/ (18.5.2025).

[31] EGMR, Urt. v. 23.11.1993 – 14032/88 (Poitrimol v. France), Rn. 35; EGMR, Urt. v. 8.4.2010 – 20508/03 (Sinichkin v. Russia), Rn. 30.

[32] BVerfG, Beschl. v. 18.12.2023 – 2 BvR 1368/23, Rn. 38.

[33] Grundlegend EGMR, Urt. v. 5.1.2007 – 45106/04 (Marcello Viola v. Italy).

und d) die Rechte der Verteidigung dadurch nicht unangemessen beeinträchtigt werden.[34]

Die Möglichkeit, ein Fernverfahren per Videoübertragung durchzuführen, ist in Art. 336 der ukrainischen Strafprozessordnung ausdrücklich vorgesehen. Auf den ersten Blick erscheint es auch evident, dass diese Regelung gerade in der aktuellen Situation einem legitimen Ziel – dem Schutz des Angeklagten vor kriegsbedingten Gefahren am Verhandlungsort – dient. Tatsächlich ist dies aber gar nicht so eindeutig. Vielmehr stellt sich die Frage, weshalb anstatt am Tatort nicht umgekehrt der Strafprozess an demjenigen Ort durchgeführt werden kann, an dem der Angeklagte inhaftiert wurde. Dies würde seiner Sicherheit *und* seinem Interesse, an der Verhandlung teilzunehmen, Rechnung tragen. Ob der Oberste Gerichtshof der Ukraine ein solches Vorgehen in dem Fall, dass der Verfolgte gegen eine Fernverhandlung Einwände erhoben hat, zumindest anordnen *kann*, ist ungeklärt. Die GenStA München jedenfalls scheint dies in einem anderen Fall angenommen zu haben, während das OLG München sogar von einem Wahlrecht zwischen Präsenzteilnahme (am regulären Verhandlungsort) und der Fernverhandlung ausgegangen ist.[35] Das OLG Nürnberg wiederum hat im vorliegenden Fall unterstellt, dass das Kriegsrecht einer Präsenzteilnahme des Angeklagten prinzipiell entgegenstehe[36], zugleich aber auf Art. 615 Ziffer 9 der ukrainischen Strafprozessordnung verwiesen, dessen Wortlaut durchaus größere Flexibilität zu erlauben scheint. Angesichts des Umstandes, dass das BVerfG gerade der Frage, ob die Durchführung einer Fernverhandlungen optional oder zwingend ist, große Bedeutung beimisst, muss es verwundern, dass die obergerichtlichen Feststellungen hierzu weiterhin divergieren.[37]

Nun verstößt freilich auch eine Fernverhandlung, die gegen den Willen des Angeklagten durchgeführt wird, nicht in jedem Fall gegen Art. 6 EMRK. Ausdrücklich entschieden hat der EGMR dies aber bislang nur in Bezug auf die Rechtsmittelinstanz. Ob auch erstinstanzliche Verhandlungen auf diesem Weg stattfinden können, ist offen. Dafür spricht sicherlich der Umstand, dass die vor dem EGMR erfolglos gebliebene Beschwerde einen Fall betraf, in dem das italienische Berufungsgericht als Tatsacheninstanz auch über die Schuld des Angeklagten zu urteilen hatte.[38] Andererseits betont der Gerichtshof – ohne dies näher zu begründen – dass der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten in der Rechtsmittelinstanz eine geringere Bedeutung als im erstinstanzlichen Prozess zukomme.[39] Daraus lässt sich wohl im Umkehrschluss ableiten, dass an eine erstinstanzliche Fernverhandlung jedenfalls strengere Maßstäbe anzulegen sind.

Dies ergibt mit Blick auf die Beweisaufnahme auch Sinn. Dem Angeklagten sollte es zumindest in der ersten Tatsacheninstanz möglich sein, Beweisgegenstände persönlich in Augenschein zu nehmen und sich aus direkter Anschauung einen Eindruck von Zeugen und anderen Verfahrensbeteiligten zu verschaffen. Übernimmt dies ein im Gerichtssaal anwesender Verteidiger für ihn, dürfte eine spontane Rücksprache während der laufenden Beweiserhebung kaum zu bewerkstelligen sein. Hält sich der Verteidiger hingegen während der Verhandlung am selben Ort wie der Inhaftierte auf, bleibt auch ihm der unmittelbare Eindruck aus dem Saal vorenthalten. Beide Optionen beeinträchtigen die Effektivität der Verteidigung und können nur unter außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sein, über deren Vorliegen sich das OLG Nürnberg – angesichts der Distanz von rund 1.150 km zwischen dem Verhandlungsort Poltawa und der Haftanstalt Zakarpattia – zu wenig Gedanken gemacht hat. Ein Verteidiger, der sich von Angesicht zu Angesicht mit seinem Mandanten beraten, aber auch persönlich an Beweiserhebungen vor Gericht teilnehmen wollte, müsste also nicht nur regelmäßig das gesamte Land, sondern unter Umständen sogar die Frontlinien eines bewaffneten Konflikts überqueren.

Ob die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses als unabdingbarer Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens unter diesen Voraussetzungen gewahrt werden kann, erscheint zweifelhaft. Gewiss wird dies von der aktuellen ukrainischen Strafprozessordnung garantiert. Die mit der Umsetzung verbundenen technischen und logistischen Herausforderungen fallen jedoch immens aus. Hinzu kommt, dass die Vertraulichkeit der Kommunikation verschiedenen Berichten zufolge in der Praxis noch immer nicht durchgehend respektiert wird. Nicht nur das US-Justizministerium berichtet von Besprechungen zwischen Verteidigern und ihren Mandanten, die angeblich von Justizmitarbeitern überwacht wurden.[40] Auch ukrainische Menschenrechtsorganisationen wie die Kharkiv Human Rights Protection Group beklagen, dass Verteidigern bisweilen der Zugang zu ihren Mandanten verwehrt und die Vertraulichkeit von Mandatsgesprächen gezielt unterlaufen werde.[41] Laut Vertretern der NGO „Protection of Prisoners of Ukraine" müssen vor allem Untersuchungshäftlinge damit rechnen, dass ihre Telefonate mit Anwälten rechtswidrig abgehört werden.[42] Ob derartige Vorkommnisse häufig genug sind, um ein „systematisches Defizit" zu begründen, das die Verlässlichkeit der ukrainischen Zusicherungen zu erschüttern vermag, ist nicht leicht zu beurteilen. Gleichwohl hätte man sich eine eingehendere Prüfung dieser Frage durch den OLG-Senat gewünscht.

[34] EGMR, Urt. v. 5.1.2007 – 45106/04 (Marcello Viola v. Italy), Rn. 66 ff.

[35] Beides ergibt sich aus BVerfG, Beschl. v. 31.1.2025 – 2 BvR 106/25, Rn. 8, mit dem eine Verfassungsbeschwerde gegen OLG München, Beschl. v. 23.12.2024 – 1 OAus 179/24, als unzulässig zurückgewiesen wurde.

[36] Unklar insoweit OLG Köln, Beschl. v. 29.10.2024 – 3 OAus 66/24, Rn. 25 f. (juris).

[37] Ausdrücklich kritisch hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 31.1.2025 – 2 BvR 106/25, Rn. 43.

[38] EGMR, Urt. v. 5.1.2007 – 45106/04 (Marcello Viola v. Italy), Rn. 63.

[39] EGMR, Urt. v. 5.1.2007 – 45106/04 (Marcello Viola v. Italy), Rn. 54.

[40] U.S. Department of State (Fn. 21), S. 13.

[41] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 45.

[42] Danish Immigration Service (Fn. 22), S. 59.

IV. Fazit

Die Entscheidung des OLG Nürnberg verdient allein schon deshalb Kritik, weil sie – in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht – über zu viele Fragen und Unsicherheiten hinweggeht und die Bereitschaft erkennen lässt, die Rechte des Verfolgten einer außenpolitischen Solidaritätsgeste unterzuordnen. Ob sie zumindest im Ergebnis trotzdem korrekt ist, lässt sich kaum beurteilen. Vieles spricht dagegen. Angesichts der unzähligen Fehleinschätzungen, die Experten in Bezug auf den Ukrainekrieg schon abgegeben haben, wäre die deutsche Justiz deshalb gut beraten, im Zweifel bis auf Weiteres zugunsten des Menschenrechtsschutzes zu irren und von Auslieferungen in die Ukraine abzusehen.

Neues aus der Strafrechtswissenschaft:
Notwendigkeit, Methoden und Grenzen einer Harmonisierung der Verfolgungsverjährung in der Europäischen Union, 2024*

Von Dr. Thomas Kolb, Gießen**

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 am 13. Juni 2024 in Kraft getretene Gewaltschutzrichtlinie der Europäischen Union[1] legt in Art. 13 Abs. 1 fest, dass die Mitgliedstaaten „die erforderlichen Maßnahmen zur Festlegung einer Verjährungsfrist" zu treffen haben, durch die eine Verfolgung der in der Richtlinie umschriebenen Straftaten „für einen ausreichend langen Zeitraum nach der Begehung dieser Straftaten ermöglicht werden" soll. Im Kommissionsentwurf aus dem März 2022[2] sah das Ganze noch anders aus: Im damaligen Art. 15 schlug die Kommission konkrete Mindestverjährungsfristen von fünf, sieben, zehn und 20 Jahren für die von der Richtlinie erfassten Delikte vor. Das Gesetzgebungsverfahren haben diese umfassenden Regelungen nicht überstanden. Ähnliches deutet sich schon jetzt für den Vorschlag einer Antikorruptionsrichtlinie[3] an. Auch dieser enthält für bestimmte Korruptionsdelikte hohe Mindestverjährungsfristen von acht, zehn und 15 Jahren.[4] Im noch andauernden Gesetzgebungsverfahren zeichnet sich jedoch deutlicher Widerstand des Rates ab, der nicht bereit ist, die Vorgaben mitzutragen, und stattdessen Mindestverjährungsfristen von lediglich drei und fünf Jahren befürwortet.[5]

Dieses Auseinanderfallen von Anspruch und Umsetzbarkeit in beiden Verfahren belegt die Aktualität der Fragestellungen, mit denen sich der *Autor* in der im Folgenden vorgestellten Dissertation aus dem Jahr 2024 beschäftigt: Sind die Unterschiede zwischen den Verjährungsregelungen[6] der 27 EU-Mitgliedstaaten als Folge eines ausdrücklich gewollten Souveränitätserhalts hinzunehmen oder haben diese Unter-

* Die Dissertation mit demselben Titel ist im Jahr 2024 im Nomos Verlag erschienen. Im Sinne der besseren Lesbarkeit wurden nur ausgewählte Fußnoten gesetzt, für weitere Nachweise wird auf die Dissertation selbst verwiesen.

** Der *Autor* ist Assessor und hat im März 2025 sein zweites Staatsexamen abgeschlossen. Die hier vorgestellte Dissertation entstand während seiner Zeit als Wiss. Mitarbeiter des Projekts „Die Verjährung als Herausforderung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen – Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags" (DFG-Projektnummer 392065098) am Franz von Liszt-Institut für internationales Recht und Rechtsvergleichung (als Doktorand von Prof. i.R. *Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Walter Gropp*) an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Der *Autor* dankt Herrn Wiss. Mitarbeiter *Jonas Schury* für die Durchsicht dieses Beitrags und wertvolle Anmerkungen.

[1] Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt.

[2] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 8.3.2022, COM(2022) 105 final.

[3] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates, COM(2023) 234 final.

[4] Siehe Art. 21.

[5] Siehe die Allgemeine Ausrichtung des Rates zum oben genannten Richtlinienvorschlag vom 17. Juni 2024, Nr. 11272/24, S. 49 ff., sowie den Standpunkt des Rates im jüngsten Arbeitsdokument (four-column document) vom 29. Januar 2025, Nr. 5772/25, S. 210 ff.

[6] Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden regelmäßig die Kurzform „Verjährung" gebraucht. Gemeint ist hiermit ausnahmslos die Verfolgungsverjährung.

schiede so gravierende Auswirkungen auf die europäische Idee eines gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, dass es ihrer Abschwächung bedarf? Auf welche Weise könnte eine notwendige Angleichung, möglicherweise auch gegen den Widerstand einzelner Mitgliedstaaten, erfolgen? Und welche Vorgaben an die mitgliedstaatlichen Verjährungsregelungen ergeben sich schon heute aus internationalem und europäischem Recht?

Der Aufbau dieses Beitrags orientiert sich an der Gliederung der Dissertation, die den Anspruch hat, das Rechtsinstitut der Verfolgungsverjährung erstmals umfassend in einen internationalen und europäischen Kontext zu setzen, und soll erste Einblicke in die dortigen Gedankengänge und die wesentlichen Thesen verschaffen.

II. Gravierende Unterschiede zwischen den Verjährungsregelungen der Mitgliedstaaten[7]

Die Verjährungsregelungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterscheiden sich teilweise sehr stark.[8] Dies betrifft nicht nur die Länge der Grundverjährungsfristen, sondern auch die Anzahl unverjährbarer Straftaten, den maßgeblichen Zeitpunkt für den Fristbeginn oder die Möglichkeiten der Fristbeeinflussung.

Am sichtbarsten sind hierbei die Unterschiede zwischen den Grundverjährungsfristen. So unterliegt etwa ein einfacher Betrug mit einem Schaden i.H.v. 1.000 € in Deutschland einer fünfjährigen Verjährungsfrist[9], während er in Österreich bereits nach einem Jahr[10] und in Polen erst nach 15 Jahren[11] verjährt.

Zudem kennt jeder Mitgliedstaat andere Straftaten, die ganz von der Verjährung ausgenommen sind. In Deutschland ist dieser Katalog überschaubar: Nur der Mord[12] und die vier völkerrechtlichen Kernverbrechen können zeitlich unbegrenzt verfolgt werden.[13] Die weitreichenden Unverjährbarkeitsregelungen der Niederlande erfassen demgegenüber nicht nur diverse Sexualdelikte zu Lasten Minderjähriger, sondern deliktsunabhängig alle Straftaten, die mit einer Höchststrafe von zumindest 12 Jahren bedroht sind.[14]

Den Verjährungsbeginn knüpfen die Mitgliedstaaten dabei wahlweise an die Tatbeendigung (Deutschland), die Tatvollendung (z.B. Italien und Spanien) oder das tatbestandsmäßige Verhalten (Griechenland und Österreich) an.[15] Diese Unterscheidung ist in der Praxis jedoch nur dort von Relevanz, wo die bezeichneten Zeitpunkte nennenswert auseinanderfallen. In sog. Spätschadensfällen kann der Einfluss des Verjährungsbeginns auf den Verjährungseintritt denjenigen der Verjährungsfristlänge gleichwohl in den Schatten stellen. Bei Anknüpfung an das Täterverhalten sind hier zudem Konstellationen denkbar, in denen eine Tat noch vor ihrem Erfolgseintritt verjährt.

Gravierende Auswirkungen auf den Verjährungseintritt haben zuletzt die in den Mitgliedstaaten vielfältig ausgestalteten Möglichkeiten der Fristbeeinflussung. Das deutsche Rechtssystem kennt das sog. Ruhen der Verjährung (§ 78b dStGB) – ein Pausieren des Fristablaufs ähnlich einer Hemmung im Zivilrecht – und die sog. Unterbrechung der Verjährung (§ 78c dStGB) – den durch eine bestimmte Verfahrenshandlung herbeigeführten Neustart des gesamten Fristablaufs. In Polen kann die Verjährungsfrist wiederum durch Verfahrenshandlungen um eine feste Zeitspanne verlängert werden und das spanische und das schwedische Rechtssystem sehen sogar den endgültigen Abbruch der Verjährungsfrist vor.[16]

Sobald – wie in der Europäischen Union an der Tagesordnung – ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt mehreren Jurisdiktionen unterfällt, haben diese Regelungsunterschiede zur Folge, dass für ein und dieselbe Tat verschiedene Verjährungsfristen laufen und somit ein Zeitpunkt erreicht werden kann, an dem die Tat in einem Mitgliedstaat bereits verjährt, in einem anderen jedoch noch verfolgbar ist. Dieser Zustand birgt gewaltiges Konfliktpotential.

III. Auswirkungen auf den internationalen Rechtshilfeverkehr[17]

Im Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls stellt der nationale Verjährungseintritt bei eigener Strafzuständigkeit nach Art. 4 Nr. 4 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (RB-EUHb)[18] einen fakultativen Ablehnungsgrund dar[19]:

> *Art. 4 – Gründe, aus denen die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden kann*
> Die vollstreckende Justizbehörde *kann* die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls *verweigern*,
> […]
> 4. wenn die Strafverfolgung oder die Strafvollstreckung nach den Rechtsvorschriften des Vollstreckungsmitglied-

[7] Dazu *Kolb*, Notwendigkeit, Methoden und Grenzen einer Harmonisierung der Verfolgungsverjährung in der Europäischen Union, 2024, S. 31 ff.
[8] Hierzu detailliert *Hochmayr*, in: Hochmayr/Gropp (Hrsg.), Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen, 2021, im open access abrufbar unter https://www.nomos-elibrary.de/de/10.5771/9783748926535/die-verjaehrung-als-herausforderung-fuer-die-grenzueberschreitende-zusammenarbeit-in-strafsachen (20.5.2025), S. 575 ff.
[9] Vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 4 dStGB i.V.m. § 263 Abs. 1 dStGB.
[10] Vgl. § 57 Abs. 3 UAbs. 5 öStGB i.V.m. § 146 öStGB.
[11] Vgl. Art. 101 § 1 Nr. 2a plStGB i.V.m. Art. 286 § 1 plStGB.
[12] Vgl. § 78 Abs. 2 dStGB.
[13] Vgl. § 5 dVStGB.
[14] Vgl. Art. 70 Abs. 2 nlStGB.
[15] Vgl. *Hochmayr* (Fn. 8), S. 612 ff.
[16] Vgl. *Hochmayr* (Fn. 8), S. 629 ff.
[17] *Kolb* (Fn. 7), S. 38 ff.
[18] Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, RB 2002/584/JI, ABl. EG 2002 Nr. L 190/1, geändert durch RB 2009/299/JI vom 26. Februar 2009, ABl. EU 2009 Nr. L 81/24.
[19] *Kolb* (Fn. 7), S. 45 ff.

> staats verjährt ist und hinsichtlich der Handlungen nach seinem eigenen Strafrecht Gerichtsbarkeit bestand; […].

In vielen Mitgliedstaaten, so auch in Deutschland in § 9 Nr. 2 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), wurde dieser fakultative Ablehnungsgrund als obligatorische Regelung umgesetzt[20]:

> *§ 9 – Konkurrierende Gerichtsbarkeit*
> Ist für die Tat auch die deutsche Gerichtsbarkeit begründet, so *ist* die Auslieferung *nicht zulässig*, wenn
> 1. […]
> 2. die Verfolgung oder Vollstreckung nach deutschem Recht verjährt oder auf Grund eines deutschen Straffreiheitsgesetzes ausgeschlossen ist.

Die Folge ist, dass Mitgliedstaaten mit relativ langen Verjährungsfristen regelmäßig nicht mehr auf das Instrument des Europäischen Haftbefehls zurückgreifen können, wenn die gesuchte Person sich in einer ebenfalls strafzuständigen Rechtsordnung befindet, in der bereits Verjährung eingetreten ist.

Das weiterhin bestehende Verfolgungsinteresse des Ausstellungsstaates läuft mithin ins Leere, nur weil im Vollstreckungsstaat die gesetzgeberische Entscheidung getroffen wurde, nach Ablauf einer gewissen Zeit auf den eigenen Strafanspruch zu verzichten.[21] Dies dürfte im Ausstellungsstaat für Unmut sorgen. Schließlich beruht der Europäische Haftbefehl auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, dem sog. „Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“[22], nach dem die justiziellen Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten grundsätzlich als rechtmäßig ergangen anzuerkennen sind.[23] Das hierfür vorausgesetzte Vertrauen in eine ausländische Strafgerichtsbarkeit lässt sich bei so wesentlichen Abweichungen, wie sie im Verjährungsrecht zwischen den Mitgliedstaaten existieren, jedoch nicht mehr verlangen. Der nationale Verjährungseintritt bei eigener Strafzuständigkeit begründet somit eine konsequente Ausnahme vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.[24]

Dies zu akzeptieren, dürfte im Einzelfall umso schwerer fallen, wenn der Ausstellungsstaat sogar Strafverfolgungsmaßnahmen unternommen hat, die ihrer Art nach geeignet wären, auch im Vollstreckungsstaat die Verjährungsfrist zu unterbrechen. Eine verjährungsunterbrechende Wirkung i.S.d. § 78c dStGB, die den nach § 9 Nr. 2 IRG vorausgesetzten Verjährungseintritt verhindern könnte, kommt in Deutschland jedoch nur den Handlungen inländischer Strafverfolgungsbehörden zu.[25] Eine sog. Substitution inländischer durch ausländische verjährungsunterbrechende Verfahrenshandlungen ist nach dem zurzeit geltenden Recht nicht mit der Verfassung vereinbar.[26]

IV. Konfliktpotential durch umstrittene transnationale Sperrwirkung verjährungsbedingter Verfahrensbeendigungen[27]

Auch über das transnationale Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) bzw. Art. 50 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC) können die kurzen Verjährungsfristen einiger Mitgliedstaaten schon vor Ablauf der in anderen Staaten geltenden Verjährungsfristen dortige Strafverfahren verhindern. Nach der beschuldigtenfreundlichen weiten Auslegung des Begriffs der „rechtskräftigen Aburteilung“ aus Art. 54 SDÜ durch den EuGH können verjährungsbedingte Verfahrensbeendigungen schon in frühen Verfahrensstadien, nach hier vertretener Ansicht bereits bei einer verjährungsbedingten Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft,[28] eine transnationale Sperrwirkung auslösen.[29]

Für eine „rechtskräftige Aburteilung“ bedarf es nach dem EuGH nämlich zum einen einer „gewissen materiellen Rechtskraftwirkung“[30] der Verfahrensbeendigung im erstentscheidenden Staat sowie zum anderen, dass vor Abschluss des Verfahrens eine „Prüfung in der Sache“[31] erfolgt ist.[32] Die verjährungsbedingte Einstellung des Ermittlungsverfahrens erfüllt diese beiden Voraussetzungen.

Zwar erwächst in Deutschland die Entscheidung nach § 170 Abs. 2 dStPO formalrechtlich nicht in materielle Rechtskraft, da ein mangels hinreichenden Tatverdachts eingestelltes Ermittlungsverfahren grundsätzlich jederzeit

[20] Genau genommen machte diese bereits vor dem EUHb existierende Regelung eine gesonderte Umsetzung des Art. 4 Nr. 4 RB-EUHb in Deutschland entbehrlich. Stattdessen wurde die Regelung über § 78 IRG im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten für anwendbar erklärt.

[21] *Kolb* (Fn. 7), S. 79 ff.

[22] Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere vom 15./16.10.1999, Rn. 33, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (20.5.2025); siehe auch EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (Jeremy F. v. Premier ministre), Rn. 36.

[23] *Kolb* (Fn. 7), S. 75 ff.

[24] *Kolb* (Fn. 7), S. 97 ff.; hieran noch zweifelnd *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 74. Lfg., Stand: September 2021, AEUV Art. 82 Rn. 36c.

[25] *Mitsch*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 78c Rn. 7.

[26] BVerfGK 16, 177; siehe auch OLG Karlsruhe, openJur 2013, 27453 Rn. 14, zur Übertragbarkeit der Verfassungsgerichtsentscheidung auf nichtdeutsche Staatsangehörige. Zu alldem *Kolb* (Fn. 7), S. 110 ff.

[27] *Kolb* (Fn. 7), S. 122 ff.

[28] A.A. etwa *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, StPO, Stand: 1.1.2025, SDÜ Art. 54 Rn. 28 mit Verweis auf OGH Österreich NStZ 2005, 344.

[29] *Kolb* (Fn. 7), S. 163 ff.

[30] EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-398/12 (M).

[31] EuGH, Urt. v. 10.3.2005 – C-469/03 (Miraglia); EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05 (Van Straaten); EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – C-398/12 (M), EuGH, Urt. v. 29.6.2016 – C-486/14 (Kossowski).

[32] Ausführlich *Kolb* (Fn. 7), S. 136 ff. m.w.N.

wieder aufgenommen werden kann.[33] Gleichwohl verhindert der unumkehrbare Eintritt der Verfolgungsverjährung faktisch eine neuerliche Strafverfolgung aufgrund der gleichen Belastungstatsachen und ist daher de facto einem beschränkten Strafklageverbrauch gleichzustellen. Gerade weil in anderen Mitgliedstaaten, etwa in Österreich oder Ungarn, entsprechende Einstellungsentscheidungen im Ermittlungsverfahren auch de jure neuerlicher Strafverfolgung entgegenstehen,[34] ist eine solche faktische Betrachtungsweise mit Blick auf die Gleichbehandlung von Unionsbürgern geboten.[35]

Da für die Annahme eines Verjährungseintritts zwingend ein Tatzeitpunkt ermittelt und der Sachverhalt einem Straftatbestand subsumiert werden muss, ist auch die Voraussetzung einer „Prüfung in der Sache" unschwer erfüllt.[36] Eine weitergehende Prüfung kann schon deshalb nicht verlangt werden, weil der Verjährungseintritt der Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft eine rechtliche Grenze setzt.[37]

V. Gefahr eines „Forum Shopping"[38]

Darüber hinaus laden die unterschiedlichen Verjährungsregelungen zu einem forum shopping sowohl des Täters als auch der Strafverfolgungsbehörden ein. Einerseits könnte der Täter sich in eine ursprünglich zuständige Jurisdiktion begeben, in der er aufgrund des dortigen Verjährungseintritts vor einer Übergabe geschützt ist, oder er könnte dort sogar durch eine provozierte verjährungsbedingte Verfahrenseinstellung ein transnationales Doppelverfolgungsverbot auslösen.[39] Die Behörden könnten wiederum durch gezielte Absprachen dafür sorgen, dass eine Tat in einer Rechtsordnung verfolgt wird, in der die Gefahr eines Verjährungseintritts nicht besteht.[40] Gestiegen ist dieses Risiko durch die Arbeitsaufnahme der Europäischen Staatsanwaltschaft im Juni 2021.[41] Denn diese wird bei der Wahl eines Gerichtsstands – anders als die mitgliedstaatlichen Behörden – nicht von nationalen Strafverfolgungsinteressen beeinflusst, verfügt zudem durch ihre zentrale Dienststelle über besondere Koordinationsmöglichkeiten und befasst sich vor allem typischerweise mit grenzüberschreitenden Straftaten, die Anknüpfung für die Strafgewalt vieler Mitgliedstaaten bieten. Mit einem gewissen Begründungsaufwand lassen es die Gerichtsstandsregelungen in der für das Verfahren maßgeblichen EUStA-Verordnung[42] zu, eine verjährungsfeindlichere Rechtsordnung für das Strafverfahren auszuwählen.[43]

VI. Zwischenfazit

Alle soeben genannten Konfliktfelder ließen sich durch eine Vereinheitlichung oder jedenfalls nennenswerte Angleichung der mitgliedstaatlichen Verjährungsregelungen auflösen bzw. verringern. Es käme von vornherein nicht mehr oder jedenfalls weit seltener zu der Situation, dass eine Tat im Ausstellungsstaat noch verfolgbar und im Vollstreckungsstaat bereits verjährt wäre. Auf die umstrittene Frage der Sperrwirkung verjährungsbedingter Verfahrensbeendigungen käme es nicht mehr an, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt auch in den anderen Staaten bereits Verjährung eingetreten wäre. Und zuletzt entfiele auch das Bedürfnis nach einem forum shopping, wenn in anderen Jurisdiktionen keine günstigeren Verjährungsbedingungen bestünden.[44]

VII. Rechtsetzungs- und Harmonisierungskompetenzen der EU in Bezug auf die Verfolgungsverjährung[45]

Der Unionsgesetzgeber besitzt jedoch nur sehr begrenzte Rechtsetzungs- und Harmonisierungskompetenzen auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts. Da sich Verjährungsregelungen aus unionsrechtlicher Perspektive weder eindeutig dem Strafverfahrensrecht noch eindeutig dem materiellen Strafrecht zuordnen lassen, kommt grundsätzlich eine Harmonisierung sowohl über Art. 82 Abs. 2 AEUV als auch über Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV in Betracht.[46]

Über die Harmonisierungskompetenz für das Strafverfahrensrecht aus Art. 82 Abs. 2 AEUV sind allenfalls punktuell opferschützende Verjährungsvorgaben (UAbs. 2 lit. c) in Richtlinien denkbar, wie etwa solche, die bei Sexualstraftaten an Minderjährigen eine Strafverfolgung nach Volljährigkeit des Tatopfers sicherstellen sollen.[47] Eine Kompetenzerweiterung nach UAbs. 2 lit. d AEUV wäre wegen des Einstimmigkeitserfordernisses im Europäischen Rat jedenfalls nicht geeignet, über die Harmonisierungsunwilligkeit einzelner Mitgliedstaaten hinwegzuhelfen.[48]

Weitergehende Verjährungsvorgaben ermöglichen demgegenüber die Harmonisierungskompetenzen für das materielle Strafrecht aus Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV.[49] Die hiernach zulässigen Vorgaben „zur Festlegung von Straftaten und Strafen" (Abs. 1) bzw. „für die Festlegung von Straftaten und Straften (Abs. 2) umfassen grundsätzlich auch die Vorgabe von Mindestverjährungsfristen. Solche können jedoch allen-

[33] Vgl. *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2025, § 170 Rn. 8.
[34] Vgl. *Hochmayr* (Fn. 8), S. 648 f.
[35] *Kolb* (Fn. 7), S. 176 ff. Zum Vorrang von Ziel und Zweck des Doppelverfolgungsverbots gegenüber solchen „verfahrensrechtlichen und rein formalen Aspekten", siehe bereits EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01 (Gözütok und Brügge), Rn. 35.
[36] A.A. etwa *Rung*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Strafkooperation, 2019, S. 286.
[37] *Kolb* (Fn. 7), S. 161 ff.
[38] *Kolb* (Fn. 7), S. 189 ff.
[39] Hierzu *Kolb* (Fn. 7), S. 192 ff.
[40] Hierzu *Kolb* (Fn. 7), S. 200 ff.
[41] Ausführlich *Kolb* (Fn. 7), S. 210 ff.
[42] Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), ABl. EU 2017 Nr. L 283/1; siehe insbes. Art. 26 Abs. 4, Art. 26 Abs. 5 und Art. 36 Abs. 3 EUStA-VO.
[43] Siehe *Kolb* (Fn. 7), S. 214 ff.
[44] *Kolb* (Fn. 7), S. 225 ff.
[45] *Kolb* (Fn. 7), S. 240 ff.
[46] *Kolb* (Fn. 7), S. 241 ff.
[47] *Kolb* (Fn. 7), S. 251 ff., 258 ff.
[48] *Kolb* (Fn. 7), S. 256 ff., 258 f.
[49] *Kolb* (Fn. 7), S. 260 ff.

falls bereichsspezifisch und keinesfalls deliktsübergreifend erfolgen und sind beschränkt auf die in Abs. 1 aufgezählten Kriminalitätsbereiche wie etwa Terrorismus, Menschenhandel, Drogen- oder Waffenhandel usw.[50] – bzw. über Abs. 2 auf bereits harmonisierte Politikbereiche des Unionsrechts.[51]

Die größte Einschränkung ergibt sich jedoch daraus, dass die genannten Richtlinienkompetenzen der Union nur Mindestvorgaben an die Mitgliedstaaten zulassen. Da diese Mindestvorgaben zugleich einem Erforderlichkeits- bzw Unerlässlichkeitsvorbehalt unterliegen, kommt auch die Schaffung einheitlicher Verjährungsfristen durch eine Anhebung auf das zurzeit höchste Verjährungsniveau nicht in Betracht.[52] Zudem steht den Mitgliedstaaten gegen solche Richtlinien der sog. Notbremsemechanismus aus Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV zur Verfügung, über den sie die Harmonisierungsvorhaben von sich abwenden könnte, wenn sie grundlegende Aspekte der eigenen Strafrechtsordnung bedroht sehen.[53] Als ein solch grundlegender Aspekt käme etwa die strenge Abhängigkeit von Strafandrohung und Verjährungsfrist in Betracht, wie sie in fast allen Mitgliedstaaten existiert. Durch die punktuelle Anhebung einzelner Verjährungsfristen könnte diese Abhängigkeit und somit die Kohärenz des nationalen Strafrechtssystems durchbrochen werden.[54]

Mehr als nur Richtlinienvorgaben kann der Unionsgesetzgeber im Bereich der Verjährung allenfalls zum Schutz der finanziellen Interessen der Union über Art. 325 Abs. 4 AEUV oder zum Schutz des Zollwesens über Art. 33 AEUV erlassen. Die nach dem Wortlaut der Normen zulässigen „Maßnahmen" umfassen auch den Erlass von Verordnungen und somit supranationaler Straftatbestände und dazugehöriger Verjährungsregelungen. Da sich die eingangs dargestellten Konfliktfelder jedoch mit einer unüberschaubaren Zahl an Straftatbeständen bilden lassen, können auch diese beiden Rechtsetzungskompetenzen das Konfliktpotential nicht ansatzweise ausräumen.[55]

Die gleichwohl weiterhin notwendige Angleichung der mitgliedstaatlichen Verjährungsregelungen lässt sich somit nur mit von den Kompetenznormen des Unionsrechts nicht gedeckten Verjährungsreformen in den Mitgliedstaaten erreichen. Ein solches Unterfangen setzt, ebenso wie eine Erweiterung der Kompetenzen der Union, jedoch die freiwillige Mitwirkung der Mitgliedstaaten voraus.

VII. Potential einer unverbindlichen Modellregelung zur Verfolgungsverjährung[56]

Den Anstoß zu den notwendigen Verjährungsreformen könnte eine Europäische Modellregelung zur Verjährung liefern, der sich die Mitgliedstaaten mit ihren Verjährungssystemen annähern können.[57] Eine solche Modellregelung wurde in einem gemeinsamen Forschungsprojekt der Universitäten Frankfurt (Oder) und Gießen unter der Leitung von Prof. *Dr. Gudrun Hochmayr* und Prof. *Dr. Walter Gropp* in Zusammenarbeit mit Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus 14 verschiedenen Rechtsordnungen unter Mitwirkung des *Autors* dieses Beitrags entwickelt[58] und schließlich im Sammelband des Forschungsprojektes in deutscher und englischer Sprache veröffentlicht.[59] Die Modellregelung begegnet der Schwierigkeit, dass sie – anders als ein in sich geschlossenes Musterstrafgesetzbuch – auf bestehende Strafrechtsordnungen mit unterschiedlichen Sanktionsdrohungen angewendet werden muss. Aus diesem Grund kam eine Verjährungsregelung wie in § 78 Abs. 3 dStGB, die einer Tat in Abhängigkeit von der drohenden Strafe eine Verjährungsfrist zuordnet, nicht in Betracht, das Problem divergierender Verjährungsfristen zu beheben. Stattdessen knüpft der Modellvorschlag seine Verjährungsfristen an Schwerekategorien, die von den Mitgliedstaaten selbst mit Straftatbeständen aufzufüllen sind, und macht sich hierbei zunutze, dass jedenfalls die Ansichten über das Schwereverhältnis einzelner Straftaten zueinander in den Mitgliedstaaten nicht wesentlich auseinandergehen. Da die hier vorgestellte Dissertation nicht die Entwicklung einer solchen Modellregelung, sondern die Begründung ihrer Notwendigkeit und die Auslotung des hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsrahmens zum Ziel hat, soll es an dieser Stelle bei einem Verweis auf diese existierende Modellregelung bleiben.

VIII. Begrenzung einer solchen Modellregelung durch bestehende europäische und internationale Vorgaben an die nationalen Verjährungssysteme[60]

In inhaltlicher Hinsicht muss die Modellregelung wie auch jedes andere Harmonisierungsvorhaben die schon heute bestehenden internationalen und europäischen Vorgaben an die nationalen Verjährungssysteme berücksichtigen. Andernfalls könnten die Mitgliedstaaten schon aufgrund widerstreitender Verpflichtungen gehindert sein, sich dem Regelungsvorschlag anzuschließen oder eine etwaige Vorgabe umzusetzen.

Die Untergrenze dieses Rechtsrahmens, in dem sich ein Regelungsvorschlag bewegen darf, bilden die Garantien der EMRK.[61] Gegen eine vollständige Abschaffung der Verfol-

[50] Eine Ausweitung dieser Kriminalitätsbereiche über Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV bedarf erneut der Einstimmigkeit im Europäischen Rat. Dass eine solche erreicht werden kann, zeigt die Erweiterung auf den Kriminalitätsbereich „Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union" durch Beschluss (EU) 2022/2332 des Rates vom 28. November 2022 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, ABl. EU 2022 Nr. L 308/18.
[51] Hierzu *Kolb* (Fn. 7), S. 261 ff., 271 ff.
[52] *Kolb* (Fn. 7), S. 290 ff.
[53] *Kolb* (Fn. 7), S. 311 ff.
[54] *Kolb* (Fn. 7), S. 337 ff.
[55] *Kolb* (Fn. 7), S. 296 ff.
[56] *Kolb* (Fn. 7), S. 354 ff.
[57] *Kolb* (Fn. 7), S. 354 ff.
[58] Zur Projekttagung, auf der die Modellregelung erarbeitet wurde, vgl. *Kolb*, eucrim 2020, 350 ff.
[59] *Gropp/Hochmayr/Kolb/Pierzchlewicz*, in: Hochmayr/ Gropp (Fn. 8), S. 853 ff. (deutsch), S. 905 ff. (englisch).
[60] *Kolb* (Fn. 7), S. 365 ff.
[61] *Kolb* (Fn. 7), S. 366 ff. Umfassend hierzu auch *Esser*, in: Hochmayr/Gropp (Fn. 8), S. 37 ff.

gungsverjährung in der Europäischen Union, die ebenfalls alle aufgezeigten Konflikte entfallen ließe, spricht hierbei Art. 8 EMRK:[62] Solange nur in einem Mitgliedstaat ein strenges Legalitätsprinzip gilt, würde dies Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens provozieren, die Jahrzehnte nach der Tat zur Verfolgung sehr leichter Straftaten nicht mehr verhältnismäßig sein könnten. Ein absolutes „Recht auf Verjährung" folgt hieraus freilich nicht, da sich diesen unverhältnismäßigen Eingriffen auch mit einer Aufweichung des Legalitätsprinzips und nicht nur mit Verjährungsregelungen begegnen lässt.[63]

Art. 7 Abs. 1 EMRK wiederum verbietet nur das Wiederaufleben bereits abgelaufener Verjährungsfristen,[64] mitnichten aber folgt hieraus ein Recht auf konkrete Verjährungsvorschriften.[65] Nach Art. 6 EMRK ist zwar ein faires Verfahren zu gewährleisten; dies ist jedoch auch Jahrzehnte nach einer Tat möglich, sofern die Amtsermittlungspflicht des Gerichts und vor allem der in dubio pro reo-Grundsatz beachtet werden und zeitbedingte Beweisschwierigkeiten somit nicht zu Lasten des Beschuldigten bzw. Angeklagten gehen.

Auch das Recht auf angemessene Verfahrensdauer aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zwingt nicht zur Einführung von Verjährungsfristen. Für die angemessene Verfahrensdauer kommt es gerade nicht auf den zeitlichen Abstand zur Tat, sondern auf die verstrichene Zeit seit der Verfahrenseinleitung an.[66]

Zuletzt kommt auch Art. 5 Abs. 1 EMRK nicht als Anknüpfungspunkt für ein Recht auf Verjährung in Betracht.[67] Das dort verankerte Recht auf Freiheit und Sicherheit soll lediglich vor unrechtmäßigen Freiheitsentziehungen, nicht aber vor Strafverfahren und Strafe schützen. Selbst wenn man also die Notwendigkeit der Freiheitsentziehung für einen Bestandteil ihrer Rechtmäßigkeit hielte und diese Notwendigkeit mit gewissem Zeitabstand zur Tat entfiele,[68] so dürfte die Tat weiterhin verfolgt und jedenfalls mit einer Geldstrafe bestraft werden. Mithin ergibt sich aus der EMRK kein Recht auf Verjährung.

Im Gegenteil gibt es sogar Straftaten, die jedenfalls in einigen europäischen Staaten zwingend der Unverjährbarkeit unterliegen müssen. Für 14 Mitgliedstaaten ergibt sich eine solche Verpflichtung aus einer UN-Konvention aus dem Jahr 1968[69] und einem Europaratsübereinkommen aus dem Jahr 1974[70] zur Nichtanwendung der Verjährung auf den Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und bestimmte Kriegsverbrechen. Jedenfalls für die Unverjährbarkeit von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit lässt sich – mit Blick auf die Staatenpraxis der relevantesten Akteure im Bereich des Völkerstrafrechts – über eine Zuordnung zum globalen bzw. regional europäischen Völkergewohnheitsrecht nachdenken.[71]

Art. 29 des Rom-Statuts[72], nach der die der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs unterliegenden völkerrechtlichen Kernverbrechen von der Verjährung ausgenommen sind, gilt zwar nicht unmittelbar für die Vertragsstaaten. Nur durch eine Implementierung der Regelung können die Mitgliedstaaten jedoch verhindern, dass der IStGH nach einem nationalen Verjährungseintritt seine eigene Gerichtsbarkeit ausübt und Verfahren gegen die Staatsbürger der Vertragsstaaten übernimmt oder einleitet.[73]

Daneben gibt es mittlerweile mehrere Richtlinien, die den Mitgliedstaaten konkrete Mindestverjährungsfristen vorgeben. Den Anfang machte die sog. PIF-Richtlinie[74] aus dem Jahr 2017. Sie schreibt mindestens drei- bzw. fünfjährige Verjährungsfristen für bestimmte Straftaten zum Nachteil des Unionshaushalts vor. Eine nahezu deckungsgleiche Regelung findet sich in der sieben Jahre jüngeren Richtlinie über die Strafbarkeit von Sanktionsverstößen.[75]

Bei der einleitend erwähnten Gewaltschutzrichtlinie haben die von der Kommission vorgesehenen Mindestverjährungsfristen das Gesetzgebungsverfahren nicht überstanden; hinsichtlich der Antikorruptionsrichtlinie deutet sich zumindest eine Vorgabe von drei- bzw. fünfjährigen Verjährungsfristen an. Einigen konnten sich die Mitgliedstaaten hingegen auf die Vorgabe konkreter Mindestverjährungsfristen in der

[62] Hierzu bereits *Lagodny*, in: Wöhle/Augeneder/Urnik (Hrsg.), Rechtsphilosophie, Vom Grundlagenfach zur Transdisziplinarität in den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Festschrift für Michael Fischer, 2010, S. 121 ff.

[63] *Kolb* (Fn. 7), S. 366 ff.

[64] Siehe nur EGMR, Urt. v. 22.6.2000 – Nr. 32492/96 u.a. (Coëme u.a. v. Belgien), Rn. 149; EGMR, Entsch. v. 12.2.2013 – Nr. 1845/08 (Previti v. Italien), Rn. 80; EGMR, Entsch. v. 22.9.2015 – Nr. 55959/14 (Borcea v. Rumänien), Rn. 64.

[65] *Kolb* (Fn. 7), S. 318 ff., S. 378 ff.

[66] Vgl. nur EGMR, Urt. v. 28.11.2002 – Nr. 58442/00 (Lavents v. Lettland), Rn. 85; zu alldem *Kolb* (Fn. 7), S. 382 ff.

[67] *Kolb* (Fn. 7), S. 386 ff.

[68] Dies erwägend *Esser* (Fn. 61), S. 53 ff.

[69] UN-Konvention über die Nichtanwendbarkeit von Verjährungsvorschriften auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vom 26. November 1968, UN Treaty Series, vol. 754, S. 73.

[70] Europäisches Übereinkommen über die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen vom 15. Januar 1974, SEV Nr. 082.

[71] Ausführlich *Kolb* (Fn. 7), S. 405 ff.

[72] Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) vom 17. Juli 1998.

[73] *Kolb* (Fn. 7), S. 398 ff.; nach *Eser*, in: Grafl/Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, 2006, S. 355 (366), die „Kehrseite der Komplementarität".

[74] Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU 2017 Nr. L 198/29.

[75] Richtlinie (EU) 2024/1226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. April 2024 zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/1673, Art. 11.

neuesten Umweltstrafrechtsrichtlinie.[76] Die dortigen Mindestverjährungsfristen von zehn, fünf und drei Jahren bleiben hierbei nur leicht hinter den Fristen des Kommissionsentwurfs von zehn, sechs und vier Jahren zurück.[77]

Für verschiedene Straftaten zu Lasten Minderjähriger enthalten darüber hinaus zwei Europaratskonventionen, die sog. Lanzarotekonvention[78] und die sog. Istanbulkonvention[79], Vorgaben, nach denen die Einleitung eines Verfahrens nach Volljährigkeit der Tatopfer ermöglicht werden soll. Die Gewaltschutzrichtlinie spricht nun davon, dass dies – jedenfalls für die Verstümmelung weiblicher Genitalien – durch einen Verjährungsbeginn frühestens mit dem 18. Geburtstag des Tatopfers zu gewährleisten ist.[80]

Eine Verpflichtung, Möglichkeiten der Fristbeeinflussung einzuführen, ergibt sich zuletzt nicht aus internationalen oder europarechtlichen Vorgaben.[81]

IX. Fazit und Ausblick

An den jüngsten Gesetzgebungsverfahren zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber die Problematik divergierender Verjährungsfristen in den Mitgliedstaaten erkannt hat. Dies deckt sich mit dem hier gefundenen Ergebnis, dass das Verjährungsrecht unionsweit umfassend harmonisiert werden sollte. Denn die unterschiedlichen Verjährungsregelungen in den Mitgliedstaaten sorgen in einer Zeit, in der die Strafrechtsordnungen einzelner Staaten nicht einfach nur parallel existieren, sondern regelmäßig miteinander konkurrieren, sobald sie auf denselben strafrechtlich relevanten Sachverhalte Anwendung finden, für bedeutendes Konfliktpotential.

Dem Unionsgesetzgeber steht für ein solches Unterfangen jedoch nur ein begrenztes Instrumentarium zur Verfügung. Auf Grundlage der Harmonisierungskompetenzen für das Strafprozessrecht (Art. 82 Abs. 2 AEUV) und für das materielle Strafrecht (Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV) ist nur eine Mindestharmonisierung über Richtlinien für eng begrenzte Deliktsfelder denkbar. Die wenigen, auf diese Kompetenzen gestützten Verjährungsvorgaben wurden bisher im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens regelmäßig noch einmal deutlich entschärft. Auf diese Weise ist die erforderliche Angleichung der mitgliedstaatlichen Verjährungsregelungen nicht zu erreichen.

Den Anstoß zu weiterhin wünschenswerten Verjährungsreformen in den Mitgliedstaaten könnte eine Europäische Modellregelung zur Verfolgungsverjährung liefern, wie sie unter Mitwirkung des *Autors* andernorts veröffentlicht worden ist und in der die bereits existierenden internationalen und europäischen Vorgaben an das nationale Verjährungsrecht berücksichtigt wurden.

[76] Richtlinie (EU) 2024/1203 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinien 2008/99/EG und 2009/123/EG, Art. 11.
[77] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG, COM(2021) 851 final, Art. 11.
[78] Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, SEV Nr. 201, Art. 33. Hierzu *Kolb* (Fn. 7), S. 449 ff.
[79] Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, SEV Nr. 210, Art. 58. Hierzu *Kolb* (Fn. 7), S. 453 ff.
[80] Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie.
[81] *Kolb* (Fn. 7), S. 466 f.

Buchrezension

Thomas Rotsch/Markus Wagner/Petra Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, C.F. Müller Verlag, 2. Aufl., Heidelberg, 2025, 720 S., € 84.

1. In der wirtschaftlichen Praxis ist die GmbH von überragender Bedeutung, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass sie aufgrund der sie kennzeichnenden Haftungsbegrenzung auf das Stammkapital eine Trennung von Privat- und Gesellschaftsvermögen ermöglicht. Hierdurch wird freilich zu einem guten Teil der Grundsatz außer Kraft gesetzt, dass jeder die Folgen eigenen wirtschaftlichen Scheiterns zunächst einmal selbst zu tragen hat, womit eine kriminogene Ausgangssituation beschrieben ist, die dazu führt, dass gerade diese Gesellschaftsform immer wieder den äußeren Mantel für strafrechtlich relevantes Wirtschaften bildet. Ungeachtet der Weisungsbefugnisse der Gesellschafter trägt vor allem der Geschäftsführer der GmbH die Verantwortung für die entfalteten Aktivitäten, weshalb es nicht überrascht, wenn gerade er ins Visier der Strafverfolgungs- oder Bußgeldbehörden gerät. Rechtlicher Ansatzpunkt ist insoweit, dass der Geschäftsführer entweder selbst explizit in der jeweiligen Straf- oder Bußgeldvorschrift adressiert wird oder bestimmte persönliche Merkmale über § 14 StGB oder § 9 OWiG auf ihn transferiert werden. Angesichts der eminenten praktischen Bedeutung muss es fast überraschen, dass die „Neuauflage“ des 1990 erstmalig in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ erschienenen Werks von *Günter Kohlmann* 35 Jahre hat auf sich warten lassen. Der *Rezensent* versieht den Begriff der „Neuauflage“ bewusst mit einem Anführungszeichen, weil das Wirtschaftsstrafrecht seit 1990 eine erhebliche Dynamik entfaltet hat, sodass das aktuelle Werk kaum noch etwas mit der Erstauflage zu tun hat. An der Spitze des Autorenteams stehen *Thomas Rotsch, Markus Wagner* und *Petra Wittig*, ergänzt wird das Team durch *Ramona Höft*, *Georg Köpferl*, *Mika Kremer* und *Gerhard Pischel*.

2. Die Gliederung folgt dabei in gewisser Hinsicht dem „Circle of Life“ einer GmbH: Im Anschluss an einen ersten Teil, welcher den GmbH-Geschäftsführer als Akteur des (Wirtschafts-)Strafrechts adressiert (S. 1 ff.), wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Gründungs- (S. 91 ff.) sowie im „Betriebs“-Stadium der GmbH (S. 117 ff.) behandelt. Gegenstand des abschließenden vierten Teils ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers im Kontext einer Krise, womit vor allem die Insolvenzdelikte zum Thema werden. Mögen zahlreiche der im „Betriebs-“ Stadium der GmbH begehbaren Delikte ebenso oder erst recht im Zuge der Krise begangen werden, ist ein solcher Aufbau durchaus plausibel und erleichtert die Orientierung innerhalb des Werks. Dies scheint umso wichtiger, als das Oberthema des GmbH-Geschäftsführers Bezüge zu sämtlichen Teilgebieten des Wirtschaftsstrafrechts aufweist, womit es sich zwangsläufig um ein verkapptes allgemeines Werk zum Wirtschaftsstrafrecht handelt, das auch für denjenigen von Nutzen ist, der sich nicht ausschließlich für Rechtsfragen um den GmbH-Geschäftsführer interessiert.

3. Das erste Kapitel untersucht den Geschäftsführer als Akteur des (Wirtschafts-)Strafrechts in allen denkbaren Erscheinungsformen (Alleingeschäftsführer, Mehrheit von Geschäftsführern), und zwar auch für die praktisch wichtigen Erscheinungsformen der Ein-Mann-GmbH (S. 75 ff.), GmbH & Co.KG (S. 77 f.) sowie der GmbH im Konzern (S. 78 ff). Insofern wird der Sache nach ein Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts entfaltet, welcher eine gelungene Darstellung der hier kontroversen Sachprobleme beinhaltet, indem etwa Fragen der Erfolgszurechnung (S. 29 ff.) und Produktverantwortlichkeit (S. 34 ff.), aber auch der Mitwirkung an Straftaten von Unternehmensmitarbeitern (S. 41 ff.) erörtert werden. Dass die Ausführungen über die Darstellung der Sachprobleme hinaus immer wieder ebenso tiefsinnig wie innovativ ausfallen, zeigt sich etwa eindrucksvoll in den Erläuterungen zur faktischen Geschäftsführung, die auch normentheoretische Einsichten einbeziehen (S. 11 ff.). An diesem Punkt gehen die Ausführungen deutlich über das hinaus, was für ein sich vornehmlich an Praktiker richtendes Werk erwartet werden kann. Etwas knapp fallen allenfalls die Ausführungen zu den außerstrafrechtlichen Nebenfolgen strafrechtlicher Verurteilungen aus (S. 88 f.), da namentlich ein Berufsverbot nach § 70 StGB den GmbH-Geschäftsführer als individuelle Person trifft. Möglicherweise hätte auch zivilrechtlichen Haftungsfragen mehr Raum in einem Werk gegeben werden können, welches den GmbH-Geschäftsführer als Person ins Zentrum stellt. Allerdings – dies sei konzediert – ist das Werk im Wesentlichen auf dessen Strafbarkeit fokussiert und bezogen auf diesen Fokus werden alle Facetten beleuchtet.

4. Die Ausführungen zum Gründungsstadium schließen nahtlos an das vorherige Kapitel an, indem profund der Gründungs- (S. 92 ff.) und Eignungsschwindel (S. 110 ff.) behandelt werden. Die Erforderlichkeit einer Pönalisierung der hiermit angesprochenen Verhaltensweisen ergibt sich gerade mit Blick darauf, dass die GmbH nur sehr eingeschränkt über eine Haftungsmasse verfügt und die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen „potentiell riskant“ ist, wie richtigerweise hervorgehoben wird (S. 91). Insofern wird noch eine kriminologische Perspektive ergänzt, indem plausibel ein außerordentlich großes Dunkelfeld vermutet wird (S. 115). Im Kapitel über das „Betriebs“-Stadium werden eigentlich sämtliche relevanten Strafbarkeitsrisiken sowohl innerhalb (S. 117 ff.) als auch außerhalb des GmbHG (S. 138 ff.) erörtert und hierbei immer wieder auf die Person des GmbH-Geschäftsführers bezogen, indem – nur ein Beispiel – detailliert im Zusammenhang mit der Untreue nach § 266 StGB Verstöße gegen die kapitalerhaltenden Regelungen des GmbHG untersucht werden (S. 155 ff.). Auch die Darlegungen zum Arbeitsstrafrecht spannen immer wieder den Bogen zur Person des GmbH-Geschäftsführers (vgl. etwa zu § 266a StGB S. 355 ff. sowie zum Dickicht der illegalen Vermittlung, Beschäftigung und Überlassung von Arbeitnehmern ab S. 379 ff.). Insofern wird etwa auch das Nebeneinander von formellem und faktischem Geschäftsführer samt der sich hieraus ergebenden Anforderungen im Hinblick auf den ausreichenden Vorsatzinhalt behandelt (S. 376). Auch die abschließenden, die Krise betreffenden Ausführungen überzeu-

gen, indem abgesehen von den klassischen Insolvenzdelikten gerade auch GmbH-spezifische Strafbarkeitsrisiken wie die Verletzung der Verlustanzeigepflicht nach § 84 GmbHG thematisiert werden (S. 601 ff.).

5. Insgesamt kann man den Autoren zu einem gelungenen und trotz der Vielzahl an Mitwirkenden aus einem Guss geschriebenen Werk gratulieren, das sämtliche Facetten der Thematik behandelt und ebenso tiefsinnig wie praxisbezogen durchdringt. Insoweit darf man prognostizieren, dass es seinen Platz im Büchermarkt finden wird, was umso mehr gilt, als die einzelnen Themen durch diverse Praxistipps und Checklisten arrondiert werden, welche gerade im Mandat eine überaus nützliche Hilfestellung geben werden. Abschließend bleibt zu hoffen, dass es angesichts der Dynamik des Wirtschaftsstrafrechts nicht erneut 35 Jahre dauern wird, bis eine „Neuauflage" erscheint.

*Prof. Dr. Hans Theile, LL.M. (RSA), Konstanz**

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Kriminologie an der Universität Konstanz.