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

4/2025 S. 394-532
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

Bemerkungen zur Struktur, zur Aufgabe und zum Inhalt des strafrechtlichen Schuldbegriffs – Teil 1
Von Prof. Dr. Björn Burkhardt, Mannheim 394

Kann uns das Strafrecht etwas über das Böse sagen?
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, M.A., Hamburg 412

Kontrafaktisches Behaupten oder kognitives Lernen – Bemerkungen zur strafgesetzlichen Abwicklung nicht erfüllter Erwartungen
Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen 421

Prolegomena einer Dogmatik der Vulnerabilität im Strafrecht
Dogmatische Grundlegungen aufgrund der Analyse der Berücksichtigung besonderer Verletzlichkeiten im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs
Von Dr. Kim Philip Linoh, M.mel., Halle (Saale) 427

Strafrechtliche Problemfelder des sog. Neonatizids
Von PD Dr. Christoph Zehetgruber, Münster 440

Geldwäsche als Anschlussdelikt von Völkerstraftaten
Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 261 Abs. 9 StGB
Von Prof. Dr. Frank Zimmermann, Dipl. iur. Kilian Hallweger, Freiburg i.Br. 454

Straf- und einziehungsrechtliche Bewertung von informellen Zahlungsdienstleistungen am Beispiel des Hawala-Bankings
Von Prof. Dr. Kilian Wegner, Frankfurt (Oder) 465

### Medizinstrafrecht

Medizinstrafrecht als Rechtsdisziplin
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer, Köln 475

### Völkerstrafrecht

Geschlechterperspektiven im Völkerstrafrecht
Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 484

### Strafverfahrensrecht

Zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit
Die Wiederaufnahme von Mordverfahren in Norwegen
Von Prof. Dr. Anne Schneider, Düsseldorf 497

© 2021–2025 Prof. Dr. Thomas Rotsch, Geschäftsführender Herausgeber der 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

4/2025 S. 394-532
4. Jahrgang

# Inhalt (Forts.)

## AUFSÄTZE

### Strafrecht

„Metodología Jurídico-Penal“
Die neukantianische Strafrechtsmethode James Goldschmidts und das nationalsozialistische Rechtsdenken
Von Leon Möller, Berlin 514

## NEUES AUS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

### Strafrecht

Neues aus der Strafrechtswissenschaft:
Automatisierte Fahrzeuge und strafrechtliche Produkthaftung, 2025
Von Dr. Mustafa Enes Özcan, Hamburg 523

## BUCHREZENSIONEN

### Europäisches Strafrecht

Hans-Holger Herrnfeld/Robert Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022
(Prof. Dr. Elias Wirth, Kassel) 531

© 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 feiert die ZfIStw ihren 20. Geburtstag. Aus diesem Anlass werden wir – wie bereits zum fünf- und zehnjährigen Bestehen[1] – in diesem Jahr 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 voraussichtlich – in sechs Ausgaben – das ganze Jahr 2025 in Anspruch nehmen. 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!

* 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), sowie Begründer und geschäftsführender Herausgeber der ZfIStw (www.zfistw.de), die – damals noch als ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) – am 15. Januar 2006 an den Start ging.

[1] Zum fünfjährigen Bestehen erschienen die Sonderausgaben 5/2011, 6/2011 und 7/2011. Zum 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.

# Bemerkungen zur Struktur, zur Aufgabe und zum Inhalt des strafrechtlichen Schuldbegriffs – Teil 1*

Von Prof. Dr. Björn Burkhardt, Mannheim**

*Der Schuldbegriff ist seit seiner Aufnahme ins Strafrecht im 19. Jahrhundert umstritten. Daran hat sich trotz einer kaum mehr überschaubaren Vielzahl von Klärungsversuchen bis heute nichts geändert. Bei rückblickender Betrachtung gewinnt man den Eindruck, dass sich die Debatte im Kreis dreht. Der vorliegende Beitrag versucht, dieses Karussell/ merry go round zu verlassen/durchbrechen, indem ein zweckmäßiger Schuldbegriff gebildet wird, der zur Formulierung, Präzisierung und Lösung der Sachfragen beiträgt und der Aufgabe des Schuldbegriffs gerecht wird. Den Ausgangspunkt bilden revisionistische Überlegungen zum Aufbau des Schuldbegriffs. Sie führen zu dem Ergebnis, dass es zweckmäßig ist, den Schuldbegriff als „intermediate legal concept" bzw. als Begriff vom Inhalt eines komplexen Rechtsatzes zu behandeln, der bestimmte Voraussetzungen (den sog. Schuldtatbestand) mit bestimmten Rechtsfolgen (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) verknüpft. Auf dieser Grundlage wird dargetan, dass die individuelle Vermeidbarkeit der rechtswidrigen Tat und der Bestrafung das Substrat des Schuldtatbestandes bildet und dass das Bewusstsein des Anderskönnens eine Voraussetzung der individuellen Vermeidbarkeit ist.*

## I. Einleitung

*Paeffgen/Zabel* schicken ihrer Kommentierung des Abschnitts „Schuld und Entschuldigung" folgende Bemerkung voraus:

> „Nach ständiger Rspr. des BVerfG enthält das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) iVm dem Menschenwürdegedanken (Art. 1 Abs. 1 GG) das zwingende verfassungsrechtliche Gebot, dass staatliche Strafe Schuld voraussetzt (nulla poena sine culpa). Kennzeichnenderweise ist aber diese Zentralkategorie des Strafrechts grundlegend umstr. ‚Der Schuldbegriff zählt zu den schwierigsten und dunkelsten Instrumenten des Strafrechtssystems', so *Hassemer*, die Schuld sei ‚ein ewiges Thema des Strafrechts und sein eigentliches Hauptproblem', so *Roxin*, ein zentraler Begriff, der aber, um so dunkler wird, je mehr Klärungsversuche man zur Kenntnis' nehme, so *Pothast*."[1]

Diese Diagnose ist, was die Behauptung von *Hassemer*[2] betrifft, anfechtbar. Im Übrigen ist sie richtig.[3] Die Liste der miteinander verwobenen und umstrittenen Fragen, auf die es unterschiedliche und unklare Antworten gibt, ist lang:

Was ist Schuld? Was ist „die Seinsweise", was ist „das Wesen" der Schuld?

Was ist die Aufgabe des Schuldbegriffs/Schuldprinzips?

Gibt es verschiedene strafrechtliche Schuldbegriffe?

Was begreift der normative Schuldbegriff? Was ist sein Gegenstand (Bezugsobjekt, Referenzobjekt)? Ist es angemessen, Schuld und Vorwerfbarkeit gleichzusetzen (sog. formeller Schuldbegriff)? Oder ist Schuld das Vorgeworfene? Unter welchen Voraussetzungen lässt sich – wenn überhaupt – ein persönlicher Vorwurf rechtfertigen? Wieso ist es bis heute nicht gelungen, über diese Frage nach dem sog. materiellen Schuldbegriff Einigkeit zu erzielen?

Setzt Schuld Willensfreiheit voraus? Macht es Sinn, Willensfreiheit zu postulieren oder zuzuschreiben, wenn man hinsichtlich der Frage, ob Menschen in einem indeterministischen Sinne frei sind, einen agnostischen Standpunkt einnimmt? Was wäre die Alternative?

Was ist der Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit? Wie ist die individuelle Vermeidbarkeit zu bestimmen, die als zentrale Voraussetzung der Schuld angesehen wird?

Wäre es angesichts dieser begrifflichen Probleme nicht besser, das Wort „Schuld", wie teilweise gefordert, aus dem Strafrecht zu eliminieren und den Schuldgrundsatz durch ein Prinzip zu ersetzen, welches das Wort „Schuld" nicht mehr

* Ich danke meinen Kollegen *Hans Wolfgang Arndt*, *Wolfgang Frisch* und *Lothar Kuhlen* für hilfreiche Diskussionen und wertvolle Anregungen. – Teil 2 folgt in Ausgabe 5/2025.

** Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie im Ruhestand.

[1] *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor §§ 32–35 Rn. 207.

[2] *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 216 f.

[3] Ähnliche Diagnosen gab es schon vor mehr als 100 Jahren. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 2 (Schuld, Vorsatz, Irrtum), 1. Hälfte (Zurechnungsfähigkeit, Schuld), 2. Aufl. 1914, S. 259 ff., 265, 272, malt ein düsteres Bild der damaligen Diskussion. Er spricht von einer „babylonische[n] Sprachverwirrung, auf dem Gebiet der Schuldbezeichnungen, die der deutschen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart zur höchsten Unehre" gereiche. Auch von einem „Augiasstall" ist die Rede. Der Schuldbegriff sei einer der stärkst behandelten, zugleich aber auch einer der am ärgsten misshandelten Rechtsbegriffe. Auch der Sammelband von Wohlers/Seelmann (Hrsg.), Schuldgrundsatz, 2024, hinterlässt den Eindruck, dass sich daran bis heute nicht viel geändert hat. In diesem Band findet sich auf S. 129 ff. auch ein Beitrag von *Stuckenberg* über „Funktionale Schuldbegriffe". *Stuckenberg* (a.a.O., S. 139) meint (ähnlich wie *Hassemer*), „Schuld" sei – neben „Verbrechen" und „Unrecht" – wohl „der prekärste strafrechtsdogmatische Begriff". Für einen technischen juristischen Begriff sei diese Namensgebung unzweckmäßig. Ich halte dies für unzutreffend.

enthält? Welche Nachteile oder Vorzüge wären damit verbunden?[4]

Und schließlich: Wie kann es sein, dass eine Zentralkategorie des Strafrechts mehr als 150 Jahre nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches, fast 80 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes und 50 Jahre nach Neufassung des Strafgesetzbuches immer noch „grundlegend umstritten" ist? Liegt das an der Schwierigkeit der Materie? Oder gibt es andere Erklärungen?

Ich werde im Folgenden versuchen, alle diese Fragen zu beantworten, indem ich meinen eigenen Standpunkt zur Struktur, zur Aufgabe und zum Inhalt des strafrechtlichen Schuldbegriffs präsentiere. Auf der Grundlage meiner eigenen Auffassung werde ich die vorhandenen Antworten kritisieren und einordnen. Meine Thesen sind:

- These 1: Der strafrechtliche Schuldbegriff ist in seinem Ursprung und an und für sich nicht dunkel. Es ist die deutsche Strafrechtwissenschaft, die aus einer vergleichsweise einfachen Materie ein Rätsel gemacht hat (dazu II. 2., sowie III. 2 und IV. in ZfIStw 5/2025).
- These 2: Begriffe können Rechtssätze zum Gegenstand haben. Schuld ist ein Begriff, der einen Rechtssatz zum Gegenstand hat.[5] Dieser Rechtssatz verknüpft bestimmte Voraussetzungen, den sog. Schuldtatbestand, mit bestimmten (Rechts-)Folgen (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) (zu dieser Struktur des Schuldbegriffs II.).
- These 3: Das Substrat des Schuldtatbestandes ist die individuelle Vermeidbarkeit der rechtswidrigen Tat und der Bestrafung[6]. Aufgabe des Schuldprinzips ist es, individuelle Vermeidbarkeit als Voraussetzung der Strafduldungspflicht zu garantieren (dazu III. 1. a), d) in ZfIStw 5/2025).
- These 4: Individuelle Vermeidbarkeit ist gegeben, wenn der Täter rechtlich relevante Handlungsfreiheit besitzt und seine rechtswidrige Tat im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen hat[7] (dazu III. 1. b), c), d) in ZfIStw 5/2025).

## II. Über den Aufbau des Schuldbegriffs

„Über den Aufbau des Schuldbegriffs"[8] herrscht nach wie vor keine Einigkeit. In der Strafrechtsliteratur werden seit mehr als 100 Jahren drei konkurrierende Grundpositionen/ Lehrsätze (LS) erörtert:

- Lehrsatz 1: Schuld als Vorwerfbarkeit (auch: Schuld als Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestandes, Schuld als Wertung des Schuldsachverhaltes, Schuld als Vorwurf).[9] Dieser „Schuldbegriff" hat kein außersprachliches Bezugsobjekt.
- Lehrsatz 2: Schuld als Schuldsachverhalt (auch: Schuld als psychischer Sachverhalt/Vorgang in der Person des Täters, als gewertetes Objekt, als Voraussetzung der Vorwerfbarkeit, als geistig-seelische Wirklichkeit, als metaphysischer Gegenstand). Bezugsobjekt des Schuldbegriffs ist danach ein bestimmter realer/außersprachlicher Sachverhalt.[10]
- Lehrsatz 3: Schuld als Begriff, der beides umfasst, die Vorwerfbarkeit samt ihren Voraussetzungen (auch: Schuld als Einheit von Wertung und Gewertetem), als „Summierung von Sachverhalt und Urteil", als Objekt der Wertung (Schuldsachverhalt) und Wertung des Objekts (Vorwerfbarkeit), als „Gegenstand samt seinem Wertprädikat", als „gemischt empirisch-normative Gegebenheit".[11] Das Bezugsobjekt dieser Konzeption, die auch als „komplexer Schuldbegriff" bezeichnet wird, ist unklar.

[4] Die Vorzüge, die mit dem Begriff „Schuld" verbunden sind, werden (im Unterschied zu den Nachteilen) bis heute kaum gesehen.

[5] Grundlage dieser These sind die Abhandlungen von *Paul Eltzbacher* (Über Rechtsbegriffe, 1900), *Gustav Radbruch* (Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtwissenschaftlichen Systematik, 1903) und *Alf Ross* (Harvard Law Review 70 [1957], 812; *ders.*, On Guilt, Responsibility and Punishment, 1975; *ders.*, On Law and Justice, 2019 [Neuübersetzung des Werkes, das 1959 erschienen ist], abrufbar unter https://doi.org10.1093/oso/9780108716105.001.00012019 [19.7.2025]).

[6] *Frisch*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen des staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 237 (259); *Lampe*, Strafphilosophie, Studien zur Strafgerechtigkeit, 1999, S. 235, 240. Wenn im Folgenden von individueller Vermeidbarkeit die Rede ist, so ist stets vorwurfsbegründende Vermeidbarkeit gemeint. Diese ist zu unterscheiden von der handlungs- und unrechtsbegründenden individuellen Vermeidbarkeit, die bei *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, Kap. 6/24 ff., im Mittelpunkt steht. Letztere wird im Folgenden als Handlungsfreiheit bezeichnet. Zum philosophischen Begriff der Handlungsfreiheit siehe etwa *S. Walter*, Illusion freier Wille?, Grenzen einer empirischen Annäherung an ein philosophisches Problem, 2016, S. 12, 18, 63, 210.

[7] So in der Sache bereits *Loening*, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, S. 25 f.

[8] Das ist der Titel des berühmten Aufsatzes, mit dem *Reinhard Frank* im Jahre 1907 den Anstoß zu einem „normativen Schuldbegriff" gegeben hat.

[9] Diese Begriffsbestimmung, die von *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, in den Mittelpunkt gerückt worden ist, hat eine große Karriere gemacht. Sie ist vom Bundesgerichtshof (BGHSt [GS] 2, 194 ff. [200]) und vom Bundesverfassungsgericht (vgl. etwa BVerfGE 20, 323 [331]) übernommen worden.

[10] So etwa *Baumann*, JZ 1962, 41 (44): „Für uns bleibt Schuld der Schuldsachverhalt […]."

[11] So die wohl h.M.; vgl. etwa *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 46. *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, vor §§ 13 ff. Rn. 114.

Keiner dieser drei Standpunkte hat sich bisher durchsetzen können. Das liegt daran, dass sie allesamt anfechtbar sind: LS 1 und LS 2 sind defizitär (unvollständig). Sie bilden je für sich genommen keinen adäquaten Schuldbegriff. Zu diesem gehört beides – die Vorwerfbarkeit sowie ihre Voraussetzungen. Das ist die richtige Einsicht von LS 3. Der Mangel von LS 3 besteht darin, dass die Verknüpfung von LS 1 und LS 2 nicht adäquat erfasst wird.

Auf der anderen Seite ist offensichtlich, dass alle drei Grundpositionen einen richtigen und wichtigen Aspekt des normativen Schuldbegriffs nennen: den Schuldsachverhalt (LS 2) als Voraussetzung der Vorwerfbarkeit, die Vorwerfbarkeit (LS 1) als Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestandes sowie die Notwendigkeit einer (wie auch immer gearteten) Zusammenfassung/Verknüpfung von Schuldtatbestand und Vorwerfbarkeit im Schuldbegriff (LS 3). Das ist wohl der Grund dafür, dass die Kontroverse so lange ungelöst geblieben ist.[12]

*Achenbach* hat den vorstehenden Befund am Ende seiner 1974 erschienenen Untersuchung über „Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre“ wie folgt zusammengefasst:

> „Der Begriff der Schuld oder individuellen Zurechenbarkeit umgreift also die Voraussetzung ebenso wie die Folge, die tatbestandliche Seite wie die durch sie bedingte Qualifikation des Verhaltens, und er bezeichnet zugleich das beide vermittelnde Bedingungsverhältnis.“[13]

Diese Diagnose ist bemerkenswert, weil das, was der Schuldbegriff „umgreift“, als *Rechtssatz* erscheint, d.h. als Verknüpfung eines Tatbestandes und einer Rechtsfolge zu einem Konditionalgefüge. *Achenbach* hat das nicht gesehen oder jedenfalls nicht vermerkt. Er hat sich damit einer einfachen und naheliegenden Möglichkeit begeben, die anhaltende Kontroverse aufzulösen, die drei Standpunkte zu harmonisieren bzw. zu integrieren und die angesprochenen Defizite zu beheben. Diese Möglichkeit besteht in der Annahme, dass der strafrechtliche Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat. Damit bin ich bei meiner These 2, die man auch wie folgt formulieren kann:

> Lehrsatz 4: Schuld ist ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat sich bisher, soweit ersichtlich, mit dieser Lösungsmöglichkeit nicht befasst.[14] Es besteht deshalb Anlass, sie erneut zu fundieren (dazu 1.) und auf die Vorzüge hinzuweisen, die damit verbunden sind (dazu 2.).

### *1. Der normative Schuldbegriff als Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes (Lehrsatz 4)*

Der Rechtssatz, den der Schuldbegriff begreift, hat eine Wenn-Dann-Struktur (Konditionalstruktur). Er hat eine Tatbestands- und eine Rechtsfolgeseite. Wenn der (Schuld-)Tatbestand verwirklicht ist, dann tritt die Rechtsfolge (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) ein. Der Inhalt dieses Schuldbegriffs ergibt sich aus dem Inhalt des Rechtssatzes, der Gegenstand des Schuldbegriffs ist, er wird also durch den Schuldtatbestand und durch die (bedingte) Rechtsfolge bestimmt/festgelegt.

„Schuldtatbestand“ und „Vorwerfbarkeit“ sind demnach Begriffe, die in dem Rechtssatz, den der Schuldbegriff begreift, enthalten sind. Das „Wesen der Schuld“ besteht in einer *Verknüpfung* eines bestimmten Sachverhaltes mit bestimmten (Rechts-)Folgen, und in eben dieser Verknüpfung liegt das Normative des normativen Schuldbegriffs. Vorwerfbarkeit ist danach keine Folge von Schuld, und Schuld ist nicht da, bevor der Vorwurf gemacht werden kann. Vielmehr ist die Vorwerfbarkeit eine normativ mit der Verwirklichung des Schuldtatbestands verknüpfte Folge. Die üblichen Charakterisierungen dieser Verknüpfung – Schuld als „Summierung[?] von Sachverhalt und Urteil“, als „Gegenstand samt seinem Wertprädikat[?]“, als „gemischt empirisch-normative Gegebenheit“ etc. – verzeichnen diese Verknüpfung. Sie machen nicht sichtbar, dass es um ein Bedingungsverhältnis

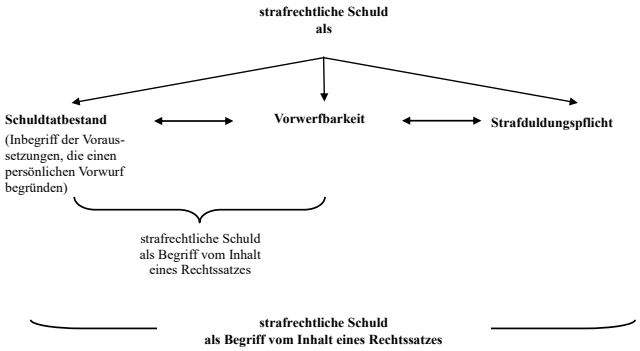
[12] Wenn Kontroversen über lange Zeit ungelöst bleiben, so liegt das meist daran, dass jede der verschiedenen Meinungen zutreffende Aspekte enthält (*Baumeister*, The Self Explained, Why and How We Become Who We Are, 2022, S. 11). *Jakobs* (Fn. 6), Kap 17/3, 8, 12, 46, versucht, die Kontroverse mit dem Hinweis zu erklären, der Sprachgebrauch sei nicht verbindlich festgelegt. „Ob allein die Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestands Schuld genannt wird [Lehrsatz 1] oder auch der durch das Urteil zusammengefasste Gegenstand [Lehrsatz 3] ist […] nicht verbindlich festgelegt; der Sprachgebrauch ist vielmehr vom Kontext abhängig. […] Schuld kann aber auch den beurteilten Gegenstand bezeichnen [Lehrsatz 2]. In diesem Sinne ist die mit rechtsuntreuer Motivation vollzogene Tat die Schuld des Täters […] Bei letzterem Sprachgebrauch ist die Schuld quantifizierbar“ (a.a.O. Rn. 46). Das ist, was den Sprachgebrauch betrifft, zwar richtig (siehe dazu unten I. 2. e). Die Frage nach dem „Aufbau des Schuldbegriffs“, der einen solchen Sprachgebrauch erst ermöglicht, ist damit aber nicht beantwortet.

[13] *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 141 f., 222, 226 f. Wenn diese Diagnose zutrifft, dann sind die Standpunkte (Lehrsatz 1), (Lehrsatz 2) und (Lehrsatz 3) defizitär. Es bleiben dann nur zwei Möglichkeiten – entweder den Schuldbegriff wegen seiner Bedeutungsfülle als „völlig ungeeignet“ für die Strafbegründung anzusehen oder aber diese Bedeutungsfülle dadurch einzuhegen, dass man in der „Schuld“ einen Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes sieht. *Achenbach* hat sich für Ersteres entschieden.

[14] Ich habe erstmals in einem 1988 publizierten Beitrag den Standpunkt vertreten, dass Schuld ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes ist (in: Eser/Kaiser/Weigend [Hrsg.], Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1988, S. 147). Siehe ferner meine Beiträge aus den Jahren 2011 (in: Kick/Schmitt [Hrsg.], Schuld, 2011, S. 57) und 2013 (GA 2013, 346). Die These hat in der Folgezeit keinerlei Resonanz erfahren, sie ist schlicht ignoriert worden.

geht. Das hat seinen Grund darin, dass der Schuldbegriff nicht als Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes, sondern als wertender Begriff („thick concept“[15]) verstanden wird. Ich werde das im Folgenden verdeutlichen.

**Schaubild zur Verdeutlichung der Struktur des strafrechtlichen Schuldbegriffs**[16]




In der Strafrechtsliteratur ist es üblich, nur die Vorwerfbarkeit als Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestandes zu nennen. Demgegenüber ist klarzustellen, dass mit der Verwirklichung des Schuldtatbestandes eine weitere Rechtsfolge verbunden ist, nämlich die Pflicht des Täters, eine Bestrafung zu dulden (obligatio ad poenam patiendam). Dem trägt das Schaubild Rechnung. Dagegen kann man einwenden, dass eine solche Einbeziehung der Strafduldungspflicht in den Schuldbegriff zu einer Vermengung von Schuld und Prävention führe, weil man bei der Begründung einer Strafduldungspflicht nicht ohne präventive Erwägungen auskomme. Ich halte diesen Einwand für unplausibel, weil auch bei der Begründung der Vorwerfbarkeit präventive bzw. konsequentialistische Erwägungen eine Rolle spielen (dazu III. 1. a) in ZfIStw 5/2025). Es ist im Übrigen möglich, innerhalb eines Schuldtatbestandes, der auch präventive Erwägungen berücksichtigt, zwischen „inneren“ (intrinsischen) und „äußeren“ (extrinsischen) Gründen für den Schuldvorwurf zu unterscheiden (siehe auch dazu III. 1. a) in ZfIStw 5/2025). Generalpräventive Aspekte sind „äußere Gründe“.[17] Sie können von dem „inneren Grund des Schuldvorwurfs“, um den es in BGHSt (GS) 2, 194, 200 geht, getrennt werden. Eine Unterscheidung von Schuld und Prävention bleibt also möglich.

Begriffe vom Inhalt eines Rechtssatzes, der bestimmte Voraussetzungen mit bestimmten Folgen verknüpft, werden in der Rechtstheorie „intermediate legal concepts“ (auch: „middle terms“, „Mittelbegriffe“ [im Sinne der Syllogistik], „Zwischenbegriffe“, „Knotenbegriffe“ oder „eingeschobene Terme“) genannt. Beispiele dafür sind neben dem Schuldbegriff etwa die Begriffe „Eigentum“, „Staatsbürgerschaft“ und „Ehe“. Mittelbegriffe gibt es auch außerhalb gesetzlicher Regelungen. Auch der *Jakobs*sche Begriff der Person ist ein solcher Begriff. Der Name „Knotenbegriffe“ steht für die Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten Rechtsfolgen.

In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist die Möglichkeit, den Schuldbegriff als „intermediate legal concept“ zu begreifen, vollständig ignoriert worden. Das ist auch unter wissenschaftsgeschichtlichen Aspekten interessant, weil seit mehr als 120 Jahren bekannt ist, dass es Begriffe gibt, die Rechtssätze zum Gegenstand haben. Ich werde deshalb etwas weiter ausholen und die Entdeckung und Entwicklung dieser Begriffe skizzieren. Es war *Gustav Radbruch*, der im Jahre 1903 im Detail gezeigt hat, dass der Eigentumsbegriff ein solcher Begriff ist. Er hat freilich nicht erkannt, dass auch der strafrechtliche Schuldbegriff in diese Kategorie gehört (dazu a). Dieser Einsicht hat erst *Alf Ross* den Weg geebnet (dazu b). Sein berühmter Beitrag über „tû-tû“ bildet den Ausgangspunkt für die weitere Analyse der „intermediate legal concepts“ (dazu c).

*a) Gustav Radbruch*

Wenn ich es recht sehe, dann hat erstmals *Paul Eltzbacher* darauf hingewiesen, dass Rechtssätze Gegenstand/Bezugsobjekt von Rechtsbegriffen sein können. Er schreibt:

> „Die vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtssätze und ihre Elemente sind nicht Begriffe von irgendwelchen Gegenständen, sondern sie sind selbst Gegenstände, von denen begriffliche oder nichtbegriffliche Vorstellungen gebildet werden können.“[18]

*Radbruch*, der sich mit der Systematisierung von subjektiven Rechten, Rechtspflichten und Rechtsverhältnissen befasst,[19]

[15] Das ist ein Fachausdruck für einen wertenden Begriff, der einen erheblichen deskriptiven Gehalt hat. Ich komme darauf zurück.

[16] Ein weitgehend übereinstimmendes Schaubild ist bereits in *meinem* 2011 erschienenen Beitrag über „Schuld“ enthalten (siehe Fn. 14). Die Doppelpfeile symbolisieren wechselseitige normative Implikationen. Vor dem Hintergrund dieses Schaubildes ist es gleichgültig, ob man Schuld mit dem Schuldtatbestand, der Vorwerfbarkeit oder der Strafduldungspflicht gleichsetzt (siehe auch oben Fn. 13). Die anderen (nicht genannten) Elemente sind stets mitgemeint.

[17] Siehe dazu auch *Pawlik*, GA 2006, 345 ff., sowie die Hinweise bei *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 3 Rn. 51 f. (Strafe ist aus zwei Perspektiven zu rechtfertigen).

[18] *Eltzbacher* (Fn. 5), S. 8.

[19] *Radbruch* (Fn. 5), S. 7 ff., 27 ff., 49, 67. Er unterscheidet im Zusammenhang mit dem Problem der Klassifizierung von Rechtssätzen zwei Arten von Begriffen: zum einen Begriffe, die im Rechtssatz enthalten sind („Tatbestand“ und „Rechtsfolge“ als deren zwei größte Gruppen); zum anderen Begriffe vom Inhalt der Rechtssätze. Letztere nennt Radbruch „Rechtsbegriffe“. Rechtsbegriffe erfassen das in den Rechtssätzen ausgesprochene Bedingungsverhältnis. Sie sind „Mittelbegriffe“ im Sinne der traditionellen Logik. Sie fungieren als (normative) Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten Folgen. Man kann auch sagen, dass sie Begriffe von dieser Verknüpfung und damit Begriffe vom Inhalt des Rechtssatzes sind. Vielleicht dient es der Verdeutlichung, noch einmal zu sagen, was Radbruchsche Rechtsbegriffe *nicht* sind: Sie sind einerseits keine in den Rechtssätzen

hat diese Einsicht aufgegriffen und dargetan, dass subjektive Rechte *Begriffe vom Inhalt von Rechtssätzen* sind. Er exemplifiziert dies am Eigentumsbegriff.[20] Seine Formulierungen sind bemerkenswert:

> „[41] Das subjektive Recht ist nach unserer Anschauung der Begriff vom Inhalte des Rechtssatzes, also von der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge."
>
> „[42] Während wir in dem subjektiven Recht den Begriff des Bedingungsverhältnisses zwischen Tatbestand und Rechtsfolge sehen, erblickt die Gegenansicht in ihm nur den Begriff der Rechtsfolge."
> Diese Gegenansicht entspricht Lehrsatz 1.
>
> „[44] Das subjektive Recht ist „der Begriff nicht allein von der Rechtsfolge, sondern von der Rechtsfolge in ihrer Bedingtheit durch den Tatbestand".

*Radbruch* begründet seine Auffassung, dass der Eigentumsbegriff kein im Rechtssatz enthaltener Begriff, sondern ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes ist, wie folgt:

Eigentum könne im Gesetz namhaft gemacht werden entweder als von einem Tatbestand bedingt (etwa in den §§ 937, 958 BGB) oder als eine Rechtsfolge bedingend (etwa § 903 BGB). Man könne jenen Tatbestand und diese Rechtsfolge unter Ausscheidung des Ausdrucks „Eigentum" in ein direktes Bedingungsverhältnis versetzen, ohne dass dadurch irgendeine sachliche Veränderung gegenüber dem Gesetzestext eintrete. Die §§ 937, 958, 903 BGB könne man beispielsweise zusammenstellen zu dem Rechtssatz:

> „Wer eine bewegliche Sache 10 Jahre in Eigenbesitz hat oder wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

In diesem Satz ist die Bezeichnung für das subjektive Recht (Eigentum) verschwunden. Und eben dies zeigt, so *Radbruch*, dass Eigentum kein im Rechtssatz enthaltener Begriff ist, sondern ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes.

Zu dem denkbaren Einwand, dass Eigentum gewöhnlich i.S.v. § 903 BGB definiert werde als „das Recht, mit einer Sache nach Belieben zu verfahren", bemerkt *Radbruch*: Wenn Eigentum i.S.v. § 903 BGB definiert werde (und auch angemessen so bestimmt werden könne), so beruhe dies schlicht darauf, dass eine Definition nicht alle Merkmale des definierten Begriffs zu enthalten brauche. Als sog. diagnostische Definition mache „sie nur so viele Merkmale namhaft, als genügen, den Begriff von jedem anderen zu unterscheiden", und zur Unterscheidung des Eigentums von allen anderen Rechten genüge eben die dafür charakteristische Rechtsfolge:

> „Sein Merkmal ist zwar auch die Bedingtheit durch einen bestimmten Tatbestand, aber dieser bestimmte Tatbestand ist stets gegeben, wo die Rechtsfolge gegeben ist, und es bedarf deshalb zu der Diagnose, dass ein geltend gemachtes Recht Eigentum sei, nur der Konstatierung der Rechtsfolge".[21]

Die Überlegungen von *Radbruch* lassen sich eins zu eins auf den Schuldbegriff übertragen. Die Struktur des Schuldbegriffs entspricht derjenigen des Eigentumsbegriffs. Auch der Satz „Schuld ist Vorwerfbarkeit" stellt eine „diagnostische Definition" dar. Zwischen dem Begriff „Schuld" und dem Begriff „Eigentum" gibt es allerdings zwei Unterschiede: Zum einen: Das StGB bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen „Schuld" entsteht. Es sagt nur, unter welchen Voraussetzungen „Schuld" ausgeschlossen ist. Zum andern: Die ökonomischen Effekte, die durch die Verwendung von Knotenbegriffen bei der Formulierung von Gesetzen erzielt werden können und die beim Eigentumsbegriff sichtbar werden, spielen beim strafrechtlichen Schuldbegriff keine große Rolle, weil die Zahl der Rechtssätze, die den Ausdruck Schuld enthalten, überschaubar ist.[22] Diese Unterschiede ändern aber nichts daran, dass auch der strafrechtliche Schuldbegriff ein „intermediate legal concept" ist. *Radbruch* hat das nicht gesehen. Über die Gründe kann man nur spekulieren:

Er hat seine Darlegungen auf subjektive Rechte, Rechtspflichten und Rechtsverhältnisse beschränkt und augenscheinlich nicht bedacht, dass auch die schuldhafte Tat eine Rechtspflicht begründet, nämlich die Pflicht, die Strafe zu dulden. Das liegt wohl wesentlich daran, dass er einen „psychologischen Schuldbegriff" vertreten hat, nämlich Schuld als „Gemütszustand, der eine Handlung als für den Handelnden charakteristisch erscheinen läßt, […] wenn jene Handlung eine rechtswidrige, die aus ihr zu erschließende Gesinnung eine antisoziale ist".[23] Hinzu kommt, dass das Gesetz seinerzeit keinen Anlass gab, darüber nachzudenken, ob der Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat. Im Reichsstrafgesetzbuch von 1871 finden sich zwar Wendungen wie „unverschuldet" (§§ 54, 59 RStGB), „ohne eigene Schuld" (§ 213 RStGB) und es ist an verschiedenen Stellen vom „Schuldigen" die Rede (§§ 165, 181, 200 RStGB), im Übrigen kommt aber das Wort „Schuld" nicht vor. Das hat

enthaltenen Begriffe, also keine Begriffe von den bedingenden Voraussetzungen oder den bedingten Folgen. Sie sind andererseits auch nicht mehr als Begriffe von dem im Rechtssatz enthaltenen Bedingungsverhältnis. Sie sind also auch keine Begriffe von einem unabhängig vom Rechtssatz (neben Tatbestand und Rechtsfolge) existierenden Dritten.

[20] Siehe dazu *Burkhardt*, GA 2013, 346. Der Eigentumsbegriff dient in der modernen rechtstheoretischen Debatte als Paradebeispiel für „intermediate legal concepts".

[21] *Radbruch* (Fn. 5), S. 44 f.

[22] Siehe insoweit *Keuth*, Zur Logik der Normen, 1972, S. 41.

[23] *Radbruch*, ZStW 24 (1904), 333 (348). Das ist bei Licht besehen nichts anderes als ein Versuch, den Schuldtatbestand auf einen Begriff zu bringen, und entspricht Lehrsatz 2. *Binding* (Fn. 3), S. 273, 279 hat darin einen „seltsamen Ungedanken" gesehen. Vgl. auch *Köhler*, GS 95 (1927), 437 (441 ff.).

sich erst durch die Strafrechtsreformgesetze im Jahre 1969 grundlegend geändert.[24] Erst diese Gesetze haben das Wort „Schuld" in die §§ 13, 17, 20 und 35 StGB eingefügt. Das Reichsstrafgesetzbuch gab also keinen Anlass, im Schuldbegriff ein „intermediate legal concept" zu sehen.

Einen Anlass, in der Schuld einen Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes zu sehen, gab freilich der Satz „keine Strafe ohne Schuld", der seinerzeit als „gesicherter Bestandteil unserer Kultur" angesehen worden ist.[25] Spätestens mit dem Beginn des Streits darüber, ob Schuld Vorwerfbarkeit oder aber die Voraussetzung der Vorwerfbarkeit sei, lag es nahe, an eine strukturelle Übereinstimmung der Begriffe „Eigentum" und „Schuld" zu denken. Auch die Etymologie des Wortes Schuld hätte dazu beitragen können. Drauf wird zurückzukommen sein.

Wie auch immer – *Radbruch* kommt das Verdienst zu, sich als erster in der deutschen Rechtswissenschaft mit „intermediate legal concepts" befasst zu haben, und er ist der Einzige, der gesehen hat, dass diese Begriffe einen Rechtssatz zum Gegenstand haben. Seine Überlegungen, die ich für richtig halte und an die ich anknüpfe, haben in der Folgezeit keinerlei Beachtung gefunden. *Radbruch* wird in der rechtstheoretischen Debatte über „intermediate legal concepts", soweit ersichtlich, überhaupt nicht erwähnt. Seine Darlegungen sind in Vergessenheit geraten. Man wird vermuten dürfen, dass der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit dem Schuldbegriff viel erspart geblieben wäre, wenn *Radbruch* und nur drei Jahre später *Reinhard Frank* im Schuldbegriff einen Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes gesehen hätten.

*b) Alf Ross*

Erst 50 Jahre nach dem Erscheinen des Beitrages von *Radbruch* ist das Thema „Mittelbegriffe" erneut aufgegriffen worden, und zwar in dem berühmten „tû-tû"-Beitrag des dänischen Rechtsphilosophen *Alf Ross*.[26] Auch er befasst sich mit der Systematisierung von Rechtssätzen.[27] Und er behauptet, dass Rechtsbegriffe wie „Eigentum" allein diesem Ziel dienten. Sein Beitrag bildet den Ausgangspunkt für die nachfolgende Debatte über „intermediate legal concepts" in der Rechtstheorie.

*Ross* beginnt seine Analyse von „middle terms" mit einer Allegorie.[28] Er berichtet von einer Insel im Südpazifik, auf der ein primitiver Volksstamm, der Noît-cif tribe, lebt. Die „Noîtcifianer"[29] glauben, dass Stammesmitglieder, die ein Tabu verletzen, von „tû-tû" befallen werden. Was mit „tû-tû" gemeint sei, sei schwierig zu sagen, vielleicht eine gefährliche Macht oder Infektion, welche den gesamten Volksstamm mit Unheil bedrohe. Um dieses abzuwenden, müsse derjenige, der von „tû-tû" befallen sei, einer speziellen Reinigungszeremonie unterzogen werden. *Ross* meint weiter, es sei offensichtlich, dass sich der Noît-cif tribe in einem Zustand tiefen Aberglaubens befinde. Zwar könne eine Tabuverletzung zu Furcht und Schrecken führen, aber es sei offensichtlich weder dieses noch irgendein anderes aufweisbares Phänomen, das als „tû-tû" bezeichnet werde. Die Rede von „tû-tû" sei barer Unsinn. Nichtsdestoweniger, und das sei bemerkenswert, habe das Wort in der Sprache der Stammesmitglieder eine Funktion. Es erfülle die zwei Hauptaufgaben jeder Sprache, nämlich etwas zu beschreiben und etwas vorzuschreiben. In der Sprache der Noîtcifianer seien unter anderem die folgenden zwei Äußerungen gebräuchlich:

- (i) Wenn eine Person ein Tabu verletzt, wird sie von „tû-tû" befallen.
- (ii) Wenn eine Person von „tû-tû" befallen ist, muss sie einer Reinigungszeremonie unterzogen werden.

Nun sei offensichtlich, dass diese beiden Äußerungen, wenn man sie nach den Regeln der Logik zusammenfüge, auf folgende Äußerung hinauslaufe, und zwar ganz unabhängig davon, was das Wort „tû-tû" bedeute und ob es überhaupt etwas bedeute:

- (iii) Wenn eine Person ein Tabu verletzt hat, muss sie einer Reinigungszeremonie unterzogen werden.

Bei dieser Feststellung handele es sich um einen gänzlich bedeutungsvollen präskriptiven Satz. Dieser stehe im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, und dies erkläre, warum „tû-tû"-Äußerungen einen semantischen Bezug aufweisen, obwohl das Wort keinerlei Bedeutung besitze.[30] Ihr Referenzobjekt bestehe in der Verknüpfung von (i) und (ii). Der Versuch, dem Wort „tû-tû" ein anderes Referenzobjekt zuzuordnen, sei zum Scheitern verurteilt. Mit anderen/meinen Worten: Das Wort „tû-tû" hat eine im Volksstamm der Noîtcifianer geltende Norm zum Gegenstand; der „tû-tû"-Begriff ist ein Begriff vom Inhalt dieser Norm.

Am Ende seiner Analyse des „tû-tû"-Konzepts spricht *Ross* eine Warnung aus. Dieses Konzept sei zwar eine zweckmäßige Technik der Normrepräsentation. Es könne aber zu irrationalen Ergebnissen führen, wenn man wider besseres Wissen dem Gedanken Einfluss zubillige, dass „tû-tû" eine Realität sei. Diese Bemerkung ist zwar missverständlich, weil die Norm, die den Bezugsgegenstand von „tû-tû" bildet, bei den Noîtcifianern eine soziale Realität ist. Jenseits dieser Norm gibt es aber, und insofern ist die Warnung berechtigt, kein reales Referenzobjekt von „tû-tû", keinen "bö-

[24] Eine Ausnahme bildet § 50 Abs. 1 StGB a.F., der 1943 in das RStGB eingefügt worden ist und der dem heutigen § 29 StGB entspricht.

[25] So etwa *Rosenfeld*, ZStW 32 (1911), 466.

[26] Erschienen in der Harvard Law Review 70 [1956/57], 812.

[27] *Ross* (Fn. 5 – 2019), S. 205.

[28] Ich erwähne diese Allegorie, die in zahlreichen Beiträgen dargestellt worden ist, nur deshalb, weil sie möglicherweise dazu beigetragen hat, dass *Alf Ross* ein Fehler unterlaufen ist.

[29] So nennt *Philipps*, Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen, 2012, S. 159 ff., die Stammesmitglieder.

[30] *Ross*, Harvard Law Review 70 (1957), 812 (814). „This explains why the *tû-tû* pronouncements have semantic reference although the word is meaningless." Darauf wird zurückzukommen sein. Irritierend ist, wenn es auf S. 816 heißt, „that the word in itself has no semantic reference whatever."

sen Geist“ und auch kein anderes (metaphysisches) Phänomen.

Nach dieser Allegorie wendet sich *Ross* dem Eigentumsbegriff zu.[31] Die weitgehende Übereinstimmung seiner Überlegungen mit denen von *Radbruch* ist frappierend. *Ross* scheint aber nicht zu wissen, dass Rechtssätze Gegenstand von Rechtsbegriffen sein können. Er spricht lediglich von „middle terms“, von „intermediate links“ und von „merely […] technical tools of presentation“[32]. Für ihn haben solche Begriffe, was wiederum am Begriff Eigentum exemplifiziert wird, keinen Bezug:

> „[S. 821] ‚Ownership‘, ‚claim‘, and other words, when used in legal language, have the same function as the word ‚*tû-tû*‘; they are words without meaning, without semantic reference, and serve a purpose only as a technique of presentation. Nevertheless, it is possible to talk with meaning about rights, both in the forms of prescriptions and assertions.“
>
> „[S. 822] On the other hand it is impossible to ascribe to the word ‘ownership’ an independent semantic reference in the arguments operating with the word. Any attempt to take it as a designation of either legal facts or of legal consequences, or both together, or of anything else together, is foredoomed to failure.“[33]

Für mich ist es irritierend, dass *Ross* (auch) mit Bezug auf das Wort „Eigentum“ von einem Wort „without meaning, without semantic reference“ und von der Unmöglichkeit spricht, dem Wort eine „independent semantic reference“ zuzuordnen. Irritierend ist das, weil *Ross* (auf S. 814) davon spricht, dass „tû-tû“-Äußerungen ein Referenzobjekt haben und dass dieses in der systematischen Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten Folgen besteht.[34] Ich vermute deshalb, dass die Betonung auf „independent“ liegt. Das heißt, dem Eigentum kann kein Referenzobjekt zugeordnet werden, das unabhängig von dem Rechtssatz ist, den der Eigentumsbegriff begreift. Das ist zwar richtig. Richtig ist auch die weitere Behauptung, man könne das Wort „Eigentum“ eliminieren bzw. durch die Worte „tû-tû“ oder „old cheese“ ersetzen, ohne dass sich an dem Rechtssatz, auf den das Wort „Eigentum“ referiert, etwas ändere. Ein solches Manöver hat dann aber zur Folge, dass es keine (adäquate) Bezeichnung mehr gibt, die den Begriff „Eigentum“ repräsentiert und die es ermöglicht, sich diesen Begriff, der ja auch ein Bestandteil der Alltagssprache ist, ins Bewusstsein zu rufen.[35] „Alter Käse“ ist offensichtlich keine solche Bezeichnung. *Ross* hat bei seiner Eliminierbarkeitsbehauptung augenscheinlich nicht in Rechnung gestellt, dass „Eigentum“ (und Entsprechendes gilt für „Schuld“) nicht lediglich für eine systematische Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten Folgen steht, sondern einen inhaltlich bestimmten Rechtssatz begreift. In diesem Punkt war *Radbruch* klarer und weiter. Der Erkenntnisgewinn bei *Ross* besteht darin, dass (später) auch „responsibility“ als „tû-tû“-Konzept eingestuft wird:[36]

> „To claim that A is responsible for x is to claim that there are certain facts (e.g. that A, in a way which makes him imputable, has murdered B) which according to the Danish penal law now in force make him punishable. It is this *connection* between conditioning facts and conditioned legal consequences which is expressed in the statement about responsibility. The connection is not a ‘natural’ (causal or logical) one, but exists only by virtue of the legal rule in that the facts are judged on the basis of legal rules. Responsibility is an expression of a legal judgement, and the latter consists of a directive (normative) demand that occurs as the conclusion of an inference: since such and such facts obtain (in short: A’s *guilt*), and since the law is such and such, it follows that A is punishable. Accordingly, A’s being responsible for x (according to Danish law) can be described in terms of a (directive) *demand* that he be punished because he is guilty, or of a *statement* to the effect that such a demand is a consequence of applying the rules of Danish law to the existing facts“ (*Hervorhebungen* teilweise durch den *Verf.*).

*c) „Intermediate legal concepts“ als Gegenstand der Rechtstheorie*

In den letzten 20 Jahren ist eine ganze Reihe von rechtstheoretischen Beiträgen zu „intermediate legal concepts“ erschienen.[37] Sie befassen sich mit der Funktion dieser Begriffe

[31] *Ross*, Harvard Law Review 70 (1957), 812 (817 ff.); *ders*. (Fn. 5 – 2019), S. 205 ff.

[32] *Ross*, Harvard Law Review 70 (1957), 812 (821, 823); *ders.* (Fn. 5 – 2019), S. 205 f.

[33] Das wird u.a. damit begründet, dass man als middle term auch „alter Käse“ einsetzen könne, ohne dass sich an dem Rechtssatz etwas ändere. Das ist mit Recht kritisiert worden (vgl. etwa *Philipps* [Fn. 29], S. 169 f.).

[34] *Ross* (Fn. 5 – 2019), S. 207 meint, „ownership“ stehe für nichts anderes als für die systematische Verknüpfung von bestimmten (eigentumsbegründenden) Vorausetzungen und (eigentumsbedingten) Folgen.

[35] *Lindahl*, Ratio Juris 17 (2004), 182 (195 f.), hat darauf hingewiesen, dass die meisten intermediate legal concepts in der Alltagssprache verwendet werden.

[36] *Ross* (Fn. 5 – 1975), S. 13 ff., 21 f.

[37] Die Beiträge von *Alf Ross* haben im rechtstheoretischen Schrifttum eine rege Debatte ausgelöst; vgl. *Ashley/Brüninghaus*, in: D. Bourcier (Hrsg.), Legal Knowledge and Information Systems, 2003, S. 153–162; *Sartor*, in: Pattaro (Hrsg.), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, 2005, S. 553 ff.; *ders.*, Artificial Intelligence and Law 17 (2009), 217; *ders.*, in: Jaap C./von der Pforten (Hrsg.), Concepts in Law, Law and Philosophy Library 88, (2009), S. 35; *Lindahl*, Ratio Juris 17 (2004), 182, *Lindahl/Odelstad*, in: Goble/Ch. Meyer (Hrsg.), Deontic Logic and Artificial Normative Systems, 8th International Workshop on Deontic Logic in Computer Science 2006, 2006, S. 187; *Brožek*, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 27 (2015), 15. Von deutscher Seite haben sich an dieser

(dazu aa). Sie weisen auf Defizite in der Analyse von *Ross* hin (dazu bb). Sie verhalten sich zu den Möglichkeiten, „intermediate legal concepts" zu definieren (dazu cc). Und sie vergleichen „intermediate legal concepts" mit „thick concepts" (dazu dd).

aa) „Intermediate legal concepts" dienen vor allem der *Sprachökonomie* (economy of expression) bei der Formuliereng gesetzlicher Regeln.[38] Sie haben die Funktion, eine kompaktere Wissenspräsentation zu ermöglichen und die Darstellung von Norminhalten zu vereinfachen.[39] *Philipps* spricht von einer „Technik der Normrepräsentation": Es sei bequemer, mit Hilfe der Zwischenbegriffe zu lernen als ohne sie. Die Regeln würden überschaubar, leichter lernbar und überhaupt besser handhabbar.[40] Diesen Zweck erfüllen Mittelbegriffe auch dann, wenn sie nicht definiert werden. Allerdings werden diese ökonomischen Effekte, die der Gesetzgeber durch die Verwendung von Mittelbegriffen bei der Formulierung von Gesetzen erzielen kann, erst bei einer größeren Anzahl von Rechtssätzen sichtbar, die den gleichen eingeschobenen Term enthalten, aber die Entscheidung unterschiedlicher Arten von Fällen regeln.[41] Das ist beim Eigentumsbegriff, nicht aber beim Schuldbegriff der Fall.

Verschiedene Autoren weisen darauf hin, dass sich die Bedeutung von „intermediate legal concepts" nicht in der Normrepräsentation und der damit verbundenen Vereinfachung der Darstellung von Norminhalten erschöpfe. *Sartor* ist überzeugt, dass diese Konzepte ein breiteres Spektrum an Funktionen im Hinblick auf die Ermöglichung praktischer Erkenntnis haben, also im Hinblick auf die Erkenntnis dessen, was sein soll.[42] Er nennt insoweit acht Aspekte, wobei wiederum der Eigentumsbegriff zur Verdeutlichung herangezogen wird. „Intermediate legal concepts" erleichtern/ermöglichen/befördern categorisation (etwa die Unterscheidung von Unrecht und Schuld), learning, memory, deductive inference, explanation, problem solving, generalisation und analogical inference. Letzteres heben auch andere *Autoren* hervor:

> „Intermediate legal concepts play an important role in guiding and predicting the outcomes of new cases."[43]

Und *Bartosz Brožek* meint, Ross habe die Bedeutung von „intermediary concepts" unterschätzt:

> „I would even go as far as saying that it would be difficult to imagine a functional legal system without any intermediate concepts."[44]

Diese Begriffe tragen nach seiner Auffassung zur Steigerung der Kohärenz innerhalb eines Rechtssystems bei und sie haben eine wichtige heuristische Funktion. Sie können die Vervollständigung des Rechtssystems fördern.

bb) Die Kritik an *Ross* wendet sich vor allem gegen seine Annahme, dass „intermediate legal concepts" „words without meaning, without semantic reference" oder wie *Sartor* sagt „meaningless dummies" sind:

> „The fact that a term can be eliminated from a body of rules without loss of deontic conclusions, does not prove that this term is meaningless. On the contrary, the very fact that we need to reformulate our rules, to achieve this result, proves that the term had a meaning. The reformulation is required exactly to express the meaning of that term in a different way.
> Moreover, the fact that a term had no meaning before being inserted in a body of information does not prove that the term has no meaning after having been included within such a body or information, and being connected through rule-based links to other pieces of such information."[45]

cc) Auch die notorischen Definitionsprobleme, die mit den „intermediate legal concepts" verbunden sind, werden in der Rechtstheorie angesprochen:

> „The suitability of definitions of legal middle terms is a vast subject."[46]

Es werden „ground-oriented definitions" (Lehrsatz 2) und „consequence-oriented definitions" (Lehrsatz 1) unterschieden und kritisiert. Erwähnt werden ferner „definitions by relegation" und die „no meaning"-Alternative von *Ross*. Das

Debatte *Keuth* (Fn. 23, S. 41 ff.), *Neumann* (Rechtsontologie und juristische Argumentation, Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens, 1979, S. 56 ff.) und *Philipps* (Fn. 29, S. 159 ff.) beteiligt. Ein Wort zu Ulfrid Neumann. Er ist ein gefragter Experte in Sachen Strafrechtsschuld. Gleichwohl hat er sich, soweit ich das überblicke, zu keinem Zeitpunkt mit der Frage befasst, ob der normative Schuldbegriff ein „intermediate legal concept" ist. In seiner 2024 (in: Wohlers/Seelmann [Fn. 3], S. 143) erschienenen Abhandlung, in der es auch um die Struktur des Schuldbegriffs geht, hätte er dazu allen Anlass gehabt.

[38] *Lindahl*, Ratio Juris 17 (2004), 182 (190).

[39] *Sartor* (Fn. 37 – Treatise), S. 557, 559 f. Er spricht auch von der schlussfolgernden Bedeutung (inferential meaning) dieser Konzepte.

[40] *Philipps* (Fn. 29), S. 162, 164, 169.

[41] So zutreffend *Keuth* (Fn. 23), S. 41.

[42] *Sartor* (Fn. 37 – Treatise), S. 561 ff., 558, *ders.*, Artificial Intelligence and Law 17 (2009), 217 (245 ff.).

[43] *Ashley/Brüninghaus* (Fn. 37), S. 133 ff.

[44] *Brožek*, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 27 (2015), 15 (19 ff.).

[45] *Sartor* (Fn. 37 – Treatise), S. 553 ff., 557 ff.; *Brožek*, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law 27 (2015), 15 ff., teilt diese Kritik. Siehe auch *Keuth* (Fn. 23), S. 45. Keiner dieser Autoren spricht die Einsicht von *Radbruch* aus, dass „intermediate legal concepts" Begriffe vom Inhalt von Rechtssätzen sind. *Sartor* (Fn. 37, S. 558) meint stattdessen: „With regard to terms expressing legal qualifications, we should rather say that such terms had an inferential meaning."

[46] *Lindahl*, Ratio Juris 17 (2004), 182 (186 ff.).

Ganze liest sich wie eine Beschreibung der Versuche, den normativen Schuldbegriff zu definieren. (Lehrsatz 2) erscheint als „voraussetzungsbezogene“, (Lehrsatz 1) als „folgenbezogene“ Definition des Schuldbegriffs. Der Gedanke, dass „intermediate legal concepts“ einen Rechtssatz zum Gegenstand haben, kommt aber auch in diesem Zusammenhang nicht auf.

dd) *Lingdahl* hat darauf hingewiesen, dass viele „legal middle terms“ zugleich „thick concepts“ sind.[47] „Thick concepts“ sind wertende Begriffe, die einen substanziellen deskriptiven Gehalt haben, wie etwa „grausam“ oder „fahrlässig“ (im Unterschied zu „thin concepts“; das sind wertende Begriffe ohne nennenswerten deskriptiven Gehalt, wie etwa „gut“ oder „verwerflich“). Der normative Schuldbegriff ist (auch) ein „thick concept“. Ihn auch als solches zu behandeln, wie das im Strafrecht üblich ist (siehe Lehrsatz 3), ist zwar nicht falsch, aber alles andere als hilfreich.[48] Bei der Schuldfrage geht es am Ende nicht um ein negatives Werturteil, nicht um eine „Abwertung des Individuums“, sondern um bedingte Rechte und Pflichten. Die üblichen Umschreibungen des komplexen Schuldbegriffs (Schuld als Einheit von Wertung und Gewertetem, als „Summierung von Sachverhalt und Urteil“, als Objekt der Wertung *und* Wertung des Objekts, als Gegenstand samt seinem Wertprädikat, als „gemischt empirisch-normative Gegebenheit“) klären nicht, wie sich die wertende Komponente zu der deskriptiven verhält.[49] Das Bedingungsverhältnis zwischen Schuldsachverhalt und „Schuldfolge“ kommt darin nicht zum Ausdruck. Und in welcher Beziehung die Begriffe „Schuld“ und „Vorwerfbarkeit“ stehen, bleibt ebenfalls dunkel. Schließlich, wenn „Schuld“ ein wertender Begriff ist, dann liegt es nahe, sich um eine Definition dieses Begriffs zu bemühen, ein Unternehmen, das bisher kaum erfolgreich war. Mit anderen Worten: Es ist vorzugswürdig, den Schuldbegriff als „intermediate legal concept“ zu behandeln, weil damit zahlreiche Fragen geklärt werden, die bei einer Behandlung als „thick concept“ offenbleiben. Das soll im Folgenden weiter verdeutlicht werden. Überschneidungen und Wiederholungen nehme ich in Kauf.

### *2. Zur Vorzugswürdigkeit der Annahme, dass der strafrechtliche Schuldbegriff ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes ist (Lehrsatz 4)*

Die Annahme, dass Schuld ein „intermediate legal concept“ bzw. ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes ist, hat ein großes Klärungs- und Erklärungspotential. Dabei geht es nicht nur um die Klärung begrifflicher Fragen. Die Beantwortung der begrifflichen Fragen kann die Lösung der mit dem Begriff verbundenen Sachprobleme erleichtern, sie aber auch erschweren oder unmöglich machen. Sie kann einen Anreiz zu tiefsinnigen, aber nutzlosen Abhandlungen geben, sie kann aber auch eine nüchterne Behandlung der Sachprobleme befördern.

#### *a) Normativität und Rechtsschuld*

Wenn der Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, dann ist klargestellt, dass es allein um rechtliche Schuld geht. Das Normative dieser Rechtsschuld besteht nicht in der Vorwerfbarkeit, sondern in der Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten (Rechts-)Folgen. Man kann, was diese Verknüpfung betrifft, sogar von einer „reinen Wertung“ sprechen.[50]

#### *b) (Lehrsatz 4) harmoniert mit der Etymologie des Wortes Schuld*

Die Herkunft und Geschichte des Wortes „Schuld“ und seiner Bedeutungen lässt nicht nur interessante Zusammenhänge und Konnotationen erkennen, sie trägt auch zum besseren Verständnis der Struktur des strafrechtlichen Schuldbegriffs bei. Deshalb seien hier einige Hinweise zur Etymologie an den Anfang gestellt.[51]

---

[47] *Lindahl*, Ratio Juris 17 (2004), 182 (194), spricht nicht von „thick concepts“, sondern im Anschluss an *Richard M. Hare*, The Language of Morals, 1952, von „secondarily evaluative words“ im Unterschied zu „primarily evaluative words“. Dieser Unterschied ist rein terminologischer Natur. Inzwischen ist es üblich, von „thick concepts“ und „thin concepts“ zu sprechen. *Lindahl* meint, es sei wohl möglich, „thick concepts“ als Mittelbegriffe in ethischen Schlussfolgerungen zu betrachten. Der Unterschied zwischen wertenden und normativen Schlussfolgerungen bestehe dann darin, dass bei Ersteren das Resultat in einer Wertung (gut, schlecht) und bei Letzteren in Pflichten und Rechten bestehe.

[48] „Thick concepts“ werfen erhebliche Probleme auf. Die Metaethik hat in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts begonnen, sich damit zu befassen. Die Kontroversen sind noch im Gange. Siehe dazu die Übersichten bei *Väyrynen*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2021 Edition), abrufbar unter
https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/thick-ethical-concepts/ (20.7.2025),
und *Kyle*, Internet Encyclopedia of Philosophy 2016, abrufbar unter
https://iep.utm.edu/thick-co/ (20.7.2025).
Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat davon bisher keine Kenntnis genommen.

[49] Zur Kritik des komplexen Schuldbegriffs *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 365 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1992, S. 421 ff., die freilich keine bessere Lösung anzubieten haben. Die Überlegungen von Mezger zum Verhältnis von Sachverhalt und Wertung werden mit Recht von *Jakobs* (Fn. 6, Kap. 17/12) kritisiert. Die Kritik erledigt sich, wenn man im Schuldbegriff einen Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes sieht.

[50] So *Maurach/Zipf* (Fn. 49), § 30 Rn. 23. Die „reine Wertung“ wird von Maurach/Zipf freilich nicht in der Verknüpfung von Schuldsachverhalt und Schuldfolge, sondern in der Bewertung des Schuldsachverhaltes gesehen, es wird also Lehrsatz 1 befürwortet.

[51] Sehr interessante Hinweise bei *Fletcher*, The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International, Volume One: Foundations, 2007, S. 298 ff., zum „Vocabu-

„Schuld“ ist ein Verbalabstraktum zu dem germanischen Verb „sculan“. „Sculan“ bedeutet „sollen“, und dieser Herkunft entsprechend meint „Schuld“ zunächst etwas, was man soll oder schuldig ist, also eine Verpflichtung zu einer Leistung (oder kurz: das Gesollte)[52]. Die Bedeutung, die das Wort „Schuld“ im Bürgerlichen Recht hat, scheint also die ursprüngliche Bedeutung dieses Wortes zu sein. Dringt man allerdings tiefer in die Wortgeschichte ein, so stellt man fest, dass die Dinge komplizierter liegen.

Über die Herkunft von „skulan“ bestehen Zweifel.[53] Einiges spricht dafür, dass „skulan“ (und damit auch „Schuld“ und „sollen“) auf den indogermanischen Verbalstamm „skel-“ zurückgeführt werden kann[54], dessen Grundbedeutung „schneiden, schlagen, stechen, abspalten“ ist.[55] Die sprachgeschichtliche Fortentwicklung zu „Schuld“ und „sollen“ versucht *Alois Edmaier* wie folgt zu erklären[56]: Wenn man die verschiedenen Bedeutungen des indogermanischen Verbalstammes „skel-“ auf ihre zugrunde liegende gemeinsame Urerfahrung befrage, dann falle auf, dass die jeweiligen Sinngruppen „trennen, absondern, nicht mehr beieinander sein in ursprünglicher Ganzheit“ meinen. So seien Bezeichnungen für Gerätschaften, die durch Schneiden, Schlagen oder Spalten entstehen bzw. diesem Zweck als Werkzeug dienen (Schild, Schale, lat. culter, scalpo), ferner für Lautwirkungen, die durch Schlagen entstehen, und für Lärmgeräte (Schelle), außerdem für Körperteile, die in sich abgesetzt sind (griech. skelos, Schenkel), und schließlich sogar für das, was im zwischenmenschlichen Bereich voneinander trennt, wie „schelten, tadeln, beschimpfen, verhöhnen“ im Rückgriff auf die Sprachwurzel „skel-“ gebildet. *Edmaier* weist ferner darauf hin, dass wir noch heute den Ausdruck „jemanden schneiden“ im Sinne von „verachten, sich distanzieren“ kennen. Es sei deshalb nicht verwunderlich, dass im Lateinischen „scelus“ zur Bedeutung „Verbrechen, ruchlose Tat“ kommen konnte; denn dies gerade sei es, was radikales Abstandnehmen aller Gruppengenossen von einem, der „Verkehrtes, das Ganze Spaltendes“ getan habe, nach sich ziehen müsse. Solches Verhalten bewirke eben „scult“, d.h. die für den einzelnen äußerst bedrohliche Abspaltung von der Gruppengemeinschaft. Diese „Absonderung“ mit den damit verbundenen Misslichkeiten und seelischen Spannungen und das darin aufbrechende Verlangen nach möglicher Wiedergutmachung durch Zahlung einer Buße habe wohl allmählich den Inhalt des Begriffes Schuld geformt, wie wir ihn heute noch kennten. Die Sprachgeschichte verweise demnach auf folgende drei Merkmalsschwerpunkte: zum einen die Gruppenentfremdung, zum andern das Erlebnis der Existenzgefährdung beim abgesonderten Individuum und schließlich das Wissen um die Notwendigkeit erneuten Einvernehmens mit den anderen durch Anerkennung ihrer Ausgleichsforderung. Wer „schuldig“ geworden sei durch eine die Ganzheit der Gruppe „spaltende“, sich selbst von ihr „abspaltende“ Tat, fordere ein „Schelten, Tadeln und Schimpfen“ der Übrigen heraus und müsse zur Behebung seiner daraus resultierenden Existenzangst eine von den Gruppengenossen festgesetzte Leistung erbringen, um neuerdings angenommen zu werden.

Das etymologisch vorgegebene Merkmalsgefüge, wie es von *Edmaier* dargestellt wird, hat sich im rechtlichen Gebrauch des Wortes „Schuld“ bis heute erhalten: „Schuld“ meint einerseits *Verpflichtung* (zu einer Leistung), andererseits aber auch – und das ist der im Strafrecht vorherrschende Gebrauch – den Grund einer Verpflichtung (also eine *Verfehlung*, etwas, was dazu berechtigt, einen Tadel auszusprechen oder eine Leistung zu verlangen).[57] Und der zwischen diesen

lary of Guilt“: „The Old English word gylt has bequeathed to us one of the pivotal words of our criminal jurisprudence. We do not completely know what it is, but cannot do without it. Our pleading and our jury verdicts revolve around the distinction between guilty and not guilty. Yet the word has no cognates in other languages and no associations with other terms in English. It stands by itself, an outlier in the languages of the world, and yet it commands the entire field of the law that surrounds it.“ Das unterscheidet, so *Fletcher*, das Wort „Guilt“ von dem deutschen Wort „Schuld“. *Fletcher*, ein ausgezeichneter Kenner des deutschen Strafrechts, plädiert für eine „Normative Theory of Guilt“. Auf den Gedanken von *Ross*, „Guilt“ als „tû-tû“-Konzept zu begreifen, kommt *Fletcher* nicht.

[52] Vgl. *Grimm/Grimm*, in: Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch, IX. Band, 1962, Sp. 1870 ff., X. Band, 1963, Sp. 1452 ff.; Mitzka (Hrsg.), Trübners Deutsches Wörterbuch, 6. Bd, 1955, S. 230 f., 397 f.

[53] Vgl. dazu *Grimm/Grimm* (Fn. 52), X. Band, Sp. 1452 ff.

[54] In diesem Sinne *Edmaier*, Philosophisches Jahrbuch 1974/75, S. 162 ff. Im Wörterbuch der *Gebrüder Grimm* (Fn. 52) wird die Verwandtschaft von „skulan“ mit dem indogermanischen Verbalstamm „skel-“ bezweifelt: Es sei eine mit diesem Verbalstamm gleichlautende (aber in der Bedeutung damit nicht zu vermittelnde) Wurzel skel- „schuldig werden, eine Schuld oder Verpflichtung eingehen“ anzusetzen; diese habe man dann weiter mit dem indogermanischen „sxalem“ (straucheln, sündigen, verfehlen) und „sxalankh“ (Vergehen, lat. scelus) zusammengestellt.

[55] *Pokorny*, Indogermanisches etymologisches Wörterbuch, Bd. 1, 1959, S. 923 ff.

[56] *Edmaier* (Fn. 54), S. 162 ff.

[57] Während im Deutschen Wörterbuch der *Gebrüder Grimm* (Fn. 53) „Schuld“ im Sinne von „Verpflichtung“ noch an erster Stelle genannt ist, tritt in neuen Wörterbüchern, etwa im großen „Duden-Wörterbuch der deutschen Sprache“ die zweite Bedeutung an die Spitze, nämlich „Schuld“ als „Ursache von etwas Unangenehmem, Bösem oder eines Unglücks, das Verantwortlichsein, die Verantwortung dafür“ bzw. „Schuld“ als „bestimmtes Verhalten, bestimmte Tat, womit jemand gegen Werte, Normen verstößt; begangenes Unrecht, sittliches Versagen, strafbare Verfehlung“ (*Drosdowski*, Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 6, 2. Aufl. 1994, S. 3005 f.). Eine gute Zusammenstellung der verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Schuld“ im Strafrecht findet sich bei *Loening* (Fn. 7), S. 22 f. Er nennt an erster Stelle „Schuld“ im Sinne von „strafrechtliche Schuldverbindlichkeit“ (obligatio ad poenam patiendam). Auch *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 6, 9

Bedeutungen bestehende Zusammenhang (bzw. der Übergang von der einen zur anderen Bedeutung), der seinen sprachgeschichtlichen Grund in der existentiellen Notwendigkeit von Gemeinschaft zu haben scheint,[58] stellt das Legitimationsproblem dar, das im strafrechtlichen Schuldbegriff (und im zivilrechtlichen Verschuldensbegriff) enthalten ist: Unter welchen Voraussetzungen, so lautet die Kernfrage, lässt sich (wenn überhaupt) ein Vorwurf bzw. eine obligatio ad poenam patiendam begründen?[59] Davon handelt der Abschnitt II. dieses Beitrages.

*c) (Lehrsatz 4) harmoniert mit dem geltenden Strafrecht*

Das StGB enthält auf der einen Seite Normen, die beinhalten, unter welchen Voraussetzungen der Täter „ohne Schuld" handelt, z.B. § 17 StGB.

> (i) „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte".

Auf der anderen Seite steht das Prinzip

> (ii) „Keine Strafe ohne Schuld".

Fügt man (i) und (ii) zusammen, so ergibt sich ein präskriptiver Satz, der das Wort „Schuld" nicht mehr enthält, nämlich:

> (iii) „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so wird er nicht bestraft, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte."

Und in der Tat, genauso wie (iii) waren die im Gesetz enthaltenen Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe formuliert, bevor im Jahre 1969 das Wort „Schuld" in den Allgemeinen Teil des StGB aufgenommen worden ist. Und der Notwehrexzess des § 33 StGB, bei dem es sich nach h.M. ebenfalls um einen Entschuldigungsgrund handelt, ist auch heute noch so abgefasst, weil der Gesetzgeber die (umstrittene) systematische Einordnung offenlassen wollte.[60] *Hörnle*[61] hat darauf hingewiesen, dass sich nichts ändert, wenn man das Wort „Schuld" aus den §§ 17, 20, 35 StGB entfernt. Lehrsatz 4 zeigt, warum das so ist.

*d) Lehrsatz 4 beendet den Streit um die „Seinsweise" der Schuld*

Es trifft nicht zu, wenn behauptet wird,

aa) strafrechtliche Schuld sei nichts in der Wirklichkeit Vorhandenes, der Schuldbegriff habe keinen Gegenstand;[62]
bb) strafrechtliche Schuld sei ein metaphysisches Phänomen;[63]
cc) strafrechtliche Schuld sei ein Gemütszustand bzw. ein psychischer Sachverhalt.[64]

*e) Lehrsatz 4 trägt zur Klärung der terminologischen Fragen bei.*

aa) Schuld kann zwar nicht mit Vorwerfbarkeit gleichgesetzt werden. Das schließt es aber nicht aus, in der Formel „Schuld ist Vorwerfbarkeit" eine „diagnostische Definition" zu sehen, die nur so viele Merkmale namhaft macht, als genügen, den

spricht von Strafduldungspflichten und verweist auf die Etymologie. Ferner *Mittelstädt*, Gerichtssaal 46 (1892), 387 (405), bei dem es um unbewusste Fahrlässigkeit geht: In Wahrheit bedeute der Schuldspruch im Strafrecht nicht mehr, als dass der Verursacher des Schadens „schuldig" sei, die vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen über sich ergehen zu lassen. Aus neuerer Zeit *Pawlik*, GA 2006, 345; *Frister*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 527 (529 Fn. 20), mit Hinweisen auf Jakobs (staatliche Strafe in Analogie zum „Prinzip des Schadensersatzes").

[58] Vgl. insoweit (aus strafrechtlicher Sicht) auch *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982, S. 134 ff.

[59] Auch *Edmaier* (Fn. 54), S. 162 (173 ff.), und *Köhler* (Fn. 58), S. 134, 138 f. Von einer „obligatio ad poenam patiendam" spricht *Christian Wolff* in seinem 1750 erschienenen Werk „Institutiones Juris Naturae et Gentium".

[60] § 33 StGB (Überschreitung der Notwehr) lautet: „Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft."

[61] *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, 2013; *dies.*, in: Wohlers/Seelmann (Fn. 3), S. 298.

[62] So aber *Berg*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Schuldlehre, 1927, S. 53; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 36 f.

[63] So aber *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 38, 65, 79, 178; *Maiwald*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 149 (164 f.). *Kaufmann* sagt allerdings auch, Schuld sei eine „geistig-seelische Realität". Wenn Schuld einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, kann man die Annahme von *Arthur Kaufmann* und *Manfred Maiwald* „retten", indem man sagt, ein Rechtssatz sei etwas Metaphysisches in der ursprünglichen Bedeutung dieses Wortes, nämlich „überempirisch", hinter dem sinnlich Erfahrbaren, hinter der natürlichen Welt. Aber so ist „metaphysisch" bei *Arthur Kaufmann* und *Maiwald* nicht gemeint.

[64] So der „psychologische Schuldbegriff", vgl. etwa *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.195; *Radbruch*, ZStW 24 (1904), 333 ff. Verwirrend *T. Walter*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB Bd. 1, 13. Aufl. 2020, vor §§ 13 ff. Rn. 165: „Der Kern des normativen entspricht dem des psychologischen Schuldbegriffes und ist der Vorwurf fehlerhafter, nämlich normwidriger Willensbildung: dass sich der Täter ‚für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können' (BGHSt [GrS] 2, 194, 200 […])."

fraglichen Begriff von jedem anderen zu unterscheiden.[65] Bei der Formel „Schuld ist Vorwerfbarkeit" ist dies der Fall. Denn auf der Grundlage von Lehrsatz 4 sind die Vorwurfsvoraussetzungen stets gegeben, wenn Vorwerfbarkeit gegeben ist.[66]

bb) Schuld kann nicht mit dem Schuldsachverhalt gleichgesetzt werden. Schuld ist nicht der Grund dafür, dass vorgeworfen wird, Vorwerfbarkeit ist nicht die Folge von Schuld. Schuld ist nicht da, bevor ein Vorwurf erhoben werden kann. Schuld ist auch nicht das Vorzuwerfende.[67] Dies wiederum schließt es nicht aus, mit Bezug auf die Gleichsetzung von Schuld und Schuldtatbestand von einer diagnostischen (elliptischen, ground-oriented) Definition zu sprechen. Denn auf der Grundlage von Lehrsatz 4 ist Vorwerfbarkeit stets gegeben, wenn der Schuldtatbestand verwirklicht ist.

cc) „Schuld" kann *zwar als gemischt empirisch-normative Gegebenheit* (bzw. als „thick concept") angesehen werden. Ein nennenswerter Erkenntnisgewinn ist damit aber nicht verbunden. Das Verhältnis von Wertung und Gewertetem (bzw. von Sachverhalt und Wertung) bleibt dunkel. Wenn „Schuld" als Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes (bzw. als „intermediate legal concept") behandelt wird, dann lösen sich die Unklarheiten auf: Der Schuldbegriff *verknüpft* einen bestimmten Tatbestand mit einer bestimmten Rechtsfolge. Das Normative/Wertende liegt allein in dieser Verknüpfung. Schuld ist also weder Wertung des Objekts noch Objekt der Wertung noch beides zugleich.[68]

Fazit: Der Streit darüber, welcher der Lehrsätze 1 bis 3 den Vorzug verdient, ist fruchtlos und sollte beendet werden. Wenn man Lehrsatz 4 zugrunde legt, findet der unterschiedliche Sprachgebrauch eine einfache Erklärung.[69] Die drei Lehrsätze sind kompatibel, sie rücken nur verschiedene Aspekte/Teile des Rechtssatzes in den Vordergrund, der Gegenstand des normativen Schuldbegriffs ist.

f) Lehrsatz 4 erklärt und klärt die notorischen Definitionsprobleme, die mit dem Schuldbegriff verbunden sind. Man wird vermuten dürfen, dass diese Probleme die Neigung zum Tiefsinn befördert haben.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat in den letzten 150 Jahren eine kaum überschaubare Vielzahl konkurrierender Schulddefinitionen produziert, die zum ganz überwiegenden Teil schnell in Vergessenheit geraten sind. Wie ist das zu erklären? Ich greife drei Stellungnahmen zur Problematik einer Definition des Schuldbegriffs heraus. *Fritjof Haft* meint, alle Definitionen der Schuld seien problematisch.

> „Man sollte daher von einer Definition der Schuld absehen, und sich dem Wesen dieses Begriffs über den Gebrauch des Wortes in verschiedenen strafrechtlichen Kontexten nähern."[70]

*Arthur Kaufmann* hat behauptet, was „Schuld" sei, lasse sich nicht adäquat (?), sondern nur in analogen Begriffen (?) sagen.

> „Nie wird das Wesen der Schuld genau getroffen, und daher hat es stets einen etwas schwankenden, an seinen Grenzen undeutlichen Sinn."[71]

Und bei *Max Ernst Mayer* findet sich die Feststellung, Schuld sei undefinierbar. Was „Schuld" sei, die nicht in einer Handlung zum Ausdruck gelange, habe noch keiner befriedigend zu sagen gewusst; entweder bleibe man in nichtssagenden Allgemeinheiten stecken oder man gebe vielsagende Beschreibungen, die in der Moralphilosophie ihren Platz haben, aber im Strafrecht nichts taugten.[72]

Alle drei Stellungnahmen beruhen auf einem Irrtum. Was „Schuld" ist, lässt sich sehr wohl adäquat sagen: Schuld ist ein Begriff, der einen Rechtssatz zum Gegenstand hat. Und eben darin liegt die Erklärung dafür, dass alle Schulddefinitionen problematisch sind. Rechtssätze lassen sich nicht definieren. Die normative Verknüpfung von bestimmten Voraussetzungen mit bestimmten Rechtsfolgen ist kein Definitions-, sondern ein Legitimationsproblem.[73]

g) Lehrsatz 4 macht deutlich, dass es der Bildung und Unterscheidung verschiedener Schuldbegriffe nicht bedarf.

In der Strafrechtsliteratur ist vielfach von der „Mehrdeutigkeit des Schuldbegriffes" die Rede.[74] Lehrsatz 4 setzt die-

[65] *Radbruch* (Fn. 5), S. 44. Ich bevorzuge die Bezeichnung „elliptische [unvollständige] Definition". In der Rechtstheorie werden „ground oriented"- und „consequence-oriented"-Definitionen unterschieden (siehe oben bei 1. c), cc).

[66] Das ist wohl der Grund dafür, dass die Formel „Schuld ist Vorwerfbarkeit" eine ungewöhnliche Karriere gemacht hat und insbesondere vom BGH und vom BVerfG übernommen worden ist.

[67] Die unzutreffenden Behauptungen finden sich bei *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 12/17 f.; *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 16 Rn. 13; *Eisele* (Fn. 11), vor §§ 13 ff. Rn. 114; *Arthur Kaufmann* (Fn. 63), S. 179. Die ohnehin fragwürdige und der vorherrschenden Meinung widersprechende Behauptung, Schuld sei das Vorwerfbare, findet sich auch bei *Hörnle* (Fn. 61 – Schuldvorwurf), S. 11, und bei *Puppe/Grosse-Wilde*, in: Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 1), vor §§ 13 ff. Rn. 7. Unter der Prämisse von Lehrsatz 4 wird diese Behauptung unsinnig.

[68] In der Sache übereinstimmend *Achenbach* (Fn. 13), S. 226 f.

[69] Siehe dazu auch oben Fn. 12.

[70] So *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1996, S. 119 (in den nachfolgenden Auflagen finden sich diese Bedenken nicht mehr); *ders.*, Der Schulddialog: Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre, 1978, S. 28: Schuld sei ein Gegenstand, der nicht abstrakt-positiv erfasst, sondern nur konkret erfahren werden könne. Kann man sich weiter vom strafrechtlichen Schuldbegriff entfernen?

[71] So *Arthur Kaufmann* (Fn. 63), S. 79.

[72] So *M. Mayer*, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 102.

[73] Siehe dazu III. 1. in ZfIStw 5/2025.

[74] Vgl. etwa *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 22 Rn. 4 ff. Sie unterscheiden

ser Mehrdeutigkeit ein Ende. Es gibt nur *einen* Schuldbegriff und dieser hat einen Rechtssatz zum Gegenstand. Alle anderen in der Strafrechtliteratur kursierenden Schuldbegriffe und Schulddefinitionen (einschließlich der mannigfachen Varianten des sog. materiellen Schuldbegriffes) bezeichnen jeweils lediglich einen Teilaspekt dieses Rechtssatzes.

Auch bei *Achenbach* verhält es sich so. Um in der verwirrenden terminologischen Vielfalt einen festen Standpunkt zu gewinnen, sei es geboten, „drei funktional deutlich unterscheidbare Begriffe der Schuld" voneinander zu sondern: die Schuldidee, die Strafzumessungsschuld und die Strafbegründungsschuld.[75] Bei diesen drei „Funktionsstufen" handele es sich nicht lediglich um verschiedene Aspekte eines identischen Begriffs der Schuld. Es gehe vielmehr um „drei in ihrer Struktur und in ihren Merkmalen verschiedene Begriffe, deren Verschiedenheit durch die diffuse Bezeichnung ‚Schuld' nur verdeckt" werde.[76] Diese Diskreditierung der Bezeichnung „Schuld" wird am Ende seiner Abhandlung intensiviert und auf den Begriff „Schuld" bezogen. [77] Dieser erscheine zur Bezeichnung der Komplexe „Strafbegründungsschuld" und „Strafzumessungsschuld" völlig ungeeignet. Dem Begriff „Schuld" verbleibe danach nur der „Bereich der Idee". Die Frage drängt sich auf, von welchem Begriff „Schuld" hierbei die Rede ist. Hat der Begriff der „Schuld" die „Idee der Schuld" zum Gegenstand (und sonst nichts)? Ist die „Idee der Schuld" ein Schuldbegriff? Und was ist eigentlich die Struktur, was sind die Merkmale dieser Idee?

*Achenbach* gibt darauf folgende Antwort: Bei der „Schuldidee" werde nicht nach einem „Schuldbegriff" als Element der Dogmatik des geltenden Rechts gefragt, hier gehe es vielmehr um das „Phänomen der Schuld als Grundlage und Grenze der staatlichen Strafgewalt, um die innere [?] Rechtfertigung des in der staatlichen Strafe liegenden Eingriffs, um die Legitimität des Schuldstrafrechts überhaupt." Hier habe „die Frage nach der Willensfreiheit ihren Ort, hier die Frage nach der Berechtigung der Einzeltat- oder der Charakterschuldauffassung, die Frage schließlich nach dem Schuldcharakter einzelner zurechnungsbegründender Konstellationen wie der unbewussten Fahrlässigkeit." Charakteristisch für diese Funktionsstufe sei es, dass die Antwort mit den Mitteln der Strafrechtsdogmatik allein nicht gegeben werden könne, dass vielmehr stets eine Rückführung auf übergreifende/metajuristische Prinzipien (?) nötig sei, namentlich solche rechtsphilosophischer, anthropologischer oder soziologischer Art.[78]

Wie *Achenbach* zu der Annahme kommt, dass dem Begriff „Schuld" allein der Gedanke der so charakterisierten „Idee der Schuld" verbleibe[79], ist für mich nicht nachvollziehbar – zum einen deshalb nicht, weil diese Idee den strafrechtlichen Schuldbegriff, der in §§ 17, 20, 29, 35 und 46 StGB enthalten ist, ignoriert, zum andern auch deshalb, weil *Achenbach* direkt im Anschluss an seine Bemerkungen zur Schuldidee einen weiteren „strafrechtssystematischen Begriff der Schuld" ins Spiel bringt, der mit „individueller Zurechenbarkeit" gleichgesetzt wird und der mit Lehrsatz 4 harmoniert.[80] Dieser Schuldbegriff, der einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, ist nicht diffus. Er verdeckt nicht die Verschiedenheit der drei von *Achenbach* genannten „Funktionsstufen", sondern rückt diese ins rechte Licht:

- Auch die sog. Strafzumessungsschuld ist ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes. Dieser Rechtssatz hat allerdings keine „wenn, dann"-Struktur, sondern eine „je, desto"-Struktur (es geht also um eine komparative Regel).[81]
- Was die „Schuldidee" betrifft, die angeblich dem Schuldbegriff allein verbleibt, so geht es um nichts anderes als um die Frage nach dem Sinn und Zweck des Rechtssatzes, der Gegenstand des Schuldbegriffes ist. Diese Frage kann und muss (allein) mit den Mitteln der Rechtsdogmatik beantwortet werden.[82] Metajuristischer Erwägungen bedarf es nicht.

Fazit: Die Bildung dreier in ihrer Konstruktion und ihrem Inhalt verschiedener Schuldbegriffe ist nicht nur überflüssig. Sie verstößt gegen das Sparsamkeitsprinzip, sie ist geeignet, zur Verdunkelung des strafrechtlichen Schuldbegriffes beizutragen und, was die Schuldidee angeht, tiefsinnige, aber nutz-

„Schuld als Oberbegriff für das Vorliegen aller Straftatelemente", „Strafbegründungsschuld", „Strafzumessungsschuld", „Schuld im formellen Sinne" und „Schuld im materiellen Sinne" (samt verschiedener Varianten, die unterschiedliche Namen haben). Zu diesen Varianten des sog. materiellen Schuldbegriffs siehe unter III. in ZfIStw 5/2025.

[75] So *Achenbach* (Fn. 13), S. 2 ff. Die Unterscheidung hat große Beachtung gefunden. Sie ist etwa von *Eisele* (Fn. 11, vor §§ 13 ff. Rn. 107) aufgegriffen worden.

[76] *Achenbach* (Fn. 13), S. 5, 13 f.

[77] *Achenbach* (Fn. 13), S. 220 ff. Vieles deutet darauf hin, dass *Achenbach* die Lexeme „Bezeichnung" und „Begriff" gleichbedeutend verwendet. Das kann man zwar machen, der Klarheit ist damit aber nicht gedient. Das Wort „Schuld" hat viele Konnotationen und mag schon deshalb als diffus bezeichnet werden. Das ist aber kein Grund, den strafrechtlichen Schuldbegriff diffus zu nennen.

[78] *Achenbach* (Fn. 13), S. 3, 5, 222.

[79] *Achenbach* (Fn. 13), S. 222, spricht insoweit auch (für mich überraschend) vom „materialen Begriff der Schuld", der notwendig über den Bereich der dogmatischen Jurisprudenz hinausgreife.

[80] Siehe dazu bereits bei Fn. 13. Auf S. 226 f. versucht *Achenbach* im Anschluss an seine bemerkenswerte Diagnose auch die Bezeichnung „Schuldtatbestand" zu diskreditieren (S. 227 Fn. 54). Ich habe die diesbezügliche Begründung nicht verstanden. Wenn der normative Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, erscheint sie sinnlos.

[81] Im Übrigen ist *Frisch* (Fn. 6), S. 259, zuzustimmen: „Das Substrat der Strafbegründungs- und der Strafzumessungsschuld ist – entgegen immer wieder aufgestellten Behauptungen – gleich; stets geht es um die Fähigkeit des Täters, die Tat durch die Orientierung am Recht zu vermeiden, das eine Mal freilich um das ‚Ob', das andere Mal um ihr Ausmaß." Auch darauf werde ich zurückkommen.

[82] Dazu gehört auch die Grundrechtsdogmatik.

lose metajuristische Abhandlungen zu befördern. Damit bin ich bereits bei meinem nächsten Punkt.

h) Lehrsatz 4 bildet eine Hürde für nutzlosen Tiefsinn.

Die These, dass der Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, führt zu einem nüchternen, sich auf das sachlich Gegebene und auf das Zweckmäßige beschränkenden Umgang mit dem strafrechtlichen Schuldbegriff. Sie stellt eine Hürde dar für mehr oder weniger tiefsinnige Abhandlungen, die nichts zur Lösung der Sachprobleme beitragen und die den Schuldbegriff zu einem „der schwierigsten und dunkelsten Instrumente des Strafrechtssystems" gemacht haben. Vor solchen Abhandlungen hat *Otto Mittelstädt* schon vor mehr als 130 Jahren gewarnt:[83]

> „Man muß versuchen, das Wort ‚Schuld' in irgend eine andere, sei es todte, sei es lebendige Sprache zu übersetzen, um sich dessen so recht bewußt zu werden, wie es wesentlich eine Eigenthümlichkeit deutschen Abstractionsvermögens und deutscher Sprachbildung gewesen ist, in das vieldeutige Wort einen Tiefsinn hineinzulegen, der für fremde Zungen unübertragbar und unverständlich bleibt."[84]

Diese Warnung ist allzu oft in den Wind geschlagen worden und hat ihre Berechtigung bis heute nicht verloren. Um nur einige wenige Beispiele zu nennen:

aa) *Hafter*[85] meinte (schon 50 Jahre vor *Arthur Kaufmann*), dass sich mit „juristischer Kunst" der Schuldbegriff nie restlos bestimmen lasse, dass das „Wesen der Schuld" letzten Endes nur „metajuristisch" erfasst werden könne, wobei er allerdings vermerkt, dass es auch der Philosophie, die hier Helferin der Juristen sein müsse, nicht gelungen sei, das Wesen er Schuld hinreichend zu erklären. Damit stellt er nicht nur der „juristischen Kunst" ein Armutszeugnis aus, er ebnet zugleich den Weg zum nutzlosen Tiefsinn.

bb) *Arthur Kaufmann*, von dem *Achenbach* den „Begriff der ‚Schuldidee'" übernommen hat, hat diesen Weg beschritten:

> „Was ‚Schuld' ist, läßt sich nicht adäquat, sondern nur mit analogen Begriffen [?] sagen. […] Schuld ist weder genau ‚böser Wille' noch genau ‚verwerfliche Gesinnung', sondern etwas Metaphysisches, was sich anschaulich nicht sagen läßt und nur mehr oder weniger treffend umschrieben werden kann."[86]

Tiefsinn kann man der Arbeit von *Kaufmann* gewiss nicht absprechen. Sie schafft aber nicht einmal begriffliche Klarheit. Seine Behauptung, Schuld sei das Vorwerfbare, lässt dies erkennen.

cc) Wenn der strafrechtliche Schuldbegriff ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes ist, dann bedarf es auch keiner „Ausführung des Arguments, daß der strafrechtliche Schuldbegriff in einem emphatischen, aus der Idee des demokratischen Rechtsstaates sich notwendig ergebenden Sinne ‚politisch' sei (Rudolf Wiethölter)."[87] Und es ist auch nicht erforderlich, „die metadogmatische (epistemologische und ethische) Grundlage der strafrechtlichen Schuld im Rahmen der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie und ihre praktischen Folgen auf der dogmatischen Ebene des Schuldbegriffs"[88] zu thematisieren.

dd) Wenn der Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, dann ist die Behauptung, es sei nicht geklärt, ob es „die Schuld gibt, auf welche die Strafe folgt und welche die Strafe voraussetzt",[89] obsolet. Dann wird klar, dass Schuld keine „zugeschriebene Fiktion"[90] ist, und dann erweist sich auch das Gerede von der „Zuschreibung der Schuld" als sinnlos und irreführend.[91] An der Existenz eines solchen Rechtssatzes, auf den der Schuldbegriff referiert, besteht kein Zweifel. Nach Auffassung des BVerfG ist dieser Rechtssatz im Grundgesetz verankert. Das ändert natürlich nichts daran, dass man (mit *Hassemer*) bezweifeln kann, ob sich die Rechtsfolge „Vorwerfbarkeit" und das (angeblich) damit verbundene Unwerturteil über den Täter begründen lässt.

ee) Geradezu ein Paradebeispiel für die Folgen einer zweifelhaften Begriffskonstruktion ist die Monographie von *Boris Burghardt* über „Zufall und Kontrolle". *Burghardt* beschränkt sich nicht auf die Frage, welches die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit sind.[92] Er fordert vielmehr den „Verzicht auf den Schuldbegriff" und spricht von der „Revisionsbedürftigkeit der strafrechtlichen Praxis".[93] Das ist möglich, weil er Schuld und Vorwerfbarkeit entkoppelt: Der Begriff der Vorwerfbarkeit sei „bedeutungsoffener" als der

[83] *Mittelstädt*, Gerichtssaal 46 (1892), 387 (398).

[84] Vgl. ferner *Naucke*, Strafrecht, Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 3 Rn. 17, § 7 Rn. 23 ff.

[85] *Hafter*, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926, S. 92 f.

[86] *Arthur Kaufmann* (Fn. 63), S. 79, auch S. 65, 178. *Kaufmann* selbst teilt im Vorwort (S. 7 f.) mit, bei seiner ganzen Untersuchung komme im Grunde nichts heraus. „Damit teilt sie das Schicksal aller echten Philosophie, zu deren Wesen es gehört, daß nichts dabei herauskommt."

[87] Damit befasst sich die Monographie von *Klaus Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005.

[88] Damit befasst sich die Monographie von *Bruno Tadeu Buonicore*, Freiheit und Schuld als Anerkennung, 2020.

[89] *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, 1975, S. 266 f. Das passt zu der Annahme von *Hassemer* (Fn. 2), der Schuldbegriff gehöre zu den schwierigsten und dunkelsten Instrumenten des Strafrechtssystems.

[90] Davon ist bei *Günther* (Fn. 87, S. 2 f.) die Rede.

[91] Ob es Sinn macht, bestimmte Eigenschaften, die zum Schuldtatbestand gehören, „zuzuschreiben", ist eine andere Frage. Darauf wird unter III. in ZfIStw 5/2025 zurückzukommen sein.

[92] Diese Frage wird von *B. Burghardt* in voller Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre beantwortet. Siehe dazu unter III. 2. b) dd) in ZfIStw 5/2025.

[93] *B. Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018, S. 323 ff.

Schuldbegriff. Er sei, anders als der Schuldbegriff, flexibel genug, um sich auch auf „extrinsische Gesichtspunkte der Rechtfertigung“ zu erstrecken.[94] Was den Schuldbegriff betrifft, so wird die Verzichtsforderung wie folgt begründet:

Der Begriff der Schuld impliziere „begrifflich die Idee der intrinsischen Angemessenheit der Nachteilszufügung.“ Er reklamiere etwas, das sich im Falle der Determiniertheit des Täters, aber auch im Falle epistemischer Ungewissheit über seine Determiniertheit oder Indeterminiertheit nicht begründen lasse, nämlich dass Strafe die angemessene Reaktion auf das Verhalten des Täters ist.[95] Weiter heißt es, dies sei der „kulturell gewachsene Eigensinn“ des Schuldbegriffs, der verloren gehe, „wenn ihm – und sei es auch durch gesetzgeberische Entscheidung – statt der Behauptung einer intrinsischen Angemessenheit der Nachteilszufügung lediglich die Behauptung einer allgemeineren Angemessenheit der Reaktion unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung für die Bestätigung und Erhaltung normativer Grundentscheidungen der moralischen und rechtlichen Gemeinschaft oder für die Anerkennung des Verletzten bzw. des Akteurs selbst als gleichberechtigte Mitglieder der moralischen oder rechtlichen Gemeinschaft entnommen wird.“[96]

Darauf ist zu erwidern: Der Rechtssatz, den der Schuldbegriff begreift, reklamiert nichts dergleichen. Er zwingt zu der nüchternen Frage, ob Vorwerfbarkeit indeterministische Willensfreiheit voraussetzt – eine Frage, die von der „traditionellen Schuldlehre“ überwiegend verneint worden ist und die auch von *Burghardt* verneint wird (dazu unter III. 2. b), dd) in ZfIStw 5/2025). Unabhängig davon ist festzustellen: Was *Burghardt* beschreibt, ist nicht die „Gestalt der klassischen Schuldlehre“ und auch nicht der „kulturell gewachsene Eigensinn des Schuldbegriffs“. Und es trifft auch nicht zu, dass der Begriff der Vorwerfbarkeit bedeutungsoffener ist als der Schuldbegriff. Auch der Schuldbegriff kann und muss sich auf „extrinsische Gesichtspunkte der Rechtfertigung“ erstrecken. Das folgt aus der Aufgabe des Schuldbegriffs bzw. aus dem Sinn und Zweck des Rechtssatzes, den er begreift.

Bei *Alfred Mele* findet sich im Zusammenhang mit der Kontroverse um den Begriff der Willensfreiheit folgende Bemerkung:

> „It’s a simple fact that you can argue that something – anything at all – doesn’t exist by setting the bar for its existence extremely high.“[97]

Genau so verfährt *Burghardt* mit dem strafrechtlichen Begriff der Schuld. Es ist erstaunlich, dass man damit eine durchaus scharfsinnige und von stupender Belesenheit zeugende Monographie füllen kann. *Otto Mittelstädt* lässt grüßen.

i) Lehrsatz 4 stellt klar, dass der Schuldbegriff einen Tatbestand hat und dass zu diesem Tatbestand auch das gesamte Unrecht gehört, denn ohne Unrecht kann die Rechtsfolge Vorwerfbarkeit nicht eintreten.[98] Der Streit um den Inhalt des Schuldtatbestandes samt der Frage, ob es überhaupt der Bildung eines Schuldtatbestandes bedarf, ist damit aufgelöst.[99]

Die Einsicht, dass der Schuldbegriff einen Rechtssatz mit einem Tatbestand und einer Rechtsfolge zum Gegenstand hat, ist von kaum zu überschätzender Bedeutung. Sie zwingt dazu einen „subsumtionsfähigen“ Schuldtatbestand zu bilden. Dessen Merkmale müssen so beschaffen sein, dass sich ihnen ein bestimmter aufklärbarer Lebenssachverhalt zuordnen lässt.[100] Das wird bei der Auseinandersetzung um den sog. materiellen Schuldbegriff (dazu III. 2. in ZfIStw 5/2025) nicht immer beachtet. Um ein (negatives) Beispiel zu nennen: Weil *Müller-Dietz*[101] und *Koriath* die Struktur des Schuldbegriffs verkennen, bezeichnen sie das Wort „Schuldsachverhalt“ als farblos und sprechen stattdessen vom „materiellen Schuldbegriff“ und vom „materiellen Kern der Schuld“[102]

[94] *B. Burghardt* (Fn. 93), S. 335, 340, 364. Zur Klarstellung und zum besseren Verständnis eine vorgreifende Anmerkung: Was ich (und wohl auch der BGH) als „inneren Grund des Schuldvorwurfs“ bezeichne, nämlich dass der Täter seine rechtswidrige Tat im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen hat, reicht nach *Boris Burghardt* (Fn. 93, S. 371) nicht aus, um die „intrinsische Angemessenheit der Nachteilszufügung“ zu begründen. Der Richtigkeitsanspruch, den die Praxis der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erhebe, beziehe sich nicht auf das subjektive Bewusstsein des Akteurs, sondern auf objektive Begründbarkeit. Auch das ist unzutreffend (dazu unter III. 2. b) dd) in ZfIStw 5/2025).

[95] *B. Burghardt* (Fn. 93), S. 364.

[96] *B. Burghardt* (Fn. 93), S. 326.

[97] *Mele*, Why Science Hasn’t Disproved Free Will, 2014, S. 88. Eine entsprechende Bemerkung findet sich bei *Herzberg*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 157 (178).

[98] Treffend insoweit *Jakobs* (Fn. 6), Kap. 17/8, 14 f, 43 f: „Alles Unrecht gehört zum Schuldtatbestand. Wenn aber das Unrecht komplett Gegenstand des Schuldurteils ist, kann die Verlagerung eines Deliktsmerkmals von der Schuld ins Unrecht nicht die Schuld entleeren“. In der Strafrechtsliteratur ist es üblich, den Schuldtatbestand auf die Umstände zu beschränken, die zum Unrecht hinzutreten müssen, um Vorwerfbarkeit zu begründen. Dies führt zu Zuordnungsproblemen: Gehört die individuelle Vermeidbarkeit zum Unrecht oder zur Schuld? Im Übrigen ist der Unterschied zwischen diesen Auffassungen rein konstruktiver Natur und hat auf die Lösung der Sachfragen keine Auswirkung.

[99] Zu diesem Streit *Jakobs* (Fn. 6), Kap. 17/15, 43 ff.

[100] Das harmoniert mit den Feststellungen von *Paeffgen/Zabel* (Fn. 1), vor §§ 32–35 Rn. 236 („Ausgangspunkt für die Zuschreibung muss der Bezug auf etwas als Objekthaft-Seiendes, eine psycho-physische Entität sein“), und *Eisele* (Fn. 11), vor §§ 13 ff. Rn. 118 („Was materiell der Schuldvorwurf begründet, ist […] ausschließlich der psychische Sachverhalt in der Person des Täters, der ihn für sein Handeln verantwortlich erscheinen lässt und seine fehlerhafte Einstellung zum Recht näher kennzeichnet“).

[101] *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967.

[102] Siehe *Koriath*, GA 2011, 618 (624 ff.).

j) Lehrsatz 4 macht deutlich, dass es keinen guten Grund gibt, auf den Schuldbegriff zu verzichten.[103]

Der Rechtssatz, den der Schuldbegriff begreift, ist unverzichtbar. Er ist freilich für Änderungen offen – sowohl was den „Schuldtatbestand" wie auch die damit verknüpfte Rechtsfolge „Vorwerfbarkeit" anbelangt.

Es werden im Wesentlichen zwei Gründe für die Forderung vorgetragen, den Schuldbegriff aus dem Strafrecht zu entfernen:

aa) Der Schuldbegriff sei derart unklar, dass er seine Aufgabe nicht zu erfüllen vermöge.

*Achenbach* kommt zu dem Ergebnis, dass der Begriff „Schuld" zur Bezeichnung der von ihm (Achenbach) als „Strafbegründungsschuld" bezeichneten Komplexes „völlig untauglich" sei. Er leiste nicht, was von ihm erwartet werden müsse – die nüchterne Kennzeichnung eines Ausschnitts aus den Voraussetzungen der Strafbarkeit.[104] Entsprechendes soll auch für den von *Achenbach* sog. Komplex „Strafzumessungsschuld" gelten. Wenn man annimmt, dass der Begriff „Schuld" einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, dann ist dieses Verdikt falsch.[105]

bb) Der „klassische Schuldvorwurf" setze Willensfreiheit (im indeterministischen Sinne) voraus und enthalte ein Urteil über die Gesamtperson des Täters. Mit dem Schuldvorwurf sei unvermeidbar die Behauptung verbunden, die Strafe sei „intrinsisch angemessen". Diese Behauptung lasse sich nicht rechtfertigen.[106]

Der Schuldbegriff, gegen den sich diese Einwände richten, stellt sich als Popanz dar. Es ist nirgendwo festgelegt, dass Schuld Willensfreiheit (im indeterministischen Sinne) voraussetzt, dass die Vorwerfbarkeit ein abwertendes Urteil über die Gesamtperson des Täters impliziert und dass mit dem Schuldvorwurf „unvermeidbar" die Behauptung verbunden ist, die Strafe sei „intrinsisch angemessen" (im Sinne von *Burghardt* und *Hörnle*). Nichts von alledem wird zwingend vorausgesetzt, wenn man Lehrsatz 4 zugrunde legt.

k) Lehrsatz 4 trägt zu einer Präzisierung der Sachfragen bei.

Wenn der Schuldbegriff ein Begriff vom Inhalt eines Rechtsatzes ist, dann ergibt sich daraus zwanglos eine Einsicht, die *Achenbach* am Ende seiner 1974 erschienenen Untersuchung über „Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre" wie folgt zusammenfasst:

> „Der Begriff der Schuld oder individuellen Zurechenbarkeit umgreift also die Voraussetzung ebenso wie die Folge, die tatbestandliche Seite wie die durch sie bedingte Qualifikation des Verhaltens, und er bezeichnet zugleich das beide vermittelnde Bedingungsverhältnis"[107]

Die „tatbestandliche Seite", damit sind die inhaltlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit gemeint, wird in der Strafrechtsliteratur als „materieller Schuldbegriff" bezeichnet.[108] Das ist zumindest missverständlich, weil zum Inhalt des Schuldbegriffs auch die mit der tatbestandlichen Seite verknüpfte (Rechts-)Folge gehört. Der sog. materielle Schuldbegriff ist deshalb nicht deckungsgleich mit dem Schuldbegriff, sondern mit dem Schuldtatbestand. Das Bemühen um den materiellen Schuldbegriff stellt sich dementsprechend als Versuch dar, den Schuldtatbestand auf einen Begriff zu bringen. Den Schuldtatbestand „auf einen Begriff bringen" heißt, die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit treffend zusammenfassen, also das Wesentliche der „tatbestandlichen Seite" zu benennen.[109] Darauf werde ich, weil es sich um eine Sachfrage handelt, im Zusammenhang mit dem Inhalt des Schuldbegriffs zurückkommen (dazu III. in ZfIStw 5/2025).

Zumindest missverständlich ist es auch, wenn *Achenbach* die „Folge", die der Schuldbegriff umgreift, als „bedingte Qualifikation des Verhaltens" charakterisiert. Die „Vorwerfbarkeit" ist kein Werturteil über die Tat oder den Täter, sie ist vielmehr ein bedingtes Recht (eine Berechtigung), dem Täter seine rechtswidrige Tat zum Vorwurf zu machen bzw. – damit korrespondierend – eine Pflicht des Täters, einen solchen Vorwurf zu dulden.

---

[103] Anders *Achenbach* (Fn. 13), *Hörnle* (Fn. 61 – Schuldvorwurf).

[104] *Achenbach* (Fn. 13), S. 218 ff., 220 f.; *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 135 (127 f.); vgl. ferner *Naucke* (Fn. 84, § 7 Rn. 23 ff.), der allerdings einen Verzicht für unmöglich hält (siehe § 3 Rn. 17).

[105] Für mich ist unverständlich, dass *Achenbach* (Fn. 13) sein Verdikt ausspricht, bevor er sich (auf S. 224 ff.) mit der Struktur des Schuldbegriffs befasst. Die Einsicht, dass der Begriff Schuld beides umgreift, also die Voraussetzung ebenso wie die Folge, und zugleich das vermittelnde Bedingungsverhältnis bezeichnet, hätte Anlass sein müssen, sein Verdikt zu überdenken. Siehe dazu bereits oben bei Fn. 13 und Fn. 79 f.

[106] So *Hörnle* (Fn. 61 – Schuldvorwurf) und *B. Burghardt* (Fn. 93), S. 430 f.

[107] *Achenbach* (Fn. 13), S. 226 (dazu bereits oben Fn. 13 und Fn. 76). Was das „vermittelnde Bedingungsverhältnis" betrifft, so verweist *Achenbach* auf *Radbruch*, ZStW 24 (1904), 333. Auch deshalb verstehe ich nicht, warum er die mehr als naheliegende Konsequenz – der Schuldbegriff begreift einen Rechtssatz – nicht zieht.

[108] *Roxin/Greco* (Fn. 11), § 19 Rn. 19. Die Frage, von welchen inhaltlichen Voraussetzungen die Vorwerfbarkeit abhängt, sei die Frage nach dem materiellen Schuldbegriff. Anders wohl *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 74), § 21 Rn. 11. Die Lehre von der materiellen Schuld gebe die „Antwort auf die Frage, warum der Täter das Motiv zur Normbefolgung erwartungsgemäß hätte bilden können und sollen". Was dabei mit „können" gemeint ist, bleibt offen.

[109] Man kann die Frage nach den Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit auch durch einfache Aufzählung beantworten. Also Schuld „als Summe der Voraussetzungen, unter denen dem Täter die von ihm begangene rechtswidrige Tat als eine vorwerfbare zugerechnet wird (Strafbegründungsschuld)", siehe *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, vor §§ 13 ff. Rn. 22; ebenso *T. Walter* (Fn. 64), vor §§ 13 ff. Rn. 163.

Die Rechtsfolge „Vorwerfbarkeit“ hat Sanktionscharakter.[110] Sie greift in die Rechte des Betroffenen ein (Stichwort: Duldungspflicht). Sie ist aber weniger belastend als die Strafduldungspflicht, sie ist deren Voraussetzung. Sie liegt bei Verwirklichung des Schuldtatbestandes auch dann vor, wenn präventive Erfordernisse fehlen (Stichwort: Schuldspruch unter Strafverzicht).

So gesehen ist es erstaunlich, dass von einer Mindermeinung „Strafe ohne [Schuld-]Vorwurf“ gefordert wird.[111] Plausibel ist das nur, wenn mit der „Vorwerfbarkeit“ Belastungen verbunden sind, die über die Strafduldungspflicht hinausgehen. Das wird tatsächlich angenommen: Der Schuldvorwurf habe ein Andershandelnkönnen zur Voraussetzung, das nicht feststellbar sei,[112] dem Täter werde „persönliches Versagen bei der Wahl zwischen Verhaltensalternativen vorgeworfen“,[113] mit dem Schuldvorwurf sei eine sozialethische Missbilligung, ein ethisierendes Unwerturteil und eine Abwertung des Täters verbunden.

Dem ist auf der Grundlage von Lehrsatz 4 zu widersprechen. Die angeblich über die Strafduldungspflicht hinausreichenden Belastungen sind konstruiert. Es trifft nicht zu, dass dem Täter „persönliches Versagen bei der Wahl zwischen Verhaltensalternativen“ vorgeworfen wird. Das, was vorgeworfen wird, ist die rechtswidrige Tat. Eine Berechtigung zu einer sozialethischen Missbilligung des Täters, zu einer Abwertung des Individuums oder zu einem ethisierenden Unwerturteil über den Täter ist in der Rechtsfolge „Vorwerfbarkeit“ nicht enthalten.[114] Sie ergibt sich auch nicht aus dem Begriff der Vorwerfbarkeit.[115] Es ist deshalb unschlüssig, in der nicht feststellbaren Willensfreiheit eine Voraussetzung zwar der Vorwerfbarkeit, nicht aber der Strafduldungsplicht zu sehen.[116]

l) Lehrsatz 4 weist den Weg zur inhaltlichen Bestimmung des Schuldbegriffs.

Der Inhalt des Schuldbegriffs wird durch den Rechtssatz bestimmt, der Gegenstand des Schuldbegriffs ist – nicht umgekehrt. Der Rechtssatz ist konstitutiv für den strafrechtlichen Schuldbegriff. Rechtliche Schuld gibt es nur in Form eines (geschriebenen oder ungeschriebenen) Rechtssatzes. Daraus ergibt sich eine Empfehlung: Man sollte sich nicht auf die Suche nach einem dem Recht vorausliegenden Schuldbegriff begeben, der (vermeintlich) das „Wesen der Schuld“ erfasst und zu einem besseren Verständnis der Rechtssätze beiträgt, die das Wort „Schuld“ enthalten. Man sollte sich vielmehr auf die Frage konzentrieren, welchen Sinn und Zweck diese Rechtssätze haben und was sich daraus für den Inhalt und die Aufgabe des Schuldbegriffs ergibt.

m) Lehrsatz 4 macht deutlich, dass es nur ein Sachproblem gibt:

Es muss geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen es (wenn überhaupt) gerechtfertigt ist, dem Täter seine rechtswidrige Tat zum Vorwurf zu machen bzw. ihm eine Strafduldungspflicht aufzuerlegen.[117] Dieses Sachproblem ist unter Heranziehung straftheoretischer (Aufgabe der Strafe, Aufgabe des Schulderfordernisses) und verfassungsrechtlicher (Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip etc.) Aspekte zu lösen. Auch für die kontroverse Konstellation der unbewuss-

[110] Die englischsprachige Philosophie hat sich intensiv mit dem Thema „blame“ befasst (vgl. *Tsai*, in: Shoemaker [Hrsg.], Oxford Studies in Agency and Responsibility, Vol. 4, 2017, S. 248 ff.; Coates/Tognazzini [Hrsg.], Blame, Its Nature and Norms, 2013; *Togazzini/Coates*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy [Fall 2024 Edition], abrufbar unter https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/blame/ [20.7.2025]). Ob „blame“ als „a kind of punisment“ zu verstehen ist (so *Scanlon*, in: Coates/Tognazzini [a.a.O.], S. 84 [85]; dagegen *McKenna*, in: Coates/Tognazzini [a.a.O.], S. 119 [132]: „[B]lame is distinct from punishment in a number of ways; it is not merely something like informal or ‚mini-punishment‘. For one thing […] punishment is better thought of as having a distinct communicative and conversational role as in comparison with blaming, and so as coming at a distinct stage in a moral responsibility exchange“), ist kontrovers. Speziell zu Selbstvorwürfen und zum Tadel bei unbewusster Fahrlässigkeit siehe *Walen*, Law and Philosophy 41 (2022), 283 ff.

[111] *Ellscheid/Hassemer* (Fn. 89); ferner *Hörnle* (Fn. 61 – Schuldvorwurf), die sich freilich nur gegen den „Vorwurf der Schuld“ wendet und diesen durch einen Unrechtsvorwurf ersetzen will. Zur Klarstellung: Bei dieser Frage geht es um den Inhalt des Schuldbegriffs, nämlich um die Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestandes. Kritisch zur „Strafe ohne Vorwurf“ *Schünemann*, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 147 (154 ff.); *Frister*, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“. Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 98.

[112] So *Ellscheid/Hassemer* (Fn. 89).

[113] So *Hörnle* (Fn. 61 – Schuldvorwurf).

[114] Treffend *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 244 ff., 259: „Die Strafe artikuliert trotz ihrer Genugtuungsfunktion ausschließlich einen rechtlichen Tadel, der sich allein auf das zurechenbare Verhalten des Täters stützt und seinen moralischen Status *von Rechts wegen* nicht berührt. Schuld ist daher *ausschließlich* Rechtsschuld, die sich in einer bloßen Zurechnungsfunktion erschöpft.“ (*Hervorhebungen* im Original).

[115] In § 1 Abs. 1 OWiG wird die Ordnungswidrigkeit als „rechtswidrige und vorwerfbare Handlung“ definiert. Eine Abwertung des Beteiligten oder ein ethisierendes Unwerturteil ist damit sicher nicht verbunden.

[116] Auf die Sachfrage, ob Vorwerfbarkeit Willensfreiheit voraussetzt, komme ich zurück.

[117] Siehe etwa *Neumann*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen, 1998, S. 391 (391 ff., 404): Das Schuldprinzip beziehe sich auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen man einen Täter fairerweise für seine Tat persönlich verantwortlich machen kann. Diese Frage könne und müsse als normative Frage diskutiert werden. Bei *Jakobs* (Fn. 6, Kap. 17/8) heißt das lapidar „Ausrichtung der Vorwurfsvoraussetzungen nach den Erfordernissen des Vorwurfs“.

ten Fahrlässigkeit, die sich als Prüfstein des Schulderfordernisses darstellt, gilt nichts anderes.

# Kann uns das Strafrecht etwas über das Böse sagen?*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, M.A., Hamburg**

*Das Böse: Während die Strafrechtswissenschaft die Frage nach dem Bösen geradezu als Unthema betrachtet, zumal der Begriff moralisch und metaphysisch aufgeladen sei, ist die Lage in der Philosophie gänzlich anders. Es bestehen keine Berührungsängste mit Ausdruck, Begriff und Konzept des Bösen. Der Beitrag versucht dazu anzuregen, dass die von der Strafrechtswissenschaft geübte Distanz zu überdenken ist, auch weil das Recht eine eigentlich ganz interessante Antwort auf die Frage des Bösen bereithält – nämlich eine implizite Konzeption der bösen Tat enthält, die erst offenzulegen ist.*

## I. Zum Widerstreben der Rechtswissenschaft gegen den Begriff des Bösen

Ist es in der heutigen Zeit möglich, das Böse mit der Sphäre des Rechts in Verbindung zu bringen?[1] *Petra Wittig* diagnostiziert, dass die „gesellschaftliche Beschäftigung mit Kriminalität das Böse braucht".[2] Das geschehe in der medialen Berichterstattung, die besonders schwere Straftaten mit dem Bösen assoziiere, um das Grauenhafte und Unbegreifliche zu fassen. So sei vom Bösen die Rede insbesondere bei Makroverbrechen, aber auch bei besonders herausstechenden Einzeltaten: Fritzl, Zschäpe, Breivik.[3] Hinzuzufügen sind hier, was die öffentliche Wahrnehmung als böse betrifft, wohl ganz grundsätzlich Taten der Vergewaltigung und des Kindesmissbrauchs.

Trotz des diagnostizierten Bedürfnisses nach der Beschäftigung mit dem Bösen, erteilt *Wittig* dem Bösen *im Recht* eine Absage und teilt die Vorbehalte, die in der Rechtswissenschaft gegen den Begriff existieren. Was sind die Vorbehalte? Schlagwortartig geht es darum, dass der Begriff des Bösen zu vermeiden ist, weil er mystifiziert, personalisiert, naturalisiert, dämonisiert und moralisiert. Auch wenn sich diese Aspekte nicht analytisch präzise trennen lassen, sondern miteinander verwoben sind, soll im Folgenden entlang dieser Untergliederung die Infragestellung des Begriffs des Bösen geschildert werden. Die Darstellung orientiert sich, wenn auch mit anderer Schwerpunktsetzung, weitgehend an der Analyse von *Wittig*.[4]

Wer den Begriff des Bösen verwendet, unternimmt oftmals den Versuch, dem Schrecklichen einen Namen zu geben. Wo andere Worte nicht mehr ausreichen, da dient die Charakterisierung als böse als letzte Zuflucht. Aus Perspektive der kriminologischen Rechtswissenschaft bedeutet die Verwendung des Begriffs des Bösen allerdings, ihr Forschungsprogramm aufzugeben.[5] Es geht ihr nämlich gerade darum, die Gründe für das Handeln zu verstehen und nicht – so könnte man hinzufügen – durch den Begriff des Bösen zu verdunkeln. Denn durch die Bezeichnung als böse wird eine Grenze gezogen, die das Fragen nach Gründen für hinfällig erklärt. Der Begriff des Bösen vermittelt nämlich den Eindruck, dass es einerseits erklärliche Taten gibt und andererseits solche, die so unbegreiflich schrecklich sind, dass jeder Versuch des Begreiflich-Machens aussichtslos ist. Und zu begreifen, die Ursachen kriminellen Verhaltens aufzudecken, ist gerade das Ziel kriminologischer Theoriebildung. Die wahren Ursachen kriminellen Verhaltens werden, abhängig vom kriminologischen Ansatz, in unterschiedlichen Bereichen ausgemacht. Einige vermuten sie in gesellschaftlichen Strukturen, andere betonen Prozesse der Etikettierung, die durch die gesellschaftlich dominierenden Gruppen vorgenommen werden.[6] Der Begriff des Bösen, so lautet demnach die Kritik, mystifiziert diese wahren Ursachen der Tat.

Mit der Mystifizierung zusammen hängt ein weiteres Problem des Begriffs vom Bösen: der Fokus auf die Person.[7] Das böse Tun wird zurückgeführt auf die böse Person.[8] Solche rückführenden Narrative geraten, wie *Wittig* zutreffend feststellt, in die Nähe der Tautologie:

---

* Der Beitrag beruht auf der Monographie „Das Böse im Recht", die 2025 im Verlag Karl Alber (Reihe kontrovers) erscheinen wird. Er spitzt einige der dort entwickelten Überlegungen thesenhaft zu, zahlreiche Passagen sind (in anderer Anordnung) direkt übernommen.

** Der *Verf.* ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. *Dr. Jochen Bung*) an der Universität Hamburg.

[1] Vgl. den Versuch von vor über 50 Jahren bei *Naegeli*, Das Böse und das Strafrecht, 1966; *Naegeli* hält die konstatierte Tabuisierung des Bösen in der Wissenschaft für problematisch (S. 7).

[2] *Wittig*, in: Noller (Hrsg.), Über das Böse, Interdisziplinäre Perspektiven, 2020, S. 206 (208); *Dölling*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 1901 (1908), weist auf verschiedene positive Effekte der Verdammung des Bösen hin, u.a. die Stabilisierung der eigenen Überzeugung über die Verbotenheit oder die Mobilisierung von Abwehrkräften einer Gesellschaft.

[3] *Wittig* (Fn. 2), S. 206 ff.

[4] *Wittig* (Fn. 2), S. 209 ff. Die Leugnung des Bösen als wissenschaftliches Phänomen behandelt – aus Perspektive der Philosophie – auch *Goldberg*, in: Noller (Fn. 2), S. 148 ff. mit dem Ergebnis (S. 152), dass das Missbrauchspotential des Begriffs von den Vorzügen seiner Verwendung überwogen werde.

[5] *Wittig* (Fn. 2), S. 209.

[6] *Wittig* (Fn. 2), S. 212 ff. mit Bezugnahme auf weitere Theorien.

[7] Vgl. zur Unvereinbarkeit des „bösen Missetäters" mit dem modernen Rechtsstaat *Schild*, in: Schuller/v. Rahden (Hrsg.), Die andere Kraft, Zur Renaissance des Bösen, 1993, S. 116 (130).

[8] Vor dem Schluss von der „bösen Tat" auf den „bösen Täter" warnt zu Recht *Dölling* (Fn. 2), S. 1907. In der philosophischen Debatte bestehen hier nicht selten wenig Hemmungen, etwa *Singer*, Philosophy 79 (2004), 185 (188 f. und 213).

„Die Person tut Böses, weil sie böse ist."[9]

Das Etikett des Bösen erfasst demnach – befördert durch die Vorstellung eines bösen Charakters – wie ein Automatismus die Person als ganze. Die Rückführung des Bösen auf die böse Person wird durch den Umstand gestützt, dass sie das kriminalpolitische Verlangen stillt, das Böse mit empirisch-wissenschaftlicher Präzision zu identifizieren und dingfest machen zu können. Bedient werden derartige Wunschvorstellungen aufs Vorzüglichste von biologischen Kriminalitätstheorien. Ihr Urvater, Cesare Lombroso, wollte nachgewiesen haben, dass der „verbrecherische Mensch" an Schädelstrukturen und ähnlichem zu identifizieren ist.[10] Ganz abgesehen von der abstrusen Idee, Delinquenz auf Knochenformen zurückzuführen, erweist sich jeder Versuch einer Reduktion des Bösen auf die natürliche Anlage einer Person – bei allem, was wir über die Bedeutung von Persönlichkeitsentwicklung, sozialem Lernen[11], sozial-psychologischen Effekten sowie gesellschaftlichen[12] und situativen Einflüssen für das Zustandekommen von Unrechtstaten wissen – als Irrweg.[13] Im mindesten handelt es sich bei Ansätzen der natürlichen Anlage um eine krasse Verkürzung.

Mit der Suche des Bösen in der Person einher geht – wie bei Lombroso gesehen – eine Naturalisierung des Bösen. Die böse Person wird pathologisiert, zu einem Phänomen, das der Behandlung bedarf oder wie eine Krankheit bekämpft werden muss. Elemente der Pathologisierung lassen sich auch im gegenwärtigen Recht aufzeigen, etwa bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung. Diese neben die Strafe tretende zweite Spur des Strafrechts[14] liefert Potential dafür, das Verbrechen zu pathologisieren und als Gefahr zu begreifen, die es abzuwehren gilt.[15] Besonders deutlich wird die Tendenz zur Pathologisierung beim Phänomen des sog. Hangtäters.[16] So wird eine Person, der die verfestigte Neigung attestiert wird, wiederholt straffällig zu werden, zum Hangtäter deklariert, und so der Umgang mit ihrem Verhalten auf die zweite Spur verlegt. Indem ihr die Zurechnungsfähigkeit abgesprochen wird, wird es möglich, *schuldunabhängig* Maßregeln der Besserung und Sicherung zu verhängen.

Der Umstand, dass das Label des Bösen der Globalbewertung der Person Vorschub leistet, erklärt auch seine stigmatisierende Wirkung. Indem das Böse die Person als ganze erfasst, bewirkt sie deren Dämonisierung.[17] Die Dämonisierung wiederum ruft Reaktionen der Mitmenschen hervor, die die als böse stigmatisierte Person abwehren und fernhalten soll. Der Begriff des Bösen befördert damit eine Logik des Ausgrenzens. Außerdem leistet er dem Eindruck Vorschub, dass zur Bekämpfung des Bösen jegliche Mittel erlaubt seien. Eindrücklich wird dieser Umstand beim Verbrechen des Völkermords, dem oftmals die Etikettierung späterer Opfer als böse vorausging.[18]

Während die Kriminologie als empirische Wissenschaft aus den genannten Gründen den Begriff des Bösen vermeiden müsse, gelte die Notwendigkeit der Vermeidung *Wittig* zufolge auch für das „Strafrecht als Normwissenschaft": Denn das Strafrecht sei von der Moral abzugrenzen und sei – so offenbar *Wittigs* Folgerung – schon von daher mit dem moralisierenden Begriff des Bösen nicht in Einklang zu bringen.[19] Die erwähnten Elemente des Maßregelrechts seien hier kritikwürdige Relikte des moralisierenden Begriffs des Bösen im Recht. Das klassische Strafrecht, das auf dem Prinzip der Schuld fuße, könne sich demgegenüber gegen eine Moralisierung abgrenzen. Mit der Feststellung von strafrechtlicher Schuld werde nämlich keine Globalbewertung der Person vorgenommen, sondern lediglich die Frage beantwortet, ob die Person, die die Tat beging, in der konkreten Situation hätte anders handeln können.[20]

Die Kritikpunkte *Wittigs*, das Recht vom Begriff des Bösen zu distanzieren, sind durchaus gewichtig. Statt jedoch den Begriff des Bösen von vornherein abzulehnen, scheinen die Gesichtspunkte zuallererst für einen reflektierten und vorsichtigen Umgang mit dem Begriff zu sprechen und Anforderungen an einen solchen Umgang zu formulieren:[21] So darf der Begriff des Bösen nicht dazu führen, die wahren Gründe der Tat zu verdunkeln, darf nicht für den Abbruch des Verstehens des Handelns des Täters herhalten. Der Begriff des Bösen darf nicht auf eine *Person* als Ganze bezogen werden, sondern allenfalls auf die *Tat* – nur insofern wäre eine Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Tatschuld möglich. Außerdem ist unbedingt zu vermeiden, mit dem Begriff der bösen Tat

[9] *Wittig* (Fn. 2), S. 206.
[10] *Wittig* (Fn. 2), S. 211. Vgl. zu einer Geschichte der Kriminalbiologie seit Lombroso *Menne*, „Lombroso redivivus?". Biowissenschaften, Kriminologie und Kriminalpolitik von 1876 bis in die Gegenwart, 2017.
[11] Etwa zur Erlerntheit krimineller Verhaltensweisen klassisch *Sutherland*, in: Sack/König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, S. 395 (397).
[12] Etwa zur Abhängigkeit der Kriminalität von der Verfügbarkeit von Mitteln zur Erreichung gesellschaftlich erstrebenswert definierter Ziele klassisch *Merton*, in: Sack/König (Fn. 11), S. 283 (297).
[13] Vgl. den Abriss der Entstehungsbedingungen deliktischen Verhaltens, der „vor selbstgerechter Verdammung straffällig gewordener Menschen bewahren" kann, bei *Dölling* (Fn. 2), S. 1902 ff.
[14] Vgl. näher *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 273 ff.
[15] *Wittig* (Fn. 2), S. 211.
[16] *Wittig* (Fn. 2), S. 218 f.
[17] Die Gefahr der Dämonisierung gerade mit Blick auf ein Schwarz-Weiß-Denken eines binären gut/böse betont *Haverkamp*, in: Jehle (Hrsg.), Das sogenannte Böse, Das Verbrechen aus interdisziplinärer Perspektive, 2020, S. 257 (262).
[18] *Dölling* (Fn. 2), S. 1909.
[19] *Wittig* (Fn. 2), S. 215. Eine Annäherung an die Idee des Bösen erblickt *Wittig* lediglich in der Vorstellung eines Feindstrafrechts, die sie als mit der Menschenwürde unvereinbar erachtet.
[20] *Wittig* (Fn. 2), S. 216 f.
[21] Ebenfalls eher für die Möglichkeit der Begriffsverwendung, sofern man sich den Gefahren der Verwendung bewusst ist – v.a. eine Identitätszuschreibung zu vermeiden, *Dölling* (Fn. 2), S. 1909.

eine Pathologisierung zu befördern, die eine Person als besserungsunfähig ausweist und damit endgültig aus der Gesellschaft auszugrenzen droht.

Ist es aber, so mag man einwenden, nicht völlig aussichtslos, einen Begriff des Bösen zu entwerfen, der akzeptabel ist? Selbst das beste Bemühen, die genannten Monita zu beachten, wird zur Makulatur, wenn man bedenkt, so *Klaus Günther*, in welchem Maße der Begriff des Bösen imprägniert ist, etwa durch das Erbe theologischer und philosophisch-metaphysischer Reflexionen.[22] Auch das scheint mir ein gewichtiger Einwand zu sein. Man kann sich allerdings auch umgekehrt nicht dem Umstand verschließen, dass etliche andere Disziplinen, gerade auch die Philosophie[23], das Konzept des Bösen durchaus als diskussionswürdig erachten. Insofern dürfte die Überlegung, für die Diskurse dieser Disziplinen anschlussfähig zu sein, ein starkes Argument dafür abgeben, sich der Rede von der bösen Tat nicht von vorherein zu verschließen.

Das Thema der interdisziplinären Anschlussfähigkeit führt außerdem zu einem Punkt, in dem der Kritik von *Wittig* nicht gefolgt werden kann: Es handelt sich um die Behauptung, dass das Strafrecht als Normwissenschaft von der Moral abzugrenzen sei und der Begriff des Bösen bereits von daher keinen Platz habe. Nicht nur ist die Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Normen ganz wesentlich mit wertenden Begriffen befasst, gerade in ihren Grundlagen. Was heißt Eigentum, was Gleichheit, was Gewalt, Rechtsstaatsprinzip, Fairness – die Liste ließe sich beliebig fortsetzen. Und überhaupt ist die Verwobenheit von Recht und Moral[24] enger als die häufig apodiktisch vorgetragene These der Trennung der beiden Sphären es vermuten lässt. Das Ideal strikter Trennung lässt sich auch nicht, wie dies nicht selten behauptet wird, in Kants Separierung der Tugendlehre von der Rechtslehre finden oder damit gar begründen.[25]

Statt die Verbindungslinien zwischen Recht und Moral näher nachzuzeichnen, seien hier nur zwei knappe Bemerkungen angeführt: Die erste Bemerkung zielt auf die Grenzlinie, mithilfe derer *Wittig* das Recht von der Moral distanzieren möchte: Die Grenzlinie, nämlich dass das Recht mit dem Begriff der Schuld von dem moralisierenden Begriff des Bösen distanziert werden kann, zeigt bereits die Brüchigkeit dieser Annahme. Denn alles hängt davon ab, was man unter Schuld versteht. Die von *Wittig* dem Begriff beigelegte überzeugende Begrenzung auf die Tatschuld und deren relativ voraussetzungsarmer Inhalt, nämlich dass der Täter hätte anders handeln können, liegt offensichtlich nicht im Begriff der Schuld selbst begründet. Das Verständnis ist vielmehr Ergebnis einer Einhegung, die durch die Wissenschaft entwickelt wurde, in Abgrenzung zu viel weiteren Schuldbegriffen, wie etwa der Lebensführungs- oder der Charakterschuld. Um es zu pointieren: Ob der Begriff unangemessen moralisierend ist, ergibt sich aus seiner Verwendung.[26]

Die zweite Bemerkung ist eine Beobachtung von *Klaus Lüderssen*, der in der Einführung des fünfbändigen Werks „Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?“ folgende Diagnose stellt. Entgegen dem, was man angesichts des Werktitels vermuten könnte, nimmt *Lüderssen* gerade keine Distanzierung des Rechts zum Thema des Bösen vor, sondern betont das Gegenteil:

> „Das Strafrecht formuliert [in Abgrenzung zur philosophisch-theologischen Diskussion; Ergänzung durch den *Verf.*] die Probleme so, dass sie lösbar erscheinen […]. Dabei erhebt sich auch nicht etwa sogleich die Barriere der Moral, in dem Sinne, dass das Strafrecht an sie nicht rühren könne und damit das *wirkliche Problem des Bösen* verfehlen müsse. Hier liegt ein verbreiteter Grundirrtum – nicht selten allerdings von Juristen, die gern unter sich bleiben möchten, geschürt. Denn die elementaren Fragen des Strafrechts *sind identisch mit denen der Moral*; sie gibt die entscheidenden Anstöße, die Unterscheidungen betreffenden eher marginale Segmente. Dieser Tatbestand wird auch verdeckt durch die historisch gewachsene und auch in den Demokratien noch nicht beseitigte, autoritäre Struktur des Strafrechts.“[27]

Den Mahnungen von *Wittig* und *Günther* ist insofern beizupflichten, als man Gefahren des Missbrauchs und der Dämonisierung stets vergegenwärtigen sollte, wenn man den Aus-

[22] *Günther*, KJ 1994, 135 (153), der vor allem davor warnt, dass der Diskurs der Verantwortungszuschreibung und Verantwortungsentlastung entpolitisiert und ethisiert werde. Die Gefahranalyse ist zutreffend; versteht man Ethik jedoch nicht in einem Sinne der religiösen Partikularethik, wie *Günther* an dieser Stelle, so scheint mir ein analytischer Begriff des Bösen nicht von vorherein unmöglich, vgl. näher *Abraham*, Das Böse im Recht, im Erscheinen, Kap. IV. 4.

[23] Aus jüngerer Zeit *Goldberg*, Evil Matters, A Philosophical Inquiry, 2022; *ders.*, DZPhil 2018, 764; *Noller*, Gründe des Bösen, Ein Essay im Anschluss an Kant, de Sade und Arendt, 2018; *Stangneth*, Böses Denken, 2016; *Wolf*, Das Böse, 2011; *Neiman*, Das Böse denken, Eine andere Geschichte der Philosophie, 2004; *Recki*, Merkur 2004, 1031; *Singer*, Philosophy 79 (2004), 185; *Safranski*, Das Böse oder das Drama der Freiheit, 1997. Auseinandersetzung mit dieser Literatur bei *Abraham* (Fn. 22), Kap. I.

[24] Indikator ist schon, dass sich „moralische und juristische Fragen […] auf dieselben Probleme beziehen“, nämlich „wie interpersonale Beziehungen legitim geordnet“ werden können, *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl. 1994, S. 137.

[25] Siehe dazu *Abraham*, in: Haaf/Neuhann/Müller/Wolf (Hrsg.), Die Grundlagen der Menschenrechte, Moralisch, politisch oder sozial?, 2023, S. 29 (30 ff.).

[26] Zuzugeben ist freilich, dass die moralische Aufladung beim Begriff des Bösen noch größer ist als bei dem der Schuld – doch hindert dies nicht ebensolche Einhebungsversuche, wie sie bei der Schuld entwickelt wurden.

[27] *Lüderssen*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 25 (36 f.), *Hervorhebungen* nur hier.

druck des Bösen verwendet. Man darf ihn nicht zu einem Instrument der Verdammung werden lassen, ein Label, das die Lizenz zur ungezügelten Bekämpfung liefert. Wenn es aber so ist, dass verschiedene Wissenschaften, und gemeint sind hier insbesondere die normativen Wissenschaften, über dasselbe Phänomen sprechen, dann sollte auch die an den Grundlagen interessierte Rechtswissenschaft vor einem analytischen Begriff der *bösen Tat* möglicherweise nicht zurückschrecken.

## II. Was ist die Konzeption des Bösen im Recht?

### *1. Grundidee*

Wenn man also, wofür soeben argumentiert wurde, nicht von vornherein ausschließt, dass für den Begriff des Bösen im Recht nichts zu holen ist, so stellt sich die Frage, *wo* im Recht das Böse zu finden ist. Ein Ansatzpunkt könnte insofern die Verwendung des Ausdrucks des Bösen in Gesetzestexten sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet ihn explizit für den Fall, dass jemand einen ihm zumutbaren Zwischenverdienst „böswillig unterlässt".[28] Das Strafgesetzbuch gebraucht einige Male das Wort böswillig: etwa wenn es um die „böswillige Vernachlässigung" der Pflicht geht, für Schutzbefohlene zu sorgen.[29] Das Delikt der Volksverhetzung setzt voraus, dass der Täter eine Gruppe „böswillig verächtlich macht".[30] Auch außerhalb des Gesetzestextes begegnet man dem Begriff des Bösen in rechtlichen Konzepten. So kennt das Zivilrecht den bösen Scherz bei der Abgabe einer Willenserklärung[31], den bösen Glauben beim Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, im öffentlichen Recht spricht man vom bösen Schein der Parteilichkeit im Vergabeverfahren.

Zwar zeigt die Verwendung, dass das Recht sich der Rede vom Bösen nicht vollends verschließt. Als Annäherung an das Böse erscheint allerdings vielversprechender, danach zu schauen, welches Verhalten das Recht als besonders verwerflich, also als extremer Missbilligung wert erachtet – ohne es explizit als böse zu bezeichnen.[32] Denn auch in der Philosophie wird der Begriff des Bösen üblicherweise als Steigerung des moralisch Schlechten angesehen,[33] also damit in Verbindung gebracht, wo äußerste Ablehnung zum Ausdruck gebracht werden soll.

Diese besondere Verwerflichkeit könnte man nun in den Straftatbeständen zum Ausdruck gebracht sehen, die sich von allen anderen kriminalisierten Verhaltensweisen dadurch abheben, dass sie zwingend die Höchststrafe vorschreiben. Diese zwingende Höchststrafwürdigkeit findet sich einerseits beim Mordtatbestand, andererseits bei einigen ausgewählten Varianten der Tatbestände des Völkerstrafrechts. Dass diese Verhaltensweisen geeignete Kandidaten sind, um aus ihnen die im Recht enthaltene Konzeption des Bösen zu explizieren, zeigt sich an einer zweiten Besonderheit[34], nämlich dass diese, jedenfalls nach nunmehr geltendem Recht[35], nicht der Verjährung unterliegen.[36]

Betrachtet man nun diese Gruppe der als maximal verwerflich gekennzeichneten Verhaltensweisen, so lässt sich bei näherer Betrachtung ein Gemeinsames ausmachen, das den Kern der Konzeption des Bösen im Recht bildet.[37] Und das, was bei diesen Delikten das Verhalten zu einer bösen Tat werden lässt, liegt nun nicht in der Voraussetzung eines besonders schweren Schadens; vielmehr macht das Recht diesen Unterschied im Subjektiven fest, nämlich in den Einstellungen, die in dem Verhalten des Täters zum Ausdruck kommen. Das für die Bewertung als böse entscheidende Plus liegt, so die These, im *besonders verwerflichen Motiv*.

### *2. Motive: Begriffsklärung*

Bevor sich genauer benennen lässt, welches nun die Motive sind, die die Konzeption des Bösen im Recht konstituieren, ist zu erläutern, was überhaupt mit der Rede vom Motiv gemeint ist. Motive setzen, wie ich knapp darlegen möchte, auf vorsätzlichem Verhalten auf.[38]

Vorsätzliches Handeln – so kann man in Übertragung der berühmten Analyse von *Elisabeth Anscombe* zum intentionalen Handeln sagen – liegt immer dann vor, wenn die Frage nach dem *Warum* des Verhaltens in einer ganz bestimmten Weise beantwortet werden kann: nämlich indem man nicht nur Ursachen, sondern Handlungsgründe angeben kann, die

[28] § 615 BGB.
[29] § 225 StGB.
[30] § 130 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 lit. c StGB.
[31] Geregelt in § 116 S. 1 BGB.
[32] *Mitsch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 1 Rn. 17, assoziiert die Verwerflichkeit explizit mit dem Wort böse: Anstelle von verwerflich könne man ebenso schlimm, schlecht, übel oder böse sagen. *Mitsch* geht es dabei freilich darum, zu zeigen, dass der Begriff der Verwerflichkeit an sich inhaltsleer ist und als solcher die Abgrenzung zwischen Totschlag und Mord nicht trage.
[33] *Wolf* (Fn. 23), S. 4, „Definition$_1$: ‚Böse' bezeichnet das, was mehr als nur moralisch falsch ist oder was schrecklich falsch ist. Es ist das spiegelbildliche Gegenteil von dem, was über alle Pflicht hinaus gut ist (das Supererogatorische)."
[34] Die dritte Besonderheit, die (vorübergehend) eingeführte erleichterte Wiederaufnahme dieser Delikte nach § 362 Nr. 5 StPO (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit vom 21.12.2021, BGBl. I 2021, S. 5252 f.) sei noch ergänzend erwähnt. Mittlerweile ist sie aufgehoben durch BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/2 = NJW 2023, 3698. Vgl. dazu *Kusche*, NSW 2024, 319; *Rotsch*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar StPO, § 362 Rn. 14 ff.
[35] Die Anordnung der Unverjährbarkeit von Mord erfolgte erst nach langer Verjährungsdebatte im Jahr 1979 (16. Strafrechtsänderungsgesetz vom 16. Juli 1979, BGBl. I 1979, S. 1046), primär deshalb, um klarzustellen, dass unter die NS-Verbrechen strafrechtlich kein Schlussstrich zu ziehen sei, so *Simon*, myops 2021, 4 (15).
[36] Für den Mord ergibt sich das aus § 78 Abs. 2 StGB; für die Völkerrechtsverbrechen aus § 5 VStGB (der sämtliche Verbrechen nach dem VStGB für unverjährbar erklärt).
[37] *Abraham* (Fn. 22), Kap. IV.
[38] Ausführlicher *Abraham* (Fn. 22), Kap. III. 3.

eine Person zu einem bestimmten Verhalten brachten.[39] Vorsatz liegt dann vor, wenn die Person als Antwort auf die Existenz des *Wollens* des Verhaltens ihrerseits hinweist. Dabei lässt sich das Verhalten als Realisierung eines Planes – in einem dünnen Sinne – rekonstruieren. Am Beispiel: „Du hast ihr Sachverhalt S erzählt. Warum?" „Ich wollte es; mein Plan war es, sie über Sachverhalt S zu informieren. Ihr von S zu erzählen, erschien mir eine effektive Möglichkeit, diesen Plan zu realisieren." – Ich *wollte* das Erzählen.

Motive nun lassen sich verstehen als Konkretisierungen beziehungsweise weitere Explikation dieses Wollens. Dabei treten Motive in zweierlei Gestalt[40] auf, die sich beide auf das grundlegende Wollen des Vorsatzes beziehen: Zum einen sind sie Antworten auf die iterierte Warum-Frage, die Frage des *Weswegen-Wollens*: Warum wolltest du dein Wollen? „Ich wollte es, weil ich sie warnen wollte (indem ich ihr Sachverhalt S erzähle)." In dieser Gestalt verfügen die Motive über die Eigenschaft, Handlungen hervorzurufen. Man kann demnach von *handlungsauslösenden* Motiven sprechen.

In ihrer zweiten Gestalt betreffen Motive die Einstellungen, die das Verhalten nicht auslösen, sondern prägen: *handlungsprägende* Motive. Es geht dann um die Frage, ob Einstellungen deutlich werden, die das Verhalten in signifikanter Weise einfärben, das Verhalten, wie *Anscombe* formuliert, in einem bestimmten Licht erscheinen lassen.[41] Es geht mit anderen Worten um die Frage des *Wie-Wollens*: Wie war das Wollen gemeint beziehungsweise als wie gemeint erscheint es? Im Beispielsfall: „Ihm Sachverhalt S zu erzählen, war eine freundschaftliche Geste. Freundschaft war mein Motiv."

### *3. Böse: Wille zur existentiellen Destruktion, Exploitation und Reifikation*

Sämtliche Tatbestände, in denen das gegenwärtig geltende Recht die maximale Strafe vorsieht und Verjährung ausschließt, lassen sich so rekonstruieren, dass über die vorsätzliche Schädigung hinausgehend ein verwerfliches Motiv gefordert wird.

Die Durchführung der Rekonstruktion kann an dieser Stelle nicht geleistet werden,[42] vielmehr nur das Ergebnis benannt werden: Bei einigen Vorschriften ist das böse Motiv als konstitutiver Teil der Unrechtsbeschreibung nahliegend, etwa bei den täterbezogenen Mordmerkmalen, die handlungsauslösende Motive (Weswegen-Wollen) darstellen, oder auch beim Völkermordtatbestand. Bei anderen Vorschriften ist das konstitutive Motiv erläuterungsbedürftig, etwa bei den tatbezogenen Mordmerkmalen; bei diesen ist das Verwerflichkeits-Plus gegenüber einer einfachen Tötung gerade in der Zuschreibung des handlungsprägenden Motivs (Wie-Wollen) zu sehen, das in den dort beschriebenen Handlungsweisen zum Ausdruck kommt. Teilweise ist das Motiv auch erst freizulegen, wie etwa bei der Vorschrift über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit: Dort liegt das Motiv im sog. Politikelement versteckt, nämlich darin, dass die Handlung als Teil einer Politik angesehen wird, die ihrerseits ein böses Motiv ausgibt, die nämlich zum Ziel hat, einen Angriff gegen die Zivilbevölkerung durchzuführen; Träger des Motives ist – cum grano salis – somit eigentlich die Politik, der sich die handelnde Person unterstellt.

Von diesem Befund ausgehend lässt sich nun die Konzeption der bösen Tat im Recht explizit machen. Nimmt man die neun Mordmerkmale und die vier völkerstrafrechtlichen Vorschriften, die unbedingt die Höchststrafe vorsehen, in ihrer Gesamtheit in den Blick, so lassen sich die darin zu findenden Motive auf drei Grundformen zurückführen, die sich als Grundmotive des Bösen im Recht verstehen lassen und zugleich eine Pervertierung von basalen ethischen Grundsätzen darstellen. Diese Grundmotive bilden den Kern der im Recht enthaltenen Vorstellung über das Böse.

Indem diese drei Formen jeweils mit dem Adjektiv „existentiell" versehen werden, wird kenntlich gemacht, dass es bei der Tat, auf die sich das Motiv bezieht, stets um die vorsätzliche Beendigung des Lebens eines anderen Menschen (oder die Vernichtung einer Gruppe) handelt.[43] Denn wenngleich die Motive als solche bei zahlreichen anderen Verhaltensweisen vorkommen, lässt sie erst ihre Verbindung mit der vorsätzlichen Tötung zu höchststrafwürdigen Taten werden.

Welche drei Grundmotive sind es nun, zu denen sich die in den untersuchten Strafvorschriften aufgefundenen Motive verdichten lassen?

Unter das erste Grundmotiv lassen sich diejenigen Motive fassen, bei denen es dem Handelnden darum geht, in zerstörerischer Weise Leid zu mehren. Die Handlung erscheint in einem solchen Licht, als würde der verletzten Person oder Gruppe das Recht auf Existenz abgesprochen. Diesem Grundmotiv unterfällt der Genozid, der explizit die Absicht der Zerstörung voraussetzt, also die Vernichtung einer Gruppe zum entscheidenden Motiv erklärt. Hierher gehört ebenfalls das Mordmerkmal der Mordlust, das als Freude an der Vernichtung menschlichen Lebens verstanden wird. Es geht bei dem ersten Grundmotiv also darum, die andere Person oder Gruppe zu zerstören. Das Handeln ist geprägt vom Motiv des „Aus-der-Welt-schaffen-Wollens". Dieses erste Grundmotiv, das man den Vorschriften über das besonders Verwerfliche entnehmen kann, lässt sich als *Wille zur existentiellen Destruktion* bezeichnen. Die Handlung negiert nicht nur

[39] *Anscombe*, Intention, 2. Aufl. 2000, S. 9 f. Freilich möchte *Anscombe* zeigen, was genau unter Handlungsgründen zu verstehen ist, denn der Begriff der Handlungsgründe ist selbst wenig erhellend.

[40] Vgl. *Anscombe* (Fn. 39), S. 19 ff.

[41] *Anscombe* (Fn. 39), S. 21.

[42] Durchführung bei *Abraham* (Fn. 22), Kap. IV.

[43] Einen Sonderfall bilden insofern einige Varianten des Genozids, einige Varianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie das Verbrechen der Aggression, die in der Theorie nicht notwendig die Tötung eines Menschen oder die Vernichtung der Gruppe voraussetzen. Allerdings werden erstens auch sie in der Praxis ganz regelmäßig mit Tötungen einhergehen. Zweitens sind diese Tatbestände so zu verstehen, dass sie die Kriminalisierung vorverlagern, also bereits ein Verhalten im Vorfeld der Tötung/Vernichtung erfassen (vgl. etwa eine Variante des kulturellen Genozids, bei dem Kinder aus der Gruppe überführt werden, erfasst von § 6 Abs. 1 Nr. 5 VStGB).

den Grundsatz des *neminem laedere*. Das Motiv der Handlung pervertiert den Grundsatz in sein Gegenteil: *Zerstöre den Anderen*.

Unter das zweite Grundmotiv lassen sich diejenigen Motive fassen, bei denen die Handlung davon geprägt ist, den Anderen in größtmöglicher Weise zu instrumentalisieren, nämlich dessen Leben zum Mittel der Erreichung eigener Ziele zu verwenden. Was hier der verletzten Person abgesprochen wird, ist nicht so sehr das Recht auf Existenz, sondern ihr Recht auf Autonomie: Die Person wird nicht mit ihren Rechten und Bedürfnissen als gleiche erkannt, sondern vollständig in das System der eigenen rücksichtslosen Interessensmaximierung eingefügt. Die Handlung erscheint in dem Licht, dass es der tötenden Person darum geht, vom Tod der anderen Person zu profitieren. Hierunter fallen sämtliche Tötungsmotive, bei denen das Leben des Anderen für die Erfüllung der eigenen Interessen verwendet wird: Sexuelle Befriedigung, Vermögensmehrung, Tatverdeckung, Tatermöglichung.[44] Auch das Völkerrechtsverbrechen der Aggression fällt unter dieses Muster der Autonomiemissachtung, zumal es dabei um die Verletzung der territorialen oder politischen Unabhängigkeit eines anderen Staates geht, auch wenn in diesem Fall nicht die Autonomie einer Person, sondern die Autonomie einer Personenmehrheit missachtet wird: die Souveränität einer staatlichen Entität. Unter dieses Grundmotiv fällt auch das Mordmerkmal, zu der Tötung gemeingefährliche Mittel einzusetzen. Denn durch den Einsatz solcher Mittel kommt das Motiv zum Ausdruck, die vom Mitteleinsatz betroffenen Unbeteiligten nicht als Personen, sondern als apersonale Umwelt zu behandeln.[45] Die Handlung ist auch hier vom Motiv geprägt, deren Leben der eigenen Interessenmaximierung rücksichtslos unterzuordnen. Pervertiert wird bei diesem zweiten Grundmotiv die kantische Formel des Selbstzwecks, wonach die andere Person stets auch als Zweck an sich zu behandeln sei. Diese Formel wird nicht nur in dem einfachen Sinn verletzt, dass die Zweckhaftigkeit der anderen Person nicht berücksichtigt wird. Die Tötung, das Nehmen des Lebens, wird zum Mittel, die Instrumentalisierung des Anderen ist maximal.[46] Die Tat erscheint daher im Licht vollständiger Ding-Werdung des Anderen. Das zweite Grundmotiv, das in den gesetzlichen Festlegungen der Rechtsgemeinschaft zu finden ist, lässt sich daher als *Wille zur existentiellen Reifikation* bezeichnen.

Unter das dritte Grundmotiv schließlich sind diejenigen Motive zu fassen, bei denen die Handlung davon geprägt ist, dass die situative oder strukturelle Überlegenheit zur Tötung ausgenutzt wird. Darunter fallen das Mordmerkmal der Heimtücke und die Tötung von Personen, die vom humanitären Völkerrecht als schutzwürdig betrachtet werden. Zu betonen ist dabei insbesondere, dass es sich nicht um ein Motiv handeln muss, das die todbringende Handlung auslöst, es sich vielmehr um ein handlungs*prägendes* Motiv handeln kann: Die Realisierung, dass eine Situation der Stärke-Asymmetrie existiert, muss den Entschluss zur Tötung nicht ausgelöst haben. Es genügt, dass die Handlung von der Absicht geprägt ist, die erkannte Machtasymmetrie für die erleichterte Tötung einzusetzen.[47] Im Vordergrund des dritten Grundmotivs steht, dass der betroffenen Person das Recht auf minimale Rücksicht versagt wird. Dieses dritte Grundmotiv, das die Tat im Licht des Ausnutzens von Schwäche erscheinen lässt, ist daher als *Wille zur existentiellen Exploitation* zu bezeichnen. In einer solchen Tat kommt die Pervertierung des Grundsatzes der Barmherzigkeit zum Ausdruck. Es wird nicht lediglich Hilfe versagt, sondern die Schwäche wird zur Tötung genutzt. Die Handlung ist nicht lediglich nicht-barmherzig, sie ist vielmehr erbarmungslos.[48]

### III. „Böse Tat“: Skepsis, Bedingungen und Sicherungen

Nachdem die These offengelegt wurde, dass also das geltende Recht unter den Taten von schwerster Kriminalität noch einmal einige Verhaltensweisen als besonders verwerflich auszeichnet, weil zum gravierenden Schaden noch ein verwerfliches Motiv hinzukommen muss, ist nun nochmals auf die oben (unter I.) angesprochenen Bedenken zurückzukommen, die gegen eine Assoziierung des Bösen mit der Sphäre des Rechts streiten. Sollte man es nun unternehmen, bei dem Besagten von einer Konzeption des Bösen im Recht zu sprechen?

Wollte man eine solche Verwendung in Betracht ziehen, so wäre zunächst darauf hinzuweisen, dass es bei der Assoziierung vom Bösen mit dem Recht nicht darum geht, einen Rechtsbegriff der bösen Tat einzuführen, nicht also darum geht, dass Gesetzexte oder Urteile Verhalten als böse deklarieren. Vielmehr würde es sich bei der bösen Tat um einen Begriff zur Untersuchung und Reflexion des Phänomens handeln, um einen analytischen Begriff. Außerdem lässt sich die Gefahr, den Begriff in einer problematischen Weise zu verwenden, weitgehend dadurch bannen, dass zwei Sicherungen eingezogen werden.

[44] Die Varianten 2, 3, 8 und 9 von § 211 StGB.

[45] Die Behandlung als apersonale Umwelt gilt gleichermaßen für das Verbrechen der Aggression mit Blick auf die vom Waffeneinsatz bedrohte Bevölkerung. Diesen Hinweis verdankt *Verf. Julia Geneuss*.

[46] Vgl. auch *Köhler*, GA 1980, 121 (138 f.), demzufolge der aus Habgier tötende nicht nur das Rechtsgut Leben verletze, sondern es „vielmehr besonders extrem dadurch herab[setzt] […], dass er es einem egoistisch partikularisierten materiellen Gut unterordnet, es dafür aufopfernd instrumentalisiert.“ Für *Köhler* ist entscheidender Parameter für die Höchststrafwürdigkeit, die er als gesteigerte Schuld betrachtet, welcher „Allgemeinheitsgrad der Herabsetzung des Rechtsgutes“ sich in der Motivation manifestiert.

[47] Für das Mordmerkmal der Heimtücke *Abraham*, NStZ 2021, 641 (643).

[48] Außen vorgelassen wird bei der Einordnung das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Das liegt daran, dass es sich um das wohl konturloseste Merkmal handelt, es die Funktion des Auffangtatbestands hat. Blickt man auf manche Fallgruppen der Rechtspraxis, die hierunter subsumiert werden, so dürften diese schwerpunktmäßig zum ersten Grundmotiv (etwa Tötung aus rassistischen Beweggründen) oder zum zweiten Grundmotiv zu zählen sein (etwa Tötung aus Imponiergehabe oder Selbstsucht).

*1. Erste Sicherung: Betonung des Tatstrafrechts*

Zum einen ist die Rede von der bösen Tat strikt abzugrenzen von einem personenbezogenen Verständnis: Personen als böse zu bezeichnen, ist in der Tat in höchstem Maße problematisch, vor allem weil die damit verbundene Globalbewertung einer Person die Gefahren der Exklusion und Stigmatisierung birgt (siehe oben I.). Demgegenüber muss eine annehmbare Verwendung stets auf eine konkrete, punktuelle Tat bezogen sein. Böse können demzufolge nicht Personen sein, sondern lediglich Taten.

Dass ein solches Verständnis möglich ist, auch wenn man Motive für konstitutiv für die Konzeption der bösen Tat erachtet, lässt sich unter anderem dadurch plausibilisieren, dass eine Lesart des – für die hiesige These wichtigen – Mordparagraphen möglich ist, die mit dem Tatstrafrecht in Einklang steht.[49] Dies belegen die Übernahme des Wortlauts durch den Gesetzgeber nach dem zweiten Weltkrieg bis heute[50] und nicht zuletzt die über Jahrzehnte gefestigte Auslegung der Norm durch Rechtsprechung und Wissenschaft.[51] Genau besehen, bedeutet die Einbeziehung von Motiven sogar überhaupt keine Modifizierung[52] des Konzepts vom Tatstrafrecht.[53] Es stellt nämlich keine Aufweichung des Tatstrafrechts dar, wenn man einem bestimmten Motiv nur insofern Relevanz beimisst, als das Motiv in der konkreten Tat zum Ausdruck kommt. Es geht dann nämlich nicht um die Zuschreibung von der Person anhaftenden Merkmalen, Charaktereigenschaften oder einen bestimmten Persönlichkeitstyp, sondern ausschließlich um die Interpretation des punktuellen Ereignisses der Tat.[54] Für relevant erklärt wird das Tatmotiv, nicht die Gesinnung.[55]

Teilweise wird suggeriert, dass ein Strafrecht, das auf Motive abstellt, sich auf der Ebene eines Gesinnungsstrafrechts bewegt, was wiederum mit einem freiheitlichen Rechtsverständnis für unvereinbar gehalten wird.[56] Der Kritik lässt sich entgegenhalten, dass das Abstellen auf Motive nicht mit der Kriminalisierung von Beweggründen[57] gleichzusetzen ist, es durchaus begründbar ist[58], und sich insgesamt vom Etikett des Gesinnungsstrafrechts distanzieren lässt.

[49] Ausführlich zur Frage, inwiefern in § 211 StGB NS-Rechtsdenken und Gesinnungsstrafrecht zu erblicken sind, *Abraham* (Fn. 22), Kap. III. 4.

[50] *Rissing-van Saan*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, Vor § 211 Rn. 120. Der Wortlaut sei durch die Nicht-Veränderung bei diversen Reformen des StGB in den gesetzgeberischen Willen aufgenommen worden, könne angesichts der vielfachen Überprüfung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber daher „heute nicht überzeugend mit dem Hinweis auf seinen Ursprung in der nationalsozialistischen Zeit für obsolet gehalten werden".

[51] Insbesondere die genuin auf den NS-Gesetzgeber (*Mitsch* [Fn. 32], § 1 Rn. 13) zurückgehende Generalklausel der „sonst niedrigen Beweggründe", ist mit Blick auf den Grundsatz der Bestimmtheit in der Tat allerdings höchst problematisch. Nur die Tatsache, dass die Rechtsprechung hier über Fallgruppen „ein höheres Maß an Rechtsklarheit" (*Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier [Fn. 50], § 211 Rn. 61) vermittelt, kann insoweit beschwichtigen.

[52] So jedoch – in Auseinandersetzung mit der Vorgängerregelung in den Entwürfen für das Schweizerische Strafgesetzbuch von *v. Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, französische Übersetzung des Vorentwurfs von Gautier, 1894 – *Frommel*, JZ 1980, 559 (562): „Stooss ging also von einem Tatstrafrecht aus, das durch subjektive Tatbestandsmerkmale modifiziert war."

[53] Nur wenn man Tatstrafrecht als Befreiung von Absichten und Motiven liest, kann man hier eine Aufweichung erkennen. Ob das das zutreffende Verständnis des Konzepts des Tatstrafrechts ist, muss anderer Stelle vorbehalten bleiben.

[54] Zutreffend *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 17.

[55] Darauf, dass Motive und Beweggründe auf der einen Seite und Gesinnung des Täters auf der anderen Seite klar trennbar und zu trennen sind, weist hin *Hörnle*, GA 2008, 274 (276); auch *Kühl*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günther Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 75 (85), möchte trennen zwischen Absichten und Motiven, die dem „Zugriff des Rechts eher preisgegeben werden [können] als die Gesinnung".

[56] In diese Richtung etwa *Timm*, Gesinnung und Straftat, Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, 2012, insbes. S. 76 ff. („Gesinnungsabstinenz des Strafrechts einer freiheitlichen Grundordnung"). Ein wesentlicher Grund für *Timm* liegt darin, dass ein vorsätzlicher Verhaltensnormverstoß nicht mehr steigerbar sei. Eine verwerfliche Gesinnung stelle das Recht nicht noch *mehr* in Frage, *Timm* (a.a.O), S. 157 ff. Für die Gegenseite *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, S. 522: Eine verwerfliche Gesinnung steigere das Maß, in welchem der Täter das „wechselseitige Anerkennungsverhältnis" verletzt.

[57] Vgl. zum Gedanken, dass die Kriminalisierung von Beweggründen bei äußerlich legalem Verhalten (die problematisch ist) von der Frage zu trennen ist, ob bei äußerlich illegalem Verhalten Beweggründe strafschärfend sein können *Kühl*, JA 2009, 833 (833 f.).

[58] Auch *Grünewald*, die schlechte Motive insgesamt als abzuschaffen erachtet, konstatiert, dass es eine unüberschaubare Anzahl an schlechten Tatmotiven gibt, die als Unrechtssteigerung durchaus begründbar wären. Nach *Grünewald* ist aber das Herausgreifen lediglich einiger schlechter Tatmotive unter Gleichheitsgesichtspunkten problematisch, da man so eine Rangfolge schlechter Tatmotive kreiere, vgl. *Grünewald*, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB), 2015, S. 480 (498 f.), abrufbar unter https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/11/abschlussbericht-bmjv-expertenkommission-toetungsdelikte.pdf (14.7.2025).

*2. Zweite Sicherung: Entkoppelung der bösen Tat von der Schuld*

Die zweite Sicherung, die dazu beitragen würde, einer personenbezogenen Verwendung vorzubeugen, besteht darin, die Vorstellung der bösen Tat von der Frage zu entkoppeln, ob die Person, die die Tat beging, im Zeitpunkt der Tatbegehung auch schuldfähig war.[59] Diese Entkoppelung führt dazu, dass eine Tat böse sein kann, ganz unabhängig von der Frage der Schuld. Diese Entkoppelung ist auch kompatibel mit der im Recht gefundenen Konzeption, die die böse Tat im bösen Motiv festmacht. Denn das besonders verwerfliche Motiv bezieht sich auf den Vorsatz, das Wollen der Tat.[60] Ob die Person darüber hinaus auch schuldfähig war, ist für die Auszeichnung als böse Tat nicht relevant. Zugunsten dieser – freilich gesetzten – Entkopplung sprechen drei Gesichtspunkte.

Erstens wird so eher verhindert, dass der Diskurs darüber tabuisiert wird, welche Aspekte als Entlastungsgründe zählen sollten, in welchen Fällen also die Schuld reduziert oder ausgeschlossen ist. Eine solche Tabuisierung droht nämlich von einer Kriminalpolitik, die Versuche der Verhaltenserklärung mit Sorge betrachtet, weil sie dadurch die Befürchtung genährt sieht, die gefundenen Erklärungen könnten den Täter entlasten, also vom Vorwurf freisprechen.[61] Erklärungen drohen aus Sicht einer derartigen Kriminalpolitik das Böse gewissermaßen „wegzuerklären" – und damit die Grundlage für die Sanktionierung entfallen zu lassen. Tout comprendre c'est tout pardonner.[62] Dabei handelt es sich jedoch um einen „exkulpatorischen Fehlschluss": Gründe für das Zustandekommen einer Tat nachvollziehbar zu machen, bedeutet eben nicht automatisch, diese Faktoren als entschuldigende Gründe anzuerkennen.[63] Gleichwohl folgt die öffentliche Wahrnehmung nicht selten der erregungsgeladenen und martialischen Vorstellung der „Bekämpfung des Bösen". Indem man nun das Verständnis der bösen Tat von der Frage der Schuld dezidiert entkoppelt, entlastet und versachlicht man den – berechtigten – Diskurs über die Frage, ob Faktoren als rechtlich entlastend angesehen würden, also geeignet sind, die Vorwerfbarkeit zu reduzieren.

Zweitens führt der Fokus auf die Tat dazu, dass der Begriff des Bösen eindeutig nicht als Etikett für eine Person bereitsteht. Setzt man nämlich voraus, dass eine Tat erst dann böse genannt werden kann, wenn sie auch zum Vorwurf gemacht werden kann, befeuert man die Gefahr der Dämonisierung, dass also die Bewertung des Tuns auf die Bewertung der Person gewissermaßen „hinüberspringt". Hält man hingegen die Frage der Vorwerfbarkeit von der Frage der bösen Tat separat, so lenkt das den Fokus weg vom Täter hin auf die Tat, und hemmt die Dämonisierung der Person.

Drittens ist die genannte Entkopplung auch plausibel, wenn man die Perspektive des Opfers berücksichtigt. Denn Adressat eines verwerflich motivierten, vorsätzlichen Tötungsversuchs zu werden, ist aus Sicht der verletzten Person, unabhängig von der Frage der Schuldfähigkeit der attackierenden Person, in ganz ähnlichem Maße irritierend und verunsichernd. Umgekehrt erschiene es wenig plausibel, die Bezeichnung als böse Tat lediglich einem schuldfähigen Täter vorzubehalten – und so im Fall einer psychischen Krankheit der verletzten Person bescheinigen zu müssen, dass ihr schlechterdings Unglück widerfahren sei (weil eine Zurechnung zu einer Person ausscheidet).[64]

## IV. Was folgt?

Was folgt, wenn man die Grundidee der dem Recht impliziten Konzeption der bösen Tat akzeptiert? Einerseits lässt sich die Überlegung produktiv aufnehmen, etwa indem man die Frage stellt, ob dasjenige, was hier als böse ausgezeichnet wurde, nämlich das Handeln unter den besonders verwerflichen Motiven der Zerstörung, Verdinglichung und Ausnutzung nicht nur im Großen zu finden ist, also in der Existenzvernichtung. Man könnte insofern überlegen, ob sich die Attribuierung als böse „herunterskalieren", also in kleinere Formen des strafrechtlichen Unrechts übersetzen lässt – oder gar in unser alltägliches Verhalten, das sich überhaupt nicht in einem rechtlichen Kontext, sondern dem der Sozialmoral ereignet.

Zentrale Folge des Explizit-Machens der Konzeption der bösen Tat jedoch ist, dass die implizite Konzeption offengelegt und damit kritisierbar wird. Um es als Frage zu formulieren: Ist die im Recht gefundene motiv-orientierte Konzeption überzeugend oder zu korrigieren? Antworten darauf zu liefern, ist die Strafrechtswissenschaft aufgerufen und gleichzeitig lassen sich Erkenntnisse anderer Disziplinen fruchtbar machen.

Vier potentielle kritische Perspektiven, die sich aus Überlegungen der Philosophie entwickeln lassen, seien hier skizziert.[65] Die Konzeption des Bösen im Recht könnte erstens mit seiner Voraussetzung eines bösen Motivs zu hohe Anforderungen stellen. Denn, könnte es nicht sein, dass sich das Böse gerade nicht immer durch ein besonders verwerfliches Motiv auszeichnet, sondern im Gegenteil – zumindest bisweilen – in Gestalt motiv-armer Banalität auftritt.[66] Dies lenkt

[59] Ausführlich *Abraham* (Fn. 22), Kap. II. 3.
[60] Siehe oben II. 2.
[61] *Günther*, in: Lüderssen (Fn. 27), S. 319 (321).
[62] *Günther* (Fn. 61), S. 321; vgl. dazu zustimmend *Haffke*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 355 (356 f.).
[63] *Günther* (Fn. 61), S. 323 ff. (Begriff bei S. 327); zustimmend *Haffke* (Fn. 62), S. 357 ff., der die Tendenz zum Nicht-Verstehen-Wollen auch in der Rechtsprechung nachweist (S. 361); zur Relevanz empirisch-kriminologischer Befunde für die Schuldminderung für das Beispiel Eichmann siehe *Ebert*, Die „Banalität des Bösen" – Herausforderung für das Strafrecht, 2010, S. 27.
[64] Für die Bedeutsamkeit des Unwerturteils für die verletzte Person (aus Perspektive der Legitimation von Kriminalstrafe) *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 39 f. m.w.N.
[65] Ausführliche Entwicklung der vier Perspektiven bei *Abraham* (Fn. 22), Kap. V.
[66] Dazu näher – in Auseinandersetzung mit *Arendt*, Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht über die Banalität des Bösen, 2011; *dies.*, Über das Böse, Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik, 2. Aufl. 2006 – *Abraham* (Fn. 22), Kap. V. 1.

den Blick auf die Bedeutung situationaler Faktoren bei der Entstehung böser Taten, gerade im Blick von Völkerrechtsverbrechen[67], und damit auf das Verständnis von rechtlicher Verantwortlichkeit.

Die Konzeption der bösen Tat könnte zweitens als zu äußerlich erscheinen, weil sie lediglich die an der Oberfläche liegenden Handlungsgründe als konstitutiv für die böse Tat erachtet; das ist unter anderem deswegen problematisch, weil so tiefer liegende Handlungsgründe vom Recht nicht verarbeitet werden, aber auch das Attribut des Bösen auf diese Weise allzu einfach zum Signum der Verdammnis wird.[68]

Die entfaltete Konzeption der bösen Tat ließe sich drittens deswegen kritisieren, weil sie den Blick verengt auf den einzelnen Menschen als Urheber böser Taten. Etliche andere Quellen des Bösen geraten so überhaupt nicht in den Blick. So könnte das Böse etwa in staatlicher Gewaltanwendung oder gesellschaftlichen Strukturen liegen – eine Verortung, die über die Fokussierung auf das Motiv von Einzelpersonen allzu leicht übersehen wird.[69]

Eine vierte Perspektive der Kritik betrifft den Standpunkt, dass die Rede von der bösen Tat vielleicht doch am besten vom Recht zu distanzieren ist.[70] Das könnte einerseits daran liegen, dass selbst der Begriff des Bösen schlicht intrinsisch regressiv ist; andererseits betrifft die Perspektive der Kritik das hinter dem Label der bösen Tat liegende Phänomen: Sollten wir als Gesellschaft in unserem Recht auch in Zukunft die Motivlage als entscheidendes Kriterium dafür ansehen, dass wir eine Handlung als in ganz besonderer Weise missbilligenswert erachten?

**V. Fazit**

Sich als Strafrechtswissenschaft nicht aus dem Diskurs über das Böse schnell zu verabschieden mit dem Hinweis, mit diesem nichts zu tun zu haben, hat drei Vorzüge. Der erste betrifft die Selbstreflexion: Es bedeutet einen Gewinn an Reflexionswissen, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Konzeption vom Bösen im Recht implizit verwendet wird – und die Konzeption so kritisierbar macht. Der zweite Vorzug betrifft die Anschlussfähigkeit: Denn durch die Einsicht, dass man sich auch hier auf ganz ähnliche Fragen bezieht, wird die Rechtswissenschaft stärker kompatibel mit Argumenten anderer Wissenschaften. Der dritte Vorzug ist der der Konstruktivität: Denn das Recht liefert mit seiner Konzeption der bösen Tat einen Antwortvorschlag auf die Frage, was das Böse ausmacht, der – schon aufgrund der dem Recht zukommenden demokratietheoretischen Legitimiertheit sowie der (auch durch die Strafrechtswissenschaft bewirkten) notwendig klaren Konturierung – ein so einfach von der Hand zu weisender Vorschlag nicht sein dürfte.

[67] Vgl. *Williams*, The Complexity of Evil, Perpretation and Genocide, 2020, S. 10. *Williams* selbst aber möchte den gegenwärtigen Trend zur situationalen Begründung relativieren und die Bedeutsamkeit von Motiven herausstellen, indem er ein umfassendes Modell liefert, das Motive, Erleichternde Faktoren und kontextuelle Bedingungen verbindet, siehe den Überblick auf S. 34 f.

[68] Dies wird entwickelt in *Abraham* (Fn. 22), Kap. V. 2., in Auseinandersetzung mit *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793), in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 6, 1907, sowie *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820), in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Werke in zwanzig Bänden, Bd. 7, 1986.

[69] Vgl. *Shklar*, Der Liberalismus der Furcht, aus dem Amerikanischen übersetzt von Bajohr, 3. Aufl. 2020; dazu *Abraham* (Fn. 22), Kap. V. 3.

[70] Näher *Abraham* (Fn. 22), Kap. V. 4.

# Kontrafaktisches Behaupten oder kognitives Lernen – Bemerkungen zur strafgesetzlichen Abwicklung nicht erfüllter Erwartungen

Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen*

*Für das Individualbewusstsein wie für das Kollektivbewusstsein (Durkheim) ist die ausbleibende Erfüllung von Erwartungshaltungen integrativer Bestandteil eines Lernprozesses, in dem sich das Bewusstsein entweder an die tatsächlichen Verhältnisse adaptieren oder gegenüber der erfahrenen Enttäuschung kontrafaktisch behaupten kann. Haben Erwartungen Eingang in die strafgesetzliche Teilrechtsordnung gefunden, sieht sich durch deren (zunehmende) Nichterfüllung mithin auch das Recht vor die Wahl gestellt, inwieweit es der potenziell innovativen Wirkung rechtswidrigen Verhaltens Raum lässt oder die eigene Autorität im Wege der Ablehnung konsolidiert. In dieser Unterscheidung (des kognitiv zu Erlernenden vom kontrafaktisch zu Behauptenden) bietet ihm die („bestimmte mittlere") Intensität der nicht erfüllten Erwartung Orientierung, die auch deshalb hinreichend ausgeprägt sein muss, damit die eingeschränkten Kommunikationsmechanismen einer Rechtsordnung verfangen können.*

## I. Kognitives Lernen

Erwartungen sind ein prägendes Merkmal des Strafrechts, deren Enttäuschung ist wohl das prägendste. Dabei meint der Begriff der Enttäuschung, worauf in jüngeren Jahren etwa *Augsberg* wieder hingewiesen hat, mehr als nur die Nichterfüllung einer Erwartung.[1] Wer eine Erwartung hegt, der richtet seinen Blick von der Gegenwart auf das Kommende und formt eine Vorstellung, wie sich die von ihm wahrgenommenen gegenwärtigen Verhältnisse entwickeln werden. Dass eine solche Erwartung nun mitunter nicht erfüllt wird, ist ihrem Bezug auf die Zukunft geschuldet, die immer nur prognostiziert, in Ermangelung der Kenntnis aller Wirkfaktoren aber nie mit Gewissheit vorhergesagt werden kann – sodass es nicht unüblich ist, wenn ein künftiges Ereignis entgegen der ursprünglichen Einschätzung doch nicht eintritt. Diese Diskrepanz zwischen vorgestellter Zukunft und alsdann tatsächlich erfahrener Gegenwart kann in Abhängigkeit vom Inhalt der Erwartungshaltung entweder negativ oder positiv empfunden werden, weshalb es an dieser Stelle angebracht scheint, zunächst wertfrei von nicht erfüllten[2] statt – eher negativ beurteilend – von unerfüllt bleibenden[3] oder gar enttäuschten[4] Erwartungen zu schreiben.

Vor allem aber kann eine solche Erfahrung zur Grundlage kognitiver Lernprozesse werden, in denen Erwartungen an die erlebte Diskrepanz anpasst werden. Man spricht dann von kognitiven Erwartungshaltungen, die auf faktische Entwicklungen reagieren.[5] Beispielsweise vertrauen Menschen (auch dank der statistischen Wahrscheinlichkeiten) gemeinhin auf das Ausbleiben von Verletzungen, solange sie sich geraume Zeit unbehelligt von Schadensereignissen durch ihren Alltag bewegt und Entsprechendes bei ihren Mitmenschen beobachtet haben. Ihr Leben kann sich unter der stillschweigenden Prämisse entfalten, dass man von möglichem Schaden regelmäßig unbehelligt bleibe, gleich, ob solcher durch die Natur, indirekt durch menschliches Vorverhalten oder unmittelbar durch verletzende Einwirkung eines menschlichen Gegenübers droht: Man setzt voraus, dass im Wald schon kein Baum umstürzt und einen unter sich begräbt, dass einem kein Ziegel auf den Kopf fällt, wenn man ein Haus mit renovierungsbedürftigem Spitzdach passiert, und auch, dass kein Gesprächspartner einem unvermittelt einen (Messer-)Stich mitten ins Herz versetzt. Erst derlei grundsätzliches Vertrauen in eine vorläufig erfahrene (faktisch erlernte) Gefahrlosigkeit der eigenen Lebenswelt macht es ursprünglich möglich, dass Menschen bedenkenlos ihr Verhalten wählen, in den hier benannten Beispielen also unbesorgt durch den Wald spazieren, gelassen am Haus der Nachbarn vorbeigehen oder beruhigt die Nähe eines anderen zulassen. Werden die zugrunde liegenden kognitiven Erwartungen aber nicht mehr erfüllt, drohen die Bedingungen für einen neuen, inhaltlich entgegengesetzten Lernprozess einzutreten, in dem die betroffene Person feststellt, dass ihre bisherigen Annahmen unzutreffend waren, und sie ihr Verhalten an diesen Erkenntnisgewinn womöglich anpassen wird. Bedenkenlose Spaziergänge oder

* Die *Verf.* ist Habilitandin an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und wird mit einem Stipendium aus besonderen Mitteln gefördert, die der Freistaat Bayern zur Realisierung der Chancengleichheit für Frauen in Forschung und Lehre (FFL) im Staatshaushalt bereitstellt. In Übertragung auf die „Lernfähigkeit und Lernresistenz eines Strafrechtsprofessors" wurden vorliegende Bemerkungen erstmals zur sog. Fastschrift [sic] für Hans Kudlich zum 50. Geburtstag beigetragen (Privatdruck) und seither nochmals überarbeitet; Stand: 14.2.2025.

[1] *Augsberg*, JZ 2020, 425.

[2] Nicht erfüllt i.S.v. „nicht Wirklichkeit geworden"; vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 10. Aufl. 2023, S. 549 mit Ziff. 4 zum Stichwort „erfüllen". Negativ empfunden würde z.B. die Nicht-Erfüllung einer Hoffnung, positiv die Nicht-Erfüllung einer Befürchtung.

[3] Das Präfix „un-" transportiert in der deutschen Sprache zwar nur die Verneinung des zugrundeliegenden Adjektivs oder adjektivisch gebrauchten Partizips (vgl. insoweit Fn. 2), wird in Verbindung mit dem Partizip „erfüllt" aber üblicherweise negativ wertend verwendet, wenn z.B. auf unerfüllte „Wünsche, Sehnsüchte, Hoffnungen", „Forderungen, […] Bitten" oder gar auf ein „unerfülltes Leben" Bezug genommen wird; vgl. Duden (Fn. 2), S. 1882 mit Ziff. 1, 2 zum Stichwort „unerfüllt". Demgegenüber wäre es mindestens unüblich, positiv wertend beispielsweise von „unerfüllten Befürchtungen" zu schreiben.

[4] Enttäuschen i.S.v. „jmds. Hoffnungen, Erwartungen nicht erfüllen, sodass er unzufrieden, niedergeschlagen, verstimmt ist"; Duden (Fn. 2), S. 539.

[5] *Luhmann*, Rechtssoziologie (Erstveröffentlichung 1972), 3. Aufl. 1987, S. 42 im Anschluss an *Galtung*, Inquiry 1959, 213.

Kontaktaufnahmen könnten so alsbald der Vergangenheit angehören, wenn der kognitiv dazulernende Mensch an deren Stelle ein Vermeidungsverhalten setzt, wenigstens aber sein Verhalten einschränkende Vorsichtsmaßnahmen ergreift.[6] In diesem Fall wie in jenem, in dem erstmalig Erwartungen anhand der tatsächlichen Verhältnisse geformt werden (wenn man also lernt, bezüglich eines bestimmten Themas überhaupt Erwartungen zu haben, die erfüllt oder nicht erfüllt werden können), wirkt die Realität auf eine im Werden begriffene Vorstellung ein.

**II. Kontrafaktisches (Sich-)Behaupten**

Demgegenüber reicht die Enttäuschung einer Erwartung verschiedentlich weiter als ihre bloße Nichterfüllung. Sprachlich transportiert der wertende Begriff der Enttäuschung (der nunmehr an die Stelle des rein beschreibenden Begriffs der Nichterfüllung tritt) ein Missfallen über das Ausbleiben des erwarteten Ereignisses,[7] das – sofern man sich dessen Eintritt zum Ziel gesetzt hatte – gar mit dem Befund des Misslingens kombiniert sein kann.[8] Mit diesem Missfallen korrespondiert die positive Besetzung der Erwartungshaltung, deren Nichterfüllung den Erwartenden nur solange unzufrieden o.ä. stimmen kann, wie er an ihr noch (als erstrebenswert, wahrscheinlich oder „richtig") festhält. Mithin ist es nicht allein die negative Konnotation, welche die Enttäuschung von der bloßen Nichterfüllung einer Erwartung unterscheidet; hinzu tritt ein „gewisse[r] Widerstand, das Geschehene zu akzeptieren", d.h., die unerfüllt gebliebene Erwartungshaltung an das faktische Erleben anzupassen und insoweit aufzugeben.[9] Solange der Zustand der Enttäuschung währt, wählt man nicht den Weg der Akzeptanz des Erlebten und Adaption seines Erwartens, sondern interpretiert umgekehrt die tatsächlichen Verhältnisse im Licht seiner Vorstellungen. Während man im erdachten Sollen weiter den Regelzustand sieht, werden abweichende Vorkommnisse als Ausnahmen abgetan bzw. als Unrecht sanktioniert.[10] Im Zustand der Enttäuschung erweisen sich Erwartungshaltungen insoweit als „lernresistent".[11] Erwartet wird, was geschehen *soll*, und nicht etwa (nochmals) das, was tatsächlich bereits geschehen ist.[12]

An die Stelle eines kognitiven Lernprozesses tritt so eine Lehre kontrafaktischer (normativer[13]) Erwartungen, in der das angestrebte Sollen mittels der Zurückweisung der erfahrenen Enttäuschung kommuniziert wird. Schon *Durkheims* Theorie der emotiven Dissonanz[14] legt dar, wie ein Individuum die Konfrontation mit Vorstellungen, die seinen Überzeugungen zuwiderlaufen, als Bedrohung empfindet, weswegen es anlässlich einer solchen Gegenüberstellung eine ablehnende bis ausgrenzende Gefühlsreaktion zeigt, die seine infrage gestellte persönliche Wertewelt bestätigen soll. Daran anknüpfend verwundert es dann nicht, wenn die Begehung von Straftaten – welche sogar kollektive, d.h. summierte Überzeugungen antastet – eine entsprechende Reaktion des Staates nach sich zieht.[15] In einem kommunikativ verstandenen Strafrecht[16] folgt auf kriminelles Handeln die vergeltende und tadelnde Antwort des Staates, welcher der „Negation" geltenden Rechts durch den Täter (bzw. einem gleichlautenden Handlungssinn, der dessen Verhalten zugeschrieben wird[17]) widerspricht.[18] Mit dieser „ver-geltenden"[19] Reaktion – die in ein die gefühls-

[6] Siehe hierzu auch *Lesch*, JA 1994, 590 (597); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/4 ff.

[7] Enttäuschung: „Nichterfüllung einer Hoffnung od. [sic] Erwartung, die jmdn. unzufrieden o.ä. stimmt"; Duden (Fn. 2), S. 539 und vgl. bereits Fn. 4.

[8] Misslingen: „nicht den Bemühungen od. [sic] der Absicht gemäß gelingen"; Duden (Fn. 2), S. 1228.

[9] Dazu und Zitat aus *Augsberg*, JZ 2020, 425. Der Sprachgebrauch ist indes nicht einheitlich; vgl. etwa nur *Luhmann* (Fn. 5), S. 42; *Lesch*, JA 1994, 590 (597) sowie *Jakobs* (Fn. 6), 1/4 ff. mit Fn. 7, welche die „Enttäuschung" mit der Nichterfüllung einer Erwartung gleichsetzen. Während die Reaktion auf das Erleben vorliegend also in das Begriffsverständnis einbezogen wird (Enttäuschung als Zustand einschließlich Enttäuschungsabwicklung durch Widerstand), definieren letztere die Enttäuschung losgelöst davon.

[10] Dazu u.a. *Augsberg*, JZ 2020, 425 (429) m.w.N.

[11] Begriff nach *Luhmann* (Fn. 5), S. 43, der von einer „Entschlossenheit, aus Enttäuschungen nicht zu lernen", schreibt; vgl. *ders.*, Recht der Gesellschaft, 1993, S. 80; darauf hinweisend *Augsberg*, JZ 2020, 425 f.

[12] Zusf. *Augsberg*, JZ 2020, 425 (426) mit weiterführenden Nachweisen.

[13] *Luhmann* (Fn. 5), S. 42 im Anschluss an *Galtung*, Inquiry 1959, 213.

[14] *Gephart*, Strafe und Verbrechen, Die Theorie Émile Durkheims, 1990, S. 120. Zu *Durkheim* als „Begründer" der Argumentationslinie, die der positiven Generalprävention zugrunde liegt, siehe *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention, Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998, S. 145.

[15] Zum Vorstehenden *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (Erstveröffentlichung: De la division du travail social, 1930), 1992, S. 148 ff.; dazu *Gephart* (Fn. 14), S. 120 ff.; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 166 ff.

[16] Exemplarisch für ein positiv-generalpräventiv ausgerichtetes Strafrecht *Hassemer*, Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, 2008, S. 108.

[17] Vgl. *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, Über die Legitimation staatlichen Strafens, 2017, S. 17 f. und 30 (zum objektivierten Handlungssinn kriminellen Handelns).

[18] Siehe etwa *Jakobs* (Fn. 6), 1/9 f.; *Hassemer* (Fn. 16), S. 11 f.; grundlegend *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Erstveröffentlichung 1820), hrsg. v. Grotsch, 2017, S. 115 mit § 104 („Negation der Negation"), S. 108 f. mit §§ 99, 97. Für die unterschiedlichen Wortbedeutungen vgl. Duden (Fn. 2), S. 713 mit Stichwort „gelten", vor Ziff. 1: mittelhochdeutsch „zurückzahlen, entschädigen; für etwas büßen", Ziff. 1: „gültig sein", Ziff. 2: „etw. [Bestimmtes] wert sein".

[19] Für die unterschiedlichen Wortbedeutungen vgl. Duden (Fn. 2), S. 713 mit Stichwort „gelten", vor Ziff. 1: mittelhochdeutsch „zurückzahlen, entschädigen; für etwas büßen", Ziff. 1: „gültig sein", Ziff. 2: „etw. [Bestimmtes] wert sein".

mäßigen Gründe rationalisierendes Verfahren eingebettet ist – zahlt der Staat nicht nur das Unrecht der Enttäuschung einer kollektiven Erwartungshaltung zurück. Er demonstriert zugleich den fortdauernden Geltungsanspruch seiner verletzten Norm, sodass sie und die mit ihr verbundenen Wert- und Unrechtsvorstellungen im positiv-generalpräventiven Sinne verstanden und aufgrund dieses Verständnisses sogar verinnerlicht werden können.[20] Dergestalt bestätigt und von der Enttäuschung (Straftat) als individuelle Anomalie abgegrenzt soll die normative Erwartung forthin das Verhalten im Sinne der vorgestellten Regelhaftigkeit prägen, wird also deren Aufrechterhaltung im Angesicht der Enttäuschung gelehrt und die alternative Anpassung an ihre Nichterfüllung unterbunden. Letztlich wird so der Anschein der Beherrschbarkeit von Gefahren vermittelt, mindestens die Autorität des „Herrschenden" vor Enttäuschungen immunisiert – ein Konzept, das etwa bei *Herodot* sogar auf die Natur erstreckt worden ist[21] und einen Erklärungsansatz auch für so manchen Tierprozess in der Rechtsgeschichte bieten mag.[22] Im heutigen Strafrecht beschränkt man sich freilich darauf, erwartungswidriges menschliches Verhalten zu negieren (während Furcht vor einer sich dem menschlichen Einfluss entziehenden Natur allenfalls kognitiv wieder verlernt werden kann).

Anders als kognitive Erwartungen realisieren sich kontrafaktische, „lernresistente" Erwartungshaltungen somit nicht erst, *wenn* sie (faktisch) erfüllt worden *sind*, sondern vorbehaltlich eines mit ihnen noch vereinbaren Hellfelds[23] bereits aus dem Grund, *weil* sie erfüllt *worden sein sollen*. Während man einen Zustand anstrebt, der dem gesellschaftlichen Normalzustand noch nicht entspricht, setzt man als Mittel zu seiner Verwirklichung die Vorstellung ein, dass diese Entsprechung bereits bestände, und kombiniert diese mit dem Widerstand gegen sichtbar werdende Enttäuschungen. Wenn Normadressaten ihr Verhalten am vorgestellten Soll-Zustand als dem präsentierten Regelzustand ausrichten, vermag dieser so letztlich als eine „self-fulfilling prophecy" zu wirken.[24]

### III. Auswahl der präferierten Erwartungsabwicklung

Die Nichterfüllung von Erwartungshaltungen ist damit nicht nur eine unausweichliche, weil empirisch normale Abweichung von Verhaltensannahmen; sie erweist sich auch als integrativer Bestandteil von Lernprozessen. Sie gibt Anlass zur Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse oder schafft im Falle der Enttäuschung eine Gelegenheit zur Stellungnahme, durch die sich der vorgestellte Soll-Zustand gegenüber individuellen Infragestellungen behaupten kann. Ausgestattet mit „alle[n] Symptomen der Normalität"[25] zählen demnach auch Straftaten zu den notwendigen Erscheinungen einer Gesellschaft, die sich wahlweise an ihrem Beispiel stabilisiert oder aber sich ihrer innovativen, d.h. evolutionären Wirkung aussetzt: Rechtswidriges Verhalten kann als Verhaltensenttäuschung den Status quo konsolidieren, wenn auf die Tat eine Strafe folgt und hierdurch die Autorität der jeweils verletzten Norm bestätigt wird.[26] Es kann alternativ aber auch einen Status ad quem ankündigen, wenn man der (zunehmenden) Tatbegehung zugesteht, eine Veränderung in den kollektiven Überzeugungen anzuzeigen, auf welche der – insoweit kognitiv lernende – Gesetzgeber mit einer Anpassung der geltenden Normen reagieren kann.[27] Im einen wie im anderen Fall vollzieht sich ein Fortschritt; von welcher Art dieser Fortschritt ist, darüber entscheidet die Reaktion, die der Abweichung von Verhaltensannahmen folgt.

Die strafgesetzliche Teilrechtsordnung kennt mithin beides, lässt gleichermaßen kognitive Lernprozesse zu wie sie über die Zurückweisung von Enttäuschungen kontrafaktische Normalitäten schafft. Wann aber gibt sie ersterem Raum und wann beschreitet sie letzteren Weg, d.h. hält der Erfahrung enttäuschter Verhaltensannahmen stand?

#### *1. Bestehende Voraussetzungen*

Eine grobe Skizze der Antwort auf diese Frage findet sich bereits in der Zielsetzung einer positiv-generalpräventiven Einflussnahme, die dem Schutz *bestehender* Erwartungen dient. Denn die Strafrechtsordnung produziert keine Wert-

[20] Zur „Einsicht" als Erfolg positiv-generalpräventiver Lernprozesse in Abgrenzung zur verständnislosen Nachahmung oder „Furcht" infolge klassischer Konditionierung oder rationaler Kosten-Nutzen-Kalkulation (Erfolge negativ-generalpräventiver Lernprozesse) siehe *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, 2015, S. 234 f.

[21] *Herodot* (in: *ders.*, Historien, hrsg. v. Josef Feix, 7. Aufl. 2006, S. 7, 34–36) zeichnet ein Bild des persischen Großkönigs Xerxes I., nach dem dieser den Hellespont (heutige Dardanellen: Meerenge im Mittelmeer) habe auspeitschen lassen, ferner Fußfesseln und zwei Henker im Meer versenkt haben soll, damit diese die Meerenge brandmarkten. Dem vorausgegangen war der Zusammensturz zweier Brücken nach einem Sturm.

[22] Simulierte Unterwerfung eines (tatsächlichen oder vermeintlichen) tierischen Gefahrenträgers unter das Recht. Vgl. in diesem Kontext *Dinzelbacher*, in: Deutsch/König (Hrsg.), Das Tier in der Rechtsgeschichte, 2017, S. 413 ff., vgl. insb. S. 438; vgl. auch *ders.*, in: Hirte/Deutsch (Hrsg.), „Hund und Katz – Wolf und Spatz", Tiere in der Rechtsgeschichte, 2020, S. 159 ff., insb. S. 161.

[23] Grundlegend zur normstabilisierenden Kraft von Dunkelziffern *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968, insb. S. 9, 14, 17 und 19; daran anknüpfend *Diekmann/Przepiorka/Rauhut*, Zeitschrift für Soziologie (ZfS) 2011, 74 ff.

[24] Dazu und Zitat aus *Augsberg*, JZ 2020, 425 (429) m.w.N.

[25] Zitat aus *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, 1961, S. 156; weiter ausführend zur Normalität des Verbrechens *ders.* (a.a.O.), S. 156 ff.; Bezug nehmend *Schwind*, Kriminologie und Kriminalpolitik, Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 24. Aufl. 2021, § 7 Rn. 5.

[26] *Durkheim* (Fn. 25), S. 159; dazu *Schwind* (Fn. 25), § 7 Rn. 5.

[27] Zum Verbrechen als „Antizipation der zukünftigen Moral" siehe *Durkheim* (Fn. 25), S. 160; grundlegend zu einem normativ geschlossenen und zugleich kognitiv offenen Rechtssystem *Luhmann* (Fn. 11), S. 85 ff.; anschl. *Augsberg*, JZ 2020, 425 (426) m.w.N.

vorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht, sondern konserviert solche, die „im Volke lebendi[g]“ sind. Entsprechend liest man in verschiedenen Entscheidungen des BVerfG denn auch, dass Strafgesetze Wert- und Unrechtsvorstellungen „stärken und unterstützen“[28], „erhalten und […] beleben“[29] oder „festigen“[30] sollen. D.h., man vollzieht ebenda eine Umschreibung des Strafzwecks nach, in der das Gericht Synonyme für eine *abbildende* Einwirkung auf Vorhandenes und nicht für eine *bildende* Erzeugung von etwas gänzlich Neuem verwendet.[31] Gegenstand gesetzgeberischer Bemühungen sollen Regelungen sein, „die auch vom allgemeinen Rechtsbewußtsein getragen“[32] werden. Widerstand gegen die Enttäuschung von Erwartungen ist mithin jedenfalls dann denknotwendig ausgeschlossen, wenn entsprechende Überzeugungen in der Gemeinschaft gar keinen Widerklang finden; sei es, dass sie nie vertreten wurden, oder sei es, dass sie zwischenzeitlich aufgegeben wurden. Wo keine kontrafaktisch aufrechtzuerhaltenden Erwartungen bestehen, entbehrt strafgesetzlicher Erwartungsschutz seinen ihn legitimierenden Anhalt und tut sich vorbehaltlich der unveränderlich zu achtenden „ewigen“ Verfassungsinhalte[33] stattdessen Raum für kognitives Lernen auf – solange, bis sich (womöglich) eine gesamtgesellschaftlich relevante Vorstellung herausgebildet haben wird, zu deren Enttäuschungsfestigkeit der Staat seinen Beitrag leisten kann.

*2. Hinreichend intensive Erwartungen*

Widerstand gegen Enttäuschungen ist außerdem aber überholt oder voreilig – und gemessen an der grundrechtlich garantierten Handlungsfreiheit unverhältnismäßig –, wenn kontrafaktische Erwartungshaltungen (unter Umständen auch nur in Teilen der Gesellschaft) zwar vorhanden sind, aber in den Worten *Durkheims* nicht „eine bestimmte mittlere Intensität“ haben, d.h. nicht „tief eingeprägt“ oder „stark in uns verwurzelt“ sind.[34] So hat *Durkheim* für die strafrechtliche Teilrechtsordnung festgehalten, dass jene Ausdruck einer mechanischen Solidarität sei, welche aus Ähnlichkeiten erwachse,[35] nämlich ein kollektives Bewusstsein widerspiegele.[36] Dieses Kollektivbewusstsein (conscience collective), das mehr als die Summierung der individuellen Bewusstseine sei, konkretisiert er weiter als die „Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft“,[37] wobei man „religiös“ in einem weiten Sinne als „unhinterfragt“,[38] „als außerhalb oder über uns stehend empf[u]nden“,[39] zu lesen hat. Damit korrespondiert die Schlussfolgerung, dass umgekehrt ein Mangel an Ähnlichkeiten – oder eine Abnahme solcher – sich gleichermaßen im Recht wird abbilden müssen. Denn hat sich eine Gesellschaft über den Wert eines Rechtsguts bzw. das Unrecht eines Verhaltens nicht[40] ein Urteil von mindestens „mittlerer Intensität“ gebildet (was seinerseits Gegenstand des Streits sein kann), haben sich vielleicht individuelle Überzeugungen, aber keine gesamtgesellschaftliche Erwartungshaltung herausgebildet, die in ihrem Bestand strafgesetzlich zu schützen wäre. Nicht nur die Existenz einer Überzeugung, sondern auch deren hinreichende Intensität präsentiert sich damit als Bedingung eines bewusstseinsabbildenden „Widerstands“ und stellt als solche die Weiche für die Wahl eines kontrafaktischen Sich-Behauptens anstelle eines kognitiven Lernens.[41]

*3. Für die kommunikative Einwirkung der Rechtsordnung empfängliche Erwartungen*

Diese Bedingung spiegelt sich folgerichtig auch in den begrenzten Wirkweisen eines positiv-generalpräventiv orientierten Strafrechts wider,[42] das nicht nur seiner Idee nach, sondern auch in seiner Effektivität[43] auf Entsprechungen im Wert- und Unrechtsbewusstsein der von ihm adressierten Allgemeinheit angewiesen ist. Geleitet vom übergeordneten Zweck, eine „Einsicht“ in die durch es repräsentierten Wert- und Unrechtsvorstellungen zu bewirken,[44] verfolgt das Recht mittels Strafandrohung und -anwendung das unmittelbare

[28] Vorstehende Zitate aus BVerfGE 88, 203 (253).
[29] BVerfGE 88, 203 (204 Ls. 10, 261).
[30] BVerfGE 45, 187 (256 f.).
[31] Näher *Berghäuser* (Fn. 20), S. 127 ff. zur (verneinten) *Bildung* noch nicht vorhandenen Bewusstseins und (bejahten) *Abbildung* des bereits Gegebenen durch positiv-generalpräventiv motivierte Strafgesetze.
[32] BVerfGE 39, 1 (66).
[33] Zur Verfassung als „Grenze für die Lernfähigkeit“ *Neves*, Symbolische Konstitutionalisierung, 1998, S. 65. Jenseits der Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) ist allerdings auch diese Grenze lernfähig, u.a. einer dynamischen Auslegung zugänglich; *Berghäuser* (Fn. 20), S. 851.
[34] Zitate aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 126; darauf hinweisend *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 162.
[35] *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 150.
[36] „Wir können also sicher sein, im Recht alle wesentlichen Varianten der sozialen Solidarität *widergespiegelt* zu finden“; *Durkheim* (Fn. 15), S. 112 (*Hervorhebung* durch die *Verf.*).
[37] Dazu und Zitat aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; siehe *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 157 f.
[38] *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 158.
[39] *Durkheim* (Fn. 15), S. 150 (zur Religiosität des Strafrechts): „etwas Heiliges, das wir mehr oder weniger undeutlich *als außerhalb oder über uns stehend empfinden*“ (*Hervorhebungen* durch die *Verf.*).
[40] Einschließlich: noch nicht oder nicht mehr.
[41] Zur Illegitimität von Strafregeln ohne emotive Grundlage *Durkheim* (Fn. 15), S. 158 mit Fn. 45; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 14), S. 169 f. mit Fn. 101.
[42] Ausführlich dazu und zum Nachfolgenden *Berghäuser* (Fn. 20), S. 212 ff.
[43] Effektivität i.S.e. Verwirklichung der Normziele in Abgrenzung von normativer Wirksamkeit i.S.e. Normbefolgung oder -durchsetzung bei Zuwiderhandeln; siehe *Neves* (Fn. 33), S. 43 f., 49 f.
[44] Zum übergeordneten Zweck eines Kommunikationsprozesses vgl. die Kommunikationstheorie *Ungeheuers* (Einführung in die Kommunikationstheorie, 3. Aufl. 2010, S. 10 f.: Beeinflussung der Einstellung oder Steuerung der konkreten Handlungen des Perzipienten); *Krallmann/Ziemann*, Grundkurs Kommunikationswissenschaft, 2006, S. 265 f.

(Kommunikations-)Ziel, ein diesbezügliches Verständnis zu vermitteln.[45] Der einzelne Bürger als Teil der das Recht beobachtenden Allgemeinheit soll verstehend nachvollziehen können, welche Information ihm selbiges vermitteln will (eine bestimmte Verhaltensweise verwirkliche Unrecht, weil sie ein für schutzwürdig anerkanntes Rechtsgut verletze), um die von ihm zutreffend erfasste Information in sein Wert- und Unrechtsempfinden zu integrieren. Nicht nur die kommunikative Einflussnahme auf den Täter fällt dem Recht aber verschiedentlich schwer;[46] eine darüber hinaus reichende Einwirkung auf die Allgemeinheit setzt außerdem voraus, dass das Recht seine das Täterverhalten ablehnende Antwort öffentlich macht und man sein öffentliches Wirken auch verstehend zur Kenntnis nimmt.[47] Jedenfalls die unmittelbaren kommunikativen Zugänge der strafgesetzlichen Teilrechtsordnung sind indes eingeschränkt:[48] Die generell-abstrakte Strafandrohung (die auf einen antizipierten Normbruch antwortet) wird für sich genommen die „Einsicht" einer Gesellschaft, in der die zu übermittelnden Vorstellungen noch *nicht* hinreichend Fuß gefasst haben, kaum herbeiführen können; Gleiches gilt für Entscheidungen der Gerichte als öffentliche Anwendung der Norm im konkreten Fall. Denn nur solche Gesetzesadressaten, welche die fraglichen Wert- und Unrechtsvorstellungen bereits verinnerlicht hätten, würden das Verstandene als Bestätigung erfahren, sodass es selbst bei spärlich bemessener Kommunikation in ihrem Bewusstsein verfängt.[49] Demgegenüber werden andere, denen diese Vorstellungen fremd sind, geneigt sein, sie zu hinterfragen, sodass es weiterer Überzeugung bedarf, bevor sie ihre innere Einstellung ggf. adaptieren. Die vergleichsweise wenigen Informationen, die Strafandrohung und -anwendung nach außen tragen, können dies – vorbehaltlich dessen, dass sie überhaupt zur Kenntnis genommen werden[50] – schwerlich leisten.[51]

Die so beschriebene, beschränkte Wirkmacht eines nur bestätigenden (nicht überzeugenden) Rechts setzt sich sodann ungebrochen fort, wenn man den Blick auf die Weiterleitung seiner Inhalte durch informelle Sozialisationsinstanzen richtet, mithin die mittelbaren kommunikativen Zugänge einer Rechtsordnung in die Betrachtung einbezieht: Denn gleich, ob man den Peergroup-Effekt bemüht, d.h. die Verhaltensbeeinflussung durch die Kenntnisnahme von der Bewertung des eigenen Handelns durch andere,[52] die Assimilation von Werten und Normen aus der Umgebung[53] oder speziell die Beobachtung des Verhaltens anderer und der sich daraus für diese Personen ergebenden Konsequenzen[54] – stets wäre einer Erstarkung des Rechts vorausgesetzt, dass dessen Inhalte in der (bewertenden, assimilierten oder beobachteten) Umgebung seiner Adressaten verankert sind. Wirkmechanismen und Idee des Strafrechts sind damit gleichermaßen auf eine Gesellschaft angewiesen, in welcher sich „der Durchschnitt der Mitglieder"[55] den Strafgesetzen schon und noch freiwillig unterwirft.

*4. Schluss (und ein Seitenblick auf §§ 218 ff. StGB)*

Zuletzt gelangt man so zu der vielleicht relativistisch anmutenden Feststellung, dass „Widerstand" nur dort zielgerichtet zur Anwendung kommen kann, wo die zu verteidigenden Wert- und Unrechtsvorstellungen hinreichender Teil des gemeinschaftlichen Bewusstseins sind – ein Befund, der durch die Anerkennung einer dynamischen Auslegung der Grundrechte noch weiter gestützt werden könnte.[56] Wie jedem Einzelnen anlässlich einer Infragestellung seiner individuellen Überzeugungen fällt vor diesem Hintergrund auch dem Strafgesetzgeber und den Gerichten die Aufgabe der Unterscheidung zu: zwischen solchen Momenten, in denen aufgrund der „Religiosität"[57] der verletzten Vorstellungen Widerstand zu leisten ist, und solchen, in denen es gilt, überlieferte Einstellungen an die tatsächlichen Verhältnisse anzupassen. Die Schwierigkeit dürfte darin liegen, den hierfür jeweils maßgebenden Zeitpunkt (noch Widerstand? oder schon Akzeptanz? und vice versa) zu identifizieren oder, falls er noch nicht identifiziert werden kann, im Übergang vom einen zum ande-

[45] Verständigung zwischen Sender und Empfänger als „minimalste Bedingung dessen, was zwischenmenschliche Kommunikation heißen kann"; Zitat aus *Krallmann/Ziemann* (Fn. 44), S. 264 (zur Kommunikationstheorie *Ungeheuers*). In Übertragung auf die Kommunikation des Rechts *Berghäuser* (Fn. 20), S. 215 f.

[46] Aufgrund von Störungen auf dem Kommunikationsweg vom Sender zum Empfänger, ggf. fehlender Kompatibilität individueller Erfahrungen und mangelnder Wertungsklarheit gleich Verstehbarkeit der Inhalte; zusf. *Berghäuser* (Fn. 20), S. 238 ff. m.w.N.

[47] Zur Ausrichtung des Strafrechts nach außen siehe auch *Hassemer* (Fn. 16), S. 105 und 108.

[48] *Berghäuser* (Fn. 20), S. 213 f., 216 f.

[49] Vgl. zur Verstärkung gleichläufiger Bewusstseinszustände *Durkheim* (Fn. 15), S. 149.

[50] Zur eingeschränkten Kenntnisnahme von Normänderungen durch die Allgemeinheit vgl. exemplarisch Untersuchungen von *Walker/Argyle*, British Journal of Criminology (BJC) 1964, 570 (572); *Schumann*, Positive Generalprävention, Ergebnisse und Chancen der Forschung, 1989, S. 36; allg. zum „Vermittlungsproblem" eines generalpräventiv ausgerichteten Strafrechts *Hassemer*, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 29 (43 ff.).

[51] *Berghäuser* (Fn. 20), S. 810 f.

[52] Dazu etwa *Berkowitz/Walker*, Sociometry 1967, 410 (421); *Hirschi*, Causes of Delinquency, 1969, S. 16 ff., 135 ff.; *Schumann* (Fn. 50), S. 37.

[53] Siehe dazu *Sutherland/Cressey*, in: Rubington/Weinberg (Hrsg.), The Study of Social Problems, Seven Perspectives, 6. Aufl. 2003, S. 135 (138 ff.); zu einer Identifikation mit Leitfiguren *Glaser*, American Journal of Sociology (AJS) 1956, 433 (440); zusf. *Schwind* (Fn. 25), § 6 Rn. 21 und 26.

[54] Siehe nur *Bandura*, Sozial-kognitive Lerntheorie, 1979, S. 31 ff. („Lernen am Modell"); *Myers*, Psychologie, 4. Aufl. 2023, S. 346 ff.

[55] Zitat aus *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; siehe dazu bereits oben Fn. 37.

[56] Vgl. *Berghäuser* (Fn. 20), S. 850 ff.

[57] Nach *Durkheim* (Fn. 15), S. 128; vgl. dazu bereits oben Fn. 38, 39.

ren einstweilen im Kompromiss, präzise im dilatorischen Formelkompromiss, zu verharren.

In den Tagen, in denen dieser Beitrag fertiggestellt wird, zeichnet sich Ebensolches neuerlich für §§ 218 ff. StGB ab: Ein in der 20. Legislaturperiode zu beobachtender kognitiver Lernprozess[58] findet sein zeitweiliges Ende, nachdem der Rechtsausschuss in seiner 133. Sitzung vom 10. Februar 2025 entschieden hat, keine Abstimmung über den Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/13775 im Bundestag zu ermöglichen. Im Ringen um die präferierte Erwartungsabwicklung im Wege des kognitiven Lernens oder kontrafaktischen Behauptens dauert auf dem Gebiet des Schwangerschaftsabbruchs mithin der geltende dilatorische Formelkompromiss an, wird im Angesicht eines fortgesetzt schwindenden kollektiven Wert- und Unrechtsbewusstseins[59] beizeiten (d.h. vorbehaltlich entsprechender politischer Verhältnisse) aber wieder in Frage gestellt werden.

[58] Rekapitulierend zu einschlägigen Gesetzesänderungen in der 19. und 20. Wahlperiode *Rogall/Berghäuser*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, Vorbem. §§ 218 ff. Rn. 60 ff.; *Berghäuser*, ZfL 2023, 407 (412 ff.).

[59] Dieser Bewusstseinserosion leistet das Gesetz selbst Vorschub; *Berghäuser* (Fn. 20), S. 767 ff. (zum Unterlaufen der positiv-generalpräventiven Wirkung durch den Wertungswiderspruch), S. 785 ff. (zur Funktionalisierung des Wertungswiderspruchs in einer symbolischen Abtreibungsgesetzgebung).

# Prolegomena einer Dogmatik der Vulnerabilität im Strafrecht

## Dogmatische Grundlegungen aufgrund der Analyse der Berücksichtigung besonderer Verletzlichkeiten im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs

Von Dr. Kim Philip Linoh, M.mel., Halle (Saale)*

*Während „Vulnerabilität" als Schlagwort mehr und mehr Eingang in die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion findet, wird dabei auch immer wieder das Strafrecht in den Fokus gerückt. Es soll den Schutz von Vulnerabilitäten gewährleisten. Wie sich zeigen lässt, werden vulnerable Personengruppen oder Situationen durch das Strafrecht de lege lata bereits geschützt, es fehlt aber an einer konsistenten und dogmatisch fundierten Berücksichtigung besonderer Verletzlichkeiten. Auf dieses Desiderat einer dogmatischen Auseinandersetzung reagiert dieser Beitrag und stellt, basierend auf einer Analyse des StGB und einem rechtsvergleichenden Blick, Überlegungen zu dogmatischen Grundlegungen zur Berücksichtigung von Vulnerabilitäten im Strafrecht an.*

*While „vulnerability" is increasingly becoming a buzzword in the legal and legal policy debate, criminal law is also repeatedly being brought into focus. It is intended to ensure the protection of vulnerabilities. As can be shown, vulnerable groups of people or situations are already protected by German criminal law, but there is a lack of consistent and dogmatically sound consideration of particular vulnerabilities. This article responds to this desideratum of a dogmatic debate and, based on an analysis of the German Criminal Code and a comparative law perspective, provides ideas on dogmatic foundations for the consideration of vulnerabilities in criminal law.*

### I. Einleitung

„Vulnerabilität" ist in aller Munde: Nicht zuletzt im Zuge der COVID-19-Pandemie wurden der besondere Schutz von und die solidarische Einschränkung aller im Hinblick auf risikoreiche Verhaltensweisen für Bevölkerungsgruppen, die besonders von den Folgen einer COVID-19-Infektion betroffen wären, zu einem öffentlichen Diskussionsthema und zu einem die Politik leitenden Argumentationstopos.[1] Aber nicht nur in diesem Zusammenhang begegnet uns der Begriff der Vulnerabilität – auch in anderen sozialen Kontexten wird von vulnerablen Personengruppen gesprochen: Flucht und Migration,[2] häusliche und sexualisierte Gewalt,[3] Erziehung und Bildung,[4] Medizin und Pflege[5] sind nur wenige Beispiele. Gemeinsam ist diesen Verwendungen des Begriffs „Vulnerabilität", dass die besondere Verletzlichkeit oder Betroffenheit bestimmter Personengruppen aufgrund bestimmter Merkmale thematisiert wird. Zunehmend formt sich über all diese Kontexte und Debatten hinweg das Bild einer „vulnerablen Gesellschaft"[6].

* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht von Prof. *Dr. Henning Rosenau* an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Für wertvolle Anregungen zu diesem Beitrag dankt der *Verf.* Prof. *Dr. Carina Dorneck* (Universität Trier) sowie *Dr. Henning Lorenz* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg).

[1] *Rostalski*, Die vulnerable Gesellschaft, 2024, S. 7 f.; vgl. exemplarisch nur das Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVIID-19 vom 15.9.2022, BGBl. I 2022, S. 1454; BT-Drs. 20/2573; *Schmedt*, DÄBl 2022, A1379; *Reibling/Linden/Schneider*, Bundesgesundheitsblatt 2023, 835 ff.; *Opolony*, ZRP 2022, 198 ff.; *Kersten/Rixen*, in: Kersten/Rixen (Hrsg.), Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2022, S. 57 ff.

[2] So beispielsweise die Beiträge in: Kohbacher/Six-Hohenbalken (Hrsg.), Vulnerabilität in Fluchtkontexten, 2020; *Bauer-Amin*, in: Keul (Hrsg.), UnSichtbar, Interdisziplinäre Stimmen zu Vulnerabilität, Vulneranz und Menschenrechten, 2023, S. 23 ff.; Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), Die Identifizierung vulnerabler Personen im Asylverfahren, 2022; Office of the United Nations High Commissoner for Human Rights (Hrsg.), Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, abrufbar unter https://www.ohchr.org/sites/default/files/PrinciplesAndGuidelines.pdf (14.2.2025);
vgl. auch § 44 Abs. 2a AsylG, in dem von schutzbedürftigen Personen explizit die Rede ist.

[3] Erwägungsgründe 13, 41, 49 RL (EU) 2024/1385; Bundeskriminalamt (Hrsg.), Bundeslagebild Häusliche Gewalt 2023, 204, S. 17, 43, 59, beschreibt die besondere Betroffenheit bestimmter Gruppen; vgl. insgesamt Rimane/Kolpin (Hrsg.), Quantitative Dunkelfeldbefragung vulnerabler Gruppen, 2024; *Jud/Kindler*, Übersicht Forschungsstand sexualisierte Gewalt an Kindern und Jugendlichen im deutschsprachigen Raum, 2019.

[4] *Burghardt/Dederich/Dziabel/Höhne/Lohwasser/Stöhr/Zirfas*, Vulnerabilität, Pädagogische Herausforderungen, 2017; *Wößmann/Schoner/Freundl/Pfaehler*, ifo Schnelldienst 5/2024, 49 ff.; *Beierle/Hoch/Reißig*, Schulen in benachteiligten sozialen Lagen, 2019; *Kleiner/Jacob*, in: Böhnke/Konietzka (Hrsg.), Handbuch Sozialstrukturanalyse, 2024.

[5] *Damm*, MedR 2013, 201 ff.; *Hackmann/Huschik/Maetzel/Schmutz/Sulzer/Vollmer*, Pflege- und Unterstützungsbedarf sogenannter vulnerabler Gruppen, Schlussbericht, Studie der Prognos AG im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, 2018; Nr. 19, 20, 28 der WMA, Deklaration von Helsinki, 2024, abrufbar unter https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki/ (14.2.2025);
*Schrems*, Vulnerabilität in der Pflege, 2020; Bergemann/Frewer (Hrsg.), Autonomie und Vulnerabilität in der Medizin, 2019; *Schnell*, Medizinethik und Vulnerabilität, 2023.

[6] *Rostalski* (Fn. 1), S. 19 ff.; vgl. auch die Podiumsdiskussion der VolkswagenStiftung zu diesem Thema, deren Mitschnitt abrufbar ist unter

Dieser Beitrag möchte die neu aufgetretene Diskussion über Verletzlichkeiten zum Anlass nehmen und in dogmatischer wie rechtsvergleichender Perspektive Überlegungen zu einem angemessenen Schutz vulnerabler Personengruppen im Strafrecht anstellen. Dabei geht es keineswegs um eine umfassende Replik auf die von *Rostalski* aufgeworfenen Fragen, sondern vielmehr um eine Untersuchung der Straftatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit dem besonderen Fokus der Verletzlichkeit bestimmter Personengruppen als Schutz- und damit auch als Strafbarkeitsbegründungs- oder Strafschärfungsgrund. Dazu wird in einem analytischen Teil (II.) zunächst das geltende Strafgesetzbuch dahingehend untersucht, inwieweit und mit welchem Muster Vulnerabilitäten als Gründe für Strafbegründung oder -schärfung herangezogen werden. Daran schließt sich ein rechtsvergleichender Teil (III.) an. Dabei sollen die Rechtslage in Japan, Österreich und den USA zum Thema Vulnerabilität im Rahmen ausgewählter Deliktsgruppen, namentlich der Tötungs-, Körperverletzungs- und Sexualdelikte, beleuchtet werden. Schließlich werden Überlegungen zu einer dogmatischen Begründung des Schutzes vulnerabler Gruppen sowie ein Ausblick für das deutsche Strafrecht angestellt (IV.).

## II. Vulnerabilität im Strafrecht de lege lata

### *1. Schutz von Rechtspositionen unabhängig von Vulnerabilitäten*

Strafrecht wird gemeinhin mit dem Schutz von Rechtsgütern assoziiert. Sei es, dass darin die Aufgabe des Strafrechts schlechthin gesehen wird,[7] sei es, dass darin die Legitimationsgrundlage der strafrechtlichen Verhaltensnorm liegen soll.[8] Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem Inzest-Beschluss eine den Gesetzgeber bindende Rechtsgutslehre ablehnte,[9] erkennt es doch die Schutzfunktion des Strafrechts für Rechtsgüter an, wenn es trotzdem mit diesem Topos argumentiert und insbesondere feststellt:

> „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio' des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist."[10]

Aber auch wer dem Rechtsgutsbegriff und der Rechtsgutslehre kritisch gegenübersteht, wie *Renzikowski*[11] oder *Engländer*[12], erkennt die Schutzfunktion des Strafrechts für „Rechtspositionen" an.[13] Der Streit, wie die schützenswerten Positionen zu finden und zu begründen sind, sei es rein durch positive Setzung, durch eine naturrechtlich aufgeladene Rechtsgutslehre oder über die Figur von Zuweisungs- und Ausschlussfunktionen,[14] wird hier also nicht relevant und soll daher nicht weiterverfolgt werden.

Ganz gleich, wie schützenswerte Rechtspositionen begründet werden, sind sie zunächst einmal universell gedacht. Jede Person, deren geschützte Rechtsposition beeinträchtigt werden kann, wird durch das Strafrecht in dieser Position geschützt. Auf eine besondere Verletzlichkeit oder Anfälligkeit kommt es gerade nicht an. So ist die körperliche Unversehrtheit, das Leben, das Eigentum oder auch die persönliche Ehre gerade unabhängig davon geschützt, wie verletzlich diese Position konkret ist:[15] Das Eigentum des Wohnungslosen ist genauso geschützt wie das Eigentum des Millionärs, obwohl dieser sich teure Sicherungsmaßnahmen leisten kann, während jener seine Sachen oftmals nicht vor dem Zugriff anderer zu schützen vermag. Der Körper und das Leben der Kampfsportmeisterin sind ebenso geschützt wie Körper und Leben eines wehrlosen Säuglings. Die (Grund-)Tatbestände sind hier so formuliert, dass gerade der Angriff auf die Rechtsposition als solcher, unabhängig von irgendeiner Konstitution der Person, strafwürdig ist: Strafbar macht sich, wer die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt, wer einen anderen tötet, wer wegnimmt, wer beleidigt, wer nötigt, etc.

https://www.volkswagenstiftung.de/de/veranstaltungen/nur-noch-mit-samthandschuhen-ueber-den-neuen-umgang-mit-der-verletzlichkeit (5.2.2025).

[7] Prägnant: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 7: „Strafrecht hat die Aufgabe, Rechtsgüter zu schützen."; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 149 ff.; *Schünemann*, in: Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 701 (706 ff.); *Neumann*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 183 (186 ff.).

[8] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 2 Rn. 6; *Gimbernat Ordeig*, GA 2011, 284 ff.; *Neumann*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Fn. 7), S. 183 ff.; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 2 und 55; krit. *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Einl. Rn. 8 ff.

[9] BVerfGE 120, 224 (241 f.); dagegen die abweichende Meinung von *Hassemer*, BVerfGE 120, 255 ff.; krit. beispielsweise auch *Müssig*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Fn. 7), S. 171 (172 ff.).

[10] BVerfGE 120, 224 (239 f.); vgl. dazu auch BVerfGE 21, 391 (403); 25, 269 (286); 88, 203 (258); 96, 245 (249).

[11] *Renzikowski* (Fn. 8), Einl. Rn. 7 ff.

[12] *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (619 ff.).

[13] *Renzikowski* ([Fn. 8], Einl. Rn. 11) spricht von einer dreistelligen Relation dieser Rechtspositionen; *Engländer*, in: Saliger (Fn. 7), S. 547 (549 ff.).

[14] Vgl. hierzu die Nachweise der Fn. 7–9.

[15] Das Rechtsgut „Leben" ist nicht quantifizierbar: *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 211 Rn. 4; *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 27 ff.; vgl. dazu auch BVerfGE 115, 118 (152 ff.). Für andere Tatbestände wird diese Diskussion kaum geführt; die Vulnerabilitätsindifferenz ergibt sich aber im Regelfall bereits aus der Formulierung der Tatbestände, vgl. auch *Damm*, MedR 2013, 201 (203).

Nun ist der Schritt von dieser generellen und universellen Schutzfunktion des Strafrechts hin zu Fragen der Vulnerabilität nicht weit. Denn es finden sich Normen, die eine strafrechtliche Konsequenz für die Verletzung von vulnerablen Personengruppen oder situationsbedingten Vulnerabilitäten vorsehen, sei es in Form einer Strafbarkeitsbegründung oder einer Strafschärfung im Rahmen von Regelbeispielen oder Qualifikationen. Diese sollen im Folgenden näher dargestellt werden.

*2. Vulnerabilität als Grund zur Begründung der Strafbarkeit*

Blickt man auf die Normen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, so fallen einem solche ins Auge, die – mehr oder weniger offensichtlich – besondere Verletzlichkeiten von Personengruppen oder besondere Situationen zum Grund für die Einführung von Strafnormen erheben. Dabei muss gerade bei Delikten gegen den Staat und seine Institutionen oder gegen die Allgemeinheit genau differenziert werden, was den Grund für die Strafbarkeit darstellt. Beispielsweise wird in § 90 StGB das Ansehen von Amt und Person des Bundespräsidenten geschützt und die Institution lässt sich – überzeugend – kaum von der Privatperson trennen, sodass auch persönliche Angriffe auf die Ehre der Privatperson des Bundespräsidenten in der Regel von § 90 StGB erfasst sind.[16] Das bedeutet aber nicht, dass die Vorschrift auf der besonderen Vulnerabilität der Person des Bundespräsidenten beruht. Zwar ist zuzugeben, dass erst das Amt des Bundespräsidenten die jeweilige Person, die das Amt bekleidet, in besonderer Weise verletzlich für Verunglimpfungen macht. Aber diese Argumentation trägt aus zwei Gründen nicht: Erstens sind andere öffentliche Ämter – Bundeskanzler, Bundestagspräsident, Präsident des Bundesverfassungsgerichts, etc. – und nicht einmal der verfassungsmäßige Vertreter des Bundespräsidenten[17] nicht gleichermaßen erfasst oder geschützt. Zweitens bezweckt die Norm gerade nicht den Schutz aufgrund einer besonderen Verletzlichkeit durch das Amt, sondern es geht um den Schutz der demokratischen Grundordnung durch den Schutz der Autorität des Staates und seiner Organe.[18] Das darf freilich nicht dazu verleiten, jeden zusätzlichen Normzweck zum Anlass zu nehmen, um eine Norm aus dem Kreis der Schutznormen für vulnerable Gruppen zu exkludieren. Vielmehr bedarf es einer wertenden Betrachtung der geschützten Rechtspositionen: Es ist festzustellen, welche das sind und ob gerade der Schutz von besonders betroffenen oder anfälligen Personengruppen leitendes Motiv der Norm ist oder ob ein solcher Schutz allenfalls reflexartig erfolgt.

*a) Schutz überindividueller Rechtspositionen unter Anknüpfung an besondere persönliche Eigenschaften*

Blickt man dergestalt auf die Normen des Besonderen Teils, lassen sich solche finden, die vornehmlich einen überindividuellen Schutz zum Ziel haben und allein die besonders exponierte Stellung einer Person durch ein Amt oder eine Institution oder durch eine andere persönliche Eigenschaft zum Anknüpfungspunkt nehmen. So schützt § 89 StGB die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Bestand und Sicherheit, auch wenn die Bundeswehrangehörigen oder Angehörige von Sicherheitsorganen hier geschützte Personen sind.[19] § 102 StGB schützt sowohl die ausländischen Staaten als auch die diplomatischen Beziehungen der Bundesrepublik,[20] §§ 108 bis 108b StGB schützen das überindividuelle Interesse der ordnungsgemäßen demokratischen Wahlen,[21] § 108e StGB zielt auf den Schutz der „Integrität und Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems insgesamt“[22] ab und § 109h StGB bezweckt den Schutz des Allgemeininteresses der Verteidigungsbereitschaft durch die Erhaltung des „Wehrpotentials“.[23] Auch §§ 166 bis 168 StGB schützen nicht etwa die besondere Situation der Religionsausübenden oder die besondere Verletzlichkeit des Leichnams, sondern den öffentlichen Frieden bzw. die allgemeine Pietät.[24] Auch wenn die Deliktsnatur der Vorschriften umstritten ist, sei trotzdem erwähnt, dass § 113 StGB nach allgemeiner Ansicht das staatliche Gewaltmonopol und die Autorität staatlichen Handelns schützt, der individuelle Schutz der handelnden Personen ist bloßer Reflex.[25] Gleiches gilt auch für die gleichgestellten Personen des § 115 Abs. 1 und 2 StGB, weil hier kein eigenständiger Straftatbestand geschaffen

[16] *Paeffgen/Klesczewski*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 90 Rn. 2; *Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4 Aufl. 2021, § 90 Rn. 4.

[17] *Becker*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 90 Rn. 3; *Anstötz* (Fn. 16), § 90 Rn. 4.

[18] *Becker* (Fn. 17), § 90 Rn. 3; *Paeffgen/Klesczewski* (Fn. 16) § 90 Rn. 2.

[19] *Sternberg-Lieben/Weißer*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 89 Rn. 1; *Anstötz* (Fn. 16), § 89 Rn. 1.

[20] *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 102 Rn. 1; *Kreß*, in: Erb/Schäfer (Fn. 16), § 102 Rn. 1; unklar: *Eser/Schuster*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 102 Rn. 1.

[21] *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 108 Rn. 1, § 108a Rn. 1, § 108b Rn. 1; teils differenzierend *Müller*, in: Erb/Schäfer (Fn. 16), § 108 Rn. 1, § 108a Rn. 1, § 108b Rn. 1, der aber insbesondere auf die Gesamtintention des Abschnitts zum Schutz des Allgemeininteresses verweist (§ 108a Rn. 1).

[22] *Müller* (Fn. 21), § 108e Rn. 1; auch BT-Drs. 18/476, S. 6; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 108e Rn. 5.

[23] BT-Drs. 1/1307, S. 32; *Kargl* (Fn. 22), § 109h Rn. 2; *Kuhli* (Fn. 20), § 109h Rn. 1; wohl auch *Eser/Schuster* (Fn. 20), § 109h Rn. 1.

[24] Vgl. nur *Kuhli* (Fn. 20), §§ 166–168 jeweils Rn. 1; anders aber *Hörnle*, in: Erb/Schäfer (Fn. 16), §§ 166–168 jeweils Rn. 1.

[25] *Rosenau*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 2; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 113 Rn. 1; *Eser/Schuster* (Fn. 20), § 113 Rn. 2; unklar *Bosch*, in: Erb/Schäfer (Fn. 16), § 113 Rn. 1 f.

wird;[26] die Gesetzesbegründung sieht das freilich anders.[27] Diese Kategorie von Normen enthält damit Delikte, die, obwohl sie an besondere persönliche Merkmale anknüpfen, keine vulnerabilitätsschützenden Tatbestände sind.

*b) Vulnerabilität aufgrund des Status*

Auf der anderen Seite stehen Vorschriften, die Individualinteressen schützen, die aus einer besonders exponierten, verletzlichen Position heraus resultieren. Diese Stellung, beispielsweise als Mitglied eines Gesetzgebungsorgans, der Bundesversammlung, einer Regierung oder eines Verfassungsgerichts (§ 106 StGB),[28] als Unterhaltsberechtigter (§ 170 StGB)[29] oder als Person, die der Prostitution nachgeht (§§ 180a, 181a StGB)[30], bedingt ihrer Sache nach eine besondere Anfälligkeit für bestimmte Verletzungshandlungen. Diese treffen regelmäßig diese Personengruppen in herausgehobener Weise, weil sie gerade durch die herausgehobene Stellung zum Ziel der Angriffe werden. Die Person ist also aufgrund ihres Status vulnerabel. Daher lassen sich auch Delikte, die Rechtspositionen von Kindern oder Jugendlichen besonders schützen – beispielsweise §§ 176, 176a, 176e, 180, 182, 184b, 184c, 184g, 235, 236 StGB –, aber auch Vorschriften zum Schutz von Gefangenen und Untergebrachten (§ 174a StGB), Schutzbefohlenen (§§ 171, 174, 225 StGB) oder auch der Schutz des nasciturus in §§ 218 ff. StGB dieser Kategorie zuordnen. Gleiches gilt für den besonderen Schutz von körperlich oder psychisch eingeschränkten Personen in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB.

Anders als bei §§ 113, 115 Abs. 1 und 2 StGB handelt es sich bei § 115 Abs. 3 StGB um einen eigenständigen Tatbestand, der den Schutz der dort aufgeführten Hilfskräfte begründet.[31] Wie *Rosenau* explizit bemerkt, soll damit gerade die körperliche Integrität dieser Personen geschützt werden; diese seien „in der Notsituation in besonderer Weise verletzlich, weil sie sich typischerweise ganz auf die Notlage konzentrieren und nicht um den eigenen Schutz kümmern können."[32] Während mit Verweis auf die privilegierende Natur des § 113 StGB eine Strafbarkeitsbegründung auch bei § 115 Abs. 3 S. 1 StGB ausscheidet, ist eine solche für den tätlichen Angriff nach § 115 Abs. 3 S. 2 StGB durchaus gegeben. Es liegt nicht bloß der Schutz der körperlichen Integrität im Rahmen einer Qualifikation der Körperverletzung vor, sondern ein eigenständiger Tatbestand, weil es sich bei § 114 StGB um ein unechtes Unternehmensdelikt handelt, das den Körperverletzungserfolg gerade nicht voraussetzt.[33]

*c) Vulnerabilität aufgrund der Situation*

Schließlich finden sich Straftatbestände, die an die besondere Vulnerabilität von Personen in bestimmten Situationen anknüpfen. Diese *situationsgebundene Vulnerabilität* ist davon gekennzeichnet, dass sie alle Personen treffen kann, unabhängig von ihrem Status und damit losgelöst von der Frage einer exponierten Stellung oder besonderen Eigenschaft. Vielmehr kann jede Person, die sich in der vom Tatbestand umfassten Situation befindet, als besonders schützenswert betrachtet werden, weil die Situation selbst die besondere Verletzlichkeit bzw. Anfälligkeit für die Verletzbarkeit der Rechtsposition vermittelt.

So ist der Geschädigte bei einem Unfall deshalb besonders schützenswert, weil dieser aufgrund der Besonderheiten des Straßenverkehrs – insbesondere der Mobilität und Anonymität – im Regelfall selbst nicht in der Lage ist, seine Rechte zu schützen oder zu realisieren, wenn der Unfallbeteiligte sich entfernt, was die Strafbarkeit gem. § 142 StGB zu begründen vermag.[34] Die Verletzten von Taten nach § 201a StGB sind aufgrund der Sicherheit der geschützten Räumlichkeiten oder der Hilflosigkeit vulnerabel.[35] Besonders deutlich tritt diese Kategorie von Vulnerabilität bei § 203 StGB zutage; denn Anknüpfungspunkt ist hier die Situation in der sich die Person befindet – als Patient, Mandant, Kunde, Suchtkranker, Versicherter etc. Dieses Verhältnis bedingt besonderes Vertrauen zu den in § 203 StGB genannten Berufsgruppen und regelmäßig die Offenbarung von vertraulichen und höchstpersönlichen Sachverhalten, was wiederum eine besondere Verletzlichkeit im Hinblick auf die Offenbarung dieser Details

[26] *Bosch* (Fn. 25), § 115 Rn. 1; *Rosenau* (Fn. 25), § 115 Rn. 1; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 115 Rn. 3.

[27] BT-Drs. VI/502, S. 6. Hier ist die Rede davon, „daß es nur konsequent ist, demjenigen Nichtbeamten, dessen sich der Staat zur Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben bedient und den er damit *gesteigerten Gefahren aussetzt*, den gleichen strafrechtlichen Schutz zu gewähren wie dem Beamten […]" (*Hervorhebung* durch den *Verf.*).

[28] *Eser/Schuster* (Fn. 20), § 106 Rn. 1; *Sinner* (Fn. 21), § 106 Rn. 1; wohl auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 106 Rn. 1; *Müller* (Fn. 21), § 106 Rn. 1.

[29] *Kuhli* (Fn. 20), § 170 Rn. 1; *Frommel/Schramm*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 170 Rn. 6; *Heger* (Fn. 28), § 170 Rn. 1.

[30] *Renzikowski* (Fn. 8), § 180a Rn. 1, § 181a Rn. 1; *Eisele*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 180a Rn. 1a, 181a Rn. 1; *Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 180a Rn. 2, § 181a Rn. 2, mit jeweils unterschiedlichen Ansichten, ob die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten oder deren wirtschaftliche und persönliche Freiheit die entscheidende Rechtsposition ist.

[31] *Rosenau* (Fn. 25), § 115 Rn. 2; *Bosch* (Fn. 25), § 115 Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 26), § 115 Rn. 3a.

[32] *Rosenau* (Fn. 25), § 115 Rn. 5; unter Verweis auf *Erb*, KriPoz 2018, 48 (50).

[33] *Rosenau* (Fn. 25), § 114 Rn. 8; *Eser/Schuster* (Fn. 20), § 115 Rn. 1.

[34] *Zopfs*, in: Erb/Schäfer (Fn. 16), § 142 Rn. 2; *Kretschmer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 142 Rn. 7 ff.; krit. hingegen *Renzikowski* (Fn. 8), § 142 Rn. 1; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 142 Rn. 1a.

[35] BT-Drs. 15/2466, S. 5 spricht vom „letzten Rückzugsbereich"; vgl. auch *Graf*, in: Erb/Schäfer (Fn. 15), § 201a Rn. 10 ff.

hervorbringt.[36] Genau dem soll der Schutz der Privatgeheimnisse begegnen. Ähnliches gilt bei § 206 StGB. Und auch die mit einem Subordinationsverhältnis verbundenen Situationen als Partei eines Prozesses, bei der Inanspruchnahme von staatlichen Dienstleistungen oder als – freiwilliger oder unfreiwilliger – Adressat oder Betroffener einer Amtshandlung, stellen Situationen besonderer Vulnerabilität dar, weil hier eine besondere Abhängigkeit von den jeweiligen Amtsträgern gegeben ist, die im Regelfall auch nicht vermieden werden kann. So lässt sich auch die Vorschriften über die Rechtsbeugung (§ 339 StGB)[37] dieser Kategorie zuordnen. Im Bereich der Sexualdelikte finden sich zahlreiche Merkmale, die besonders vulnerable Situation beschreiben und als Anknüpfung für die Strafbarkeit dienen: die Lage, in der ein entgegenstehender Wille nicht gebildet oder geäußert werden kann (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB), das Überraschungsmoment (§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB), die Lage, in der bei Widerstand ein empfindliches Übel droht (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB), die Unterlegenheit bei Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB).

*3. Strafschärfungen aufgrund von Vulnerabilitäten*

Das Strafgesetzbuch kennt neben den beschriebenen Strafbarkeitsbegründungen auch Tatbestände, die zu einer Strafschärfung aufgrund von Vulnerabilitäten führen. Diese sind regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass die Grundtatbestände Rechtspositionen unabhängig davon schützen, ob jemand besonders verletzlich ist. Die Verletzlichkeiten – seien sie konstitutionell bedingt oder durch eine besondere Situation begründet[38] – sind aber Anknüpfungspunkt für eine Qualifikation oder für einen typisierten besonders schweren Fall im Rahmen von Regelbeispielen.

Qualifikationstatbestände, die an Vulnerabilitäten anknüpfen, finden sich über das StGB verteilt. So stellt beispielsweise § 188 StGB eine Qualifikation zu §§ 186, 187 StGB dar, die die besondere Stellung des Verletzten als Person des öffentlichen politischen Lebens in den Blick nimmt. Diese Personen sind im Rahmen ihrer Tätigkeit nach der Gesetzesbegründung in „besonderem Maß ehrverletzenden Angriffen ausgesetzt“,[39] womit diese Vulnerabilität zum Qualifikationsgrund erhoben wird. Weiter wird auch § 226a StGB als Qualifikation zu § 223 StGB verstanden und ist Reaktion auf die besondere Gefährdung von Mädchen und Frauen durch entsprechende Eingriffe.[40] Auch bei der Strafvorschrift des § 316a StGB ist der Grund für die Strafschärfung in den Verhältnissen des Straßenverkehrs zu erblicken.[41] Dabei geht es darum, besonderen Schutz vor der Ausnutzung der verkehrsbedingt beeinträchtigten Schutzmöglichkeiten von Kraftfahrzeugführern und Mitfahrern zu bieten.[42] Als unechte Sonderdelikte sind auch die Delikte im Amt (§§ 340 ff. StGB), bei denen eine Strafschärfung aufgrund des Subordinationsverhältnisses erfolgt, hier einzuordnen.[43]

Der Gesetzgeber bedient sich aber auch der Regelbeispielstechnik, um besonders schutzwürdige Situationen mit schwererer Strafe zu bedrohen. So findet sich mit § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ein recht plakatives Beispiel, wenn die Ausnutzung der Hilflosigkeit einer Person Grund für die Strafschärfung – im Regelfall – ist. Auch für die Ausnutzung des Unglücksfalls oder der Gemeingefahr gilt, dass hier die besonders verletzliche Situation in diesen Fällen Anknüpfungspunkt für die erhöhte Strafe ist. Auch wenn für § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB eine ähnliche Situation angenommen werden könnte (nämlich Vulnerabilität aufgrund einer entsprechend schlechten wirtschaftlichen Lage), so muss dies doch zu Recht bezweifelt werden; denn dieses Regelbeispiel zielt schon seinem Wortlaut nach auf die Strafschärfung aufgrund der Konsequenz der Betrugstat ab und hat nicht etwa eine vulnerable Ausgangslage zur Grundlage.[44]

In einigen Tatbeständen berücksichtigt das Gesetz zudem die besondere Unterlegenheit von Personen, die sich mehreren Angreifern gegenübersehen, was man – möchte man es weit verstehen – auch als vulnerable Situation auslegen kann.[45] Auch hier finden sich beide Möglichkeiten der Strafschärfung: In § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 StGB oder § 184i Abs. 2 StGB wird die gemeinschaftliche Tatbegehung als Regelbeispiel ausgestaltet, bei § 176c Abs. 1 Nr. 3 und § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB liegen jeweils Qualifikationen vor.

---

[36] *Cierniak/Niehaus*, in: Erb/Schäfer (Fn. 15), § 203 Rn. 8 sprechen von einem „faktischen Offenbarungszwang […] gegenüber bestimmten Berufsgruppen“; *Ostendorf*, JR 1981, 444 (446); *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (54).

[37] *Sinner* (Fn. 21), § 339 Rn. 2; anders: *Uebele*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 4 Aufl. 2022, § 339 Rn. 1.

[38] Vgl. *Maio*, Ethik der Verletzlichkeit, 2024, S. 29 ff.

[39] BT-Drs. 19/20163, S. 43; näher auch die Ausgangsdrucksache BT-Drs. 19/17741, S. 36.

[40] BT-Drs. 17/13707, S. 4; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 226a Rn. 1; *Böse/Eidam*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 226a Rn. 1, 5; *Hahn*, ZRP 2010, 37 ff.

[41] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 435; *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 37), § 316a Rn. 1; *Renzikowski* (Fn. 8), § 316a Rn. 1; *Hecker*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 316a Rn. 1; jeweils auch zu den grundsätzlichen Problemen dieses Tatbestandes.

[42] BGHSt 49, 14 (50); 172, 52 (46); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 41), Rn. 442; *Hecker* (Fn. 41), § 316 Rn. 1.

[43] *Singelnstein*, Strafbare Strafverfolgung, 2019, S. 141 ff. und 578 ff.; *Sowada*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2023, Vor §§ 331 ff. Rn. 17, mit weiteren Ausführungen zur generellen Frage der Schutzrichtung: Rn. 13 ff.

[44] Vgl. nur *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 263 Rn. 324; *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 397.

[45] Vgl. nur *Hardtung*, in: Erb/Schäfer (Fn. 15), § 224 Rn. 36; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 224 Rn. 11; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 176a Rn. 20, § 177 Rn. 120; *Renzikwoski*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 176a Rn. 25, § 177 Rn. 160.

Besondere Betrachtung verdient schließlich noch das Mordmerkmal der Heimtücke. Denn einerseits liegt nach wohl herrschender Ansicht die besondere Verwerflichkeit darin, dass dem Opfer Verteidigungsmöglichkeiten genommen werden, was man ebenfalls als vulnerable Situation – jedenfalls im Bezug zur geschützten Rechtsposition „Leben" – verstehen kann.[46] So führen Situationen besonderer Vulnerabilität zu einer Begründung der Heimtücke, beispielsweise beim Angriff auf schlafende Personen, selbst auf den „Haustyrannen".[47] Auf der anderen Seite werden aber gerade besonders hilflose Personengruppen nicht durch den Tatbestand des § 211 StGB geschützt. Solche Personen, die konstitutionell wehrlos sind – etwa aufgrund von Krankheit oder körperlichen oder psychischen Einschränkungen – werden vom Mordmerkmal der Heimtücke nicht erfasst, weil die Wehrlosigkeit nach herkömmlichem Verständnis auf der Arglosigkeit basieren muss. Arg- und Wehrlosigkeit müssen in einem kausalen Zusammenhang stehen.[48] Gleiches gilt nach überwiegender Auffassung auch für konstitutionell arglose Personen, wie beispielsweise (Kleinst-)Kinder; hier ist auf die Arg- und Wehrlosigkeit schutzbereiter Dritter abzustellen.[49] Damit wird aber die besonders vulnerable Lage von Kleinkindern oder anderen konstitutionell arglosen Personen gerade nicht berücksichtigt. Durch das Abstellen auf schutzbereite Dritte hängt die Bestrafung wegen Mordes letztlich von Zufälligkeiten – beispielsweise die räumliche Entfernung des schutzbereiten Dritten[50] – ab.[51]

*4. Zwischenfazit*

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Vulnerabilitäten de lege lata zwar durchaus Gründe für die Begründung oder Schärfung von Strafen sind. Diese können in der konstitutionellen oder situationsgebundenen besonderen Verletzlichkeit einer Person im Hinblick auf bestimmte Rechtspositionen bestehen. Es zeigt sich aber, dass die bislang vorhandenen Tatbestände mehr als punktuelle und einzelfallorientierte Lösungen denn als systematische Berücksichtigung von besonders vulnerablen Lagen erscheinen. Gerade das angesprochene Problem im Rahmen der Heimtücke zeigt, dass es dem Gesetzgeber nicht immer um den – naheliegenden – Schutz vulnerabler Gruppen ging. Zunehmend zeigt sich aber eine Tendenz, Verletzlichkeiten zum Mittelpunkt der Diskussion um die Strafbarkeit bestimmter Phänomene zu machen.[52] Diesem Diskurs soll auch die Berechtigung gar nicht abgesprochen werden; vielmehr soll die angestellte Analyse aufzeigen, dass es einer dogmatischen Durchdringung des Topos der Verletzlichkeit bedarf, um sowohl hypo- als auch hypertrophes Strafrecht zu vermeiden. Kurzum: Mit einem dogmatischen Grundgerüst lassen sich sowohl Schutzlücken als auch überbordendes Strafrecht auffinden.

**III. Der Blick ins Ausland: Japan, USA und Österreich**

Bevor der Ansatz einer dogmatischen Durchdringung versucht werden soll, lohnt es sich zunächst, den Blick zu weiten und über den sprichwörtlichen Tellerrand der eigenen Rechtsordnung hinauszublicken. Die Rechtsvergleichung basiert auf dem Gedanken, dass alle Rechtssysteme der Welt im Wesentlichen auf die gleichen Probleme stoßen, diese aber auf sehr unterschiedliche Weise lösen, wobei die Verhinderung von sozialen Konflikten jeweils das Hauptaugenmerk ist.[53] Die Methode der funktionalen Rechtsvergleichung ist damit eine weitere Erkenntnismöglichkeit, die aus der reichhaltigen Erfahrung anderer Rechtsordnungen schöpfen kann und den Blick auf bessere – oder auch schlechtere – Problemlösungsstrategien freigibt.[54]

Es geht also um die Frage, ob und in welchem Umfang besondere Merkmale von Personengruppen, die zu einer erhöhten Verletzlichkeit im Hinblick auf bestimmte Rechtspositionen führen, strafrechtliche Berücksichtigung finden. Also: Wie wird das Strafrecht in ausländischen Rechtsordnungen zum Schutz besonders vulnerabler Gruppen verwendet. Damit ist ein nicht einfach zu fassendes soziales Bedürfnis nach besonderem Schutz für Schwächere adressiert. Mit Blick auf den Umfang des Beitrages soll der Blick im Folgenden nach Japan, Österreich und in die USA wandern und diese Rechtsordnungen sollen auf die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten bei Tötungs-, Körperverletzungs- und Sexualdelikten hin untersucht werden.

*1. Japan*

Das japanische Strafgesetzbuch ist historisch eng mit dem deutschen StGB verwandt, erfuhr aber im Laufe der Geschichte eine eigene Weiterentwicklung und Interpretation.[55] Blickt man auf die *Tötungsdelikte*, so existiert in Japan mit § 199 jStGB lediglich ein Tatbestand der „Tötung", der alle Arten

[46] Vgl. *Schneider* (Fn. 18), § 211 Rn. 149; *Safferling*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 211 Rn. 40, spricht explizit von der „Hilflosigkeit des Opfers"; BGHSt 11, 139 (143): „hilflose Lage", unter Anknüpfung an BGHSt 2, 60 (61), 251 (254).
[47] Vgl. BGHSt 48, 255 (256 f.), siehe auch BGHSt 23, 119 (121).
[48] BGHSt 19, 321 (322); 32, 382 (383 f.); *Schneider* (Fn. 18), § 211 Rn. 185; *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 19), § 211 Rn. 24b; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 15), § 211 Rn. 69; *Kaspar*, JA 2007, 699 (702); *Küper*, JuS 2000, 740 (741).
[49] BGH NStZ 2023, 675 (m.Anm. *Eidam*); *Kudlich/Göken*, NStZ 2024, 533 ff.; *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 46), § 211 Rn. 24, 25c; *Schneider* (Fn. 18), § 211 Rn. 176; *Saliger* (Fn. 46), § 211 Rn. 54 ff. jeweils m.w.N.
[50] BGH NStZ 2023, 675.
[51] *Kudlich/Göken*, NStZ 2024, 533 (535 f.).
[52] Vgl. insoweit *Rostalski* (Fn. 1), S. 61 ff.
[53] *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 3 II.; *Rosenau*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1597 (1604 ff.). Vgl. auch *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 2011, S. 13 ff.
[54] *Zweigert/Kötz* (Fn. 53), § 2 I.
[55] *Saheki/Griebeler*, in: Kaspar/Schön (Hrsg.), Einführung in das japanische Recht, 2. Aufl. 2024, § 14 Rn. 2; *Petrus*, in: Kaspar/Schön (a.a.O.), § 15 Rn. 1 f.

der Tötung umfasst und in der Rechtsfolge erkennbar weit ist: Todesstrafe, zeitlich unbegrenztes Zuchthaus oder Zuchthaus von mindestens fünf Jahren Dauer.[56] Eine besondere Differenzierung hinsichtlich der Tötung besonders vulnerabler Personengruppen oder aufgrund besonders vulnerabler Situationen findet sich im Normtext nicht. Bei den Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 212 ff. jStGB) findet sich der grundsätzliche Schutz des nasciturus und der Schwangeren durch die besondere Strafbarkeit der „Abtreibung ohne Einwilligung" (§ 215 jStGB). Auch bei den *Körperverletzungsdelikten* bleibt das jStGB denkbar kurz und bestraft die Körperverletzung unabhängig von Person und Situation mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren oder Geldstrafe (§ 204 jStGB). Lediglich die besondere Situation, in der eine Person mehreren Angreifern gegenübersteht und sich die Anteile der Beteiligten an der Körperverletzung nicht ermitteln lassen, wird in § 207 jStGB einer Regelung zugeführt – es wird die Geltung der Vorschriften über die Mittäterschaft, auch unabhängig von einem gemeinschaftlichen Handeln, angeordnet. Im Bereich der *Sexualdelikte* zeigt sich ein differenzierteres Bild: Bislang waren sexuelle Handlungen mit Personen unter 13 Jahren generell unter Strafe gestellt (§ 177 jStGB a.F.). Dabei wurde der Schutz von Kindern vor sexuellen Handlungen mit der besonderen Schutzwürdigkeit aufgrund der jugendlichen Unreife begründet.[57] Nunmehr sieht das jStGB seit 2023 ein einheitliches Schutzalter von 16 Jahren vor; ist das Opfer zwischen 13 und 16 Jahren alt, wird aber nur bestraft, wer über fünf Jahre älter ist als das Opfer.[58] Auch wurden – im Gegensatz zum früheren recht generellen Sexualstrafrecht – konkrete Merkmale für die Annahme einer „sexuellen Handlung ohne Zustimmung" eingeführt, wie Gewalt, Alkohol oder Drogen, Schlaf, überlegene gesellschaftliche oder wirtschaftliche Stellung, was zu einem selektiveren Sexualstrafrecht führte.[59] Aber auch Verhaltensweisen wie das sog. Upskirting wurden unter Strafe gestellt.[60] Damit zeigt sich bei den Sexualdelikten eine Änderung von einem breiten und eher allgemeinen Sexualstrafrecht hin zu Einschränkungen auf konkrete Verhaltensweisen, die aber auch an den schutzwürdigen Status einer Person oder die schutzbedürftige Situation, in der sie sich befindet, anknüpft – so beispielweise, wenn es darum geht, dass eine Person einen sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen nicht mehr bilden, äußern oder umsetzen kann, etwa, wenn eine Intoxikation vorliegt.[61]

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das japanische Strafrecht jedenfalls hinsichtlich der untersuchten Deliktsgruppen, verglichen zur deutschen Rechtslage einen eher universalistischen Ansatz verfolgt und kaum Strafbarkeitsbegründungen oder Strafschärfungen hinsichtlich vulnerabler Situationen oder Personengruppen aufweist. Das mag nun natürlich nicht heißen, dass diese Kriterien nicht im Rahmen der Zumessung der konkreten Strafe Berücksichtigung finden; eine Anknüpfung im Normtext findet sich aber nicht. Eine Ausnahme findet sich im 2023 ergänzten Sexualstrafrecht, welches deutliche Parallelen zur deutschen (Neu-)Regelung in § 177 StGB aufweist.

### *2. USA*

Im Kontrast zur sparsamen Behandlung von Vulnerabilitäten findet sich im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika eine fast schon überbordende Fülle von Straftatbeständen, die sich auf vulnerable Personengruppen oder Situationen beziehen. Da das Strafrecht der USA durch die einzelnen Bundestaaten geprägt ist, ist es von einer großen Diversität der Regelungen geprägt. Neben dem Bundesstrafrecht finden sich jeweils einzelne Strafgesetzbücher der Staaten. Hier soll exemplarisch das Strafrecht von Texas und Kalifornien betrachtet werden.

#### *a) Texas Penal Code*

Im Strafrecht des Staates Texas, dem Texas Penal Code, finden sich zahlreiche Tötungs-, Körperverletzungs- und Sexualdelikte, die besonders vulnerable Personengruppen zum Gegenstand haben. So bestimmt beispielsweise Sec. 19.03, dass die vorsätzliche Tötung oder lebensgefährdende Behandlung von Feuerwehrleuten oder sog. peace officers bei der Amtsausübung, von Gefangenen, Personen unter zehn Jahren und solchen unter 15 Jahren als „capital murder" zu werten ist, mit der Folge, dass ein Kapitalverbrechen (capital felony) gegeben ist, das mit der Todesstrafe oder lebenslanger Haft ohne Bewährungsmöglichkeit zu bestrafen ist (Sec. 12.31 [a]). In Kapitel 21 des Penal Code finden sich die Sexualdelikte, die ebenfalls zahlreiche Bezugnahmen auf vulnerable Personengruppen vorsehen. So wird der fortgesetzte sexuelle Missbrauch von Kindern, also Personen unter 14 Jahren, oder behinderten Personen in Sec. 21.02 als besonderes Delikt mit 25 Jahren bis lebenslanger Freiheitsstrafe (Sec. 21.02 [h]) bestraft. Zudem wird die Strafbarkeit von sexuellen Handlungen an und mit unter 17-jährigen Personen (Sec. 21.11) und Schülern (Sec. 21.12) unter Strafe gestellt. In Sec. 22.011 wird zudem der sexuelle Übergriff (sexual assault) bestraft – auch hier finden sich umfangreiche Regelungen zu Strafschärfungen, wenn die Opfer Kinder sind, sowie Bestimmungen, die regeln, unter welchen Bedingungen eine Einwilligung nicht wirksam ist, beispielsweise wenn das Opfer mittels Substanzen gefügig gemacht wurde oder eine emotionale Abhängigkeit zu bestimmten Berufsgruppen (Therapeuten, Geistliche, Trainer, Tutoren, etc.) ausgenutzt wird. Schließlich werden bei den Körperverletzungsdelikten eine ganze Reihe von Personengruppen aufgrund ihrer besonderen Anfälligkeit für solche Verletzungen geschützt: Die Körperverletzung (assault) wird von einem Vergehen (misdemeanor) zu einem

[56] Auf das japanische StGB wird hier jeweils in der von *Keiichi Yamanaka* (Das japanische StGB, 2021) übersetzten Fassung verwiesen.
[57] *Kurosawa/Kaspar*, in: Kaspar/Schön (Fn. 55), § 20 Rn. 4.
[58] *Kurosawa/Kaspar* (Fn. 57), § 20 Rn. 4.
[59] *Kurosawa/Kaspar* (Fn 57), § 20 Rn. 4; *Truchan*, University of Pennsylvania Asian Law Review 19 (2024), 298 (316).
[60] Japan enacts law to reform sex pffense charges, raise age of consent, Kyodo News v. 16.6.2023, abrufbar unter https://english.kyodonews.net/articles/-/41776 (14.2.2025).
[61] Japan enacts law to reform sex pffense charges, raise age of consent, Kyodo News v. 16.6.2023, abrufbar unter https://english.kyodonews.net/articles/-/41776 (14.2.2025).

Verbrechen (felony), wenn öffentliche Bedienstete oder Beamte bei der Amtsausübung, Sicherheitsbeamte, Rettungspersonal, Zusteller gerichtlicher oder amtlicher Ladungen oder Krankenhauspersonal auf dem Gelände des Krankenhauses angegriffen werden (Sec. 22.01 [b]). Gleiches gilt beim Angriff auf Familienmitglieder oder Schwangere. Eigene Verbrechenstatbestände finden sich dann für Verletzungen von Kindern, älteren oder behinderten Personen (Sec. 22.04), für das Im-Stich-Lassen dieser (Sec. 22.041) und für die Belästigung von untergebrachten Personen (Sec. 22.11). Zudem findet sich ein Sondertatbestand für das Zurücklassen von Kindern unter sieben Jahren in einem Fahrzeug (Sec. 22.10).

*b) California Penal Code*

Für das kalifornische Strafrecht kann man ein ähnliches Bild zeichnen. Im California Penal Code lassen sich besondere Bestimmungen für die Strafschärfung zu Mord 1. Grades finden, mit der Möglichkeit der Todesstrafe bei vorsätzlichen Tötungen gegen sog. peace officers (§ 189.1, § 190.2), Strafverfolgungspersonal, Feuerwehrleute, Zeugen, Staatsanwälte, Richter, Regierungsbeamte und Jurymitglieder (§ 190.2). Die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Bewährungsmöglichkeit ist in § 190.25 vorgesehen, wenn das Opfer einer vorsätzlichen Tötung Fahrer eines öffentlichen Verkehrsmittels war. Bei den Körperverletzungsdelikten findet sich ein eigener Tatbestand für den Angriff (assault) auf die Parkraumüberwachung (§ 241) sowie ein erhöhter Strafrahmen, wenn sich die Tat gegen sog. peace officers, Feuerwehrleute, Rettungssanitäter, Rettungsschwimmer, Gerichtszusteller, Strafverfolgungspersonal, Tieraufsichtsbeamte, Ärzte, Pflegepersonal oder anderes Gesundheitspersonal während der entsprechenden Dienstausübung richtet. Angriffe auf Schul- oder Parkgelände (§ 241.2) oder in öffentlichen Verkehrsmitteln (§ 241.3), auf Schulpersonal (§ 241.6), Jurymitglieder (§ 241.7) und Militärangehörige (§ 241.8) sind mit eigenen Regelungen versehen. Ein analoges Bild ergibt sich für körperliche Übergriffe (battery) in §§ 243.5 bis 243.15, wobei sich hier ein Sondertatbestand für den Übergriff auf Schiedsrichter (§ 243.8) findet. Zudem finden sich Tatbestände für sexuelle Übergriffe, die Strafschärfungen für den Angriff auf medizinisch untergebrachte Personen, behinderte Personen oder Bewusstlose vorsehen (§ 243.4). Der sexuelle Missbrauch von Minderjährigen, psychisch kranken oder behinderten Personen, Personen unter Medikamenten- oder Drogeneinfluss wird ebenfalls in großer Detailtreue geregelt (§§ 261 ff.)

*c) Gemeinsamkeiten*

Die beiden exemplarisch untersuchten Rechtsordnungen zeigen eine sehr detaillierte Regelung von vulnerablen Personengruppen bei den betrachteten Delikten. Dabei fällt auf, dass besonders umfassende Regelungen zu bestimmten Berufsgruppen bei der Dienstausübung vorhanden sind. Diese Personen sind insofern vulnerabel, weil sie besonderen Gefahren ausgesetzt sind – sei es durch die Art des Dienstes selbst (Sicherheitsbeamte, Justizbeamte, Richter etc.), sei es dadurch, dass die Situation unter denen sie arbeiten, sie anfällig macht, weil sie ohnehin andere Gefahren bewältigen müssen (Sanitätspersonal, Ärzte, Pflegepersonal). Aber auch die besondere Normierung von Übergriffen auf Minderjährige, behinderte oder ältere Personen fällt ins Auge. Hier geht es um konstitutionelle Vulnerabilitäten. Zusammenfassend ist also für die USA festzuhalten, dass Vulnerabilitäten Anlass für detaillierte Regelungen darstellen.

*3. Österreich*

Das österreichische Strafgesetzbuch (öStGB) kennt verschiedene *Tötungstatbestände*. Mord ist grundsätzlich die vorsätzliche Tötung (§ 75 öStGB), während Totschlag eine Tötung aus einer „allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung" meint (§ 76 öStGB). Besondere Tötungstatbestände für die Tötung vulnerabler Personengruppen finden sich nicht. Im Rahmen der Aussetzung (§ 82 öStGB) wird bestraft, wer das Leben eines Schutzbefohlenen durch Im-Stich-Lassen in einer hilflosen Lage gefährdet. Bei den *Körperverletzungsdelikten* findet sich mit § 83 Abs. 3 öStGB eine besondere Bestimmung mit erhöhtem Strafrahmen für die Körperverletzung von Fahr- oder Kontrollpersonal in öffentlichen Verkehrsmitteln und von Gesundheits-, Rettungs- und Feuerwehrpersonal bei der Ausübung der Tätigkeit. § 87 Abs. 1a öStGB sieht für die absichtliche Körperverletzung an Beamten, Zeugen oder Sachverständigen während oder anlässlich der Aufgaben- oder Pflichterfüllung eine erhöhte Mindeststrafe vor. Zudem steht der tätliche Angriff auf die in § 83 Abs. 3 öStGB genannten Personen unter Strafe. Besondere Bestimmungen finden sich auch für das Quälen, Vernachlässigen (§ 92 öStGB) oder die Überanstrengung (§ 93 öStGB) von unmündigen, jüngeren oder schonungsbedürftigen Personen. Auch das Im-Stich-Lassen von verletzten Personen wird in § 94 öStGB eigens mit Strafe bedroht. Im Rahmen von Sexualdelikten werden sexuelle Handlungen an und mit wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Personen (§ 205 öStGB), unmündigen Personen (§§ 206, 207, 208a öStGB) und Jugendlichen (§ 207b öStGB) unter Strafe gestellt. Für die Fälle des Beischlafs oder gleichgestellter Handlungen finden sich dabei Strafschärfungen. Schließlich wird in § 212 öStGB bestraft, wer sein Autoritätsverhältnis im Rahmen der Verwandtschaft oder eines Erziehungs-, Ausbildungs- oder Aufsichtsverhältnisses dazu missbraucht, sexuelle Handlungen vorzunehmen, oder vornehmen zu lassen. Gleiches gilt für Gesundheitspersonal, Seelsorger, Personal in Erziehungsanstalten und Beamte, die das Abhängigkeitsverhältnis zu Personen, die ihrer Betreuung oder Obhut unterstehen, entsprechend missbrauchen.

Nicht unerwähnt bleiben soll auch die Regelung des § 33 öStGB, der besondere Erschwerungsgründe bei der Strafzumessung normiert. Hier sind unter anderem die Ausnutzung von Wehr- und Hilfslosigkeit oder bei bestimmten Delikten Handlungen gegen Minderjährige, Angehörige oder unter Ausnutzung einer Autoritätsstellung aufgeführt. § 33 Abs. 2 Nr. 4 öStGB sieht zudem vor, dass bei bestimmten Delikten die Gewalt oder gefährliche Drohung „gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftige Person unter Ausnützung deren besonderer Schutzbedürftigkeit" sog. „besondere Erschwerungsgründe" sind. Neben dieser allgemeinen Strafzumessungsregel, die lediglich gegen den Täter sprechende Umstände festschreibt, wird in § 39a öStGB aber auch eine

Strafrahmenverschiebung angeordnet. Diese tritt insbesondere ein, wenn eine vorsätzlich strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung von einer volljährigen gegen eine unmündige Person oder allgemein gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftige Person unter Ausnutzung deren besonderer Schutzbedürftigkeit begangen wird. Dabei werden insbesondere die Mindeststrafen teils deutlich erhöht (§ 39a Abs. 2 öStGB).

Auch das österreichische Recht zeigt, dass der Schutz vulnerabler Personengruppen im Strafrecht verankert ist. Wenngleich sich kaum Regelungen bei Tötungsdelikten finden, finden sich bei den Körperverletzungsdelikten bereits spezielle Regelungen für Angriffe auf besonders gefährdete Berufsgruppen oder konstitutionell vulnerable Personen. Bei den Sexualdelikten ist der Schutz vulnerabler Personen nochmals ausgeprägter. Mit der Aufnahme der besonderen Schutzbedürftigkeit im Rahmen der Strafzumessung und in einer Strafzumessungsregel stellt das österreichische Strafrecht die besondere Vulnerabilität insgesamt in einen besonderen Fokus, den ein Gericht entsprechend zu berücksichtigen hat.

*4. Vergleich*

Der Vergleich der verschiedenen Rechtsordnungen zeigt deutlich unterschiedliche Regelungsansätze. Während in Japan bei den untersuchten Deliktsgruppen Vulnerabilitäten kaum eine Rolle spielen und erst in jüngster Zeit im Sexualstrafrecht kodifiziert wurden, zeigen die USA eine deutlich detaillierte, fast schon hypertrophe, Regelungstiefe und -dichte in Bezug auf vulnerable Personengruppen, insbesondere Berufsgruppen bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten. Dabei ist freilich zu bedenken, dass das anglo-amerikanische Recht traditionell von einer großen Detailliertheit geprägt ist. Diese Gesetze „erstreben ein Höchstmaß an Präzision; sie regeln deshalb Wichtiges und Unwichtiges in gleicher Detailliertheit und drücken sich dabei oft [...] kompliziert, umständlich und pedantisch aus [...]. Ihr Ziel ist Genauigkeit um jeden Preis."[62] Allein aus der Detailliertheit der Regelungen lassen sich demnach keine Schlüsse ziehen, basiert diese doch auf Tradition, einer anderen Auffassung von Gesetzgebungstechnik und den Interdependenzen mit dem anglo-amerikanischen case law.[63] Das österreichische Strafrecht hingegen berücksichtigt besondere Vulnerabilitäten durchaus differenziert und hat mit §§ 33 und 39a öStGB deren Berücksichtigung sogar vor die Klammer gezogen. Bei den einzelnen Deliktstatbeständen hingegen finden sich – ähnlich dem deutschen Recht – vor allem im Sexualstrafrecht besondere Vulnerabilitätsmerkmale als Anknüpfung. Über das Sexualstrafrecht hinaus finden diese eher punktuell Berücksichtigung. Hervorzuheben – und das ist eine Schnittmenge mit dem amerikanischen Recht – ist, dass auch Österreich Sonderregelungen für bestimmte Berufsgruppen kennt, nämlich Körperverletzungen zulasten von Rettungs- und Gesundheitspersonal und Kontroll- oder Fahrpersonal im öffentlichen Personenverkehr.

Insgesamt zeigt sich im ausländischen Recht ein Trend zur zunehmenden Berücksichtigung von Verletzlichkeiten im Strafrecht. Während dies im amerikanischen Recht zu einer Fülle von Einzelregelungen für Sonderfälle führt, geht Österreich einen gemischten Weg, der einerseits bestimmte Fälle tatbestandlich normiert, aber eine Generalklausel zur Berücksichtigung besonderer Schutzbedürftigkeit im Rahmen der Strafzumessung (inkl. einer Strafrahmenverschiebung) vorsieht. Für die deutsche Rechtsordnung erscheint das amerikanische Modell jedenfalls nicht vorzugswürdig zu sein, auch wenn sich hier vermehrt Regelungen finden, die besondere Situationen oder Berufsgruppen – wie beispielsweise bei § 188 StGB – erfassen sollen. Denn das deutsche Strafrecht zeichnet sich durch einen eher hohen Abstraktionsgrad aus,[64] dem eine Hypertrophie von Einzelfalltatbeständen widerspricht. Während Deutschland mit § 115 Abs. 3 StGB, dessen Standort recht unsystematisch gewählt worden ist,[65] Ansätze für die besondere Berücksichtigung von Rettungspersonal zeigt, lässt sich aus dem Vergleich mit den USA und Österreich aber auch ersehen, dass eine Ausweitung des Schutzes von Gesundheitspersonal und auch von Personal des öffentlichen Personenverkehrs durchaus ein gangbarer Weg ist, soweit diese Personengruppen besonderen Gefahren ausgesetzt sind.[66] Ob und in welchem Umfang weitere Anleihen am österreichischen Recht genommen werden sollten, soll in die folgende dogmatischen Überlegungen einfließen.

## IV. Vulnerabilität im Strafrecht: Dogmatische Überlegungen

Die Analyse zeigt, dass Vulnerabilitäten in verschiedenen Tatbeständen des Strafgesetzbuchs als ratio für die Begründung oder Schärfung von Strafen genutzt werden. Dabei ergibt sich, wie gesehen, kein konsistentes Bild. Vielmehr las-

[62] *Zweigert/Kötz* (Fn. 53), § 18 IV.
[63] *Zweigert/Kötz* (Fn. 53), § 14 V, sowie § 18 III ff.

[64] Vgl. dazu auch die sprachwissenschaftlichen Untersuchungen von *Bielawski*, Fachsprache XLII (2020), 115 (127 ff.).
[65] *Rosenau* (Fn. 25), § 115 Rn. 2; *Bosch* (Fn. 25), § 115 Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 26), § 115 Rn. 3a.
[66] Empirisch lässt sich jedenfalls eine gesteigerte Tendenz zu Übergriffen nachweisen, vgl. Deutsche Bahn/Berliner Morgenpost, Anzahl der Übergriffe gegen Mitarbeiter der Deutschen Bahn in den Jahren 2014 bis 2023, statista, abrufbar unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/609653/umfrage/uebergriffe-gegen-mitarbeiter-der-deutschen-bahn/ (14.2.2025);
Deutsche Bahn, Pressemitteilung v. 4.3.2023, abrufbar unter https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/Mehr-Uebergriffe-gegen-Bahnmitarbeitende-im-Jahr-2022-DB-verstaerkt-Schutzmassnahmen-10420160 (14.2.2025);
Deutsche Krankenhausgesellschaft, Pressemitteilung v. 17.4. 2024, abrufbar unter https://www.dkgev.de/dkg/presse/details/krankenhaus-personal-deutlich-staerker-von-gewalt-betroffen (14.2.2025);
*Blum/Löffert/Kräft*, Umfrage April 2024: Gewalt gegen Krankenhausmitarbeiter, 2024, abrufbar unter https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2024/2024_04_12_Blitzumfrage_-_Gewalt_gegen_Krankenhausmitarbeiter.pdf (14.2.2025).

sen sich deutliche Brüche und Inkonsistenzen erkennen, insbesondere, wenn man in einer Gesamtschau auf die Frage des Schutzes vulnerabler Personen schaut. In einem ersten Schritt wird daher zunächst noch einmal der Blick auf diese Probleme gerichtet (1.), bevor davon ausgehend in der Zusammenschau mit den Lösungsmöglichkeiten anderer Rechtsordnungen dogmatische Grundlegungen für die strafrechtliche Berücksichtigung von Vulnerabilitäten entwickelt werden (2.).

*1. Inkonsistenzen*

Wie bereits am Beispiel des Mordmerkmals der Heimtücke gezeigt, finden sich deutliche Inkonsistenzen beim Schutz vulnerabler Gruppen. Weitere Unstimmigkeiten finden sich auch bei den Körperverletzungsdelikten. So werden Schutzbefohlene durch § 225 StGB geschützt, allerdings ist hier der Anknüpfungspunkt das Quälen oder roh Misshandeln durch eine obhutspflichtige Person. Diese Handlung geht in ihrer Intensität deutlich über eine einfache Körperverletzung hinaus, weil dabei verlangt wird, dass erhebliche Verletzungen oder Leiden herbeigeführt werden bzw. Verletzungen über einen längeren Zeitraum erfolgen.[67] Der Strafrahmen entspricht dem des § 224 StGB. Wird aber ein Minderjähriger durch andere Personen gequält oder roh misshandelt, kann dies – sofern keines der Merkmale des § 224 StGB vorliegt – dazu führen, dass allein das Grunddelikt der Körperverletzung verwirklicht wird. Liegt ein Qualifikationsmerkmal vor, wäre auch die deutlich unterhalb der Schwelle der rohen Misshandlung oder des Quälens angesiedelte Körperverletzung mit demselben Strafrahmen versehen wie das Sonderdelikt des Obhutspflichtigen. Das erscheint in mehreren Richtungen nicht dem besonderen Schutzbedürfnis von Minderjährigen gerecht zu werden, die gegenüber Erwachsenen in der Regel schon konstitutionell geringere Abwehrmöglichkeiten haben. Gerade gegenüber den Obhutspflichtigen, auf deren Schutz und Fürsorge die Minderjährigen angewiesen sind, werden sie nur im Falle der besonders schweren Handlungen (quälen, roh misshandeln) geschützt und auch dann nur mit dem Strafrahmen der gefährlichen Körperverletzung, für die ein Sonderverhältnis gerade nicht maßgeblich ist. Der Unrechtsgehalt bei einer Tat nach § 225 StGB erscheint aber gerade aufgrund der besonderen Obhutspflicht deutlich höher als der einer gefährlichen Körperverletzung durch jedermann. Aber auch hier erscheint es unter Schutzgesichtspunkten nicht konsistent, dass die Gruppe der Minderjährigen nur bei Angriffen durch den Obhutspflichtigen besonders geschützt ist und selbst tiefgreifende oder länger andauernde Angriffe durch andere Personen möglicherweise nur als einfache Körperverletzung verfolgt werden können.

Es zeigt sich weiter, dass das Strafgesetzbuch bei den Sexualdelikten vulnerable Personengruppen und Situationen recht umfangreich berücksichtigt, dies aber bei anderen Deliktsgruppen nur punktuell tut, obwohl das Schutzbedürfnis – beispielsweise bei Minderjährigen oder behinderten Personen – auch bei anderen Rechtspositionen als der sexuellen Selbstbestimmung auf der Hand liegt. All dies zeichnet – gerade bei den Angriffen auf elementare Rechtspositionen wie körperliche Unversehrtheit und Leben – ein inkonsistentes Bild; der Schutz von Personen in vulnerablen Situationen oder Konstitutionen de lege lata ist bestenfalls das Produkt jeweils einzelfallbezogener Regulierung. Eine systematische und konsistente Berücksichtigung dieser Merkmale erfolgt nicht.

*2. Dogmatische Grundlegungen für die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten*

Damit stellt sich die Frage, wie eine konsistente Berücksichtigung von Vulnerabilitäten im Strafrecht aussehen kann. Dabei soll hier kein detaillierter Regelungsentwurf präsentiert werden – das würde den Umfang dieses Beitrags bei weitem übersteigen –, sondern Überlegungen zu dogmatischen Grundlegungen für die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten angestellt werden. Aus der vorangegangenen Analyse und bei Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Ergebnisse lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

*a) Einschätzungsprärogative und Konsistenz*

Ausgangspunkt ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, welche vulnerablen Gruppen oder Situationen erfasst werden sollen. Entscheidet sich der Gesetzgeber zu einer Regelung bei einer bestimmten Rechtsposition, gebietet es der Gedanke der Konsistenz, auch zu überprüfen, ob bei anderen geschützten Rechtspositionen ähnliche Schutzbedürfnisse bestehen und notwendige Veränderungen herbeizuführen.[68] Werden beispielsweise Kinder oder körperlich beeinträchtigte Personen im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung besonders geschützt, stellt sich logischerweise die Frage, warum dies nicht auch mit Blick auf die körperliche Unversehrtheit oder das Leben so ist. Daraus erwächst die dogmatische Forderung eines konsistenten und konsequenten Schutzes von Vulnerabilitäten: Hat der Gesetzgeber vulnerable Gruppen oder Situationen identifiziert und sich zu deren Berücksichtigung im Strafrecht entschieden, soll der Schutz nicht nur partikular erfolgen. Es bedarf vielmehr einer ganzheitlichen Berücksichtigung, insbesondere bei Rechtspositionen, die vergleichbar oder sogar in stärkerem Maße verletzlich erscheinen. Denn ansonsten ergeben sich – wie gezeigt – deutliche Wertungswidersprüche. Das bedeutet natürlich nicht, dass der Gesetzgeber – wie de lege lata zu sehen ist – nicht dazu befugt wäre, nur partikularen Schutz zu gewähren; dogmatisch konsistent erscheint dies aber freilich nicht.

*b) Gesteigerte Vulnerabilität als Anknüpfungspunkt*

In der Philosophie wird die Verletzlichkeit des Menschen als eine seiner Grundbedingungen angesehen, sie ist conditio humana:[69] Denn sie ist unausweichlich, unhintergehbar und betrifft jeden Menschen. Diese Vulnerabilität des Menschen an sich ergibt sich aus zwei Dimensionen: Einmal der leiblichen Dimension, in der der Körper die Verletzlichkeit auf-

[67] *Engländer* (Fn. 40), § 225 Rn. 7 ff.; *Hardtung* (Fn. 45), § 225 Rn. 11 ff.; *Sternberg-Lieben* (Fn. 45), § 225 Rn. 11 ff.

[68] *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (89 ff.); *Dann*, Der Staat 49 (2010), 630 (634 ff.).

[69] *Janssen*, Verletzbare Subjekte, 2018, S. 225; vgl. auch *Zabel*, RW 2020, 233 (254).

grund der Ausgesetztheit, Anfälligkeit, Naturabhängigkeit und dem unausweichlichen Tod begründet,[70] zum anderen die Dimension der Interdependenz; denn Menschen sind notwendigerweise auf andere Menschen angewiesen und damit verletzlich.[71] Auch die klassischen Kontraktualisten argumentieren letztlich mit der Verletzlichkeit jedes Menschen im Naturzustand, die zur allgemeinen Unsicherheit führt und es deshalb rational erscheinen lässt, durch einen Gesellschaftsvertrag – sei er auch nur fiktiv als Erklärungsmodell anzunehmen[72] – in den Zustand der rechtlich verfassten Gesellschaft überzugehen.[73] Durch die Schaffung des Staates, der für den Schutz der elementaren Rechte zu sorgen hat,[74] kommt es zu einem Ausgleich und zur Entlastung von Vorsorgemaßnahmen. Nur so kann der Mensch überhaupt in der Gesellschaft existieren: Durch die Aufgabe individueller Freiheit, bedingt durch die Schaffung der Rechtsgemeinschaft qua Übertragung natürlicher Rechte,[75] erkauft er sich Freiheit.[76]

Ist die Vulnerabilität jedes Menschen Ausgangspunkt der rechtlich verfassten Gesellschaft, so überträgt sich dies auf das Strafrecht; denn dieses ist das Mittel des Staates zur Durchsetzung der fundamentalen gesellschaftlichen Ordnung – mit Strafe bedroht werden diejenigen Handlungen, die derart sozialschädlich sind, dass sie einer staatlichen Reaktion, verbunden mit einem Unwerturteil bedürfen.[77] Dass dies die fundamentalen Rechte, deren Verteidigung sich das Individuum durch den Eintritt in den Gesellschaftszustand begeben hat, umfasst, versteht sich nahezu von selbst. Ohne den Staat als schützende Macht für diese fundamentalen Rechte wäre die gesamte Theorie des Gesellschaftsvertrags passé, der Zusammenschluss in der Gesellschaft geschieht ja gerade um den Schutz für diese Rechtspositionen.[78]

Was folgt daraus für die Frage der Vulnerabilität im Strafrecht? Deren Berücksichtigung zur Begründung eigener Straftatbestände oder einer Strafschärfung ist begründungsbedürftig. Eine solche Begründung muss sich auf die schützenswerte Rechtsposition beziehen und deutlich machen, warum diese Position durch die Vulnerabilität in besonderer Weise gefährdet bzw. anfällig für eine Schädigung ist. Die Personengruppe oder Situation muss sich so aus der Allgemeinheit herausheben, dass der Schutz der jeweiligen Rechtsposition durch den allgemeinen strafrechtlichen Schutz nicht mehr angemessen erscheint. Mit der Verletzung oder Ausnutzung der besonderen Vulnerabilität muss also ein gegenüber dem allgemein strafwürdigen Unrecht *signifikant gesteigertes Unrecht* einhergehen. So lässt sich die strafrechtliche Berücksichtigung von Verletzlichkeiten konsistent und nachvollziehbar begründen und gleichzeitig wird Anlass zur Reflexion gegeben, wie diese Vulnerabilität hinsichtlich der Rechtsposition über die allgemeine Verletzlichkeit jedes Menschen hinausgeht.[79] Solche gesteigerten Vulnerabilitäten können sich exemplarisch aus nicht vorhandenen oder eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten (z.B. bei Kindern, kranken oder behinderten Personen), aus mangelnder Verteidigungsbereitschaft (z.B. bei besonderem Vertrauen gegenüber Angehörigen) oder bei besonderer Exposition mit limitierter Reaktionsmöglichkeit (z.B. bei Rettungs-, Gesundheits-, Fahr- oder Kontrollpersonal) ergeben.

*c) Konstitution und Situation*

Aus der vorliegenden Analyse lassen sich zwei Gruppen von Anknüpfungsmöglichkeiten bei Vulnerabilitäten erkennen: Konstitutionelle und situationsgebundene Vulnerabilitäten.[80] Während erstere eine Person aufgrund von Merkmalen betreffen, die unveränderlich oder jedenfalls von gewisser Dauerhaftigkeit sind, ergeben sich letztere bei jeder Person, die in die Situation gerät, unabhängig von persönlichen Merkmalen. Diese beiden Optionen finden sich de lege lata im StGB und erscheinen auch jeweils rechtsvergleichend gewählte Möglichkeiten zu sein.

Die Wahl von *konstitutionellen Merkmalen* als Anknüpfungspunkt ermöglicht eine präzise Erfassung der Vulnerabilität und schafft kaum Unsicherheiten. Denn ob jemand schwanger, physisch oder psychisch eingeschränkt ist oder zu einer bestimmten Berufsgruppe gehört, lässt sich – auch im Strafverfahren – recht einfach feststellen. Allenfalls über die Frage welches Ausmaß eine Einschränkung haben muss, um strafrechtlich relevant zu werden, kann gestritten werden. Die Nutzung von *situativen Merkmalen* hingegen geht im Regelfall mit einem höheren Maß an Auslegungsbedürftigkeit und Unsicherheit einher, weil diese Merkmale – jedenfalls bislang

[70] *Coors*, in: Coors (Hrsg.), Moralische Dimensionen der Verletzlichkeit des Menschen, 2022, S. 85 (97 ff.); *Maio* (Fn. 38), S. 22 und 28 f.; *Gebauer*, Wie wird man ein Mensch?, 2020, S. 167 ff.; *Butler*, Gefährdetes Leben, 2005, S. 48.

[71] *Maio* (Fn. 38), S. 22 ff.; *Lévinas*, Jenseits des Seins oder anders als Sein geschieht, 2011, S. 131; vgl. auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 7), § 1 I 1 (S. 2).

[72] Vgl. *Hüttemann*, Zeitschrift für philosophische Forschung 58 (2004), 29 (45 ff.); zu Einwänden auch *Engländer*, GA 2017, 242 (248); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 66.

[73] *Hobbes*, Leviathan, 1651, S. 60 ff.; *Locke*, Two Treatises of Government, 1728, S. 153 ff.; *Rousseau*, Du contrat social, 1797, S. 26 ff.

[74] *Locke* (Fn. 73), S. 290 ff.; *Rousseau* (Fn. 73), S. 28 ff.

[75] Daraus ergibt sich ein reziproker Verzicht auf die eigenmächtige Durchsetzung der Rechte, vgl. *Hobbes* (Fn. 73), S. 64 f.

[76] *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, 2024, S. 95; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 197.

[77] Statt vieler *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 4; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 8), § 2 Rn. 8; *Renzikowski* (Fn. 8), Einl. Rn. 1. Vgl. auch *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 114 f. zur Aufrechterhaltung der Normgeltung.

[78] Siehe oben Fn. 73; vgl. auch *Renzikowski* (Fn. 8), Einl. Rn. 1; *Zabel*, RW 2020, 233 (235 ff.).

[79] Vgl. auch die kritischen Überlegungen zu einem Ausgleich von Vulnerabilitätsschutz und individueller Freiheit von *Zabel*, RW 2020, 233 (254 ff.); sowie bei *Rostalski* (Fn. 1), S. 158 ff.

[80] *Maio* (Fn. 38), S. 29 ff.

– recht weit gefasst werden: hilflose Lage, fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung, Überraschungsmoment. Teilweise wird die vulnerable Situation – wie bei einem Angriff mehrerer Personen – auch typisierend angenommen. Die Aufzählung zeigt, dass diese Merkmale normativ geprägt sind und ihre Feststellung daher aufwendiger ist – von klaren Fällen einmal abgesehen – als bei der Anknüpfung an die Konstitution. Dieses Problem ist freilich methodisch zu lösen.

Die Wahl der Anknüpfung hat hier mit Bedacht zu erfolgen, will man dem Schutz von Vulnerabilitäten keinen Bärendienst erweisen. Das gewählte Merkmal sollte – das wurde schon dargelegt – auf eine entsprechende Rechtsposition bezogen und derart beschaffen sein, dass gerade die Konstitution oder Situation zu einer gesteigerten Verletzlichkeit dieser Rechtsposition führt, die durch das allgemeine Schutzniveau nicht ausreichend erfasst wird. Durch eine Normierung sollen auch keine zusätzlichen Unsicherheiten geschaffen oder typischerweise vorkommende Fälle (unbeabsichtigt) ausgeklammert werden, anderenfalls wären die Normen dysfunktional oder stoßen jedenfalls auf gesteigertes Unverständnis. So erscheint es aus Schutzgründen durchaus fragwürdig, warum nicht jede Tötung eines Kleinstkindes als Heimtücke zu werten ist.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus begegnet daher beispielsweise der Vorschlag die „Ausnutzung der körperlichen Überlegenheit“ als Qualifikationsmerkmal für § 211 StGB und § 224 StGB zu etablieren,[81] erheblichen Bedenken.[82] Dieses Merkmal erscheint deswegen problematisch, weil es an eine Situation anknüpft, das nicht notwendigerweise eine ausreichend gesteigerte Vulnerabilität aufweist. Denn beim Aufeinandertreffen zweier Menschen ist kaum zu bestreiten, dass zwischen diesen im Regelfall irgendein körperlicher Unterschied, eine körperliche Überlegenheit, besteht. Zudem kann eine solche auch im Laufe der Tat eintreten, beispielsweise, wenn bei zwei ebenbürtigen Kontrahenten ein Schlag den anderen in der weiteren Verteidigung leicht beeinträchtigt. Diese Tat dann automatisch zu einer gefährlichen Körperverletzung zu eskalieren, nur weil eine leichte körperliche Überlegenheit vorliegt, erscheint unangemessen. Zudem stellt sich auch die Frage, welcher Anwendungsbereich für den Totschlag bliebe; denn eine erfolgreiche Tötung eines anderen ist in der Regel in einer körperlichen Überlegenheit – zumindest zum konkreten Tatzeitpunkt – begründet. Kurzum: Unterschiedliche körperliche Konstitutionen sind, vertragstheoretisch gesehen, gerade der Grund für den Übergang in den Gesellschaftszustand, um das Recht des Stärkeren zu verhindern.[83] Die einfache körperliche Überlegenheit, die nicht auf besonderen Konstitutionen basiert, ist daher bereits von den Grundtatbeständen erfasst.

*d) Qualifikation, Regelbeispiel oder Strafzumessung?*

Schließlich fragt sich, wie Vulnerabilitäten im Strafrecht berücksichtigt werden sollten. Wie sich gezeigt hat, stehen hierfür verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung: Schaffung eigener Straftatbestände, Qualifikationen, Regelbeispiele oder eine allgemeine Strafzumessungsregel wie in Österreich. Aus dem bisher Gesagten lässt sich festhalten: Da die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten ein derart gesteigertes Unrecht voraussetzt, das die Tat vom allgemeinen Strafrechtsschutz nicht (mehr) adäquat erfasst ist, sollte grundsätzlich die Möglichkeit der Qualifikation genutzt werden, die gerade für diese Vulnerabilität gilt. Denn diese signifikante Unrechtssteigerung rechtfertigt eine Qualifikation und nicht die bloße Anwendung einer Strafzumessungsregel. Wenn der Gesetzgeber eine Personengruppe oder Situation als so vulnerabel ansieht, dass diese einen besonderen Schutz durch das Strafrecht erhalten soll, ist ein bloßes Regelbeispiel mit der Abweichungsmöglichkeit des Gerichts im Rahmen der Verneinung der Indizwirkung des Regelbeispiels unangemessen.[84] Vielmehr drückt der Gesetzgeber durch die Berücksichtigung der Vulnerabilität bereits aus, dass eine Unrechtssteigerung zwangsläufig zu berücksichtigen ist. Darum erscheint auch die österreichische Lösung über eine allgemeine Strafzumessungsregel kein gangbarer Weg. Hier kommt hinzu, dass eine analog gefasste Regelung recht unbestimmt wäre und am Ende über eine bloße Anweisung an das Gericht, die in § 46 StGB vorgeschriebene Strafzumessung ordentlich durchzuführen nicht hinausgeht. Eine generelle Strafrahmenverschiebung erscheint hier zwar als möglicher Mittelweg, wird aber der jeweils auf die individuelle Rechtsposition bezogenen Beurteilung der Unrechtssteigerung nicht gerecht, wäre sie doch eine typisierende Generalisierung der Unrechtssteigerung. Schließlich folgt auch, dass eigenständige Tatbestände zur Berücksichtigung von Vulnerabilitäten sparsam zu schaffen sind: Grundsätzlich ist an die ohnehin strafrechtlich geschützte Rechtsposition anzuknüpfen; denn wo die Vulnerabilität besonderen Schutz erfordert, da ist – a maiore ad minus – auch die Rechtsposition bei fehlender Vulnerabilität schutzwürdig. Von diesem Grundsatz sind Ausnahmen nur dort anzuerkennen, wo die Vulnerabilität dafür sorgt, dass die Rechtsposition überhaupt strafrechtlich schutzwürdig wird, also das sozialethische Unwerturteil ohne eine solche nicht gefällt werden kann.

## V. Ausblick

In diesem Beitrag konnten dogmatische Grundlegungen für die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten im Strafrecht aufgezeigt werden. Diese Grundsätze bieten eine kohärente Richtschnur für die Frage, wie und wann Strafrecht mit gesteigerten Verletzlichkeiten umgehen kann. Notwendig ist eine vulnerable Personengruppe oder Situation, die sich derart von der allgemeinen Gefährdung der in Rede stehenden Rechtsposition abhebt, dass der strafrechtliche Schutz dieser Position mit Blick auf die Vulnerabilität nicht ausreichend bzw. unangemessen erscheint. Kurz gesagt: Der Schutz über das „allgemeine“ Strafrecht genügt nicht, um den gesteigerten Unrechtsgehalt aufgrund der besonderen Verletzlichkeit hinreichend abzubilden. Zu fordern ist weiter eine konsistente

[81] BT-Drs. 20/12085, S. 8 und 15 ff.
[82] *Dorneck*, NJW-aktuell 32/2024, 15; *Henneberger/Çelebi*, ZRP 2024, 181 (182).
[83] Siehe dazu oben III. 2. b).
[84] Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 77), Rn. 32; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 8), § 8 Rn. 7 f.

Ausgestaltung und die Wahrnehmung des Schutzauftrags durch den Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.

Folgt man diesen Überlegungen, so lassen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – exemplarisch einige Konsequenzen de lege ferenda aufzeigen: So wäre es angebracht, den Tatbestand des Mordes auf konstitutionell arg- oder wehrlose Personen zu erstrecken. Gleichermaßen böte es sich an, konstitutionell bedingt geminderte Verteidigungsmöglichkeiten als Qualifikation im Rahmen der Körperverletzungsdelikte zu berücksichtigen. Der Schutz von Berufsgruppen gegen tätliche Angriffe wäre empirisch zu begründen und könnte Gesundheits- und Rettungspersonal, Personal in besonders exponierten Teilen der Verwaltung sowie Fahr- und Kontrollpersonal öffentlicher Verkehrsmittel umfassen. Der besondere Ehrschutz i.R.v. § 188 StGB wäre kritisch zu hinterfragen, trifft „Hass im Netz" doch mittlerweile regelmäßig einen sehr breit gestreuten Personenkreis.

Vulnerabilität ist längst zum Schlagwort in der rechtswissenschaftlichen, wie auch in der rechtspolitischen Debatte geworden.[85] Wenn auch mehr und mehr die Rede von der vulnerablen Gesellschaft ist,[86] so ist aus strafrechtlicher Sicht eine Rückbesinnung auf den funktionellen Aspekt von Vulnerabilitäten notwendig. Strafrecht schützt Rechtspositionen gerade deshalb, weil diese verletzlich sind. Die Berücksichtigung gesteigerter Verletzlichkeiten bedarf daher einer guten, dogmatischen Begründung. Dieser Beitrag soll einen ersten Anstoß für eine dogmatische Diskussion um besondere Verletzlichkeiten im Strafrecht bieten. Es bedarf weiterer Untersuchungen zur Herausbildung einer konsistenten und leistungsfähigen strafrechtlichen Dogmatik der Vulnerabilität. Nur auf diesem Weg kann das Strafrecht seine freiheitssichernde Funktion realisieren: Es ist nicht nur „Magna Charta des Verbrechers"[87], sondern muss auch Magna Charta des Verletzlichen sein.

[85] Vgl. exemplarisch nur BT-Drs. 20/8082, S. 2 f.; BT-Drs. 20/6844, S. 2 f.; *Deutscher Ethikrat*, Vulnerabilität und Resilienz in der Krise – Ethische Kriterien für Entscheidungen in einer Pandemie, 2022; *Fontana*, JZ 2024, 910; *Hentzschel*, NJOZ 2024, 225; *Hoven*, ZRP 2024, 112 ff.; *Kersten*, NVwZ 2024, 614 (617 f.); *Dorneck/Steinhoff*, ZRP 2024, 177 (179 ff.).

[86] *Rostalski* (Fn. 1), S. 19 ff.; *Kersten/Rixen* (Fn. 1), S. 57 ff.

[87] *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 75 (80).

# Strafrechtliche Problemfelder des sog. Neonatizids

Von PD Dr. **Christoph Zehetgruber**, Münster*

*Die strafrechtliche Auseinandersetzung mit der (in der Terminologie des § 217 StGB a.F.) sog. Kindestötung erscheint gleichermaßen emotional aufgeladen wie hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung derartiger Taten diffizil. Der folgende Beitrag möchte nach einer allgemeinen Einführung in die Thematik Probleme in der strafrechtlichen Auseinandersetzung mit diesem Phänomen in Deutschland darstellen sowie einen Vorschlag zur Anwendung des Art. 213 Alt. 2 StGB im gegenwärtigen deutschen Strafrecht im Hinblick auf den Neonatizid bzw. pro futuro einen solchen einer expliziten strafrechtlichen Neuregelung desselben wagen.*

## I. Einleitung

Fälle von Tötungen Neugeborener beschäftigen die Strafgerichte wie die mediale Öffentlichkeit in steter Regelmäßigkeit. So verwarf am 12. November 2024 der BGH die Revision einer Angeklagten, welche vom LG Ulm wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung an ihrem neugeborenen Sohn zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt worden war.[1] Die Angeklagte hatte den Neugeborenen unmittelbar nach der Geburt unbekleidet in einen Altglascontainer abgelegt, da sie ihr Leben nicht mit einem weiteren Kind belasten wollte; nur durch die glückliche Fügung des Auffindens des Kindes durch einen Passanten überlebte der bereits stark unterkühlte Säugling.[2] Am 15.12.2022 verurteilte das LG Mönchengladbach eine 24-jährige Frau wegen Totschlags an ihrer neugeborenen Tochter im Zustand verminderter Schuldfähigkeit zu neun Jahren Freiheitsstrafe und Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung, wobei die Staatsanwaltschaft im gegenständlichen Fall eine lebenslange Freiheitsstrafe wegen Mordes aus sonst niedrigen Beweggründen gefordert hatte.[3] Die rechtliche Einordnung derartiger Taten an Neugeborenen erfolgt seit dem Außerkrafttreten der sog. Kindestötung des § 217 StGB a.F.[4] durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) mit 1.4.1998[5] in Deutschland nach dem allgemeinen Regelungsregime der Tötungsdelikte,[6] wiewohl teilweise in inhaltlicher Hinsicht auf § 217 StGB a.F. weiterhin Bezug genommen wird und jener (obgleich nicht mehr in Geltung stehend) bisweilen gleichsam „subkutane" bzw. „nachträgliche" direkte und mittelbare Wirkungen entfaltet bzw. als inhaltliche Leitlinie bei der Abgrenzung bedeutender Fragestellungen durch die Rechtsprechung herangezogen wird. Insofern ist es geboten und für die Darstellung der strafrechtlichen Dimension der Behandlung des Neonatizids notwendig, § 217 StGB a.F. in diesem Kontext näher zu betrachten und auf diesen Bezug zu nehmen. Darüber hinaus reizt (gerade wegen der grundsätzlich unterschiedlichen strafrechtlichen Einordnung in Bezug auf das Phänomen) auch der Blick über die nationale Grenze, besitzen doch etwa Österreich und auch

* Der *Verf.* ist im Sommersemester 2025 Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und ein strafrechtliches Spezialgebiet an der Universität Münster.

[1] LG Ulm, Urt. v. 13.5.2024 – 3 Ks 61 Js 22379/23 (unveröffentlicht).

[2] Siehe nur Pressemitteilung Nr. 221/2024 vom 20.11.2024 – Verurteilung wegen versuchten Mordes an Neugeborenem in Ulm rechtskräftig, abrufbar unter https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024221.html?nn=19698724 (10.7.2025).

[3] Spiegel v. 15.12.2022, abrufbar unter https://www.spiegel.de/panorama/justiz/moenchengladbach-fall-rabea-neun-jahre-haft-fuer-mutter-des-getoeteten-saeuglings-a-6772deec-dac8-41aa-92c4-78d72249ec2d (10.7.2025).

[4] *Höynck/Zähringer/Behnsen*, Neonatizid, Expertise im Rahmen des Projekts „Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland – Fallzahlen, Angebote, Kontexte", 2012, S. 51, abrufbar unter https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/Projekt_Babyklappen/Berichte/Expertise_Neonatizid.pdf (10.7.2025);
*Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, S. 595. § 217 StGB a.F. (Kindestötung) lautete in seiner letztgültigen Fassung folgendermaßen: „(1) Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren."

[5] Vgl. nur etwa *Banaschak/Rothschild*, in: Neubacher/Kubink (Hrsg.), Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug, Gedächnisschrift für Michael Walter, 2014, S. 30; *Behnsen*, Strafzumessung bei Neonatizid – Eine empirische Untersuchung anhand von Strafverfahrensakten, 2023, S. VIII, 1, 5; *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 213 Rn. 17; *Brambring*, Kindestötung (§ 217 StGB a.F.) – Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010, S. 3, 153; *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50, 51; *Straßmaier*, in: Straßmaier/Werbik (Hrsg.), Aggression und Gewalt – Theorien, Analysen und Befunde, 2018, S. 302; *Joerden*, in: Wittwer/Schäfer/Frewer (Hrsg.), Sterben und Tod, Ein interdisziplinäres Handbuch, 2. Aufl. 2020, S. 391; *Hirsch*, in: Arnold (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht – Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 309; *Zabel*, FPPK 2011, 261 (266); *ders.*, HRRS 9/2010, 403; *Schmoller*, in: Dölling (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 369 (370); *Deutsch*, in: Häßler/Schepker/Schläfke (Hrsg.), Kindstod und Kindstötung, 2008, S. 55 (67); *Birklbauer*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2023, § 79 Rn. 9.

[6] Siehe nur *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Aufl. 2025, § 213 Rn. 14a; *Lammel*, FPPK 2009, 22 (23); *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 51; *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; *Zabel*, FPPK 2011, 261 (262); *ders.*, HRRS 9/2010, 403 mit Nachweisen in Fn. 5.

die Schweiz (sowohl in Bezug auf § 217 StGB a.F. als auch im Hinblick auf die gegenwärtige Rechtslage nach deutschem Recht) recht differente strafrechtliche Vorschriften der strafrechtlichen Reaktion in Bezug auf die Tötung von Neugeborenen.[7]

## II. Neonatizid als Phänomen und Begriff, Häufigkeit des Auftretens und Dunkelziffer, medizinisch-psychiatrische Aspekte

### *1. Neonatizid, Infantizid und Filizid als Begriffe der Tötungsdelinquenz an Kindern*

Der Begriff des Neonatizids ist (wie auch die des Infantizids sowie des Filizids) ein aus der medizinisch-psychiatrischen Forschung entlehnter[8] und bezeichnet die Tötung eines Kindes innerhalb der ersten 24 Stunden nach dessen Geburt.[9] Davon wird im einschlägigen Schrifttum der Infantizid abgegrenzt, welcher die Tötung von Kindern meint, die innerhalb des Zeitraums ihres zweiten Lebenstags bis zu einem Jahr nach der Geburt erfolgt.[10] Unter dem Terminus Filizid wird schließlich die Tötung eines Kindes, welches älter als ein Jahr ist, erfasst,[11] wobei der 14. Geburtstages des Kindes (unter Bezugnahme auf deutsches Recht) hierbei die sachliche Grenze des Begriffs bildet.[12] Die in § 217 StGB a.F. sowie in einschlägigen Entscheidungen verwendeten Begriffe der „Kindes-" oder „Kindstötung" sind im formal-technischen Sinn dem Grunde nach allein auf Fälle des Neonatizids bezogen,[13] werden jedoch im allgemeinen Sprachgebrauch für alle drei genannten Kategorien synonym verwendet.

### *2. Das Phänomen Neonatizid – Risikofaktoren und (mögliche) Verhinderungsstrategien*

Welche Faktoren bzw. Prädispositionen sind geeignet, Tötungen an Neugeborenen zu begünstigen? In Bezug auf die die Tat verübenden Personen ist festzuhalten, dass Neugeborenentötungen primär von Frauen begangen werden,[14] bei welchen zumindest einige gemeinsame Charakteristika in Bezug auf ihre Persönlichkeitsstruktur sowie ihr Verhalten im Umgang mit der Schwangerschaft herausgestellt werden können. Täterinnen werden als introvertierte, gehemmte und verschlossene Frauen mit eher passiver Persönlichkeit beschrieben,[15] welche teilweise noch im Elternhaus leben, häufig ledig und durchschnittlich intelligent sowie strafrechtlich noch nicht oft in Erscheinung getreten sind.[16]

#### *a) Die negierte bzw. abgewehrte Schwangerschaft*

Ein besonders gravierender und die Gefahr eines Neonatizids begünstigender Faktor spielt Analysen zufolge der Umstand der abgewehrten bzw. negierten Schwangerschaft,[17] welche in differenten, bisweilen nicht vollständig klar abgrenzbaren und sich teilweise auch überlappenden Formen ausgestaltet sein kann.[18]

Die erste ist die einer „nicht wahrgenommenen Schwangerschaft",[19] die erst mit dem Beginn des Geburtsvorgangs realisiert wird, und die häufig Frauen mit mangelnder Körperwahrnehmung betrifft,[20] einer „verleugneten Gravidität", die sich darin äußert, dass der schwangere Zustand durch die Schwangere zwar bemerkt, dieses Wissen subjektiv jedoch so weit verdrängt wird, dass die Überzeugung besteht, nicht

[7] Vgl. hierzu die einschlägigen Normen in Österreich (§ 79 öStGB) und der Schweiz (Art. 116 schwStGB). Insbesondere die österreichische Vorschrift soll im Rahmen der Darstellung einer etwas vertieften Betrachtung unterzogen werden; für einen erhellenden Einblick in die strafrechtliche Behandlung des Phänomens in weiteren europäischen wie außereuropäischen Staaten vgl. ausführlich nur *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 52–62.

[8] *Behnsen* (Fn. 5), S. 1.

[9] *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813; *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 29; *Behnsen* (Fn. 5), S. 1 mit Nachweisen; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; unter (insofern problematischer) Bezugnahme auf § 79 öStGB *Orthofer/Orthofer*, Pädiatrie & Pädologie 2013, 22.

[10] *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; *Behnsen* (Fn. 5), S. 1.

[11] *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; *Behnsen* (Fn. 5), S. 1.

[12] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595.

[13] Vgl. zu diesem Aspekt *Behnsen* (Fn. 5), S. 1.

[14] *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 29; *Behnsen* (Fn. 5), S. 1, 2 mit Nachweisen.

[15] Siehe insofern auch *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813, unter Betonung eines Mangels an Problemlösungsstrategien und auf Grund von erheblichen Persönlichkeitsproblematiken bei Neonatiziden verübenden Müttern, welche im Zeitpunkt der Geburt in Panik verfallen und als mögliche Folge zur Tötung des Neugeborenen schreiten können.

[16] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (596 mit Nachweisen in Fn. 1, 12, 13, 15, 20).

[17] Vgl. zu den – bisweilen hinsichtlich ihrer Trennschärfe in Frage gestellten Begriffen und deren Inhalt – nur BGH BeckRS 2017, 132361 Rn. 14, 15; *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 ff.: *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (597, 598); *Sukop*, Der Gynäkologe 2014, 215; *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813; *Zabel*, HRRS 9/2010, 403 (407) mit Verweis auf *Lammel* in Fn. 43; *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (314) und Verweis auf eine „Durchsicht von RG- und BGH-Entscheidungen" zu § 217 StGB a.F., jedoch kritisch gegenüber einer Wirkung des Geburtsaffekts auf eine etwaige, dadurch ausgelöste Tötungshemmung; ausführlich *Lammel*, FPPK 2008, 96 (99–103), *ders.*, in: Häßler/Schepker/Schläfke (Fn. 5), S. 73 (103 ff.), der den Terminus „abgewehrte Geburt" bevorzugt; *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (374, 375); *Zabel*, HRRS 9/2010, 403 (407) mit Verweis auf *Gerchow*; vgl. auch *Blanke*, Die Kindestötung in rechtlicher und kriminologischer Hinsicht, 1966, S. 179 ff.

[18] Siehe insofern nur *Straßmaier* (Fn. 5), S. 309 („relative Insuffizienz der Kategorien").

[19] *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 304.

[20] *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614.

schwanger zu sein.[21] Davon zu unterscheiden sind die „ignorierte Schwangerschaft", bei welcher ein Bewusstsein für die Schwangerschaft bei der Schwangeren besteht, über diese sich jedoch keine Gedanken gemacht und jene gedanklich „beiseitegeschoben" wird,[22] und die „verheimlichte Schwangerschaft", die durch Wissen der Schwangeren um ihren Zustand gekennzeichnet ist, und eine stärkere Auseinandersetzung mit jener, ihren Folgen und Alternativen zum Behalten des Kindes (etwa einen Schwangerschaftsabbruch, eine Adoption, eine vertrauliche Geburt oder die Abgabe in einer Babyklappe[23]) mit sich bringt.[24] In extrem seltenen Ausnahmefällen ereignen sich Neonatizide ferner nach einer „nicht verheimlichten Schwangerschaft".[25] Als Folge einer verdrängten/verheimlichten Schwangerschaft kann sich die besondere psychodynamische Situation der Frauen zu einer Zwangslage, welche (als Flucht aus der belastenden Situation empfunden) zur Tötung des neugeborenen Kindes führt, verdichten, da jene, von der Geburt (mehr oder weniger) überrascht, in Panik verfallen.[26] Diese Belastungsfaktoren und vormalig in § 217 StGB a.F. (eindeutig zumindest hinsichtlich des sog. Geburtsaffekts) niedergelegten Gründe der Privilegierung sind jedoch grundsätzlich und klar von jenen pathologischen Zuständen zu unterscheiden, die die Rechtswirkungen der §§ 20, 21 StGB auslösen.[27] In der deutschsprachigen medizinischen Literatur wird – gerade wegen der angesprochenen Persönlichkeitsstruktur der Neonatizide begehenden Täterinnen, welche sehr häufig durch ein (wie immer im Einzelnen ausgestaltetes) Negieren der Schwangerschaft gekennzeichnet sind[28] – die Wirksamkeit von Babyklappen und anonymer bzw. vertraulicher Geburt als nicht zielführend erachtet,[29] da diese Angebote höchstwahrscheinlich Personen mit einer differenten Psychodynamik (gerade in Bezug auf Problemlösungskompetenzen) ansprechen.[30] Eine Beibehaltung der genannten Instrumente zur Verhinderung von Neonatiziden ist (neben dem weiteren Ausbau niederschwelliger Beratungsangebote)[31] dennoch angebracht, da es sich zumindest um weitere Optionen der Vermeidung von Neugeborenentötungen handelt, welche dem Grunde nach die Möglichkeit der Verhinderung derartiger Taten bieten.[32]

*b) Der sog. Geburtsaffekt*

Neben der sog. „negierten Schwangerschaft" als sehr häufig auftretende Besonderheit bei Neonatiziden stellt sich in diesem Kontext auch der durch die vielfältigen Belastungen der Geburt bedingte, psychische wie physische Ausnahmezustand der Frau im Sinne eines sog. schuldmindernden Geburts-

[21] *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (615), die für diese Kategorie auf Kriterien wie unbefangene Arztbesuche, ebensolche soziale wie sexuelle Aktivitäten und einen vollkommenden Mangel an geburtsvorbereitenden Maßnahmen als objektive Indikatoren verweisen.

[22] *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (615); *Straßmaier* (Fn. 5), S. 304, 308, 309.

[23] Das Konzept der Babyklappe und der sog. Findelhäuser stellt sich als sehr traditionsreiches und bereits seit dem 8. Jahrhundert im Zusammenhang mit einer Empfehlung des Konzils von Rouen, welches sich für die Abgabe von Kindern unehelicher Mütter in kirchliche Einrichtungen aussprach, bekanntes dar; siehe hierzu nur *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813; ähnlich *Sukop*, Der Gynäkologe 2014, 215 (216), der die Idee der Babyklappe bereits als im 5. Jahrhundert vorhanden ansieht.

[24] Siehe zu allen genannten Formen übersichtlich etwa *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (598); *Straßmaier* (Fn. 5), S. 304.

[25] Vgl. hierzu nur *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (598).

[26] Siehe allgemein *Sukop*, Der Gynäkologe 2014, 215 (216); ähnlich *Behnsen* (Fn. 5), S. VIII; *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (617), welche darauf hinweisen, dass die Negierung der Schwangerschaft zwar einen hohen Risikofaktor für die Verübung eines späteren Neonatizids darstellt, und die „weitere Entwicklung oftmals auch vom Zufall abzuhängen" scheint (siehe auch *Lammel*, FPPK 2008, 96 [102]; *ders.*, FPPK 2009, 22 [30]), dass jedoch nicht jede verdrängte Schwangerschaft zwangsläufig zu einem Neonatizid führe. So wären deutschlandweit jährlich etwa 1.600 „verdrängte Schwangerschaften" zu verzeichnen, jedoch nur zwischen 20 und 40 Neonatizide; siehe *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (617 mit Verweis auf Quellen in Fn. 4 und 2).

[27] *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97, 98); *ders.* (Fn. 17), S. 80, 138; *ders.*, FPPK 2009, 22 (25, 26, 30).

[28] Akzentuiert *Lammel*, FPPK 2009, 22 (30).

[29] *Orthofer/Orthofer*, Pädiatrie & Pädologie 2013, 22 (24); *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813 ff.; *Sukop*, Der Gynäkologe 2014, 215 mit Nachweisen; *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (618); vgl. ferner *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 30.

[30] *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813 (814 mit Nachweisen in Fn. 16); *Schlotz/Louda/Marneros/Rohde*, Der Gynäkologe 2009, 614 (618); *Lammel*, FPPK 2009, 22 (30).

[31] *Straßmaier* (Fn. 5), S. 317; *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813 (817 mit Verweis auf den Deutschen Ethikrat).

[32] So ferner *Straßmaier* (Fn. 5), S. 316; vgl. auch *Orthofer/Orthofer*, Pädiatrie & Pädologie 2013, 22 mit Verweis auf Fn. 2 unter Wiedergabe der Ansicht der Österreichischen Bioethikkommission. A.A. als ihr österreichisches Pendant war 2009 etwa der Deutsche Ethikrat, der sowohl die Abschaffung der Babyklappe als auch jene der sog anonymen Geburt befürwortete; siehe nur *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813 (814 mit Nachweisen in Fn. 6). Die Argumentation der Abschaffungsbefürworter betrifft jedoch einen anderen – unbestritten schwierigen und für die betroffenen Kinder mitunter als sehr schmerzhaft empfundenen – Aspekt: jenen der möglicherweise fehlenden Identitätsbildung des Kindes bei Abgabe in einer Babyklappe oder bei anonymer oder vertraulicher Geburt (vgl. nur *Werner*, Der Gynäkologe 2010, 813 [814, 816, 817, 818]; ähnlich im Ergebnis *Orthofer/Orthofer*, Pädiatrie & Pädologie 2013, 22 [25]); dieser hat jedoch mit dem (trotz aller Kritik) möglichen Verhinderungspotential der umstrittenen Instrumente wenig zu tun.

affekts als zu beachten und wesentlich dar.[33] Ein solcher Geburtsaffekt wurde (zumindest seit den 1960er Jahren)[34] als primäre oder auch vorherrschende Begründung für die Privilegierung nach § 217 StGB a.F. qualifiziert,[35] während die Jahrzehnte zuvor der (aus unterschiedlichen Gründen zur Gänze abzulehnende) moralisierende Maßstab eines sog. „Ehrennotstandes“[36] für die Mutter eines unehelichen Kindes als Begründung der Besserstellung dieser besonderen Form der Tötungsdelinquenz herangezogen wurde. Der Geburtsaffekt, über dessen Vorhandensein und (sofern als gegeben angenommen), dessen strafrechtliche Auswirkungen in der medizinischen Wissenschaft mitunter kontrovers diskutiert wurde,[37] sieht sich in der juristischen Debatte kaum Ablehnungstendenzen als solchen ausgesetzt, sodass dessen (im Einzelfall gutachterlich festzustellende) Existenz für die juristische Beurteilung in dieser Darstellung dem Grunde nach nicht in Frage gestellt wird.[38]

*3. Zur Häufigkeit des Auftretens von Neonatiziden in Deutschland sowie der diesbezüglichen Dunkelziffer*

Neueren Schätzungen zufolge werden in Deutschland pro Jahr (exklusive einer als hoch eingeschätzten Dunkelziffer, hierzu sogleich) etwa 30 Neonatizide verübt.[39] In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass seit der ersatzlosen Streichung des § 217 StGB a.F. (formal folgerichtig) keine gesonderten Zahlen von Neugeborenentötungen mehr in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) erhoben werden,[40] die Zahl der bekannt gewordenen Tötungen jedoch seit den 1950er Jahren abgenommen hat[41] und sich ab etwa Ende der 1990er auf einem konstanten Niveau hält.[42] Der Umstand der recht geringen Zahl an bekannt gewordenen Taten schwebte neben der (im Aspekt der Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern zu Recht konstatierten[43])[44] man-

[33] *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (307, 308: jede Geburt bewirke eine „psychosomatische Erschütterung“, und jede Mutter befinde sich kurz nach der Geburt in einem „Geburtsaffekt“); kritisch *Joerden* (Fn. 5), S. 391; ebenso (jedoch in diesem Punkt nur bedingt aussagekräftig) *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (374, der im Jahre 2002 darauf hinweist, „dass nach heutiger rechtsmedizinischer Erkenntnis“ ein solcher Geburtsaffekt keine Herabsetzung der Zurechnungsfähigkeit bewirken würde, dabei jedoch bei der Zitierung von Quellen aus den Jahren 1964–1997 in Fn. 27 keineswegs die damalig-heutige Literatur heranzieht. *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18, meinen mit Blick auf die denkbare Anwendung des § 213 Alt. 2 StGB auf Fälle des § 217 StGB a.F., dass die in der Regel „mit dem Erregungszustand der Mutter während der Geburt erfolgende Belastung“ (gemeint wohl der Geburtsaffekt) einen Neonatizid regelmäßig vom Normalfall der vorsätzlichen Tötung nach § 212 StGB abhebe, sodass die Anwendung des diesbezüglichen Regelstrafrahmens unangemessen wäre; siehe hierzu auch BGH NStZ-RR 2004, 80; BGH NStZ-RR 2018, 14.

[34] *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (313) und Verweis auf *Blanke* macht die durch den Akt der Geburt verminderte Zurechnungsfähigkeit der Mutter bereits als „überwiegendes Motiv“ für den Gesetzgeber des Jahres 1851 bei der damaligen Regelung der Kindestötung aus; ausführlich bereits *Blanke* (Fn. 17), S. 164 ff.

[35] So eindeutig *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50, 51, in Bezug auf diesen Geburtsaffekt sowie die Negierung der Schwangerschaft als maßgebliche, durch medizinische Studien nachgewiesene Risikofaktoren für die Begehung eines Neonatizids. Auch die Begründung zur Abschaffung des § 217 StGB a.F. sprach in diesem Kontext von einer „psychischen Ausnahmesituation“; siehe BT-Drs. 13/8587, S. 34; *Joerden* (Fn. 5), S. 393 mit Nachweisen.

[36] Vgl. nur *Joerden* (Fn. 5), S. 391; *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (373, 374); *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (297, 298); *Lammel*, FPPK 2008, 96 (98); *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50 mit Nachweisen in Fn. 132; *Rump/Hammer*, NStZ 1994, 69 (70).

[37] Vgl. *Joerden* (Fn. 5), S. 391; *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (314, 315); *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (68).

[38] Der BGH erkennt dem Grunde nach das Vorliegen einer physischen wie psychischen Ausnahmesituation i.S.e. Geburtsaffekts an, ohne diesen jedoch als solchen zu benennen; siehe etwa BGH NStZ-RR 2004, 80; BGH NStZ-RR 2005, 168; BGH BeckRS 2017, 132361 Rn. 18; BGH NStZ 2009, 439 (440); BGH NStZ-RR 2018, 14.

[39] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 17, 18 gehen im bundesweiten Hellfeld von 25–35 Opfern von Neonatiziden pro Jahr aus, und orten eine gewisse Stabilität dieser Zahlen seit den 1980er Jahren.

[40] Siehe *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 11 ff.; *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (69); *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 30.

[41] Allgemein hierzu *Joerden* (Fn. 5), S. 393. Insofern wird an Bündel an Gründen für den Rückgang der (bekannt gewordenen) Neonatizide ins Feld geführt, wie gewandelte Moralvorstellungen hinsichtlich lediger Mütter bzw. nichtehelicher Kinder in der Gesellschaft, eine verbesserte Sexualaufklärung in der Bevölkerung, kostenlose Beratungsangebote im Schwangerschaftsfall und finanzielle Unterstützungen (sog. Kindergeld) sowie die zunehmende Verbreitung der Nutzung empfängnisverhütender Mittel; vgl. hierzu nur *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (295, 298); *Joerden* (Fn. 5), S. 393; *Orthofer/Orthofer*, Pädiatrie & Pädologie 2013, 24.

[42] *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302; *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595.

[43] *Brambring* (Fn. 5), S. 165; so auch *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97), der es (zustimmungswürdig) für die Entsprechung der Zeitgemäßheit des § 217 StGB a.F. als ausreichend empfunden hätte, schlicht das Wort „nichtehelich“ aus der genannten Norm zu streichen; i.d.S. auch *Michalik*, Feministische Studien 1/1994, 44 (54); siehe ferner *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (66).

[44] Darüber hinaus wäre eine Aufhebung der Norm wegen Verfassungswidrigkeit (sowohl hinsichtlich Art. 6 GG als auch Art. 3 GG im Hinblick auf die unterschiedliche Behandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder) wohl ebenfalls nahegelegen, welcher der Gesetzgeber mit der ersatzlosen Streichung des § 217 StGB a.F. zuvorkam; vgl. allgemein zur

gelnden Zeitgemäßheit des § 217 StGB a.F. [45] – dem Gesetzgeber bei der Abschaffung der Norm als Grund vor,[46] was im Hinblick auf die hohen Dunkelfeldziffern[47] in diesem Bereich retrospektiv als allzu vorschnelles Agieren[48] bewertet werden muss. Die gegenständliche Eliminierung des § 217 StGB a.F. aus dem Rechtsbestand wurde ohne Billigung des Bundesrates durchgeführt,[49] welcher sich unter Streichung des Wortes „nichteheliches" in der Vorschrift für eine Beibehaltung derselben ausgesprochen hatte, und hierbei mit der besonderen Ausnahmesituation (dem Geburtsaffekt, Anm. des *Verf.*) argumentierte, in welcher sich jede Mutter (unabhängig ihres Familienstandes oder jenes des Kindes) befinde, die ihr Kind während oder im unmittelbaren Anschluss an die Geburt töte.[50] Nach Auffassung des Bundesrates würde die Ahndung einer solchen Tat unter den Kautelen der §§ 212 oder 211 StGB derselben nicht gerecht.[51] Auch die Aussage des Gesetzgebers (im konkreten Fall: Gesetznehmers), die nicht durch die Kriminalstatistik ausgewiesenen Fälle der Tötung eines Kindes durch die „eheliche Mutter" werde „in der Praxis eine ähnlich untergeordnete Bedeutung" wie die in den Jahren 1986 bis 1994 in die Statistik eingeflossenen Fälle des § 217 StGB a.F. haben,[52] ist – angesichts der Dunkelziffer aller Neonatizide – eine weder im Zeitpunkt der Aussage noch retrospektiv gelungene bzw. zutreffende. Mehrere Faktoren sprechen für eine hohe im Dunkelfeld liegende Zahl an nicht bekannt gewordenen Taten: Neonatizid ist (sowohl in Bezug auf das Vortatverhalten als auch die tatsächliche Tatausführung) ein per se heimliches Delikt.[53] Zum einen werden einige Tatopfer wohl schlicht niemals aufgefunden, geht das Verbergen bzw. Verschwindenlassen einer Säuglingsleiche auf Grund ihrer Größe (im Verhältnis zu jenem einer erwachsenen Person) doch relativ einfach vonstatten.[54] Da aller Regel nach die Schwangerschaft im Vorfeld der Tat nicht publik gemacht, sondern nach Möglichkeit verheimlicht bzw. negiert wurde, ist die Existenz des späteren Tatopfers anderen Personen darüber hinaus zumeist nicht bekannt.[55] Beim Auffinden eines getöteten Säuglings führt der Aspekt des Verheimlichens ferner bisweilen dazu, dass eine verdächtige Person nicht

diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Diskussion um § 217 StGB a.F. nur (und inhaltlich u.a. deshalb wenig überzeugend, da explizit moralisierend auf „die psychologische und psychopathologische Gemütsverfassung der nichtehelichen Gebärenden" und nicht allgemein auf den sog. Geburtsaffekt für alle Frauen rekurrierend) *Hussels*, NStZ 1994, 526 (527); ähnlich auch OLG Frankfurt a.M. NJW 1950, 157 (158), welches auf die „besondere seelische Verfassung der unehelichen Mutter", welche ihre Schuld geringer erscheinen lasse, abstellte; für Verfassungswidrigkeit der Vorschrift plädierend, im Detail jedoch ebenfalls fragwürdig *Rump/Hammer*, NStZ 1994, 69 (70), welche u.a. das Phänomen der „negierten Schwangerschaft" und der insofern unvermuteten und überraschenden Geburt mit der Behauptung, „die ‚nichteheliche' Gebärdende" hätte „vielmehr in der 9 Monate währenden Schwangerschaft hinreichend Zeit, sich mit der neuen Situation auseinanderzusetzen" als wenig maßgeblich erachten.

[45] BT-Drs. 13/8587, S. 14; *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 17; *Behnsen* (Fn. 5), S. 5 mit Nachweisen; *Zabel*, FPPK 2011, 261; kritisch *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97). *Schmoller* ([Fn. 5], S. 369 [370]) interpretiert die angesprochenen Begründungen für die Abschaffung nach ihrem Wortlaut (vertretbar) in der Art und Weise, dass „eine privilegierende Sonderregelung für die Tötung neugeborener Kinder überhaupt als nicht mehr zeitgemäß angesehen" wurde.

[46] BT-Drs. 13/8587, S. 34; *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 17; ablehnend *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97).

[47] Siehe *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97) unter Verweis darauf, dass einerseits die Anzahl der getöteten Neugeborenen durch verheiratete Mütter „seit jeher", somit auch im Zeitraum der Geltung des § 217 StGB a.F., unbekannt geblieben ist, und andererseits wegen des Nichtauffindens sämtlicher getöteter Neugeborenenleichen die Dunkelziffer hoch sein dürfte; *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (294 mit Nachweisen der Annahme unterschiedlichster Relationen der Hell- und Dunkelfeldtaten in Bezug auf Neugeborenentötungen); *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (602); *Lammel* (Fn. 17), S. 73 (78); *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 17, welche darauf hinweisen, dass die Schätzung der Korrelation zwischen bekannten und unbekannten Neonatiziden in Deutschland per se schwierig sei, jedoch als „nicht gering" zu verstehen sei, und die mit Nachweisen Schätzungen zwischen erkannten und unerkannten Neonatiziden im Verhältnis von 1:10 bis maximal 1:30 nennen, wobei sie insbesondere dem früher durch die damals technischen Möglichkeiten des simpleren Verschwindenlassen der toten Neugeborenen durch die Abwassersysteme der deutschen Großstädte größeren Platz einräumen. Jedenfalls zeigt diese Annäherung an das Dunkelfeld auf, dass die Annahme eines in der Realität „kaum mehr vorhandenen Delikts" in dieser Generalität wenig überzeugt.

[48] Ähnlich *Brambring* (Fn. 5), S. 165. In anderer Form kritisch *Lammel*, FPPK 2009, 22 (23 mit Verweis auf *Lammel* in Fn. 17) der die Aufgabe des § 217 StGB a.F. in Bezug auf den „Verlust eines Beurteilungsmaßstabs" als „leichtfertig" bewertet und darüber hinaus die Befürchtung äußert, dass das Bewusstsein für die Differenzierung zwischen Privilegierungs- und Dekulpierungsgründen dadurch verloren gehen könnte.

[49] BT-Drs. 13/8587, S. 59, 60; *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 51 Fn. 138; *Behnsen* (Fn. 5), S. 5.

[50] BT-Drs. 13/8587, S. 60; *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (69); *Behnsen* (Fn. 5), S. 5.

[51] BT-Drs. 13/8587, S. 60; *Behnsen* (Fn. 5), S. 5.

[52] Siehe BT-Drs. 13/8587, S. 34.

[53] Ähnlich *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 (602 mit Verweis auf *Lammel* in Fn. 9).

[54] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302.

[55] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 mit Verweis auf Fn. 6; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 302, 303; *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (294 mit Verweis auf *Blanke* in Fn. 11 und dem Hinweis der fehlenden behördlichen Registrierung eines Neugeborenen).

ermittelt werden kann,[56] und je nach Liegezeit und Fäulnisveränderungen bzw. allgemeinen Zersetzungserscheinungen des im Verhältnis zum erwachsenen Menschen recht kleinen Körpers können sich Schwierigkeiten der Feststellung der Lebendgeburt (etwa mittels der in den deutschsprachigen europäischen Ländern anerkannten sog. Lebensprobe nach Entnahme des Hals-Lungen-Organpakets und Gabe desselben in ein Gefäß mit klarem Wasser, oder einer auf den Nachweis von Luft- oder Gasbestandteilen gerichteten Röntgen- oder CT-Untersuchung des Neugeborenenkörpers vor Obduktion)[57] und/oder derjenigen der Todesursache ergeben.[58] In diesem Zusammenhang ist ferner auch eine Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen zu erwähnen,[59] welche alle deutschlandweit verfügbaren Strafakten der Jahre 1997–2006, in welchen wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts an einem Kind im Alter unter sechs Jahren ermittelt wurde, auswertete, wobei bei einer Gesamtzahl von 535 betroffenen Kindern der genannten Altersgruppe die Neugeborenen mit einer Anzahl von 199 die größte Fallgruppe darstellten.[60]

## III. Die strafrechtliche Behandlung des Neonatizids in Deutschland

### *1. Die historische Entwicklung der Strafbarkeit des Neonatizids von der Constitutio Criminalis Carolina 1532 bis zur Abschaffung des § 217 StGB a.F. 1998*

Die Geschichte der Strafbarkeit des Neonatizids ist als durchaus wechselvoll zu beschreiben,[61] wandelte sich die Betrachtung auf das durch die Tötung eines Neugeborenen stehende Unrecht doch in vielfältiger Art und Weise im Laufe der vergangenen Jahrhunderte. In der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 wurde jene noch als Unterfall des Verwandtenmordes und ohne Rückgriff auf den sog. Zivilstand des Kindes als todesstrafewürdiges Verbrechen (gerade mit Blick auf die Hilflosigkeit des Neugeborenen und die der Mutter zufallende Fürsorgepflicht) unter erschwerten Bedingungen des Lebendigbegrabenwerdens, Pfählens oder Ertränkens (unter Möglichkeit des vorangehenden Reißens mit glühenden Zangen) eingeordnet.[62] Während diese Klassifizierung sich (mit kleineren, die Qualität des Delikts und die zu verhängende Todesstrafe unberührt lassenden Anpassungen) über das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794), die Constitutio Criminalis Theresiana sowie das josephinische Gesetzbuch hielt,[63] markierte das 18. Jahrhundert einen Wandel hin zu einem privilegierten Delikt, wobei über die exakten Beweggründe für diese „Richtungsänderung" eine gewisse Uneinigkeit in der Lehre besteht.[64] Neben (im Detail) unterschiedlichen Vorschriften zur Tötung von Neugeborenen in den Partikulargesetzbüchern der deutschen Staaten[65] war für die schlussendliche Ausgestaltung des § 217 StGB a.F. im Besonderen § 180 des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851, welcher (nur mehr) eine zeitliche Freiheitsstrafe als Sanktion vorsah,[66] von Bedeutung, wurde jener doch (mit Anpassungen bezüglich der Sanktionshöhe) in § 217 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund und ohne inhaltliche Änderungen als § 217 in das Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) von 1871 überführt und schließlich im Jahre 1949 durch § 217 StGB a.F. inhaltlich und als „Kindestötung" über-

[56] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595 mit Verweis auf *Saimeh* in Fn. 14; *Straßmaier* (Fn. 5), S. 303.

[57] Siehe explizit *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 31.

[58] *Banaschak/Rothschild* (Fn. 5), S. 31.

[59] Siehe zur Veröffentlichung dieser Studie die Publikation von *Höynck/Behnsen/Zähringer*, Tötungsdelikte an Kindern unter 6 Jahren in Deutschland – Eine kriminologische Untersuchung anhand von Strafverfahrensakten (1997–2006), 2015, S. 11 ff.

[60] *Behnsen* (Fn. 5), S. IX, X.

[61] So ferner *Behnsen* (Fn. 5), S. 2.

[62] *Blanke* (Fn. 17), S. 25; *Häßler/Häßler*, in: Häßler/Schepker/Schläfke (Fn. 5), S. 31 (39); *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (56); *Behnsen* (Fn. 5), S. 2 mit Nachweisen.

[63] *Michalik*, Feministische Studien 1/1994, 44 (45).

[64] So votiert etwa *Behnsen* (Fn. 5), S. 2, 3 mit Nachweisen dafür, dass jene durch „die Gedanken der Aufklärung und der Humanität" ausgelöst worden wäre, welche die Täterin und ihre Motivlage sowie deren soziale und wirtschaftliche Nöte und Ängste berücksichtigten. Ähnlich *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (300, 301), der naturrechtliches Denken sowie insbesondere die Populärliteratur jener Zeit (näher zu diesem Aspekt umfassend *Häßler/Häßler* [Fn. 62], S. 22–27; ferner *Lammel*, FPPK 2008, 96 [98]) als Motoren der Privilegierung benennt, während *Michalik* (Feministische Studien 1/1994, 44 [45, 46 sowie 51 ff.]) die Richtungsänderung „als Ergebnis des bürgerlichen Ehe- und Familienrechts" […] „in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert verortet, und die Überbetonung des humanistischen Gedankens in diesem Kontext in Frage stellt. Denn der Strafmilderungsgrund, welcher (zu Recht von *Michalik* als „jeder medizinischen oder rechtsdogmatischen Rechtfertigung" entbehrend bezeichnet, da allein auf die Tötung nichtehelicher Neugeborener bezogen; ähnlich auch *Lammel*, FPPK 2008, 96 [97, 99: historische und moralisierende, nicht psychologisch-psychiatrische Gründe für Privilegierung; *ders.*, FPPK 2009, 22 [23: Privilegierung der Kindestötung sei ein kulturell-rechtsgeschichtliches Ereignis, kein auf medizinischer oder psychiatrischer Erkenntnis beruhendes]) herangezogen wurde, war doch ihrer Ansicht nach „die Natur des weiblichen Organismus und des Geburtsaktes", und hatte klare rechtspolitische Gründe, da die Ehe im Staatsverständnis der damaligen Zeit als „quasi sakrale Institution zur unentbehrlichen Grundlage von Staat und Gesellschaft erklärt" und „eine neue, genuin politische Funktion" erhielt. Dies führte nach *Michalik*, Feministische Studien 1/1994, 44 (46), zu einem Wechsel zum Problem der Illegitimität von Neugeborenen, welcher sich auch im Strafrecht niederschlug.

[65] So unterschied nur Art. 231 des bayerischen StGB bei der Neugeborenentötung nicht zwischen verheirateten oder ledigen Frauen, sondern privilegierte alle; siehe *Lammel*, FPPK 2008, 96 (99).

[66] *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (301); *Häßler/Häßler* (Fn. 62), S. 31 (51). Österreich hatte die Todesstrafe für die Neugeborenentötung hingegen bereits 1803 vollständig abgeschafft; vgl. hierzu *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (301).

schrieben, in das (bundes-)deutsche StGB übernommen.[67] Bei § 217 StGB a.F. handelte es sich somit um eine Strafvorschrift, welche bis zu ihrer Streichung 1998 tatbestandlich seit über 140 Jahren unverändert blieb.[68]

*2. Die gegenwärtige rechtliche Qualifikation von Neonatiziden im Spiegel der Lehre und Rechtsprechung*

Die strafrechtliche Beurteilung von Neonatiziden erfolgt – wie auch schon zu Zeiten des § 217 StGB a.F. im Hinblick auf eheliche Neugeborene – nach den Kautelen der vorsätzlichen Tötungsdelikte (§§ 211, 212, 213 StGB),[69] wobei – entgegen der bei Abschaffung der Privilegierungsnorm des § 217 StGB a.F.[70] geäußerten Vorstellung des Gesetzgebers[71] – Neugeborenentötungen ab dem 1.4.1998 keineswegs regelmäßig dem Anwendungsbereich des § 213 Alt. 2 unterfallen[72] bzw. sich schon gar nicht ein Automatismus in Bezug auf die Anwendung des unbenannten minder schweren Falls des Totschlags[73] innerhalb der Rechtsprechungspraxis eingestellt hat. Vielmehr bewirkt die vom BGH explizit betonte und für die denkbare Heranziehung des minder schweren Falls des gem. § 213 Alt. 2 StGB notwendige und in jedem Fall durchzuführende Gesamtschau aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalls[74] (siehe näher sogleich) recht häufig die Anwendung von § 212 StGB, der insofern innerhalb der gegenständlichen Sachverhalte als Regelfall der Strafbarkeit angesehen werden kann, und bisweilen (nach derzeitiger Rechtslage nur folgerichtig), jene des § 211 StGB beim Vorliegen von Mordmerkmalen. Hierbei können im Rahmen von Neugeborenentötungen jene der sonstigen niedrigen Beweggründe[75] (etwa falls hemmungslose Eigensucht und Rücksichtslosigkeit, indiziert dadurch, dass das eigene Vergnügen im Sinne von Ausgehen oder „noch etwas Erleben zu wollen“ als wichtiger als das neugeborene Leben eingestuft wird)[76] einschlägig[77] und zu prüfen sein und finden auch Widerhall in der Rechtsprechung.[78] Ebenfalls gewisse Bedeutung können ferner die Habgier sowie, insbesondere bei mehrfach verübten Neonatiziden, die Verdeckungsabsicht entfalten,[79] während die weiteren Mordmerkmale zwar dem Grunde nach auf Neonatizide anwendbar sind, jedoch wegen der Eigenart des Phänomens wohl eher selten zur Anwendung kommen dürften.

Diese skizzierte Entwicklung wird innerhalb der Literatur aus verschiedenen Blickwinkeln kritisch gesehen, wobei insbesondere die Gefahr der Verschleifung der vormaligen Privilegierungsgründe des § 217 StGB a.F. (besondere Ausnahmesituation für die Gebärende „in“ und „gleich nach der Geburt“ (§ 217 Abs. 1 Alt. 1 und 2 StGB a.F., nunmehr aber entgegen der alten Rechtslage unabhängig vom Personenstand des Kindes und möglicherweise unter § 213 Alt. 2 StGB zu subsumieren) mit Schuldminderungsgründen gem. § 21 StGB und Schuldunfähigkeitsgründen nach § 20 StGB als hoch erachtet,[80] und demzufolge eine klare Abgrenzung der genannten Gründe zueinander[81] sowie eine echte Unab-

[67] Siehe statt vieler nur *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (66, 67); *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50 Fn. 129; *Behnsen* (Fn. 5), S. 3; *Michalik*, Feministische Studien 1/1994, 44 (45); *Lammel*, FPPK 2008, 96 (99); *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (298, 299, 300 mit Verweis auf *v. Liszt* in Fn. 34) unter Hinweis darauf, dass die letzte inhaltliche Änderung des § 217 StGB a.F. im Jahre 1953 allein die Reduzierung der Mindeststrafe von zwei Jahren auf sechs Monate bei mildernden Umständen nach § 217 Abs. 2 StGB a.F. betraf.

[68] *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (65).

[69] *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50, 51, 52; *Behnsen* (Fn. 5), S. 4 mit Nachweisen.

[70] *Blanke* (Fn. 17), S. 60; *Michalik*, Feministische Studien 1/1994, 44; *Zabel*, FPPK 2011, 261 (262); *ders.*, HRRS 9/2010, 403; OLG Frankfurt NJW 1950, 157 (158: § 217 StGB a.F.: Sondertatbestand bzw. Sonderdelikt); *Joerden* (Fn. 5), S. 391.

[71] *Behnsen* (Fn. 5), S. VII, IX; siehe ferner auch LG Erfurt NStZ 2002, 260 (261, 262).

[72] I.d.S. BGH NStZ-RR 2004, 80; *Zabel*, FPPK 2011, 261 (266 mit Nachweisen in Fn. 7); *Behnsen* (Fn. 5), S. 6; a.A. *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18, welche die Regelmäßigkeit bejahen; offen gelassen bei *Joerden* (Fn. 5), S. 392 mit Nachweisen.

[73] *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18; *Behnsen* (Fn. 5), S. 6.

[74] BGH NStZ-RR 2004, 80.

[75] *Behnsen* (Fn. 5), S. 6.

[76] Vgl. nur *Mitsch*, JuS 2013, 783 (786) mit Nachweisen, welcher jedoch sogleich zu Recht auf die „Gesamtwürdigung aller motivational relevanten Umstände“ hinweist, sodass gerade Gefühle der Überforderung, Angst und Ratlosigkeit bei einer Neugeborenentötung durch die Mutter die Gesamtbeurteilung der Motive als niedrig ausschließen können; siehe hierzu auch *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24); zur Bejahung solcher niedrigen Beweggründe bei einem Neonatizid BGH NStZ 2009, 210.

[77] *Höffler/Marsch*, JA 2017, 677 (681), die bei Neonatizidfällen von einer gewissen Regelmäßigkeit bei der Annahme niedriger Beweggründe ausgehen, jedoch in Fn. 37 sogleich eine berechtigte Einschränkung dieser generellen Sichtweise (etwa bei handlungsleitender Verzweiflung oder Furcht) ansprechen.

[78] Siehe nur BGH NStZ 2009, 210. Ein bloß leichtfertiger Umgang mit dem ungeborenen Leben an sich (etwa keine Arztbesuche aus Anlass der Schwangerschaft, Alkohol- und Zigarettenkonsum während derselben oder der Antritt einer viele Kilometer langen Urlaubsfahrt) zeigt jedoch keine über den Grundtatbestand der hernach erfolgten vorsätzlichen Tötung des Neugeborenen hinausgehende, besonders verwerfliche Einstellung i.S.v. sonstigen niedrigen Bewegründen auf; siehe klar BGH BeckRS 2018, 33365 Rn. 17.

[79] Vgl. zur Habgier *Mitsch*, JuS 2013, 783 (786); zu Habgier und Verdeckungsabsicht in diesem Kontext allgemein nur *Behnsen* (Fn. 5), S. 6; *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18.

[80] *Lammel*, FPPK 2008, 96 (103).

[81] *Lammel*, FPPK 2009, 22 (23, 24) mit Verweis auf BGH, Urt. v. 5.6.2003 – 3 StR 55/03, S. 9, 10 und BGH NStZ-RR 2008, 308 (309) wonach einerseits die notwendige Differenzierung zwischen Privilegierungs- und Dekulpierungsgründen einerseits betont und ferner darauf hingewiesen wurde, dass –

hängigkeit der beteiligten psychiatrischen Gutachter bei der Beurteilung angemahnt wird.[82]

Die vormaligen Privilegierungsgründe des § 217 StGB a.F. in deren Gesamtheit (so war neben den zwei Alternativen des § 217 Abs. 1 StGB a.F. in § 217 Abs. 2 StGB a.F. ein unbenannter minder schwerer Fall der Kindestötung normiert) sind damit bei Vorliegen im gegebenen Fall gedanklich und tatsächlich-rechtstechnisch nach auf die nunmehr geltende Rechtslage zu transferieren, was (nach Meinung des Gesetzgebers) die Heranziehung der Strafzumessungsregel des „sonst minder schweren Falls" des Totschlags nach § 213 StGB für Fälle von Neonatiziden nahelegen würde.[83] Wie bereits kurz (siehe oben) angeschnitten, war und ist die Rechtsprechung jedoch recht zurückhaltend bei der grundsätzlichen Zuerkennung eines sonstigen minder schweren Falls des Totschlags bei Neugeborenentötungen und fordert eine (in der nunmehrigen Systematik und auch im Ergebnis verständliche und) den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung entsprechende Gesamtwürdigung der gegenständlichen Tat,[84] wobei es für die Annahme eines minder schweren Falls des beträchtlichen Überwiegens der mildernden Faktoren bedarf.[85] Im Rahmen der Gesamtwürdigung müssen somit alle Umstände, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, berücksichtigt werden, und dies unabhängig davon, ob sie in der Tat selbst oder im Vor-[86] oder Nachtatverhalten angelegt sind.[87] Die Frage des Vorliegens eines minder schweren Falls ist durch den Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen, und insoweit nur eingeschränkt in der Revision überprüfbar, sodass sie – falls rechtsfehlerfrei (d.h. sachlich nachvollziehbar) erfolgt – selbst dann hinzunehmen ist, wenn eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre oder vielleicht sogar näher gelegen hätte.[88] Damit wurde nach dem Entfall des § 217 StGB a.F. im Ergebnis eine neue Wertungsstufe etabliert, deren Passgenauigkeit auf das besondere und komplexe Phänomen Neonatizid zumindest hinsichtlich ihrer Sachgerechtigkeit sowie in Bezug auf ihre Passgenauigkeit zu hinterfragen ist. Zuzugeben ist der Rechtsprechung allerdings, dass aus dem Umstand des Vorliegens eines vormaligen Privilegierungsgrunds nach § 217 StGB a.F. allein (emotionale wie körperliche Ausnahmesituation bei der Geburt ohne weitere, vor der Geburt vorhandene und unabhängig existierende Gründe psychisch-emotionaler Natur auf Seiten der Täterin eines Neonatizids) wohl dem Grunde nach im Maximum die Anwendung des § 213 StGB, und nicht die Zubilligung eines Zustandes i.S.d. § 21 (oder gar § 20 StGB) gegeben sein wird.[89]

Die Streichung von § 217 StGB a.F. hatte zur Folge, dass die Streitfrage, wann der Strafrechtsschutz durch die Tötungs- wie Körperverletzungsdelikte hinsichtlich des menschlichen Lebens in Abgrenzung zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 StGB beginnt, neu entfacht wurde.[90] Bis zur Eliminierung aus dem Rechtsbestand verwendete § 217 Abs. 1 StGB a.F. im Tatbestand die Wendung „in der Geburt", was die strafrechtsrelevante Menschwerdung im Sinne des Eingreifens der §§ 211 ff. StGB und §§ 223 ff. StGB mit dem Beginn der Geburt, bei regulärem Verlauf nach h.M. damit mit Einsetzen der Eröffnungswehen umschrieb.[91] Da dieser Bezugspunkt nunmehr weggefallen war, erhoben sich Stimmen in der Literatur, welche eine differente Sichtweise für den Zeitpunkt des Eintritts des strafrechtlichen Lebensschutzes einnahmen, auch wenn innerhalb der Rechtsprechung und h.M. (mehr oder minder stillschweigend) weiterhin am Zeitpunkt der strafrechtlichen Menschwerdung i.S.d. § 217 StGB a.F. festgehalten wurde.[92] Jedoch wurde erst mit dem sog. Berliner Zwillingsfall aus dem Jahre 2021 der Beginn des Lebensschutzes nach §§ 211 StGB für die sog. „irreguläre"

trotz Aufhebung des § 217 StGB a.F. – nun auch nicht darauf verzichtet werden dürfe, zu prüfen, in welcher Weise sich die seelische und körperliche Belastung der Geburt bei der Begehung eines einschlägigen Tötungsdelikts ausgewirkt habe. Andererseits wurde in diesen Entscheidungen festgehalten, dass bei Neonatiziden – sofern keine schon vor der Geburt vorhandenen bestehenden geistigen-seelischen Beeinträchtigungen festzustellen seien – eine Verminderung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht komme; bestätigt ferner durch BGH NStZ 2009, 439 (440); BGH BeckRS 2017, 132361 Rn. 18; BGH NStZ-RR 2018, 14.

[82] So überzeugend *Lammel*, FPPK 2009, 22 (23, 24).

[83] Vgl. hierzu näher *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97, 103), der in diesem Zusammenhang von „historisch herleitbaren und bis 1998 in der Rechtsprechung zum § 217 StGB aufbewahrten empirischen Sachverhalten" spricht.

[84] LG Erfurt NStZ 2002, 60 (261, 262); BGH NStZ-RR 2004, 80; BGH NStZ-RR 2005, 168; *Behnsen* (Fn. 5), S. 6 mit Nachweisen in Fn. 36.

[85] *Fischer* (Fn. 6), § 213 Rn. 14 sowie § 46 Rn. 85; LG Erfurt NStZ 2002, 260 (261).

[86] Vgl. hierzu BGH NStZ-RR 2017, 168 (169).

[87] Statt vieler BGH NStZ-RR 2004, 80; *Fischer* (Fn. 6), § 46 Rn. 85 mit Nachweisen; vgl. ferner *Lammel*, FPPK 2009, 22 (27).

[88] BGH NStZ-RR 2004, 80 mit Nachweisen; *Fischer* (Fn. 6), § 46 Rn. 85 mit Nachweisen.

[89] Siehe hierzu näher die Ausführungen und Quellen in Fn. 81.

[90] Siehe etwa nur die Beiträge von *Hirsch* (Fn. 5), S. 309 ff.; *Herzberg*, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen – Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001, 2003, S. 39 ff.; vgl. auch *Lorenz*, NJW 2024, 299; *Joerden* (Fn. 5), S. 393 mit Nachweisen; kritisch zum die Diskussion auslösenden Handeln des Gesetzgebers hinsichtlich der ersatzlosen Eliminierung von § 217 StGB a.F. *Brambring* (Fn. 5), S. 163, 164.

[91] BGHSt 31, 348 (350 f.); *Blanke* (Fn. 17), S. 72; *Behnsen* (Fn. 5), S. 3 mit Nachweisen in Fn. 17; *Joerden* (Fn. 5), S. 391, 392, 393; *Hirsch* (Fn. 5), S. 309 mit Nachweisen in Fn. 1; *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24) mit Nachweisen; vgl. BGH NJW 2024, 298 mit Verweis auf BGH NJW 2021, 645 mit Nachweisen.

[92] BGH NStZ 2008, 393 (394); vgl. statt vieler ferner nur *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 17; *Joerden* (Fn. 5), S. 393; *Höffler/Marsch*, JA 2017, 677 (678); *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (378) mit Nachweisen in Fn. 42.

Geburt per Kaiserschnitt (mit Eröffnung des Uterus[93]) sowie für die „natürliche Geburt" jener mit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2023[94] (mit Einsetzen der Eröffnungswehen) höchstgerichtlich ausdrücklich adressiert.[95]

Von besonderer Brisanz, und dies sowohl in Bezug auf die juristische als auch medizinische Wissenschaft, stellte und stellt (derzeit bei der Frage der möglichen Anwendung des § 213 Alt. 2 StGB) sich die zweite Alternative des § 217 Abs. 1 StGB a.F. dar, welche die Tötung eines Neugeborenen im gesetzlich nicht exakt geregelten Zeitraum „gleich nach der Geburt" als privilegierend ansah.[96] Die Beantwortung der Frage, ob die Tötung innerhalb dieser Phase, mithin noch in einem geburtsbedingten besonderen Erregungszustand, dem bereits für die Geburt und in einer unbestimmten Zeitspanne danach angesprochenen „Geburtsaffekt" erfolgte,[97] drehte sich (neben der von psychologisch-psychiatrischen Sachverständigen gedanklich zuerst zu beantwortenden Frage, ob ein solcher tatsächlich gegeben war) insbesondere um das Problem der Feststellung, wie lange ein derartiger Zustand im konkreten Fall (falls bejaht) angehalten hatte und, ob die Tötung innerhalb dieses Zeitraums erfolgt war.[98] Einen exakten Endpunkt für den gegenständlichen Zeitraum gab § 217 StGB a.F. nicht vor,[99] wobei jedenfalls eine Zeitspanne von bis zu 1 ½ Stunden nach der Geburt noch als innerhalb der postnatalen Erregungsphase liegend angesehen wurde.[100] Im konkreten Fall wird die Feststellung oder der Ausschluss einer solchen sowie deren etwaige Dauer eine ganz klar durch den psychiatrischen Gutachters zu beantwortende, höchst komplexe und schwierige Frage sein,[101] welche sich Verallgemeinerungen sowie festgelegten Zeiträumen wohl per se verschließt. Dies gilt ebenso für die Beurteilung des Vorliegens etwaiger (zusätzlicher) Gründe, die im Bereich des Neonatizids für eine Anwendung des § 21 StGB[102] oder gar des § 20 StGB streiten, wobei die zweitgenannte Gruppe (innerhalb des Phänomens) die absolute Ausnahme darstellt.[103] Den psychopathologischen Zuständen i.S.d. §§ 20 und 21 StGB sei in diesem Kontext nach *Lammel* grundsätzlich jedenfalls ein anderer qualitativer Rang als jenen der für die Zuerkennung der Privilegierungsgründe i.S.d. § 217 StGB a.F. bzw. § 213 Alt. 2 StGB maßgeblichen Faktoren zuzubilligen.[104]

Nach damaliger wohl h.M. entfaltete § 217 StGB a.F. gegenüber den allgemeineren Tatbeständen der §§ 211, 212

[93] BGH NJW 2021, 645; *Lorenz*, NJW 2024, 299 mit Nachweisen; mit Bezugnahme auf die h.M. im strafrechtlichen Schrifttum bereits vor der einschlägigen Entscheidung des BGH *Joerden* (Fn. 5), S. 391.

[94] BGH NJW 2024, 298 (299).

[95] Siehe nur *Fischer* (Fn. 6), Vor §§ 211–217 Rn. 5 mit Nachweisen; ablehnend *Lorenz*, NJW 2024, 299 (300). Für die österreichische Rechtslage gilt als Beginn der Geburt (und damit als Beginn des strafrechtlichen Schutzes nach den §§ 75 ff. [einschließlich des § 79] öStGB) bei regulärem Geburtsverlauf das Einsetzen der Eröffnungswehen, bei Kaiserschnitt jedoch bereits – entgegen der deutschen Sichtweise – die Öffnung der Bauchdecke; siehe *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168g StGB), 16. Aufl. 2023, § 79 Rn. 1 und § 96 Rn. 3; *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (377, 378); siehe auch *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 14.

[96] *Blanke* (Fn. 17), S. 47; *Behnsen* (Fn. 5), S. 3.

[97] Vgl. nur BGH NStZ-RR 2004, 80 (81); *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24, 25).

[98] Siehe zur derzeitigen Rechtslage insofern a.A. *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18 (regelmäßige Vermutung eines typischen Geburtsaffekts bei zeitlicher Nähe zur Geburt).

[99] *Behnsen* (Fn. 5), S. 4. Anders noch die Partikulargesetzgebungen der Länder in diesem Kontext, welche einen solchen Maximalzeitraum zwischen 24 Stunden (z.B. § 149 des Criminal-Gesetzbuchs für das Herzogtum Braunschweig aus 1840) und drei Tagen (Art. 159 des Strafgesetzbuchs für das Königreich Baiern aus 1813) nach der Geburt ansetzten; siehe ausführlich zu diesen Zeiträumen in historischer Sicht *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (306, 307); *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24, 25) mit Nachweisen; *Deutsch* (Fn. 5), S. 55 (65).

[100] *Behnsen* (Fn. 5), S. 4 mit Nachweisen; *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (307) mit Nachweisen in Fn. 68; *Lammel*, FPPK 2009, 22 (25).

[101] *Lammel*, FPPK 2009, 22 (25) merkt mit Verweis auf BGH NStZ-RR 208, 308 an, dass auch eine Tötung etwa vier Stunden nach der Geburt noch als unter dem Geburtsaffekt stehend beurteilt wurde.

[102] Allgemein für Neonatizide *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 52, welche darauf hinweisen, dass die Anwendung des § 21 StGB bei Neonatiziden, sofern die Tat als solche als Mord gewertet wurde, geeignet ist, eine lebenslange Freiheitsstrafe für die Täterin abzuwenden, bei der Bejahung von Mordmerkmalen aber (aus dogmatischen Gründen) die Anwendung des § 213 StGB, welcher nur für als Totschlag beurteilte Fälle wirkt, nicht möglich ist; a.A. etwa *Zabel*, HRRS 9/2010, 403 (410, 411); *ders.*, FPPK 2011, 261 (267); allgemein zu dieser Thematik *Joerden* (Fn. 5), S. 391 (392).

[103] *Schöne/Peter/Dobrowolny/Bogerts*, Der Nervenarzt 2015, 595: siehe zu diesem Aspekt der Thematik ausführlich *Lammel*, FPPK 2009, 22 (25 ff.), welcher in der zitierten Veröffentlichung insbesondere die psychiatrische Ratlosigkeit nach negierter Schwangerschaft sowie nach vorhandenem Geburtsaffekt als Eingangsmerkmal einer denkbaren tiefgreifenden Bewusstseinsstörung nennt. Darüber hinaus erörtert *Lammel* an anderer Stelle (FPPK 2008, 96 [103]) neben der soeben genannten weitere zwei für Fälle des Neonatizids relevante Fallgruppen: So können in Ausnahmefällen Ex- und Dekulpierungsgründe vorliegen, wenn mit Blick auf das Tatgeschehen neben Negierung der Schwangerschaft und Geburtsaffekt hinaus psychotische Verfassungen oder Wahn im Sinne des Eingangsmerkmals der krankhaften seelischen Störung existierten oder eine – unabhängig von der Abwehrhaltung in Bezug auf die Schwangerschaft gegebene – schwere Persönlichkeitsstörung manifest sei, die die Qualität einer schweren anderen seelischen Abartigkeit erreiche.

[104] *Lammel*, FPPK 2009, 22 (28).

StGB eine umfassende, absolute Sperrwirkung,[105] welche durch die Abschaffung der Norm beseitigt wurde. Die strafrechtlichen Folgen für die Täterinnen von nach dem 31.3. 1998 in Deutschland verübten Neonatiziden sind (eingedenk der vormaligen Rechtslage), insofern als klare Schlechterstellung[106] und durchaus als gravierend zu bezeichnen, und führen darüber hinaus zur Gefahr einer Verschleifung von vormaligen Privilegierungs- und Dekulpierungs-/Exkulpierungsgründen.[107]

*3. Problemfelder der derzeitigen Rechtslage*

Im Folgenden sollen einige Problemfelder der rechtlichen Einordnung von Neonatiziden im deutschen Strafrecht benannt und hierfür Lösungsideen diskutiert werden.

*a) Behandlung von negierter Schwangerschaft und Geburtsaffekt i.S.d. § 213 Alt. 2 StGB nach derzeitiger Rechtslage*

Für Neonatizidfälle sind insbesondere das medizinisch häufig anzutreffende „Negieren der Schwangerschaft" im Zusammenspiel mit dem sog. „Geburtsaffekt" als Umschreibung der grundsätzlich jeder Geburt innewohnenden besonderen psychischen wie physischen Belastungssituation in stärkerer bzw. rechtlich betrachtet, etwas differenzierterer Form als bislang seitens der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Werden diese beiden Belastungsfaktoren im jeweils gegenständlichen Fall (sowohl für Konstellationen der Tötung des Neugebornenen im Geburtsvorgang selbst, als auch während die Gebärend Habende noch unter dem Einfluss des Geburtsaffektes ihr Neugeborenes vorsätzlich tötet) nach zu fordernder psychiatrischer Begutachtung als vorhanden festgestellt,[108] könnten und sollten jene in einem gedanklichen Zusammenwirken bzw. einer Addition von zwei unabhängigen und als privilegierend i.S.d. § 217 StGB a.F. wirkenden Faktoren nach dem hier vertretenen Ansatz wohl schon nach derzeitiger Rechtslage und -verständnis zur Annahme eines minder schweren Falls des Totschlags gem. § 213 Alt. 2 StGB führen. Dies gilt auch nach den Bedingungen der ständigen Rechtsprechung des BGH, welcher einen vorhandenen Geburtsaffekt für sich allein genommen noch nicht ausreichen lässt, eine Kombination von explizitem (Geburtsaffekt) bzw. dem Geiste des § 217 StGB a.F. entsprechendem Privilegierungsgrund (Negierung der Schwangerschaft) jedoch als geeignet ansehen könnte. Möglicherweise bedürfte es für eine derartige, noch näher an der Tätigkeit der psychologisch-psychiatrischen Gutachter und deren Expertise orientierten Sichtweise in Bezug auf Fälle des Neonatizids und die tatrichterlich zu beantwortende, rechtliche Frage des Vorliegens eines sonstigen minder schweren Falls einer noch stärkeren Bewusstseinsbildung innerhalb der Rechtsprechung, als dies bisher in Bezug auf Faktoren und Ursachen für Neonatizide der Fall ist.

*b) Bewusstseinsbildung für das Phänomen durch ausdrückliche Normierung des Neonatizids – Lösung über einen eigenständigen Tatbestand oder eine vertypte Strafzumessungsregel in § 213 StGB?*

Eine solche Bewusstseinsbildung könnte durch die Einführung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, etwa in Form der (Wieder-)Einführung eines einschlägigen Tatbestandes oder als explizit vertypter, sonst minder schwerer Fall in § 213 StGB integriert, befördert werden und erfolgen.[109] Dabei erscheint die erstgenannte Variante vorzugswürdig,[110] da bei jener die tatsächliche Besonderheit des Phänomens auch in rechtlicher Weise klarer zum Ausdruck käme und nicht mit den allgemeineren (und notwendigerweise allgemeingehaltenen) minder schweren Fällen vermischt würde, was eine bessere Sichtbarkeit der Problematik und (denkbar) auch eine spezifischere und sachexaktere Behandlung zur Folge haben könnte. Der Neonatizid stellt – weder aus historischer, kriminologischer[111] oder soziologischer[112] noch aus psychiatrischer[113] oder rechtlicher[114] Sicht – ein Tötungsdelikt wie jedes andere dar, sodass eine Normierung in Form eines selbstständigen Tatbestands auch deshalb seiner tatsächlichen wie rechtlichen Bedeutung besser entspräche und damit im Ergebnis auch sachgerechter wäre. Die zu konstatierende Multidimensionalität der Neugeborenentötung in medizinisch-tatsächlicher Sicht würde somit auch eine eigenständige straf-

[105] BGHSt 1, 235 ff; *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 50; *Behnsen* (Fn. 5), S. 3 mit Nachweisen in Fn. 14, S. 6; *Bosch*, JA 2009, 150 (151); *Zabel*, HRRS 9/2010, 403 (404); *Zabel*, FPPK 2011, 261 (262).

[106] *Brambring* (Fn. 5), S. 162–164.

[107] Siehe hierzu näher *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97, 98, 103).

[108] Zur Feststellungsverpflichtung des Geburtsaffekts (durch einen psychiatrischen Sachverständigen, Anm. des *Verf.*) für die mögliche Anwendung des § 213 Alt. 2 StGB *Sternberg-Lieben/Steinberg* (Fn. 5), § 213 Rn. 18, die gleichzeitig darauf hinweisen, dass bei Tötungen in zeitlicher Nähe zur Geburt ein Geburtsaffekt regelmäßig naheliegen würde.

[109] Für die Einführung einer derartigen Strafzumessungsregel für Neugeborenentötungen sprach sich bereits *Eser* im Jahre 1980 in seinem DJT-Gutachten (Gutachten D) für den 53. Deutschen Juristentag aus; siehe *Eser*, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, S. 141, 142; vgl. hierzu ferner *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 61, 62 mit Verweis auf *Eser* in Fn. 201–204; *Behnsen* (Fn. 5), S. 259, 260 mit Nachweisen.

[110] A.A. *Behnsen* (Fn. 5), S. 257, 259, 260, 267 vermeint in diesem Kontext, es sei aus Strafzumessungsbefunden nicht erforderlich, einen eigenständigen Tatbestand der Neugeborenentötung wiedereinzuführen, da die Gerichte bereits adäquat unter Verwendung des derzeitigen gesetzlichen Instrumentariums auf Neonatizide reagieren würden. Diesem Befund kann – wie an verschiedenen anderen Stellen des vorliegenden Beitrags aufgezeigt – nicht vollständig zugestimmt werden.

[111] So *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 62 mit Verweis auf *Eser* in Fn. 202.

[112] *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24).

[113] *Lammel*, FPPK 2009, 22 (24).

[114] So etwa ausdrücklich LG Erfurt NStZ 2002, 260 (261): Neonatizid als „außergewöhnlicher Fall" der vorsätzlichen Tötung.

rechtliche Normierung rechtfertigen. Durch einen neuen Sonder- und gleichzeitigen Privilegierungstatbestand wäre wohl auch ein stärkeres Bewusstsein für das Phänomen in der Öffentlichkeit (was zu Verhinderung derartiger Taten beitragen könnte) und ferner beim Rechtsanwender geschaffen. Denn der Auftrag zur Prüfung, somit das gesetzliche Prüfprogramm auf tatbestandlicher Ebene, das insbesondere die psychische Ausnahmesituation der Täterin in den Blick nimmt, wäre dem Tatrichter durch einen spezifisch für die Fälle ausgestalteten Strafrahmen klarer vordeterminiert als die im Rahmen der allgemeinen Tötungsdelikte gestaltete Strafzumessung, und das Vorliegen der tatbestandlich zu umschreibenden (und auf notwendiger Grundlage einer psychiatrischen Beurteilung basierenden und festgestellten) Privilegierungsgründe der „negierten Schwangerschaft“ und des „Geburtsaffekts“, die für das gegenständliche Tötungsverhalten maßgeblich waren, würde grundsätzlich zu einer solchen führen. Die Überführung in einen Tatbestand könnte in spezifischerer Hinsicht darüber hinaus eine klarere Umschreibung bzw. Benennung des durch den Neonatizid verwirklichten Unrechts (ausgedrückt durch den diesbezüglichen eindeutigeren Strafrahmen) mit sich bringen, als dies über die generalklauselartige Gestalt des sonstigen minder schweren Falls möglich ist.[115] Im Falle der Verneinung bzw. Nichtfeststellbarkeit von negierter Schwangerschaft und/oder Geburtsaffekt blieben hingegen §§ 211, 212 StGB (wie nach bisheriger Rechtslage mit der Möglichkeit, bei Nichtvorliegen von Mordmerkmalen auch die Strafzumessungsregel des minder schweren Falls des Totschlags nach § 213 StGB zur Anwendung bringen zu können) für den konkreten Fall einschlägig und anwendbar. Die gutachterliche Tätigkeit bei Neonatiziden würde sich jedoch nicht – wie nach derzeitiger Rechtslage recht häufig – auf die Frage der gutachterlichen Beurteilung des Geschehens nach §§ 20, 21 StGB in Neonatizidfällen beschränken, sondern wäre (im Sinne einer noch stärkeren Professionalisierung der Beurteilung menschlichen Verhaltens in Ausnahmesituationen in medizinisch-psychiatrischer Hinsicht) bereits für die Fragen des Vorliegens von (nunmehr stärker als bislang zu bewertender) negierter Schwangerschaft und Geburtsaffekt von maßgeblicher Relevanz. Durch eine tatbestandliche Vertypung des Phänomens Neonatizid könnte durch das Zusammenwirken von (neu zu schaffender) tatbestandlicher Regelung und verfahrensrechtlicher Feststellung (unter klarer Einbindung psychiatrischer Sachverständigenexpertise) möglicherweise ein nachvollziehbarerer, in sich schlüssigerer und auch angemessenerer, weil generell sanktionsgerechterer und (hinsichtlich der zu verhängenden Sanktion punktgenauerer) Umgang mit dem Phänomen erreicht werden als bisher, besieht man sich nur den derzeitig wenig konsistenten Umgang mit sowie vorhandenen Sanktionsrahmen bei Neonatiziden in Deutschland. Auch wäre mit einer tatbestandlichen Neuregelung die von manchen Stimmen gesehene Gefahr der Verschleifung von Privilegierungs- mit Schuldminderungs- und Entschuldigungsgründen[116] hintangehalten.

*c) Zur Frage der Beurteilung des Neonatizids im Strafrecht ausgewählter Nachbarstaaten Deutschlands und der Relevanz für das deutsche Strafrecht*

Im gegebenen Kontext sind auch die – bspw. im Vergleich zu einigen europäischen Nachbarländern – abstrakt bedeutend höheren Strafandrohungen für die Begehung eines Neonatizids in Deutschland in den Blick zu nehmen, die (in der Dogmatik und Systematik des deutschen Strafrechts freilich nur folgerichtig) im Ergebnis auch teilweise zu bedeutend höheren tatsächlichen Sanktionen führen (vgl. hierzu nur die am Beginn des Beitrags genannten einschlägigen Entscheidungen jüngeren Datums). Unbestritten soll hierbei der Umstand bleiben, dass es selbstverständlich und gerade in einem delikaten Bereich wie der vorsätzlichen Tötungsdelinquenz dem nationalen Gesetzgeber obliegt, dafür seiner Meinung nach angemessene und verhältnismäßige Sanktionen (mit Blick auf das nationale Gesamtsystem) vorzusehen, und sind in diesem Zusammenhang Unterschiede in den Strafrahmen und im Hinblick auf tatsächliche verhängte Strafen von vielen verschiedenen, (subkutan) auch historisch-soziologischen Faktoren in den verglichenen Staaten abhängig. In Bezug auf ein doch recht klar benanntes, strafrechtlich brisantes und von besonderen psychodynamischen Prozessen und Ausnahmesituationen gekennzeichnetes Delikt wie dem Neonatizid erscheint die grundsätzlich extreme Diskrepanz der möglichen Sanktionen in durch eine gemeinsame Rechtstradition verbundenen Nachbarstaaten dennoch bemerkens- und hinterfragenswert. Mithin wird ein sich in allen Rechtsordnungen stellendes, strafrechtlich relevantes Phänomen erheblich unterschiedlich auf abstrakter sowie tatsächlicher Ebene gehandhabt.[117] Besieht man sich (bloß exemplarisch) die Strafrechts-

[115] A.A. etwa *Eser* (Fn. 106), S. 141, 142, 148, welcher die Vorteile eines Regelbeispiels, insbesondere dessen einfacher handhabbare, seiner Meinung nach auf die Umstände des Einzelfalls besser zugeschnittene Möglichkeit der Bejahung bzw. Verneinung gegenüber einer Normierung in einem zu abstrakten Tatbestand nennt, welcher unter Umständen Ungleichbehandlungen fördern könne; siehe hierzu ferner *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 61, 62. Dem ist (im Hinblick auf eine etwaige Neuregelung in Tatbestandsform) entgegenzuhalten, dass die derzeitige Revisionsfestigkeit in Bezug auf die Annahme oder Verneinung eines sonstigen minderen schweren Falls des Neonatizids durch das Tatgericht bei Ausgestaltung als Tatbestand mit klarem Strafrahmen eine simplere und aus Sicht der Normunterworfenen wohl nachvollziehbarere und damit bessere revisionsrechtliche Überprüfbarkeit bieten würde als die derzeitige Strafzumessungsregel, und somit durch Anwendung des materiellen Rechts eines „neuen“ § 217 StGB mittelbar und über den verfahrensrechtlichen Weg der Revision mehr Verfahrensgerechtigkeit (Stichwort: Gerechtigkeit durch Verfahren) und eine grundsätzlichere Gleichbehandlung der Fälle gewährleistet werden könnte als durch die Regelung i.S.d. § 213 StGB.

[116] *Lammel*, FPPK 2008, 96 (97, 98, 103).

[117] Der erste angesprochene Aspekt betrifft die materiellrechtliche Ausgestaltung des Neonatizids samt den eklatant differenten Strafdrohungen, der zweite das neben der eigentlichen Sanktion ausgesprochene Verdikt über die einen Neo-

lage in Österreich und der Schweiz in Bezug auf den Neonatizid, so fällt zuerst auf, dass beide Staaten (anders als Deutschland) sehr wohl noch Spezialvorschriften für diese spezielle Form der Delinquenz kennen, und bislang ernstzunehmende Abschaffungstendenzen diesbezüglich in keinem der beiden Staaten erfolgt sind.[118] Auf tatbestandlicher Ebene ähneln die einschlägigen § 79 öStGB[119] und Art. 116 schwStGB[120] sowohl einander als auch dem vormaligen § 217 StGB a.F. in eindeutiger, teilweise wortgleicher Art und Weise, wobei die beiden erstgenannten (§ 79 öStGB seit 1974)[121] nicht (mehr) zwischen dem Personenstand von Mutter oder Kind für die Privilegierung unterscheiden. Besieht man sich die angedrohten Maximalstrafen der beiden Staaten für einen Neonatizid (unter inhaltlich [mit Ausnahme der vollständig abzulehnenden Schlechterstellung lediger Kinder in § 217 StGB a.F.] und tatbestandlichen auf dieselben Situationen abstellenden Privilegierungsgründe in allen drei genannten Ländern) und setzt diese miteinander sowie der derzeitigen deutschen Rechtslage in Verbindung, wird die Diskrepanz der drohenden Sanktionen evident. Während in der Schweiz maximal eine Freiheitsstrafe von drei Jahren ausgesprochen werden kann sowie in Österreich eine Höchststrafe von fünf Jahren[122] normiert ist, ist nach derzeitiger deutscher Rechtslage die Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 211 StGB bzw. § 212 Abs. 2 StGB in Fällen eines festgestellten Neonatizids möglich, nach dem Grunddelikt der vorsätzlichen Tötung, § 212 StGB, ist eine solche von nicht unter fünf Jahren vorgesehen, und selbst die Anwendung des § 213 StGB auf Fälle des § 212 StGB, welche bei Neonatiziden in Frage kommen kann (und nach der hier vertretenen Auffassung [siehe bereits zuvor] wohl im Großteil der Neonatizidfälle in Frage kommen müsste), reduziert den Strafrahmen auf einen solchen von ein bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe.[123] Diese grundsätzliche Haltung bzw. das abstrakt dem Neonatizid durch den Gesetzgeber über die genannten Normen zugeschriebene maximal verwirklichte Unrecht erschließt sich (umso mehr bei einer Betrachtung der Rechtslage in Österreich und der Schweiz, jedoch bereits unabhängig von einer solchen) insbesondere eingedenk der in heutiger Zeit kaum in Frage gestellten psychischen Dimension dieser Form der Tötungsdelinquenz (zugegebenermaßen ohne Berücksichtigung etwaiger Milderungsgründe oder Strafrahmenverschiebungen, welche die tatsächliche Strafe in bedeutender Art und Weise reduzieren können) kaum. Eine etwaig neu in das deutsche Strafrecht zu implementierende Vorschrift sollte darum auch dieser abstrakten Unrechtsdimension gerecht werden.

In Fällen des Vorliegens eines wie soeben skizzierten, privilegierten Neonatizids wäre (unabhängig von der formaljuristisch technischen Einordnung als eigenständiger Tatbestand bzw. Strafzumessungsregel) bei Vorhandensein weiterer psychischer Auffälligkeiten auf Täterinnenseite jedoch auch die (zusätzliche) Anwendung von § 21 StGB bzw. (in seltenen Ausnahmefällen) jenem des § 20 StGB – wie auch bereits nach derzeitiger Rechtslage – weiterhin möglich und insofern auch angezeigt.[124]

*d) Die Frage der Sperrwirkung bei gesetzlicher Neuregelung des Neonatizids in Deutschland*

Mit der Einführung eines neuen Straftatbestandes im gegebenen Kontext würde freilich auch die Frage nach einer möglichen Sperrwirkung für die allgemeinen Tötungsdelikte der §§ 211, 212 StGB einhergehen, welche sich aus rechtsdogmatischer Sicht bei einer Verankerung als Strafzumessungsregel (vertypter minder schwerer Fall) in § 213 StGB nicht stellen würde. Eine solche Sperrwirkung wäre einem neuen Sondertatbestand des Neonatizids (analog zur h.M. bezüglich des aufgehobenen § 217 StGB a. F.) wieder zu Recht beizumessen,[125] entspräche dies doch (vgl. etwa auch die Norm des § 216 StGB in diesem Kontext) der dogmatischen Einordnung als privilegierendes Sonderdelikt einer vorsätzlichen Tötung und würde durch die Nichtanwendung der §§ 211, 212 StGB in derartigen Fällen dem Sondercharakter dieses spezifischen Tötungsphänomens exakter und besser entsprochen.[126]

natizid begehende Täterin (für Deutschland Totschlägerin oder Mörderin, im Gegensatz zur neutraleren der Kindstöterin bei der Geburt oder unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs stehend in Österreich bzw. der Kindstöterin während der Geburt oder unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs in der Schweiz).

[118] Ausdrücklich i.d.S. für Österreich *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 11 unter Bezugnahme auf die Abschaffung des § 217 StGB a.F.

[119] § 79 öStGB i.d.g.F.: „Eine Mutter, die das Kind während der Geburt oder solange sie noch unter dem Einfluss des Geburtsvorgangs steht, tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen."

[120] Art. 116 schwStGB i.d.g.F.: „Tötet eine Mutter ihr Kind während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht, so wird sie mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft."

[121] *Schmoller* (Fn. 5), S. 369 (370).

[122] *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 12 votiert dafür, dass de lege ferenda und in ähnlicher Weise wie bei §§ 77 und 78 öStGB für § 79 öStGB eine Höchststrafdrohung von bis zu drei Jahren ohne Untergrenze zu normiert werden sollte.

[123] Vgl. zu diesem Aspekt nur *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 51.

[124] Siehe hierzu die bereits erwähnte, überzeugende Darlegung von sonstigen auf den Neonatizid und dessen Spezifika zielenden psychologisch-psychiatrischen Gegebenheiten für eine Anwendung der §§ 20, 21 StGB von *Lammel*, FPPK 2008, 96 (103).

[125] *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 61 mit Nachweisen in Fn. 200.

[126] Siehe nur *Höynck/Zähringer/Behnsen* (Fn. 4), S. 61 mit Nachweisen in Fn. 200.

*e) Zur geschlechtssensiblen Ausgestaltung einer etwaigen neuen gesetzlichen Regelung des Neonatizids*

Dem Gesetzgeber wäre bei der Umsetzung einer auf wissenschaftlicher Basis fußenden, etwaigen neuen gesetzlichen Regelung der Privilegierung von weiblichen Personen aufgetragen, eine solche in geschlechtssensibler Form zu schaffen,[127] die im Ergebnis keinesfalls einen „Generalverdacht" eingeschränkter Zurechnungs- und damit eingeschränkter Schuldfähigkeit gegenüber Gebärdenden und Geborenhabenden gleichkommen dürfte, sondern in der Anwendung immer auf Basis der Gutachten medizinisch-psychiatrischer Sachverständiger zu erfolgen hätte. Einen solchen rechtlich fundierten Generalverdacht statuiert beispielsweise die – im Ergebnis zwar allein zu Gunsten wirkende, jedoch bereits aus dogmatischer-systematischer wie medizinisch-psychiatrischer Sicht abzulehnende – Vorschrift des § 79 Alt. 1 öStGB. § 79 öStGB (amtliche Bezeichnung: „Tötung eines Kindes bei der Geburt") stellt einen seiner Ausrichtung und seinem Wortlaut und Inhalt nach sehr gut mit § 217 StGB a.F. vergleichbaren Privilegierungstatbestand der vorsätzlichen Tötung eines Neugeborenen dar. Bei einem Neonatizid (ohne Differenzierung nach dessen Personenstand) während der Geburt (im deutschen Verständnis des § 217 StGB a.F. „in der Geburt") wird in Österreich bei dieser Tatbestandsvariante die unwiderlegliche Rechtsvermutung (als objektiviertes Schuldmerkmal[128] bezeichnet) der vorliegenden verminderten Zurechnungsfähigkeit[129] der Gebärenden auf Basis eines hormonell-psychischen-physischen Geburtsaffekts aufgestellt,[130] ohne dass eine solche seitens eines medizinisch-psychiatrischen Sachverständigen im konkreten Fall zu erörtern bzw. positiv festzustellen wäre. Aus dieser Sichtweise ergeben sich auf rechtlicher Ebene weitere kaum mit Schuld- bzw. Unrechtsüberlegungen in Einklang zu bringende Folgen, da selbst in Fällen, in welchen die Vorwerfbarkeit gegenüber der (werdenden) Mutter tatsächlich feststellbar nicht vermindert war oder die Mutter durch Motive zur Tötung veranlasst wurde, die gem. § 32 Abs. 2 S. 2 öStGB erschwerend wirken könnten, die Privilegierung nach § 79 Alt. 1 öStGB von Gesetzes wegen eintreten muss.[131]

Aus gendersensibler Sicht werden (trotz des Ergebnisses einer „Rechtswohltat" für die Normunterworfenen) mit dieser Tatbestandsalternative des § 79 öStGB in Österreich Geschlechterstereotype der in der Geburt stets eingeschränkt zurechnungsfähigen Gebärenden zementiert, welche auch für diese Alternative mittels der Verpflichtung der Einholung eines psychiatrischen Gutachtens einfach, für den jeweiligen Einzelfall wissenschaftsbasiert und im Ergebnis gendersensibel beseitigt werden könnten und müssten.[132] Different zur eben beschriebenen Tatbestandsalternative des § 79 öStGB stellt sich die Rechtslage in Österreich bei der Tötung eines Neugeborenen durch die Mutter, während diese sich noch „unter Einwirkung des Geburtsvorgangs" befindet (§ 79 Alt. 2 öStGB) dar – bedarf es in solchen Sachverhaltskonstellationen doch einer eingehenden psychiatrischen Untersuchung und Prüfung, ob die Tat in diesem Zustand erfolgte (subjektives Schuldmerkmal)[133], was zu begrüßen ist. Auch aus Gründen des Gebots der rechtlichen Gleichbehandlung von wesentlich identen Sachverhalten sowie aus Gründen der wissenschaftlichen wie rechtlichen Konsistenz und einer gendersensiblen Betrachtungsweise strafrechtlicher Normen wäre insofern eine Änderung der Sichtweise auf § 79 Alt. 1 öStGB (wie auch bei Neuschaffung einer vergleichbaren Norm in Deutschland) angezeigt.[134]

## IV. Schlussbemerkung

Das Phänomen des Neonatizids und dessen derzeitige rechtliche Beurteilung in Deutschland zeigt die enge Verzahnung strafrechtlicher Beurteilung mit psychologisch-psychiatrischer Expertise auf, wobei im Detail bei Vorliegen der üblichen (vormalig als Privilegierungsgründe i.S.d. § 217 StGB a.F.) Faktoren der negierten Schwangerschaft sowie des Geburtsaffekts durch deren Zusammenwirken eine Anwendung des unbenannten minder schweren Falls des Totschlags gem. § 213 Alt. 2 StGB naheliegt. Dieses Ergebnis steht mit der derzeitigen Rechtsprechung des BGH, welche das Vorliegen eines Geburtsaffekts allein für die Annahme eines minder schweren Falls als nicht ausreichend erachtet, in Einklang, verlangt jedoch von den Rechtsanwendern die Bereitschaft der stärkeren Fokussierung auf die negierte Schwangerschaft als Kausalfaktor einer Neugeborenentötung und in diesem

[127] Zur Verschlechterung der Rechtsposition von Frauen und der „verkappten Strafschärfung" durch die Streichung des § 217 StGB a.F. vgl. nur *Brambring* (Fn. 5), S. 164, 165.

[128] *Bertel/Schwaighofer/Venier* (Fn. 95), § 79 Rn. 3.

[129] *Bertel/Schwaighofer/Venier* (Fn. 95) § 79 Rn. 3 mit Verweis auf OGH, Urt. v. 28.8.2014 – 12 Os 24/14t; *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 2, 39 ff. mit Nachweisen.

[130] *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 2, 42 mit einer Vielzahl von Nachweisen.

[131] Siehe hierzu ausführlich *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 3; ähnlich für § 217 StGB a.F. *Bosch*, JA 2009, 150, wonach die Privilegierungswirkung der Kindestötung unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines geburtstypischen Affektes und der Beeinflussung der Mutter durch jenen eintrat; ferner *Hussels*, NStZ 1994, 526 (527).

[132] Die Rechtfertigung der Privilegierung auf Basis einer reinen praesumptio iuris in einem genuin der medizinischen Wissenschaft überantworteten Bereich vermag – gerade auch mit Blick auf die zweite Alternative des gegenständlichen Tatbestands und hinsichtlich der diesbezüglichen Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichgestalteten Sachverhalten (in beiden Alternativen beruht die Privilegierung auf dem psychischen und physischen besonderen Zustand der Geburt, doch in einem der beiden wird die Kausalität dieses Zustands schlicht immer vom Gesetz vermutet) – nicht zu überzeugen.

[133] *Bertel/Schwaighofer/Venier* (Fn. 95) § 79 Rn. 3; *Birklbauer* (Fn. 5), § 79 Rn. 2.

[134] Von seinem grundsätzlichen Inhalt, seiner diesbezüglichen Struktur sowie dem durch die Strafandrohung zum Ausdruck kommenden Unwert der inkriminierten Handlung wäre § 79 öStGB jedoch als Modell einer etwaigen deutschen Neuschöpfung eines Sondertatbestands des Neonatizids dem Grunde nach gut geeignet.

Kontext zu fordernde Stärkung der Stellung der psychiatrischen Sachverständigen. Zu einer Bewusstseinsbildung für die Erscheinungsform dieser spezifischen Delinquenz könnte eine gesetzliche Neuregelung (etwa im Gefolge einer Gesamtreform der Tötungsdelikte) beitragen, welche darüber hinaus der Unrechtsdimension derartiger Handlungen und deren Besonderheiten in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht passgenauer entspräche als das derzeitige Regelungsregime.

# Geldwäsche als Anschlussdelikt von Völkerstraftaten
## Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 261 Abs. 9 StGB

Von Prof. Dr. Frank Zimmermann, Dipl. iur. Kilian Hallweger, Freiburg i.Br.*

*Bisher blieben die aus Völkerstraftaten stammenden Taterträge strafrechtlich weitgehend unbeachtet. Der vorliegende Beitrag untersucht deshalb, inwiefern der Geldwäschetatbestand des § 261 StGB bei völkerstrafrechtlichen Vortaten relevant werden kann. Da diese sich typischerweise im Ausland abspielen werden, widmet sich der Beitrag insbesondere Auslegungsfragen des § 261 Abs. 9 StGB. Mit der darin vorausgesetzten hypothetischen Strafbarkeit nach deutschem Recht und der Tatortstrafbarkeit greift die Vorschrift Merkmale auf, die so oder ähnlich aus dem Rechtshilferecht (§ 3 IRG) und dem Strafanwendungsrecht (§ 7 StGB) bekannt sind. Der Beitrag reflektiert deshalb kritisch, ob die hierzu entwickelten Argumentationsmuster auf § 261 Abs. 9 StGB übertragen werden können. Besonderes Augenmerk liegt sodann auf der Frage, ob für die Tatortstrafbarkeit eine Strafdrohung aus dem Rom-Statut oder allgemein aus dem Völkerstrafrecht genügen kann.*

*So far, the proceeds of international crimes have largely been ignored by the criminal justice system. This article therefore examines the extent to which the money laundering offence under Section 261 of the German Criminal Code (StGB) can be relevant in the field of international criminal law. Since international core crimes will typically take place abroad, the article focuses in particular on the interpretation of Section 261 para. 9 StGB. With its two requirements of a hypothetical criminal liability under German law and the criminalisation at the place of commission the provision takes up features that are known in this or a similar form from extradition law and criminal jurisdiction. The article therefore critically reflects on whether the arguments developed in those areas can be applied to Section 261 para. 9 StGB. Particular attention is then paid to the question of whether a criminalisation under the Rome Statute or international criminal law in general can suffice to fulfill the lex loci requirement in Section 261 para. 9 No. 1 StGB.*

### I. Einleitung

Obwohl das Völkerstrafrecht derzeit – insbesondere aufgrund des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine – (wieder) in aller Munde ist, sind völkerstrafrechtliche Verfahren vor deutschen Gerichten doch nach wie vor recht selten. Schon angesichts der beschränkten Kapazitäten internationaler Strafgerichtshöfe wie namentlich des IStGH in Den Haag muss die Hauptlast bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Völkerstraftaten aber auf nationaler Ebene von staatlichen Gerichten getragen werden.[1] Dies gilt umso mehr, als die von zunehmenden internationalen Spannungen geprägte Weltlage es ungewiss erscheinen lässt, wie erfolgreich multilaterale Ansätze (auch) auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts in absehbarer Zeit sein können.[2] Nationale Völkerstrafverfahren stellen Gerichte und Staatsanwaltschaft indes vor beträchtliche Herausforderungen – insbesondere gelingt es bei den zugrundeliegenden Auslandssachverhalten häufig nur mithilfe des Zufalls, überhaupt eines Beschuldigten habhaft zu werden. Vor diesem Hintergrund soll mit dem vorliegenden Beitrag ein Gedanke für das Völkerstrafrecht getestet werden, den einer der *Verfasser* bereits für das Umweltstrafrecht formuliert hat:[3] Wenn es mit den Mitteln des staatlichen Strafrechts nicht möglich ist, die originär für strafwürdig befundenen Sachverhalte zu erfassen und abzuurteilen, könnte als „kleine", innerstaatliche Lösung immerhin der Geldwäschetatbestand einen strafrechtlichen Zugriff ermöglichen – wodurch sich zugleich die im Inland agierenden Profiteure und Financiers von Völkerrechtsverbrechen ins Visier nehmen ließen.

Dass es eine Schnittstelle von Wirtschafts- und Völkerstrafrecht gibt, ist dabei keine neue Erkenntnis, sondern lässt sich bis zu den Krupp- und IG Farben-Prozessen nach dem 2. Weltkrieg zurückverfolgen.[4] Als anschauliches Beispiel aus jüngerer Vergangenheit mag das Verfahren gegen Charles Taylor vor dem Special Court for Sierra Leone (SCSL) wegen Beihilfe zu Völkerstraftaten dienen, für die Taylor im Gegenzug eine Bezahlung erhielt.[5] Rechtswissenschaftlich wurde das Gebiet des „Wirtschaftsvölkerstrafrechts"[6] in den letzten Jahren etwa im Hinblick auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit von Geschäftsführern[7] und die Einführung eines Unternehmensvölkerstraf-

* Der *Verf. F. Zimmermann* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht sowie Strafrecht der Digitalisierung (Institut für Straf- und Strafprozessrecht, Abt. 3) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der *Verf. Hallweger* ist akademischer Mitarbeiter und Doktorand ebenda.

[1] So bereits *El Zeidy*, The Principle of Complementarity in International Criminal Law, 2008, S. 299; siehe die Jahresübersicht 2024 von nach dem Weltrechtsprinzip geführten Verfahren, TRIAL International, abrufbar unter https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2024/04/UJAR-2024_digital.pdf. Alle Internetlinks wurden zuletzt abgerufen am 25.7.2025.

[2] Man denke nur an die vom US-Präsidenten Trump verhängten Sanktionen gegen den IStGH, siehe https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/imposing-sanctions-on-the-international-criminal-court/.

[3] *F. Zimmermann*, in: Satzger/v. Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht, 2024, S. 397 (415 ff.).

[4] *Epik*, wistra 2024, 89; *Jeßberger*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 783 (786).

[5] SCSL (TC II), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL- 03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 5386–5388, 6057.

[6] Vgl. *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, passim.

[7] *Epik*, wistra 2024, 89 (95); *Kirsch*, NZWiSt 2014, 212 (215 f.); *F. Meyer*, ZStR 131 (2013) 56 (68).

rechts[8] beleuchtet. Dabei ging und geht es freilich jeweils um die Verantwortlichkeit für völkerstrafrechtliche Kernverbrechen als solche. Die aus ihnen generierten Vermögensvorteile bleiben hingegen weitgehend unbeachtet. Der vorliegende Beitrag untersucht deshalb, inwieweit an Völkerstraftaten anknüpfende inländische Verwertungshandlungen strafrechtlich erfasst werden können, die bisher unter dem Radar des Völkerstrafrechts geblieben sind. Als Reflex kann dieser Ansatz mit der Einziehung von Taterträgen aus völkerstrafrechtlichen Vortaten gem. §§ 73 ff StGB[9] zudem ein weiteres strafrechtliches Instrument auf den Plan rufen.

## II. Überblick über den Tatbestand des § 261 StGB seit der Reform 2021

Der Geldwäscheparagraph wurde seit 1984 mehr als 30 Änderungen unterzogen und zuletzt im Jahr 2021 erheblich umgestaltet, um den Anforderungen einer EU-Richtlinie[10] Rechnung zu tragen.[11] Für den vorliegenden Beitrag sind dabei zwei Änderungen von besonderem Interesse: Erstens wurde der Vortatenkatalog in § 261 Abs. 1 StGB gestrichen und damit der Norm eine Neuausrichtung verschafft.[12] Zweitens wurde § 261 Abs. 9 StGB n.F., der nun die Auslandsvortaten regelt, neu strukturiert und in zwei Nummern aufgeteilt. In Nr. 1 wurde die bisherige Formulierung aus § 261 Abs. 8 StGB a.F. übernommen. § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB verzichtet bei einigen unionsrechtlich harmonisierten Deliktsbereichen auf das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit.[13]

Die erste dieser beiden Änderungen eröffnet die Möglichkeit, Überlegungen zu völkerstrafrechtlichen Geldwäsche-Vortaten anzustellen: Musste früher die Vortat einen der aufgelisteten Tatbestände verwirklichen, reicht es jetzt aus, dass sie irgendeine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB darstellt.[14] Dieser „all-crimes-Ansatz“[15] führt zwangsläufig – und vom Gesetzgeber gewollt[16] – dazu, dass eine Geldwäschestrafbarkeit nun an Taten anknüpfen kann, die zuvor vom Vortatenkatalog nicht erfasst wurden; prinzipiell also auch an Völkerstraftaten.

Obwohl es im Gesetzgebungsverfahren noch Ambitionen gab, das Tatbestandsmerkmal des Herrührens zu ändern,[17] hat sich dieser Ansatz letztlich nicht durchgesetzt. Wie in der bis 2021 geltenden Fassung muss das Tatobjekt daher weiterhin aus der Vortat herrühren. Inhaltlich konnte das Merkmal trotz vieler Versuche bisher noch nicht klar bestimmt werden.[18] Einigkeit besteht zumindest darüber, dass das Herrühren eine Kausalbeziehung beschreibt und jedenfalls die durch oder für die Tat erlangten Erträge aus der Vortat erfasst.[19] Ein Gegenstand rührt auch dann aus der Vortat her, wenn er einem Tatbeteiligten als Gegenleistung für seine Tathandlung vor oder nach der Tat als Tatlohn versprochen wird.[20] Hieraus folgt, dass jedenfalls klassische Geldzahlungen für die Begehung von Kernverbrechen und hiermit erzielte finanzielle Erträge in den Anwendungsbereich des § 261 StGB n.F. fallen. Der Kreis der erfassten Tatobjekte ist jedoch nicht hierauf beschränkt. Tatobjekt kann nach herrschender Meinung vielmehr jeder Vermögensgegenstand sein, also etwa auch Wertpapiere, Edelmetalle, Seltene Erden oder Edelsteine.[21]

Somit kommt § 261 StGB in seiner heutigen Form prinzipiell als völkerstrafrechtliches Anschlussdelikt in Betracht. Die Tragweite dieser Konstruktion soll im Folgenden mittels eines Blicks auf potenziell geldwäscherelevante Völkerrechtsverbrechen veranschaulicht werden.

## III. Völkerstrafrechtliche Kernverbrechen als Vortaten der Geldwäsche

Als Bezugspunkt für die strafrechtliche Bewertung von Kernverbrechen als Vortaten der Geldwäsche wird im Folgenden das VStGB herangezogen. Zwar ließe sich andenken, auf das nationale Zustimmungsgesetz zum Römischen Sta-

[8] *Neumann*, ZStW 136 (2024), 776 f.; *F. Meyer*, ZStR 131 (2013), 56 (67).
[9] Vertiefend zur Einziehung bei § 261 StGB *Fleckenstein*, wistra 2023, 45 ff.
[10] RL (EU) 2018/1673, ABl. EU 2018 Nr. L 284, S. 22.
[11] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330; *Beulke/Hallweger*, in: Lindemann/Ransiek/Eidam/Neuhaus (Hrsg.), Festschrift für Stephan Barton zum 70. Geburtstag, 2023, S. 211; krit. zur Reform 2021 generell *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 5. Aufl. 2023, StGB § 261 Rn. 21 ff.
[12] *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 14; *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (463).
[13] *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck’scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 261 Rn. 14.
[14] *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (211); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 261 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, § 26 Rn. 1028.
[15] *Böhme/Busch*, wistra 2021, 169 (171); *Beulke/Hallweger* (Fn. 11), S. 211, 213.
[16] BT-Drs. 19/24180, S. 13.
[17] Vgl. *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1046 (1047); *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (335); *El-Ghazi/Marstaller/Zimmermann*, NZWiSt 2021, 297 (300).
[18] „[Z]weifelhafte Begrifflichkeit“, *Jahn*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 261 Rn. 44; *Neuheuser*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 54; *Fahl*, JZ 2009, 747.
[19] BGHSt 53, 205 (209); BGH wistra 2022, 341; BGH wistra 2019, 29 (30); *Hecker*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 261 Rn. 10; *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 71, 76; *Barton*, NStZ 1993, 159 (161); *Bottke*, wistra 1995, 87 (91); *Schmidt*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/ Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 261 Rn. 11.
[20] BGHSt 57, 56; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 29; *Neuhauser* (Fn. 18), § 261 Rn. 55; *Schmidt* (Fn. 19), § 261 Rn. 11; *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 49.
[21] *Neuheuser* (Fn. 18), § 261 Rn. 35; *Schmidt* (Fn. 19), § 261 Rn. 10.

tut[22] abzustellen. Jedoch sind die Kernverbrechen in Art. 6–8bis Rom-Statut als Zuständigkeitsregelungen gefasst.[23] Daher handelt es sich bei den in deutsches Recht transformierten Normen nicht um rechtswidrige Taten[24] i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

Schon im tatbestandlichen Verhalten weisen einige Tatbestände des VStGB einen Vermögensbezug auf. So werden nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VStGB der Menschenhandel und die Versklavung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst. Die hierfür erforderliche Anmaßung des Eigentumsrechts liegt jedenfalls vor, wenn ein Mensch „ver- oder eingekauft" wird.[25] Speziell bei einem „Verkauf" erlangt der Täter einen Vermögenswert aus der Tat. Eine finanzielle Komponente kann zudem die Nötigung zur Prostitution gem. § 7 Abs. 1 Nr. 6 VStGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB haben. Auch hier wird der Täter typischerweise einen Vermögenswert unmittelbar aus der Tatbegehung erlangen. Des Weiteren ist § 9 Abs. 1 VStGB in den Blick zu nehmen, der unter anderem die Plünderung, Aneignung und Beschlagnahme von Sachen als Kriegsverbrechen unter Strafe stellt. Der für die Variante der Plünderung tatbestandlich geforderte Verlust des Tatobjekts kann nach der Rechtsprechung des IStGH ohne Gewalthandlung herbeigeführt werden.[26] Das führt dazu, dass diebstahlsähnliche Handlungen ausreichen, um tatbestandlich von einer Plünderung zu sprechen.[27] Das durch die Plünderung erlangte Tatobjekt rührt dann unmittelbar aus § 9 Abs. 1 VStGB her und ist als Vermögensgegenstand i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB anzusehen.

Daneben können Geldströme bei nahezu sämtlichen Kernverbrechen eine Rolle spielen. Im eingangs geschilderten Beispiel lieferte Taylor im Gegenzug für sog. Blutdiamanten Versorgungsgüter und Waffen,[28] die von Dritten für Angriffe auf die Zivilbevölkerung eingesetzt wurden.[29] Der SCSL wertete diese Waffenlieferungen als (psychische) Beihilfe Taylors zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit.[30] Dieses Beispiel lässt sich verallgemeinern und in die deutsche Rechtsordnung übertragen: Über die Generalverweisung in § 2 VStGB finden der Allgemeine Teil und damit §§ 25 ff. StGB auf die Tatbestände des VStGB Anwendung.[31] Eine Waffen- oder Materiallieferung ermöglicht bzw. erleichtert in aller Regel die Haupttat[32] und stellt daher – den Gehilfenvorsatz unterstellt – eine strafbare Beihilfe nach § 27 StGB dar. Sobald der Unterstützer hierfür einen Vermögensgegenstand erhält, entsteht bereits ein für § 261 Abs. 1 StGB relevanter Vermögensvorteil.[33] Desgleichen fallen Sold- oder Prämienzahlungen, die der Täter eines Völkerrechtsverbrechens hierfür bekommt, in den Anwendungsbereich des Geldwäschetatbestands.

Insgesamt ergibt sich so eine ganz beträchtliche Geldwäscherelevanz der völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen.

## IV. Bedeutung und Inhalt des § 261 Abs. 9 StGB – insbesondere bei Völkerstraftaten

Regelmäßig wird es sich bei einer völkerstrafrechtlichen Vortat nicht um eine Inlands-, sondern um eine Auslandstat handeln – Ausnahmen sind gewiss denkbar, etwa wenn ein Waffengeschäft auf deutschem Staatsgebiet geschlossen wird, siehe § 9 Abs. 2 S. 1 StGB. Im nächsten Schritt gilt es daher, Auslandsvortaten in die Systematik des § 261 StGB einzuordnen.

### *1. Auslandsvortaten im System des § 261 StGB*

#### *a) Wann gilt das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB?*

Während § 261 Abs. 1 StGB lediglich verlangt, dass die Vortat eine rechtswidrige Tat sein muss (siehe oben II.), stellt § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB für den Fall, dass die Vortat „im Ausland begangen" wurde, das zusätzliche Erfordernis auf, dass sie am Tatort, nach der sog. lex loci, mit Strafe bedroht sein muss. Das ließe sich im Sinne einer strengen Wortlautorientierung so verstehen, dass diese Einschränkung immer zu beachten wäre, wenn die Vortat keinen inländischen Tatort i.S.d. § 9 StGB aufweist; sie wäre demnach typischerweise

[22] Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (IStGH-Statutgesetz), BGBl. II 2000, S. 1393.

[23] *Satzger*, NStZ 2002, 125 (126); *Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches, 2000, S. 10; *A. Zimmermann*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 15.

[24] Diese müssen dem „Tatbestand eines Strafgesetzes unterfallen", siehe *Radtke*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 11 Rn. 129; *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 11 Rn. 78.

[25] OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.4.2021 – 7 StS 2/20 = BeckRS 2021 22039 Rn. 127–128; *Esser*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Bd. 20, 13. Aufl. 2024, VStGB § 7 Rn. 99.

[26] IStGH (TC IX), Entsch. v. 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15-1762-Red, Rn. 2766 (Prosecutor v. Ongwen).

[27] *Hiéramente/Gebhard* (Fn. 25), VStGB § 8 Rn. 12; *Geiß/A. Zimmermann* (Fn. 23), Art. 8 Rn. 543.

[28] SCSL (TC II), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 6057.

[29] SCSL (TC II), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 6911.

[30] SCSL (TC II), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 6949; bestätigt in SCSL (AC), Urt. v. 26.9.2013 – SCSL-03-01-A (Prosecutor v. Taylor), Rn. 395.

[31] *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 17 Rn. 14; *Burghardt*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), 20 Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2023, S. 149, 151; *Esser/Gerson* (Fn. 25), VStGB § 2 Rn. 11.

[32] Zur Beihilfe durch Waffenexporte, *Ambos*, StV 2020, 788 (793); zum Hilfeleisten allg. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 904.

[33] So ausdrücklich zum Lohn des Gehilfen, der aus der Teilnahme an der Haupttat herrührt, *El Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 56.

auch bei völkerstrafrechtlichen Vortaten zu prüfen. Allerdings setzt § 261 Abs. 9 StGB für beide Nummern voraus, dass „die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat *wäre*".[34] Aus dem Konjunktiv kann abgeleitet werden, dass Abs. 9 diejenigen Auslandstaten nicht erfasst, auf die deutsches Strafrecht nach den Regeln des Strafanwendungsrechts *anwendbar ist* – mit der Folge, dass insoweit dann schlicht Abs. 1 gilt und es auf die zusätzliche Tatortstrafbarkeit nicht ankommt.[35] Absichern lässt sich diese Wortlautinterpretation mit einem Verweis auf § 3 Abs. 1 IRG. Dort verwendet das Gesetz mit der Formulierung „nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat *ist*"[36] den Indikativ, mit der Konsequenz, dass die dem Auslieferungsersuchen zugrundeliegende Tat tatsächlich nach deutschem Recht strafbar sein muss.[37] Mit Ausnahme der §§ 13 ff. VStGB sind die Kernverbrechen und deren Beteiligung gem. § 1 S. 1 VStGB dem Weltrechtsprinzip unterstellt.[38] Somit findet das deutsche Strafrecht auf sie auch bei Begehung im Ausland ohne zusätzlichen inländischen Anknüpfungspunkt[39] Anwendung und das Vorliegen einer lex loci gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB ist nicht zu prüfen.

In der Literatur weisen vereinzelt Stimmen darauf hin, dass die Erstreckung auf Auslandsvortaten, die am Tatort nicht kriminalisiert sind, die Legitimität der Geldwäschestrafbarkeit im Inland in Frage stellen könnte.[40] In der Tat wird in diesen Fällen von § 261 StGB ein Vermögensgegenstand inkriminiert, der es am Begehungsort der Vortat gerade nicht ist. Auf den ersten Blick ließe sich daher – ähnlich wie bei der Erstreckung der eigenen Strafgewalt auf die Vortat selbst – kritisieren, dass die souveräne strafrechtliche Bewertung der Vortat durch deren Tatortstaat unterlaufen zu werden drohe und es überdies zweifelhaft erscheine, ob der Vortäter vom Normbefehl erreicht wird.[41] Zudem ließe sich bezweifeln, ob eine so weitgehende Interpretation von § 261 Abs. 1 StGB mit dem Zweck der Vorschrift vereinbar ist.[42]

Allerdings greifen diese Bedenken im hiesigen Kontext nicht durch. Erstens ist Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit aus § 261 StGB nicht die Vortat, sondern der Umgang mit der aus ihr herrührenden Sache im Anwendungsbereich des StGB.[43] Somit ist es legitim, wenn § 261 Abs. 1 StGB die Einspeisung von Vermögenswerten, die aus einem nach deutschem Verständnis strafbaren Verhalten resultieren, in den nationalen Wirtschaftskreislauf verhindern möchte.[44] Wer im Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts eine § 261 StGB unterfallende Handlung vornimmt, hat grundsätzlich auch hinreichenden Anlass, sich der Legalität seines Verhaltens und damit der Bewertung der Vortat nach deutschem Recht zu vergewissern. Was zweitens den Zweck des § 261 StGB angeht, ist dieser seit jeher umstritten.[45] Ansätzen, die in der Vorschrift ein Mittel zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität sehen wollten,[46] wurde mit dem heute geltenden all-crimes Ansatz die Grundlage entzogen.[47] Richtigerweise ist der Zweck von § 261 StGB daher eine Kombination aus dem Schutz der Rechtspflege in ihrer Aufgabe, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen, und des durch die Vortat unmittelbar beeinträchtigten Rechtsguts mitsamt Isolierungstendenzen.[48] Hinter dem zweitgenannten Gesichtspunkt steht dem Grunde nach die generalpräventive Erwägung, dass die Vortatbegehung mangels Verwertungsmöglichkeit unattraktiv gemacht werden soll.[49] Ist die Vortat aber nach deutschem Recht strafbar – und sei es nur mittels des Weltrechtsprinzips –, werden durch Geldwäschehandlungen auch die deutsche Rechtspflege und das Interesse an der Beseitigung der Tatfolgen betroffen. In einem generalpräventiven Sinn unterstreicht die Strafdrohung für Geldwäschehandlungen dann das Signal, dass die deutsche Rechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen, selbst wenn sie im Ausland begangen werden, nicht duldet und die daraus erhaltenen Vorteile isoliert („crime shall not pay"[50]). All dies führt zu

[34] *Hervorhebung* durch die *Verf.*

[35] So die herrschende Meinung zu Abs. 8 a.F.: BGHSt 53, 205 (207 f.); *Neuheuser* (Fn. 18), § 261 Rn. 48; *Reichling*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2022, StGB § 261 Rn. 27; *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 21; *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 41; *Lütke*, wistra 2001, 85 (87); *Hecker* (Fn. 19), § 261 Rn. 8; *Schmidt* (Fn. 19), § 261 Rn. 49; *Böhme/Busch*, wistra 2021, 169 (171).

[36] *Hervorhebung* durch die *Verf.*

[37] *Schierholt*, in: Schomburg/Lagodny (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 6. Aufl. 2020, IRG § 3 Rn. 12.

[38] *Satzger* (Fn. 31), § 17 Rn. 40.

[39] Das nach BGHSt 45, 64, 86 zusätzliche Inlandserfordernis nach § 6 Nr. 1 StGB a.F. ist nicht mehr haltbar, vgl. *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 9, 4. Aufl. 2022, VStGB § 1 Rn. 7; *Weißer*, GA 2012, 416 (417 f.).

[40] *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 62; *Hecker*, in: Hilgendorf/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, 2012, S. 714 (721 f.); *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (596 f.), werfen die Frage ebenfalls auf, verneinen sie aber (dazu im Detail unten).

[41] Vgl. allgemein *F. Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der EU, 2013, S. 144.

[42] Vgl. *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1157).

[43] *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 19; *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (596).

[44] *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 62.

[45] *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 11 ff.

[46] BT-Drs. 12/989, S. 26; BT-Drs. 11/7663, S. 24, ähnlich *Neuheuser* (Fn. 18), § 261 Rn. 4 f.

[47] *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 12; *Bülte*, NZWiSt 2017, 276 (278); *Eschelbach*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2024, § 261 Rn. 1; *Leip*, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 2. Aufl. 1999, S. 51 ff.

[48] BGHSt 55, 36 (49); BGH NStZ-RR 2013, 253; BGH NJW 2018, 2742 (2743); *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 15; *Neuheuser* (Fn. 18), § 261 Rn. 10, 15.

[49] *Lichtenthäler*, wistra 2024, 353 (354); *Jahn/Reichart*, JuS 2009, 309 (310); *Leip* (Fn. 47), S. 54.

[50] *Lichtenthäler*, wistra 2024, 353 (354).

der Folgerung, dass § 261 Abs. 1 StGB seine Funktion nicht erfüllen könnte, wenn nur solche Gegenstände in seinen Anwendungsbereich fielen, die aus einer im Inland begangenen Vortat stammen.[51]

Zuletzt weist auch die historische Auslegung darauf hin, dass unter § 261 Abs. 9 StGB nur Auslandstaten fallen sollen, für die nicht das deutsche Strafrecht gilt: Die Vorschrift geht auf § 261 Abs. 8 StGB a.F.[52] zurück. In ihrer ursprünglichen Fassung stellte sie auf Vermögenswerte ab, „die aus außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes begangenen Taten herrühren" – es ging also eindeutig nur um Vortaten, die nicht dem StGB unterfielen. Mit Wirkung vom 9. Mai 1998 erhielt der Wortlaut von § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB seine heutige Fassung, ohne dass damit eine inhaltliche Anpassung bezweckt gewesen wäre.[53]

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten: Sobald deutsches Strafrecht auf die Vortat anwendbar ist, ist diese eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB; ein zusätzliches Erfordernis einer lex loci am ausländischen Tatort besteht dann nicht. Auch Auslandsvortaten, für die das VStGB Geltung beansprucht, fallen richtigerweise bereits unter § 261 Abs. 1 StGB.[54] Der hier angedachte Weg, über den innerstaatlichen Geldwäschetatbestand eine juristische Aufarbeitung von Völkerstraftaten zu ermöglichen, sollte daher in vielen Fällen rechtlich gangbar sein. Das einschränkende Erfordernis der Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 StGB ist somit nur relevant, wenn die Vortat nicht durch das deutsche Strafrecht – im hier interessierenden Kontext: das VStGB – erfasst wird.

*b) Beispiele für unter § 261 Abs. 9 StGB fallende Völkerstraftaten im Ausland*

Nach dem bisher Gesagten ist in § 261 Abs. 9 StGB die ungeschriebene Voraussetzung hineinzulesen, dass auf die Vortat deutsches Strafrecht nicht anwendbar ist (sonst greift bereits Abs. 1). Für welche völkerstrafrechtlichen Vortaten kann es auf dieser Grundlage überhaupt auf das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB ankommen? Dies erscheint denkbar, wenn deutsche Strafvorschriften nach den Regeln des Strafanwendungsrechts keine Geltung beanspruchen:

Ein Beispiel liefern die Vorschriften zur Verletzung der Aufsichtspflicht in §§ 4, 14 VStGB. Die Vorschriften gehen auf Art. 28 Rom-Statut zurück.[55] Art. 28 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a Rom-Statut normiert eine Strafbarkeit, wenn der militärische Vorgesetzte von der Tatbegehung seiner Untergebenen hätte wissen müssen bzw. der nicht-militärische Vorgesetzte grob fahrlässig Informationen außer Acht ließ, dass seine Untergebenen ein Kernverbrechen verübten.[56] Während § 4 VStGB eine Strafbarkeit nach dem jeweiligen Verbrechenstatbestand vorschreibt (insoweit wie Art. 28 Rom-Statut) und dem Weltrechtsprinzip des § 1 VStGB unterliegt, gilt dies für die als Vergehen ausgestaltete Aufsichtspflichtverletzung gem. § 14 VStGB nicht.[57] Nichts anderes gilt für das Verbrechen der Aggression gegenüber einem Drittstaat: Das VStGB greift hier wiederum aus strafanwendungsrechtlichen Gesichtspunkten oftmals nicht, vgl. § 1 S. 2 VStGB.

Daneben ist auch an Sachverhalte zu denken, in denen die Anwendung des Weltrechtsprinzips gem. § 1 S. 1 VStGB bereits daran scheitert, dass kein Straftatbestand des VStGB, sondern ein anderes deutsches Strafgesetz ohne extraterritoriale Geltung (siehe sogleich 2. a) einschlägig ist. Jüngst hat die Gesetzesinitiative zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts[58] das Augenmerk etwa auf materiellrechtliche Strafbarkeitslücken gelenkt, die daraus resultierten, dass der deutsche Gesetzgeber völkerrechtlichen Entwicklungen hinterherhinkte: Auf internationaler Ebene wurde Art. 8 Rom-Statut im Jahr 2017 um Strafvorschriften für die Verwendung von biologischen und Laserwaffen sowie Projektilen, die nicht von Röntgenstrahlen im Körper entdeckt werden können, erweitert.[59] Diesen Schritt hat das VStGB erst 2024 nachvollzogen. In der Zwischenzeit griff die deutsche Regelung für Kriegsverbrechen, die ansonsten dem Weltrechtsprinzip unterfallen, zu kurz. Selbstverständlich können sich vergleichbare Verzögerungen bei der Anpassung jederzeit wiederholen. Teils wurde ein Zurückbleiben hinter den völkerrechtlichen Standards bei der Konzeption des VStGB sogar bewusst in Kauf genommen: Der Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG machte es erforderlich, einige unpräzise völkerrechtliche Vorschriften zu „schleifen", um den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte und vorhersehbare Strafnorm zu entsprechen.[60] Damit ging zwangsläufig eine Einengung einzelner Tatbestände einher,[61] etwa des § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB[62] oder des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB[63].

[51] *Hecker* (Fn. 40), S. 717.
[52] I.d.F. v. 1.3.1993.
[53] BT-Drs. 13/8651, S. 12.
[54] Wird auf die Unanwendbarkeit des deutschen Strafrechts gem. §§ 3 ff. StGB abgestellt, fehlt zumeist ein Hinweis auf § 1 VStGB, *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 41; ähnlich *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 20, 21.
[55] *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (696).
[56] *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 58.
[57] *Ambos* (Fn. 56), § 7 Rn. 59; *Esser/Gerson* (Fn. 25), VStGB § 1 Rn. 4.
[58] BT-Drs. 20/9471; *Raube*, KriPoZ 2024, 278 (284).
[59] ICC-ASP/16/Res.4 vom 14.12.2017.
[60] BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 = BeckRS 2020, 40592 Rn. 202; BVerfG NJW 2008, 3627; vgl. *Pschorr*, Strukturbedingt unbestimmte Straftatbestände, 2024, S. 289.
[61] *Satzger* (Fn. 31), § 17 Rn. 18; *Werle*, JZ 2001, 885 (889); gegen eine Lockerung der tatbestandlichen Bestimmtheit auch *Schmid*, ZIS 2020, 349 (357 f.).
[62] Vgl. hierzu *Satzger* (Fn. 31), § 17 Rn. 29; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 1130.
[63] *Werle/Jeßberger* (Fn. 62), Rn. 955.

*2. Die hypothetische Strafbarkeit nach deutschem Recht gem. § 261 Abs. 9 StGB*

*a) Beliebige Strafnorm*

Als Grundvoraussetzung sieht § 261 Abs. 9 StGB vor, dass die Auslandstat nach deutschem Recht eine Straftat wäre. Diese hypothetische Strafbarkeit wird in der Kommentarliteratur mit dem Erfordernis umschrieben, dass die „Vortat nach deutschen Recht eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB wäre, wäre sie im Inland begangen worden“[64]. Manche verstehen die hypothetische Strafbarkeit so, dass nur eine hypothetische Verlagerung des Tatorts auf deutsches Staatsgebiet[65] vorgenommen wird. Teils wird auch angenommen, dass die inländische Strafnorm derjenigen ähneln müsse, die am Tatort gilt.[66] Mit der Abschaffung des Vortatenkatalogs hat der Gesetzgeber jedoch sämtliche Straftaten nach deutschem Recht für geldwäscherelevant erklärt.[67] Nach dieser Wertung muss es auch bei Auslandstaten genügen, dass der Lebenssachverhalt nach *irgendeiner* inländischen Strafnorm eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB darstellt.[68] Für die hier interessierenden Fälle bedeutet das, dass sich eine hypothetische Strafbarkeit der völkerstrafrechtlichen Auslandsvortat auch aus den Normen des StGB oder des Nebenstrafrechts ergeben kann. Das ist umso wichtiger, wenn § 261 Abs. 9 StGB dadurch relevant wird, dass es an einem entsprechenden VStGB-Tatbestand fehlt: In diesen Fällen genügt es, wenn eine hypothetische Strafbarkeit nach irgendeiner anderen deutschen Strafnorm bestünde, sofern sich die Tat im Inland zugetragen hätte. Zugleich wird das Eingreifen einer anderen Strafnorm meist nichts daran ändern, dass es nach dem oben Gesagten auf die Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB ankommt, weil andere Delikte, die im Ausland begangen wurden, nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 4–7 StGB dem deutschen Strafrecht unterstellt sind.

*b) Sinngemäße Umstellung des Sachverhalts?*

Von der Frage, welche Anforderungen an die Strafnorm in Deutschland zu stellen sind, ist die Frage zu unterscheiden, ob und ggf. inwieweit ein Auslandssachverhalt sinngemäß umgestellt werden darf, um die hypothetische Strafbarkeit nach deutschem Recht herbeizuführen. Dieser Mechanismus ist aus der Regelung zur beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht bekannt und in § 3 IRG explizit vorgesehen. Teils wird in Anlehnung an die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses[69] davon ausgegangen, er komme auch bei § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB zur Anwendung.[70] Andere argumentieren, dass § 261 Abs. 9 StGB eine sinngemäße Umstellung gerade nicht vorsehe, sodass es den Wortlaut zulasten des Täters überschreite, sie dennoch vorzunehmen.[71] Richtig ist jedenfalls, dass eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nicht mit dem Willen des Gesetzgebers gleichzusetzen ist.[72]

Dennoch dürfte der soeben referierte Vergleich mit § 3 IRG eher dafür sprechen, dass auch bei § 261 Abs. 9 StGB eine sinngemäße Umstellung zulässig ist: § 3 Abs. 1 Var. 1 IRG setzt – wie gesehen ganz anders als § 261 Abs. 9 StGB – voraus, dass das Verhalten, welches Gegenstand des Auslieferungsersuchens ist, tatsächlich nach deutschem Recht strafbar ist. Demnach müsste eine Auslieferung ausscheiden, wenn zwar ein (womöglich sogar inhaltlich ganz ähnlicher) inländischer Tatbestand existiert, dieser aber aufgrund seiner Rückbindung an das deutsche Recht den realen Sachverhalt nicht erfassen kann.[73] Klassische Beispiele sind Amtsdelikte, die nach der Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine nach deutschem Recht bestehende Amtsträgerstellung voraussetzen;[74] ähnlich verhält es sich, wenn Tatbestände des Steuerstrafrechts auf Normen des inländischen Steuerrechts Bezug nehmen.[75] Der wichtigste Anwendungsfall der sinngemäßen Umstellung im Auslieferungsrecht ist schließlich derjenige, dass die dem Ersuchen zugrundeliegende Tat nach §§ 3 ff. StGB nicht dem deutschen Strafrecht unterstellt ist.[76] Erst der Indikativ in § 3 Abs. 1 Var. 1 IRG macht eine sinngemäße Umstellung in diesen Fällen erforderlich.[77] Wie gesehen wendet die Konjunktiv-Formulierung in § 261 Abs. 9 StGB dieses Strafanwendungsproblem ab; sie liefert aber auch generell eine ausreichende Basis für die sinngemäße Umstellung im Gesetzeswortlaut. Relevant werden kann sie bei völkerstrafrechtlichen Vortaten etwa, wenn § 1 S. 2 VStGB bzw. § 13 Abs. 2 Nr. 2 VStGB voraussetzt, dass sich die Angriffshandlung gegen Deutschland richtet.

[64] *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 63; sehr ähnlich *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 261 Rn. 11; *Heger* (Fn. 14), § 261 Rn. 4.

[65] *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 21.

[66] „Vergleichbarkeit muss also zwischen den geltenden Strafnormen bestehen und nicht zwischen den darunter subsumierten Sachverhalten; letztere müssen identisch sein“, *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1156).

[67] *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1155); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (463).

[68] *Schmidt* (Fn. 19), § 261 Rn. 49.

[69] BT-Drs. 19/26602, S. 8.

[70] OLG Koblenz, Beschl. v. 7.12.2023 – 1 W 22/23, Rn. 68 ff.

[71] *Bülte*, NSW 2024, 337 (351 f.).

[72] *Bülte*, NSW 2024, 337 (349).

[73] *Schierholt* (Fn. 37), IRG § 3 Rn. 7.

[74] Bzgl. objektiver Tatbestandsmerkmale *Vogel/Burchard*, in: *Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 136. Lfg., Stand: Juni 2024, IRG § 3 Rn 48; *Schierholt* (Fn. 37), IRG § 3 Rn. 7; zur Amtsträgerstellung nach deutschem Recht, *Hecker* (Fn. 19), § 11 Rn. 14.

[75] *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 21.

[76] *Vogel/Burchard* (Fn. 74), IRG § 3 Rn. 47 f.

[77] *Schierholt* (Fn. 37), IRG § 3 Rn. 3, 7; *Kubiciel*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, 2. Hauptteil IRG § 3 Rn. 26.

*3. Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB*

§ 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB sieht im Gegensatz zu Nr. 2 das zusätzliche Erfordernis der Tatortstrafbarkeit vor. Diese Unterscheidung hat unionsrechtliche Wurzeln: Der deutsche Gesetzgeber wollte mit der Reform des Geldwäschetatbestandes die EU-Richtlinie 2018/1673 umsetzen. Nach deren Art. 3 Abs. 3 lit. c müssen die Mitgliedstaaten ihre Geldwäschetatbestände auf Auslandsvortaten ausdehnen. Zumindest wenn die fragliche Vortat nach bestimmten EU-Rechtsakten mit Strafe zu bedrohen ist, darf es dabei nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie nicht auf die Tatortstrafbarkeit ankommen.[78] Insoweit zwingt die Richtlinie also dazu, Vermögenswerte in den Geldwäschetatbestand einzubeziehen, die am Tatort straflos erlangt wurden.[79] Nur für Vortaten, die nicht den genannten harmonisierten Deliktsbereichen zugehören, *können* die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie einschränkend voraussetzen, dass die Vortat am Tatort strafbar ist. Mit § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB hat der deutsche Gesetzgeber von der Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2018/1673 Gebrauch gemacht.[80]

*a) Regelfall: Abstellen auf das Recht des Tatortstaates*

Unstreitig ist das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit erfüllt, wenn die Vortat nach dem Recht des ausländischen Staates mit Strafe bedroht ist, wo sie begangen wurde.[81] Anerkanntermaßen können Taten an mehreren Orten begangen werden und speziell einigen Kernverbrechen wie dem Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Gestalt der Deportation ist ein grenzüberschreitender Bezug immanent. Das führt, wie der IStGH bereits 2018 ausdrücklich entschieden hat, dazu, dass tatbestandlich relevantes Verhalten in zwei Staaten gegeben sein kann[82] und folglich zwei Tatorte begründet werden. Für eine lex loci reicht es nach dem Wortlaut von § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB dann bereits aus, wenn irgendein Tatortstaat die Tat mit Strafe bedroht.

Für die nähere Konkretisierung bietet es sich jedenfalls auf den ersten Blick an, auf das wortgleiche Erfordernis in § 7 StGB abzustellen.[83] Es könnte sich also der Meinungsstand etwa im Hinblick auf am Tatort bestehende materiellrechtliche Straffreistellungsgründe, deren Überwindbarkeit bei Verstoß gegen einen internationalen ordre public sowie die Berücksichtigungsfähigkeit von Verfahrenshindernissen und faktischer Nichtverfolgung[84] auf § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB übertragen lassen.[85] Dieser Transfer mag naheliegend erscheinen, da die beiden Normen wortgleiche Formulierungen verwenden. Allerdings wird schon innerhalb der verschiedenen Varianten des § 7 StGB dem Merkmal von einer verbreiteten Literaturauffassung ein unterschiedlicher Inhalt beigemessen – soweit die Vorschrift das Stellvertretungsprinzip verwirklicht, werden von dieser Ansicht etwa prozessuale Verfolgungshindernisse für beachtlich gehalten, im Übrigen aber nicht.[86] Außerdem weicht § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB in einem Punkt markant von § 7 StGB ab: Anders als nach der letztgenannten Norm entfällt das Erfordernis nach dem eindeutigen Wortlaut selbst bei einem Tatort, der keiner Strafgewalt unterliegt, nicht. Unionsrechtlich begründet ist diese Abweichung nicht. Da die Mitgliedstaaten die Tatortstrafbarkeit für manche Fallgestaltungen voraussetzen können, aber nicht müssen (siehe oben), wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, hierauf bei Tatorten ohne Strafgewalt zu verzichten. Dies wirft die Frage auf, welche Funktion das Merkmal hat und ob es daher wirklich in § 7 StGB und § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB identisch zu verstehen ist.

Das lex-loci-Erfordernis in § 7 StGB schützt je nach Lesart entweder die Souveränität des Tatortstaates[87] bzw. die subjektive Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit für den Täter.[88] Beide Zwecke lassen sich auf § 261 StGB indes – wie bereits gesehen (siehe oben 1. a) – so nicht übertragen:[89] Die Souveränität des Staates, in dem die Vortat begangen wurde, ist nicht tangiert, da Anknüpfungspunkt der Geldwäsche nicht die Vortat als solche, sondern der nachfolgende Umgang mit der daraus herrührenden Sache im Anwendungsbereich des StGB ist.[90] Aus diesem Grund fallen auch Vorhersehbarkeitserwägungen weniger schwer ins Gewicht. Das Erfordernis einer lex loci in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB kann daher nicht ohne Weiteres mit denselben Erwägungen wie bei § 7 StGB legitimiert werden.[91] Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB ist vielmehr anhand der Schutzzwecke des Geldwäschetatbestands – siehe erneut 1. a) – zu be-

[78] *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (595).
[79] *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (164); *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (596).
[80] BT-Drs. 19/24180, S. 35.
[81] *El-Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 64; *Neuheuser* (Fn. 18), § 261 Rn. 48; siehe auch *Hecker* (Fn. 19), § 261 Rn. 9.
[82] IStGH, Entsch. v. 6.9.2018 – ICC-RoC46(3)-01/18-37 (Situation in Bangladesh/Myanmar), Rn. 55, 1, 73; mit weiteren Argumenten *Vagias*, The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court, 2014, S. 91 ff.
[83] In diesem Sinn etwa *Jahn* (Fn. 18), § 261 Rn. 41; krit. aber auf § 7 verweisend *Bülte*, in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2023, StGB § 261 Rn. 47.
[84] Zu allem *Satzger* (Fn. 31), § 5 Rn. 95 ff., jeweils auch mit Nachweisen zu Gegenauffassungen.
[85] So verlangt z.B. *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 22, dass die Vortat nach dem Recht des Tatortstaates tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist.
[86] Statt vieler *Böse* (Fn. 20), § 7 Rn. 8, 15; *Werle/Jeßberger* (Fn. 24), § 7 Rn. 44 ff.
[87] *Eser/Weißer* (Fn. 19), § 7 Rn. 2; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rn. 829; für die Tatortstrafbarkeit bei § 261 auf Souveränitätsaspekte abstellend *Hecker* (Fn. 40), S. 721, 723.
[88] *Werle/Jeßberger* (Fn. 24), § 7 Rn. 20; *Eser/Weißer* (Fn. 19), § 7 Rn. 2; krit. *Oehler* (Fn. 87), Rn. 831.
[89] So i.E. auch *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1156).
[90] *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 19 zu § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB; *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (596); *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1156); bereits *F. Zimmermann* (Fn. 3), S. 415, 418.
[91] Ohne Begründung *Lütke*, wistra 2001, 85 (87); *Jahn* ([Fn. 18], § 261 Rn. 41) will zumindest das Erfordernis einer im Ausland drohenden Kriminalstrafe aus § 7 StGB ableiten.

gründen und zu interpretieren.[92] Nur leuchtet es wenig ein, weshalb nach einer Vortat, die dem deutschen Strafrecht gar nicht unterfällt, ein strafbewehrter Schutz der *inländischen* Rechtspflege angezeigt sein soll. Hieran ändert sich nichts, wenn die Vortat nach *ausländischem* Recht strafbar ist – worauf § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB dann auch komplett verzichtet. Hilfreicher ist in dieser Konstellation der Ansatz, der § 261 StGB mit dem Schutz der von der Vortat betroffenen Rechtsgüter erklärt: Handelt es sich bei der Vortat nach deutschem Verständnis um eine strafwürdige Rechtsgutsverletzung, erscheint es legitim, wenn das deutsche Recht die daraus erlangten Vorteile in seinem eigenen Geltungsbereich zu isolieren strebt. Der hinter § 261 StGB stehende Gedanke, generalpräventiv Anreize für Vortaten zu unterbinden, welche die eigene Rechtsordnung missbilligt, hat also schon dann seine Berechtigung, wenn die Vortat einzig nach deutschem Recht strafbar wäre. Das einschränkende Merkmal der Tatortstrafbarkeit in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB wäre vor diesem Hintergrund prinzipiell verzichtbar.[93] Für die in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB aufgezählten Deliktsbereiche wiegt dieser generalpräventive Aspekt nach der Wertung des Unionsgesetzgebers sogar so schwer, dass es eines Korrektivs in Gestalt einer Berührung der (in- oder ausländischen) Rechtspflege nicht bedarf.

Dass das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB für die meisten Kriminalitätsfelder dennoch geltendes Recht geworden (bzw. geblieben) ist, stützte die Gesetzesbegründung bei der Einführung des § 261 StGB im Jahr 1992 darauf, dass es die internationale Verflechtung der Finanzmärkte zu berücksichtigen gelte.[94] Durch sie können der Herkunftsort des Vortatobjekts und der Ort seiner anschließenden Verwertung auseinanderfallen. Unter Umständen kann der Tatortstaat der Vortat dann die aus seiner Perspektive im Ausland begangene Verwertung mangels Strafgewalt nicht pönalisieren. Indem § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB stattdessen die deutsche Justiz in die Lage versetzt, diese Verwertungshandlungen zu verfolgen, wohnt der Vorschrift ein Gedanke der internationalen Solidarität mit dem Tatortstaat der Vortat inne, dessen Rechtspflege sozusagen stellvertretend geschützt wird.[95] Hiermit lässt sich auch erklären, weshalb § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB keine Ausnahme bei Tatorten ohne Strafgewalt vorsieht: Es existiert dann keine Entität, mit der sich Deutschland solidarisch zeigen müsste.[96]

Letzten Endes offenbart sich nun also doch eine Parallele zwischen § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB und § 7 StGB – aber nur, soweit die letztgenannte Norm das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege verkörpert. Wenn man in diesen Fällen bei § 7 StGB z.B. prozessuale Verfolgungshindernisse für beachtlich hält oder ausländische Straffreistellungsgründe, die dem internationalen ordre public widersprechen, für die Tatortstrafbarkeit außer Betracht lassen will, sollte man dies entgegen der bislang h.M.[97] folglich auch bei Auslandsvortaten i.S.d. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB tun. Unbesehen übernommen werden können Positionen zu § 7 StGB trotzdem nicht. So sind die Voraussetzungen dieser Norm – also auch diejenige einer lex loci – nach h.M. als objektive (Vor-)Bedingungen der Strafbarkeit für den Vorsatz und die Fahrlässigkeit des Täters irrelevant.[98] Bei § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB hingegen tritt die Strafbarkeit der Vortat nach ausländischem Recht an die Stelle des Tatbestandsmerkmals der rechtswidrigen Vortat im Inland („stehen Gegenstände […] gleich"). Es liegt daher nahe, dass sich Vorsatz bzw. Leichtfertigkeit (§ 261 Abs. 6 StGB) hierauf beziehen müssen, jedenfalls in dem Sinne, dass der Täter der Geldwäsche nicht von der Legalität der ausländischen Vortat ausgehen darf.[99] Dies beugt zugleich Vorhersehbarkeitsproblemen vor.[100]

*b) Tatortstrafbarkeit durch Gerichtsbarkeit des IStGH?*

Gerade bei Völkerstraftaten ist es vorstellbar, dass es an einer Strafdrohung nach dem Recht des Tatortstaates fehlt – vorstellbar wären etwa explizite Erlaubnissätze zugunsten eines militärischen Anführers, das komplette Fehlen einer Strafnorm oder auch die Begehung einer Tat auf dem Gebiet eines failed state. Während der erstgenannte Fall durch eine Ausnahme bei Verstößen gegen den internationalen ordre public noch anhand der von § 7 StGB bekannten Argumentationsmuster bewältigt werden könnte (siehe oben 3. a), wird dies in den anderen Beispielen schwerfallen. Es stellt sich dann die Frage, ob sich die Tatortstrafbarkeit zumindest dem Grunde nach daraus ergeben kann, dass der IStGH Gerichtsbarkeit über die konkrete Tat hat.

Einen ersten Anhaltspunkt liefert der Wortlaut, der von einer Bedrohung mit Strafe „*am* Tatort"[101] und nicht „*durch* den Tatortstaat" spricht. Damit wäre es vereinbar, wenn die Strafbarkeit aus einer anderen, autonomen Rechtsordnung

[92] In diesem Sinn bereits *Nestler*, Jura 2022, 1154 (1156).

[93] Ähnlich auch *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (596), die postulieren, dass bei der Anwendung des deutschen Strafrechts nach §§ 5, 6 StGB bzw. dem Grundsatz der Weltrechtspflege auf das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit verzichtet werden könnte.

[94] BT-Drs. 12/3533, S. 15.

[95] Ähnlich *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (597): gemeinsames Strafverfolgungsinteresse der Staatengemeinschaft.

[96] Eine andere, hier nicht zu klärende Frage ist, ob der Verzicht auf die Tatortstrafbarkeit bei fehlender Strafgewalt am Tatort innerhalb des § 7 StGB zu rechtfertigen ist, namentlich soweit man in der Vorschrift eine Ausprägung stellvertretender Strafrechtspflege sieht.

[97] Siehe etwa *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 22 mit Fn. 71 m.w.N.

[98] Siehe nur *Satzger* (Fn. 31), § 5 Rn. 7 m.w.N.

[99] *Altenhain* (Fn. 20), § 261 Rn. 89 f.; ausdrücklich für die Anwendbarkeit des § 261 Abs. 6 StGB auf Auslandsvortaten *El Ghazi* (Fn. 11), StGB § 261 Rn. 61.

[100] Prinzipiell müsste dies auch bzgl. § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB gelten. Da ein Vorsatz im Hinblick auf die Einschlägigkeit einer nicht unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Kriminalisierungsvorgabe aber allenfalls von den – betrüblich wenig zahlreichen – Experten des europäischen Strafrechts zu erwarten wäre, wird man für einen Tatbestandsirrtum kaum mehr verlangen können, als dass sich dem Täter die rechtliche Missbilligung nicht erschlossen hat.

[101] *Hervorhebung* durch die *Verf.*

folgt, die zwar am Tatort gilt, aber nicht diejenige des Tatortstaates ist. Eine systematische Auslegung führt erneut zu § 7 StGB, wo das lex-loci-Erfordernis so verstanden wird, dass eine Strafe nach dem Territorialitätsprinzip am geographischen Tatort drohen muss.[102] Diese Sichtweise ist aber i.R.d. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB keinesfalls zwingend, da hier – wie gesehen – der Schutz der Souveränität des Tatortstaates keine vergleichbare Rolle spielt. Teleologisch lässt sich bei völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen der für § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB herausgearbeitete Gedanke der internationalen Solidarität besonders stark machen: Das Rom-Statut bringt in seiner Präambel zum Ausdruck, dass die Kernverbrechen die Weltgemeinschaft als Ganzes betreffen.[103] Daher ist jeder Staat aufgerufen, sie für die Weltgemeinschaft zu verfolgen.[104] Ergänzend ist auch der generalpräventive Schutzzweck des § 261 StGB einschlägig: § 261 StGB schützt das von der Vortat betroffene Rechtsgut dadurch, dass die Pönalisierung der Verwertungshandlung jeden Anreiz zur Begehung der Vortat beseitigt. Dieser Ansatz lässt sich auf Völkerstraftaten im Grundsatz übertragen:[105] Durch die Isolierung der aus ihnen herrührenden Tatobjekte wird die Begehung von Völkerstraftaten zu wirtschaftlichen Zwecken unattraktiv – „core crimes shall not pay".

Gegen diese Sichtweise könnte die unionsrechtliche Grundlage des § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB sprechen. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2018/1673 umschreibt das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit dahingehend, „dass die betreffende Handlung *nach dem nationalen Recht* des anderen Mitgliedstaats oder des Drittstaates, in dem diese Handlung begangen wurde, eine Straftat darstellt […]"[106]. Allerdings beschreibt Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie wie gesehen nur die maximale Grenze dessen, was der europäische Gesetzgeber als Beschränkung der Kriminalisierung toleriert. Ebenso wie die Mitgliedstaaten deshalb komplett auf das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit verzichten können, können sie es durch Ausnahmen abschwächen. Dementsprechend wäre es mit der Richtline vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat auf die Strafbarkeit nach dem Recht des Tatortstaates verzichtet und stattdessen diejenige nach dem supranationalen Statut eines internationalen Strafgerichts genügen lässt. Ausweislich der Regierungsbegründung für den Gesetzentwurf des § 261 Abs. 9 StGB n.F. sollte freilich das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit nur in dem Umfang entfallen, wie es von der Richtlinie verbindlich gefordert wird.[107] Dass dies 2021 zwangsläufig auch der Wille des Gesetzgebers war, ist damit aber nicht gesagt. Man wird wohl auch nicht zu weit gehen mit der Annahme, dass bei dem Beschluss der gegenwärtigen Fassung des § 261 StGB im Jahr 2021 die heutige Relevanz des innerstaatlichen Völkerstrafrechts noch nicht bedacht wurde. Dies spricht dafür, dass die historische Gesetzesbegründung dem Ansatz, für die Tatortstrafbarkeit auf die Gerichtsbarkeit des IStGH abzustellen, nicht zwingend entgegensteht.

Es stellt sich dann jedoch die Folgefrage, ob die Gerichtsbarkeit des IStGH in allen denkbaren Konstellationen ausreicht oder ob anhand ihrer Begründung im konkreten Fall zu differenzieren ist. Mit anderen Worten ist nun zu klären, was das vom Wortlaut vorgegebene Erfordernis einer Strafbarkeit *am* Tatort gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB bedeutet. Folgt die Gerichtsbarkeit gem. Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom-Statut aus der Tatbegehung auf dem Territorium eines Vertragsstaates, hat der betreffende Staat die Gerichtsbarkeit des IStGH auf seinem Hoheitsgebiet anerkannt.[108] Damit besteht eine Verknüpfung des Tatorts mit den die Strafbarkeit begründenden Rechtsnormen. Anders verhält es sich jedoch, wenn der IStGH seine Gerichtsbarkeit gem. Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom-Statut auf Basis des uneingeschränkten aktiven Personalitätsprinzips ausübt. Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom-Statut verzichtet infolge der völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Kernverbrechen selbst auf eine lex loci,[109] mit der Konsequenz, dass der IStGH über diese Person Gerichtsbarkeit ausüben darf, wenn ein Staatsangehöriger eines Vertragsstaats in einem Nicht-Vertragsstaat Kernverbrechen begeht. Es fehlt in dieser Konstellation an einer Verknüpfung zwischen dem Ort, an dem die Tat begangen wurde, und den die Strafbarkeit begründenden Normen: Die Gerichtsbarkeit des IStGH bestünde überall, wohin sich der Angehörige des Vertragsstaates begibt; sobald er den Tatort verlässt, endet bildlich gesprochen auch die Gerichtsbarkeit des IStGH. Dies erscheint mit der Voraussetzung einer Strafbarkeit *am* betreffenden Ort nicht vereinbar. Die Konsequenzen dieser Differenzierung sind jedoch wenig gravierend: Der IStGH hat bisher kaum Verfahren auf Basis des aktiven Personalitätsprinzips geführt.[110]

Der Auslösungsmechanismus der UN-Sicherheitsratsresolution nach Art. 13 lit. b Rom-Statut nimmt eine Sonderstellung ein. Der UN-Sicherheitsrat aktiviert dadurch die Zuständigkeit des IStGH selbst für Taten auf dem Territorium von Nicht-Vertragsstaaten des Rom-Statuts.[111] Diese

[102] *Werle/Jeßberger* (Fn. 24), § 7 Rn. 13; *Satzger* (Fn. 18), § 7 Rn. 9.
[103] „Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished".
[104] *Werle/Jeßberger* (Fn. 62), Rn. 258; *Robinson/Vasiliev/van Sliedregt/Oosterveld*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 5. Aufl. 2024, S. 57.
[105] Vgl. *T. Zimmermann*, ZIS 2013, 102 (115); krit. *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, 2014, S. 202.
[106] Hervorhebung durch die *Verf.*
[107] BT-Drs. 19/24180, S. 35.
[108] *Schabas/Pecorella* (Fn. 23), Art. 12 Rn. 16.
[109] *Schabas/Pecorella* (Fn. 23), Art. 12 Rn. 24; *Robinson/Vasiliev/van Sliedregt/Oosterveld* (Fn. 104), S. 138.
[110] Vgl. IStGH (PTC III), Entsch. v. 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Situation in Burundi), Rn. 194; vgl. die abgelehnte Vorermittlung bei Söldnergruppen mit Vertragsstaatsangehörigkeit im Jemen, Rn. 52–56, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf.
[111] IStGH (PTC I), Entsch. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-3 (Prosecutor v. Al Bashir), Rn. 40; *Schabas/Pecorella* (Fn. 23), Art. 13 Rn. 17.

selektive Negierung der staatlichen Souveränität[112] fußt grundsätzlich[113] auf dem Beitritt des Staates zur UN. Zumindest wenn die fragliche Resolution die an den IStGH überwiesene Situation geografisch begrenzt,[114] besteht somit wieder eine Verknüpfung zwischen dem Tatort und den geltenden Strafnormen. Zudem lässt sich erneut darauf abstellen, dass der betreffende Staat selbst die Geltung der UN-Charta anerkannt hat.

Zusammenfassend erscheint es daher als zulässig, die Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB aus der Gerichtsbarkeit des IStGH über die konkrete Tat abzuleiten, sofern diese sich aus dem Territorialitätsgrundsatz gem. Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom-Statut oder einer geografisch abgegrenzten Resolution des UN-Sicherheitsrates gem. Art. 13 lit. b Rom-Statut ergibt. Gründet sich die Gerichtsbarkeit des IStGH auf das Personalitätsprinzip gem. Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom-Statut, reicht das hingegen nicht aus.

*c) Tatortstrafbarkeit aufgrund von Völkergewohnheitsrecht?*

Zumindest als Gedankenexperiment lässt sich nun die Frage aufwerfen, ob auch eine Strafbarkeit der Vortat nur nach Völkergewohnheitsrecht[115] dem Erfordernis des § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB genügen könnte. Aus einer innerstaatlichen Perspektive kann Völkergewohnheitsrecht wegen Art. 103 Abs. 2 GG zwar in der deutschen Rechtsordnung keine Strafbarkeit begründen.[116] Jedoch würde in der hier interessierenden Fallgestaltung des § 261 StGB von deutschen Gerichten nicht die Vortat anhand eines gewohnheitsrechtlichen Tatbestands bestraft, sondern eine sich daran anschließende Verwertungshandlung auf der Grundlage einer lex scripta (nämlich § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB). Ähnlich wie bei § 7 StGB erschiene es daher nicht überzeugend, die Tatortstrafbarkeit deshalb zu verneinen, weil sie nicht auf einem geschriebenen Gesetz beruht:[117] Die internationalen Verflechtungen der Wirtschaft führen unweigerlich dazu, dass verschiedenste gleichrangige Rechtsordnungen miteinander verknüpft werden. Daher sollten auch ungeschriebene Tatbestände – seien es solche des Völkergewohnheitsrechts, seien es solche des Common Law – prinzipiell für eine Tatortstrafbarkeit i.S.d. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB ausreichen.

Abgesehen von rechtspraktischen Erwägungen – das Tatgericht müsste das Vorliegen der jeweiligen Vortat einschließlich der völkergewohnheitsrechtlichen Tatbestandsmerkmale hinreichend konkretisiert feststellen,[118] was als äußerst diffizil gilt[119] –, müsste aber erneut die vom Wortlaut des § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB vorgegebene besondere Verknüpfung von Tatort und anzuwendender Norm bestehen. Bei Völkergewohnheitsrecht, das durch Konsens und allgemeine Übung entsteht und anschließend unterschiedslos auf der ganzen Welt gilt, gibt es einen solchen lokalen Bezug nicht.

*d) Tatortstrafbarkeit aufgrund extraterritorialer Strafgewalt eines Drittstaates?*

Zuletzt ließe sich – auch jenseits von Völkerstraftaten – andenken, ob es für eine Strafbarkeit am Tatort gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB genügen kann, wenn ein Drittstaat sein Strafrecht über die eigenen Grenzen erstreckt und damit die Vortat erfasst. Beispielsweise wäre das der Fall, wenn ein Staat A vermittels des Weltrechts- oder eines sehr weitreichenden aktiven Personalitätsprinzips ein auf dem Hoheitsgebiet des Staates B begangenes Völkerrechtsverbrechen seinen nationalen Strafgesetzen unterstellt. Jedoch würde die Strafbarkeit dann wiederum ganz unabhängig vom Tatort bestehen. Die oben im Kontext des Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom-Statut bzw. von Völkergewohnheitsrecht vorgetragenen Argumente würden also entsprechend gelten: Mangels jeglicher Verknüpfung des Tatorts der Vortat mit der extraterritorial zur Anwendung kommenden Strafnorm des Drittstaates scheidet die Annahme einer Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB aus.

## V. Fazit und Ausblick

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass der deutsche Geldwäschetatbestand des § 261 StGB auch an Vermögensgegenstände anknüpfen kann, die aus völkerstrafrechtlichen Vortaten herrühren. Soweit auf diese Völkerstraftaten das deutsche Strafrecht anwendbar ist – sei es aufgrund des Weltrechtsprinzips gem. § 1 S. 1 VStGB oder der §§ 3 ff. StGB –, bedarf es des Erfordernisses der Tatortstrafbarkeit gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB nicht; die Nichtanwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist also eine im Normtext allenfalls angedeutete Voraussetzung des § 261 Abs. 9 StGB. Ist deutsches Strafrecht auf die Vortat nicht anwendbar, kommt es auf eine hypothetische Strafbarkeit nach deutschem Recht und (jenseits einiger unionsrechtlich harmonisierter Kriminalitätsbereiche) gem. § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB auf die Tatortstrafbarkeit an. Der Beitrag hat dafür plädiert, bei der Prüfung der hypothetischen Strafbarkeit nach deutschem Recht eine sinngemäße Umstellung des Sachverhalts zuzulassen, wie sie in § 3 IRG explizit vorgesehen ist. Zudem konnte eine Parallele zwischen dem Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB und demjenigen in § 7 StGB gefunden werden, soweit letzterer den Grundsatz stellvertretender Strafrechtspflege verkörpert. Dementsprechend können Argumente etwa zur Beachtlichkeit prozessualer Verfolgungshindernisse ebenso wie eine Einschränkung anhand des inter-

[112] *V. Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2022, Rn. 1377; *Frau*, AVR 48 (2011), 276 (281).

[113] Es ist anerkannt, dass der UN-Sicherheitsrat auch Resolutionen zulasten von Nicht-Vertragsstaaten der UN erlassen kann, vgl. Resolution 85 des UNO-Sicherheitsrates im Jahr 1950 aus Anlass des Koreakriegs.

[114] Vgl. UN-SR Resolution 1593 (2005) – Sudan, Rn. 1; UN-SR Resolution 1970 (2011) – Libyen, Rn. 4.

[115] Vgl. dazu ICTY (AC), Beschl. v. 21.5.2003 – ACS IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic u.a.), Rn. 41; *Werle/Jeßberger* (Fn. 62), Rn.132.

[116] *Kuhli*, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2009, S. 99, 176.

[117] *Satzger* (Fn. 18), § 7 Rn. 19; *Zehetgruber*, ZIS 2020, 364 (374 f.); ähnlich *Böse* (Fn. 20), § 7 Rn. 14.

[118] *Ruhmannseder* (Fn. 13), § 261 Rn. 11; *Hecker* (Fn. 19), § 261 Rn. 9; *Heger* (Fn. 14), § 261 Rn. 4.

[119] *Robinson/Vasiliev/van Sliedregt/Oosterveld* (Fn. 104) S. 10.

nationalen ordre public auf § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB übertragen werden. Anders als nach h.M. in § 7 StGB ist die Tatortstrafbarkeit jedoch bei der Geldwäsche ein Tatbestandsmerkmal, sodass sich grundsätzlich Vorsatz bzw. Leichtfertigkeit darauf beziehen müssen. Fehlt eine staatliche Strafdrohung am Begehungsort der Vortat, erscheint es mit Wortlaut und Telos des deutschen Geldwäschetatbestandes ebenso vereinbar wie mit seiner unionsrechtlichen Grundlage, die Tatortstrafbarkeit gleichwohl zu bejahen, wenn die Vortat der Gerichtsbarkeit des IStGH gem. Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom-Statut oder gem. § 13 lit. b Rom-Statut unterfällt: In beiden Fällen besteht zwischen dem Tatort und der die Strafbarkeit begründenden Vorschrift eine enge Verknüpfung, sodass von einer Strafdrohung *am Tatort* gesprochen werden kann. Die Gerichtsbarkeit des IStGH nach Art. 12 Abs. 2 lit. b Rom-Statut, eine völkergewohnheitsrechtliche Strafbarkeit oder auch die extraterritoriale Strafgewalt von Drittstaaten reichen hingegen nicht aus, damit von einer lex loci gesprochen werden kann.

Für die Zukunft würde es sich de lege ferenda anbieten, Straftaten, für welche die Gerichtsbarkeit des IStGH begründet ist, in den Katalog des § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB aufzunehmen und somit das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit aufzugeben.[120] Die EU-Richtlinie zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche würde dies zulassen, da Art. 3 Abs. 4 für die Mitgliedstaaten nur eine Möglichkeit, nicht aber eine Pflicht begründet, die Tatortstrafbarkeit vorzusehen.

[120] Vgl. zum Verzicht auf das Erfordernis bei Taten nach dem Weltrechtsprinzip *Böse/Jansen*, JZ 2019, 591 (597).

# Straf- und einziehungsrechtliche Bewertung von informellen Zahlungsdienstleistungen am Beispiel des Hawala-Bankings

Von Prof. Dr. Kilian Wegner, Frankfurt (Oder)*

*Der Beitrag analysiert die straf- und einziehungsrechtliche Behandlung informeller Zahlungsdienstleistungen am Beispiel des sog. Hawala-Bankings. Im Fokus stehen zunächst die Strafbarkeit nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), nach dem Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB) sowie nach § 129 StGB. Der Text setzt sich kritisch mit der Rechtsprechung des BGH auseinander, insbesondere hinsichtlich der dogmatisch fragwürdigen Gleichsetzung systematischer ZAG-Verstöße mit den Voraussetzungen des § 129 StGB. Im einziehungsrechtlichen Teil wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen Kundengelder und Provisionen eingezogen werden können. Der Beitrag macht deutlich, dass die gegenwärtige Rechtslage gerade im Bereich der Einziehung von erheblichen Unsicherheiten geprägt ist und eine kriminalpolitische Intervention erfordert.*

## I. Einführung

Informelle Zahlungsdienstleister sind Finanzvermittler, die Geldtransfers außerhalb des regulierten Bankensystems ermöglichen. Sie operieren unabhängig von staatlichen Finanzaufsichtsbehörden und ihre Geschäftspraktiken basieren häufig auf Vertrauen sowie familiären oder geschäftlichen Netzwerken. Im internationalen Kontext werden sie als Informal Value Transfer Systems (IVTS)[1] bezeichnet oder mit dem Begriff des „underground banking" apostrophiert.[2]

Ein prominentes Beispiel für ein solches System ist das sog. Hawala-Banking.[3] Dieses traditionell in vielen Regionen Asiens, des Nahen Ostens und Afrikas genutzte und mittlerweile auch in Deutschland verbreitete[4] Zahlungssystem beruht auf einem Netzwerk von Vermittlern (Hawaladare), die Geldüberweisungen durch bilaterale Verrechnungen abwickeln.[5] Dabei zahlen die Kunden bei einem Hawaladar Geld ein und benennen einen Empfänger, der das Geld – ggf. unter Benennung eines Kennwortes – andernorts abholen soll. Der Hawaladar überträgt diese Informationen an ein Mitglied des Zahlungsnetzwerks am Standort des Geldempfängers und dieses zahlt dem Empfänger die gewünschte Summe aus. In der Theorie können Transaktionen so über nationale Grenzen hinweg erfolgen, ohne dass physisch Geld bewegt werden muss. In der Praxis entsteht jedoch oft ein Ungleichgewicht zwischen den Töpfen, das z.B. durch Bargeldtransporte oder Warensendungen ausgeglichen werden muss.[6] Die Nutzung von Hawala-Banking kann sowohl legalen als auch illegalen Zwecken dienen. Bedeutsam ist das System beispielsweise für Migranten, die Überweisungen an Familienmitglieder oder Freunde in Regionen leisten wollen, wo offizielle Bankdienstleistungen nicht verfügbar oder zu teuer sind (im Englischen bezeichnet man solche Transaktionen auch als remittances). Gleichzeitig kann das System jedoch auch zur Umgehung von Geldwäschevorschriften oder zur Finanzierung illegaler Aktivitäten (insbesondere terroristischer Aktivitäten[7]) missbraucht werden, was es in etwa seit den Terroranschlägen auf das World Trade Center 2001 zunehmend in das Visier von Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden rückt.[8] Im Folgenden wird untersucht, wie das Phänomen der informellen Zahlungsdienstleister nach geltendem Straf- und Einziehungsrecht bewertet wird. Aus Platzgründen werden dabei die Vorschriften des Terrorismusstrafrechts außer Betracht gelassen.

## II. Strafrechtliche Bewertung

### *1. Strafbarkeit gem. § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG*

Informelle Zahlungsdienstleistungen wie das Hawala-Banking sind nach deutschem Recht aufsichtsrechtlich als Finanz-

* Der *Verf.* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht am der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) sowie Schriftleiter der Zeitschrift „Geldwäsche & Recht". Der Beitrag beruht auf Vorarbeiten, die der *Verf.* im Rahmen des vom Landeskriminalamt NRW durchgeführten und durch den Internationalen Sicherheitsfond der Europäischen Kommission geförderten Projekts HAIFINS (Hawala: Informal Financial System) gefertigt hat. Dank gilt *Johanna C. Mayrhofer*, *Philipp Rhein, Mohamad El-Ghazi* und *Till Zimmermann* für wertvolle Anmerkungen zu früheren Fassungen des Textes.

[1] *Passas*, Informal Value Transfer Systems, 2003, S. 25 f.

[2] *Azizi u.a.*, The Hawala System, Its operations and misuse by opiate traffickers and migrant smugglers, UNODC, 2023, S. 13.

[3] *Taheri*, BKR 2020, 133 ff.; *Maimbo*, The Money Exchange Dealers of Kabul, World Bank Working Paper Nr. 13, 2002, S. 3 ff.; *El Qorchi/Maimbo/Wilson*, Informal Funds Transfer Systems, A joint World Bank-IMF Paper, 2003, S. 6; zu Etymologie und Geschichte siehe *Thompson*, in: Bogdandy/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 11, 2007, S. 288 ff.

[4] *Azizi u.a.* (Fn. 2), S. 16; das weltweite Volumen der IVTS verschobenen Summen beträgt – laut einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von AfD-Abgeordneten – ca. 200 Milliarden US-Dollar, wobei belastbare Zahlen für Deutschland allein nicht vorlägen: BT-Drs. 20/12354, S. 8. Ob dieses Zahlenwerk auf methodisch belastbarer Grundlage erhoben wurde, muss bezweifelt werden.

[5] *El Qorchi/Maimbo/Wilson* (Fn. 3), S. 6; *Azizi u.a.* (Fn. 2), S. 13 ff.; *Razavy*, Crime, Law & Social Change 2005, 277 (279 f.).

[6] *Azizi u.a.* (Fn. 2), S. 56 ff.

[7] FATF, The Role of Hawala and Similar Service Providers in Money Laundering and Terrorist Financing, 2013, passim; *Azizi u.a.* (Fn. 2), S. 61 ff. zur Selbstwahrnehmung der Hawaladare; differenziert *Razavy*, Crime, Law & Social Change 2005, passim.

[8] Beispiele aus den Niederlanden sind zu finden bei *Soudijn*, European Journal on Criminal Policy and Research 2015, 257 (257–274) und bei *van de Bunt*, International Journal of Social Economics 2008, 691 (691–702).

transfergeschäft gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 ZAG einzustufen, wenn sie i.S.v. § 10 Abs. 1 S. 1 ZAG gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbracht werden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.[9] Zudem muss die Dienstleistung über den bloßen physischen Transport von Bargeld hinausgehen.[10]

Wer solche Finanztransfergeschäfte ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis erbringt, kann sich nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG strafbar machen. Bei vorsätzlichen Taten drohen Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren. Bei Fahrlässigkeit sieht das Gesetz Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. Woher das vom Zahlungsdienstleister entgegengenommene, weitergeleitete oder einem Kunden verfügbar gemachte Geld stammt, ist für den Straftatbestand gem. § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG irrelevant. Auch die Verarbeitung von an sich legalen Kundengeldern ist nach dieser Vorschrift strafbar. Bei alldem ist ohne Bedeutung, ob der Zahlungsdienstleister beabsichtigt, den angebotenen Zahlungsdienst auch wirklich durchzuführen, d.h. auch betrügerische Schein-Angebote erfüllen den Tatbestand des § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG.[11]

Der Straftatbestand des § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG richtet sich nur gegen den Erbringer des unerlaubten Zahlungsdienstes, d.h. Zahler und Zahlungsempfänger als Kunden des Anbieters zählen nicht zum Täterkreis und kommen in der Regel auch nicht als Anstifter oder Gehilfen in Betracht, wenn sich ihr Beitrag zur Straftat des Zahlungsdienstleisters in einer notwendigen Teilnahme erschöpft.[12]

*2. Strafbarkeit nach § 261 StGB*

Wer im Zuge von informellen Zahlungsdienstleistungen Gelder von Kunden annimmt oder an sie ausreicht, kann sich ferner gem. § 261 StGB der Geldwäsche schuldig machen, wenn diese Gelder aus rechtswidrigen Taten herrühren.

*a) Erfasste Vortaten*

Als Vortat der Geldwäsche, aus der sich das Geldwäscheobjekt speist, kommt im Grundsatz jede Straftat in Betracht. Im Kontext von informellen Zahlungsdienstleistungen sind jedoch drei Einschränkungen von Bedeutung:

- *Erstens* sind Gegenstände aus Taten, die im Ausland begangen wurden, gem. § 261 Abs. 9 S. 1 StGB nur dann taugliche Geldwäscheobjekte, wenn die Tat sowohl im Tatortstaat strafbar ist als auch bei (fiktiver)[13] Tatbegehung in Deutschland eine rechtswidrige Tat nach deutschem Recht wäre. Das Erfordernis der Strafbarkeit am (Auslands-)Tatort entfällt bei den in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB genannten Katalogtaten.
- *Zweitens* kommen ersparte Aufwendungen (z.B. aus einer Steuerverkürzung) nicht als Tatobjekt der Geldwäsche in Betracht.[14]
- *Drittens* ist umstritten, ob Kundengelder bei informellen Zahlungsdienstleistungen, die aus an sich legalen (!) Quellen stammen, schon allein deshalb als Tatobjekt der Geldwäsche angesehen werden können, weil der Täter sie unter Verstoß gegen die Regelungen des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes (ZAG) und den dortigen Straftatbestand in § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG (zu diesem Tatbestand siehe oben I. 1.) annimmt. Nach Auffassung des BGH ist das Kundengeld ein Bezugsobjekt der Tat nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG.[15] Es ist umstritten, ob der Geldwäschetatbestand solche Bezugsobjekte der Vortat als taugliches Geldwäscheobjekt erfasst.[16] Der BGH hat sich zu dieser Frage bisher nicht explizit geäußert, allerdings geht aus seiner Rechtsprechung zur Vermögensabschöpfung bei Hawala-Banking (dazu sogleich unter III.) implizit hervor, dass er Bezugsobjekte der Vortat nicht als taugliche Tatobjekte der Geldwäsche ansieht. Denn würde er die Bezugsobjekte der Vortat als taugliche Tatobjekte der Geldwäsche ansehen, könnten Kundengelder bei Hawala-Banking, das unter Verstoß gegen § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG betrieben wird, stets nach § 261 Abs. 10 S. 1 StGB eingezogen werden. Wenn aber nach § 261 Abs. 10 S. 1 StGB eingezogen werden könnte, wäre die unter III. dargestellte BGH-Judikatur überflüssig, wonach die Vermögensabschöpfung bei ZAG-Verstößen mit relativ hohem Aufwand unter anderem auf die Tatmitteleinziehung (falls der informelle Zahlungsdienst von einer kriminellen Vereinigung betrieben wird) und hilfsweise auf die Sicherungseinziehung zu stützen ist.

Geklärt ist die Rechtslage bei den Provisionen bzw. Transaktionsgebühren, die ein informeller Zahlungsdienstleister aus Taten nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG generiert: Hierbei handelt es sich nach der schon zitierten BGH-Rechtsprechung um einen Tatertrag der ZAG-Tat und damit um ein geldwäschetaugliches Objekt. Der informelle Zahlungsdienstleister kann daher wegen Selbstgeldwäsche gem. § 261 Abs. 7 StGB strafbar sein, wenn er die Provisionen bzw. Transaktionsgebühren in den Verkehr bringt und dabei deren ZAG-widrige Herkunft verschleiert.

[9] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 23; BGH, Beschl. v. 21.2.2023 – 3 StR 278/22, Rn. 7 (juris); LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 17.10.2024 – 12 Qs 33/24, Rn. 15 (juris); LG Hamburg BKR 2023, 721 (722); *Ebbinghaus*, HRRS 2023, 16 (18); *Eggers/van Cleve*, NZWiSt 2020, 426 (427); *Taheri*, BKR 2020, 133 (135) – jew. m.w.N.

[10] Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ZAG.

[11] BGH NStZ 2020, 100 (101 ff.); a.A. KG, Beschl. v. 9.8. 2021 – 4 Ws 60/21 u. a., Rn. 32 (juris).

[12] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.2022 – III-1 Ws 131/22, 1 Ws 131/22, Rn. 11 (juris).

[13] Vgl. OLG Koblenz BeckRS 2023, 43041 Rn. 56 ff.

[14] *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 5. Aufl. 2023, StGB § 261 Rn. 60.

[15] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36, 38; BGH NStZ-RR 2023, 179 (180).

[16] Dafür z.B. OLG Oldenburg NZWiSt 2022, 492 (493); dagegen u.a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.2022 – III 1 Ws 131/22, 1 Ws 131/22, Rn. 14 ff. (juris); *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 32; *El-Ghazi* (Fn. 14), StGB § 261 Rn. 81.

Rätsel wirft die bisher in der Rechtsprechung nicht beleuchtete Frage auf, welche Auswirkungen die sog. Kontaminationstheorie des BGH auf das hier betrachtete Phänomen hat. Nach dieser Doktrin führte eine Vermischung von illegalen und legalen Vermögenswerten dazu, dass die Gesamtmenge zum tauglichen Tatobjekt der Geldwäsche wird, wenn der illegale Ertragsanteil im Verhältnis zum legalen Anteil nicht gänzlich unbedeutend ist.[17] Überträgt man dies unbesehen auf illegale Zahlungsdienstleister, hätte es zur Folge, dass die Vermischung von (ZAG-widrigen und damit illegalen) Provisionen bzw. Transaktionsgebühren mit (per se legalen) Kundengeldern dazu führen kann, dass die gesamte Geldmenge geldwäschetauglich ist. Eine solche Konstruktion könnte man wohl nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Selbstgeldwäsche nach § 261 Abs. 7 StGB zulassen, weil die Kontaminationstheorie nicht überspielen kann, dass das kontaminierende Geld aus eigener Vortat (= ZAG-Verstoß) des Geldwäschers stammt. Auch dann würde der Anwendungsbereich von § 261 StGB mit Blick auf informelle Zahlungsdienstleister allerdings beträchtlich (und bedenklich) ausgeweitet. Denn für eine Geldwäscheverurteilung würde dann der Nachweis genügen, dass der informelle Zahlungsdienstleister Bargeld unter Verschleierung seiner Herkunft gebracht hat, das sich zu einem gewissen Anteil auch aus ZAG-widrig vereinnahmten Gebühren bzw. Provisionen speiste. Ansonsten müsste das Geld nicht mit Straftaten in Verbindung stehen. Die Voraussetzungen von § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG einerseits und § 261 StGB andererseits würden sich bei dieser Betrachtung nur noch wenig voneinander unterscheiden.

*b) Prozessualer Nachweis der Vortat*

Für die prozessuale Feststellung der Vortat gilt nach h.M. der übliche Maßstab des § 261 StPO, d.h. es muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass das verfahrensgegenständliche Geld aus einer rechtswidrigen Tat herrührt.[18] Nicht erforderlich ist es dagegen, den Täter der Vortat festzustellen oder dass die Vortat gar bereits abgeurteilt ist.[19]

Welchen Detailgrad die Feststellungen zur Vortat haben müssen, wird unterschiedlich beurteilt. Während manche es genügen lassen, dass das Gericht die Möglichkeit eines legalen Erwerbs zweifelsfrei ausschließt,[20] verlangen andere, dass die Vortat zumindest in groben Zügen umrissen wird.[21] Für letztere Position, die der Rechtsprechung aus der Zeit vor Einführung des all-crimes-Ansatzes bei § 261 StGB entspricht,[22] wird häufig auf die Gesetzesmaterialien zur Abschaffung des Vortatenkatalogs zu § 261 StGB verwiesen. Dort heißt es, dass die Ausdehnung des Vortatenkatalogs bei § 261 StGB auf alle erdenklichen Straftaten zwar der Beweiserleichterung dienen soll. Zu den Grenzen dieser Beweiserleichterung findet sich die folgende Passage:

> „Die jeweiligen Anforderungen an die Konkretisierung der Vortat hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere Feststellungen nur zu einem Fehlen von ausreichendem […] legalen Einkommen des Betroffenen reichen nicht aus und anders als bei § 76a Absatz 4 StGB ist eine Orientierung an zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislastregeln unzulässig. Wie bei § 73a Absatz 1 StGB muss die strafrechtliche Herkunft des Geldwäschegegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat aufgrund erschöpfender Beweiswürdigung zu[r] uneingeschränkten Überzeugung des Gerichts festgestellt werden. Die Umstände der Vortat müssen dabei (nur) in dem Umfang feststehen, der für das Gericht erforderlich ist, um von der strafbaren Herkunft des Vermögensgegenstands überzeugt zu sein. Wo keinerlei Erkenntnisse über eine Vortat zu erlangen sind, wird sich auch nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen lassen, dass es eine Vortat gab.“[23]

*El-Ghazi* vertritt die Auffassung, dass die zitierte Passage in vielen Geldkurier- oder Finanzagentenfällen einer Aburteilung nach § 261 StGB nicht entgegensteht, weil regelmäßig mehr Indizien vorliegen als nur ein Missverhältnis zwischen dem Einkommen des Beschuldigten und der Höhe des gesicherten Vermögens und man daher nicht davon sprechen könne, dass *keinerlei* Erkenntnisse zur Vortat vorliegen.[24] Die Rechtsprechung neigt an diesem Punkt allerdings zur Strenge und wendet in Fällen, in denen sich über die Herkunft von Vermögen nicht mehr feststellen lässt, als der Umstand, dass die Quelle illegal sein muss, den § 261 StGB weiterhin tendenziell nicht an.[25]

Unabhängig von der vorstehend umrissenen Meinungsverschiedenheit ist zu beachten, dass Details zur Vortat auf jeden Fall dann festgestellt werden müssen, wenn Hinweise darauf vorliegen, dass die Vortat *außerhalb* von Deutschland

[17] Leitentscheidung BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 1 StR 33/15 („Giralgeld“).
[18] *Altenhain* (Fn. 16), § 261 Rn. 25.
[19] Allgemeine Ansicht, siehe nur *Altenhain* (Fn. 16), § 261 Rn. 25 m.w.N.
[20] *El-Ghazi* (Fn. 14), StGB § 261 Rn. 58.
[21] *Altenhain* (Fn. 16), § 261 Rn 25; mit derselben Stoßrichtung *Jahn*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 261 Rn. 37; zu den ebenfalls eher strengen Anforderungen an den Nachweis der Vortat in der Rechtsprechung siehe sogleich.
[22] Vgl. etwa BGH NZWiSt 2019, 148 (149 f.) m.w.N.; für die Behandlung eines typischen Bargeldkurier-Falles nach altem Recht siehe außerdem LG Hamburg BeckRS 2019, 8228. In dieser Entscheidung ging es um einen Kurier, der am Flughafen Hamburg eine hohe Bargeldsumme in kleiner Stückelung zur Ausreise in die Republik Türkei angemeldet hatte. Das Geld gehörte angeblich einer belgischen (Briefkasten-) Firma und sollte zum Ankauf von Gold dienen. Weitere Hinweise über die Herkunft des Geldes gab es nicht. Das Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche musste mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt werden.
[23] BT-Drs. 19/24180, S. 29 f.
[24] *El-Ghazi* (Fn. 14), StGB § 261 Rn. 58.
[25] Siehe z.B. LG Saarbrücken, Beschl. v. 18.7.2024 – 13 Qs 19/24.

begangen wurde. Denn dann muss das Gericht prüfen können, ob deutsches Strafrecht nach §§ 3 ff. StGB anwendbar ist oder aber die Voraussetzungen von § 261 Abs. 9 StGB vorliegen, was nur möglich ist, wenn sich Näheres zur Natur der Vortat sagen lässt.[26] Zudem muss ausgeschlossen werden können, dass das (vermeintliche) Tatobjekt nicht durch illegale Beschäftigung angehäuft wurde,[27] da (wie schon gesagt) ersparte Aufwendungen nicht als Tatobjekt der Geldwäsche in Betracht kommen.

*c) Subjektive Anforderungen an die Strafbarkeit der Geldwäsche*

Hinsichtlich der illegalen Herkunft der Gelder muss der Täter nicht vorsätzlich handeln, vielmehr genügt gem. § 261 Abs. 6 StGB auch leichtfertiges Handeln. Teilweise wird davon ausgegangen, dass bei informellen Zahlungssystemen, bei denen auch in erheblichem Umfang Gelder aus legaler Quelle transferiert werden, der Vorwurf der Leichtfertigkeit wahrscheinlich nicht allein darauf gestützt werden könne, dass das Zahlungssystem überhaupt betrieben oder (etwa durch einen Kurier) unterstützt wird. Vielmehr müssten zusätzliche Anhaltspunkte für eine illegale Herkunft der Kundengelder bestehen.[28] Diese Auffassung ist zumindest dann fragwürdig, wenn die üblichen Maßnahmen zur Geldwäscheprävention gröblich missachtet wurden: Wer Gelder in erheblicher Größenordnung zwischen Personen transferiert, deren Identität ihm unbekannt ist, verletzt die im Zahlungsverkehr gebotene Sorgfalt und muss jederzeit damit rechnen, dass dies von Kriminellen missbraucht wird. Selbst wenn man dies anders sieht, dürften an die zusätzlichen Kriterien für den Leichtfertigkeitsvorwurf keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Jede Abweichung vom „Standard"-Geschäft (ungewöhnlich hohe Summen, ungewöhnliche Stückelung der Kundeneinzahlung usw.) muss genügen.

Keine Schwierigkeiten bereitet der Nachweis des Vorsatzes, wenn es darum geht, dass Provisionen bzw. Transaktionsgebühren aus ZAG-Verstößen (ggf. auch gemischt mit Kundengeldern) gewaschen werden. Denn hier kennen die Täter die illegale Quelle des Geldes – ihr eigenes ZAG-widriges Geschäft – ganz genau.

*3. Strafbarkeit gem. § 129 StGB*

Gem. § 129 Abs. 1 S. 1 StGB wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von hinreichend gewichtigen[29] Straftaten gerichtet ist.

Der Begriff der Vereinigung ist in § 129 Abs. 2 StGB legaldefiniert. Eine Vereinigung ist demnach ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität hat der BGH betont, dass das übergeordnete gemeinsame Interesse der Mitglieder der Gruppierung über die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen muss.[30]

In einem Beschluss vom 2. Juni 2022[31] entschied der BGH, dass ein Hawala-System anhand des skizzierten Maßstabs als kriminelle Vereinigung zur Begehung von Straftaten nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG eingestuft werden könne, wenn sich feststellen lässt, dass der Fortbestand des Hawala-Systems ein eigenständiges Ziel ist, das die am System Beteiligten über den Zweck der individuellen Gewinnschöpfung hinaus verfolgen.[32] Als Indizien für ein solches übergeordnetes gemeinsames Interesse hat der BGH es im konkret zu entscheidenden Fall gewertet, dass das Hawala-System grenzüberschreitend aufgestellt war, es bundesweit zahlreiche Anlaufstellen zur Geldein- und -auszahlung gab, dass in kurzer Zeit ein hohes Geldvolumen über das System transferiert wurde und dass die Beteiligten das System mit dem Anspruch betrieben haben, sich gezielt jeglicher Form staatlicher Kontrolle und insbesondere der Finanzaufsicht zu entziehen und letztlich ein „Schattenfinanzwesen" zu schaffen.[33] In der Literatur ist dieser Begründungsansatz zurecht kritisiert worden, da die vom BGH genannten Kriterien, die für einen überindividuellen Zweck nicht rein wirtschaftlicher Natur sprechen sollen, bei Lichte betrachtet lediglich eine rein wirtschaftliche Zwecksetzung umschreiben.[34]

Möglicherweise unter Berücksichtigung dieser Kritik hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung als zusätzliches Kriterium für eine nicht bloß wirtschaftliche übergeordnete Zwecksetzung einer kriminellen Vereinigung im Hawala-Kontext den Umstand aufgeführt, dass die Betreiber des Hawala-Systems mit dem System syrischen Landsleuten die Möglichkeit verschaffen wollten, Gelder aus Deutschland an Verwandte, Freunde etc. in der Heimat senden zu können. Die vom *Senat* gewählte Formulierung, wonach „auch" in diesem altruistischen Ziel das übergeordnete gemeinsame Interesse der Beteiligten i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB zum Ausdruck komme,[35] lässt jedoch vermuten, dass das Gericht auch den nicht-altruistisch motivierten Betrieb eines informellen Zahlungsdienstes als übergeordnetes Interesse i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB ansehen würde, d.h. dass es auf das altruistische Ziel überhaupt nicht ankommt.

In der Gesamtschau entsteht damit der Eindruck, dass die Rechtsprechung informelle Zahlungsdienstleister zurzeit in erheblichem Umfang als kriminelle Vereinigungen i.S.v.

[26] Vgl. in diesem Sinne *Altenhain* (Fn. 16), § 261 Rn. 25.
[27] Darauf hinweisend auch *Bülte*, NZWiSt 2025, 51 (53).
[28] LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 17.10.2024 – 12 Qs 33/24, Rn. 16 (juris); *Altenhain* (Fn. 16), § 261 Rn. 101.
[29] Eine Straftat ist laut § 129 Abs. 1 S. 1 StGB hinreichend gewichtig, wenn das Gesetz für sie eine Höchststrafe von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe vorsieht.
[30] BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21.
[31] BGH NStZ 2022, 35.
[32] BGH NStZ 2022, 35 (36); sich dem anschließend LG Köln, Urt. v. 23.5.2022 – 109 KLs 5/21, Rn. 657, 660 (juris).
[33] BGH NStZ 2022, 35 (36).
[34] *Ebbinghaus*, HRRS 2023, 16 (19 f.).
[35] BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 3 StR 403/20, Rn. 15.

§ 129 StGB einstuft,[36] mag sich dies auch mit den ansonsten vom BGH an dieses Delikt angelegten Maßstäben nicht wirklich vertragen. Dabei zieht die Rechtsprechung den Kreis der möglichen Mittäter weit und sieht ihn nicht auf die Führungsebene des Zahlungsdienstes beschränkt.[37]

Für bloße Bargeldkuriere, deren Involvierung in die Vereinigung nicht für eine mitgliedschaftliche Beteiligung i.S.v. § 129 Abs. 1 S. 1 StGB genügt, kommt jedenfalls eine Strafbarkeit wegen der Unterstützung der Vereinigung als Nicht-Mitglied i.S.v. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB in Betracht.

## III. Einziehungsrechtliche Bewertung

### *1. Einziehung im Wege der Tatertragseinziehung gem. § 73 StGB bzw. der Einziehung von Wertersatz nach § 73c S. 1 StGB*

Wenn nachweisbar ist, dass Kundengelder, die zum Zweck einer informellen Zahlungsdienstleistung angenommen wurden, ursprünglich durch eine Straftat (z.B. einen Einbruchsdiebstahl) erlangt worden sind, können sie beim Zahlungsdienstleister gem. §§ 73, 73b StGB im Wege der Tatertrags-(dritt)einziehung eingezogen werden.

In der Praxis dürfte es allerdings regelmäßig schwierig sein, die illegale Herkunft von Vermögenswerten nachzuweisen, die im Zusammenhang mit informellen Zahlungsdienstleistungen aufgefunden werden. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen Kuriere mit Bargeld angetroffen werden, dessen Quelle sich nicht ermitteln lässt, oder in denen Bargeld unklarer Herkunft in Geschäftsräumen aufgefunden wird.

Deutlich leichter ist es dagegen, den betroffenen informellen Zahlungsdienstleistern bzw. ihren Zuträgern nachzuweisen, dass sie sich eines unerlaubten Finanzgeschäfts gem. § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG schuldig gemacht haben. Denn hierfür kommt es nur auf die fehlende Erlaubnis der Dienstleistung an, während die Mittelherkunft irrelevant ist (siehe oben II. 2.).

Wenn sich folglich argumentieren ließe, dass Kundengelder, die bei informellen Zahlungsdienstleistern aufgefunden werden, „durch" die Tat nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG erlangt sind, wäre ein niedrigschwelliger Weg in die Tatertragseinziehung gem. § 73 StGB eröffnet. Einer solchen Betrachtung hat der Bundesgerichtshof jedoch in mehreren Entscheidungen eine Absage erteilt. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass Kundengelder aus unerlaubten Finanztransfergeschäften im Sinne des ZAG als Tatobjekt der ZAG-Tat i.S.v. § 74 Abs. 2 StGB einzustufen sind[38] und dass die damit entstehende Möglichkeit der Tatobjektseinziehung den Rückgriff auf die Tatertragseinziehung sperrt.[39] Eine Tatobjektseinziehung i.S.v. § 74 Abs. 2 StGB kann jedoch nur erfolgen, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet (wie z.B. in § 33 BtMG), was beim ZAG nicht der Fall ist.

Eine Tatertragseinziehung gem. § 73 StGB ist mit Blick auf einen Vorwurf nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG folglich nur bezüglich der Transaktionsgebühren und Provisionen möglich, die der informelle Zahlungsdienstleister für sein Transfergeschäft erhält. Denn derartige Einnahmen sieht der BGH als Tatertrag an, der nach § 73 Abs. 1 StGB der Einziehung unterliegt.[40] In der Praxis wird es beim Fund von z.B. Hawala-Geldern allerdings oft nicht möglich sein, zu differenzieren, bei welchem Geld es sich um Kundengeld und bei welchem Geld es sich um Provisionen bzw. Gebühren des Hawaladars handelt.[41] Ob man dieses Problem durch eine Anwendung der Kontaminationstheorie umgehen und die gesamte vermischte Geldmenge zum einziehbaren Tatertrag erklären kann, ist ungewiss (siehe dazu schon unter II. 2. a) am Ende). Der BGH würde sich dem vermutlich verwehren, weil sonst das eben skizzierte Dogma des BGH, wonach Kundengelder als Tatobjekt einer ZAG-Straftat nicht der Tatertragseinziehung und mangels spezialgesetzlicher Anordnung auch nicht der Tatobjekteinziehung unterliegen dürfen, unterminiert würde.

Jedenfalls wenn sich die Provisionen bzw. Gebühren des Hawaladars im Einzelfall gegenständlich identifizieren lassen, ist eine Einziehung nach § 73 StGB aber möglich. Eine Wertersatzeinziehung gem. § 73c S. 1 StGB kommt in Betracht, wenn die Höhe der Provision bzw. Gebühr ermittelt werden kann (z.B. weil darüber Aufzeichnungen geführt wurden), sich aber nicht mehr klären lässt, um welche konkreten Geldstücke es sich handelt.

### *2. Einziehung im Wege der Tatmitteleinziehung gem. § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB*

Von der Tatertragseinziehung zu unterscheiden ist die Tatmitteleinziehung nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht nach seinem Ermessen Gegenstände einziehen, die der Angeklagte zur Begehung von Straftaten eingesetzt hat. Mit Blick auf den Tatbestand nach § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG ist das Kundengeld in einem informellen Zahlungssystem laut Rechtsprechung des BGH nicht als Tatmittel anzusehen. Wenn die Gruppierung, die das illegale Zahlungssystem unterhält, allerdings als kriminelle Vereinigung i.S.v. § 129 StGB eingestuft wird (zu den Anforderungen an eine solche Einstufung siehe oben II. 3.), qualifiziert das Gericht die Kundengelder als Tatmittel der Tat nach § 129 StGB und ebnet so den Weg in die Einziehung des Kundengeldes gem. § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB.[42]

[36] Siehe auch zuletzt wieder BGH, Beschl. v. 21.2.2023 – 3 StR 278/22, Rn. 6 (juris).
[37] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 26.
[38] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36, 38; BGH NStZ-RR 2023, 179 (180).
[39] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36; BGH, Beschl. v. 21.2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 16, 18 (juris); sich anschließend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.10.2022 – III-1 Ws 131/22, 1 Ws 131/22, Rn. 14 ff. (juris) und LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 17.10.2024 – 12 Qs 33/24, Rn. 18 (juris); zuvor schon *Eggers/van Cleve*, NZWiSt 2020, 426 (428 f.).
[40] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36; so auch schon *Eggers/van Cleve*, NZWiSt 2020, 426 (432).
[41] Vgl. LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2024, 27882 Rn. 19.
[42] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 36, 39 f.; BGH, Beschl. v. 21.2.2023 – 3 StR 278/22, Rn. 19 (juris).

*a) Voraussetzungen der Tatmitteleinziehung*

Voraussetzung der Einziehung nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist jedoch ausweislich von § 74 Abs. 3 S. 1 StGB, dass das einzuziehende Objekt (also z.B. Bargeld, das bei einem Hawaladar aufgefunden wird) zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer (und nicht etwa einem Dritten) gehört oder zusteht.

Wenn bei informellen Zahlungsdienstleistern Kundengelder in bar angenommen werden, könnte man auf die Idee kommen, dass diese Gelder im Eigentum der Kunden stehen und daher der Ausschlussklausel des § 74 Abs. 3 StGB unterfallen. Hiernach ist eine Einziehung unzulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung bei einer sachenrechtlichen Betrachtung nicht dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen. Gegen einen Einziehungsausschluss nach § 74 Abs. 3 StGB spricht jedoch zumindest bei Zahlungsdienstleistern, die nach dem Hawala-Prinzip handeln, dass es den Parteien nicht auf die Zuordnung des physischen Geldes ankommt, sondern es darum geht, dass der Kunde einen Anspruch gegen den Zahlungsdienstleister erwirbt, wonach jener sich verpflichtet, im Sinne einer Geschäftsbesorgung zu bewirken, dass der vom Kunden eingezahlte Betrag in einer anderen Filiale des Zahlungsnetzwerkes wieder ausgezahlt wird.[43] Dies spricht dafür, dass Kunde und Zahlungsdienstleister sich darauf einigen, dass das Eigentum an dem Geld an den Zahlungsdienstleister übergeht, ähnlich wie es bei der Einzahlung eines Bargeldbetrages bei einer Bank der Fall wäre.

Der BGH hat die Frage nach der Anwendbarkeit von § 74 Abs. 3 StGB speziell bei Hawala-Dienstleistungen, die durch eine kriminelle Vereinigung angeboten werden, bisher offengelassen.[44] Er argumentiert, dass eine etwaige Einziehungssperre nach § 74 Abs. 3 StGB jedenfalls durch die Sondervorschrift in § 74a Nr. 1 StGB, deren Anwendung § 129b Abs. 2 StGB anordnet, überwunden werde. Gem. § 74a Nr. 1 StGB können Gegenstände auch dann nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB eingezogen werden, wenn sie Dritten zustehen, wenn diese Dritten mindestens leichtfertig dazu beigetragen haben, dass die Gegenstände als Tatmittel verwendet worden sind. Dies sei bei Kunden von Hawala-Bankern der Fall.[45] Diese Unterstellung ist zweifelhaft, da sich die Leichtfertigkeit der Kunden nach der Logik des § 74a Nr. 1 StGB nicht nur auf den Umstand beziehen muss, dass der informelle Zahlungsdienstleister die Regeln des ZAG verletzt (das mag noch den meisten Kunden dämmern), sondern auch darauf, dass die Dienstleistung von einer kriminellen Vereinigung angeboten wird. Letzteres wird für viele Kunden kaum erkennbar sein.

Anders als die Tatertragseinziehung, bei der es sich um eine quasi-restitutive Maßnahme sui generis handelt, ist die Tatmitteleinziehung als Strafe einzustufen, die ausweislich von § 74f Abs. 1 S. 1 StGB unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht. Bis zu welcher Höhe die Einziehung von Kundengeldern bei Verstößen gegen § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG i.V.m. § 129 StGB verhältnismäßig ist, wurde von der Rechtsprechung bisher nicht judiziert.

*b) Einziehung von Wertersatz bei der Tatmitteleinziehung*

Als Besonderheit der Tatmitteleinziehung beachtet werden muss, dass eine Wertersatzeinziehung nur unter den Voraussetzungen des § 74c Abs. 1 StGB möglich ist. Der Einziehungsbeteiligte muss das Tatmittel verbraucht, veräußert oder die Einziehung auf sonstige Weise vereitelt haben. Nach der Rechtsprechung des BGH sind diese Anforderungen nicht erfüllt, wenn ein informeller Zahlungsdienstleister Kundengelder bestimmungsgemäß transferiert.[46] Es können im Wege der Tatmitteleinziehung also immer nur solche Gelder bei informellen Zahlungsdienstleistern eingezogen werden, die bei ihnen sichergestellt werden können. Nachweislich in der Vergangenheit transferierte Gelder lassen sich auf diesem Wege nicht einziehen.

*3. Einziehung im Wege der Tatobjekteinziehung gem. § 74 Abs. 2 StGB*

Wenn dem Beschuldigten eine Geldwäsche nachgewiesen werden kann, kommt neben der (vorrangigen[47]) Tatertragseinziehung subsidiär auch eine Tatobjekteinziehung gem. § 261 Abs. 10 S. 1 in Betracht. Auf diese Weise kann das gesamte Volumen des vom informellen Zahlungsdienstleister gewaschenen Kundengeldes eingezogen werden, wenn es bei ihm gesichert werden konnte bzw. sich noch bei ihm befindet. Eine Wertersatzeinziehung nach § 74c Abs. 1 StGB ist nicht möglich, sobald der Dienstleister das Kundengeld bestimmungsgemäß weitergegeben hat.[48] Ebenso wie bei der Tatmitteleinziehung[49] würde der BGH es bei der Tatobjektseinziehung wegen §§ 261 Abs. 10 S. 2, 74a Nr. 1 StGB wohl für irrelevant halten, dass die Kundengelder zumindest wirtschaftlich betrachtet den Kunden zustehen.

*4. Einziehung im Wege der Sicherungseinziehung*

In seiner vorstehend schon öfter zitierten Entscheidung vom 28. Juni 2022 hat der BGH obiter dictum die Möglichkeit aufgeworfen, Kundengeld, das bei einem informellen Zahlungsdienstleister aufgefunden wurde, im Wege der Sicherungseinziehung gem. § 74b Abs. 1 StGB einzuziehen.[50] Dahinter steht der Gedanke, dass bei Rückgabe des Geldes die Gefahr bestünde, dass der Beschuldigte es an die von seinen Kunden designierten Zahlungsempfänger ausreichen und dadurch (erneut) gegen das ZAG verstoßen würde. In ähnlicher Weise hatte der BGH zuvor in einem Fall argumentiert, wo durch eine Einziehung nach § 74b Abs. 1 StGB verhindert werden sollte, dass ein PKK-Mitglied Bargeld zu Guns-

[43] Dieser Anspruch besteht ungeachtet des Umstands, dass die geschuldete Zahlungsdienstleistung gegen das ZAG verstößt, siehe dazu *Eggers/van Cleve*, NZWiSt 2020, 426 (431).
[44] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 41.
[45] A.a.O.
[46] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 37; BGH, Beschl. v. 21.2. 2023, Rn. 20 ff. (juris).
[47] Näher zum Verhältnis von Tatertrag- und Tatobjekteinziehung bei § 261 StGB *El-Ghazi*, GWuR 2022, 49 ff.
[48] Vgl. oben III. 2. b).
[49] Siehe oben III. 2.
[50] BGH BeckRS 2022, 20799 Rn. 42.

ten der PKK verwendet und dadurch gegen §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 129b Abs. 1 StGB verstößt.[51]

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die h.M. die Einziehung von Tatobjekten auch bei § 74b Abs. 1 StGB nur unter der in § 74 Abs. 2 StGB statuierten Voraussetzung erlaubt, dass die Tatobjektseinziehung ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist.[52] Da es an einer solchen Anordnung im ZAG fehlt (siehe bereits III. 1.), wäre eine Sicherungseinziehung von Kundengeldern bei informellen Zahlungsdienstleistern also nur möglich, wenn der Zahlungsdienst als Vereinigung i.S.v. § 129 StGB oder § 129a StGB eingestuft wird. Denn mit Blick auf diese Tatbestände handelt es sich beim Kundengeld um ein Tatmittel und nicht um ein Tatobjekt, sodass § 74 Abs. 2 StGB nicht sperrt. Die Sicherungseinziehung bringt dann gegenüber der „normalen" Tatmitteleinziehung gem. § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB (siehe oben III. 2.) keine großen Unterschiede. Ein Unterschied liegt jedoch darin, dass die schon angesprochene Ausschlussklausel des § 74 Abs. 3 StGB bei der Sicherungseinziehung ausweislich von § 74b Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht gilt, sodass es egal ist, wem das Kundengeld sachenrechtlich zusteht. Zwar enthalten §§ 129b Abs. 2, 74a StGB einen ähnlichen Ausschluss von § 74 Abs. 3 StGB, dieser greift jedoch nur bei Mitverschulden des Kunden.

*5. Einziehung im Wege der erweiterten selbstständigen Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB*

*a) Voraussetzungen der Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB im Überblick*

Eine im Zusammenhang mit Ermittlungen im Bereich des informellen Zahlungswesens praktisch relevante Vorschrift ist § 76a Abs. 4 StGB. Nach dieser Vorschrift können Vermögenswerte, die im Zusammenhang[53] mit Ermittlungen einer der in § 76a Abs. 4 StGB genannten Vortaten (wozu die Geldwäsche, nicht aber Taten nach ZAG zählen) sichergestellt wurden, sowie daraus gezogene Nutzungen auch dann eingezogen werden, wenn in dem ursprünglichen Ermittlungsverfahren entweder keine Verurteilung erfolgt oder sich herausstellt, dass der gesicherte Gegenstand nicht aus der Anlasstat herrührt.

Zentrale Voraussetzung der sog. selbstständigen erweiterten Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB ist, dass der gesicherte Gegenstand aus irgendeiner Straftat herrührt. Die Erwerbstat muss also keine Katalogtat des § 76a Abs. 4 StGB sein.[54] Anders als bei § 261 StGB ist irrelevant, wo – also ob im In- oder Ausland – die Erwerbstat begangen wurde,[55] solange sie bei (fiktiver) Tatbegehung in Deutschland als Straftat zu werten wäre.

Umstritten ist, welche Anforderungen an die Darlegung und den Beweis der illegalen Mittelherkunft bei § 76a Abs. 4 StGB zu stellen sind.[56] Nach einer sich im Vordringen befindlichen und zutreffenden Auffassung, die sich auf die Gesetzesmaterialien stützen kann,[57] finden hier die zivilprozessuale Rechtsfigur der sekundären Darlegungslast und damit der Beibringungsgrundsatz entsprechende Anwendung. Das bedeutet, dass es dem Einziehungsbeteiligten bei substantiierten Hinweisen darauf, dass der gesicherte Gegenstand aus einer Straftat herrührt, obliegt, die illegale Mittelherkunft substantiiert zu bestreiten, und sie anderenfalls als zugestanden gilt.[58] Andere gehen weniger weit und sehen durch § 437 StPO lediglich einen normativen Anscheinsbeweis ermöglicht,[59] während wieder andere mit § 437 StGB überhaupt keine Beweiserleichterung verbinden.[60]

Die Rechtsprechung hat sich bisher kaum ausdrücklich zur Frage der bei § 76a Abs. 4 StGB anwendbaren Darlegungs- und Beweislastregeln geäußert. Sie knüpft rhetorisch zumeist an den Überzeugungsmaßstab des § 261 StPO an. In der Sache geht sie überwiegend davon aus, dass die Anforderungen an die Feststellung der illegalen Mittelherkunft bei § 76a Abs. 4 StGB jedenfalls niedriger sind als mit Blick auf Feststellung der Vortat bei § 261 StGB.[61] Es wird dabei herrschend als zulässig erachtet, den Nachweis der illegalen Mittelherkunft auf Grundlage von § 437 StPO aus einer Gesamt-

[51] BGH BeckRS 2012, 6605.

[52] Statt vieler nur *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 74b Rn. 8 m.w.N.

[53] Nach Umformulierung des § 76a Abs. 4 S. 1 StGB zum 9. März 2021 (BGBl. I 2021, S. 327) ist es nicht mehr erforderlich, dass das Ermittlungsverfahren wegen der Katalogtat gem. § 76a Abs. 4 StGB vor der Sicherstellung des Gegenstandes eingeleitet wurde. Vielmehr ist es nun ausreichend, wenn der Verdacht der Katalogtat erst nach der Sicherstellung aufkommt (siehe zur Genese dieser Änderung *El-Ghazi/Marstaller/T. Zimmermann*, NZWiSt 2021, 297 [303 f.]). Die gegenteilige, zur alten Rechtslage ergangene Entscheidung BGH NStZ 2020, 149 ist damit überholt.

[54] *F. Meyer*, NZWiSt 2018, 246 (248).

[55] KG, Beschl. v. 30.9.2020 – 4 Ws 46/20, Rn. 52 (juris).

[56] Instruktiv zur beweisdogmatischen Einordnung des § 437 StPO *Marstaller/T. Zimmermann*, non-conviction-based confiscation in Deutschland, 2018, S. 99 ff. m.w.N.

[57] BT-Drs. 18/9525, S. 92.

[58] AG Nürtingen BeckRS 2019, 15406 Rn. 15; *Eser/Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 76a Rn. 14; *Joecks/Meißner*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 76a Rn. 25; eine Verschiebung der Darlegungslast sieht auch *Saliger* (Fn. 52), § 76a Rn. 27; a.A. *Kraushaar*, NZWiSt 2019, 288 (292 f.); *Marstaller/T. Zimmermann* (Fn. 56), S. 116 ff.; wohl auch OLG Hamburg BeckRS 2022, 58387 Rn. 13 ff.

[59] So etwa *Marstaller/T. Zimmermann* (Fn. 56), S. 110 ff.

[60] Beispielsweise *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 76a Rn. 9, oder *Kraushaar*, NZWiSt 2019, 288 (291 f.).

[61] Siehe z.B. KG, Beschl. v. 30.9.2020 – 4 Ws 46/20, Rn. 33 (juris): „anders als bei der Geldwäsche muss ‚die Vortat' jedoch nicht konkret ermittelt und festgestellt sein, sondern es genügt, dass das Gericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung von der Herkunft der von der Anordnung erfassten Gegenstände aus irgendeiner Straftat gewonnen hat".

schau äußerer Indizien zu führen.[62] Nach diesem Maßstab hat beispielsweise das LG Hamburg[63] Bargeld eingezogen, das ein Kurier angeblich im Auftrag eines belgischen Unternehmens zum Erwerb von Gold über den Hamburger Flughafen in die Türkei ausführen wollte. Das Gericht argumentierte dabei, dass die Modalitäten des Bargeldfundes (kleine Stückelung, großes Volumen), die mangelnde Plausibilität der vom Kurier vorgebrachten Erklärung (warum sollte ein gewerbsmäßiges Goldgeschäft in dieser Größenordnung durch einen Bargeldkurier und nicht via Giralgeld abgewickelt werden?) sowie der Umstand, dass sich das vom Kurier als Auftraggeberin benannte Unternehmen als wirtschaftlich inaktive Briefkastengesellschaft erwies, in der Gesamtschau genügten, um anzunehmen, dass das Geld aus illegalen Quellen stammte.

*b) Nachweis der illegalen Mittelherkunft i.S.v. § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO speziell bei informellen Zahlungsdienstleistern*

Fraglich ist, zu welchen Ergebnissen der skizzierte Darlegungs- und Beweismaßstab nach § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO führt, wenn man ihn auf Vermögenswerte anwendet, die im Zuge von Ermittlungen gegen informelle Zahlungsdienstleister gesichert werden.

Es wird bei informellen Zahlungsdienstleistern – je nach Kundenstamm des betroffenen Dienstleisters – oft sehr plausibel sein, dass zumindest ein Teil des aufgefundenen Geldes von Kunden eingezahlt wurde, die das Geld aus legalen Quellen geschöpft haben. Wenn es zugleich Indizien dafür gibt, dass sich zumindest ein Teil der Kundengelder auch aus Straftaten speist, ließe sich anhand der sog. Teilkontaminationslehre argumentieren, dass die aufgefundene Geldsumme durch Vermischung von Kundengeld mit Taterträgen insgesamt „infiziert" und damit gem. § 76a Abs. 4 StGB einziehbar ist. Diese Lehre hat der BGH ursprünglich zur Auslegung des Begriffs „Herrühren" i.S.v. § 261 StGB entwickelt, um auf diese Weise auch solche Vermögenswerte zum Tatobjekt der Geldwäsche zu machen, die nur teils aus Taterträgen resultieren.[64] Bei der Schaffung von § 76a Abs. 4 StGB wurde dann dieselbe Formulierung wie bei § 261 StGB („herrühren") gewählt und in der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich vermerkt, dass die Teilkontaminationslehre auf § 76a Abs. 4 StGB Anwendung finden soll.[65]

Gegen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Übertragung der Kontaminationslehre von § 261 StGB auf § 76a Abs. 4 StGB ist in der Literatur zurecht vorgetragen worden, dass die vollständige Einziehung von Vermögenswerten mit gemischt legal-illegalem Ursprung die Einziehung nach § 76a Abs. 4 StGB faktisch zu einer apokryphen Geldstrafe machen würde, die strafprozessualen Verfahrensgarantien (wie etwa der Selbstbelastungsfreiheit) unterworfen wäre, wie sie das gegenwärtige Einziehungsrecht nicht einhält. Die Kontaminationslehre kann daher auf § 76a Abs. 4 StGB jedenfalls nicht ohne Modifikationen (z.B. durch eine auf den illegalen Anteil beschränkte quotale Einziehung oder, wo dies mangels Teilbarkeit des Einziehungsobjekts nicht praktikabel ist, über eine Entschädigung des Einziehungsbeteiligten für den Verlust des legalen Teils des eingezogenen Gegenstandes) übertragen werden.[66] Bei informellen Zahlungsdienstleistungen könnte man dies mit dem Argument anders sehen, dass auch Kundengelder aus legaler Quelle immerhin wegen des ZAG-widrigen Verhaltens bemakelt sind. Allerdings würde eine solche Betrachtungsweise das vom BGH entwickelte Dogma, wonach Kundengelder als Tatobjekt einer ZAG-Straftat nicht der Tatertragseinziehung und mangels spezialgesetzlicher Anordnung auch nicht der Tatobjekteinziehung unterliegen dürfen (siehe oben unter III. 1. und 3.), über den Umweg des § 76a Abs. 4 StGB aushebeln. Dem würde sich der BGH vermutlich widersetzen.

Wie die Rechtsprechung die umrissene Streitfrage, ob die Teilkontaminationslehre auf § 76a Abs. 4 StGB übertragbar ist, beantworten würde, lässt sich derzeit nicht prognostizieren. Das LG Nürnberg-Fürth hat in seiner schon mehrfach erwähnten Geldkurier-Entscheidung obiter dictum eine Einziehung des gesicherten Geldes nach § 76a Abs. 4 StGB theoretisch für möglich gehalten und im konkreten Fall nur deshalb verneint, weil der Anfangsverdacht für eine Katalogtat fehlte.

Selbst wenn man die Übertragung der Teilkontaminationslehre auf § 76a Abs. 4 StGB ablehnt, kann die Vorschrift jedenfalls insoweit zum Tragen kommen, wie das Gericht sich davon überzeugen kann, dass zumindest ein Teil des aufgefundenen Geldes sich entweder aus Straftaten speist (wobei es andere als ZAG-Taten sein müssen) oder Erlös aus ZAG-Taten ist.

*6. Sicherstellung im Wege des Zoll- bzw. Polizeirechts*

In verschiedenen Eingriffsnormen des Zoll- bzw. Polizeirechts findet sich die Ermächtigung, Vermögensgegenstände zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sicherzustellen und ggf. einzuziehen. Beispiele für solche Vorschriften sind § 40 ZFDG oder § 43 Nr. 1 PolG NRW i.V.m. mit den jeweiligen Einziehungsvorschriften (z.B. § 42 Abs. 2 ZFDG).

Voraussetzung ist jeweils, dass von dem betroffenen Gegenstand eine gegenwärtige Gefahr ausgeht (z.B. für die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als Belang der öffentlichen Sicherheit, weil die Gefahr besteht, dass mit dem Gegenstand eine Straftat begangen wird) und die Sicherstellung

[62] So liest man es beispielsweise in OLG Hamburg BeckRS 2022, 58387 Rn. 13.

[63] LG Hamburg BeckRS 2019, 8228.

[64] BGH NJW 2015, 3254; BGH NStZ 2017, 167 (169).

[65] BT-Drs. 18/9525, S. 73: „Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass nur ein Teil des sichergestellten Gegenstandes aus einer Straftat ‚herrührt', kann es den Einziehungsgegenstand nach den Grundsätzen bestimmen, die für den Geldwäschetatbestand bei ‚Teilkontamination' entwickelt worden sind".

[66] Die Anwendung der Kontaminationslehre i.R.v. § 76a Abs. 4 StGB i.E. ablehnend daher unter anderem *Eser/Schuster* (Fn. 58), § 76a Rn. 13; *Joecks/Meißner* (Fn. 58), § 76a Rn. 16; *Lindemann/Bauerkamp*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerrecht, 2. Aufl. 2022, § 76a Rn. 23.

(und ggf. sogar Einziehung) das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, diese Gefahr abzuwenden.

Die Voraussetzungen dieser Art der gefahrenrechtlichen Vermögensabschöpfung und ihr Verhältnis zur Vermögensabschöpfung nach §§ 73 ff. StGB sind wenig erforscht[67] und wurden bisher auch in der Rechtsprechung noch nicht abschließend ausgelotet.[68] Insbesondere ist bisher ungeklärt, inwieweit Gegenstände illegaler Herkunft dauerhaft über das Gefahrenabwehrrecht eingezogen werden dürfen.[69] Es finden sich aber mehrere Judikate, in denen die Sicherstellung von Bargeld gebilligt wurde, das mutmaßlich aus Drogengeschäften stammte, da aufgrund der kriminogenen Umstände des Vermögenserwerbs die Gefahr bestand, dass dieses Geld im Falle der Freigabe wieder in den illegalen Verkehr gelangen könnte.[70] Eine ähnliche Argumentation hat das VG Frankfurt a.M. für Bargeld formuliert, das unter Verstoß gegen die Vorschriften des ZAG von informellen Zahlungsdienstleistern angenommen wurde, und dessen Sicherstellung nach dem ZFDG für zulässig erachtet.[71]

## IV. Strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse

Was die strafprozessualen Eingriffsbefugnisse im Zusammenhang mit informellen Zahlungsdiensten angeht, muss zwischen den Ermittlungsmaßnahmen zur Aufklärung einer Straftat und den Maßnahmen zur Sicherung der Einziehung unterschieden werden.

### *1. Ermittlungsmaßnahmen zur Aufklärung einer Straftat im Zusammenhang mit informellen Zahlungsdiensten*

Wenn im Zusammenhang mit informellen Zahlungsdienstleistungen der Anfangsverdacht einer Straftat besteht, greifen die üblichen strafprozessualen Eingriffsbefugnisse wie z.B. die Durchsuchung. Eine Telekommunikationsüberwachung ist dagegen nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 100a StPO möglich. Voraussetzung ist dabei insbesondere, dass der begründete Verdacht besteht, bei den vom Zahlungsdienstleister verarbeiteten Kundengeldern könnte es sich um Katalogtaten i.S.v. § 100a Abs. 1 Nrn. 1–11 StPO handeln. Denn dann wäre der Umgang mit den Kundengeldern als qualifizierter Fall der Geldwäsche i.S.v. § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. m StPO zu werten, welche die Telekommunikationsüberwachung erlaubt. Allein der Verdacht auf eine Straftat nach dem ZAG ermöglicht nicht die Telekommunikationsüberwachung.

An den Anfangsverdacht einer Straftat nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG stellt die Rechtsprechung dabei keine hohen Anforderungen. So hat es z.B. dem LG Nürnberg-Fürth genügt, dass jemand unter der Abdeckung seines Reserverads im Kfz einen Karton und zwei Stofftüten mit 120.000 EUR in Banknoten mit sich führte und dazu Papiere bei sich hatte, auf denen in Zahlenkolonnen abwechselnd positive und negative vier- bis fünfstellige Beträge sowie Zwischensalden, Ortsbezeichnungen und weitere Daten notiert waren.[72]

Höhere Anforderungen werden dagegen an den Anfangsverdacht einer Geldwäsche gestellt. Akzessorisch zu den unter II. 2. b) schon dargelegten Anforderungen der Rechtsprechung an den Nachweis der Geldwäschevortat, der für eine gerichtliche Verurteilung wegen Geldwäsche gefordert wird, verlangen die meisten Gerichte nach auch schon auf Ebene des Anfangsverdachts einen „doppelten Verdacht", bei dem nicht nur Hinweise auf Geldwäschehandlungen, sondern auch Hinweise auf eine konkrete Vortat vorliegen.[73] Dies entspricht der Rechtslage vor Einführung des sog. all-crime approach im Jahr 2021.[74] In dem vorstehend geschilderten Geldkurier-Fall hat das LG Nürnberg-Fürth einen Anfangsverdacht wegen Geldwäsche daher zum Beispiel verneint.

### *2. Maßnahmen zur Sicherung von Vermögen*

Zur Sicherung einer späteren Einziehung kann bei informellen Zahlungsdienstleistern aufgefundenes Geld gem. §§ 111b, 111j Abs. 1 S. 1 StPO vorläufig beschlagnahmt werden. Denkbar ist ferner die Sicherung von Bargeld unter Rückgriff auf die unter IV. 6. genannten Instrumente des Zoll- und Polizeirechts oder auf § 8 Abs. 2 S. 3 ZAG, um zu verhindern, dass das Geld für weitere Rechtsverstöße eingesetzt wird. Zur Sicherung einer etwaigen Wertersatzeinziehung kann ein Vermögensarrest gem. § 111e StPO angeordnet werden.

## V. Fazit

Die Erbringung von informellen Zahlungsdienstleistungen ist nach geltendem Recht weitreichend kriminalisiert. Zwar dürfte eine Verurteilung wegen § 261 StGB auch bei Anbietern, die in erheblicher Weise illegale Taterträge transferieren, praktisch nur in wenigen Fällen möglich sein, da sich die Herkunft der Mittel nur selten hinreichend aufklären lässt.

[67] Siehe einführend *Rhein*, NZWiSt 2023, 449 ff.

[68] Siehe aber neben den sogleich im Haupttext sowie in der folgenden Fußnote genannten Judikaten aber z.B. VG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.3.2015 – 5 K 1357/14.F; BayVGH, Beschl. v. 17.9.2015 – 10 CS 15.1435 u.a.; VG München, Urt. v. 21.7.2021 – M 23 K 20.1748; VGH München, Beschl. v. 3.8.2015 – M 7 S 15.833; VG München, Beschl. v. 8.6. 2015 – M 7 S 15.1151 u.a.; VG München, Urt. v. 31.3.2016 – M 7 S 15.3330; VG München, Beschl. v. 3.11.2015 – M 7 S 15.2626; VG Köln, Urt. v. 5.9.2019 – 20 K 7527/18; VG Köln, Urt. v. 25.1.2017 – 1 K 5148/14. All diese Entscheidungen betreffen entweder Sicherstellungen nach dem PolG NRW oder dem ZFDG, zu den Polizeigesetzen anderer Bundesländer lassen sich weitere Entscheidungen finden.

[69] Die Frage aufwerfend, aber offenlassend BayVGH, Urt. v. 23.2.2016 – 10 BV14.2353, Rn. 24 und 30 (juris) sowie BayVGH, Urt. v. 27.6.2016 – 10 CS 16.895, Rn. 15 (juris).

[70] OVG NRW, Beschl. v. 8.7.2021 – 5 B 1922/20; VG Aachen NZWiSt 2023, 477; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 20.7.2017 – 17 K 3532/14.

[71] VG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.7.2023 – 5 K 2415/18.F, Rn. 54 (juris).

[72] LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2024, 27882.

[73] So jüngst wieder z.B. LG Saarbrücken BKR 2024, 878 (m.Anm. *Bülte*, NZWiSt 2025, 51 ff.) und zuvor auch LG Lübeck BeckRS 2022, 32018; vgl. ferner *Michalke*, NJW 2025, 30.

[74] Pars pro toto zur alten Rechtslage BVerfG NStZ-RR 2023, 216.

Hier zeigen sich einmal wieder die schon vielfach analysierten Konstruktionsfehler des Geldwäschetatbestands.[75] Speziell bei informellen Zahlungsdienstleistern gerät die Strafverfolgung dadurch allerdings nicht in große Not, da mit § 63 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 ZAG ein relativ leicht nachweisbarer Auffangtatbestand mit (wenn man von § 261 Abs. 6 StGB absieht) demselben Strafrahmen wie bei der Geldwäsche zur Verfügung steht.

Dass der BGH Hawala-Systeme darüber hinaus allein schon wegen der systematischen Verletzung von ZAG-Vorschriften (also auch bei ansonsten legaler Mittelherkunft) unter § 129 StGB fasst, scheint dagegen überzogen und mit den Anforderungen kaum vereinbar, die der BGH ansonsten an das übergeordnete gemeinsame Interesse stellt, das die Mitglieder einer kriminellen Vereinigung verfolgen müssen. Es darf auch bezweifelt werden, ob das Gericht diese Position aufrechterhalten würde, wenn informelle Zahlungsdienstleistungen nicht von migrantisch gelesenen Personen, sondern z.B. von Start-Up-Unternehmern „aus gutem Hause" begangen würden, die mit einem „disruptiven" Geschäftsmodell etwa FinTech-Dienstleistungen ohne die erforderliche Lizenz erbringen.

Sehr undurchsichtig ist schließlich die einziehungsrechtliche Behandlung von Geldern, die bei informellen Zahlungsdienstleistern aufgefunden werden. Der Stand der Rechtsprechung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Wenn nachweisbar ist, dass es sich bei dem aufgefundenen Geld um *Provisionen oder Transaktionsgebühren* handelt, die der informelle Zahlungsdienstleister für seine Dienstleistungen erhalten hat, kann das Geld gem. § 73 Abs. 1 StGB als Tatlohn eingezogen werden, sobald ein ZAG-Verstoß nachweisbar ist. Wenn der Tatlohn nicht mehr im Original eingezogen werden kann, ist auch eine Wertersatzeinziehung möglich.

Bei *Kundengeldern* ist die Rechtslage dagegen schwierig:

- Nach Auffassung des BGH kann Kundengeld weder als Tatertrag noch als Tatobjekt von ZAG-Verstößen eingezogen werden. Eine Regelung zur Tatobjekteinziehung, wie sie mit Blick auf Betäubungsmittel in § 33 BtMG enthalten ist, findet sich im ZAG nicht.
- Kundengeld kann allerdings als Tatmittel eingezogen werden, wenn es sich bei dem informellen Zahlungsdienst um eine kriminelle Vereinigung handelt, die fortgesetzt Straftaten nach dem ZAG begeht. Möglicherweise ist die wacklig begründete Subsumtion von Hawala-Netzwerken unter § 129 StGB auch durch diesen Umstand motiviert.
- Wenn (was praktisch oft nicht gelingt) nachweisbar ist, dass das Kundengeld aus Straftaten stammt, kann es nach § 73 StGB (ggf. i.V.m. § 73b StGB) oder – wenn es nicht zu einem subjektiven Strafverfahren kommt – auch nach § 76a Abs. 4 StGB eingezogen werden. Zudem ist dann oftmals auch eine Tatertragseinziehung oder eine Tatobjekteinziehung nach § 261 Abs. 10 S. 1 StGB möglich, weil der Umgang mit Kundengeld aus illegaler Quelle vielfach den Straftatbestand der Geldwäsche erfüllt.
- Ob Kundengeld unter Anwendung der Kontaminationslehre schon allein deshalb geldwäschetauglich und unter diesem Gesichtspunkt einziehbar ist, weil es mit Provisionen oder Transaktionsgebühren vermischt wird, ist ungeklärt.
- Der BGH hält es – obiter dictum angedeutet – für möglich, dass Kundengeld nach § 73b StGB im Wege der Sicherungseinziehung eingezogen werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass es anderenfalls an die von den Kunden des informellen Zahlungsdienstleisters designierten Zahlungsempfänger ausgereicht werden wird. Weil § 73b StGB nach h.M. allerdings nicht über die Beschränkung des § 74 Abs. 2 StGB hinweg hilft und es im ZAG an einer Anordnung der Tatobjektseinziehung fehlt, ist dieser Weg bei bloßen ZAG-Verstößen jedoch versperrt und nur gangbar, wenn auch § 129a StGB oder § 129b StGB erfüllt sind. Dann kann allerdings ohnehin auf die schon erwähnte Tatmitteleinziehung zurückgegriffen werden.
- Ungeachtet der §§ 73 ff. StGB kommt prinzipiell auch eine Sicherstellung (und ggf. spätere Einziehung) von Geldern nach dem ZFDG oder den Sicherstellungsvorschriften in den Polizeigesetzen der Länder in Betracht. Begründen ließe sich eine solche Maßnahme mit dem schon für die Einziehung nach § 73b StGB skizzierten Argument, dass die bei einem informellen Zahlungsdienstleister aufgefundenen Gelder an die designierten Empfänger ausgereicht werden könnten, wenn sie nicht sichergestellt (und ggf. eingezogen) werden. Die darin liegende Gefahr eines abermaligen Verstoßes gegen das ZAG kann als Gefahr für die öffentliche Sicherheit gewertet werden, die ein präventives Einschreiten legitimiert. Im Bereich des BtM-Handels akzeptieren die Verwaltungsgerichte eine solche Handhabung der gefahrenabwehrrechtlichen Sicherstellungs- und Einziehungsvorschriften bereits seit langer Zeit, ohne die Friktionen mit §§ 73 ff. StGB als störend zu empfinden. Nachdem die beschriebene Vorgehensweise durch die Entscheidung VG Frankfurt a.M. BeckRS 2023, 42411 auch konkret im Kontext von Ermittlungen gegen einen informellen Zahlungsdienstleister verwaltungsgerichtlich beanstandungsfrei blieb, ist denkbar, dass die Verfolgungspraxis diesen Weg künftig zunehmen beschreiten wird.

[75] Dazu statt vieler zuletzt wieder *Bülte*, NZWiSt 2025, 51 ff. m.w.N.

# Medizinstrafrecht als Rechtsdisziplin

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer, Köln*

*Das Medizinstrafrecht hat sich in den vergangenen Jahren zu einer eigenständigen Rechtsdisziplin entwickelt. Dies zeigt sich in der spezialisierten Praxis, einer vertieften wissenschaftlichen Auseinandersetzung, spezifischen Strafnormen und einer eigenständigen Dogmatik. Getrieben wird die Entwicklung durch die Stärkung von Patientenrechten, wirtschaftlichen Druck im Gesundheitswesen sowie den rasanten medizinisch-technologischen Fortschritt. Der Beitrag analysiert diese Dynamiken und zeigt die Herausforderungen auf.*

## I. Einleitung

Seit nunmehr 20 Jahren leistet die ZfIStw (bis Ende 2021: ZIS) als Open Access-Publikation einen Beitrag zur Strafrechtswissenschaft, indem sie aktuelle Entwicklungen analysiert, Debatten anstößt und den freien Zugang zur Wissenschaft fördert. Während dieses Zeitraums haben sich einige Teilbereiche des Strafrechts signifikant weiterentwickelt – besonders dynamisch zeigt sich dabei das Medizinstrafrecht. Dies überrascht nicht, denn die hiermit verbundenen Fragestellungen sind nicht nur hochinteressant, sondern betreffen oft grundlegende Aspekte des Menschseins – etwa den Schwangerschaftsabbruch, die Sterbehilfe oder Organtransplantationen. Diese Themen stehen in enger Verbindung mit komplexen ethischen, philosophischen und religiösen Fragen und erfordern eine sorgfältige Abwägung unter Berücksichtigung medizinischer Erkenntnisse und praktischer Erfahrungen. Viele Themen sind Gegenstand interdisziplinärer, nicht selten kontrovers geführter öffentlicher Debatten, in denen unterschiedliche Interessen aufeinandertreffen und Argumente kontrovers ausgetauscht werden. Im Folgenden soll zunächst aufgezeigt werden, dass sich das Medizinstrafrecht mittlerweile als Rechtsdisziplin etabliert hat (II.). Anschließend werden die Ursachen dieser Entwicklung betrachtet (III.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit und einem Ausblick (IV.).

## II. Herausbildung zur Rechtsdisziplin

Dass das Medizinstrafrecht heute als Rechtdisziplin gelten kann, lässt sich an mehreren Kriterien festmachen.

### *1. Spezialisierung in der Praxis*

Seit der Jahrtausendwende hat die Zahl der Strafverfahren im Bereich des Medizinstrafrechts deutlich zugenommen. Wurden zuvor nach empirischen Schätzungen jährlich zwischen 1.500 und 3.000 Ermittlungsverfahren eingeleitet,[1] stieg die Zahl der von den Staats- und Amtsanwaltschaften bundesweit erledigten Ermittlungsverfahren, die seit dem Jahr 2005 als „Ärztesachen und Straftaten nach dem Heilpraktikergesetz“ ausgewiesen werden, erheblich an und erreichte im Jahr 2008 mit 6.890 Verfahren einen Höchststand.[2] In den vergangenen Jahren war die Zahl der Verfahren hingegen rückläufig (2021; 6.004; 2022: 5.775; 2023: 4.770).[3] Allerdings sind in der Statistik die Fälle des Abrechnungsbetrugs und der Untreue nicht enthalten (hierzu unter III. 2.),[4] womit ein wichtiger Kriminalitätsbereich fehlt.

Auf Seiten der Anwaltschaft beschäftigen sich mittlerweile zahlreiche Rechtsanwälte mit dem Medizinstrafrecht. Zwar existiert bislang kein „Fachanwalt für Medizinstrafrecht“, da die Fachanwaltsordnung dies nicht vorsieht (vgl. die Aufzählung in § 1 FAO). Jedoch gibt es zum einen den Fachanwalt für Strafrecht, der Mandate im Medizinstrafrecht übernehmen kann, und zum anderen befasst sich auch der Fachanwalt für Medizinrecht mit der „strafrechtlichen Haftung“ (§ 14b Nr. 1 lit. b FAO). Zum 1. Januar 2024 waren in Deutschland 3.994 Fachanwälte für Strafrecht und 1.972 Fachanwälte für Medizinrecht registriert.[5] Wenn sich hiervon nur 10 % mit dem Medizinstrafrecht befassen, bedeutet dies, dass in diesem Bereich rund 600 Fachanwälte tätig sind. Die Signifikanz spiegelt sich zudem darin wider, dass sich in der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des Deutschen Anwaltvereins (DAV) eine Arbeitsgruppe mit dem „Medizinstrafrecht“ befasst.[6] Ebenso hat der Deutsche Strafverteidiger Verband (DSV) einen Fachausschuss „Arztstrafrecht“[7] eingerichtet, der eine qualifizierte Fort- und Weiterbildung der Mitglieder sicherstellen soll.

Auf Seiten der Staatsanwaltschaften wurden in mehreren Bundesländern Schwerpunktstaatsanwaltschaften eingerichtet, die sich auf das Gesundheitswesen spezialisiert haben.[8]

---

* Der *Verf.* ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln. Der Beitrag fußt auf einem Kurzvortrag, den er am 15.9.2024 an der Southwest University of Political Science and Law in Chongqing (China) auf der internationalen Konferenz „Methodology of Criminal Law Science“ gehalten hatte.

[1] *Lilie/Orben*, ZRP 2002, 154 (156 in Fn. 19) m.w.N.

[2] *Waßmer*, Medizinstrafrecht, 2022, § 1 Rn. 16.

[3] Statistisches Bundesamt, GENESIS-online, Statistik bei Staats- und Amtsanwaltschaften, Code 24211-0001, Von der Staats- und Amtsanwaltschaft erledigte Ermittlungsverfahren, abrufbar unter https://www-genesis.destatis.de/datenbank/online/statistic/24211/table/24211-0001 (15.7.2025).

[4] Vgl. Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten bei den Staats- und Amtsanwaltschaften (StA-Statistik), Amtliche Fassung der Landesjustizverwaltungen, Stand: 1.1.2020, S. 19.

[5] Bundesrechtsanwaltskammer, Fachanwälte zum 1.1.2024, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2024/2024-Fachanwaltschaften.pdf (15.7.2025).

[6] Deutscher Anwaltverein (DAV), Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht, Arbeitsgruppen, Überblick abrufbar unter https://arge-medizinrecht.de/arbeitsgruppen (15.7.2025).

[7] Deutscher Strafverteidigerverband e.V. (DSV), Der Verband, abrufbar unter https://www.deutscher-strafverteidigerverband.de/der-verband (15.7.2025).

[8] Zeitschrift für Medizinstrafrecht, medstra-News 75/2019, abrufbar unter https://www.medstra-online.de/65187.htm (15.7.2025);

In anderen Bundesländern gibt es spezialisierte Kommissariate der Polizei zur Bekämpfung von Vermögensstraftaten im Gesundheitsbereich.[9] Perspektivisch hat sich die 93. Justizministerkonferenz im Jahr 2022 auf ihrer Herbstkonferenz für den Aufbau spezialisierter Ermittlungseinheiten zur Bekämpfung von Korruption und Betrug im Gesundheitswesen ausgesprochen.[10] Es ist demnach zu erwarten, dass die Strafverfolgung weiter intensiviert wird, da Spezialisten, die mit den typischen Erscheinungsformen der Kriminalität in diesem Bereich vertraut sind, die Verfolgung effizienter gestalten können.

Dagegen fehlen bislang bei den Strafgerichten besondere Kammern, die auf das Medizinstrafrecht spezialisiert sind. Soweit es um Korruption, Betrug und Untreue geht, können die Verfahren in die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern fallen (vgl. § 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 5a und 6 lit. a GVG), in denen entsprechende wirtschaftliche Expertise vorhanden ist. Im Übrigen werden die Verfahren jedoch vor den allgemeinen Strafgerichten geführt. Da Medizinstrafverfahren nicht selten komplexe medizinische Sachverhalte betreffen und auch Spezialgesetze berühren, könnte die Einrichtung von besonderen Kammern zu einer effizienteren Verfahrensdurchführung beitragen – was auch im Interesse der Angehörigen der medizinischen Berufe und der Patienten wäre.

*2. Spezialisierung in Forschung und Lehre*

Nicht nur wegen des gestiegenen praktischen Bedarfs, sondern vor allem wegen der Bedeutung und Komplexität der behandelten Materien, existieren heute an vielen Fakultäten Professuren, die sich mit medizinstrafrechtlichen Fragestellungen befassen. Vielfach werden in den Schwerpunktbereichen des juristischen Studiums Vorlesungen und Seminare zum Medizinstrafrecht angeboten, so auch seit dem Jahr 2011 an der Universität zu Köln.[11] Ebenso ist die Zahl der Werke zum Medizinstrafrecht angewachsen. In den vergangenen fünf Jahren wurden viele neue Praxishandbücher und Kommentare,[12] Lehr-[13] und Fallbücher[14] sowie Neuauflagen etablierter Werke[15] publiziert. Weitere Darstellungen sind angekündigt.[16] Seit dem Jahr 2015 bietet die Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) eine Plattform für den Austausch zwischen Wissenschaft, Justiz und Praxis, in der aktuelle Entwicklungen aufgegriffen werden. Zudem wurden in den vergangenen Jahren etliche Promotionen abgeschlossen.[17] Auch die Verleihung einer zusätzlichen Venia Legendi für „Medizinstrafrecht“ ist heute gängige Praxis. Es wurden Schriftenreihen gegründet, die spezifisch medizinstrafrechtlichen Themen gewidmet sind.[18] Es finden nationale[19] und internationale[20] Tagungen statt, um die einschlägigen Rechtsfragen interdisziplinär zu diskutieren. Hinzuweisen ist weiter auf den „Medizinstrafrechtstag“, den das Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf gemeinsam mit der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV zuletzt am 23. November 2024 zum 15. Mal veranstaltet hat,[21] sowie den „Medizinstrafrechtsabend“, der am 28. Mai 2024 zum 10. Mal statt-

ÄrzteZeitung v. 7.5.2021, Brandenburg startet Schwerpunktstaatsanwaltschaft für das Gesundheitswesen, abrufbar unter https://www.aerztezeitung.de/Nachrichten/Brandenburg-startet-Schwerpunktstaatsanwaltschaft-fuer-das-Gesundheitswesen-419481.html (15.7.2025).

[9] *Peglow*, der kriminalist 09/2022, abrufbar unter https://www.bdk.de/der-bdk/was-wir-tun/aktuelles/tatort-gesundheitswesen-ein-milliardenbetrug-die-16-berliner-sicherheitsgespraeche-am-22-09-22-zu-einem-kriminalpolitisch-relevanten-thema (15.7.2025).

[10] 93. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, 2022, Beschluss, TOP II.4 Verbesserte Bekämpfung von Betrug und Korruption im Gesundheitswesen, abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/sites/default/files/imported/files/2022-11/TOP-II_4---Betrug-im-Gesundheitswesen.pdf (15.7.2025).

[11] An der Universität zu Köln nehmen jedes Semester rund 50 Studierende an der Vorlesung „Medizinstrafrecht“ teil und legen Prüfungen ab.

[12] Gercke/Leimenstoll/Stirner (Hrsg.), Handbuch Medizinstrafrecht, 2020 (2. Aufl. angekündigt für Juni 2026); Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022; Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), Nomos Kommentar, Medizinstrafrecht, 2023.

[13] *Waßmer* (Fn. 2); Darstellungen für Ärzte: *Klein/Zeller*, Strafrechtliche Risiken des Arztes, 2021; *Rehmsmeier*, Medizinstrafrecht – was Ärzte wissen müssen, 2022.

[14] *Schrott*, Medizinstrafrecht: Fälle und Lösungen, 2024.

[15] *Hilgendorf*, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2019 (3. Aufl. angekündigt für April 2026); *Kraatz*, Arztstrafrecht, 3. Aufl. 2023; Ulsenheimer/Gaede (Hrsg.), Medizinstrafrecht in der Praxis, Handbuch, 6. Aufl. 2021.

[16] Siehe nur (neben den Ankündigungen in den Fn. 12 und 15) *Tsambikakis*, Medizinstrafrecht, angekündigt für Dezember 2025.

[17] Allein der *Verf.* hat in den vergangenen Jahren mehr als zehn Dissertationsschriften im Bereich des Medizinstrafrechts betreut, siehe https://wistra.uni-koeln.de/dissertationen (15.7.2025).

[18] Schriften zum Medizinstrafrecht, siehe https://www.nomos-elibrary.de/de/buchreihe/B001063700/schriften-zum-medizinstrafrecht (15.7.2025);
Studien zum Medizinstrafrecht, siehe https://lit-verlag.de/produkt-kategorie/reihen/szmsr (15.7.2025).

[19] Etwa das 15. Kolloquium des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Göttinger Juristenfakultät, Tagungsband: Duttge (Hrsg.), Das Medizinstrafrecht: Bloßer Anwendungsfall oder Innovationsmotor der allgemeinen Strafrechtslehren?, 2024.

[20] Siehe nur die Tagung am 19. und 20.7.2019 in Tiflis; Tagungsband: Hilgendorf/Mtschedlischwili-Hädrich/Ivanidze/Kusche/Shalikashvili/Todua (Hrsg.), Medizinstrafrecht im deutsch-georgischen Vergleich, 2022.

[21] Tagungsband: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 14. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, 2024.

fand.[22] Man kann also mit Fug und Recht sagen, dass sich das Medizinstrafrecht in den letzten 20 Jahren auch in Forschung und Lehre etabliert hat. Es hat einen „rasanten Aufschwung an normativer Bedeutung und Aufmerksamkeit“[23] erfahren.

*3. Spezifische Strafvorschriften und Gesetze*

Weiter ist auf Strafvorschriften und Gesetze hinzuweisen, die das Medizinstrafrecht betreffen. Zu nennen sind aus dem Kernstrafrecht die „klassischen“ Strafvorschriften zur Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB), zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB) und zur Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB). Hinzugekommen sind m.W.v. 4. Juni 2016[24] die Strafvorschriften zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB, nebst Ergänzung von § 300 StGB). Im Nebenstrafrecht ist das Embryonenschutzgesetz (ESchG)[25] zu nennen, ein originäres Strafgesetz, das umfangreiche strafbewehrte Verbote im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin und Embryonenforschung enthält, und das Stammzellgesetz (StZG),[26] das ergänzend das Verbot der Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen mit Strafe bewehrt (§ 13 StZG). Aber auch weitere Gesetze enthalten einschlägige Strafvorschriften. Genannt seien nur das Arzneimittelgesetz (AMG), Betäubungsmittelgesetz (BtMG), Transplantationsgesetz (TPG), Transfusionsgesetz (TFG) sowie das vergleichsweise junge Gendiagnostikgesetz[27] (GenDG) und das noch jüngere Anti-Doping-Gesetz[28] (AntiDopG). Selbst wenn in der Praxis die meisten Fälle das Kernstrafrecht betreffen werden (auch Betrug und Untreue, unten III. 2.), wird sichtbar, dass sich das Medizinstrafrecht durch eine hohe Diversität und Spezifik auszeichnet.

*4. Sonderdogmatiken*

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich in einigen Bereichen des Medizinstrafrechts durch Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft eine eigenständige Dogmatik herausgebildet hat, die kontinuierlich verfeinert wird. Ihr Ziel ist es, praxisnahe Lösungen für komplexe Fragestellungen und gesellschaftliche Herausforderungen zu entwickeln. Exemplarisch sei bei den Tötungsdelikten auf den „Behandlungsabbruch“ und bei den Körperverletzungsdelikten auf die „hypothetische Einwilligung“ verwiesen (hierzu sogleich unter III. 1.). Diese Konzepte tragen dazu bei, die besonderen Herausforderungen und ethischen Konflikte im Gesundheitswesen angemessen zu bewältigen. Sie ergänzen die allgemeinen Strafrechtslehren und können in diese innovativ ausstrahlen.[29]

## III. Ursachen für die Entwicklung

Welche Faktoren haben dazu beigetragen, dass das Medizinstrafrecht heute als Rechtsdisziplin bewertet werden kann? Die intensive Auseinandersetzung mit einschlägigen Fragestellungen dürfte auf mehrere Faktoren zurückführen sein:

*1. Stärkung von Patientenrechten und Patientenschutz*

Der erste wesentliche Faktor stellt der kontinuierliche Ausbau der Patientenrechte und des Patientenschutzes dar, mit dem der Patientenautonomie Rechnung getragen wird. Bereits in der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts zur „Körperverletzung durch ärztliche Operation“ vom 31. Mai 1894[30] ging es um Patientenrechte. In dem Fall hatte ein Chirurg an einer siebenjährigen Patientin gegen den Willen ihres Vaters eine (damals) medizinisch indizierte Amputation vorgenommen. Das Gericht bewertete dies als tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung, da der Kranke „dem Arzte nicht eine unbeschränkte Gewaltherrschaft über seine Person eingeräumt hat“.[31]

In den vergangenen 15 Jahren wurden die Patientenrechte erheblich gestärkt. Bereits m.W.v. 1. September 2009[32] waren in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) Vorschriften zur „Patientenverfügung“ und zum „Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens“ eingefügt worden (§§ 1901a, 1901b BGB; heute: §§ 1827, 1828 BGB), um dem in den Art. 1 und 2 GG verankerten Selbstbestimmungsrecht jedes Menschen und der Entwicklung der Rechtsprechung Rechnung zu tragen.[33] Seitdem kann ein einwilligungsfähiger Volljähriger schriftlich festlegen, ob er im Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder diese untersagt. Nachfolgend wurden m.W.v. 26. Februar 2013[34] die Patientenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch gebündelt und konkretisiert, um Transparenz und Rechtssicherheit herzustellen.[35] §§ 630a bis 630h BGB enthalten seitdem Regelungen der Patientenrechte, einschließ-

[22] 10. Medizinstrafrechtsabend von medstra, WisteV und des IMR der Bucerius Law School, siehe https://www.law-school.de/fileadmin/content/law-school.de/de/units/inst_medizinrecht/pdf/Medstra-Abend_Programm_28-5-24.pdf (15.7.2025).
[23] *Duttge*, in: Duttge (Fn. 19), S. 1.
[24] Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016, BGBl. I 2016, S. 1254.
[25] Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13.12.1990, BGBl. I 1990, S. 2746.
[26] Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen vom 28.6.2002, BGBl. I 2002, S. 2277.
[27] Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen vom 31.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2529, berichtigt BGBl. I 2009, S. 3672.
[28] Anti-Doping-Gesetz vom 10.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2210.
[29] Zum Spannungsverhältnis zwischen dem tradierten Strafrecht und dem modernen Medizinrecht *Duttge* (Fn. 23), S. 4 ff.
[30] RGSt 25, 375.
[31] RGSt 25, 375 (382).
[32] Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2286.
[33] BT-Drs. 16/8442, S. 2.
[34] Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013, BGBl. I 2013, S. 277.
[35] BT-Drs. 17/10488, S. 1.

lich Informations- und Einwilligungsrechten. Diese Regelungen hatten und haben Auswirkungen auf das Medizinstrafrecht.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist es, dass der *2. Strafsenat* des BGH im Juni 2010[36] in einem wegweisenden Urteil eine Sonderdogmatik im Bereich der Sterbehilfe begründet hat. Er fasste das „Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung" im normativ-wertenden Oberbegriff des „Behandlungsabbruchs" zusammen und gab damit in diesem Bereich die naturalistische Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen auf. Der Behandlungsabbruch sei gerechtfertigt, wenn er „dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht […] und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen".[37] Infolgedessen wurde die Verurteilung eines Rechtsanwaltes, der sich auf das Medizinrecht und insbesondere die Palliativmedizin spezialisiert hatte, wegen Beihilfe zum versuchten Totschlag aufgehoben. Er hatte seiner Mandantin in Bezug auf ihre im Wachkoma liegende Mutter unter anderem geraten, den Schlauch der Sondenernährung zu durchtrennen, um den Tod herbeizuführen. Im Juni 2022 führte der *6. Strafsenat* diese Rechtsprechung fort,[38] indem er entschied, dass die Abgrenzung der Tötung auf Verlangen von der straflosen Beihilfe zum Suizid eine normative Betrachtung erfordert und der ohne Defizit gefasste und erklärte Sterbewille die Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten suspendiert. Damit wurde der Freispruch einer Ehefrau bestätigt, die ihrem Ehemann auf dessen ausdrückliches Verlangen eine Überdosis Insulin gespritzt hatte.

Vor fünf Jahren hat das Bundesverfassungsgericht die Patientenautonomie weiter gestärkt. Im Februar 2020[39] entschied der *Zweite Senat*, dass § 217 StGB mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig ist. Mit dieser Strafvorschrift hatte der Gesetzgeber die „geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung" nach langen und kontroversen Diskussionen[40] m.W.v. 10. Dezember 2015[41] unter Strafe gestellt, um zu verhindern, dass Suizidhilfe-Vereine entsprechende Angebote unterbreiten. Das Gericht stellte fest, dass die Strafvorschrift unverhältnismäßig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in der Ausprägung des Rechts auf ein selbstbestimmtes Sterben eingreift:[42] Die Entscheidung des Einzelnen, dem eigenen Leben ein Ende zu setzen, sei unmittelbarer Ausdruck der Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung, die der Menschenwürde innewohne, und von Staat und Gesellschaft zu respektieren; das Recht, sich selbst zu töten, umfasse die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen, was § 217 StGB jedoch weitgehend faktisch unmöglich mache; die Strafvorschrift widerspreche dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, in der die Würde des Menschen im Mittelpunkt steht. Das Urteil löste verbreitet Rufe nach einer Neuregelung aus. Am 21. April 2021 hielt der Deutsche Bundestag eine erste Orientierungsdebatte,[43] der am 18. Mai 2022[44] eine zweite folgte, in der auch ein fraktionsübergreifender Gesetzentwurf[45] diskutiert wurde, aber scheiterte. Schließlich wurden in der dritten Debatte am 6. Juli 2023 erneut die Gesetzentwürfe mehrheitlich zurückgewiesen, lediglich ein Antrag zur Suizidprävention fand Zustimmung.[46] Dessen ungeachtet hat das Urteil des Bundesverfassungsgerichts die allgemeine Debatte um die Sterbehilfe intensiviert. In der rechtspolitischen Diskussion wird zunehmend hinterfragt, ob das umfassende Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) noch mit dem grundrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrecht vereinbar ist.[47]

Im Rahmen der Ausdifferenzierung der Patientenrechte hat sich in den vergangenen Jahrzehnten eine umfangreiche Sonderdogmatik für die Einwilligung und Aufklärung herausgebildet. Da die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts voraussetzt, dass der Behandelnde auf die bestehenden Risiken hingewiesen hat, erfordert eine wirksame rechtfertigende Einwilligung die vollständige und gewissenhafte Aufklärung des Patienten.[48] Den Schwerpunkt und Kern der Aufklärung bildet die Risikoaufklärung, also die Information des Patienten über die Risiken des Eingriffs und den Verlauf der Therapie. Nach § 630e Abs. 1 S. 1 BGB ist „über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände" aufzuklären. Faktoren für den Umfang der Aufklärung bilden die Art des Risikos, Indikation und Dringlichkeit sowie die Schwere des Eingriffs, jeweils bezogen auf den konkreten Patienten.[49] Die Praxis folgt dem Konzept der Stufenaufklärung, die der Gesetzgeber im Jahr 2013 ebenfalls in Gesetzesform gegossen hat (§ 630e Abs. 2 BGB). Auf der 1. Stufe erfolgt eine schriftliche Grundinformation mittels Aufklärungsbögen über

[36] BGHSt 55, 191.
[37] BGHSt 55, 191 Ls. 1.
[38] BGH NJW 2022, 3021.
[39] BVerfGE 153, 182.
[40] Siehe nur Deutscher Bundestag, Kontroverse über die Sterbehilfe, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/sterbehilfe-529962 (15.7.2025).
[41] Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2177.
[42] BVerfGE 153, 182 (263 ff.).
[43] Siehe Deutscher Bundestag, 223. Sitzung des Deutschen Bundestages am 21.4.2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/ap19223-836962 (15.7.2025); zu mehreren Gesetzentwürfen *Neumann*, NJOZ 2021, 385 ff.
[44] Deutscher Bundestag, Sachliche Orientierungsdebatte über Reform der Sterbehilfe, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw20-de-vereinbarte-debatte-sterbehilfe-894644 (15.7.2025).
[45] Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zur Selbsttötung, BT-Drs. 20/904 vom 7.3.2022.
[46] Deutscher Bundestag, Bundestag lehnt Gesetzentwürfe zur Reform der Sterbehilfe ab, abrufbar unter https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw27-de-suiziddebatte-954918 (15.7.2025).
[47] Siehe nur *Rostalski/Weiss*, MedR 2023, 179 (185 ff.).
[48] Siehe nur BVerfGE 52, 131 (167); BGH NJW 2005, 1718.
[49] *Waßmer* (Fn. 2), § 5 Rn. 16 m.w.N.

die Maßnahme, deren Notwendigkeit, mögliche Komplikationen sowie Art und Schwere, wobei auch Alternativen dargestellt werden. Auf der 2. Stufe findet das Aufklärungsgespräch statt, das den Kern der Aufklärung bildet. Es gibt dem Behandelnden die Gelegenheit, die individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen, und erlaubt dem Patienten, auf individuelle Besonderheiten hinzuweisen und Fragen zu stellen.

Die ärztliche Praxis wird freilich nicht immer den (sehr) hohen Anforderungen an die Aufklärung des Patienten gerecht, welche die Zivilrechtsprechung im Interesse des Patienten mit der Zeit erheblich verschärft hat, womit es an einer wirksamen Einwilligung fehlt. Damit droht Ärzten nicht nur eine zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz, sondern auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit und damit eine Geld- oder Freiheitsstrafe. Um die Risiken zu begrenzen, erkannte die Zivilrechtsprechung bereits im Januar 1959 an, dass eine Haftung des Arztes trotz fehlender Einwilligung ausscheidet, wenn der Patient im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Maßnahme wirksam zugestimmt hätte.[50] Diese sog. hypothetische Einwilligung wurde von der Strafrechtsprechung schon im Juni 1963[51] für die fahrlässige, aber erst über vierzig Jahre später, im Oktober 2003,[52] auch für die vorsätzliche Körperverletzung anerkannt. Im Jahr 2013 wurde die Rechtsfigur schließlich in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB gesetzlich verankert.

Die Strafrechtsprechung begreift die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Bestehen Zweifel, ob ein Patient eingewilligt hätte, wird „in dubio pro reo" angenommen, dass die Einwilligung erteilt worden wäre.[53] Die Übertragung der Rechtsfigur auf das Medizinstrafrecht wird im Schrifttum häufig abgelehnt, da sie es dem Behandelnden gestattet, dem Patienten einen Heileingriff aufzuzwingen, wodurch eine Aushöhlung des Selbstbestimmungsrechts droht.[54] Von anderen wird die Rechtsfigur befürwortet, da sie den Behandelnden mit Blick auf die mittlerweile sehr strengen zivilrechtlichen Aufklärungspflichten vor einer zu weitgehenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit schützt.[55] Begründet wird die Straflosigkeit damit, dass es mangels Kausalität des Aufklärungsmangels bereits an der Tatbestandsmäßigkeit oder mangels Erfolgsunrechts bzw. Pflichtwidrigkeitszusammenhangs an der Rechtswidrigkeit fehlt. Im Übrigen kann auf die gesetzliche Normierung der hypothetischen Einwilligung und die Einheit der Rechtsordnung verwiesen werden. Wenn der Behandelnde von der zivilrechtlichen Haftung freigestellt ist, muss im Ergebnis auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ausscheiden.

Angemerkt sei, dass die intensiv geführte Diskussion um die hypothetische Einwilligung auf andere Gebiete des Strafrechts ausgestrahlt hat. Denn der zugrunde liegende Gedanke könnte auch für die Disposition über andere Individualrechtsgüter und für hoheitliche Dispositionsakte fruchtbar gemacht werden.[56] Dieser Extension ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Rechtsfigur gerade die (übermäßige) Ausweitung der Aufklärungspflichten im Medizinstrafrecht abmildern sollte.[57] Eine Übertragung auf andere Bereiche würde den dort jeweils bestehenden strafrechtlichen Schutz verkürzen und kann daher nur ausnahmsweise zur Begrenzung von Strafbarkeitsrisiken zulässig sein.[58]

*2. Wirtschaftliche Bedeutung und Kostendämpfungsmaßnahmen*

Ein zweiter wesentlicher Faktor für die wachsende Bedeutung des Medizinstrafrechts ist in der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitswesens, den steigenden Gesundheitsausgaben, die Kostendämpfungsmaßnahmen nach sich ziehen, und der damit verbundenen Anfälligkeit für kriminelles Verhalten zu erblicken.

Bereits im Jahr 1883 hatte Deutschland weltweit als erster Staat unter Reichskanzler Otto von Bismarck eine gesetzliche Krankenversicherung[59] eingeführt. Im Jahr 2022 betrugen die Gesundheitsausgaben in Deutschland 488,7 Mrd. Euro, womit das Gesundheitswesen einen Anteil am Bruttoinlandsprodukt (BIP) von 12,8 % hatte.[60] Hierbei waren 73,63 Mio. Menschen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) versichert, 8,7 Mio. Menschen in der privaten Krankenversicherung (PKV).[61] Die Finanzierung der GKV erfolgt durch eine Mischung aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen sowie staatlichen Zuschüssen. Zu Beginn des Jahres 2025 mussten die meisten Krankenkassen den Zusatzbeitrag erneut deutlich erhöhen, da der allgemeine Beitragssatz nicht mehr kostendeckend ist.[62] Ebenso wurden die Prämien vieler priva-

[50] BGHZ 29, 176 (187).
[51] BGH JZ 1964, 231 (232).
[52] BGH NStZ-RR 2004, 16.
[53] BGH NStZ 1996, 34 (35); BGH NStZ-RR 2004, 16 (17); BGH NStZ 2012, 205 (206).
[54] Siehe nur *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6 ff.).
[55] *Kraatz* (Fn. 15), Rn. 81 f. m.w.N.
[56] Siehe nur *Böse*, ZIS 2016, 495 (497 ff.).
[57] *Tag*, ZStW 127 (2015), 523 (548).
[58] Befürwortend etwa im Rahmen der Untreue OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374 (375); abl. LG Kleve BeckRS 2010, 29946; ausf. zur Diskussion *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), 2018, S. 201 ff. (im Ergebnis abl. S. 372).
[59] Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883, RGBl. 1883, S. 73.
[60] Statistisches Bundesamt, Pressemitteilungen, Gesundheitsausgaben 2022: Staatliche Transfers und Zuschüsse auf 100 Milliarden Euro gestiegen, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/06/PD24_250_23611.html (15.7.2025).
[61] Statista, Anzahl der Mitglieder und Versicherten der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung in den Jahren 2021 bis 2024, abrufbar unter https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155823/umfrage/gkv-pkv-mitglieder-und-versichertenzahl-im-vergleich (15.7.2025).
[62] Siehe tagesschau v. 16.10.2024, Gesetzliche Krankenversicherung, Zusatzbeiträge dürften deutlich steigen, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/inland/zusatzbeitraege-krankenversicherung-erhoehung-100.html (15.7.2025).

ten Krankenversicherungen drastisch erhöht.[63] Allein in Nordrhein-Westfalen sind die Gesundheitsausgaben seit dem Jahr 2013 um rund 49 % gestiegen[64] und dürften nach Schätzungen konstant weiter steigen.[65] Dies ist nicht nur der allgemeinen Preisentwicklung geschuldet, sondern vor allem auch dem medizinischen und technologischen Fortschritt, der bewirkt, dass immer mehr Krankheiten erfolgreich behandelt werden können, womit die Menschen älter werden und ihre Behandlung wachsende Kosten verursacht, die auf die Versicherten umgelegt werden müssen. Hierdurch steht auch und gerade die GKV unter großem Druck. Da die Erhöhung der (Zusatz-)Beiträge und der staatlichen Zuschüsse politisch schwierig ist, bestehen erhebliche Sparzwänge. Stabile Beitragssätze können nicht nur durch den Ausbau der Prävention, die Stärkung der Eigenverantwortung und die Steigerung der Effizienz erreicht werden, sondern insbesondere auch durch Kostendämpfungsmaßnahmen, etwa durch Reformen bei den Krankenhäusern, durch Hausarztmodelle, Kürzungen der Leistungskataloge und die Anpassung der Vergütungsstrukturen. Damit steigt jedoch der Druck auf die einzelnen Leistungserbringer weiter an. Die Versuchung, das eigene Einkommen auch durch kriminelles Verhalten zu stabilisieren oder gar zu steigern, ist dadurch gewachsen.

So spielte die Korruption im Gesundheitswesen lange Zeit kaum eine Rolle. Dies änderte sich, als im Mai 1994 die „Herzklappenaffäre“ aufgedeckt wurde. Zahlreiche Chirurgen hatten für die Einsetzung bestimmter Herzklappen Gutschriften erhalten. Ermittelt wurde in ca. 11.000 Fällen, über 1.500 Strafverfahren wurden eingeleitet.[66] In den 1990er Jahren wurde die Korruptionsbekämpfung verschärft, unter anderem indem durch Abstellen auf die bloße „Dienstausübung“ in den Vorschriften zur Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB) die Unrechtsvereinbarung „gelockert“ wurde.[67] Dadurch gerieten viele bis dahin übliche Kooperationsformen zwischen Ärzten und der Industrie in den Fokus, etwa Forschungs- und Studienverträge, Anwendungsbeobachtungen, Kongresseinladungen, Zuwendungen an Einrichtungen und Fördervereine, aber auch die für die Forschung essentielle Drittmitteleinwerbung.[68] Ende der 2000er Jahre erregte die Zusammenarbeit von Vertragsärzten mit der Industrie große öffentliche Aufmerksamkeit, nachdem ein Pharmakonzern Ärzten für die Verschreibung von Präparaten eine Gewinnbeteiligung angeboten hatte. Nach damals h.M.[69] bestand keine Strafbarkeit, da ein Vertragsarzt weder „Amtsträger“ (§§ 331, 332 StGB) noch „Beauftragter“ der gesetzlichen Krankenkassen (§ 299 StGB) ist. Diese Auffassung bestätigte der *Große Senat für Strafsachen* beim BGH im März 2012.[70] Diese Entscheidung war Anlass für den Gesetzgeber, m.W.v. 4. Juni 2016 die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen unter Strafe zu stellen (siehe bereits II. 3.), um Strafbarkeitslücken zu schließen.[71] Insoweit wurden im Jahr 2023 in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) 369 Fälle registriert,[72] womit die Zahl der Fälle gegenüber dem Vorjahr (303 Fälle)[73] deutlich zugenommen hat; dagegen betrug die Aufklärungsquote weiterhin sehr hohe 92,4 % (2022: 96,7 %).

Der Betrug (§ 263 StGB) war bereits in den 1980er Jahren in den Fokus gerückt, als etliche Leistungserbringer Einkommensausfälle durch falsche Abrechnungen kompensieren wollten.[74] Auch heute werden viele Fälle aufgedeckt, zumal die Kassenärztlichen Vereinigungen verstärkt Kontrollen durchführen und Abrechnungen bei begründetem Verdacht prüfen (§ 106a Abs. 2 SGB V). Für das Jahr 2023 wurden in der PKS 2.052 Fälle des Abrechnungsbetrugs im Gesundheitswesen (§§ 263, 263a StGB) registriert,[75] womit die Fallzahlen zurückgegangen sind (2022: 2.744 Fälle[76]), während die Aufklärungsquote konstant hoch ist (2023: 95,7 %; 2022: 96,4 %). Begünstigt werden die Betrugstaten durch komplexe Abrechnungssysteme und dadurch, dass der Patient wegen der fehlenden Fachkenntnisse durchweg keine wirksame Kontrolle ausüben kann. Hinzu tritt, dass die Rechtsprechung der streng formalen Betrachtungsweise des Sozialversiche-

[63] Siehe tagesschau v. 27.9.2024, Beiträge zur Krankenversicherung, Privatversicherte sollen 18 Prozent mehr zahlen, abrufbar unter https://www.tagesschau.de/wirtschaft/verbraucher/private-krankenkasse-beitraege-erhoehung-100.html (15.7.2025).

[64] Siehe Landesbetrieb IT.NRW v. 11.12.2024, NRW: Gesundheitsausgaben der gesetzlichen Krankenversicherungen für die Versichterten lagen 2022 bei rund 59 Mrd. Euro, abrufbar unter https://www.it.nrw/nrw-gesundheitsausgaben-der-gesetzlichen-krankenversicherung-fuer-die-versicherten-2022 (15.7.2025).

[65] DAK Gesundheit v. 21.1.2025, Beitragsentwicklung in der Sozialversicherung: Update der Projektionen bis 2035, abrufbar unter https://www.dak.de/dak/unternehmen/reporte-forschung/analyse-beitragsentwicklung-sozialversicherung_88662 (15.7.2025).

[66] *Waßmer* (Fn. 2), § 15 Rn. 1.

[67] Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997, BGBl. I 1997, S. 2038.

[68] Siehe nur *Hilgendorf* (Fn. 15), § 10 Rn. 30.

[69] Siehe nur *Sahan*, ZIS 2007, 69 (74) m.w.N.

[70] BGHSt 57, 202.

[71] BT-Drs. 18/6446, S. 1.

[72] Bundeskriminalamt, Tabelle 01-Grundtabelle, PKS 2023, Summenschlüssel 657000, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=226064 (15.7.2025).

[73] Bundeskriminalamt, Tabelle 01-Grundtabelle, PKS 2022, Summenschlüssel 657000, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/BundFalltabellen/bundfalltabellen.html?nn=211724 (15.7.2025).

[74] *Kraatz* (Fn. 15), Rn. 305.

[75] Bundeskriminalamt (Fn. 72), Summenschlüssel 518110.

[76] Bundeskriminalamt (Fn. 73), Summenschlüssel 518110.

rungsrechts folgt.[77] Danach ist eine Leistung nicht erstattungsfähig, wenn sie den gesetzlichen Vorgaben nicht vollständig entspricht, etwa der Vertragsarzt einen anderen Arzt als „Strohmann" einsetzt, dessen Leistungserbringung sozialversicherungsrechtlich nicht abrechnungsfähig ist. Begründet wird dies damit, dass die sozialrechtlichen Bestimmungen die Leistungserbringung steuern sollen, die erbrachten Leistungen „systemfremd" und damit wertlos seien. Das Schrifttum folgt demgegenüber verbreitet[78] dem wirtschaftlichen Schadensbegriff und will eine Saldierung mit der erbrachten Leistung grundsätzlich zulassen. Dies lässt sich damit untermauern, dass der Betrugstatbestand als reines Vermögensdelikt nicht das System der GKV, sondern allein deren Vermögen schützen kann. Die Sichtweise der Rechtsprechung ist kriminalpolitisch zwar nachvollziehbar, läuft jedoch auf den Austausch des Rechtsguts hinaus.

Durch die Anerkennung der Vertragsarztuntreue hat die Rechtsprechung den Druck auf die Leistungserbringer weiter verstärkt. Die Strafvorschrift der Untreue (§ 266 StGB) ist bekanntlich generalklauselartig weit gefasst, womit die Gefahr der Instrumentalisierung besteht. Im November 2003 bewertete der *4. Strafsenat* des BGH[79] das Handeln eines Vertragsarztes, der Arzneimittel ohne medizinische Indikation verschrieben hatte, als Untreue. Als „Schlüsselfigur" im Gesundheitswesen habe der Arzt die im Interesse der Krankenkassen liegende Aufgabe, die Mitglieder zu versorgen, wobei er nicht notwendige oder unwirtschaftliche Leistungen nicht bewirken dürfe. Dies griff der *1. Strafsenat* bereits im April 2004 auf,[80] weitere Gerichte folgten.[81] Diese Sichtweise stößt jedoch im Schrifttum auf große Vorbehalte,[82] da ein Vertragsarzt Verordnungen ausschließlich im Rahmen des Behandlungsvertrags ausstellt, den er mit dem Patienten geschlossen hat, sodass zwischen dem Vertragsarzt und der Krankenkasse keine unmittelbare Rechtsbeziehung besteht. Auch der *Große Senat für Strafsachen* verneinte in seiner Entscheidung vom 29. März 2012 eine Beauftragtenstellung.[83] Nachfolgend äußerte das OLG Stuttgart „erhebliche Zweifel" am Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht des Arztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen.[84] Dessen ungeachtet hielt der *4. Strafsenat* des BGH im August 2016[85] an der Rechtsprechungslinie fest.[86]

*3. Medizinischer und technologischer Fortschritt*

Der dritte wesentliche Faktor für die dynamische Entwicklung des Medizinstrafrechts ist im rasanten Fortschritt von Medizin und Medizintechnik zu sehen. Dieser bringt fortlaufend neue ethische und rechtliche Herausforderungen mit sich und macht eine kontinuierliche Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen erforderlich.

Ein prägnantes Beispiel hierfür ist die Sterbehilfe (zum „Behandlungsabbruch" bereits unter 1.). Die moderne Hochleistungsmedizin ermöglicht es, das Leben schwerstkranker Patienten über lange Zeit künstlich aufrechtzuerhalten. Doch nicht selten bewerten (potentiell) Betroffene diese Lebensverlängerung als unzumutbar und sehen ihre persönliche Würde gefährdet. Die komplexen Wechselwirkungen zwischen medizinischer Machbarkeit, Patientenautonomie und strafrechtlichen Grenzen haben zu einer anhaltenden rechtlichen und ethischen Debatte darüber geführt, inwieweit Patienten das Recht auf einen selbstbestimmten Tod haben und welche Rolle Ärzten hierbei zukommt.

Auch die zunehmende Digitalisierung im Gesundheitswesen eröffnet nicht nur neue Chancen für eine effizientere Versorgung, sondern schafft neue Angriffspunkte für den Abrechnungsbetrug. Digitale Abrechnungssysteme ermöglichen eine präzisere Dokumentation medizinischer Leistungen, aber auch gezielte Manipulationen, etwa durch automatisierte Mehrfach- und Falschabrechnungen oder das Einschleusen fingierter Leistungsdaten. Diesen Gefahren könnte andererseits der Einsatz Künstlicher Intelligenz (KI) entgegenwirken und den Abrechnungsbetrug eindämmen.[87]

Mit dem Ausbau der Telematikinfrastruktur und der Einführung der elektronischen Patientenakte (ePA) könnte neben Datenschutzverstößen, die über § 42 BDSG bestraft bzw. nach Art. 83 DSGVO geahndet werden können, auch die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) in den Blick rücken. Durch den breiteren digitalen Zugriff auf sensible Gesundheitsdaten drohen nicht nur verstärkt unerlaubte Einsichtnahmen, Datenlecks und Cyberangriffe,[88] sondern auch das Risiko von Geheimnisverletzungen könnte zunehmen. Mit der ePA haben sowohl die Angehörigen von Heilberufen als auch IT-Dienstleister und Versicherungen Zugriff auf sensible Gesundheitsdaten. Befürchtet wird, dass „massiv" Gesundheitsdaten abfließen könnten.[89] Als Reaktion hierauf

[77] Siehe nur BGH NStZ-RR 2017, 313 (314); jüngst BGH NStZ-RR 2025, 49 (50).
[78] *Ulsenheimer/Gaede*, in: Ulsenheimer/Gaede (Fn. 15), Rn. 1570 ff. m.w.N.
[79] BGH NJW 2004, 454.
[80] BGH NStZ 2004, 568 (569).
[81] OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13; LG Hamburg MPR 2011, 56.
[82] Zur Kritik *Leimenstoll*, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes?, 2012, S. 89 ff.
[83] BGHSt 57, 202.
[84] OLG Stuttgart NStZ-RR 2013, 174.
[85] BGH wistra 2017, 71 mit krit. Anm. *Waßmer/Zeller*.
[86] BGH NJW 2016, 3253 (3254).
[87] Siehe nur das BMBF-Projekt „Kriminelle Netzwerke: Bekämpfung von Abrechnungsbetrug und Korruption im Gesundheitswesen", abrufbar unter https://www.itwm.fraunhofer.de/de/abteilungen/fm/abrechnungspruefung/kriminelle-netzwerke.html (15.7.2025).
[88] Fraunhofer-Institut für Sichere Informationstechnologie, Abschlussbericht Sicherheitsanalyse des Gesamtsystems ePA für alle, 2024, S. 20 ff., abrufbar unter https://www.gematik.de/media/gematik/Medien/ePA_fuer_alle/Abschlussbericht_Sicherheitsanalyse_ePA_fuer_alle_Fraunhofer_SIT.pdf (15.7.2025).
[89] *Roth*, Elektronische Patientenakte (ePA): Diskussion um Sicherheit und Widerspruch MDR v. 16.1.2025, abrufbar unter

hat die Gematik GmbH, die für die Umsetzung der ePA verantwortlich ist, im Dezember 2024 angekündigt, technische Lösungen zu implementieren, um den Missbrauch von Arztausweisen zu verhindern, die Krankenversicherungsnummer zusätzlich zu verschlüsseln und das System zur Erkennung von auffälligem Nutzungsverhalten auszuweiten.[90]

Der medizinische Fortschritt hat aber auch dazu geführt, dass neue Gesetze erlassen wurden (siehe bereits unter II. 3.). Ein typisches Beispiel ist das Transplantationsgesetz (TPG), das bereits am 1. Dezember 1997 in Kraft trat. Anlass war, dass die Transplantationsmedizin seit den 1950er Jahren enorme Fortschritte gemacht hatte, viele europäische Staaten schon Regelungen eingeführt hatten, zahlreiche Fragen ungeklärt waren und die Zahl der Lebendspenden unter Nichtverwandten stark zunahm, sodass unter anderem die Kommerzialisierung der Organspende befürchtet wurde.[91] Ein weiteres Beispiel bildet das Embryonenschutzgesetz (ESchG), das seit dem 1. Januar 1991 menschliche Embryonen schützt. Anlass gaben die Fortschritte der Fortpflanzungsmedizin, die nicht nur vielen Menschen die Möglichkeit eröffneten, sich ihren Kinderwunsch zu erfüllen, sondern auch den Missbrauch von Fortpflanzungstechniken und menschlichen Embryonen ermöglichten. Schließlich ist auf das StZG hinzuweisen, das zum 1. Juli 2002 Lücken schloss. Das ESchG hatte zwar bereits die Gewinnung von embryonalen Stammzellen aus und die Forschung an Embryonen verboten, erlaubt blieb aber die Einfuhr von im Ausland gewonnenen embryonalen Stammzellen und die Forschung hieran.[92] Um der staatlichen Verpflichtung, einerseits die Menschenwürde und das Recht auf Leben zu achten und zu schützen, und andererseits die Freiheit der Forschung zu gewährleisten (§ 1 StZG), wurden die strafbewehrten Verbote des § 13 StZG normiert.

Damit dürfte Deutschland weltweit über die strengsten Strafvorschriften zum Schutz von Embryonen und embryonalen Stammzellen verfügen. Zahlreiche Verbote, wie das Verbot der Geschlechtswahl (§ 3 ESchG), das Klonverbot (§ 6 ESchG) und das Verbot der Chimären- und Hybridbildung (§ 7 ESchG) sind notwendig, um die Menschenwürde zu wahren. Es gibt aber auch Verbote, die aus heutiger Sicht hinterfragt werden müssen. So untersagt § 5 Abs. 1 ESchG die künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen. Dem historischen Gesetzgeber war zwar in den Jahren 1989/1990 bewusst, dass hierdurch schwerste Erbleiden geheilt werden können, ihm erschienen jedoch die notwendigen Experimente wegen der zu erwartenden Fehlschläge (schwerste Missbildungen oder sonstige Schädigungen) zu Recht als mit der Menschenwürde unvereinbar.[93] Mittels der CRISPR-Cas-Methode (Genschere), für deren Entwicklung im Jahr 2020 der Nobelpreis für Chemie vergeben wurde,[94] wird es jedoch möglich, präzise gentechnische Veränderungen durchzuführen. Insofern sollte das Risiko neu bewertet werden.

Weiter ist die Eizellspende durch § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG verboten, um eine „gespaltene Mutterschaft" zu verhindern, bei der sich die biologische von der austragenden Mutter unterscheidet, und damit das Kind vor drohenden psychosozialen Konflikten zu bewahren.[95] Angesichts dessen, dass weder die Samen- noch die Embryospende untersagt sind und Kindeswohlbeeinträchtigungen durch eine gespaltene Mutterschaft bislang wissenschaftlich nicht belegt wurden, wird auch dieses Verbot zunehmend in Frage gestellt.[96] Ebenso ist die Leihmutterschaft durch § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG verboten (das Gesetz spricht von „Ersatzmutter"). Auch hierdurch soll dem Entstehen einer gespaltenen Mutterschaft bereits im Vorfeld begegnet werden,[97] womit dieses Verbot gleichfalls dem Kindeswohl dient; zudem sollen menschenunwürdige Konflikte aus einer Übernahme einer Schwangerschaft als Dienstleistung und mögliche Streitigkeiten um die Herausgabe des Kindes ausgeschlossen werden.[98] Auch gegen dieses pauschale Verbot werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, da § 1591 BGB und das Adoptionsrecht die klare rechtliche Zuordnung des Kindes sichern und das ESchG der gespaltenen Elternschaft als Folge einer Samenspende nicht entgegensteht; zudem konnten die vom historischen Gesetzgeber angeführten Bedenken empirisch nicht bestätigt werden.[99] Hinzu tritt, dass die Leihmutterschaft mittlerweile in einigen Staaten eine gesetzliche Regelung erfahren hat.[100] Bereits im Jahr 2019 hatte die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina in einer Stellungnahme dazu aufgerufen, zumindest die Optionen für eine gesetzliche Regelung aufzuzeigen.[101]

Im Dezember 2021 regte der Koalitionsvertrag der „Ampelkoalition" (SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP), der die Modernisierung Deutschlands vorantreiben wollte, die Einsetzung einer Kommission an.[102] Die „Kommission zur repro-

https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen-anhalt/landespolitik/epa-elektronische-patientenakte-widerspruch-hack-sicherheit-102.html (15.7.2025).

[90] Gematik GmbH v. 27.12.2024, Stellungnahme zum CCC-Vortrag zur ePA für alle, abrufbar unter https://www.gematik.de/newsroom/news-detail/aktuelles-stellungnahme-zum-ccc-vortrag-zur-epa-fuer-alle (15.7.2025).

[91] *Waßmer* (Fn. 12), § 10 Rn. 1.

[92] BT-Drs. 14/8394, S. 7.

[93] BT-Drs. 11/5460, S. 11.

[94] Hierzu *Richter-Kuhlmann*, Deutsches Ärzteblatt 2020, A 1974 f.

[95] BT-Drs. 11/5460, S. 7.

[96] *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, ESchG § 1 Rn. 7 f. m.w.N.

[97] BT-Drs. 11/5460, S. 6 und 9.

[98] BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.; BT-Drs. 11/5460, S. 9.

[99] *Müller-Terpitz* (Fn. 96), ESchG § 1 Rn. 21 m.w.N.

[100] Zum Vereinigten Königreich *Schwind*, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 117 ff.

[101] Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina e.V./Union der deutschen Akademien der Wissenschaften e.V. (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 85 f.

[102] Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 92, abrufbar unter

duktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“, die aus 18 Experten aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Soziologie, Gesundheitswissenschaften, Ethik und Recht bestand, hat Mitte April 2024 ihren Abschlussbericht vorgelegt.[103] Hierin empfiehlt sie zum einen, dass die Legalisierung der Eizellspende zulässig sein kann, „sofern sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die insbesondere den notwendigen Schutz der Spenderinnen und das Kindeswohl gewährleistet“.[104] Skeptisch ist sie dagegen in Bezug auf die altruistische Leihmutterschaft. Diese berge „Potenzial für Umgehungen und Missbrauch“, es stehe im Ermessen des Gesetzgebers, an dem bisherigen Verbot der Leihmutterschaft festzuhalten, oder, sofern insbesondere der Schutz der Leihmutter und das Kindeswohl hinreichend gewährleistet werden, angesichts der Freiheitsrechte der Leihmütter und der Wunscheltern die Leihmutterschaft in bestimmten Fällen (z.B. nahes verwandt- oder freundschaftliches Verhältnis zwischen Wunscheltern und Leihmutter) zuzulassen.[105]

**IV. Fazit und Ausblick**

Die Herausbildung des Medizinstrafrechts zur Rechtsdisziplin manifestiert sich in der Spezialisierung der Praxis, der intensiven Auseinandersetzung mit den einschlägigen Fragestellungen in Lehre und Forschung, spezifischen Strafvorschriften und Gesetzen sowie in der Ausbildung von Sonderdogmatiken. Ursächlich hierfür sind nicht nur der Ausbau der Patientenrechte und des Patientenschutzes, sondern auch der mit den wachsenden Gesundheitsausgaben verbundene Kostendruck. Hinzu kommt der stetige medizinische und technologische Fortschritt, der die kontinuierliche Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen erfordert. Diese Faktoren werden in Zukunft nicht an Relevanz verlieren – im Gegenteil: Die steigende Lebenserwartung infolge medizinisch-technologischer Innovationen wird die Finanzierungsprobleme verstärken und neue Fragen zum Patientenschutz und zu den Patientenrechten aufwerfen. Hingewiesen sei nur auf die zunehmende Verbreitung des Neuroenhancements,[106] den Einsatz von Robotik und KI sowie die denkbare Verschmelzung von Mensch und Maschine. Gehirn-Computer-Schnittstellen, bionische Prothesen, KI-gestützte Gehirnimplantate und künstliche Organe, die heute noch als Science-Fiction erscheinen mögen, zeichnen sich bereits ab.[107] Auch auf diese Herausforderungen wird das Medizinstrafrecht reagieren.

https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (15.7.2025).

[103] Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, 2024, abrufbar unter https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/kommission-zur-reproduktiven-selbstbestimmung-und-fortpflanzungsmedizin-legt-abschlussbericht-vor-238414 (15.7.2025).

[104] Bericht (Fn. 103), S. 493 f.

[105] Bericht (Fn. 103), S. 494 f.

[106] Hierzu *Dominik/Waßmer/Soyka/Franke*, Nervenheilkunde, 2021, 615 ff.

[107] Siehe nur Deutsches Ärzteblatt v. 21.2.2024, Musk: Patient mit Neuralink-Chip im Hirn kann Computermaus steuern, abrufbar unter https://www.aerzteblatt.de/themen/hirnforschung/musk-patient-mit-neuralink-chip-im-hirn-kann-computermaus-steuern-35329763-18e2-4378-aae4-85429647c6c9 (15.7.2025).

# Geschlechterperspektiven im Völkerstrafrecht

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg*

*In seinem „Policy Paper on Gender-Based Crimes" hat der Ankläger des Internationalen Strafgerichtshofs sich auf eine gendersensible Auslegung und Anwendung des Völkerstrafrechts verpflichtet. Dies verlangt nach mehr als der konsequenten Ahndung sexualisierter und genderbasierter Gewalt. Die zentrale Herausforderung besteht darin, auch implizite Prozesse der Vergeschlechtlichung aufzudecken und zu reflektieren. Geschlechtsspezifische Vorstellungen und Erwartungshaltungen können z.B. die Wahrnehmung und Bewertung von Gewaltakten, die Auslegung von Straftatbeständen oder die Entwicklung und Anwendung von Zurechnungsfiguren beeinflussen.*

## I. Einleitung

In ihrer zusammengenommen 20-jährigen Geschichte haben ZIS und ZfIStw stets auch die Entwicklung des Völkerstrafrechts mit wissenschaftlichen Analysen und Beiträgen aus der Praxis eng begleitet. Und auf diesem Gebiet hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten viel getan: Der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) hat seine Arbeit aufgenommen, erste Krisen überstanden und Meilensteine gesetzt,[1] die ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda haben ihre Tätigkeit abgeschlossen[2], neue internationalisierte bzw. hybride Tribunale wurden gegründet,[3] in Deutschland hat das VStGB nach einigen Anfangsschwierigkeiten seinen Weg in den Justizalltag gefunden[4] – um nur einige Eckpunkte zu nennen. Dabei haben sich über die Jahre auch die Bewertung, Einordung und Priorisierung bestimmter Gewaltformen verändert. Unter anderem haben Geschlechterperspektiven verstärkt Eingang in die (internationale) Rechtsprechung und den wissenschaftlichen Diskurs gefunden. Dies betrifft zunächst die Aufarbeitung und rechtliche Bewertung konfliktbezogener sexualisierter Gewalt. Erste Maßstäbe hat diesbezüglich das Akayesu-Urteil des ICTR gesetzt, in dem erstmals herausgestellt wurde, dass der Völkermordtatbestand auch durch sexualisierte und reproduktive Gewalttaten verwirklicht werden kann.[5] Seitdem hat sich das völkerstrafrechtliche Sexualstrafrecht beständig weiterentwickelt; ihm kommt mittlerweile eine prominente Rolle in der internationalen Praxis zu. So lag in den letzten vom IStGH erstinstanzlich abgeschlossen Verfahren gegen Dominic Ongwen[6] und Al Hassan Ag Abdoul Aziz[7] ein besonderer Fokus auf sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt. Dass dies kein Zufall, sondern Ergebnis einer bewussten strategischen Entscheidung ist, zeigt das Policy Paper on Gender-Based Crimes der Anklagebehörde des IStGH (Office of the Prosecutor – OTP) aus dem Dezember 2023. Das OTP hat sich hierin der „konsequenten und rigorosen" Verfolgung von geschlechtsspezifischer Gewalt verschrieben.[8] Ziel ist nicht (nur) eine umfassende Ahndung von Sexualdelikten,[9] sondern die Entwicklung eines umfassenden gender-sensiblen Ansatzes in der internationalen Strafverfolgung. Insbesondere soll berücksichtigt werden, wie sich der „Faktor Geschlecht" auf den Prozess der Opferwerdung und die Tataufarbeitung auswirkt; er soll zudem bei der Priorisierung von Straftaten und bei der Auslegung der Straftatbestände des IStGH-Statuts berücksichtigt werden.[10] Dabei geht es dem OTP über den Bereich der Sexualstraftaten hinaus auch um die Erfassung weniger offensichtlicher, versteckter und mittelbarer Prozesse der Vergeschlechtlichung. Als Beispiel wird ein formal neutral formulierter Entzug des Rechts auf Bildung genannt, der faktisch diskriminierend wirkt und ggf. als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Form der geschlechtsbezogenen Verfolgung eingestuft werden könne.[11] In diesem Sinne hat der Chefankläger im Januar 2025 in der Situation Afghanistan Haftbefehle gegen den Anführer der Taliban Hibatullah

* Die *Verf.* ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg und Geschäftsführende Direktorin des Internationalen Forschungs- und Dokumentationszentrums Kriegsverbrecherprozesse. *Verf.* dankt sehr herzlich ihrer Wiss. Mitarbeiterin *Franziska Gruber* für wertvolle Literatur- und Rechtsprechungsrecherchen zur Vorbereitung dieses Beitrags und ihrem Wiss. Mitarbeiter *Matthias Weißkopf* für tatkräftige Unterstützung bei der Fahnenkorrektur.

[1] Überblick u.a. bei *Bock*, VN 2022, 125.

[2] Siehe hierzu z.B. die Diskussion auf der 13. Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht dokumentiert in *Hartig/Maecker*, ZIS 2017, 793 sowie die Beiträge in Sterio/Scharf (Hrsg.), The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments, 2019.

[3] Siehe nur die jüngsten Beiträge zu den Kosovo Specialist Chambers von *Simon*, ZfIStw 5/2024, 306 oder der Cour pénale spéciale in der Zentralafrikanischen Republik von *Waespi*, 5/ZfIStw 2024, 310.

[4] Überblick u.a. *Bock*, in: Jeßberger/Epik (Hrsg.), Zwanzig Jahre Völkerstrafgesetzbuch, Anwendungspraxis und Reformbedarf, 2023, S. 43; zum nationalen Völkerstrafrecht in der Schweiz *Heimgartner*, ZfIStw 4/2024, 314; zu Österreich *Gödl*, ZfIStw 12/2022, 680.

[5] ICTR (TC), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-04 (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 507, 731.

[6] ICC (TC IX), Trial Judgement v. 4.2.2021 – ICC-02/04-01/15-1762-Red (Prosecutor v. Ongwen), Rn. 2009.

[7] ICC (TC X), Trial Judgment v. 26.6.2024 – ICC-01/12-01/18-2594-Red (Prosecutor v. Al Hassan), Rn. 1182.

[8] ICC (OTP), Policy on Gender-Based Crimes, Crimes involving sexual, reproductive and other gender-based violence, Dezember 2023, Rn. 5, abrufbar unter https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-gender-en-web.pdf (3.7.2025).

[9] Zur Unterscheidung zwischen sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt ICC (Fn. 8), Rn. 27 ff.

[10] ICC (Fn. 8), Rn. 21 ff., zur Auslegung der Art. 6 ff. IStGH-Statut ab Rn. 49.

[11] ICC (Fn. 8), Rn. 30 mit Fn. 36; vertiefend ICC (OTP), Policy Paper on the Crime of Gender Persecution, Dezember 2022.

Achundsada und dessen „Chief Justice“ Abdul Hakim Haqqani erlassen. Ihnen wird zur Last gelegt, Frauen, Mädchen und Personen, die nicht dem (binären, heteronormativen) Genderkonzept der Taliban entsprechen, in schwerwiegender Weise Grundrechte entzogen zu haben, unter anderem die Rechte auf körperliche Unversehrtheit, Freizügigkeit, Meinungsfreiheit, Bildung, Privatheit und Versammlungsfreiheit.[12]

Vor diesem Hintergrund möchte sich dieser Beitrag allgemein mit dem Verhältnis von Geschlecht und (Völkerstraf-)Recht befassen und einige erste Überlegungen zur Entwicklung eines gendersensiblen völkerstrafrechtlichen Gesamtansatzes anstellen.

## II. Der komplexe und variable Begriff des Geschlechts

Die Tatsache, dass Geschlecht als Analysefaktor in den letzten Jahren nicht nur in den Rechtswissenschaften, sondern generell in wissenschaftlichen Forschungen unterschiedlichster Fachdisziplinen an Bedeutung gewonnen hat, dürfte mit der Wahrnehmung zusammenhängen, dass wir in einer vergeschlechtlichten Welt leben, in der dem Geschlecht in nahezu allen Bereichen menschlichen Lebens eine kategorisierende und ordnende Funktion zukommt.[13] Diese konkret zu bestimmen, zu kontextualisieren und zu diskutieren wird allerdings erheblich durch unscharfe und heterogene Begriffskonzeptionen erschwert.[14] So kann „Geschlecht“ beispielsweise auf unterschiedliche biologische Geschlechtermerkmale Bezug nehmen, aber auch auf bestimmte Verhaltensweisen, die als „männlich“ bzw. „weiblich“ wahrgenommen werden. Sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch im wissenschaftlichen Diskurs können sich verschiedene Bedeutungsdimensionen des Geschlechterbegriffs überlagern oder zu Missverständnissen führen.[15]

Im Folgenden soll Geschlecht vereinfachend als sozial konstruiertes, multirelationales Kriterium der Humandifferenzierung verstanden werden.[16] Ausgehend von bestimmten körperlichen Merkmalen, dem Geschlechtskörper, werden Menschen kategorisiert[17] und mit geschlechtsbezogenen Erwartungshaltungen belegt. Diese Geschlechternormen können sich nicht nur auf Verhaltensweisen, sondern unter anderem auch auf (unterschiedliche) Vorlieben, Wissensbereiche und Kompetenzen von Männern, Frauen und diversen Personen[18] beziehen. Auch gesellschaftliche Vorstellungen über das sexuelle Begehren, also z.B. die sexuelle Orientierung oder sexuelle Vorlieben, sind häufig geschlechtsspezifisch determiniert. Ein (einfaches, plakatives) Beispiel hierfür ist die Grundannahme, dass (biologische) Frauen sich sexuell zu (biologischen) Männern hingezogen fühlen. Biologische Merkmale und geschlechtliche Identitäten werden so auf Grundlage von heteronormativen Normalitätsvorstellungen[19] mit Fragen der sexuellen Orientierung verknüpft. Wie nun aber in einem spezifischen Kontext (einer Gesellschaft, einer Epoche,[20] einer gesetzlichen Regelung, einer religiösen Schrift,[21]

[12] https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-afghanistan (15.2.2025).

[13] Hierzu bereits *Olsen*, in: Kairys (Hrsg.), The Politics of Law. A Progressive Critique, 3. Aufl. 1998, S. 691.

[14] Nach Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut bezieht sich der Begriff „Geschlecht“ für die Zwecke des IStGH-Statuts auf beide Geschlechter, das männliche und das weibliche, im gesellschaftlichen Zusammenhang. Mit dem Verweis auf den „gesellschaftlichen Zusammenhang“ deutet sich an, dass Geschlecht nicht (zumindest nicht stets und nicht in jedem Kontext) biologisch zu bestimmen ist, sondern zumindest auch gesellschaftlich konstruiert ist. Zugleich liegt der Definition allerdings ein enges binäres Geschlechterverständnis zugrunde, zur Kritik z.B. *Schwarz*, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht, Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2019, S. 44 ff. Diese Definition wurde vom OTP in seinem policy paper on gender-based crimes insoweit erweitert, als explizit auch die Perspektiven von LGBTQI+-Personen (nicht abschließende Aufzählung von u.a. lesbischen, schwulen, bisexuellen, transsexuellen, queeren und intersexuellen Menschen) berücksichtigt werden sollen. Erfasst werden so auch andere geschlechtliche Identitäten und nicht-heterosexuelle Orientierungen. In diesem Beitrag wird bewusst nicht mit der (engen) Definition des IStGH-Stauts gearbeitet, da es (zumindest nicht primär) darum gehen soll, wie Recht Geschlecht definiert, sondern darum, die Bedeutung des Geschlechts als soziale, gesellschaftliche Determinante für das Recht zu erfassen.

[15] Vgl. hierzu *Henning*, Wissenschaftsfreiheit und Moral, 2024, S. 224 ff.

[16] Exemplarisch *Wetterer*, in: Becker/Kortendiek (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, Theorien, Methoden, Empirie, 3. Aufl. 2010, S. 126; allgemein zur Humandifferenzierung *Hirschauer*, in: Hirschauer (Hrsg.), Un/doing Differences, Praktiken der Humandifferenzierung, 2017, S. 29; dies entspricht auch dem Ansatz in ICC (Fn. 8), Rn. 16 ff.

[17] Plakativ *Hericks*, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, 2020, S. 1.

[18] Im Folgenden wird auch der Begriff der FINTA-Personen benutzt, der Frauen, inter-, nicht-binäre und trans-Personen sowie Menschen umfasst, die sich keinem Geschlecht zugehörig fühlen (agender). Eine trennscharfe Abgrenzung zu cis-Männern und cis-Frauen (also Personen, die sich mit dem ihnen von außen aufgrund bestimmter biologischer Merkmale zugeschriebenen Geschlecht identifizieren) ist nicht immer möglich. So ist eine Person, die als männlich wahrgenommen wird und sich selbst als Mann definiert, aber über körperliche Geschlechtsmerkmale verfügt, die nicht ausschließlich biologisch männlich sind, sowohl ein cis-Mann als auch (wegen ihrer Intergeschlechtlichkeit) eine FINTA-Person.

[19] Ausführlich *Nüthen*, Geschlecht, Sexualität und Politik: Aspekte queer_feministischer Politikverständnisse, 2024, S. 113 ff.

[20] Exemplarisch zur geschlechtlichen Codierung von Gewaltverbrechen in der Weimarer Republik *Siebenpfeiffer*, „Böse Lust“, Gewaltverbrechen in Diskursen der Weimarer Republik, 2005.

[21] Siehe beispielsweise zu geschlechtsspezifischen Kriegsdarstellungen in der Bibel mittels einer weiblichen Personifi-

einem literarischen Werk etc.) Geschlecht konkret konzeptualisiert und mit Zuschreibungen belegt wird, ist unter anderem von biologischen, historischen, kulturellen, geographischen, sozialen und ökonomischen Faktoren abhängig. Ungeachtet der damit einhergehenden Variabilität des Geschlechterbegriffs[22] besteht die Bedeutung von Geschlechternormen und den hieraus resultierenden (stereotypen) Rollenbildern darin, dass sie das (Alltags-)Handeln aller Beteiligten mitbestimmen und dadurch ggf. aktiv reproduziert werden. Handlungsmacht, Handlungsorientierung und Handlungsbewertungen von gesellschaftlichen Akteuren können so durch das zugeschriebene Geschlecht (mit-)strukturiert werden.[23]

## III. Geschlecht und (Völkerstraf-)Recht

### *1. Diskriminierungsverbot und geschlechtsspezifische Straftatbestände*

Menschenrechtlicher Ausgangspunkt für die Bewertung des Verhältnisses von Recht und Geschlecht ist das Diskriminierungsverbot. Bereits Art. 3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) verpflichtet die Vertragsstaaten, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung von Menschenrechten sicherzustellen; selbst in Situationen des öffentlichen Notstandes sind Diskriminierungen allein wegen des Geschlechts untersagt (Art. 4 IPbpR). Vergleichbare Vorschriften finden sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 14 EMRK) und ihrem 12. Zusatzprotokoll über das Diskriminierungsverbot. Diese Vorschriften lassen sich zunächst als formale[24] Differenzierungsverbote verstehen. Staatliche Maßnahmen, die unmittelbar nach Geschlecht differenzieren, sind grundsätzlich unzulässig, wenn sie nicht aufgrund biologischer Unterschiede zwingend erforderlich sind.[25] Besonderer Rechtfertigung bedürfen vor diesem Hintergrund geschlechtsspezifische Strafnormen,[26] die nur von und/oder nur zu Lasten von Personen eines bestimmten Geschlechts bzw. mit bestimmten biologischen Geschlechtsmerkmalen verwirklicht werden können.

Explizit geschlechtsspezifische Regelungen sind im Völkerstrafrecht selten. Im IStGH-Statut betrifft dies nur den Straftatbestand der erzwungenen Schwangerschaft.[27] Dieser wird definiert als „die rechtswidrige Gefangenhaltung einer zwangsweise geschwängerten *Frau* in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstöße gegen das Völkerrecht zu begehen“ (Art. 7 Abs. 2 lit. f IStGH-Statut). Auch wenn „Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit“ als einer der wenigen Bereiche gelten, in denen geschlechtsspezifische Regelungen aufgrund „naturgegebener Unterschiede“ noch möglich sind,[28] ist der Ansatz des IStGH-Statuts nicht unproblematisch. Dies hängt mit der Ambivalenz des Begriffs „Frau“ zusammen. Versteht man hierunter alle Personen, die physisch-biologisch in der Lage sind, schwanger zu werden und einen Embryo bzw. Fötus auszutragen, sind keine Schutzlücken zu befürchten. Im Lichte des Art. 7 Abs. 3 IStGH-Statut wäre es aber ebenso denkbar, „Frau“ (auch) als soziale Konstruktion anzusehen und bei der Bestimmung tauglicher Opfer gesellschaftliche Geschlechternormen zu berücksichtigen. Taten, die sich gegen inter-, transsexuelle, a-gender und andere Personen richten, die sich nicht selbst als Frauen definieren bzw. von anderen nicht als Frau definiert werden, aber dennoch schwanger werden können, wären dann ggf. nicht tatbestandsmäßig.[29] Um ungeachtet solcher Auslegungsfragen einen umfassenden Schutz der Reproduktionsfreiheit zu gewährleisten, hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der letzten Reform des VStGB im Jahr 2024 entschieden, den Tatbestand der erzwungenen Schwangerschaft genderneutral zu formulieren. Taugliches Tatopfer ist nunmehr jeder geschwängerte Mensch unabhängig von Alter und Geschlecht.[30] Gleiches gilt für den neu aufgenommenen Tatbestand des Schwangerschaftsabbruchs.[31]

kation eroberter und geplünderter Städte *Maier*, in: Fischer/Claassens (Hrsg.), Prophetie, 2019, S. 115 (115–131).

[22] *Walgenbach*, in: Walgenbach/Dietze/Hornscheidt/Palm (Hrsg.), Gender als interdependente Kategorie, Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität, 2. Aufl. 2012, S. 6 (62). Die Variabilität des Geschlechtsbegriffs wird auch in ICC (Fn. 8), Rn. 17 hervorgehoben.

[23] Siehe auch ICC (Fn. 8), Rn. 20.

[24] *Schmidt*, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 74 (77); siehe auch *v. Arnauld*, in: Rudolf (Hrsg.), Frauen und Völkerrecht, Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht, 2006, S. 13 (15).

[25] Siehe aus deutscher Sicht BVerfGE 85, 191; BVerfGE 92, 91 (109).

[26] Vgl. auch *Schmidt* (Fn. 24), S. 77; *Wrase/Klose*, in: Foljanty/Lembke (Fn. 24), S. 89 (90, 93).

[27] *Powderly/Hayes*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 110; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2. Aufl. 2022, S. 103.

[28] Siehe z.B. *Wrase/Klose* (Fn. 26), S. 93.

[29] *Altunjan*, Reproductive Violence and International Criminal Law, 2020, S. 225.

[30] BMJ, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, 17.7.2023, S. 26. Siehe hierzu auch *Altunjan/Steinl*, in: Jeßberger/Epik (Fn. 4), S. 179 (193); *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (353); *Raube*, KriPoZ 2024, 278 (281); kritisch hierzu *Schmidtke*, Stellungnahme zum (Regierungs-)Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts (BT-Drs. 20/9471), 30.1.2024, S. 6 f.

[31] Dieser Tatbestandstand hat kein Pendant im IStGH-Statut. Entsprechende Taten werden auf internationaler Ebene über den Auffangtatbestand der „anderen unmenschlichen Handlungen ähnlicher Art“ (Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut) erfasst, den der deutsche Gesetzgeber aus Bestimmtheitsgründen nicht ins VStGB übernehmen wollte, BMJ (Fn. 30), S. 27; hierzu auch *Epik/Jeßberger*, JZ 2024, 801 (803); *Raube*, KriPoZ 2024, 278 (279, 281); kritisch *Bock*, KriPoZ 2023, 349 (352 f.).

*2. Implizite Verschränkungen von Recht und Geschlecht*

Deutlich relevanter (aber auch komplexer) als die Diskussion der wenigen explizit geschlechtsspezifischen Straftatbestände ist die Erfassung impliziter Verschränkungen zwischen Geschlecht und (Völker-)Strafrecht. Nach den legal gender studies sind Recht, Rechtstheorie und rechtliche Dogmatik nicht objektiv und neutral.[32] Vielmehr wird davon ausgegangen, dass Recht eine gesellschaftliche und damit vergeschlechtlichte Konstruktion ist, die von der Position, den Erfahrungen und Interessen der das Recht schaffenden, gestaltenden und anwendenden Personen abhängig ist.[33] Recht wird dabei nicht als isoliertes normatives Ordnungssystem oder als rein abstrakte Entität betrachtet, sondern in Beziehung gesetzt zu den das Recht prägenden und vom Recht geprägten sozialen Realitäten,[34] zu denen auch das Geschlecht gehört.[35] Mögliche Forschungsfragen, die sich aus diesem Ansatz ergeben sind z.B.:

- Welches Geschlechtsverständnis liegt dem Recht, einer bestimmten Strafvorschrift oder einer Gerichtsentscheidung zugrunde?
- Welche Rolle weist das Recht explizit oder implizit Männern,[36] Frauen[37] und FINTA-Personen zu?
- Inwieweit und in welchen Kontexten knüpft Recht aus welchen Gründen und mit welchen Folgen an stereotypen Geschlechterbilder an?
- Inwieweit beruht Recht auf machtkonstituierenden Vorstellungen von vermeintlich alternativloser Zweigeschlechtlichkeit und Heteronormativität?[38]

Solche geschlechtsspezifischen Perspektiven können helfen, die gesellschaftliche Gestaltungswirkung von Recht (vollständiger) zu erfassen. Schon aufgrund seines Zwangscharakters ist Recht ein wirkmächtiges Steuerungsinstrument, das dazu dienen bzw. dazu beitragen kann, bestehende Machtstrukturen zu sichern und gesellschaftliche Minderheiten oder marginalisierte Gruppen zu unterdrücken.[39] Hierbei können real existierende geschlechtsbezogene Ungleichheiten auf normativer Ebene im Recht reproduziert und verfestigt werden.[40] Zugleich kann das Recht aber auch zur Neugestaltung gesellschaftlicher Strukturen genutzt werden. Sein emanzipatorisches Potential zeigt sich namentlich dann, wenn die Macht herrschender Gruppen durch Recht begrenzt und Rechte für Minderheiten oder marginalisierte bzw. gesellschaftlich schwächere Gruppen geschaffen werden.[41]

*3. Erste Überlegungen zu den Geschlechterstrukturen des Völkerstrafrechts*

Die spezifischen Strukturen und Regelungsgegenstände des Völkerstrafrechts deuten darauf hin, dass es in besonderem Maße bzw. in besonderer Weise geschlechtsspezifisch geprägt sein könnte. Zunächst hat das Völkerstrafrecht seine Wurzeln im staatszentristischen Völkerrecht,[42] dem in den feministischen Rechtswissenschaften eine patriarchale Grundstruktur zugeschrieben wird. Staaten seien traditionell von männlichen politischen Eliten dominiert, die ihre Machtposition erhalten wollen und das internationale System zur Verfolgung ihrer Interessen nutzen. In internationalen Institutionen werden demnach patriarchale Strukturen reproduziert, was sich wiederum in einer männlich geprägten Normativität des internationalen Rechts niederschlage. Frauen werden in einem solchen System tendenziell unsichtbar oder – beispielsweise im völkerstrafrechtlichen Kontext – zum (passiven)

[32] Zusammenfassung der Kritik an der Neutralitätsthese bei *Schmidt* (Fn. 24), S. 77; speziell zum Völkerstrafrecht *Ristova-Aasterud*, in: Kjær/Lam (Hrsg.), Language and Legal Interpretation in International Law, 2022, S. 315 (327).

[33] Siehe nur *Charlesworth/Chinkin/Wright*, American Journal of International Law 85 (1991), 613; *Baer/Elsuni*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 270 (272).

[34] Grundlegend zum „sozialen Leben" von Recht *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1989.

[35] *Binder*, Feministische Studien 2021, 202 (207 ff.). Dies entspricht auch dem Ansatz des BVerfG in der Nachtarbeiterentscheidung: „Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die *gesellschaftliche Wirklichkeit* erstreckt. Der Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. […] Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden", BVerfGE 85, 191 (207) ohne Rechtsprechungsverweise, *Hervorhebungen* durch *Verf.*

[36] Überblick zur Männlichkeitsforschung z.B. bei *Wedgwood/Connell*, in: Becker/Kortendiek (Fn. 16), S. 116.

[37] Zum fortbestehenden Bedarf an Frauenforschung *Baer/Elsuni* (Fn. 33), S. 273.

[38] Speziell mit Blick auf den kolumbianischen Friedensprozess *Oettler*, Zeitschrift für Friedens- und Konfliktforschung 10 (2021), 103 (106).

[39] *Sacksofsky*, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Fn. 17), S. 631 (632).

[40] *Baer/Elsuni* (Fn. 33), S. 272. Siehe hierzu auch *Schmidt* (Fn. 24), S. 78 sowie BVerfGE 85, 191 (207).

[41] *Sacksofsky* (Fn. 39), S. 632. Zur doppelten Rolle von Recht als „sowohl regulierend und eingrenzend als auch befähigend und befreiend" auch *Binder*, Feministische Studien 2021, 202 (204).

[42] Zur dualen Natur des Völkerstrafrechts, das völkerrechtliche Verbotsnormen mit dem strafrechtlichen Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit kombiniert, siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 1; grundlegend *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, S. 34.

Schutzobjekt gemacht.[43] Dies gilt umso mehr für nicht-binäre und trans-Personen sowie Personen, die nicht dem heteronormativen Ideal entsprechen. Diese werden unter Umständen nicht nur auf internationaler Ebene marginalisiert, sondern ggf. zusätzlich durch nationales Recht ausgegrenzt und unterdrückt.[44] Ein an männlichen Interessen orientiertes Völkerrecht dürfte nun dazu neigen, solchen nationalen Bewegungen nicht entgegenzutreten, sondern sie als nicht durch die Internationale Gemeinschaft zu regulierende innere Angelegenheit eines souveränen Staates anzusehen.[45]

Die im Völkerstrafrecht behandelten Taten sind zudem als (typischerweise) staatliches Systemunrecht[46] eng verknüpft mit gesellschaftlichen Macht- und Herrschaftsverhältnissen, die ihrerseits auch auf Ungleichheiten in Geschlechterverhältnissen beruhen können. Beispielsweise stehen die jüngst vom Chefankläger des IStGH beantragten Haftbefehle in der Situation Afghanistan in einem engen Zusammenhang mit der systematischen und systemischen Unterdrückung von Frauen, Mädchen und anderen FINTA-Personen durch die Taliban. Aber auch auf Ebene des Einzelaktes, der individuellen Rechtsgutsverletzung, kann das Geschlecht (mit-)bestimmen, wer, wie, unter welchen Umständen und mit welchen Folgen völkerrechtliche Verbrechen begeht bzw. zum Opfer[47] wird. Ein anschauliches Beispiel für die Rolle von Geschlechternormen bei der Ausübung von Gewalt sind sog. corrective rapes, d.h. die Vergewaltigung queerer Menschen mit dem Ziel, ihre sexuelle Orientierung zu ändern.[48] Dabei werden systematische Massengewalt und insbesondere kriegerische Auseinandersetzungen tendenziell als männlich wahrgenommen und mutmaßlich entsprechend reguliert und aufgearbeitet.[49]

Ungeachtet etwaiger patriarchaler Grundstrukturen wird das Völker(straf)recht aber mittlerweile auch als Mittel zur Etablierung und Stärkung von gender rights genutzt. Neben dem unter IV. näher zu beleuchtendem Ausbau des Völkersexualstrafrechts wird insbesondere zunehmend versucht, Gewalthandlungen gegen sexuelle und geschlechtliche Minderheiten völkerstrafrechtlich sichtbar zu machen.[50] In diesem Sinne wird auch der vom Chefankläger beantragte Haftbefehl gegen Führer der Taliban verstanden, der explizit Taten gegen FINTA-Personen einbezieht.[51] Die Nutzung des Völkerstrafrechts als Emanzipationsinstrument birgt allerdings die inhärente Gefahr, dass sich die herrschende Gruppe als Gegenreaktion verstärkt das Unterdrückungspotential des Rechts zu Nutze macht.[52] Dies kann im Zuge von Anti-gender-backlash-Bewegungen sogar zum Abbau zuvor gewährter Freiheits- und Gleichstellungsrechte führen.[53] Im internationalen Mehrebenen-Justizsystem kann die Ambivalenz des Rechts als „sowohl regulierend und eingrenzend als

[43] Grundlegend *Charlesworth/Chinkin/Wright*, American Journal of International Law 85 (1991), 613 (621 ff.); siehe auch *Chappell*, in: Buckley-Zistel/Stanley (Hrsg.), Gender in Transitional Justice, 2012, S. 27 (43); *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 327; *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (424). Dies deutet sich beispielsweise in der verbreiteten Formulierung an, dass sich unter den Opfern eines terroristischen Anschlags, eines militärischen Angriffs etc. „auch Frauen und Kinder“ befanden. Die Frau wird hier zum Inbegriff des zivilen „Standardopfers“. Die Gleichsetzung mit dem Kind suggeriert nicht nur eine erhöhte Schutzbedürfigkeit, sondern auch eine gewisse Unmündigkeit bzw. besondere Angewiesenheit auf Fremdschutz. Gleichzeitig werden männliches Leid und männliche Opfererfahrungen ausgeblendet.

[44] Siehe exemplarisch die Beiträge in Jjuuko/Gloppen/Msosa/Viljoen (Hrsg.), Queer lawfare in Africa: Legal strategies in contexts of LGBTIQ+ criminalisation and politicisation, 2022.

[45] Hierzu *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 327; aus Perspektive des Humanitären Völkerrechts ähnlich *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (413). Die im Nichteinmischungsgebot angelegte Unterscheidung zwischen der internationalen und der innerstaatlichen Sphäre wirkt nach diesem Ansatz ähnlich wie die aus der feministischen Theorie bekannte Trennung zwischen öffentlicher (männlicher) und privater Sphäre. Traditionell wird/wurde davon ausgegangen, dass letztere einer Regulierung durch das Recht entzogen ist. Dies führt dazu, dass strukturell unterlegene Personen (i.d.R. Frauen) in der privaten Sphäre nicht vor Übergriffen, Unterdrückung und Diskriminierung geschützt werden können, siehe *v. Arnauld* (Fn. 24), S. 29 f.; allgemein *Schmidt* (Fn. 24), S. 80 f.; *Baer/Elsuni* (Fn. 33), S. 275; auch *Künzel*, in: Foljanty/Lembke (Fn. 24), S. 52 (65 ff.).

[46] Zur Einordnung der völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen als Makrodelinquenz, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die einzelnen Taten in einen übergeordneten, kollektiven Gewaltkontext eingebettet sind und i.d.R. unter Beteiligung oder zumindest mit Billigung staatlicher oder staatsähnlicher Akteure begangen werden *Jäger*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. III: Makrodelinquenz, 1998, S. 121.

[47] Siehe auch *Seibert-Fohr*, in: Hankel (Hrsg.), Die Macht und das Recht, 2008, S. 157 (159).

[48] Hierzu *Doan-Minh*, Hastings Women’s Law Journal 30 (2019), 167.

[49] *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 327; siehe auch *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (412).

[50] Vertiefend z.B. *Suhr*, Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court, Protection of Sexual and Gender Minorities Under the Rome Statute, 2022; auch *Aboueldahab*, EJIL:Talk!, v. 4.5.2021, abrufbar unter https://www.ejiltalk.org/gender-based-persecution-as-a-crime-against-humanity-a-milestone-for-lgbti-rights-before-the-colombian-special-jurisdiction-for-peace/ (15.1.2025).

[51] *Akbary/Anwar*, Opinio Juris v. 24.1.2025, abrufbar unter https://opiniojuris.org/2025/01/24/landmark-icc-arrest-warrant-application-seeks-to-hold-the-taliban-accountable-for-homophobic-and-transphobic-persecution/ (15.2.2025).

[52] Exemplarisch *Gloppen/Jjuuko/Viljoen/Msosa*, in: Jjuuko/Gloppen/Msosa/Viljoen (Fn. 44), S. 1 (3).

[53] United Nations’ Working Group on Discrimination against Women and Girls, Gender equality and gender backlash, 2020, S. 7 ff., abrufbar unter https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WG/Gender-equality-and-gender-backlash.pdf (15.2.2025).

auch befähigend und befreiend“[54] durch kulturelle Divergenzen verstärkt werden. Das Völkerstrafrecht erhebt einen universellen Geltungsanspruch und reklamiert damit für sich, der Durchsetzung gemeinsamer, weltweit geteilter (oder zumindest im Sinne eines normativen Postulats weltweit zu teilender) Werte zu dienen. Die hierin zum Ausdruck kommende Idee globaler Einheit steht in einem Spannungsverhältnis zu einem real existierenden kulturellen Pluralismus. Dieser kann sich unter anderem in regional divergierenden geschlechtsbezogenen Konzeptionen und Erwartungshaltungen manifestieren. Wertungswidersprüche zwischen universeller Strafnorm und partikularer Geschlechternorm[55] können die Akzeptanz des Völkerstrafrechts beeinträchtigen. Beispielsweise kann die völkerstrafrechtliche Absicherung von (vermeintlich) westlichen Konzepten wie geschlechtlicher Selbstbestimmung und freier sexueller Orientierung den (ggf. machtpolitisch motivierten) Vorwurf verstärken, dass das Völkerstrafrecht ein postkolonialistisches Instrument zur Unterdrückung nichtwestlicher Staaten und Kulturen ist.[56] Gleiches gilt, wenn völkerstrafrechtliche Regelungen und Institutionen im Sinne eines Top-down-Ansatzes instrumentalisiert werden, um (verrechtlichte) Geschlechternormen auf nationaler oder regionaler Ebene zu ändern.[57] In diesem Sinne hat auch die afghanische Regierung die jüngste Beantragung von Haftbefehlen gegen Führungspersonen der Taliban als politisch motiviert kritisiert. Der Gerichtshof dürfe der Welt nicht ein bestimmtes Verständnis der Menschenrechte aufdrängen und dabei abweichende national-religiöse Werte ignorieren.[58] Die Beschneidung der Rechte von Frauen, Mädchen und anderen FINTA-Personen wird also nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern als legitime Ausprägung der (restriktiv verstandenen) Gebote der Scharia angesehen.

Diese ersten Überlegungen zu Geschlechterstrukturen im Völkerstrafrecht sollen im Folgenden anhand des Völkersexualstrafrechts und des Umgangs mit Täterinnen veranschaulicht und konkretisiert werden.

## IV. Exemplifizierung I: Entwicklungen im Völkersexualstrafrecht

### *1. Der klassische Ansatz des Humanitären Völkerrechts: Schutz der weiblichen Ehre*

Prozesse der Vergeschlechtlichung treten im (Völker)Sexualstrafrecht besonders deutlich zutage. Obwohl seit den Anfängen menschlicher Kulturgeschichte makrokriminelle Konflikte mit sexuellen Gewalttaten erheblichen Ausmaßes verbunden sind,[59] wurden diese lange Zeit als legitime Kriegshandlung[60] oder zumindest als eine Art natürlicher Begleiterscheinung bewaffneter Auseinandersetzungen angesehen.[61] Zugleich galten sie als private Handlungen der Soldaten, als Ausdruck situativ überwältigender Maskulinität und männlicher Sexualität.[62] Hierdurch wurde nicht nur verschleiert, dass sexualisierte Gewalt in makrokriminellen Kontexten häufig systematisch begangen oder sogar gezielt als Mittel der Kriegsführung eingesetzt wird.[63] Vielmehr führte die Zuordnung der Taten zur privaten Sphäre dazu, dass kein öffentlicher oder gar internationaler Reaktionsbedarf gesehen wurde.[64] Erst ab dem 19. Jahrhundert bildeten sich im Humanitären Völkerrecht Vorschriften zur Verhinderung konfliktbezogener sexualisierter Gewalt heraus.[65] Beispielhaft genannt sei Art. 46 der Haager Landkriegsordnung (HLKO) aus dem Jahr 1907. Hiernach sollen in militärisch besetzten Gebieten die Ehre und die Rechte der Familie gewahrt bleiben. Dabei wurde davon ausgegangen, dass sexuelle Angriffe auf eine Frau die Familienehre beeinträchtigen. Man kann dieser Vorschrift damit ein Verbot der Vergewaltigung entnehmen. Geschützt werden hierdurch aber nicht die Individualrechte der Frau, sondern die Ehre der Familie. Im Zentrum stehen also die Folgen der Tat für das Kollektiv, der die Frau angehört.[66] Erst Art. 27 Abs. 2 der Vierten Genfer Konvention (GK IV) aus dem Jahr 1949 über den Schutz der Zivilbevölkerung fokussiert sich auf das individuelle Opfer und bestimmt, dass Frauen vor jedem Angriff auf die Ehre und namentlich vor Vergewaltigung[67] geschützt werden müssen. Aber auch hier wird der Unrechtsgehalt der Taten bagatellisiert, indem die Vergewaltigung als beleidigungsähnliches Ehr- und nicht als Gewaltdelikt eingestuft wird. Zugleich wird implizit an Vorstellungen von sexueller Reinheit und Jungfräulichkeit angeknüpft,[68] denen die Frau zur Wahrung ihrer (und ggf. der Familien-)Ehre genügen muss. Die Einordnung der Vergewaltigung als Ehrdelikt indiziert damit, dass das Opfer durch

[54] *Binder*, Feministische Studien 2021, 202 (204).
[55] Siehe auch *Ambos* (Fn. 27), S. 100.
[56] *Suhr* (Fn. 50), S. 392.
[57] Zur feministischen Strategie des Normtransfers *Dowds*, Feminist Engagement with International Criminal Law, 2019, S. 54 ff.
[58] Siehe Agence France Press, Barron’s v. 24.1.2025, abrufbar unter https://www.barrons.com/news/taliban-govt-rejects-icc-arrest-warrant-as-politically-motivated-4cba1ce7 (15.2.2025).
[59] Überblick bei *Schwarz* (Fn. 14), S. 75 ff.; *Altunjan* (Fn. 29), S. 22 ff.; siehe auch *Bock*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010, S. 133.
[60] *Schwarz* (Fn. 14), S. 91
[61] *Altunjan* (Fn. 29), S. 23; auch *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (413); ausführlich *Buss*, Feminist Legal Studies 17 (2009), 145.
[62] *Altunjan* (Fn. 29) S. 23.
[63] Hierzu *Bock* (Fn. 59) S. 138 m.w.N.; auch *Seibert-Fohr* (Fn. 47), S. 160; *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411; ausführlich *Buss*, Feminist Legal Studies 17 (2009), 145.
[64] *Altunjan* (Fn. 29), S. 23.
[65] Zum Lieber Code von 1863 siehe *Schwarz* (Fn. 14), S. 91 f.; auch ICTY (TC), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1 (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 168.
[66] *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (415); auch *Schwarz* (Fn. 14), S. 93.
[67] Aus dieser Vorschrift lässt sich ein allgemeines Verbot von sexualisierter Gewalt gegen Frauen ableiten, *Schwarz* (Fn. 14), S. 95 f.
[68] *Altunjan* (Fn. 29), S. 39.

die Tat beschmutzt oder entwertet wurde.[69] Durch ein solches rechtliches Narrativ können gesellschaftliche Tendenzen zur Stigmatisierung, Ächtung und Ausgrenzung der Opfer verstärkt werden.[70]

Bemerkenswert ist zudem, dass Art. 46 HKLO und Art. 27 Abs. 2 GK IV nur sexuelle Angriffe gegen Frauen untersagen. Männliche Opfer werden an dieser Stelle ausgeklammert; sie werden insoweit lediglich allgemein über die geschlechtsneutral gefassten Vorschriften über den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und das Verbot von Folter bzw. grausamer und entwürdigender Behandlung geschützt.[71] Gerade im Bereich der sexualisierten Gewalt weist das Humanitäre Völkerrecht damit (zumindest zunächst[72]) Frauen die Opferrolle zu,[73] womit zugleich die Vorstellung einer männlichen Täterschaft[74] verbunden sein dürfe. Auch in der Formulierung des Gesetzestextes klingen Geschlechterstereotypen an. Während geschützte Personen allgemein einen Anspruch auf Achtung ihrer Persönlichkeit haben (Art. 27 Abs. 1 GK IV) und damit als agierende Rechtssubjekte anerkannt werden, sind Frauen besonders zu schützen (Art. 27 Abs. 2 GK IV). Im System der Genfer Konvention sind sie also keine gestaltenden Akteurinnen, sondern passive Schutzobjekte. Verstärkt wird dies dadurch, dass anders als beispielsweise in Art. 31 GK IV (Verbot der Zwangsausübung) nicht das täterbezogene Verbot, sondern die Behandlung der Frau im Zentrum steht. Statt (wie es der üblichen Formulierung der Genfer Konventionen entsprechen würde) „Frauen dürfen nicht vergewaltigt werden" heißt es „Frauen sind vor Vergewaltigung zu schützen".[75] Der Verzicht, eine an Individuen gerichtete Verbotsnorm zu etablieren, wirkt sich auf die strafrechtliche Ebene aus. So sind Vergewaltigungen und andere Formen sexualisierter Gewalt nicht in den Katalog der schweren Verletzungen der Genfer Konventionen aufgenommen worden. Dies bedeutet insbesondere, dass die Vertragsstaaten nicht explizit verpflichtet sind, entsprechende Handlungen als Kriegsverbrechen strafrechtlich zu ahnden.[76] Dass Vergewaltigungen etc. damit als weniger gravierende Rechtsbrüche eingestuft wurden, dürfte zum einen eine Art Fortwirkung der Vorstellung sein, dass sexualisierte Gewalt eine typische Begleiterscheinung bewaffneter Konflikte ist, die (auch wenn sie zu vermeiden ist) nur bedingt Unrecht darstellt. Zum anderen ist dies „systemlogisch", da sexualisierte Handlungen von den Genfer Konvention eben als bloße Ehrverletzungen und nicht als Gewalthandlungen bewertet wurden.[77] Diese Überlegungen deuten darauf hin, dass schon die Auswahl derjenigen Handlungen, die als strafwürdiges Unrecht angesehen werden, auch von geschlechtsbezogenen Vorstellungen bzw. geschlechtsspezifisch geprägten Macht- und Verhandlungspositionen beeinflusst wird.[78] So dürfte die Bedeutung, die ein völkerrechtliches Vertragswerk Handlungen zumisst, die primär die Rechte oder Interessen von Frauen betreffen,[79] unter anderem davon abhängen, ob und inwieweit diskursstarke Frauen oder Frauenrechtsorganisationen an den Aushandlungsprozessen beteiligt sind.[80]

### *2. Neukonzeption sexualisierter Gewalt durch das Völkerstrafrecht*

Ungeachtet ihres restriktiven Grundsatzes bieten auch die Genfer Konventionen zumindest mittelbare Anknüpfungspunkte für eine (völker-)strafrechtliche Ahndung von sexualisierter Gewalt. So hat beispielsweise das ICTY diese in bestimmten Ausprägungen als Folter[81] oder unmenschliche Behandlung[82] eingestuft und sie damit zumindest implizit als schwere Verletzung der GK IV (Art. 147 GK IV) eingeordnet.[83] Ohne einen klaren Normbefehl setzen solche rechtsfortbildenden Interpretationen aber einen entsprechenden Willen, ggf. auch (feministischen) Aktivismus der Beteiligten, insbesondere der Gerichte voraus. Ob solche Bestrebungen vorhanden sind und sich rechtstatsächlich durchsetzen können, wird auch davon abhängen, ob die relevanten Institutionen geschlechterdivers besetzt sind.[84] Im Nürnberger Kriegsverbrecherprozess nach dem Zweiten Weltkrieg wurden beispielsweise die auch zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Möglichkeiten, geschlechtsspezifische Taten zu

[69] *Schwarz* (Fn. 14), S. 93; *Altunjan* (Fn. 29), S. 40; auch *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (421).
[70] *Altunjan* (Fn. 29), S. 40.
[71] *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (415 f.).
[72] Abgemildert, aber nicht gänzlich aufgehoben wird diese Differenzierung im Ersten Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen aus dem Jahr 1977. Dessen Art. 76 Abs. 1 bestimmt zwar, dass Frauen besonders zu schonen sind; „sie werden namentlich vor Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution und jeder anderen unzüchtigen Handlung geschützt". Ergänzend verbietet aber Art. 75 Abs. 2 lit. b ZP I allgemein und für alle Geschlechter „entwürdigende und erniedrigende Behandlung, Nötigung zur Prostitution und unzüchtige Handlungen jeder Art".
[73] Auch *Altunjan* (Fn. 29), S. 25.
[74] Überblick zu sexualisierter Gewalt gegen Männer in bewaffneten Konflikten bei *Bock* (Fn. 59), S. 137 f.
[75] *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (422); auch *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 320.
[76] Zur Kritik *Schwarz* (Fn. 14), S. 98; *Altunjan* (Fn. 29), S. 38 f.
[77] *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 321.
[78] Hierzu im Kontext von Transitional Justice *Buckley-Zistel/Zolkos*, in: Buckley-Zistel/Stanley (Fn. 43), S. 1 (9).
[79] Auch wenn auch Männer in makrokriminellen Kontexten Opfer von sexualisierter Gewalt werden, dürften Frauen weitaus häufiger betroffen sein, siehe *Altunjan* (Fn. 29), S. 24; *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (424).
[80] In Bezug auf die Aushandlung des ICTY-Statuts *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 329.
[81] ICTY (TC), Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Mucić et al.), Rn. 495; ICTY (TC), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1 (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 163, 170.
[82] ICTY (TC), Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Mucić et al.), Rn. 1066.
[83] *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (416).
[84] Siehe z.B. zur Bedeutung der damals einzigen weiblichen Richterin am ICTR, Navi Pillay, für die gerichtliche Berücksichtigung sexualisierter Gewalt *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 330.

ahnden, nicht genutzt. Obwohl im Verfahren immer wieder auf sexualisierte Gewalttaten verwiesen wurde, finden sich hierzu im Urteil keinerlei Ausführungen.[85] Etwas anders war hingegen die Situation im Tokioter Parallelverfahren. Im Urteil wird an verschiedenen Stellen hervorgehoben, dass tausende Menschen durch Angehörige der japanischen Streitkräfte vergewaltigt worden sind. Diese Taten wurden gemeinsam mit Folter, Mord und anderen Grausamkeiten als Kriegsverbrechen anerkannt.[86] Aber auch in Tokio blieb die Auseinandersetzung mit sexualisierter Gewalt selektiv. Ausgeblendet wurde insbesondere die systematische sexuelle Versklavung von Frauen in sog. „comfort stations".[87]

Insgesamt hat sich aber – dies deutete sich bereits in den bisherigen Überlegungen an – das Völkersexualstrafrecht in den letzten Jahrzehnten deutlich über seine humanitär-völkerrechtlichen Wurzeln hinaus entwickelt. Bereits das Kontrollratsgesetz Nr. 10 aus dem Jahr 1945 nahm die Vergewaltigung als Begehungsform der Verbrechen gegen Menschlichkeit auf. Die Statuten von ICTY und ICTR folgten diesem Vorbild. Durch das ICTR-Statut wurden zudem „Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution und unzüchtige Handlungen jeder Art" ausdrücklich zu Kriegsverbrechen erklärt. Anknüpfungspunkt war dabei nicht mehr – wie im Humanitären Völkerrecht – eine etwaige Ehrverletzung, sondern die entwürdigende Behandlung des Opfers. Die Konstruktion des Sexualstrafrechts aus der Idee der Menschenwürde bedingt, dass die Betroffenen als Individuen mit eigenen Rechten wahrgenommen werden;[88] die Tat wird zu einer Rechtsgutsverletzung, die nicht, wie es eine Einordnung als Ehrdelikt nahelegt, den persönlichen Geltungsanspruch des Opfers herabsetzen oder es sonst in irgendeiner Weise „beschädigen" kann. Da die Würde – anders als ggf. Ehrkonzepte – nicht geschlechtsspezifisch ist, sondern jedem Menschen ob seines Menschseins zusteht, ist sie zugleich die Grundlage für eine geschlechtsneutrale Ausgestaltung des Völkersexualstrafrechts unter vollständiger Einbeziehung männlicher Opfer. In diesem Sinne haben ICTY und ICTR in ihrer Rechtsprechung (trotz einiger Defizite) nicht nur den Grundstein für eine weitergehende völker(straf)rechtliche Ächtung sexualisierter Gewalt gelegt, sondern auch Pionierarbeit bei der Entwicklung neutraler Deliktsdefinitionen geleistet.[89] Diese Entwicklung kumulierte im IStGH-Statut, das den Katalog der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen um eine ausdifferenzierte Liste von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die Reproduktionsfreiheit ergänzt.[90]

*3. Risiken fortwirkender Stereotypen*

Die skizzierte Neukonzeption des Völkersexualstrafrechts bedeutet allerdings nicht, dass seine gerichtliche Interpretation und Ausgestaltung nicht unterschwellig von stereotypen Vorstellungen über Sexualität und Geschlecht beeinflusst sein kann. Dies sei an einem Beispiel illustriert, das sexualisierte Gewalt gegen Männer betrifft. Das ICTY hat – wohl zum ersten Mal in der Geschichte der Internationalen Strafjustiz – auch solche Gewalttaten aufgegriffen und im Einklang mit seinem genderneutralen Ansatz unter anderem als Kriegsverbrechen verurteilt. Typischerweise standen die verhandelten Taten im Widerspruch zu heteronormativen Normalitätsvorstellungen und/oder gesellschaftlichen Tabus. So hat es das ICTY als Kriegsverbrechen der unmenschlichen Handlung angesehen, als zwei Brüder gezwungen wurden, wechselseitig aneinander Fellatio zu vollziehen.[91] Deutlich schwerer taten sich demgegenüber die Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC),[92] den Unrechtsgehalt von Taten zu erfassen, die äußerlich sexuelle „Normalität" imitieren. Konkret hatten sich die ECCC mit der völkerstrafrechtlichen Bewertung der sog. „roten Hochzeiten" zu befassen. Diese waren Teil der Strategie der Khmer Rouge, eine neue, streng sozialistische Gesellschaft aufzubauen, in der traditionelle familiäre Bindungen durch Loyalität gegenüber dem Kollektiv ersetzt werden sollten. Eheschließungen wurden streng reglementiert. Unter anderem wurden Paare auf Basis persönlicher Faktoren wie Alter, Status, Klasse, Wohnort und Ethnizität von staatlicher Seite zusammengestellt und einzeln oder in Massenzeremonien verheiratet. Zum Teil lernten die Betroffenen ihre zukünftigen Ehemänner bzw. Ehefrauen erst bei der „Hochzeit" kennen. Während der Zeremonie wurden die Paare regelmäßig auf die Ziele und Ideale der Khmer Rouge eingeschworen; anschließend mussten sie unter staatlicher Aufsicht die Ehe vollziehen.[93] Bei der Prüfung, ob es sich hierbei um Vergewaltigungen handelte, legte die Hauptverfahrenskammer ein enges Begriffsverständnis zugrunde. Vergewaltigung wurde definiert als „the sexual penetration, however slight, of: (a) the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the per-

[85] *Seibert-Fohr* (Fn. 47), S. 162; *Schwarz* (Fn. 14), S. 103 ff.; *Altunjan* (Fn. 29), S. 41 f.; hervorgehoben auch in ICTY (TC), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1 (Prosecutor v. Furundžija), Rn. 168.

[86] IMFTE, in: Pritchard/Zaide (Hrsg.), The Tokyo War Crimes Trial, Vol. 22 (1981), S. 413 (592).

[87] *Seibert-Fohr* (Fn. 47), S. 162; *Schwarz* (Fn. 14), S. 107; vertiefend *Dolgopol*, in: Tanaka/McCormack/Simpson (Hrsg.), Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, 2011, S. 243.

[88] *Fontana*, Archiv des Völkerrechts 59 (2021), 411 (423).

[89] Ausführlich *Schwarz* (Fn. 14), S. 114 ff.; auch *Seibert-Fohr* (Fn. 47), S. 164 ff.; *Askin*, American Journal of International Law 93 (1999), 97; *Ristova-Aasterud* (Fn. 32), S. 321 ff.; vertiefend zum ICTR *Askin*, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 1007.

[90] Für eine genderkritische Analyse der Rechtsprechung des IStGH im Sexualstrafrecht siehe *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021) 878.

[91] ICTY (TC), Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Mucić et al.), Rn. 1066; siehe hierzu auch *Elander*, Australian Feminist Law Journal 42 (2016), 163 (169 ff.).

[92] Überblick über die Verfolgung sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt durch die ECCC bei *Oosterveld/Sellers*, in: Meisenberg/Stegmiller (Hrsg.), The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law, 2016, S. 321.

[93] Ausführlich ECCC (TC), Judgement v. 16.11.2018 – Case 002/02 (Prosecutor v. Nuon and Khieu), Rn. 3525 ff.

petrator; or (b) the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim."[94]

Diese Definition ist zwar auf den ersten Blick geschlechtsneutral formuliert. Allerdings können sich aus der Anknüpfung an den Akt der Penetration geschlechtsspezifische Unterschiede ergeben. So konnte nach Ansicht der ECCC-Hauptverfahrenskammer Opfer der Vergewaltigung nur sein, wer penetriert wird. Der erzwungene Vollzug der Ehe wurde dementsprechend als Vergewaltigung der beteiligten Frauen eingestuft. Die Männer, obwohl auch sie zum Vollzug der Ehe gezwungen worden waren, seien hingegen keine tauglichen Opfer – sie wurden eben nicht penetriert, sondern haben penetriert.[95] Hier verbinden sich mehrere stereotype Geschlechter- und Sexualitätsvorstellungen: Zunächst wird – wie zu den Anfängen des Humanitären Völkerrechts – die Frau als Standardopfer der Vergewaltigung angesehen. Männern wird dieser Status nur zuerkannt, wenn sie während der Tat wie eine Frau behandelt und durch den Akt der Penetration gleichsam entmännlicht werden. Darüber hinaus wird aus einem heterosexuellen Normalitätsdenken heraus argumentiert. Jedenfalls bei männlichen Opfern liegt der Fokus nicht darauf, ob der Akt des körperlichen Eindringens (egal ob aktiv oder passiv) ohne oder gegen den Willen geschieht. Vielmehr kann eine Vergewaltigung nur dann vorliegen, wenn das Tatbild von dem zur Fortpflanzung geeigneten, heterosexuellen vaginalen Geschlechtsakt abweicht. Das ist namentlich bei der analen oder oralen Vergewaltigung durch einen anderen Mann der Fall.

In einem nächsten Schritt prüfte die Hauptverfahrenskammer, ob der Zwang zum Vollzug der Ehe für die Männer zumindest eine unmenschliche Handlung ähnlicher Art darstellt. Auch dies wurde verneint. Zwar sei festzustellen, dass auch die männlichen Betroffenen unter den Zwangsehen gelitten hätten – beispielsweise habe einer den Geschlechtsakt nur vollzogen, weil er fürchtete, ansonsten getötet zu werden; ein anderer habe seine Verlobte nicht heiraten können. Insgesamt konnte die Kammer aber nicht erkennen, dass der Zwang, die Ehe zu vollziehen, den beteiligten Männern ein so schwerwiegendes körperliches oder seelisches Leid zugefügt hatte, wie dies für die Einstufung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erforderlich gewesen wäre.[96] Die Zwangsverheiratungen sind daher nur als Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung der Frauen gewertet worden. Dass auch den Männern das Recht, selbstbestimmt zu entscheiden, wann, mit wem und unter welche Voraussetzungen sie welche sexuellen Handlungen vornehmen, abgesprochen worden war, wurde als völkerstrafrechtlich irrelevant angesehen. Hier scheint ein anderes Narrativ mitzuschwingen, nämlich das des Mannes als sexuelles, triebhaftes Wesen, für den Sex (zumindest Sex mit Frauen) grundsätzlich eine positive Erfahrung ist.

Die hiermit verbundene Negierung männlichen Leids und männlicher Opfererfahrungen[97] wurde im Dezember 2022 von der Supreme Court Chamber beendet. Die Kammer stellte klar, dass der zentrale Unrechtsgehalt der Tat in der erzwungenen Durchführung des Geschlechtsakts lag, die alle Beteiligten gleichermaßen und geschlechtsunabhängig in ihren Rechten verletzt.[98] Zugleich zeigte die Kammer exemplarisch auf, wie das Völkerstrafrecht gendersensibel fortentwickelt werden kann. Von den Zwangsverheiratungen betroffen war auch eine Transgenderfrau mit biologisch männlichen Geschlechtsmerkmalen, die sich selbst als Frau identifizierte. Sie wurde gezwungen, sich die Haare zu schneiden, Männerkleidung anzuziehen und den Geschlechtsakt mit einer Frau zu vollziehen, obwohl sie sich sexuell zu Männern hingezogen fühlte. Die Kammer stellte fest, dass hiermit eine gesondert zu berücksichtigende, gesteigerte Leidverursachung einherging.[99] Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass das transgender-Opfer nicht allein in ihrer sexuellen Selbstbestimmung, sondern auch in ihrer geschlechtlichen Identität und ihrer sexuellen Orientierung verletzt wird.

## V. Exemplifizierung II: Umgang mit Täterinnen

### *1. Völkerrechtliche Verbrechen und Vorstellungen von Weiblichkeit*

Die auch im Humanitären Völkerrecht zum Ausdruck kommende Vorstellungen, dass Frauen primär Schutzobjekte bzw. Opfer sind, kann sich auf die Erfassung und Würdigung von Tatbeiträgen von Frauen auswirken. Weibliche Täterinnen brechen jedenfalls bei schweren systematischen Gewalttaten mit der Vorstellung vom passiven, friedfertigen und zarten Weiblichen.[100] Dies kann auf der einen Seiten ein besonders hartes Vorgehen der Justiz und höhere Strafen begünstigen, wenn der Fokus auf das „Abnormale" der Tat und/oder das „Unmütterliche" oder „Vermännlichte" der Angeklagten gelegt wird.[101] So wurde beispielsweise im Urteil gegen Ilse Koch, der Ehefrau des Lagerkommandanten des KZ Buchenwald, hervorgehoben, dass sie – anders als die anderen Ehefrauen von SS-Angehörigen – den Häftlingen nicht fürsorglich und unterstützend begegnete und sich – wiederum in Kontrast zu ihren Geschlechtsgenossinnen – den im KZ begangenen Misshandlungen und Tötungen von Häftlingen nicht entzogen habe. Insbesondere hätten die KZ-Wächter beim

[94] ECCC (TC), Judgement v. 16.11.2018 – Case 002/02 (Prosecutor v. Nuon and Khieu), Rn. 731.
[95] ECCC (TC), Judgement v. 16.11.2018 – Case 002/02 (Prosecutor v. Nuon and Khieu), Rn. 3697, 3701.
[96] ECCC (TC), Judgement v. 16.11.2018 – Case 002/02 (Prosecutor v. Nuon and Khieu), Rn. 3701.
[97] Vgl. auch *Elander*, Australian Feminist Law Journal 42 (2016), 163 (172) zur Closing Order im Fall 002.
[98] ECCC (AC), Judgement v. 23.12.2022 – Case 002/02 (Prosecutor v. Khieu), Rn. 1246.
[99] ECCC (AC), Judgement v. 23.12.2022 – Case 002/02 (Prosecutor v. Khieu), Rn. 1526 ff.
[100] Ausführlich *Gentry/Sjoberg*, Beyond Mothers, Monsters, Whores, Thinking about Women's Violence in Global Politics, 2015; auch *Galica*, UIC Law Review 53 (2019), 113.
[101] Zur Dämonisierung der IS-Frauen *Çelebi*, Völkerrechtsblog v. 27.7.2023, abrufbar unter https://voelkerrechtsblog.org/de/islamischer-staat-frauen-und-ihre-taterinnenrolle-im-volkerstrafrecht/ (15.2.2025).

Erscheinen von Ilse Koch keinen Anlass gesehen, eine gerade in Ausführung befindliche Exekution einzustellen. Vielmehr hätte sie sich sogar entschieden, das brutale Vorgehen noch intensiver zu gestalten. Bei der rechtlichen Würdigung des Verhaltens von Koch wird damit ihr geschlechterabnormes Verhalten berücksichtigt. Parallel zum Bruch der rechtlichen Verhaltensnorm wird vom Gericht der Bruch einer Geschlechternorm und die fehlende „normale" Weiblichkeit der Angeklagten verhandelt.[102] Auf der anderen Seite kann die Wahrnehmung völkerstrafrechtlicher Gewalt als männlich dazu beitragen, dass Tatbeiträge von Frauen ausgeblendet oder herabgespielt werden[103] oder der Angeklagten eine verminderte Verantwortlichkeit zugeschrieben wird.[104]

Die Vergeschlechtlichung von Tatvorwürfen kann zudem Inszenierungen von Weiblichkeit im Gerichtsverfahren begünstigen. Ein prominentes Beispiel aus der jüngeren Geschichte der internationalen Strafjustiz ist das Verfahren gegen die ehemalige ruandische Familienministerin Pauline Nyiramasuhuko vor dem ICTR. Während des gesamten Prozesses gab sich Nyiramasuhuko betont weiblich und verweist darauf, dass sie als „Frau, Mutter und Großmutter" gar nicht in der Lage gewesen sei, die ihr zur Last gelegten Verbrechen zu begehen.[105] Die Kammer überzeugte dies nicht. Sie identifizierte Nyiramasuhuko als eine der Hauptinitiatoren des Genozids, die unter anderem die systematische Vergewaltigung und Tötung von Tutsi-Frauen zu verantworten hat, und verurteilte sie zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.[106] Anders als im Fall Ilse Koch ist das Urteil sehr neutral formuliert; es finden sich keine Bezugnahmen auf Geschlechternormen oder Frauenbilder. Dies ist vom Standpunkt des objektiv und neutral gedachten Rechts logisch und fast zwingend: Das Geschlecht ist rechtlich irrelevant und darf daher keine Berücksichtigung in den Urteilsgründen finden. Fraglich ist allerdings, ob dies rechtstatsächlich funktioniert, also ob die Richter und Richterinnen wirklich in der Lage sind, Geschlechterkonzepte auszublenden und auszuschließen, dass diese (ggf. unterbewusst und unterschwellig) die Entscheidungsfindung beeinflussen. Hier (und ggf. auch in anderen Kontexten – man denke z.B. an Fälle, in denen sich im Laufe des Hauptverfahrens herausstellt, dass das vom Angeklagten abgelegte Geständnis unverwertbar ist) könnte über die Entwicklung prozessualer Mechanismen nachgedacht werden, mit deren Hilfe mögliche Bias identifiziert, adressiert und reduziert werden.[107]

*2. Täterschaft und Teilnahme im Fall Ilse Koch*

Geschlechternormen auch in Strafverfahren zu reflektieren, ist umso wichtiger, als sie sich möglicherweise auf die Entwicklung, Anwendung und Interpretation von Zurechnungsfiguren und anderen dogmatischen Konstrukten auswirken. Beispielsweise kommt die Historikerin *Raidt* nach einer umfassenden Analyse des Verfahrens gegen Ilse Koch zu dem Schluss, dass die Feststellungen des Gerichts auch eine täterschaftliche Verurteilung getragen hätten. Dass sich die Richter stattdessen für die Anstiftung entschieden haben, führt Raidt darauf zurück, dass hierdurch ein geschlechtsspezifischer Wertungskonflikt gelöst werden konnte: Die Anstiftung führt zu einer harten, täteräquivalenten Bestrafung, die auch wegen der Geschlechtsabnormität der Angeklagten als angemessen empfunden wurde. Zugleich konnte so aber auch zum Ausdruck gebracht werden, dass Koch als Frau nur eine untergeordnete Handlungsverantwortlichkeit traf und sie bei der Tatausführung von Männern abhängig war. Die „Dämonisierung" der „Hexe von Buchenwald" ließe sich so mit der gesellschaftlichen Vorstellung von der unterlegenen Rolle der Frau – auch und gerade im Bereich der unmittelbaren Gewaltausübung – verbinden.[108]

*3. Die deutsche Justiz und die IS-Frauen*

Von (unterschwelligen) Geschlechternormen beeinflusst sein könnte auch die deutsche Rechtsprechung zur strafrechtlichen Verantwortung sog. IS-Frauen.[109] Im Ausgangsfall aus dem Jahr 2018 ermittelte der GBA gegen eine Frau, die mit ihrem Ehemann in ein IS-Gebiet einreiste. Der Ehemann war als Pflegekraft in einem IS kontrollierten Krankenhaus tätig; die Beschuldigte führte den Haushalt und gebar einen Sohn. Der GBA stufte dies als Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung ein (§§ 129a, 129b StGB) und beantragte einen Haftbefehl. Zur Begründung stellt er darauf ab, dass die Beschuldigte bereits durch ihre Anwesenheit im IS-Gebiet und die Teilnahme am Verbandsleben der Vorstellung von einem islamisch geprägten Kalifat „Leben eingehaucht" und die Vereinigung so gefördert habe. Nach dem Rollenverständnis des IS seien die Aufgaben der Frau im Wesentlichen auf häusliche Tätigkeiten wie „Kochen, Waschen und Kindererziehung" beschränkt, die aber ein fester Bestandteil des

[102] Ausführliche geschlechtsbezogene Analyse des Verfahrens gegen Ilse Koch bei *Raidt*, Geschlechter(Un)Ordnungen, NS-Verbrecherinnen vor westdeutschen Gerichten (1945–1952), im Erscheinen.

[103] Siehe mit Blick auf die Beteiligung von Frauen am Völkermord in Ruanda *Drumbl*, Michigan Journal of International Law 34 (2013), 559 (563); mit Blick auf IS-Frauen *Çelebi* (Fn. 101); auch CTED, Analytical Brief: The Prosecution of ISIL-associated women, 2020, S. 3, 4 f.

[104] Zu entsprechenden Narrativen in Verfahren gegen NS-Täterinnen *Raidt* (Fn. 102: Beschreibung der Angeklagten als emotional abhängig, von Männern verführt, psychisch schwach etc.); zu Terrorismusverfahren *Galica*, UIC Law Review 53 (2019), 113 (134 ff.). Zur Ambivalenz des „Frauenfaktors", der sowohl als schuldsteigernd als auch schuldmindernd gesehen werden kann, *Drumbl*, Michigan Journal of International Law 34 (2013), 559 (582); CTED (Fn. 103), S. 5.

[105] Ausführlich *Drumbl*, Michigan Journal of International Law 34 (2013), 559; *Sperling*, Fordham Urban Law Journal 33 (2006), 101. Dies ist kein neues Phänomen. Auch Ilse Koch hat sich in der Hauptverhandlung als fürsorgliche Ehefrau und Mutter inszeniert, hierzu ausführlich *Raidt* (Fn. 102).

[106] ICTR (TC), Judgement v. 24.6.2011 – ICTR-98-42-T (Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al.).

[107] Angedacht auch bei *Galica*, UIC Law Review 53 (2019), 113 (154).

[108] *Raidt* (Fn. 102).

[109] Siehe hierzu auch schon *Bock* (Fn. 4), S. 65 f.

vom IS angestrebten „Staatsgebildes“ seien. Damit würden sie zur Förderung der Zwecke oder Tätigkeiten der Organisation vorgenommen.[110] Der BGH lehnte eine solch weite Auslegung der §§ 129a, 129b StGB ab. Das Leben im IS-Gebiet sei nicht gleichbedeutend mit einer Mitgliedschaft im IS; die Ausübung „häuslicher Pflichten“ keine Wahrnehmung organisationsbezogener Aufgaben.[111] Da die §§ 129a, 129b StGB individuelle Verantwortlichkeit in bedenklicher Weise ausdehnen,[112] sind Bestrebungen um eine restriktive Auslegung der Terrorismustatbestände grundsätzlich zu begrüßen. Aus einer genderkritischen Perspektive lässt sich allerdings fragen, ob die Verneinung einer mitgliedschaftlichen Beteiligung im konkreten Fall nicht eine Form der Marginalisierung von als weiblich gelesenen Handlungen darstellt.[113] Sie spiegelt die auch aus liberalen Gesellschaftskonzepten bekannte Aufteilung der Gesellschaft in eine (männliche) öffentliche Sphäre und eine hiervon abgetrennte privat-häusliche Sphäre wider. Typisch weibliche Tätigkeiten wie Hausarbeit, Kindererziehung und andere Formen der care-Arbeit werden der privaten Sphäre zugeordnet und damit als Privatangelegenheit bzw. als private Pflicht der Frau angesehen. Diese Arbeit wird typischerweise nicht bezahlt, ist gesellschaftlich weniger anerkannt und in öffentlichen Risikoschutzsystemen nicht oder nur einschränkt berücksichtigt.[114] Dabei wird ausgeblendet, dass solche Tätigkeiten für das Funktionieren einer Organisation bzw. eines Gemeinwesens von grundlegender Bedeutung sind. Die öffentliche Sphäre – die im Falle des IS auch die Begehung völkerrechtlicher Verbrechen im Zuge des globalen Jihads umfasst – könnte ohne die Auslagerung dieser unterstützenden Tätigkeiten nicht, jedenfalls nicht in der angestrebten Form funktionieren. Dementsprechend lassen sich die Tätigkeiten der IS-Frauen im Sinne des GBA durchaus als organisationsfördernde Mitgliedschaftsbeiträge ansehen.

Der (zunächst) restriktivere Ansatz des BGH hat im Übrigen nicht zu einer weitgehenden Straffreiheit von IS-Frauen geführt. Bereits wenige Monate nach Ablehnung des Haftbefehls hat der BGH im eben geschilderten Ausgangsfall einen Durchsuchungsbeschluss gegen die Beschuldigte erlassen. Der Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung wurde damit begründet, dass die Beschuldigte die gemeinsame Entscheidung zur Ausreise maßgeblich beeinflusst habe und nicht nur ihrem Ehemann gefolgt sei.[115] 2020 wurde sie dann vom OLG München unter anderem wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und Kriegsverbrechen gegen das Eigentum zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.[116]

Aufbauend auf dieser Ausgangsentscheidung des BGH hat sich eine umfangreiche, nicht immer kohärent wirkende Kasuistik entwickelt. Leitidee ist nach wie vor, dass eine Mitgliedschaft mehr erfordert als die Wahrnehmung häuslicher Pflichten, die sich aus dem Zusammenleben mit dem IS-Ehemann nach islamistischem Ritus ergeben.[117] Klare Kriterien, was konkret dazukommen muss, um eine Strafbarkeit nach den §§ 129a, 129b StGB zu begründen, gibt es allerdings nicht. Im Ergebnis hängt die Strafbarkeit davon ab, ob die Gerichte den (Alltags-)Handlungen der IS-Frauen einen Organisationsbezug zuschreiben (können). Hierzu werden die Handlungen in einem Gesamtkontext betrachtet und zusammenfassend gewürdigt. In sich stimmig erscheint es, dass eine mitgliedschaftliche Beteiligung regelmäßig dann bejaht wird, wenn die Frauen aus der privat-häuslichen in die öffentliche Sphäre hinaustreten. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich die Beschuldigten an „Patrouillendiensten von IS-Frauen“[118] oder der Sittenpolizei[119] beteiligen oder sich an der Waffe ausbilden lassen und/oder Waffen bei sich tragen, um im Sinne des Jihads verteidigungs- und kampffähig zu sein.[120] Gleiches gilt, wenn die Frauen das Leben im Kalifat auf Social Media bewerben[121] oder auf sonstige Weise neue Mitglieder anwerben.[122] Auch in diesen Fällen wird die Frau in der öffentlichen (männlichen) Sphäre sichtbar.

Darüber hinaus soll es für eine mitgliedschaftliche Beteiligung sprechen, wenn die IS-Frauen mit ihren Ehemännern

[110] Begründung des GBA wiedergegeben in BGH NStZ-RR 2018, 206; vgl. auch *Eppert/Roth*, New Journal of European Criminal Law 12 (2021), 552 (555 ff.).
[111] BGH NStZ-RR 2018, 206 (207).
[112] Hierzu *Bock*, ZIS 2017, 410 (414 ff.); *Bock* (Fn. 4), S. 55.
[113] Tendenziell ähnlich *Eppert/Roth*, New Journal of European Criminal Law 12 (2021), 552 (571).
[114] Siehe *Wersig*, in: Foljanty/Lembke (Fn. 24), S. 173 sowie die Nachweise in Fn. 45.
[115] BGH NStZ 2018, 598.
[116] OLG München, Urt. v. 29.4.2020 – 7 St 9/19 (4).
[117] BGH NJW 2019, 2552 (2555 Rn. 27); BGH BeckRS 2020, 19446 Rn. 19; BGH BeckRS 2022, 29378 Rn. 34; BGH openJur 2022, 13219 Rn. 62; auch BGH NStZ-RR 2018, 369 (370); BGH BeckRS 2019, 13577 Rn. 22; BGH BeckRS 2021, 32681 Rn. 22; BGH BeckRS 2022, 25833 Rn. 23; BGH BeckRS 2022, 29933 Rn. 41; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 46266 Rn. 110; OLG Hamburg BeckRS 2022, 5492 Rn. 189; OLG München BeckRS 2020, 28596 Rn. 92.
[118] BGH openJur 2021, 34796 Rn. 49; siehe auch BGH BeckRS 2021, 32681 Rn. 16.
[119] BGH BeckRS 2019, 2489 Rn. 12; auch BGH BeckRS 2019, 9417 Rn. 30.
[120] BGH openJur 2021, 34796 Rn. 49; BGH BeckRS 2021, 5154 Rn. 33; BGH BeckRS 2019, 9417 Rn. 29; BGH BeckRS 2019, 13577 Rn. 22; BGH BeckRS 2019, 28702 Rn. 29; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 53506 Rn. 149; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 38976 Rn. 221; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 22039 Rn. 94; KG openJur 2021, 45636 Rn. 672; auch BGH BeckRS 2021, 3076 Rn. 25.
[121] BGH NStZ-RR 2018, 369 (371); BGH openJur 2021, 34796 Rn. 49; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 38976 Rn. 216; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 22039 Rn. 94; KG openJur 2021, 45636 Rn. 670; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 40036 Rn. 549.
[122] BGH BeckRS 2019, 9417 Rn. 30; auch BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 21.

und ggf. Kindern in vom IS zugeteilten Wohnraum leben[123] oder die Haushaltsführung unter Nutzung jesidischer Sklavinnen erfolgt.[124] In diesen Konstellationen wird das Private dadurch öffentlich (gemacht), in dem es mit den politischen Zielen des IS verknüpft wird. Die Haushaltsführung wird zum Mittel, die Gebietsherrschaft des IS aufrechtzuerhalten bzw. Glaubensfeinde zu unterdrücken und ultimativ zu vernichten.

Zudem wird in einigen Entscheidungen darauf abgestellt, dass die Haushaltstätigkeit durch den IS entlohnt wurde.[125] Dabei ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, inwieweit dies den neutralen Charakter der Handlung verändert. Hier schimmert möglicherweise die Vorstellung durch, dass die gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Haushaltstätigkeiten und care-Arbeit fassbarer wird, wenn sie durch Entlohnung anerkannt[126] und der (gerade im IS-Kontext: männlichen) Erwerbstätigkeit gleichgestellt werden. Monetäre Aspekte werden auch dann betont, wenn die Gerichte darauf verweisen, dass die Beschuldigte sonstige Geldleistungen oder „Sozialleistungen" durch den IS erhalten habe.[127] Da die Frau insoweit lediglich passive Zuwendungsempfängerin ist, scheint dies aber eher eine Frage der Eingliederung in die Organisation als der aktiven Beteiligung zu sein.[128] Dies betrifft auch die in verschiedenen Entscheidungen auftauchende Feststellung, dass die Beschuldigte Anweisungen des mit Befehlsgewalt ausgestatteten IS-Ehemanns und anderer Befehlshabern befolgt habe.[129]

Darüber hinaus werten die Gerichte es als Indiz für eine aktive Mitgliedschaft, wenn die Beschuldigte verschiedene IS-Kämpfer hintereinander heiratet[130] oder einen beliebigen[131] bzw. einen vom IS zugeführten Mann[132] ehelicht. Dem dürfte der Gedanke zugrunde liegen, dass in solchen Fällen individuelle Eigenschaften des Mannes irrelevant sind, die Beschuldigte ihn nur wegen seiner Funktion als Kämpfer geheiratet hat. Die Eheschließung wird deswegen mutmaßlich nicht als private (Liebes-)Entscheidung, sondern als politisch-gesellschaftlicher Akt angesehen. Möglicherweise spielen hier unterschwellig aber auch tradierte Vorstellungen über die weibliche Sexualmoral eine Rolle, die „Beliebigkeiten" bei der Partnerwahl als abweichend oder anormal einstuft. In jedem Fall bleibt die Frage, warum eine objektiv neutrale und für sich genommen strafrechtlich nicht relevante Handlung strafbar werden soll, nur weil sie wiederholt und in Bezug auf verschiedene Personen vorgenommen wird. Ähnlich verhält es sich, wenn die Gerichte darauf verweisen, dass die Haushaltsführung auch der Aufrechterhaltung der Kampfbereitschaft des Mannes dienen sollte[133] oder sich die Beschuldigte bewusst zur Ausreise aus Deutschland entschieden habe, um das „Staatsvolk des IS" zu erweitern.[134] Hier wird die Strafbarkeit für (vermeintlich) neutrale Handlungen maßgeblich über subjektive Elemente und die innere Einstellung der Täterin zur Tat begründet. Dies ist für ein Tatstrafrecht zumindest nicht unbedenklich.[135]

Schlussendlich wird für eine mitgliedschaftliche Beteiligung verschiedentlich auch die Teilnahme an einem Scharia-Kurs ins Feld geführt.[136] Dies erscheint bereits deswegen problematisch, weil Lernen (egal welcher Inhalte) ein zentrales Element der menschlichen Persönlichkeit und Entwicklung ist und daher grundsätzlich nicht mit Strafe belegt wer-

[123] BGH NJW 2019, 2552 (2555 Rn. 27); BGH BeckRS 2019, 9417 Rn. 29; BGH BeckRS 2021, 3076 Rn. 25; BGH BeckRS 2022, 29933 Rn. 39; BGH NStZ-RR 2024, 111 (112); OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 47621 Rn. 170; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 38976 Rn. 218; wohl auch BGH openJur 2021, 34796 Rn. 49.

[124] BGH BeckRS 2019, 9417 Rn. 30; BGH BeckRS 2021, 3076 Rn. 25; BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 21.

[125] BGH NJW 2019, 2552 (2555 Rn. 27); OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 47621 Rn. 171; auch BGH openJur 2021, 34796 Rn. 49; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 53506 Rn. 149; OLG München BeckRS 2020, 28596 Rn. 96.

[126] Vgl. auch *Fahl*, JR 2018, 276 (278).

[127] BGH BeckRS 2021, 5154 Rn. 33; BGH BeckRS 2020, 19446 Rn. 19; BGH BeckRS 2019, 13577 Rn. 21; BGH BeckRS 2019, 28702 Rn. 29; BGH BeckRS 2021, 3078 Rn. 22; BGH BeckRS 2021, 32681 Rn. 16; BGH BeckRS 2022, 29933 Rn. 39; OLG Hamburg BeckRS 2024, 9336 Rn. 50; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 40036 Rn. 549; OLG München BeckRS 2020, 28596 Rn. 96; siehe aber auch *Paul*, GSZ 2 (2019), 39 (40), dem zufolge die Zuweisung von Unterkünften und Geldmitteln für sich genommen nicht für eine aktive Mitgliedschaft ausreicht.

[128] Zur Trennung zwischen Eingliederung in die Organisation und Beteiligungshandlung siehe auch *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2025, § 129 Rn. 82 ff.

[129] BGH NStZ-RR 2018, 369 (371); OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 53506 Rn. 149; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 22039 Rn. 94.

[130] BGH BeckRS 2021, 5154 Rn. 33; BGH BeckRS 2020, 19446 Rn. 19; BGH BeckRS 2022, 25833 Rn. 23; KG openJur 2021, 45636 Rn. 671; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 38976 Rn. 215.

[131] BGH BeckRS 2021, 3076 Rn. 25.

[132] BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 21.

[133] BGH NJW 2019, 2552 (2555 Rn. 27); BGH BeckRS 2021, 3076 Rn. 25; BGH BeckRS 2022, 25833 Rn. 23; BGH BeckRS 2022, 29933 Rn. 41; OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 53506 Rn. 150; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 47621 Rn. 171; OLG München BeckRS 2020, 28596 Rn. 98.

[134] OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 53506 Rn. 149; ähnlich OLG Hamburg BeckRS 2024, 9336 Rn. 50; auch OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 22039 Rn. 94; OLG Düsseldorf BeckRS 2021, 40036 Rn. 549; OLG München BeckRS 2020, 28596 Rn. 93.

[135] Dies passt aber zur Rechtsprechung des BGH zur Behandlung der neutralen Beihilfe, in der maßgeblich darauf abgestellt wird, ob es zu einer Solidarisierung mit der Tat bzw. dem Straftäter gekommen ist, siehe *Fahl*, GSZ 3 (2020), 283.

[136] BGH BeckRS 2020, 19446 Rn. 19; BGH BeckRS 2021, 3078 Rn. 22; BGH BeckRS 2022, 10191 Rn. 21; BGH NStZ-RR 2024, 111 (112).

den sollte.[137] Zudem stellt sich hier die Frage, wodurch (privates) individuelles Lernen einen Organisationsbezug bekommt, will man nicht pauschalisierend und ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls davon ausgehen, dass Scharia-Kurse per se der Vorbereitung terroristischer Gewalttaten dienen.

Im Ergebnis führt der Ansatz des BGH kaum zu einer nennenswerten Beschränkung der Strafbarkeit. Die kriterienoffene Gesamtwürdigung erlaubt es den Gerichten fast immer, der Haushaltsführung einen hinreichenden Organisationsbezug zuzuschreiben und so eine Strafbarkeit nach §§ 129a, 129b StGB zu bejahen. Sie erhöht aber den Begründungsaufwand für die Gerichte und ist ein mögliches Einfallstor für (unbewusste) Berücksichtigungen geschlechtsbezogener Vorstellungen.[138]

**VI. Fazit und Ausblick**

Der vom Ankläger des IStGH anvisierte gendersensible Ansatz ist mit erheblichen Herausforderungen verbunden. Dies liegt zunächst an der Komplexität und Variabilität des „Konzepts Geschlecht", das zudem von regional divergierenden kulturellen Prägungen abhängig ist. Zudem müssen implizite Prozesse der Vergeschlechtlichung des Rechts erst identifiziert und sichtbar gemacht werden, bevor sie reflektiert werden können. Bei den hier diskutierten Fallgruppen – Sexualdelikte und Umgang mit Täterinnen – ist es vergleichsweise naheliegend, dass unterschwellig präsente Geschlechternormen die Rechtsentstehung und -auslegung beeinflussen können. Konsequent weitergedacht verlangt der Ansatz des Anklägers aber danach, die Wechselbeziehungen von Geschlecht und Völkerstrafrecht in allen Bereichen zu untersuchen und Geschlechterperspektiven in die juristische Methodik zu integrieren. Im Rahmen intersektionaler Analysen kann und sollte dabei ergänzend die Beziehung zwischen Recht und mehrdimensionalen Diskriminierungen untersucht werden, die sich aus einem Ineinandergreifen von Geschlecht und anderen Differenzierungsfaktoren (z.B. Ethnie, soziale Schicht, Religion, Bildung) ergeben.[139]

[137] *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 406; *Bock/Stark*, in: Ambos/Duff/Roberts/Weigend (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume I, 2020, S. 54 (70).

[138] Siehe auch die Kritik bei *Çelebi* (Fn. 101) sowie die Analyse bei *Eppert/Roth*, New Journal of European Criminal Law 12 (2021), 552 (564 ff.).

[139] Beispielhaft *Maučec*, International Conference on Learning Representations 21 (2021), 1; grundlegend *Crenshaw*, Stanford Law Review 43 (1991), 1241.

# Zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit
## Die Wiederaufnahme von Mordverfahren in Norwegen

Von Prof. Dr. Anne Schneider, Düsseldorf*

*Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit stellt sich bei der Wiederaufnahme Mordverfahren in besonderer Weise. Der Beitrag erläutert das norwegische Wiederaufnahmerecht. Anhand des sog. Baneheia-Falls wird die aktuelle Diskussion um die Wiederaufnahme von Mordverfahren in Norwegen nachgezeichnet. Es zeigt sich, dass in Norwegen anders als in Deutschland der Gerechtigkeit Vorrang gegenüber der Rechtskraft eingeräumt wird und ein großes Vertrauen in die Wiederaufnahmeinstitutionen besteht, das durch den Baneheia-Fall allerdings teilweise erschüttert wurde.*

### I. Einführung

Als ich 2008 als junge Doktorandin meinen ersten eigenständigen Aufsatz veröffentlichen wollte, der auf meiner Masterarbeit an der University of the West of England in Bristol beruhte, hatte ich Zweifel, ob ich eine Zeitschrift finden würde, die einen sehr langen englischsprachigen rechtsvergleichenden Aufsatz veröffentlichen würde. Mein Doktorvater, *Ulrich Stein*, verwies mich auf die ZIS und meinte, dass die Zeitschrift thematisch passen würde, die Länge und Sprache dort kein Problem sein dürften und sie wegen ihrer Verfügbarkeit im open access von vielen wahrgenommen würde. Damit hat er die Vorzüge von Open-access-Zeitschriften im Strafrecht auf den Punkt gebracht und auch Recht behalten, denn der Beitrag wurde bald darauf in der ZIS veröffentlicht[1] und ist – soweit ersichtlich – der einzige meiner Aufsätze, der jemals im SPIEGEL zitiert wurde.[2] In jenem Beitrag ging es um „corporate liability for manslaughter", also die Strafbarkeit von Unternehmen für Tötungsdelikte, die ich damals im englischen und deutschen Recht verglichen habe. Es scheint mir daher sehr passend, mich in der Jubiläumsausgabe erneut aus rechtsvergleichender Perspektive mit Tötungsdelikten zu befassen, wenn auch diesmal aus prozessualer Perspektive, indem ich die Wiederaufnahme von Mordverfahren in Deutschland und Norwegen näher betrachte.[3]

Wiederaufnahmeverfahren stehen immer im Spannungsfeld zwischen Rechtsfrieden, der durch Rechtskraft erreicht wird, und materieller Gerechtigkeit: auf der einen Seite soll sichergestellt werden, dass der tatsächlich Schuldige gefunden wurde, auf der anderen Seite soll ein Verfahren auch irgendwann einen Abschluss finden. Bei Mordverfahren ist die Spannung größer als in anderen Fällen, weil es sich um die schwerste denkbare Straftat mit dem höchsten Strafmaß handelt und ein Fehlurteil dabei in besonderem Maß der materiellen Gerechtigkeit widerspricht. Daher eignen sich Mordverfahren besonders gut als Seismograph für die Wertungen, die den Parametern Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit, d.h. Wahrheit, in den jeweiligen Rechtsordnungen beigemessen werden.[4] Zu bedenken ist dabei, dass „Mord" im deutschen Recht nur vorsätzliche Tötungen umfasst, bei denen zusätzliche erschwerende Merkmale vorliegen (siehe § 211 StGB), während der norwegische Tötungstatbestand „Drap" (§ 275 straffeloven[5]) alle Tötungen erfasst, ohne dass erschwerende Umstände hinzutreten müssen.[6]

In Deutschland ist die Frage nach dem Verhältnis von Rechtskraft und Gerechtigkeit durch die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO und die dazu ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Diskussion gerückt.[7] Das norwegische Strafprozessrecht weist insgesamt eine große Ähnlichkeit zum deutschen Strafprozessrecht auf und enthält viele ähnliche Regelungen. So werden beispielsweise Beschlagnahmeverbote in § 204 straffeprosessloven[8] genau wie in § 97 StPO in Anlehnung an die Zeugnisverweigerungsrechte formuliert, also zeugnisverweigerungsrechtsakzessorisch, obwohl dies im internationalen Vergleich nicht die Regel ist und dieses Vorgehen auch Nachteile mit sich bringt.[9] Im folgenden Beitrag soll deshalb vorgestellt werden, wie das norwegische Strafprozessrecht den Konflikt zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit in Mordverfahren löst. Hierfür erfolgt zunächst ein Überblick über das norwegische Wiederaufnahmerecht. Sodann wird ein in Norwegen sehr prominenter aktueller Fall, der sog. Baneheia-Fall, geschildert, in dem die Verfahren gegen beide ursprünglich Angeklagten wiederaufgenommen wurden. Anhand dieses Falls werden einige Punkte der aktuellen Diskussion zur

* Prof. *Dr. Anne Schneider*, LL.M. (U.W.E.), ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität.

[1] *Schneider*, ZIS 2009, 22.

[2] *Münchau*, Spiegel v. 30.3.2015, abrufbar unter https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/germanwings-absturz-strafrecht-fuer-unternehmen-benoetigt-a-1026244.html (17.2.2024).

[3] Die Erkenntnisse zum norwegischen Recht habe ich während eines Forschungsaufenthalts an der Universität in Oslo gewonnen.

[4] Siehe dazu auch die vergleichende Untersuchung von Robins (Hrsg.), Murder, Wrongful Conviction and the Law, 2023.

[5] Lov om straff (straffeloven), LOV-2005-05-20-28 (im Folgenden: strl.). § 275 strl. Lautet „Den som dreper en annen, straffes med fengsel fra 8 inntil 21 år." (zu Deutsch: „Wer einen anderen tötet, wird mit Freiheitsstrafe zwischen acht und 21 Jahren bestraft.").

[6] Der allgemeine Teil des norwegischen Strafgesetzbuchs stellt Vorsatz (Forsett, § 22) und Fahrlässigkeit (Uaktsomhet, § 23) grundsätzlich bei allen Delikten unter Strafe.

[7] BVerfGE 166, 359.

[8] Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Gesetz über das Verfahren in Strafsachen), LOV-1981-05-22-25 (im Folgenden: strpl.), abrufbar unter https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-05-22-25 (17.2.2025).

[9] Zu den Nachteilen dieser Regelungstechnik ausführlich *Schneider*, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 516 ff.

Wiederaufnahme in Strafsachen dargestellt. In einem zweiten Schritt werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum deutschen Recht näher beleuchtet.

## II. Überblick über das norwegische Wiederaufnahmerecht

Die Wiederaufnahme (Gjenåpning) von Strafverfahren ist in §§ 389 ff. strpl. geregelt, im Abschnitt über die Rechtsmittel. Ein Verfahren, das mit rechtskräftigem Urteil abgeschlossen wurde, kann auf Antrag einer der Parteien wiederaufgenommen werden, sofern die Voraussetzungen der §§ 390–393 strpl. vorliegen, also ein Wiederaufnahmegrund gegeben ist. Das norwegische Recht kennt dabei sowohl die Wiederaufnahme zugunsten als auch zuungunsten des ursprünglich Angeklagten.

### *1. Zuständigkeit*

Über die Wiederaufnahme entscheidet seit 2004 die Kommisjon for Gjenopptakelse av Straffesaker (Kommission für die Wiederaufnahme von Strafverfahren, im Folgenden: Wiederaufnahmekommission). „Gjenopptakelse" und „gjenåpning" bedeuten dasselbe: Die Bezeichnung „gjenopptakelse" war 2005 geändert worden, weil man fand, dass „gjenåpning" treffendere Assoziationen weckte.[10] Die Kommission war nach dem Vorbild einiger Common-law-Länder eingerichtet worden, um die Prüfung der Wiederaufnahmevoraussetzungen unabhängig von den Gerichten auszugestalten.[11] Hintergrund war unter anderem der Liland-Fall, ein Mordverfahren, bei dem der Verurteilte erst nach langer Zeit nach Wiederaufnahme des Verfahrens freigesprochen wurde.[12] Durch die Einrichtung einer unabhängigen Kommission sollte das Vertrauen in die Wiederaufnahme gestärkt und die Kompetenz bei der Bewertung von Wiederaufnahmen gebündelt werden.[13]

Die Kommission ist von den Gerichten unabhängig und wird als Behörde angesehen, nicht als Gericht. Sie ist mit acht Personen besetzt: der Vorsitzenden, der Vize-Vorsitzenden, drei ständigen Mitgliedern und drei stellvertretenden Mitglieder, die im Fall von Befangenheit für die regulären Mitglieder nachrücken (§ 395 strpl.). Die Entscheidung über die Wiederaufnahme wird zu fünft getroffen, es genügt eine einfache Mehrheit. Die Vorsitzende und Vize-Vorsitzende, eines der ständigen Mitglieder sowie zwei stellvertretende Mitglieder müssen ein juristisches Staatsexamen oder einen rechtswissenschaftlichen Masterabschluss haben, die anderen drei nicht.[14] In dem Abschlussbericht der Expertengruppe zur Evaluation der Kommission wurde angeregt, sicherzustellen, dass unter den juristischen Mitgliedern Strafverteidiger waren und die nicht-juristischen Mitglieder eine höhere Ausbildung, gerne mit Forschungserfahrung haben.[15] Das wird faktisch so gehandhabt, ist aber gesetzlich nicht vorgesehen.[16]

Die Kommission wird von einem Sekretariat unterstützt, dem zurzeit zehn Juristen und drei Polizisten sowie zwei Bürokräfte angehören. Das Sekretariat bereitet die Sachen auf und führt die Ermittlungen durch.[17] Nach dem Straffeprosessloven kann die Kommission selbst Ermittlungen durchführen, indem sie beispielsweise den Antragssteller anhört, Zeugen vernimmt, Sachverständigengutachten anfordert oder forensische Arbeiten durchführen lässt.[18] Auch hat die Kommission Zugriff auf die Akte.

### *2. Verfahren*

Die Wiederaufnahme kann beliebig oft beantragt werden, auch dann, wenn das Verfahren sehr lange zurück liegt.[19] Eine Verjährung der Wiederaufnahmemöglichkeit gibt es nicht. Typischerweise stützt sich ein neuer Antrag allerdings auf „neue Beweise", zumindest in der Form, dass bestehende Beweise von einem neuen Experten anders gewürdigt werden und insoweit eine neue Meinung vorliegt.[20] Der Antrag muss die angegriffene Entscheidung enthalten, den Wiederaufnahmegrund und Beweise für die Bedeutung für die Sache (§ 394 Abs. 1 strpl.). Antragsberechtigt sind die „Parteien", d.h. die Staatsanwaltschaft und der Verurteilte sowie – im Fall des Todes des Verurteilten – dessen Angehörige.[21] Die Kommission ist verpflichtet, den Antragsteller zu unterstützen (§ 397 Abs. 1 strpl.), und weist etwa auf Unvollständigkeiten des Antrags hin.[22] Sie kann für den Betroffenen einen Verteidiger bestellen (§ 397 Abs. 3 strpl.).

Wenn ein Antrag unzulässig ist oder offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, wird der Antrag gem. § 397 Abs. 3 strpl. verworfen. Hierfür ist neben der Kommission auch die Vorsitzende oder die Vize-Vorsitzende allein zuständig (§ 397 Abs. 3 S. 3 strpl.). In solchen Fällen stützt sich die Entscheidung nur auf die Akte und die Anhörung des Antragstellers. In der Praxis sind diese Fälle sehr häufig.[23] Wird die Kommission ohne Ermittlungen mit der Sache befasst, kann sie den Antrag ebenfalls verwerfen, ihn ablehnen oder ihm stattgeben. Haben dagegen Ermittlungen stattgefunden, muss die Kommission über den Antrag entscheiden und ihn dann ent-

[10] *Keiserud u.a.*, Straffeprosessloven, Loseblattkommentar, Stand: 1.1.2024), vor Kap. 27 Rn. 2.
[11] *Stridbeck/Brennan*, in: Robins (Fn. 4), S. 65 (70 f.).
[12] *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 65 (70 f. und 82 f.).
[13] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), vor Kap. 27 Rn. 3.
[14] Zurzeit (Februar 2025) sind die weiteren Mitglieder ein Wirtschaftsprüfer, ein Oberarzt und ein Psychologieprofessor, siehe https://www.gjenopptakelse.no/om-kommisjonen/gjenopptakelseskommisjonens-medlemmer-og-sekretariat (17.2.2025).
[15] Arbeidsgruppe for etterkontroll av Gjenopptakelseskommisjonen (Arbeitsgruppe für die Evaluation der Wiederaufnahmekommission), Etterkontroll av kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker (Evaluation der Kommission für die Wiederaufnahme von Strafverfahren), S. 121, abrufbar unter https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/etterkontroll_gjenopptakelse.pdf (17.2.2025). Siehe auch *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 84 f.
[16] *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 84 f.
[17] *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 72.
[18] *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 72.
[19] *Stridbeck*, Lov og Rett 2020, 508 (509).
[20] *Stridbeck*, Lov og Rett 2020, 508 (517).
[21] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 389 Rn. 2.
[22] *Stridbeck*, Lov og Rett 2020, 508 (517).
[23] *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 73.

weder ablehnen oder ihm stattgeben; eine Verwerfung ist dann nicht mehr zulässig.[24] Allgemein muss die Kommission die Sache so gut wie möglich aufklären (§ 398 Abs. 1 strpl.).

Im Jahr 2023 wurden gegen 261 Urteile Anträge auf Wiederaufnahme eingereicht, überwiegend (ca. 93 %) von Männern, obwohl in Norwegen etwa ein Sechstel der beschuldigten Personen Frauen sind.[25] Von den abgeschlossenen Verfahren, die inhaltlich geprüft wurden, wurden 61 wiederaufgenommen, das entspricht 39 %. Fast die Hälfte der Fälle (ca. 44 %) betrafen Konstellationen, in denen die Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten aufgrund einer psychischen Erkrankung zum Tatzeitpunkt geltend gemacht wurde. In vielen Fällen ging es zudem um rechtswidrige Leibesvisitationen während eines Gewahrsams.

*3. Wiederaufnahmegründe*

Die Wiederaufnahmegründe sind in §§ 390–393 strpl. geregelt. Das Gesetz unterscheidet zwischen neutralen Wiederaufnahmegründen, solchen zugunsten und solchen zuungunsten des Angeklagten.

*a) Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten*

§§ 391, 392 strpl. betreffen die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten. Die Vorschriften lauten wie folgt:[26]

> § 391.[27]
> Eine Wiederaufnahme des Verfahrens kann zugunsten des Angeklagten beantragt werden:
> 1. wenn ein Richter, ein Mitglied des Gerichts, ein Protokollführer, ein Polizei- oder Staatsanwaltsbeamter, ein Staatsanwalt, ein Verteidiger, ein Sachverständiger oder ein Gerichtsdolmetscher sich im Zusammenhang mit dem Verfahren einer Straftat schuldig gemacht hat oder ein Zeuge in dem Verfahren falsch ausgesagt hat oder ein in dem Verfahren verwendetes Dokument falsch oder gefälscht ist und nicht ausgeschlossen werden kann, dass dies das Urteil zum Nachteil des Angeklagten beeinflusst hat,
> 2. wenn ein internationales Gericht oder der UN-Menschenrechtsausschuss in einem Verfahren gegen Norwegen festgestellt hat, dass
> a. die Entscheidung gegen eine völkerrechtliche Regel verstößt, an die Norwegen gebunden ist, und davon ausgegangen werden muss, dass eine neue Verhandlung zu einer anderen Entscheidung führen wird, oder
> b. das Verfahren, auf dem die Entscheidung beruht, gegen eine für Norwegen verbindliche Regel des Völkerrechts verstößt, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Verfahrensfehler den Inhalt der Entscheidung beeinflusst haben könnte, und eine Wiederaufnahme des Verfahrens erforderlich ist, um den durch den Fehler verursachten Schaden zu beheben.
> 3. wenn ein neuer Umstand aufgedeckt oder neue Beweise vorgelegt werden, die geeignet erscheinen, zu einem Freispruch oder einer Einstellung des Verfahrens oder zur Anwendung einer milderen Strafvorschrift oder einer wesentlich milderen Strafe zu führen. In Fällen, in denen keine Freiheitsstrafe, keine Überführung in eine zwangsweise psychiatrische Behandlung nach § 62 Straffeloven (*Strafgesetz*), keine Zwangsbehandlung nach § 63 Straffeloven oder kein Rechtsverlust verhängt wurde, können keine neuen Informationen oder Beweise geltend gemacht werden, die der Betroffene zu einem früheren Zeitpunkt hätte geltend machen müssen.
>
> § 392.[28]
> Auch wenn die Voraussetzungen der §§ 390 oder 391 nicht vorliegen, kann das Verfahren zugunsten des Angeklagten wiedereröffnet werden, wenn der Høyesterett (Oberste Gerichtshof) von einer Rechtsauffassung abgewichen ist, die er früher angewandt hat und auf die sich das Urteil stützt.

[24] Siehe https://www.gjenopptakelse.no/saksgang/gangen-i-en-gjenapningssak-med-utredning (17.2.2025).

[25] Die Zahlen in diesem Abschnitt stammen aus dem Jahresbericht 2023 der Wiederaufnahmekommission, abrufbar unter https://www.gjenopptakelse.no/fileadmin/user_upload/Aarsrapport_2023.pdf (17.2.2025) sowie der norwegischen Kriminalstatistik für 2024, abrufbar unter https://www.ssb.no/statbank/table/09413/tableViewLayout1/ (22.07.2025).

[26] Soweit nicht anders gekennzeichnet, stammen alle Übersetzungen vom Norwegischen ins Deutsche von der *Verfasserin* (zum Teil mit Unterstützung von DeepL.com).

[27] Im Original lautet die Vorschrift:
„§ 391.
Til gunst for siktede kan gjenåpning kreves:
1. når dommer, lagrettemedlem, protokollfører, tjenestemann i politi eller påtalemyndighet, aktor, forsvarer, sakkyndig eller rettstolk har gjort seg skyldig i straffbart forhold med hensyn til saken, eller et vitne har gitt uriktig forklaring i saken, eller et dokument som er brukt under saken er falsk eller forfalsket, og det ikke kan utelukkes at dette har innvirket på dommen til skade for siktede,
2. når en internasjonal domstol eller FNs menneskerettskomité i sak mot Norge har funnet at
a. avgjørelsen er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, og ny behandling må antas å burde føre til en annen avgjørelse, eller
b. saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, hvis det er grunn til å anta at saksbehandlingsfeilen kan ha innvirket på avgjørelsens innhold, og gjenåpning er nødvendig for å bøte på den skade som feilen har medført.
3. når det opplyses en ny omstendighet eller skaffes frem et nytt bevis som synes egnet til å føre til frifinnelse eller avvisning eller til anvendelse av en mildere strafferegel eller en vesentlig mildere rettsfølge. I sak hvor det ikke er idømt frihetsstraff, overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 62, tvungen omsorg etter straffeloven § 63 eller rettighetstap, kan det ikke påberopes nye opplysninger eller bevis som vedkommende burde gjort gjeldende på et tidligere tidspunkt.“

[28] Im Original lautet die Vorschrift:

> Gleiches gilt, wenn besondere Umstände Zweifel an der Richtigkeit des Urteils aufkommen lassen und gewichtige Erwägungen dafürsprechen, dass die Schuldfrage des Angeklagten erneut geprüft werden sollte.

Die in § 391 strpl. enthaltenen Wiederaufnahmegründe lassen sich bereits weitgehend auf die Vorgängerregelung in § 414 straffeprosessloven 1887 zurückführen und finden sich in ähnlicher Form in vielen Strafprozessordnungen.

§ 391 Nr. 1 strpl. betrifft Fälle, in denen es zu besonders schweren Verfahrensfehlern gekommen ist. Das Gesetz unterscheidet hier zwischen drei Varianten: Erstens geht es um Straftaten, die an dem Verfahren beteiligte Personen in Bezug auf das Verfahren begangen haben. Der Kreis der Verfahrensbeteiligten ist weit und umfasst praktisch alle Personen, die in öffentlicher Funktion an dem Verfahren beteiligt sind. Auch die Art der Straftaten ist nicht beschränkt, sofern ein Verfahrensbezug besteht. In Betracht kommt daher etwa Korruption oder die Fälschung von Beweisen.[29] Die Straftat muss allerdings tatsächlich begangen worden sein, Anhaltspunkte für so eine Straftat genügen also nicht.[30] Eine Verurteilung wegen der Straftat ist nicht erforderlich. Ob ein solches Urteil Bindungswirkung hat, ist umstritten.[31]

Zweitens werden Fälle erfasst, in denen Zeugen Falschaussagen getätigt haben. Dabei muss es sich um vorsätzliche Falschaussagen handeln, d.h. es genügt nicht, dass die Aussage unrichtig ist, wenn der Zeuge sie mit bestem Wissen und Gewissen tätigt. Umstritten ist außerdem, ob auch falsche Aussagen von Mitangeklagten von Nr. 1 Var. 2 erfasst sind. Nach der Rechtsprechung waren Mitangeklagte von der Vorgängervorschrift nicht erfasst und sollten daher von § 391 Nr. 1 Var. 3 strpl. ebenfalls nicht mitumfasst werden.[32] Gegebenenfalls kann allerdings § 391 Nr. 3 strpl. in solchen Fällen Anwendung finden.[33]

Drittens erfasst § 391 Nr. 1 strpl. den Fall, dass Urkunden, die in dem Verfahren verwendet wurden, ge- oder verfälscht worden sind. Es muss eine Urkundenfälschung im Sinne des norwegischen StGB vorliegen, d.h. es geht nicht darum, ob der Inhalt richtig ist oder nicht.[34] Auch muss die Urkundenfälschung nicht strafbar sein.[35] Nach dem Wortlaut spielt die Art der Verwendung keine Rolle, es geht also nicht nur um Urkundenbeweise.

Als weitere Voraussetzung sieht § 391 Nr. 1 strpl. in allen drei Varianten vor, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der Fehler zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat. Wegen der großen Bedeutung der Wiederaufnahme für den Angeklagten wird bewusst kein Kausalzusammenhang gefordert, sondern es genügt, dass ein solcher Einfluss nicht ausgeschlossen werden kann.

§ 391 Nr. 2 strpl. erlaubt die Wiederaufnahme in Fällen, in denen Norwegen ansonsten gegen völkerrechtliche Pflichten verstoßen würde. Lit. a betrifft Fälle, in denen ein internationales Gericht oder der UN-Menschenrechtsausschuss in einem Verfahren gegen Norwegen festgestellt hat, dass eine Entscheidung eines norwegischen Gerichts gegen für Norwegen verbindliches Völkerrecht verstößt, lit. b Fälle, in denen das Verfahren nicht den völkerrechtlichen Anforderungen entspricht. Erfasst sind insbesondere Entscheidungen des EGMR, die gem. Art. 46 EMRK ins nationale Recht umgesetzt werden können müssen, was wegen der Struktur der Individualbeschwerde regelmäßig eine Wiederaufnahme erfordert.[36] Für Urteile des EFTA-Gerichtshofs gilt § 391 Nr. 2 strpl. hingegen nicht, weil diese Urteile nur beratende Funktion haben und für Norwegen nicht bindend sind.[37] Als Beispiel kann das NAV-Verfahren[38] dienen: Mehrere Personen waren wegen Sozialversicherungsbetrugs verurteilt worden, weil sie Sozialleistungen wie Arbeitslosen- oder Krankengeld aus Norwegen bezogen hatten, obwohl sie sich zeitweise im EWR-Ausland aufhielten. Nach dem damals geltenden norwegischen Recht war der Leistungsbezug an den Aufenthalt in Norwegen gekoppelt. Nachdem der EFTA-Gerichtshof diese Praxis für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsrecht erklärt hatte,[39] wurden die Verfahren wiederaufgenommen und die Betroffenen freigesprochen, allerdings nicht auf Basis von § 391 Nr. 2 strpl., sondern von § 392 Abs. 2 strpl.[40]

§ 391 Nr. 3 strpl. enthält den in der Praxis häufigsten Wiederaufnahmegrund.[41] Er setzt zum einen voraus, dass ein Umstand aufgedeckt oder ein neuer Beweis vorgebracht wird, zum anderen muss dieser geeignet sein, zu einem Freispruch, einer Einstellung, der Anwendung einer milderen Strafvorschrift oder der Verhängung einer wesentlich milderen Strafe zu führen. Satz 2 schränkt diese Konstellationen insoweit ein, als in bestimmten minder schweren Fällen keine neuen Informationen oder Beweise vorgebracht werden können, bei denen schon früher die Möglichkeit bestand, diese vorzulegen. Dies gilt allerdings nur für den Betroffenen, die Staatsanwaltschaft kann hingegen jederzeit auch auf Basis solcher

„§ 392.
Selv om vilkårene i §§ 390 eller 391 ikke er til stede, kan gjenåpning til gunst for siktede besluttes når Høyesterett har fraveket en lovtolking som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på.
Det samme gjelder når særlige forhold gjør det tvilsomt om dommen er riktig, og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om siktedes skyld blir prøvd på ny."

[29] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 3.
[30] *Hov*, Rettergang, Bd. 2, 2010, S. 1422.
[31] *Hov* (Fn. 30), S. 1422.
[32] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 3.
[33] *Keiserud u.a.*(Fn. 10), § 391 Rn. 3.
[34] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 3.
[35] *Hov* (Fn. 30), S. 1423.
[36] Eine Individualbeschwerde ist erst nach Ausschöpfung des Rechtswegs zulässig, siehe Art. 35 Abs. 1 EMRK.
[37] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 4.
[38] Siehe eine Zusammenfassung auf Englisch, abrufbar unter https://rett24.no/articles/den-norske-nav-saken-og-et-velkomment-trekk-fra-esa (17.2.2025).
[39] EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 5.5.2021 – E-8/20.
[40] Siehe dazu *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 4.
[41] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 4; *Lie*, Lov og Rett 59 (2020), 293; *Hov* (Fn. 30), S. 1418.

Beweise die Wiederaufnahme zugunsten des Betroffenen beantragen.[42]

Aus der Regelung in Satz 2 lässt sich zudem folgern, dass in schwereren Fällen auch solche Beweise neu sein können, die zum Entscheidungszeitpunkt bereits vorlagen. Neue Beweise und Umstände sind daher solche, die dem erkennenden Gericht zum Entscheidungszeitpunkt nicht zur Verfügung standen.[43] Dies gilt auch dann, wenn die Umstände den Parteien oder einer davon bekannt waren, da es auf die Verwendung im Verfahren ankommt.[44] Beispiele für neue Beweise sind Zeugen, die vor Gericht nicht gehört wurden. Geänderte Aussagen des Beschuldigten oder von Zeugen wurden früher nicht als neue Beweise angesehen, können aber mittlerweile neue Beweismittel darstellen, wobei bei Falschaussagen von Zeugen Nr. 1 vorrangig ist.[45] Neue Umstände sind dagegen Rechtstatsachen wie z.B. das Bestehen einer Notwehrlage.[46] Ein neuer Umstand kann auch ein Urteil gegen einen anderen Tatbeteiligten sein, in dem die Beweise anders gewürdigt werden. Ein neuer Umstand liegt ebenfalls vor, wenn ein Urteil eines anderen Gerichtszweigs, auf dem das Strafurteil gründet, wegfällt oder wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil zu der Tat vorliegt.[47] Auch Sachverständigengutachten können neue Beweise sein. So erfolgen die meisten Wiederaufnahmen nach § 391 Nr. 3 strpl. in Fällen, in denen nach der Tat eine psychische Erkrankung des Täters festgestellt wird und Zweifel an der Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt bestehen.[48] Aber auch eine neue Auswertung von technischen Beweisen wie DNA-Material kann eine Wiederaufnahme begründen.[49]

§ 392 strpl. stellt die Wiederaufnahme in das Ermessen der Kommission, die abwägen muss, ob es einen ausreichenden Grund dafür gibt, die Wiederaufnahme zuzulassen.[50] § 392 Abs. 1 strpl. betrifft den Fall, dass der oberste Gerichtshof (Høyesterett) seine Rechtsprechung ändert und von einer Gesetzesauslegung abweicht, die er zuvor zu Grunde gelegt hat. Dabei geht es um die abstrakte Auslegung des Gesetzes, nicht um die Subsumtion im konkreten Fall.[51] Ein separates Verfassungsgericht gibt es in Norwegen nicht.

§ 392 Abs. 2 strpl. erlaubt eine Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten, wenn Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen und ein neues Verfahren angezeigt erscheint. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, der die Wiederaufnahme in Fällen ermöglichen soll, in denen ein Aufrechterhalten des Urteils mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbar erscheint. Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich um ein „äußerstes Sicherheitsventil", das nur „mit großer Vorsicht" anzuwenden sei.[52] Anders als bei § 391 Nr. 3 strpl. müssen keine neuen Beweise vorgebracht werden, sodass die Wiederaufnahme etwa auch bei Verfahrensfehlern in Betracht kommt.[53] Beispielsweise wurde ein Verfahren wiederaufgenommen, bei dem ein Mann wegen eines Sexualdelikts in der neuen (strengeren) Fassung verurteilt worden war, obwohl diese Fassung noch nicht im norwegischen Gesetzesblatt veröffentlicht worden war.[54] Ein weiteres Beispiel ist das bereits erwähnte NAV-Verfahren, bei dem ein Verstoß gegen EWR-Recht die Grundlage der Wiederaufnahme bildete. § 392 Nr. 2 strpl. soll auch dann eingreifen, wenn die Voraussetzungen der anderen Wiederaufnahmegründe knapp verpasst werden, also etwa keine neuen Beweise vorliegen, die Verurteilung aber nunmehr unangebracht erscheint.[55]

*b) Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten*

Norwegen erlaubt wie viele andere Länder auch die Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten unter bestimmten Voraussetzungen. Die entsprechende Regelung findet sich in § 393 strpl.:

> § 393.[56]
> Die Staatsanwaltschaft kann zum Nachteil des Beschuldigten die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen:
> 1. wenn ein in § 391 Nr. 1 genannter Umstand vorliegt oder der Beschuldigte sich im Hinblick auf die Sache einer Straftat schuldig gemacht hat und Grund zu der

[42] *Keiserud u.a.*(Fn. 10), § 391 Rn. 6. Siehe auch *Komiteen til revisjon av straffeprosessloven* (Kommission zur Reform des Strafprozessgesetzes), NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Empfehlung zum Verfahren in Strafsachen des Strafprozessrechtsausschusses), S. 343.

[43] Fritz Moen og norsk strafferettspleie (Fritz Moen und die norwegische Strafrechtspflege), Norges offentlige utredninger (NOU) 2007:7, S. 305.

[44] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 6.

[45] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 5.

[46] *Hov* (Fn. 30), S. 1418.

[47] *Hov* (Fn. 30), S. 1420 f.

[48] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 5.

[49] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 5.

[50] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 392 Rn. 2.

[51] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 392 Rn. 2.

[52] Innst. O. nr. 37 (Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker [Straffeprosessloven], 1980-81) punkt VI.1, S. 39: „Den foreslåtte sikkerhetsventil bør brukes med stor varsomhet." („Das vorgeschlagene Sicherheitsventil sollte mit großer Vorsicht verwendet werden.").

[53] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 392 Rn. 3.

[54] Rt-2004-357, siehe auch *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 392 Rn. 3.

[55] *Hov* (Fn. 30), S. 1426.

[56] Im Original lautet die Vorschrift:
„§ 393.
Til skade for siktede kan påtalemyndigheten kreve gjenåpning:
1. når det foreligger et forhold som nevnt i § 391 nr. 1 eller siktede har gjort seg skyldig i straffbart forhold med hensyn til saken, og det er grunn til å anta at dette har ført til frifinnelse eller til anvendelse av en vesentlig for mild straffebestemmelse eller en vesentlig for mild straff,
2. når det på grunn av hans egen tilståelse eller andre nye opplysninger eller bevis må antas at han er skyldig i den straffbare handling eller en vesentlig grovere straffbar handling enn den han er dømt for.
Dersom den straffbare handling som påstås forøvd, etter loven ikke kan medføre fengsel i mer enn 3 år, kan gjenåpning bare finne sted på det grunnlag at siktede har gjort seg skyldig i straffbart forhold med hensyn til saken."

> Annahme besteht, dass dies zu einem Freispruch oder zur Anwendung einer erheblich zu milden Strafvorschrift oder einer erheblich zu milden Strafe geführt hat,
> 2. wenn aufgrund eines eigenen Geständnisses oder anderer neuer Informationen oder Beweismittel davon auszugehen ist, dass er sich der Straftat oder einer wesentlich schwereren Straftat als derjenigen, wegen der er verurteilt worden ist, schuldig gemacht hat.
> Kann die zur Last gelegte Straftat nach dem Gesetz nicht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht werden, so kann das Verfahren nur dann wieder aufgenommen werden, wenn der Beschuldigte sich einer Straftat im Zusammenhang mit dem Verfahren schuldig gemacht hat.

Es gibt also im Unterschied zur Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten neben § 390 strpl. nur zwei Wiederaufnahmegründe, die die Wiederaufnahme zuungunsten gestatten. § 393 Nr. 1 strpl. entspricht im Wesentlichen § 391 Nr. 1 strpl.[57] Anders als dieser erfasst § 393 Nr. 1 strpl. aber auch den Fall, dass der Beschuldigte sich im Hinblick auf die Sache wegen einer Straftat schuldig gemacht hat. Das kann etwa bei der Beteiligung an der Falschaussage eines Zeugen relevant sein.[58] Ein weiterer Unterschied zu § 391 Nr. 1 strpl. ist, dass bei § 393 Nr. 1 Grund zu der Annahme bestehen muss, dass der Freispruch, die Anwendung einer zu milden Strafvorschrift oder die Verhängung einer zu milden Strafe auf der Straftat beruht. Der Maßstab ist also strenger als bei der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten.[59] Erfasst sind Strafen i.S.d. § 29 strl.[60], also keine sonstigen Rechtsfolgen (vgl. § 30 strl.).

Die Wiederaufnahme eines Verfahrens zuungunsten des Beschuldigten ist außerdem möglich, wenn dieser ein Geständnis abgibt oder andere neue Informationen oder Beweise vorliegen und aufgrund dieser davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte sich wegen einer Straftat oder einer wesentlich schwereren Straftat als der, wegen der er verurteilt wurde, strafbar gemacht. Die Auslegung erfolgt im Grundsatz wie bei § 391 Nr. 3 strpl., da „Umstände“ (omstendigheter) und „Informationen“ (opplysninger) das Gleiche bedeuten dürften.[61] Danach sind neue Umstände solche, die dem Gericht nicht vorlagen. Allerdings geht man davon aus, dass die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme nicht auf Grund von Beweisen verlangen kann, die ihr zum Zeitpunkt der ursprünglichen Entscheidung bekannt waren.[62] Andernfalls könnte die Staatsanwaltschaft sich durch Zurückhalten von Beweisen stets eine Wiederaufnahmemöglichkeit für den Fall offenhalten, dass sie mit dem Urteil nicht einverstanden ist. Insoweit sind die Möglichkeiten der Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen stärker eingeschränkt.

Für minder schwere Fälle, in denen die maximale Strafe nicht mehr als drei Jahre beträgt, kommt eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten nur dann in Betracht, wenn er selbst eine Straftat begangen hat und Grund zur Annahme besteht, dass sich diese im Urteil ausgewirkt hat. In allen anderen Fällen überwiegt das Interesse an der Rechtskraft des Urteils.

*c) Neutrale Wiederaufnahmegründe*

Daneben gibt es in § 390 strpl. einen Wiederaufnahmegrund, der sowohl zugunsten als auch zuungunsten des Betroffenen angewandt werden kann und insoweit neutral ist.[63] Die Vorschrift lautet:

> § 390.[64]
> Eine Wiederaufnahme kann verlangt werden, wenn ein Richter oder ein Mitglied des Berufungsgerichts, das an der Bearbeitung der Sache mitgewirkt hat, kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen oder untauglich war und Grund zu der Annahme besteht, dass dies Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben kann.
> Eine Wiederaufnahme kann jedoch nicht von einer Partei verlangt werden, die den Fehler während des Verfahrens geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können.

Es geht also um Fälle, in denen das Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt war, etwa weil ein Richter die Voraussetzungen für das Richteramt nicht mitbrachte.[65] Mit „Richter“ sind Berufs- und Laienrichter gemeint, während „Mitglieder des Berufungsgerichts“ (lagrettemedlem) Jury-Mitglieder sind, die bis 2018 in bestimmten Fällen am Berufungsgericht (lagmannsrett) über die Schuldfrage entschieden haben.[66] Seit 2018 sind Jury-Verfahren in Norwegen abgeschafft.[67]

Die Vorschrift hat nur eine geringe praktische Bedeutung, da in den entsprechenden Fällen auch ein ordentliches Rechtsmittel (anke) zulässig ist, und zwar auch dann, wenn

[57] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 393 Rn. 2.
[58] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 393 Rn. 2.
[59] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 393 Rn. 2; *Hov* (Fn. 30), S. 1420.
[60] Das sind Freiheitsstrafen, Sicherungsverwahrung, Gesellschaftsstrafen (Ableisten von Sozialstunden), Jugendstrafen, Geldstrafen und Rechtsverlust.
[61] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 393 Rn. 3.
[62] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 393 Rn. 4.
[63] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 390 Rn. 2.
[64] Im Original lautet die Vorschrift:
„§ 390.
Gjenåpning kan kreves når en dommer eller et lagrettemedlem som har deltatt i behandlingen av saken, etter loven var utelukket fra dommerstillingen eller ugild, og det er grunn til å anta at dette kan ha hatt betydning for avgjørelsen.
Gjenåpning kan likevel ikke kreves av en part som har eller kunne ha gjort feilen gjeldende under saken.“
[65] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 390 Rn. 2.
[66] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 390 Rn. 1.
[67] Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen) = Gesetz zur Änderung des Strafprozessgesetzes (Aufhebung der Jury-Ordnung), LOV-2017-06-16-58. Ein Grund für die Reform war, dass Geschworene ihre Entscheidung nicht begründen mussten, das Urteil aber eine ausreichende Begründung enthalten musste, siehe NOU 2011: 13 – Juryutvalget, S. 134.

die Rechtsmittelfrist bereits verstrichen ist.[68] Außerdem ist die Wiederaufnahme nach Abs. 2 ausgeschlossen, wenn die fehlerhafte Besetzung bereits während des Verfahrens hätte gerügt werden können.

### III. Der Baneheia-Fall

In Mordverfahren sind Wiederaufnahmen in Norwegen selten und die jeweiligen Fälle stoßen in der Strafrechtswissenschaft auf großes Interesse. In den letzten Jahren hat vor allem der sog. Baneheia-Fall die norwegische Strafrechtswissenschaft und Öffentlichkeit bewegt, der zu zwei Wiederaufnahmeverfahren gegen die mutmaßlichen Mittäter geführt hat.[69]

#### *1. Sachverhalt*

Baneheia ist ein Freizeitgebiet im Zentrum von Kristiansand mit mehreren Badeseen und Spazierwegen.[70] Am 19.7.2000 wurden dort zwischen 19 und 20 Uhr ein 8- und ein 10-jähriges Mädchen vergewaltigt und getötet. Die befreundeten Mädchen waren zum Baden an den See gegangen und wurden am Abend von ihren Vätern vermisst gemeldet. Die Leichen fand man zwei Tage später.

Wegen der Tat wurden zwei junge Männer angeklagt und verurteilt, Viggo Kristiansen (K) und Jan Helge Andersen (A).[71] Das Kristiansand byrett[72], das Gericht erster Instanz, ging davon aus, dass die beiden die Mädchen unter einem Vorwand ins Gebüsch gelockt hätten. Dort habe K die Mädchen mit einem Messer bedroht und die Jüngere vergewaltigt, während A ein paar Meter entfernt auf einem Stein gesessen und weggeschaut habe. K habe A dann gezwungen, das jüngere Mädchen ebenfalls zu vergewaltigen. Dann habe K dem jüngeren Mädchen die Augen verbunden und das ältere Mädchen vergewaltigt. Um wegen der Vergewaltigung nicht belangt werden zu können, habe er ihr dann von hinten in den Hals gestochen. A sei davon überrascht gewesen, sei zu K gegangen und habe mit ihm gestritten. K habe A dann gezwungen, das jüngere Mädchen mit dem Messer zu erstechen.

Dieser Sachverhalt stützte sich maßgeblich auf das Geständnis von A, der die Tat so geschildert hatte, sowie auf DNA-Beweise. So war ein blutverschmiertes Haar mit Wurzel am Tatort gefunden worden, das eindeutig A zugeordnet werden konnte. An den Leichen waren DNA-Spuren gefunden worden, die auf die Beteiligung zweier Täter hindeuteten, sich aber nicht einer bestimmten Person zuordnen lassen konnten. K und A waren befreundet und waren zuvor in Baneheia gesehen worden, außerdem wurde K eines anderen Verbrechens des sexuellen Missbrauchs von Kindern verdächtigt (und später deswegen verurteilt). Hinweise auf andere Täter gab es nicht.[73] K bestritt damals und bestreitet bis heute, an den Taten beteiligt gewesen zu sein. Für seine Version spricht, dass sein Mobiltelefon, von dem er Nachrichten geschrieben hatte, im Tatzeitraum nicht in der Nähe des Tatorts eingeloggt war. Das Gericht hielt es allerdings für möglich, dass die Tat vor dem Versenden der Nachrichten begangen worden war.

Das Kristiansand byrett verurteilte K in erster Instanz wegen Mordes und Mitwirkung am Mord und verschiedener Sexualverbrechen zu einer Freiheitsstrafe von 21 Jahren, was die Maximalstrafe darstellt. Gegen ihn wurde außerdem Sicherungsverwahrung angeordnet.[74] A wurde wegen Mordes an dem 8-jährigen Mädchen sowie wegen Sexualverbrechen an beiden Mädchen zu einer Freiheitsstrafe von 17 Jahren verurteilt, wobei zu seinen Gunsten sein Geständnis sowie die Tatsache gewertet wurde, dass K ihn zur Tat gezwungen habe.

Im Berufungsverfahren vor dem Agder Lagmannsrett blieb die Bewertung der Tat im Wesentlichen gleich. Zu dieser Zeit fanden am Lagmannsrett in schwerwiegenden Strafsachen Jury-Verfahren statt, sodass den Geschworenen zehn Fragen zur Schuld der Angeklagten vorgelegt wurden, über die sie abstimmen sollten.[75] Die Geschworenen stimmten in den hier relevanten Punkten für die Schuld beider Angeklagten und hielten das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts aufrecht. K wurde als „Initiator, Anstifter und Haupttäter“[76] bezeichnet. Die einzige Änderung betraf die Höhe der Strafe von A: Da das Gericht nicht von einer Zwangslage bei der Tötung ausging, weil A zu diesem Zeitpunkt das Messer in der Hand gehabt habe, änderte es die Strafe (unter mildernder Berücksichtigung des Geständnisses) in 19 Jahre Freiheitsstrafe. Revisionen von A und K zum Høyesterett wurden verworfen.

In der Folgezeit saß A seine Strafe ab und wurde 2017 auf Bewährung entlassen. K richtete von 2008 bis 2021 insge-

[68] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 390 Rn. 2.
[69] GK-2023-114; GK-2020-82.
[70] Die ausführliche Sachverhaltsbeschreibung findet sich im erstinstanzlichen Urteil des Kristiansand byrett, TKISA-2001-374. Einen aktuellen Überblick über den Verfahrensgang gibt die Internetseite des norwegischen Fernsehsenders NRK, abrufbar unter https://www.nrk.no/nyheter/drapene-i-baneheia-1.11756441 (17.2.2025).
[71] Die Beschuldigten werden in der Wiederaufnahmeentscheidung sowie in allen neueren Berichten über die Sache sowie einer True-crime-Serie namentlich genannt, weshalb auf eine Anonymisierung verzichtet wird. Beide leben mittlerweile unter neuer Identität in Norwegen.
[72] Seit 2002 heißen die Gerichte erster Instanz „tingrett“ (Sachgericht). In einer großen Gerichtsreform 2021 ist die Zahl der tingretter von 60 auf 23 reduziert worden, die dafür größer sein sollen.
[73] So sagte Staatsanwalt Edvard Dahl im Berufungsverfahren: „In dem vielleicht größten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in Norwegen gibt es eine Garantie, dass man die Schuldigen gefunden hat, wenn man keinen einzigen Beweis gefunden hat, der auf einen anderen möglichen Täter hindeutet.“ (Übersetzung durch *Verf.*, zitiert nach *Kvamme*, Historien om en varslet justismord, Viggo Kristiansen og Baneheia-drapene, 2023, S. 14).
[74] Das war der erste norwegische Fall von Sicherungsverwahrung, siehe *Jahr*, Drapene i Baneheia – to historier, En sannhet, 2018, S. 13.
[75] Agder lagmansrett, LA-2001-980-1.
[76] „[I]nitiativtakar, pådrivar og hovudmann“, siehe Agder lagmansrett, LA-2001-980-1, S. 8.

samt fünf Wiederaufnahmeanträge und zwei Beschwerden an die Kommission, bis diese 2021 die Wiederaufnahme des Baneheia-Verfahrens anordnete.[77] Grundlage für die Wiederaufnahme war das Vorliegen neuer Beweise nach § 391 Nr. 3 strpl. Diese waren neue Sachverständigengutachten zu den DNA-Beweisen, die es zweifelhaft erscheinen ließen, ob zwangsläufig zwei Personen an der Tat beteiligt waren, aber auch Widersprüche in den Aussagen von A und K.

Für die Kommission stand fest, dass neue Beweise i.S.d. § 391 Nr. 3 strpl. vorlagen. Umstritten war allerdings innerhalb der Kommission, ob die neuen Beweise geeignet erschienen zu einem Freispruch zu führen.[78] Dies wurde von einer Mehrheit von drei Stimmen bejaht.[79] Die Mehrheit stützte ihre Bewertung darauf, dass die beiden zentralen Beweismittel, die Einlassung von A und die DNA, an Aussagekraft verloren hätten. Der DNA-Beweis weise aufgrund neuer Erkenntnisse nicht mehr eindeutig auf die Beteiligung mehrerer Täter hin. Außerdem gebe es Hinweise darauf, dass A bei der polizeilichen Vernehmung Suggestivfragen gestellt wurden und die Vernehmung nicht aktuellen psychologischen Standards entsprach. So solle A etwa gefragt worden sein, ob er selbst „eine Art Opfer sein könnte", was ihn ermutigt haben könnte, einen anderen Haupttäter zu präsentieren.[80] Im Zusammenhang mit den bereits zum Zeitpunkt der Verurteilung bestehenden Entlastungsbeweisen, unter anderem dem Standort des Mobiltelefons von K und der fehlenden DNA-Spuren von K, sei ein Freispruch von K denkbar, wenn nicht mehr zwingend von zwei Tatbeteiligten auszugehen sei.

Das Verfahren wurde 2021 wiederaufgenommen und K erstmalig aus der Haft entlassen. Danach wurden weitere Ermittlungen durchgeführt und insbesondere die DNA-Proben näher untersucht. Es wurde eine neue Verhandlung gegen K vor dem Borgarting lagmannsrett anberaumt, in der die Staatsanwaltschaft auf Freispruch plädierte. Am 15.12.2022 wurde K von den Baneheia-Vorwürfen freigesprochen.[81] Für den ungerechtfertigten Freiheitsentzug erhielt K eine Entschädigung i.H.v. 55 Mio. NOK.[82]

Damit war der Baneheia-Fall aber noch nicht abgeschlossen, da mit dem Freispruch von K niemand des Mordes an dem 10-jährigen Mädchen für schuldig befunden worden war, was als unbefriedigend angesehen wurde.[83] Da nach wie vor außer K und A niemand im Fokus der Ermittlungen stand, fiel der Verdacht nach dem Freispruch von K auf A. Dies wurde gestützt durch die neuen DNA-Analysen, die eine Beteiligung von A am Mord des älteren Mädchens wahrscheinlich erscheinen ließen und nach wie vor keine Hinweise auf die Anwesenheit von K am Tatort ergaben. Die Staatsanwaltschaft beantragte deshalb die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen A zu dessen Ungunsten. Solche Verfahren sind in Norwegen sehr selten.[84] Am 15. Juni 2023 ließ die Wiederaufnahme-Kommission die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen A zu[85] und am 16. April 2024 begann das Verfahren gegen A vor dem Sør-Rogaland tingrett in Sandnes.

Am 2. Juli 2024 verurteilte das Gericht A wegen des Mordes an dem 10-jährigen Mädchen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren.[86] Da A in der Sache bereits 19 Jahre Haft verbüßt hatte und die Höchststrafe in Norwegen 21 Jahre beträgt, war dies die maximal mögliche Freiheitsstrafe. Er wurde außerdem zur Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 1,3 Mio. NOK[87] an die Eltern des getöteten Mädchens verurteilt. Im September 2024 sprachen die Zivilgerichte den Eltern noch einmal Schadensersatz i.H.v. mehr als 6 Mio. NOK[88] für den durch die Tötung ihrer Tochter bedingten Verlust von Arbeitseinkommen zu. A legte Rechtsmittel gegen das Urteil des Sør-Rogaland tingrett ein, daher wurde der Baneheia-Fall im Frühjahr 2025 vor dem Berufungsgericht, dem Gulating lagmannsrett, neu verhandelt. Im Juli 2025 wurde A zu Sicherungsverwahrung für eine Zeit von zwei Jahren verurteilt, die anders als eine Freiheitsstrafe bei entsprechender Gefahrprognose verlängert werden kann.[89]

*2. Reaktionen und Diskussion*

Der Freispruch von K und die damit verbundene Tatsache, dass ein Unschuldiger mehr als zwanzig Jahre in Haft saß, haben in der norwegischen Gesellschaft für großen Wirbel gesorgt. Das Verfahren wird als „Norwegens größter Justizirrtum aller Zeiten" (tidenes justismord i Norge) bezeichnet.[90] In mehreren Büchern haben Journalisten versucht, die Ereignisse aufzuarbeiten, außerdem gibt es eine mehrteilige Dokumentation über den Fall.[91] Nach dem Freispruch hat sich die norwegische Justizministerin Emilie Enger Mehl in einer Pressemitteilung bei K entschuldigt:

[77] GK-2020-82.
[78] GK-2020-82, S. 337 ff.
[79] Für die Wiederaufnahme stimmten Dag Jodaa (Richter), Elin Ramleth Østli (Wirtschaftsprüferin) und Arne Gunnar Aas (Anwalt), dagegen die Vorsitzende Siv Hallgren und Tor Ketil Larsen (Oberarzt).
[80] GK-2020-82, S. 359.
[81] LB-2021-33945-2. In dem angegriffenen Urteil des Agder lagmannsrett ging es auch um Fälle sexuellen Missbrauchs von Kindern, die K gestanden hatte. Für diese wurde eine Strafe verhängt, auf die die verbüßte Strafe allerdings angerechnet wurde.
[82] Das sind etwa 4,7 Mio. Euro (Stand: 17.2.2025).
[83] GK-2023-114, S. 9.
[84] Siehe *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 72:
„It is extremely rare that the public prosecutor's office, on the basis of new evidence, including new technical analyses, requests that an acquitted person should be convicted again." See also *Hov* (Fn. 30), S. 1433 über die Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten: „Men slike begjæringer forekommer praktisk talt ikke." („Aber solche Anträge kommen praktisch nicht vor.").
[85] GK-2023-114.
[86] TSRO-2023-129330.
[87] Ca. 112.000 Euro.
[88] Ca. 555.000 Euro.
[89] LG-2024-132119.
[90] *Kvamme* (Fn. 72), S. 20.
[91] *Kvamme* (Fn. 72); *Jahr*, Prosessen mot Viggo Kristiansen, 2022; *ders.* (Fn. 73); „Baneheia – kampen om sannhet", 2021, produziert von *Kelly Lillesund* (deutscher Titel: „Baneheia, Norwegen: Kindermord am Badesee").

> „Im Namen der Regierung möchte ich mich vorbehaltlos bei Viggo Kristiansen und seiner Familie entschuldigen. Viggo, ich möchte mich für die Ungerechtigkeit entschuldigen, die Sie ertragen mussten. Sie sind eines großen Teils Ihres Lebens in Freiheit beraubt worden. Sie haben versucht, sich zu äußern, Sie haben Ihre Unschuld beteuert, aber man hat Sie nicht gehört. Es ist schwer vorstellbar, wie es für Sie gewesen sein muss, wie es war, strafrechtlich verfolgt zu werden, eine so lange Freiheitsstrafe zu verbüßen für Taten, für die Sie nun freigesprochen wurden. Worte sind in einem solchen Zusammenhang arm. Und ich muss sagen, ich war auch tief bewegt von der Größe, die Sie heute als Mensch gezeigt haben, in der Sorge um die Hinterbliebenen und deren Situation.“[92]

Die Frage, die die norwegische Gesellschaft am meisten umtreibt, ist die, wie es sein kann, dass jemand mehr als zwanzig Jahre zu Unrecht in Haft ist, und wie man solche Fehlurteile verhindern kann. In ihrer Pressemitteilung kündigte die Justizminsterin an, eine Kommission zur Untersuchung des Verfahrens einzurichten:

> „Als Rechtsstaat müssen wir aus unseren Fehlern lernen. Deshalb wird die Regierung eine unabhängige Untersuchungskommission einsetzen. Wir wollen die Gründe herausfinden, warum Viggo Kristiansen zu Unrecht verurteilt wurde. Wir müssen klären, warum die Wiederaufnahme des Falles nach so langer Zeit beschlossen wurde. Wir müssen herausfinden, was wir lernen können, und wir müssen herausfinden, welche Änderungen wir gegebenenfalls vornehmen müssen, um das Risiko ungerechtfertigter Verurteilungen in Zukunft zu verringern und um sicherzustellen, dass das die Wiederaufnahmeinstitution gut funktioniert.“[93]

Die Regierung hat mittlerweile die angesprochene Kommission eingerichtet (sog. Baneheiautvalget). Die Kommission wird von Prof. *Jon Petter Rui* geleitet und besteht aus sieben Mitgliedern mit unterschiedlichem fachlichen Hintergrund. Im Einklang mit einem Vorschlag der Parlamentsmitglieder sollte es hauptsächlich um eine erneute Evaluation der Wiederaufnahmekommission gehen.[94] Laut dem Vorschlag sollten fünf Aspekte näher betrachtet werden: erstens die Rolle des Sekretariats, das eine Vorauswahl der von der Kommission zu behandelnden Verfahren trifft, zweitens die Rolle der Vorsitzenden, die der Kommission und dem Sekretariat vorsteht, drittens der Umgang mit beweislastigen Verfahren (bevis-saker), viertens die Umsetzung der Vorschläge der Evaluationskommission von 2012[95] und fünftens die Frage, wie man Vertrauen in die Wiederaufnahmekommission schafft.[96]

Im Baneheia-Fall beruhte die Wiederaufnahme in beiden Fällen auf neuen Beweisen. Im Fall von K hatten neuere DNA-Analysen die Beteiligung zweier Täter als zweifelhaft erscheinen lassen, was nach Ansicht der Kommissionsmehrheit auch andere Beweise in neuem Licht erscheinen ließ und daher nach einer Gesamtwürdigung geeignet schien, zu einem Freispruch zu führen. Im Fall von A konnten mittlerweile aufgrund verbesserter Technik Spuren an der Leiche A zugeordnet werden, wodurch seine ursprüngliche Aussage, die das Kristiansand byrett bei dem Teilfreispruch zugrunde gelegt hatte, als unglaubwürdig angesehen wurde. Nach einstimmiger Ansicht der Kommission war daher eine Verurteilung anzunehmen und die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme lagen vor.[97]

Auffällig ist, dass die Entscheidung, das Verfahren gegen A zu seinen Ungunsten wiederaufzunehmen, einstimmig ergangen ist und der Kommission offensichtlich leichter fiel als die vorherige Entscheidung, das Verfahren zugunsten von K aufzunehmen. Dies erkennt man erstens daran, dass K viermal vergeblich Wiederaufnahme beantragt hatte, bevor seinem Begehren stattgegeben wurde, zweitens an der Uneinigkeit der Kommission im Fall von K und drittens an der unterschiedlichen Länge der jeweiligen Wiederaufnahmeentschei-

[92] In Norwegen ist es üblich, sich auch bei offiziellen Anlässen mit Vornamen und „du“ anzusprechen, was die Justizministerin hier macht. Da eine deutsche Ministerin den Angeklagten gesiezt hätte, habe ich auch hier die Sie-Form verwendet. Im Original lautet die Stellungnahme: „På vegne av Regjeringen, vil jeg beklage, uten forbehold, til Viggo Kristiansen og hans nærmeste. Viggo, jeg vil si unnskyld for den uretten du har måttet tåle. Du har blitt frarøva store deler av ditt liv i frihet. Du har forsøkt å si fra, du har hevda din uskyld, men du har ikke blitt hørt. Det er vanskelig å sette seg inn i hvordan det har vært for deg, hvordan det må ha vært å oppleve å gjennomgå straffeforfølging, gjennomføre en så lang forvaringsdom for forhold som du nå er frifunnet for. Ord blir fattige i en sånn sammenheng. Og jeg må si at jeg ble også dypt rørt av den storheten du har vist som menneske i dag, i den omtanken som du har vist overfor de etterlatte og det de står i.“ Abrufbar unter https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/justisminister-emilie-enger-mehl-beklagelse-til-viggo-kristiansen/id2951722/ (17.2.2025).

[93] Im Original: Som rettsstat må vi lære av våre feil. Derfor vil Regjeringen sette ned et uavhengig granskingsutvalg. Vi vil finne årsakene til at Viggo Kristiansen ble uriktig dømt. Vi må klarlegge hvorfor gjenåpning først ble beslutta etter så lang tid. Vi må finne ut hva vi kan lære, og vi må finne ut hvilke endringer det eventuelt er nødvendig at vi gjør for å redusere risikoen for uriktige domfellelser i framtida, og sikre at også gjenåpningsinstituttet fungerer godt.“ Abrufbar unter https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/justisminister-emilie-enger-mehl-beklagelse-til-viggo-kristiansen/id2951722/ (17.2.2025).

[94] *Stridbeck*, Tidskrift for strafferett 23 (2023), 295 (295 f.).

[95] Der Vorsitzende der Evaluationskommission, *Ulf Stridbeck*, und das stellvertretende Kommissionsmitglied *Tim Brennan* halten offenbar nur wenige von den Vorschlägen für umgesetzt, und dann v.a. durch die praktische Handhabung innerhalb der Kommission, nicht durch das Gesetz, siehe *Stridbeck/Brennan* (Fn. 11), S. 84 f.

[96] Representantsforslag 8:30 S (2022–2023).

[97] GK-2023-114, S. 13 f.

dungen.[98] Ein Blick in die neuere Wiederaufnahmeentscheidung offenbart den Grund für diese Diskrepanz: nach der Wiederaufnahme des Verfahrens gegen K wurden neue Ermittlungen angestellt und unter anderem die nach der Tat gesammelten Proben neu analysiert.[99] Dank verbesserter Technik konnten die Proben diesmal eindeutig A zugeordnet werden, Hinweise auf eine Beteiligung von K fanden sich nicht. Dies war der Grund, warum die Staatsanwaltschaft für einen Freispruch von K plädierte. Die Wiederaufnahmekommission bewertete die neuen Beweise ähnlich:

> „In der Entscheidung der Kommission in der Rechtssache 2020/82 […] schrieb die Mehrheit, dass ‚[…] der DNA-Beweis insgesamt als praktisch neutral in Bezug auf die Frage angesehen werden muss, ob die Straftaten von mehreren Tätern begangen wurden'. Nach den neuen Analysen gibt es unserer Meinung nach Gründe weiterzugehen: Die Gesamtergebnisse der DNA-Analysen stehen im Widerspruch zu der Hypothese, dass es mehr als einen Täter gab."[100]

Durch die neuen Ermittlungen, die nach der Wiederaufnahme durch die Polizei durchgeführt wurden, konnten also weitere Beweise zu Tage treten, die nahelegen, dass es bei den Baneheia-Morden nur einen Täter – nämlich A – gab.

Dies führt zu der Frage, warum diese Erkenntnisse erst mehr als zwanzig Jahre nach der Tat zu Tage getreten sind und warum K fünf Wiederaufnahmeanträge stellen musste, bevor einem Antrag stattgegeben wurde. Immerhin ist die Wiederaufnahmekommission mit eigenen Ermittlungsbefugnissen ausgestattet, um unabhängig von der Justiz Nachforschungen anstellen zu können. Dies dürfte auch der Hintergrund zu den Ausführungen im Vorschlag der Abgeordneten des Stortings zu Beweisverfahren sein. Diese schreiben:

> „Seit mehreren Jahren wird allgemeine Kritik geübt am Umgang der Kommission mit sogenannten Beweisfällen. Ein wichtiger Teil der Kritik betrifft die Art und Weise, wie die Kommission Beweise in Fällen prüft und bewertet, in denen die verurteilte Person behauptet, zu Unrecht verurteilt worden zu sein. Eine zentrale Frage ist, ob die Kommission ihrer Ermittlungspflicht ausreichend nachkommt und andere als die vom Verurteilten vorgetragenen Sachverhalte untersucht (vgl. §§ 398-398b strpl.)."[101]

Bemängelt wird im Baneheia-Fall beispielsweise, dass die Kommission nicht versucht habe, die Tat unter Berücksichtigung der Daten des Telefons von K zu rekonstruieren, das während des Tatzeitraums außerhalb des Tatorts an einem Funkzellenmast angemeldet war.[102] Dabei hängt die Frage nach der Erfüllung der Ermittlungspflicht mit der Beweiswürdigung zusammen. Als nicht-justizielles Verwaltungsorgan verfügt die Kommission nicht über dieselben Mittel wie die Polizei, Ermittlungen durchzuführen. Der Maßstab bei ihren Entscheidungen ist aber auch ein anderer, weil die Kommission nicht über die Schuld des Angeklagten zu entscheiden hat, sondern nur darüber befinden muss, ob (im Fall von § 391 Nr. 3 strpl.) neue Beweise vorliegen, die geeignet sind, zu einem Freispruch zu führen.[103] *Jerkø* weist zurecht darauf hin, dass es paradox erscheine, wenn Kommissionsmitglieder gegen die Beweiseignung entschieden, obwohl andere Kommissionsmitglieder die Beweise für geeignet hielten.[104] Gerade die Tatsache, dass es andere ebenso qualifizierte Personen gebe, die einen Freispruch für möglich hielten, sollte zum Umdenken bewegen. Insoweit kritisiert *Jerkø* auch die Praxis der Kommission, Minderheitsmeinungen zu verfassen.[105] Verschärft wird das Problem seiner Ansicht nach dadurch, dass die Würdigung der Kommission nicht mit Rechtsmitteln überprüft werden könne, diese sich also weitgehend selbst überlassen sei.[106]

Eine andere Frage, die in Norwegen diskutiert wird, ist die, ob die Wiederaufnahme an eine Frist gebunden sein sollte. Dahinter steckt zum einen die Überlegung, dass die Wahrheitsfindung in sehr alten Verfahren nach Wiederaufnahme schwierig sein dürfte.[107] Zum anderen kommt es nicht selten zu wiederholten Wiederaufnahmeanträgen, die für die Opfer und deren Angehörigen problematisch sein können.[108] Die Kommission zur Reform des Strafprozessrechts schlug deshalb vor, die Wiederaufnahme nach 25 Jahren nur bei besonderen Umständen vorzulassen, wozu die Wertung des § 392 Abs. 2 strpl. herangezogen werden sollte.[109] Die Evaluationskommission von 2012 hatte nur für Fälle von Bagatellkrimi-

[98] Die Entscheidung GK-2020-82 ist 369 Seiten lang, die Entscheidung GK-2023-114 nur 14.

[99] GK-2023-114, S. 7 f.

[100] GK-2023-114, S. 8. Im Original: „I Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelse i sak 2020/82 [GK-2020-82]1 (A) skriver flertallet at «DNA-beviset samlet sett må anses tilnærmet nøytralt for så vidt gjelder spørsmålet om ugjerningene ble begått av flere gjerningsmenn». Etter de nye analysene er det etter vår oppfatning grunnlag for å gå lenger: De samlede resultatene fra DNA-analysene står i kontrast til en hypotese om at det skal ha vært flere enn én gjerningsmann."

[101] Representantsforslag 8:30 S (2022–2023), S. 2. Im Original: „Det har over flere år vært reist generell kritikk mot Gjenopptakelseskommisjonens behandling av såkalte bevissaker. En viktig del av kritikken gjelder hvordan de undersøker og vurderer bevis i saker hvor domfelte hevder seg uskyldig dømt. Et vesentlig spørsmål er om kommisjonen i stor nok grad utfører sin utredningsplikt og undersøker andre forhold enn det som legges frem av domfelte (jf. straffeprosessloven §§ 398–398 b)."

[102] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (93).

[103] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (85 f.).

[104] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (83 ff.). Auch *Jahr* ([Fn. 90], S. 457 ff.) kritisiert die Argumentation der Minderheit.

[105] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (86).

[106] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (96).

[107] NOU 2016: 24, S. 467 f.

[108] Dazu *Stridbeck*, Lov og Rett 59 (2020), 508 (508 ff.).

[109] NOU 2016:24, S. 468; siehe bereits Arbeidsgruppe for etterkontroll av Gjenopptakelseskommisjonen (Fn. 15), S. 104.

nalität eine zeitliche Grenze von zehn Jahren vorgesehen.[110] Auch wurde vorgeschlagen, die Begründungsanforderungen bei wiederholten Anträgen zu erhöhen.[111]

Im Dezember 2024 legte die Baneheiautvalget einen Zwischenbericht vor.[112] Darin befasste sie sich allgemein mit der Arbeit der Wiederaufnahmekommission, während die konkrete Betrachtung des Baneheia-Falls einer weiteren Analyse vorbehalten bleibt und erst nach Abschluss des Verfahrens gegen Jan Helge Andersen erfolgen soll.[113] Vorgeschlagen wurde eine Umstrukturierung der Kommission in drei Abteilungen, wobei die jeweiligen Vorsitzenden hauptberuflich für die Kommission tätig sein sollten, die anderen Mitglieder in Teilzeit.[114] Im Gegensatz zum derzeitigen System, wonach die Mitarbeit in der Kommission ehrenamtlich erfolgt, wird das Verfahren so stärker professionalisiert. Eine Wiederaufnahme soll nach dem neuen System bereits dann möglich sein, wenn eine Minderheit der Kommissionsmitglieder dafür stimme.[115] Damit ist ein Kritikpunkt von *Jerkø* aufgenommen worden, der zu Recht kritisiert hatte, dass ein neuer Beweis schlecht als ungeeignet zur Änderung der Entscheidung angesehen werden könne, wenn auch nur ein Kommissionsmitglied anderer Meinung sei.[116] Eine zahlenmäßige Begrenzung der Wiederaufnahmeanträge empfiehlt die Kommission nicht,[117] allerdings schließt sie sich dem Vorschlag der Strafprozessrechtskommission für Wiederaufnahmen nach 25 Jahren an.[118]

Außerdem wird vorgeschlagen, gerichtlichen Rechtschutz gegen die Entscheidungen der Wiederaufnahmekommission zuzulassen.[119] Hierfür findet die Baneheiautvalget klare Worte:

> „Der Ausschuss ist der Ansicht, dass es einen klaren Bedarf gibt für eine Gesamtkontrolle der Tätigkeit der Wiederaufnahmekommission. Entscheidungen zur Wiederaufnahme können für den Einzelnen von großer Bedeutung sein, und es wird als bedenklich angesehen, dass die Entscheidungen der Kommission heute weitgehend der gerichtlichen Überprüfung entzogen sind.“[120]

Die fehlende gerichtliche Kontrolle der Kommission war schon zuvor in der Literatur kritisiert worden. Der Ausschuss begründet seine Empfehlung unter anderem damit, dass sich in der Wiederaufnahmekommission regelmäßig neue Fragen stellen, da es um die Eignung neuer Beweise gehe, und hier eine gerichtliche Kontrolle besonders wichtig wäre. Man darf gespannt sein, welche dieser Vorschläge in Zukunft umgesetzt werden.

## IV. Vergleich mit dem deutschen Recht

Auch in Deutschland wird die Wiederaufnahme von Mordverfahren besonders intensiv diskutiert. In den letzten Jahren hat vor allem der Mordfall „Frederike von Möhlmann“ die Strafrechtswissenschaft, aber auch die Öffentlichkeit beschäftigt. Der Gesetzgeber hat deswegen sogar das deutsche Wiederaufnahmerecht geändert, was zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führte.[121]

Die Parallelen des Falls zum Baneheia-Fall liegen auf der Hand: In beiden Fällen ging es um ein Sexualdelikt mit anschließendem Verdeckungsmord an (einer) Minderjährigen und in beiden Fällen konnten durch verbesserte DNA-Technik Beweise lang nach Abschluss des ursprünglichen Verfahrens neu bewertet werden. Der Baneheia-Fall ist allerdings zum einen noch erschütternder, weil es sich bei den Opfern um zwei Kinder handelte, zum anderen ist er rechtlich besonders interessant, weil es um eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation zweier Angeklagter ging, bei der letztendlich entscheidend war, wem man eher glaubt.

Im Folgenden sollen zunächst die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem norwegischen und dem deutschen Wiederaufnahmerecht aufgezeigt werden. Hierzu wird unter anderem geprüft, wie die Wiederaufnahme im Baneheia-Fall nach deutschem Recht zu betrachten gewesen wäre.

### *1. Das Wiederaufnahmeverfahren*

Beim Wiederaufnahmeverfahren überwiegen mit Blick auf die rechtlichen Regelungen die Gemeinsamkeiten. Auch im deutschen Recht ist ein Antrag des Verurteilten oder der Staatsanwaltschaft erforderlich (§ 365 StPO), über dessen Zulässigkeit zunächst entschieden wird, bevor dann – ggf. nach weiterer Beweisaufnahme (§ 369 StPO) – über dessen Begründetheit entschieden wird. Wie im norwegischen Recht wird das Verfahren bei erfolgreicher Wiederaufnahme vollständig neu verhandelt. Eine Antragsfrist gibt es im deutschen Recht nicht. Auch sind mehrfache Wiederaufnahmeanträge nicht unzulässig, soweit sie sich auf nicht bereits geprüfte Wiederaufnahmegründe stützen, d.h. sie müssen insbesondere neue Beweise betreffen.

Allerdings bestehen für den Antrag mehr Formerfordernisse, insbesondere sieht § 366 Abs. 2 StPO vor, dass Anträge des Angeklagten oder seiner Angehörigen von einem Verteidiger gestellt oder zu Protokoll der Geschäftsstelle gegeben werden. Ein schriftlicher Antrag des Angeklagten selbst genügt den Formerfordernissen daher nicht. Tatsächlich ist nach einer neueren Untersuchung etwa ein Viertel der gestellten

[110] Arbeidsgruppe for etterkontroll av Gjenopptakelseskommisjonen (Fn. 15), S. 106.
[111] *Stridbeck*, Lov og Rett 59 (2020), 508 (518).
[112] *Baneheiautvalget*, Prøvd på nytt, Gjennomgang av gjenåpningssystemet for straffesaker (Neu bewiesen, Durchgang des Wiederaufnahmesystems in Strafsachen), NOU 2024:24.
[113] NOU 2024:24, S. 15.
[114] NOU 2024: 24, S. 183 ff.
[115] NOU 2024:24, S. 192 ff.
[116] *Jerkø*, Lov og Rett 61 (2022), 69 (83 ff.).
[117] NOU 2024:24, S. 207 f.
[118] NOU 2024:24, S. 219 ff.
[119] NOU 2024:24, S. 221 ff.
[120] NOU 2024:24, S. 222. Im Original „Utvalget mener at det er et klart behov for overordnet kontroll med Gjenopptakelseskommisjonens virksomhet. Avgjørelser om gjenåpning kan ha stor betydning for den enkelte, og det vurderes som betenkelig at kommisjonens avgjørelser i dag langt på vei er unndratt domstolskontroll.“

[121] BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 = BVerfGE 166, 359.

Anträge formunwirksam, wobei in den meisten dieser Fälle auch kein Wiederaufnahmegrund vorliegt und die Anträge daher offensichtlich unbegründet wären.[122] Anders als im norwegischen Recht besteht keine Pflicht, auf die Stellung eines wirksamen Antrags hinzuwirken. In der Praxis versuchen die Verfahrensbeteiligten aber durchaus, die für einen zulässigen Antrag notwendigen Informationen zu erhalten.[123]

Der größte Unterschied zwischen norwegischem und deutschem Recht betrifft die Zuständigkeit für die Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag. Während in Norwegen die unabhängige Wiederaufnahmekommission über alle Wiederaufnahmeanträge entscheidet, ist die Entscheidung im deutschen Recht (so wie früher in Norwegen) den Gerichten übertragen (§ 367 Abs. 1 StPO i.V.m. § 140a GVG). Zuständig ist bei erstinstanzlichen und Berufungsurteilen ein anderes Gericht gleicher Ordnung, bei Revisionsurteilen ein anderes Gericht der Ordnung des Gerichts, gegen dessen Urteil die Revision eingelegt war (§ 140a Abs. 1 GVG). In Mordverfahren entscheidet in erster Instanz das Schwurgericht, eine Kammer des Landgerichts (§ 74 Abs. 2 GVG). Gegen Urteile des Schwurgerichts ist nur die Revision zum Bundesgerichtshof zulässig, sodass in Wiederaufnahmeverfahren ein anderes Landgericht über die Wiederaufnahme entscheiden müsste.

Ursprünglich war das Gericht des angegriffenen Urteils auch für die Entscheidung über die Wiederaufnahme zuständig. Wegen Besorgnis der Befangenheit wurde die Regelung geändert, sodass nunmehr neue Richter über den Wiederaufnahmeantrag entscheiden. Dies wird in der Literatur zum Teil kritisiert, weil es neuen Richtern noch schwerer fiele, zu entscheiden, ob ein Beweismittel „neu" sei oder nicht, als den ursprünglich am Verfahren beteiligten Richtern.[124] Auch in Deutschland sind neue Beweise der mit Abstand häufigste Wiederaufnahmegrund (§ 359 Nr. 5 StPO).[125] Gegen Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren ist die sofortige Beschwerde zulässig (§ 372 StPO), es gibt also einen ordentlichen Rechtsbehelf, mit dem die Richtigkeit der Entscheidung überprüft werden kann.

Im Einklang mit der allgemeinen Trennung der Zuständigkeiten hat das Gericht bei der Entscheidung über die Wiederaufnahme keine Ermittlungsbefugnis, sondern darf nur Beweise aufnehmen. Dabei geht es laut Gesetz nur um die „angetretenen Beweise". Umstritten ist, ob das Gericht sich, wie der Wortlaut nahelegt, nur mit den im Antrag genannten Beweismitteln befassen muss oder ob der Untersuchungsgrundsatz gilt.[126] Soweit angenommen wird, dass das Gericht nicht nur die angegebenen, sondern auch weitere Beweismittel zu berücksichtigen habe, führt dies in der Praxis häufig dazu, dass die im Antrag des Verurteilten genannten entlastenden Beweise durch Gegengutachten entkräftet werden.[127] Solange das Urteil Bestand hat, sind weitere Ermittlungsmaßnahmen wegen des in Art. 103 Abs. 3 GG geregelten Mehrfachverfolgungsverbots unzulässig.[128]

Statistische Aussagen über Wiederaufnahmeverfahren lassen sich nur schwer gewinnen, weil die meisten Bundesländer diese Verfahren nicht speziell kennzeichnen und die Akten daher schwer herauszufiltern sind. In einer neueren Studie von 2023 wurden 512 Akten aus den Jahren 2013–2015 analysiert, die Wiederaufnahmen nach rechtskräftig durch Urteil oder Strafbefehl abgeschlossene Verfahren betrafen.[129] Danach führten 44,7 % zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens, wobei ca. 38 % der Anträge im Aditionsverfahren und nur 7 % im Probationsverfahren verworfen wurden. Dabei zeigen sich allerdings Unterschiede in Bezug auf das Ausgangsverfahren, denn während Wiederaufnahmeanträge gegen Strafbefehle in 62 % der Fälle angenommen wurden, waren Wiederaufnahmeanträge gegen Urteile im nicht-abgekürzten Verfahren, also z.B. Mordverfahren, nur in 17,7 % der Fälle erfolgreich.[130] Das Strafbefehlsverfahren, in dem nur eine summarische Prüfung stattfindet, erweist sich also in Deutschland als besonders fehlerträchtig.

*2. Wiederaufnahmegründe*

Bei den Wiederaufnahmegründen ist zu erkennen, dass das norwegische Recht die Wiederaufnahme in deutlich mehr Fällen zulässt als das deutsche Recht. Das gilt für beide Arten der Wiederaufnahme, zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten. Dies wird an mehreren Stellen deutlich:

Erstens gilt der Wiederaufnahmegrund im Fall von Straftaten wie Falschaussagen oder Urkundenfälschung für mehr Personen als im deutschen Recht, nämlich auch für Polizeibeamte oder Gerichtsprotokollanten, während im deutschen Recht nur Urkundenfälschungen, Falschaussagen von Zeugen und Amtspflichtverletzungen von Richtern erfasst sind. Im deutschen Recht wird der Wiederaufnahmegrund zudem noch durch die Regelung des § 364 StPO eingeschränkt, wonach der Nachweis einer Straftat grundsätzlich durch eine rechtskräftige Verurteilung erfolgen muss. Die Behauptung allein, dass eine falsche Aussage vorliege, reicht in den Fällen des § 359 Nr. 2 StPO daher nicht aus. Im norwegischen Recht ist das Argument hingegen auch zulässig, wenn es keine strafrechtliche Verurteilung wegen der Straftat gibt.[131]

[122] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (159).
[123] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (160).
[124] *Eschelbach u.a.*, GA 2018, 238 (244).
[125] Nach Schätzung von Verteidigern in 99 % aller Fälle, siehe *Strate*, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 3.
[126] Siehe hierzu *Tiemann*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 369 Rn. 2a f.; *Engländer/Zimmermann*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, § 369 Rn. 9 ff.
[127] *Engländer/Zimmermann* (Fn. 126), § 369 Rn. 10.
[128] *Tiemann* (Fn. 126), § 369 Rn. 3, 7.
[129] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (147 ff.). Die vollständigen Ergebnisse der Studie finden sich in Altenhain/Bliesener/Volbert (Hrsg.), Fehler und Wiederaufnahme im Strafverfahren, 2024, passim.
[130] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (154).
[131] *Keiserud u.a.* (Fn. 10), § 391 Rn. 3.

Zweitens erlaubt das norwegische Recht die Wiederaufnahme beispielsweise aufgrund von entgegenstehenden verbindlichen Entscheidungen internationaler Gerichte und des UN-Menschenrechtsausschusses (§ 391 Nr. 2 strpl.), während das deutsche Recht sich nur auf Entscheidungen des EGMR bezieht (§ 359 Nr. 6 StPO). Gäbe es im deutschen Recht eine entsprechende Regelung, wäre die umstrittene Frage, ob eine Wiederaufnahme nach einem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Union zulässig ist, unproblematisch zu bejahen.[132]

Drittens zeigt die deutsche Rechtsprechung auch bei der Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise einschränkende Tendenzen. Rechtlich und inhaltlich entsprechen sich § 391 Nr. 3 strpl. und § 359 Nr. 5 StPO weitgehend. So werden in beiden Fällen neue Beweise auf Beweise bezogen, die im Verfahren nicht gewürdigt wurden, auch wenn sie zum Verfahrenszeitpunkt schon vorlagen. Die deutschen Gerichte verlangen allerdings je nach Beweis erweiterte Darlegungen dazu, wie es zu dem neuen Beweis gekommen ist. Diese sog. „erweiterte Darlegungslast" dient dazu, widersprüchliches Prozessverhalten in den Griff zu bekommen. So muss beim Widerruf eines Geständnisses erläutert werden, aus welchen Gründen das Geständnis widerrufen wurde.[133] Hintergrund ist, dass Geständnis und Widerruf zunächst einmal zwei gleichwertige Aussagen sind und es ergänzender Umstände bedarf, um zu entscheiden, welchem Aspekt der Vorzug gebührt. Durch die Erläuterung der Umstände des Widerrufs wird dem Widerruf größeres Gewicht beigemessen, wodurch er geeignet erscheint, das Wiederaufnahmeziel zu begründen.[134] In der Praxis werden allerdings häufig so hohe Anforderungen an die Darlegungen gestellt, dass sie eine hohe Zulässigkeitshürde darstellen.[135] Auch bei der Bewertung der Neuheit von Tatsachen geschehen nicht selten Fehler.[136] Wie im norwegischen Recht ist auch im deutschen Recht die Geeignetheit der neuen Beweismittel der Punkt, an dem viele Anträge scheitern.

Viertens sieht das norwegische Recht mit § 392 strpl. zwei Wiederaufnahmegründe vor, für die es im deutschen Recht keine Entsprechung gibt. Nach § 392 Abs. 1 strpl. ist die Wiederaufnahme möglich, wenn das Høyesterett die Auslegung des Gesetzes geändert hat. Für diesen Fall, eine Änderung der gefestigten Rechtsprechung, gibt es im deutschen Recht kein Pendant. Zu beachten ist allerdings, dass es in Norwegen kein Verfassungsgericht gibt und es daher wiederum an einer Entsprechung zu § 79 BVerfGG fehlt. § 392 strpl. dürfte zum Teil dessen Funktionen übernehmen. Auch § 359 Nr. 4 StPO findet keine wörtliche Entsprechung, allerdings werden die entsprechenden Fälle als neue Umstände angesehen und über § 391 Nr. 3 strpl. gelöst.

§ 392 Abs. 2 strpl. erlaubt die Wiederaufnahme, wenn ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen und die Wiederaufnahme angebracht erscheint. Die Regelung gibt der norwegischen Wiederaufnahmekommission somit einen großen Ermessensspielraum, da die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme nur vage beschrieben werden und die Bewertung weitgehend der Kommission überlassen wird. Im deutschen Recht sucht man einen entsprechenden Auffangtatbestand vergeblich, und das aus gutem Grund: Da das Grundgesetz Mehrfachverfahren in Art. 103 Abs. 3 GG verbietet, sind Ausnahmen nur in eng umgrenzten Fällen zulässig und müssen als wesentliche Einschränkungen des Ne-bis-in-idem-Rechts vom Gesetzgeber selbst festgelegt werden.[137] Es wäre daher verfassungsrechtlich problematisch, den zuständigen Organen einen derart weiten Entscheidungsspielraum zu gewähren. Ob die Vorteile, damit alle Zweifelsfälle erfassen zu können, die Nachteile aufwiegen, bedarf näherer Untersuchung.

Fünftens zeigt sich auch bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten, dass die Wiederaufnahmemöglichkeiten im norwegischen Recht zahlreicher sind. Anders als im deutschen Recht ist im norwegischen Recht die Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten aufgrund neuer Beweise zulässig (§ 393 Nr. 2 strpl.). Der deutsche Gesetzgeber hatte kürzlich für nicht-verjährbare Straftaten wie Mord eine solche Möglichkeit in § 362 Nr. 5 StPO eingeführt.[138] Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung jedoch für unvereinbar mit dem Grundgesetz und nichtig erklärt und dabei ausgeführt, dass eine Wiederaufnahme zuungunsten nur bei Verfahrensfehlern, nicht aber bei einer materiellen Korrektur der Entscheidung zulässig sei.[139] Eine § 393 Nr. 2 strpl. entsprechende Regelung wäre daher im deutschen Recht nicht zulässig.

*3. Bewertung des Baneheia-Falls im deutschen Recht*

Damit wird deutlich, dass der Baneheia-Fall in Deutschland anders zu lösen wäre. Eine Wiederaufnahme zugunsten von K käme auch nach deutschem Recht gem. § 359 Nr. 5 StPO in Betracht. Die zu stellenden Fragen wären im Wesentlichen gleich und eine erhöhte Darlegungslast läge nicht vor, weil K schon im ursprünglichen Verfahren seine Unschuld beteuert und Entlastungszeugen benannt hatte. Auch im deutschen Recht hingen die Erfolgsaussichten entscheidend von der entsprechenden Geeignetheitsprognose ab. Dass deutsche

[132] Für die Wiederaufnahme durch analoge Anwendung von § 79 BVerfGG *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, S. 227 f.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 683; *Schneider*, EuR 2017, 433 (438 ff.); verneinend LG Mannheim NZWiSt 2019, 440; OLG Karlsruhe DAR 2006, 392; OLG Karlsruhe BeckRS 2004, 1523155; *Bajohr*, Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme, 2008, S. 114 ff.; *Engländer/Zimmermann* (Fn. 126), § 359 Rn. 79.

[133] BGH NJW 1977, 59 (59).

[134] Siehe dazu *Hellebrand*, NStZ 2004, 413 (417).

[135] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (159).

[136] *Bliesener u.a.*, MschrKrim 2023, 147 (158).

[137] Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen BVerfGE 166, 359 (394 ff.).

[138] Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) v. 21.12.2021, BGBl. I 2021, S. 5252.

[139] BVerfGE 166, 359 (402 ff.).

Gerichte schon früheren Anträgen von K stattgegeben hätten, ist zwar möglich, mit Blick auf die statistischen Erfolgsaussichten der Anträge aber wenig wahrscheinlich.

Umgekehrt wäre eine Wiederaufnahme zuungunsten von A allerdings nicht möglich gewesen, da § 362 Nr. 5 StPO, der diese Konstellation regelt, verfassungswidrig ist. Mangels Geständnisses käme eine Wiederaufnahme daher nicht in Betracht. Nach deutschem Recht könnte es daher im Ergebnis zu einer Situation kommen, in der niemand für den Mord an dem älteren Mädchen verantwortlich gemacht werden könnte. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zum norwegischen Recht.

## V. Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtskraft

Die Analyse und der Vergleich zeigen, dass das norwegische und deutsche Recht trotz ihrer großen Gemeinsamkeiten den Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtskraft auf unterschiedliche Weise lösen. Entsprechend werden auch verschiedene Fragen diskutiert.

### *1. Norwegisches Recht*

Die bisherigen Ausführungen zeigen deutlich, dass im norwegischen Wiederaufnahmerecht der materiellen Gerechtigkeit der Vorrang vor der Rechtskraft eingeräumt wird. Die Wiederaufnahmegründe sind durchweg großzügiger ausgestaltet, was für die Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten gilt. Durch den Auffangtatbestand in § 392 Nr. 2 strpl. kann in Zweifelfällen immer eine Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten erreicht werden. Auch in Bezug auf Entscheidungen internationaler Gerichte sind die norwegischen Regelungen großzügiger als die deutschen und beziehen jede Entscheidung internationaler Gerichte ein, die für Norwegen verbindlich ist.

Zu dieser großzügigen Ausgestaltung von Wiederaufnahmegründen passt, dass das Verfahren wenige formale Hürden beinhaltet und die Wiederaufnahme somit verhältnismäßig leicht beantragt werden kann. Der Antrag auf Wiederaufnahme kann von jedermann gestellt werden und die Kommission ist verpflichtet, die Antragsteller zu unterstützen. Eine Antragsfrist gibt es nicht. Das macht das norwegische System unter den nordischen Ländern zu dem zugänglichsten.[140] Auch hier erkennt man den Gedanken, dass eine ungerechte Entscheidung in jedem Fall korrigiert werden sollte und materielle Gerechtigkeit nicht an übergroßem Formalismus scheitern sollte.

Dieselbe Wertung findet man auch im Zivilverfahren im in Norwegen sehr bekannten Birgitte-Tengs-Fall. Birgitte Tengs war 1995 ermordet worden und man hatte in erster Instanz ihren Cousin verurteilt, ihn im Berufungsverfahren aber freigesprochen. Das Berufungsgericht hatte allerdings der Schadensersatzklage der Eltern des Opfers mit der Argumentation stattgegeben, dass der Beweismaßstab im Zivilverfahren ein anderer sei und die Voraussetzungen für eine deliktische Haftung daher trotz Freispruchs erfüllt seien. Nachdem der EGMR darin einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gesehen hatte, beantragte der Cousin die Wiederaufnahme des Zivilverfahrens, damit die Schadensersatzklage abgewiesen werden konnte. Das norwegische Wiederaufnahmerecht sieht in Zivilverfahren allerdings eine Frist von nunmehr zehn Jahren vor, die bereits abgelaufen war. Dennoch entschied das für die Wiederaufnahme zuständige Agder lagmannsrett nach mehreren vergeblichen Anträgen, dass in einem solchen Fall ausnahmsweise trotz Fristablaufs die Wiederaufnahme gestattet sei:

> „Da nun in der Praxis nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass er den Mord begangen hat, und eine andere Person der Tat beschuldigt wurde, stellt das Berufungsgericht fest, dass die Erwägung seines Aufklärungsbedürfnisses so schwer wiegt, dass es seinem Recht auf einen wirksamen nationalen Rechtsbehelf gegen die Straftat zuwiderlaufen würde, den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens mit der Begründung abzulehnen, dass die Frist des § 408 Abs. 2 des Zivilprozessgesetzes 1915 abgelaufen ist. Das Urteil im Schadensersatzprozess, in dem er als Mörder bezeichnet wurde, kann keinen Bestand haben.“[141]

Der letzte Satz des Zitats macht die Wertung des Gerichts deutlich: Das Urteil, in dem der Cousin zu Unrecht als Mörder bezeichnet wurde, könne keinen Bestand haben – auch dann nicht, wenn der norwegische Gesetzgeber mit der Wiederaufnahmefrist explizit eine Einschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeit geschaffen und solche Fälle damit sehenden Auges in Kauf genommen hat, und auch dann nicht, wenn die Wiederaufnahme im Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung steht.

Im Strafprozess gibt es keine Wiederaufnahmefristen, und die Regelung des § 392 Nr. 2 strpl. ist so weitgehend, dass die Schaffung neuer ungeschriebener Wiederaufnahmegründe nicht notwendig ist. Der Preis dafür ist aber, dass eine Wiederaufnahme in sehr vielen Fällen in Betracht kommt und nach dem Wortlaut der Regelung gerade auch oft zuungunsten des Beschuldigten erfolgen könnte, nämlich immer dann, wenn neue Beweise vorliegen, die die Verurteilung wahrscheinlicher erscheinen lassen. Da auch wiederholte Wiederaufnahmeanträge zulässig sind, ist es möglich, dass Verurteilte wie im Baneheia-Fall immer wieder die Wiederaufnahme beantragen. Denkbar wäre es auch, dass die Strafverfolgungsbehörden unter Vorlage neuer Beweise die Wiederaufnahme wieder und wieder zuungunsten des Beschuldigten beantragen.

Dass trotz der hohen Zugänglichkeit der Wiederaufnahme und den geringen Anforderungen an Wiederaufnahmegründe

[140] *Hellqvist*, MschrKrim 2023, 197 (209).

[141] „Når situasjonen nå er at man i praksis kan se bort fra at han har begått drapet, og en annen person er tiltalt for handlingen, finner lagmannsretten at hensynet til hans behov for å bli renvasket veier så tungt at det ville stride mot hans rett til effektivt nasjonalt rettsmiddel mot krenkelsen å avvise begjæringen om gjenåpning med den begrunnelse at fristen i tvistemålsloven 1915 § 408 annet ledd er utløpt. Dommen i erstatningssaken som utpeker ham som drapsmann, kan ikke bli stående.“, Agder lagmannsrett, LA-2021-157502.

im norwegischen Recht das System im Wesentlichen funktioniert, liegt vor allem an den beteiligten Institutionen. Der von der Justiz unabhängigen Wiederaufnahmekommission wird im Grundsatz großes Vertrauen entgegengebracht, und auch der Staatsanwaltschaft wird zugetraut, gerechte Entscheidungen zu fällen und nur in Ausnahmefällen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten zu beantragen. Der Baneheia-Fall wird deswegen nicht nur als spektakulärer Mordfall angesehen, sondern die Tatsache, dass ein Unschuldiger eine 21-jährige Freiheitsstrafe verbüßen musste, gilt als großer Justizskandal. Die Tatsache, dass Viggo Kristiansen sich mehrfach um Wiederaufnahme seines Verfahrens bemühen musste, und die zögerliche Entscheidung für eine Wiederaufnahme durch die Kommission haben in der norwegischen Bevölkerung zu einem Vertrauensverlust geführt.

Interessanterweise scheint dieser Vertrauensverlust nicht so sehr die Ermittlungsbehörden und Gerichte im ursprünglichen Verfahren zu betreffen, sondern vor allem wird der Wiederaufnahmekommission vorgeworfen, dem Antrag auf Wiederaufnahme zu spät stattgegeben zu haben. Deshalb war ein zentrales Anliegen der Baneheiautvalget, das Verfahren vor der Wiederaufnahmekommission zu evaluieren. In ihrem ersten Zwischenbericht hat die Kommission nun auch verschiedene Änderungen vorgeschlagen, um Verfahren der Wiederaufnahmekommission zu beschleunigen und zu verbessern.[142] Insgesamt haben die vorgeschlagenen Verfahrensregeln den Zweck, das Vertrauen in die Wiederaufnahmekommission zu stärken. Darin zeigt sich, dass das norwegische Strafprozessrecht auf einem *institutionellen Vertrauen* basiert: Die Entscheidung über die Wiederaufnahme wird einer Institution übertragen, die unabhängig von den Justizbehörden agieren kann und der daher die Findung einer gerechten und unparteiischen Entscheidung zugetraut wird. Stellt sich eine Entscheidung dieser Institution als ungerecht heraus (oder als zu zögerlich), wird versucht, das Verfahren zu optimieren, um das Vertrauen in die Institution wieder zu begründen. Dies ist der Grund, warum in Norwegen als Reaktion auf den Baneheia-Fall nahezu ausschließlich formale und verfahrensbezogene Fragen diskutiert werden.

*2. Deutsches Recht*

Im deutschen Recht wird der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtskraft diametral gelöst. Den Vorrang hat grundsätzlich der durch Rechtskraft geschaffene Rechtsfrieden. Durchbrechungen im Namen der materiellen Gerechtigkeit sind nur in Ausnahmefällen zulässig. Das stellt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu § 362 Nr. 5 StPO, also der Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen zuungunsten des Freigesprochenen, klar heraus:

> „Die Korrektur eines Strafurteils mit dem Ziel, eine inhaltlich ‚richtigere' und damit materiell gerechtere Entscheidung herbeizuführen, lässt sich mit der von Art. 103 Abs. 3 GG getroffenen unbedingten Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit nicht vereinbaren. […] Der Zweck einer Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel erschöpft sich darin, eine mögliche Diskrepanz zwischen dem Inhalt eines Strafurteils und der materiellrechtlichen Wirklichkeit, die sich nachträglich offenbart, zu beseitigen. Soweit eine solche Wiederaufnahme vorgesehen ist, gibt der Gesetzgeber der materialen [sic!] Gerechtigkeit Vorrang vor der Rechtssicherheit. Dies läuft Art. 103 Abs. 3 GG zuwider. Die Rechtssicherheit, die durch das justizförmig zustande gekommene Urteil geschaffen wurde, erstreckt sich darauf, dass sie nicht durch das Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel infrage gestellt wird […]. Der Rechtsstaat nimmt die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung vielmehr um der Rechtssicherheit willen in Kauf […], namentlich auch dann, wenn diese Unrichtigkeit auf nachträglich hervortretenden Umständen beruht […]. Diese ziehen die Rechtsförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des vorausgegangenen Strafverfahrens nicht in Zweifel und begründen daher auch keinen schwerwiegenden Mangel der ergangenen Entscheidung. Deshalb zielt die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel nicht darauf, den Geltungsanspruch der ergangenen Entscheidung zu stärken, sondern stellt diese, im Gegenteil, zur Disposition. Aber gerade im Falle eines Freispruchs bedarf es der Autorität eines rechtskräftigen Urteils. Aufgabe und Funktion eines Urteils und dessen Rechtskraft bestehen darin, die Rechtslage zu dem für das Gericht maßgeblichen Zeitpunkt durch die Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Entscheidung verbindlich festzustellen und hierdurch Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen […]."[143]

Das Gericht geht somit davon aus, dass der Gesetzgeber in Art. 103 Abs. 3 GG eine Entscheidung für den Vorrang der Rechtskraft vor der materiellen Gerechtigkeit getroffen habe, die nur ausnahmsweise durchbrochen werden könne. Auch in Mordverfahren sei an dieser Wertung festzuhalten. Durch die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise werde der Geltungsanspruch des Urteils entkräftet und dieses könne seiner Funktion, Rechtsfrieden zu schaffen, dadurch nicht mehr nachkommen. Auch die herrschende Literatur hält die Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten aufgrund neuer Beweise überwiegend für verfassungswidrig.[144] Selbst dieje-

[142] NOU 2024: 24. Siehe dazu oben III. 2.

[143] BVerfGE 166, 359 (405 ff. Rn. 124 ff.).

[144] Siehe *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252 ff.); *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 219 ff.; *Bung*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 63 Rn. 35; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102 ff.); *Kaspar*, GA 2022, 21 (26 ff.); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (342 ff.); *Neumann*, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 655 (656 ff.); *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, Strafprozessordnung, Kommentar, 68. Aufl. 2025, § 362 Rn. 19 ff.; *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140 ff.); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90 f.); *Schneider*, ZJS 2024, 238 (244 ff.);

nigen, die das Ergebnis des Bundesverfassungsgerichts nicht teilen, räumen der Rechtskraft einen hohen Stellenwert ein und wollen Durchbrechungen nur in Ausnahmefällen zulassen, sehen in einem fehlerhaften Freispruch in einem Mordverfahren allerdings einen solchen Ausnahmefall.[145]

Diese Wertung des deutschen Gesetzgebers, der Rechtskraft im Grundsatz einen höheren Stellungwert beizumessen, führt dazu, dass sich die wissenschaftliche Diskussion in Deutschland zu einem großen Teil um die Frage dreht, in welchen Fällen eine Wiederaufnahme zulässig sein sollte. So wurde schon vor der Einführung von § 362 Nr. 5 StPO lange über einen entsprechenden Wiederaufnahmegrund diskutiert.[146] Auch sonst werden Umgestaltungen der Wiederaufnahmegründe häufiger vorgeschlagen.[147] Zwar gibt es auch Untersuchungen, die sich mit dem Wiederaufnahmeverfahren und der entsprechenden Praxis befassen.[148] Die Diskussion über die Wiederaufnahmegründe ist allerdings politisch und gesellschaftlich sehr viel prominenter als Vorschläge zur Reform einzelner Verfahrensregeln.

*3. Gründe für die unterschiedliche Gewichtung*

Wenn zwei demokratische Staaten[149], die ähnliche Werte haben, das Verhältnis von Rechtskraft und Gerechtigkeit diametral bewerten, wirft dies die Frage nach den Gründen für diese Abweichung auf. Der offensichtlichste Grund für die Unterschiede liegt in der rechtlichen Ausgestaltung der Regelungen. Während Deutschland mit Art. 103 Abs. 3 GG eine zumindest auf den ersten Blick uneingeschränkt geltende Regelung des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes hat, fehlt eine entsprechende Regelung in der norwegischen Verfassung (Grunnloven).

Dafür hat Norwegen im Gegensatz zu Deutschland das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK ratifiziert, das in Art. 4 eine Vorschrift zu ne bis in idem enthält. Nach Art. 4 Abs. 2 ZP7 zur EMRK ist die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zulässig, „if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings“, also bei neuen Tatsachen oder einem schweren Verfahrensfehler. Bislang hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht zwischen der Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten differenziert, sodass Regelungen wie § 362 Nr. 5 StPO oder § 393 Nr. 2 strpl. wohl nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung mit dem 7. Zusatzprotokoll zur EMRK vereinbar wären. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR die in vielen Ländern verbreitete Unterscheidung zwischen der Wiederaufnahme zugunsten oder zuungunsten des Beschuldigten in Zukunft bei der Auslegung des Art. 4 Abs. 2 ZP7 aufgreifen wird. Art. 50 Grundrechtecharta, der unter anderem ein innerstaatliches Ne-bis-in-idem-Recht enthält und unter bestimmten Voraussetzungen Durchbrechungen von diesem Grundsatz zulässt, gilt wiederum nur in Deutschland, nicht aber in Norwegen. Für die Vereinbarkeit des jeweiligen Strafprozessrechts mit höherrangigem Recht gelten somit in Norwegen und Deutschland unterschiedliche Maßstäbe.

Die Unterschiede gehen allerdings noch tiefer und offenbaren ein unterschiedliches Verständnis von Institutionen. Wie in der norwegischen Diskussion über den Baneheia-Fall deutlich geworden ist, wurde der Wiederaufnahmekommission großes Vertrauen entgegengebracht, die richtigen Entscheidungen zu treffen. Ist eine Institution unabhängig und mit fähigen Personen besetzt, kann – so offenbar die Logik in der norwegischen Gesellschaft – dieser Institution zugetraut werden, eine gerechte Entscheidung zu fällen. Geht man von einer solchen Vertrauensbasis aus, scheint es konsequent, der Institution einen großen Spielraum einzuräumen und die Wiederaufnahmegründe nicht allzu sehr zu limitieren. Entsprechende Tendenzen sieht man deutlich im norwegischen Wiederaufnahmerecht, das zugunsten des Beschuldigten eine Art Generalklausel enthält (§ 392 Abs. 2 strpl.). Tatsächlich ist dieser Ansatz eines institutionellen Vertrauens nicht nur in Norwegen verbreitet, sondern findet sich auch im EU-Recht, wo die Entscheidung über die Ausführung eines Europäischen Haftbefehls einer *unabhängigen* Justizbehörde übertragen ist, die aber den vollen unionsrechtlichen Spielraum zur Verfügung haben soll.[150]

In Deutschland steht man hingegen institutioneller Macht eher skeptisch gegenüber. Zwar haben auch hier die Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeiten Entscheidungsgewalt, allerdings wird diese durch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, der Individualbeschwerde zum EGMR und der Vorlage zum EuGH eingeschränkt. Eine unanfechtbare Entscheidung einer unabhängigen Behörde, wie sie die Wiederaufnahmekommission ist, ist im deutschen Rechtssystem nicht vorgesehen, da gegen alle behördlichen Entscheidungen Rechtschutz möglich sein muss. Generell versucht das deutsche Recht, große Entscheidungsspielräume zu vermeiden. Daher enthalten deutsche Gesetze typischerweise konkrete Vorgaben für eine ggf. notwendige Abwägung bzw. nehmen die Abwägung verschiedener Interessen vor-

*Schweiger*, ZfIStw 5/2022, 397 (398); *Singelnstein*, NJW 2022, 1058 (1058 f.); *Singelnstein*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1. 2024, § 362 Rn. 11 ff.; *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (14 ff.); *Tiemann* (Fn. 126), § 359 Rn. 21 ff.; *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

[145] Für die Verfassungskonformität von § 362 Nr. 5 StPO *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1155 ff.); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (382 ff.); *Letzgus*, NJW 2020, 717 (719); *Muckel*, JA 2022, 785 (785 f.); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158 ff.).

[146] Siehe dazu etwa *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (101 ff.).

[147] Zusammenfassende Nachweise bei *Arnemann*, NK 2023, 46 (56 ff.).

[148] Aus neuerer Zeit ist v.a. auf die empirische Studie von Altenhain/Bliesener/Volbert (Fn. 129) hinzuweisen.

[149] Laut dem Economist Democracy Index 2023 sind sowohl Norwegen (Platz 1) als auch Deutschland (Platz 12) vollständige Demokratien.

[150] Siehe dazu EuGH, Urt. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 (OG and PI); EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-396/22 (Generalstaatsanwaltschaft Berlin); *Albrecht/Schneider*, in: Lasagni/Contissa/Caianiello (Hrsg.), Facilitating Judicial Cooperation in the EU, 2025, S. 182 (215 ff.)..

weg. Die abschließende Aufzählung von Wiederaufnahmegründen in §§ 359 Nrn. 1–6, 362 Nrn. 1–5 StPO ist ein Beispiel für diese in Deutschland weit verbreitete Gesetzestechnik. Dies zeigt, dass in Deutschland eher dem Gesetzgeber vertraut wird als der einzelnen Institution.

Die Gründe hierfür dürften in der Geschichte Deutschlands zu finden sein. Die Erfahrungen der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Herrschaft haben der deutschen Bevölkerung eindrücklich vor Augen geführt, welche Gefahren bestehen können, wenn einer Institution zu viel Macht eingeräumt wird. Gerade die Nationalsozialisten haben die Rechtskraft von Urteilen aufgeweicht und Wiederaufnahmen aufgrund neuer Beweise zuungunsten des Beschuldigten in großem Ausmaß ermöglicht.[151] Das Grundgesetz, die Verfassung der sog. Bonner Republik, beruht daher auch auf dem Gedanken, die Macht der staatlichen Institutionen jeweils einer Kontrollinstanz zu unterwerfen. Dieser Gedanke wirkt auch auf die niedrigeren Ebenen fort und dürfte der Grund dafür sein, warum institutionelles Vertrauen einen viel geringeren Stellenwert hat als in Norwegen. Gleichzeitig rechtfertigt diese Historie Art. 103 Abs. 3 GG.[152]

Norwegen hingegen hat in den 120 Jahren seiner Eigenständigkeit keine vergleichbaren Erfahrungen gemacht. Das Recht der deutschen Besatzungsmacht wurde nicht als eigenes Recht aufgefasst, sodass das Gefühl, von den eigenen Institutionen verraten worden zu sein, nicht aufgekommen ist. Dabei mag es auch eine Rolle spielen, dass Norwegen ein sehr kleines Land ist und viele Institutionen näher am Einzelnen sind als in Deutschland. So sind etwa viele Professoren der Universität Oslo zeitweilig Mitglieder der Wiederaufnahmekommission gewesen, und auch die Baneheiautvalget wird von einem Professor aus Bergen geleitet. Solche persönlichen Kontakte können dabei helfen, Institutionen nahbarer erscheinen zu lassen und das Vertrauen in die Institutionen zu stärken.

## VI. Zusammenfassung

Die Wiederaufnahme von Mordverfahren wird auch in Norwegen intensiv diskutiert. Das norwegische Wiederaufnahmerecht zeichnet sich allerdings vor allem durch eine große Zahl an Wiederaufnahmegründen aus, die über den Katalog im deutschen Recht deutlich hinausgehen. So ist unter anderem auch die Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweise zuungunsten des Beschuldigten erlaubt, außerdem gibt es für die Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten eine Generalklausel. Dies zeigt, dass das norwegische Recht der Gerechtigkeit Vorrang vor der Rechtskraft einräumt, während es im deutschen Recht genau andersherum ist.

Auffällig ist zudem, dass die Norweger der Wiederaufnahmekommission ein großes Vertrauen entgegenbringen. Nur dieses institutionelle Vertrauen erklärt, warum das Gesetz der Kommission einen so weiten Spielraum einräumt. Durch die nach Ansicht vieler zu zögerliche Wiederaufnahme des Verfahrens gegen Viggo Kristiansen im Baneheia-Fall wurde dieses Vertrauen beschädigt. Die von der Baneheiautvalget vorgeschlagenen Maßnahmen dienen deshalb konsequenterweise dazu, dieses Vertrauen wiederherzustellen.

In Deutschland ist ein derartiges institutionelles Vertrauen nicht üblich, weshalb der Gesetzgeber die Wiederaufnahme durch einen limitierten Katalog von Wiederaufnahmegründen zu regulieren versucht. Wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 362 Nr. 5 StPO deutlich gemacht hat, steht hier die Rechtskraft im Vordergrund.

[151] 3. Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege v. 29.5.1943, RGBl. I 1943, S. 342, 345. Siehe dazu auch *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 2.

[152] BVerfGE 166, 359 (382 f. Rn. 64); *Frister* (Fn. 151), § 362 Rn. 2.

# „Metodología Jurídico-Penal“

## Die neukantianische Strafrechtsmethode James Goldschmidts und das nationalsozialistische Rechtsdenken*

Von **Leon Möller**, Berlin**

*Der vorliegende Beitrag widmet sich einer Vorlesung des Berliner Strafrechtlers James Goldschmidt zur „Metodología Jurídico-Penal“ (Strafrechtliche Methodik), die dieser zwischen Februar und April 1934 an der Universität Madrid gehalten hat.*[1] *Ein Jahr nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland litt Goldschmidt als Jude bereits unter erheblichen Repressionen in Deutschland*[2] *und suchte in Spanien nach einem neuen Wirkungsort.*[3] *Zeitgleich fand in seiner Heimat ein fundamentaler Umbruch statt, der sich auch in der juristischen und speziell strafrechtlichen Methodenlehre in einem von der nationalsozialistischen Ideologie dominierten Umgang mit dem (Straf-)Recht auswirkte. Als liberaler Neukantianer*[4] *repräsentierte Goldschmidt zudem die „alte“ Weimarer Ordnung und stand mithin in zweierlei Hinsicht im Konflikt mit der nationalsozialistischen „Unrechtsordnung“: als Jude und Liberaler. Vor diesem Hintergrund soll und muss die von Goldschmidt gehaltene Vorlesung betrachtet werden. Insofern sollen die Auffassungen Goldschmidts im Rahmen der Würdigung den Entwicklungen des NS-Rechts gegenübergestellt werden (dazu III.). Für ein besseres Verständnis des theoretischen Hintergrunds und dessen Wandel zur Zeit der Vorlesung wird jedoch zunächst kurz der philosophische und juristische Neukantianismus und dessen Destruktion durch den Nationalsozialismus erläutert (dazu I.), um dann die im Spanischen vorliegende Vorlesung Goldschmidts in Teilen inhaltlich darzulegen (dazu II.).*

*Ziel dieser Auseinandersetzung ist es zum einen, herauszustellen, inwieweit die Methode Goldschmidts dazu geeignet ist, einer Unterwanderung und Pervertierung des Rechts, wie sie in der NS-Zeit vonstatten ging, etwas entgegenzusetzen, zum anderen aber auch die Begleiterscheinungen einer sich vor der Einbeziehung gesellschaftlicher Veränderungen verschließenden Methode aufzuzeigen.*

### I. Neukantianismus

*1. Philosophischer Neukantianismus*

Nachdem der Beginn des Neukantianismus in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu verorten ist, wurde der philosophische Neukantianismus zwischen der Jahrhundertwende und dem Beginn des ersten Weltkriegs zu Deutschlands vorherrschender Universitätsphilosophie und innerhalb der Methodendiskussion der Weimarer Republik vor allem als Gegenströmung zu den zeitgenössischen Philosophien verstanden.[5] Seinen Ursprung hatte er in dem durch den wissenschaftlichen Positivismus bedingten Umbruch innerhalb der Philosophie und

* Für wertvolle Anregungen und ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung des Textes hat der *Verf.* insb. *Dr. Inga Schuchmann, Ansgar Pohl* und *Dr. Andreas Werkmeister* zu danken.

** Der *Verf.* ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Kollegforschungsgruppe „Reflexive Globalisation and the Law: Colonial Legacies and their Implications in the 21st Century“, ebenfalls an der Humboldt-Universität zu Berlin.

[1] Diese wurde 2022 in spanischer Sprache im Verlag „Ediciones Olejnik“, Santiago, Chile in der Reihe „Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal“ neu verlegt: *Goldschmidt*, Metodología Jurídico-Penal, 2022. Zuvor ist sie bereits 1935 bei Editorial Reus in Madrid erschienen.

[2] So wurde *Goldschmidt* 1933 das Publizieren verboten und seine Lehrtätigkeit in Berlin als erster Lehrender an der Fakultät im April 1933 durch die Nationalsozialisten beendet. Für das Sommersemester 1934 wurde er nach Frankfurt a.M. versetzt, wo er auf Grund von Feindseligkeiten seitens des Lehrkörpers auf die Lehre verzichtete. Er durfte nach seiner Rückversetzung nach Berlin seiner Tätigkeit als Professor nicht mehr nachgehen. Im Jahr 1935 wurde er schließlich zwangsemeritiert. Ende 1938 wurden seiner Frau und ihm letztlich die Dokumente für die Migration nach England ausgestellt. Siehe *Heger*, JZ 2010, 637 (637 f.); auch mit einer näheren Auseinandersetzung mit den erheblichen finanziellen Folgen für *Goldschmidt* siehe *Heger*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), Festschrift, 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 477 (486 f.).

[3] Das Vorhaben, *Goldschmidt* eine Lehrtätigkeit in Spanien zu ermöglichen, scheiterte jedoch mit dem Beginn des spanischen Bürgerkrieges, *Heger*, JZ 2010, 637 (638); *Heger* (Fn. 2), S. 487.

[4] Für die Zuordnung zum „liberalen Neukantianismus“ siehe *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, 2019, S. 56 f.; mit Hinweis auf eine fehlende Zuordnung zu einer der Schulen durch Zeitgenossen und Rezeption *Ziemann*, Neukantianisches Strafrecht, 2009, S. 104. Zur Verortung *Goldschmidts* im politischen Liberalismus etwa *R. Goldschmidt*, AcP 151 (1950), 363 (366).

[5] *Ziemann* (Fn. 4), S. 24. Warnend hinsichtlich einer zu historisierenden Betrachtung des Neukantianismus als Phänomen des Zeitgeistes *Flach*, in: Krijnen/Noras (Hrsg.), Marburger versus Südwestdeutsch, 2012, S. 9 (9 f.). Dabei wird die Betrachtung als „der“ Neukantianismus im Schrifttum zurecht kritisiert, siehe etwa *Wapler*, Werte und das Recht, Individualistische und kollektivistische Deutung des Wertbegriffs im Neukantianismus, 2008, S. 29; daran anknüpfend *Ambos* (Fn. 4), S. 69 f. Hinsichtlich der Schwierigkeiten bei der konkreten Bestimmung des Beginns des Neukantianismus siehe etwa *Wapler* (a.a.O.), S. 31; *Ollig*, Der Neukantianismus, 1979, S. 9. Zur Rolle als Gegenspielerin in der Weimarer Republik siehe *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, S. 304.

der damit einhergehenden Forderung nach deren eigenständiger Legitimation.[6] Als Folge dieser Entwicklung war es auch das Ziel des Neukantianismus, etwaigen Unzulänglichkeiten in der naturwissenschaftlichen Methode beim Übertrag auf die Geisteswissenschaften zu begegnen und dabei die Philosophie gegenüber der Erkenntnistheorie zu rehabilitieren.[7]

In der Erkenntnisphilosophie des Neukantianismus sind Grund und Erkenntnis vom Seienden nur über Ideen begreifbar, welche das sinnlich Erfahrbare transzendieren. Diese sind jedoch nicht wie bei Platon selbst als etwas Seiendes zu verstehen, sondern als ein „Ganzes von Prinzipien der Geltung“.[8] Diese Prinzipien stellen sich als begriffliche, logische Bedingungen dar, die einen „Gegenstandsbezug“ menschlichen Denkens und Handelns ermöglichen.[9] Es handelt sich somit um eine Philosophie der Prinzipien, die jeder Erkenntnis zugrunde liegen und die den Grund für die Erkenntnis in einer „durchgängigen Geltungsstruktur der Erkenntnis selbst“ sieht.[10] Der Neukantianismus folgt nach *Krijnen* Immanuel Kant, wenn er sich in seiner Methodik zur Bestimmung der Geltung zwischen „positivistischen Verkürzungen“ und „metaphysischen Spekulationen“ zu bewegen versucht[11] und metaphysische Elemente durch eine strikte Trennung von Geltung und Sein vermeiden will.[12]

Dabei wird der Neukantianismus in der Rezeption oftmals in zwei Hauptschulen unterteilt, den Südwestdeutschen und den Marburger Neukantianismus.[13] Der schnelle Aufstieg des Neukantianismus als Universitätsphilosophie ist wohl auf den Südwestdeutschen Neukantianismus zurückzuführen.[14] Dieser teilt sich nach *Ziemann* in eine „Wert- und Geltungstheoretische These“ und eine „Transzendentalphilosophische These“. Erstere besage, dass Wertungen zwar subjektiv und relativ erscheinen, jedoch implizit auf einen allgemeinen, mit einem Anspruch auf allgemeine Wahrheit versehenden Maßstab, den Wert, zurückgreifen. So können sie einen Anspruch auf objektive und absolute Geltung erheben.[15] Der Bezug auf Werte dient dabei dazu, die Objektivität des Erkennens sicherzustellen.[16] Hinzu tritt noch der Begriff der „Wertbeziehung“, welcher das Verhältnis zwischen dem Bewertungsmaßstab und dem bewerteten Objekt beschreibt.[17] Mit der „Transzendentalphilosophischen These“ soll dann der Anspruch der Wertung begründet werden. Mit einem Rückgriff auf Kant wird aufgezeigt, dass die Anerkennung der Geltung von Werten Voraussetzung dafür ist, überhaupt zu werten. Die transzendentale Geltung der Werte begründe sich dann im Bewusstsein des erkennenden Subjekts, dem „Normalbewusstsein“, dessen Grundsätze anerkannt werden müssten, wenn überhaupt etwas Geltung haben soll.[18] Die Gesetze des „Normalbewusstseins“, von Windelband „Normen“ genannt,

[6] *Holzhey*, in: Holzhey/Röd (Hrsg.), Geschichte der Philosophie, Band XII, 2004, S. 12 (29 f.); *Krijnen*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Hrsg.), Strafrecht und Neukantianismus, 2023, S. 1 (4); *Ziemann* (Fn. 4), S. 27 f.

[7] *Krijnen* (Fn. 6), S. 4; *Lepsius* (Fn. 5), S. 304; siehe hierzu auch *Holzhey* (Fn. 6), S. 31; *Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831–1933, 1983, S. 133 ff. Mit einer Betrachtung, die die Entwicklung des Neukantianismus beachtet und mit den (wissenschafts-)geschichtlichen Entwicklungen verbindet *Wapler* (Fn. 5), S. 34 ff.

[8] *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f.

[9] So *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f.; mit Darlegungen zur Herleitung über Platon und Kant, ebda. Vgl. zu Platon im Neukantianismus etwa *Holzhey*, in: Kobusch/Mojsisch (Hrsg.), Platon in der abendländischen Geistesgeschichte, 1997, S. 226; *Lembeck*, Platon in Marburg, Platon-Rezeption und Philosophiegeschichtsphilosophie bei Cohen und Natorp, 1994.

[10] So *Krijnen* (Fn. 6), S. 2 f., 7 f., erneut mit Darstellung zur Herleitung über die Transzendentalphilosophie *Kants*, ebda. Geltung ist dabei jedoch nicht im psychologischen Sinne zu verstehen, sondern vielmehr als eine logische, vom Empirischen gelöste Geltung, siehe hierfür *Windelband*, Einleitung in die Philosophie, 1. Aufl. 1914, S 211 f.; *Rickert*, System der Philosophie, 1921, S. 121 ff., insb. S. 124 f.; *Ziemann* (Fn. 4), S. 75 f. Nach *Flach* (Fn. 5), S. 12, ist Geltung im Neukantianismus als sowohl „grundlegende und durchgängige wie spezifizierende, artikulierende Bestimmtheit zu begreifen“, wobei sich dieses Begreifen auch selbst die Geltung sichern können müsse. Damit einher geht wohl auch die Ablehnung der Idee, dass die Erkenntnis als Abbildung der objektiven Wirklichkeit zu verstehen sei, dazu etwa *Wapler* (Fn. 5), S. 36. Vgl. auch *Krijnen* (Fn. 6), S. 8; *Lepsius* (Fn. 5), S. 305.

[11] *Krijnen* (Fn. 6), S. 8. Zur doppelten Stoßrichtung des Neukantianismus gegen Metaphysik und reinen Materialismus siehe etwa *Natorp*, Kant-Studien, Philosophische Zeitschrift 1912, 193 (198); *Wapler* (Fn. 5), S. 33.

[12] Zum Methodendualismus siehe etwa *Kohen*, Kants Begründung der Ethik, 2. Aufl. 1910, S. 137 ff.; *Wapler* (Fn. 5), S. 37 f.; im Übrigen *Krijnen* (Fn. 6), S. 9. Zur Kritik am Methodendualismus des Neukantianismus durch den Nationalsozialismus *Neumann*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), S. 365 (381 ff.).

[13] Diese Unterteilung wird jedoch teils auch kritisch betrachtet, siehe hierzu etwa *Wapler* (Fn. 5), S. 33.

[14] *Ziemann* (Fn. 4), S. 26 f. Zum gegenwärtigen Stand der Rezeption des Südwestdeutschen Neukantianismus siehe *Wapler* (Fn. 5), S. 24 f.

[15] *Windelband*, in: Bohr/Luft (Hrsg.), Präludien, Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte, 2021, S. 39 f.; *Ziemann* (Fn. 4), S. 71, 73.

[16] Nach *Rickert* liegt das Wesen der Werte, welche weder im Bereich der Objekte noch der Subjekte liegen, vielmehr in ihrer Geltung, es handelt sich somit um einen transzendentalen Wertbegriff; siehe *Rickert*, in: Bast (Hrsg.), Philosophische Aufsätze, 1999, S. 3 (13 ff.); *Rickert* (Fn. 10), S. 121 ff., insb. 127; *Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 6. und 7. Aufl. 1926, S. 86; *Ziemann* (Fn. 4), S. 74.

[17] *Rickert* (Fn. 16 – Kulturwissenschaft), S. 95; *Ziemann* (Fn. 4), S. 76.

[18] *Ziemann* (Fn. 4), S. 77, mit dem Hinweis, dass sprachlich „Normal“ hier als „normativ“ zu verstehen sei, ebda., Fn. 378; siehe auch *Wapler* (Fn. 5), S. 65 f.

seien die „Prinzipien der Beurteilung“ und dabei mit einem (logischen) Sollen verbunden.[19]

Im Vergleich zum Südwestdeutschen Neukantianismus wandte sich der Marburger Neukantianismus mehr der Methode zu und setzte sich mit der logischen und methodischen Formalität auseinander. Dies erfolgte insbesondere im Werk Cohens mit einem Fokus auf der Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnis.[20] Die von *Cohen* dargelegte transzendentale Methode, eines der Kernstücke des Marburger Neukantianismus, beruht auf der Annahme, dass die Erfahrungen gegeben sind und diejenigen Bedingungen zu bestimmen sind, auf denen diese beruhen und sie erst ermöglichen. Dies geschieht durch eine Bedingung in einer Weise, „dass dieselbe als *a priori* giltig angesprochen, dass strenge Nothwendigkeit und unbeschränkte Allgemeinheit ihr zuerkannt werden kann […]“. Bedingungen stellen insofern die konstituierenden Merkmale des Begriffs der Erfahrung dar, aus welchem dann der Erkenntniswert der „objektiven Realität“ hergeleitet werden kann.[21] Maßgeblich für den Marburger Neukantianismus war, mitunter durch ein persönliches Näheverhältnis, auch die Auseinandersetzung mit der Gesellschaftslehre des demokratischen Sozialismus und dem Begriff der Ethik.[22]

*2. Juristischer Neukantianismus*

Im frühen 20. Jahrhundert wurde der Neukantianismus auch in der Rechtswissenschaft aufgegriffen. Jedoch bietet bereits der Begriff des „Juristischen Neukantianismus“ als solcher Raum für Fragen nach Definition und Eingrenzung.[23] Hinzu kommen Unschärfen in der juristischen Rezeption des Neukantianismus in der Weimarer Republik.[24] Dies ist wohl als Indiz für die Schwierigkeiten des Übertrags einer vielfältigen philosophischen Strömung in das System der Rechtswissenschaft zu sehen.

Unabhängig von der näheren Begriffsbestimmung des juristischen Neukantianismus werden jedoch gemeinhin eine Reihe einflussreicher Juristen des frühen 20. Jahrhunderts als Neukantianer geführt.[25] Diese beeinflussten verschiedene (straf-)rechtstheoretische Diskurse, wie etwa die Methodendiskussion im Allgemeinen, die normative Schuldlehre und die Rechtsgutslehre im Sinne des Neukantianismus.[26] Dabei ermöglichte der Neukantianismus, ebenso wie der Philosophie, auch der Rechtswissenschaft, sich ihres eigenen Wissenschaftscharakters zu versichern.[27]

*3. Der Niedergang des Neukantianismus*

Zur Kontextualisierung der Vorlesung Goldschmidts ist nun kurz auf das Ende des Neukantianismus im wissenschaftlichen Diskurs des 20. Jahrhunderts einzugehen. Wann genau der philosophische Neukantianismus endete, ist nicht absolut

[19] *Ziemann* (Fn. 4), S. 77 ff.

[20] *Flach* (Fn. 5), S. 13; siehe auch *Lepsius* (Fn. 5), S. 305.

[21] *Cohen*, Kants Begründung der Ethik, 1. Aufl. 1877, S. 24; ebda. kritisiert *Cohen* zudem an Kant, dass er das „transscendental-*a priori“* nicht konsequent genug von einem „metaphysischen *a priori“* trenne; *Müller*, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus, 1994, S. 32 ff.

[22] *Lepsius* (Fn. 5), S. 305 f.; *Lübbe*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 45 (1958), 333; *ders.*, in: Ollig (Hrsg.), Materialien zur Neukantianismus-Diskussion, 1987, S. 219; *Sandkühler*, in: Sandkühler/de la Vega (Hrsg.), Marxismus und Ethik, 1974, S. 7. Zu einem Hinweis auf die unzureichende Rezeption hinsichtlich der Ethik im Marburger Neukantianismus siehe *Wapler* (Fn. 5), S. 24 f. Hinsichtlich der Ethik bei *Cohen* und *Stammler* etwa *Müller* (Fn. 21), S. 39 ff., 72 ff.

[23] Kritisch hinsichtlich der Begriffsbestimmung im Juristischen Diskurs *Krijnen* (Fn. 6), S. 24; *Wapler* (Fn. 5), S. 23, 147 f., insb. 154.

[24] Diesbezüglich insb. *Lepsius* ([Fn. 5], S. 335), welcher als Beispiel dem Begriff des „staatsrechtlichen Positivismus“ in der Weimarer Zeit den Begriff des „staatsrechtlichen Neukantianismus“ gegenüberstellt und eine unzureichende Auseinandersetzung mit dem Neukantianismus und der Breite seiner Schulen attestiert.

[25] Im Allgemeinen und m.w.N. siehe *Lepsius* (Fn. 5), welcher etwa auf Gustav Radbruch als „an erster Stelle zu nennen[den]“ neukantianischen Juristen abstellt (S. 320 ff.) und auf Hans Kelsen als Neukantianer einer Kategorie *sui generis* näher eingeht (S. 324 ff.) Darüber hinaus ordnet er Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hugo Preuß, Walter Jellinek, Friedrich Giese, Hans Nawiasky (S. 329 ff.), aber auch Max Ernst Mayer als Rechtsphilosophen (S. 320, Fn. 49) dem Neukantianismus zu. Als Vertreter aus dem Bereich des Strafrechts führt *Ziemann* ([Fn. 4], S. 103 ff.) zudem ebenfalls Mayer und Radbruch auf, darüber hinaus aber auch Erik Wolf, Max Grünhut, Erich Schwinge, Alexander Graf zu Dohna, Richard M. Honig, August Hegler, Wilhelm Sauer, Hermann Kantorowicz, Edmund Mezger, Thomas Würtenberger Senior, Eberhard Schmidt und Helmut Mittasch, aber auch Goldschmidt. Für eine nähere Auseinandersetzung mit einigen Vertretern im Bereich des Strafrechts insb. die Beiträge in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), aber auch bei *Ziemann* (Fn. 4), S. 106 ff.

[26] Zur Rolle der Wertphilosophie in der Methodendiskussion im Allgemeinen *Wapler* (Fn. 5), S. 147; zur normativen Schuldlehre etwa *Wachter*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), S. 339 (339 ff.); hinsichtlich der Rolle *Goldschmidts* bei der Ausarbeitung der normativen Schuldmerkmale, *ebda.*, S. 347. Zur Rechtsgutslehre etwa exemplarisch *Wolfgang Wohlers*, in: Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Fn. 6), S. 285; Zur Kritik der NS-Juristen an dieser Lehre siehe *Neumann* (Fn. 12), S. 376 ff.

[27] *Krijnen* ([Fn. 6], S. 14), welcher zudem davon ausgeht, dass so auch einem zu starken Einfluss von Empirismus und Positivismus aus der zeitgenössischen Philosophie entgangen werden konnte, ebda., S. 13; wobei *Lepsius* ([Fn. 5], S. 333) davon ausgeht, dass ein Teil der Attraktivität des Neukantianismus für die Rechtswissenschaft in methodischer Hinsicht darin lag, dass er zwar eine wissenschaftliche Methode zur Erkenntnis des Rechts angeboten habe, ohne jedoch die Befolgung einer strengen wissenschaftlichen Methode einzufordern, die mit der Reduzierung der Wirklichkeitserfassung oder der Trennung von Recht und Politik verbunden wäre.

zu bestimmen, für den Marburger Neukantianismus kann jedoch davon ausgegangen werden, dass sich dieser auf die Zeit vor 1918 beschränkte.[28] Dagegen konnte sich die Südwestdeutsche Schule trotz des Todes von Lask und Windelband im Jahre 1915 bis zum Ende der Weimarer Republik halten. Mit dem Jahr 1933 war jedoch das Ende des philosophischen Neukantianismus im Allgemeinen erreicht.[29]

Richtet man den Blick auf den juristischen Neukantianismus und hier vor allem auf den Bereich des Strafrechts, so ist ebenfalls eine letale Zäsur im Jahr 1933 erkennbar.[30] Besonders eklatant ist hier, wie auch im Bereich der Philosophie, die persönliche Verfolgung seiner Vertreter. Neben Goldschmidt wurden auch weitere neukantianisch geprägte Rechtswissenschaftler von ihren Lehrstühlen entfernt und teils vertrieben.[31] Jedoch gab es auch Neukantianer, die sich mit dem NS-System arrangierten oder es sogar mitgestalteten.[32] Dem geschuldet kam im wissenschaftlichen Diskurs die Frage auf, inwieweit die NS-Ideologie und der juristische Neukantianismus im Bereich des Strafrechts miteinander verbunden waren.[33] *Wapler* arbeitet zu dieser Frage mit zwei Thesen, zum einen mit der Aussage *Radbruchs*, der Positivismus habe die Juristen wehrlos gemacht, und zum anderen mit der Feststellung von *Lepsius*:

> „Wer Kantianer war, konnte nicht Nationalsozialist werden.“[34]

Erstere leide jedoch unter einem (inzwischen weitläufig als solchen anerkannten) Fehlschluss, denn Positivisten als Werterelativisten waren keineswegs unpolitisch und insofern indifferent hinsichtlich des Rechtsinhalts, sondern gingen nur davon aus, dass sich absolute Werte nicht ermitteln ließen und vielmehr auf den politischen Diskurs gesetzt werden sollte. Dies galt gerade auch in Abgrenzung zur Aushebelung der demokratisch erlassenen Gesetze unter Zuhilfenahme der nationalsozialistischen Ideologie.[35] Nach *Wapler* habe nicht der mit dem Neukantianismus in Verbindung gebrachte Positivismus das Recht wehrlos gemacht, sondern der Umstand, dass das positive Recht von antidemokratischen Juristen der Zeit nicht gegen die Übernahme durch ein antipositivistische Ideologie verteidigt wurde.[36] Hinsichtlich der zweiten These wird von *Wapler* eingewandt, dass teils auch ein neukantianisch geprägter Kollektivismus vertreten worden war, welcher dem NS-Rechtsdenken vergleichsweise nahe stand und bei dem lediglich der Methodendualismus überwunden werden musste. Auch wenn dabei die Trennung von Sein und Sollen aufgegeben wurde und nach *Lepsius* damit auch der Neukantianismus, argumentiert *Wapler*, dass ihre vorherige Zugehörigkeit zu diesem Neukantianer zumindest nicht immunisiert habe.[37] Grundsätzlich sei der methodische Ausgangspunkt wohl kaum in der Lage, weltanschauliche Grundüberzeugungen festzuschreiben, dieser würde vielmehr beim Wechsel der Grundüberzeugung ersetzt.[38]

Abschließend ist jedoch festzustellen, dass nicht kategorisch von einer Weiterentwicklung zur Ideologie des Nationalsozialismus ausgegangen werden kann, sondern die erstarkende NS-Ideologie keinen Raum für die weltanschauliche Neutralität des juristischen Neukantianismus ließ.[39] Dabei kann mit den Worten *Neumanns* gesagt werden, dass „[d]er Neukantianismus […] das Opfer einer dominanten politischen Ideologie, nicht einer überlegenen Philosophie“ geworden ist.[40]

---

[28] *Holzhey* (Fn. 6), S. 40; *Sieg*, Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus, 1994, S. 15, 463 ff.

[29] So auch *Holzhey* (Fn. 6), S. 41.

[30] Etwa *Ziemann* (Fn. 4), S. 130 ff.

[31] Zu nennen sind etwa Ernst Cassirer und Siegfried Marck und im Strafrecht vor allem Max Grünhut, Gustav Radbruch, Hermann Kantorowicz und Richard Honig, siehe hierzu m.w.N. *Neumann* (Fn. 12), S. 366; *Ziemann* (Fn. 4), S. 131; unter Einbeziehung vertriebener philosophischer Vertreter des Neukantianismus *Wapler* (Fn. 5), S. 23.

[32] Als Neukantianer, welche sich mit dem NS-System arrangierten und ihre Ämter behalten konnten, zählt *Ziemann* ([Fn. 4], S. 132) Erik Wolf, Erich Schwinge und Edmund Mezger auf; während *Wapler* ([Fn. 5]) sich kritisch mit Julius Binder (S. 250 f.), Wilhelm Sauer (S. 251 f.), Georg Dahm (S. 253 f.), Carl August Emge (S. 254 f.) und ebenfalls Schwinge (S. 254) auseinandersetzt. Hinsichtlich des teils nur differenziert zu bestimmenden Verhältnisses zum NS-Recht siehe etwa *Ambos* ([Fn. 4], S. 60 ff.) zu Schwinge und Leopold Zimmerl.

[33] Jüngst nach Einschätzung von *Ambos* eine solche Verbindung bejahend *Zaffaroni*, Doctrina Penal Nazi, 2017, insoweit ist auf das entsprechende Kapitel im Werk von *Ambos* ([Fn. 4], S. 56 ff., insb. S. 56 f.) zu verweisen.

[34] *Wapler* (Fn. 5), S. 255 ff.; *Lepsius* (Fn. 5), S. 341; *Radbruch*, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946), 105 (107).

[35] *Wapler* (Fn. 5), S. 256.

[36] Ebda., S. 257 f., mit Vergleichen zu *Lepsius*, Ius Commune 1995, 283 (308) und *Knobelsdorf/Wapler*, Forum Recht 1/1996, 76 (78); ebenfalls mit einer Ablehnung der These Radbruchs siehe etwa *Dreier*, in: Haller/Kopetzki/Novak/Paulson/Raschauer/Ress/Wiederin (Hrsg.), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, 1997, S. 193 (213 ff.). Hinsichtlich der Frage des Werterelativismus im Verhältnis zum Nationalsozialismus siehe *Ambos* (Fn. 4), S. 78 ff.; hinsichtlich des Antipositivismus des NS-Rechts siehe m.w.N. auch *Ambos* (Fn. 4), S. 83 ff.

[37] *Wapler* (Fn. 5), S. 258. *Ambos* ([Fn. 4], S. 80 f.) geht davon aus, dass im „absolutistisch-kollektivistischen Wertbegriff des südwestdeutschen Neukantianismus der Keim der materialen Wertlehren“ gefunden werden könne, der Übergang jedoch weder zwingend noch linear gewesen sei und verweist an dieser Stelle auf die Verfolgung neukantianischer Wissenschaftler und die methodischen Unterschiede, insb. hinsichtlich der „wertrelativistisch-pluralistischen Variante“ Radbruchs. *Wapler* ([Fn. 5], S. 259 ff.) setzt sich später ebenfalls mit dem erheblichen Stellenwert des Kollektivismus unter den Gründen für die Hinwendung einiger Neukantianer zum Nationalsozialismus auseinander.

[38] *Wapler* (Fn. 5), S. 258 f.

[39] *Ambos* (Fn. 4), S. 75.

[40] *Neumann* (Fn. 12), S. 366. Insofern ist für eine umfassende

## II. „Metodología Jurídico-Penal“

Im Folgenden soll der Inhalt von Goldschmidts Vorlesung in Madrid in den für die folgenden Überlegungen erheblichen Teilen dargestellt werden.

Für *Goldschmidt* ist die strafrechtliche Methode in der Rechtsnatur des Strafrechts verwurzelt, welche auf dem von *Goldschmidt* insbesondere mit *Feuerbach* in Verbindung gebrachten Grundsatz „nulla poena sine lege“ beruht.[41] Dieser sei – obgleich vielfach positiviert und für die Aufrechterhaltung der Methode unverzichtbar – zur damaligen Zeit unter Beschuss geraten. Eine Legitimation des Grundsatzes über das positive (Straf-)Recht selbst sei dabei nicht allein möglich, doch könne dies ggf. über öffentliche rechtliche Erwägungen („derecho público“) geschehen, welche bei *Goldschmidt* wohl als Begründung der Strafe selbst zu verstehen sind.[42] Im Rahmen der Suche nach einer Legitimation sieht *Goldschmidt* das Wesen des Strafrechts darin, die erlaubten von den verbotenen Handlungen zu trennen und zugleich mit der Strafe, dem einzigen Mittel, das dem Recht zur Verhinderung von verbotenen Handlungen offenstehe, Gegenimpulse zu setzen. Insoweit beruhe auch die generalpräventive Theorie des psychischen Zwangs *Feuerbachs* auf diesem Grundsatz. Aber auch die Normtheorie *Bindings* gelange zur Notwendigkeit des Bestands eines fest im Gesetz bestimmten Typus vor der Begehung der Tat, wenngleich die Frage bestehen bleibe, ob vor Begehung einzig die Tat oder auch die Bestrafung feststehen müsse.[43] Einzig die Spezialprävention komme nach *Goldschmidt* auch ohne den Grundsatz aus, welcher jedoch etwa durch *v. Liszt* dennoch aus rechtsstaatlichen Erwägungen aufrechterhalten wurde.[44] Hinsichtlich der Frage, ob die Strafe oder nur die Tat vor der Begehung feststehen müsse, bestehe sowohl in Spanien als auch in Deutschland zum Zeitpunkt der Vorlesung eine Diskrepanz zwischen den Strafgesetzbüchern, die die Festlegung der Strafe fordern, und den Verfassungen, die die vorherige Bestimmung der Tat genügen lassen. Da es aber bei der Rechtsauslegung regelmäßig nur um die Auslegung des Rechtstyps, also dem gesetzlichen Tatbestand gehe, sei das Erfordernis der gesetzlichen Bestimmung des Typus („legalidad del tipo“) nach *Goldschmidt* ausreichend, um die Anwendung der strafrechtlichen Methode zu legitimieren.[45] Anders sehe es jedoch aus, wenn man erneut mit *Bindings* Normentheorie davon ausgehe, dass die Rechtswidrigkeit einer Tat nicht auf der Übereinstimmung mit einem Rechtstypus beruhe, sondern aus Normen außerhalb des Strafrechts abgeleitet werden kann. Dem folgend könne es ausreichen, wenn die Handlung durch eine beliebige Norm der Rechtsordnung verboten ist, um strafbar zu sein, „nulla injuria sine lege“. Es könne sogar ausreichen, dass seitens der Täter ihre Tat für verbotswürdig gehalten wird. Verbote außerhalb des Strafrechts seien jedoch selten so klar wie die des Strafrechts und eine Feststellung der Strafbarkeit insoweit über diese nicht mit Sicherheit möglich. Zudem komme der Gesetzgeber regelmäßig erst dann zu einer klaren Formulierung eines Verbots, wenn er eine Tat unter Strafe stellt. Dass jedoch die Rechtswidrigkeit zuweilen dennoch ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands sei, liege am Bestand von Rechtfertigungsgründen außerhalb des Strafrechts,[46] während das Merkmal „unrechtmäßig“ als Merkmal dafür diene, dass ein Gebot außerhalb des Strafrechts die Begehung der Tat nicht erlauben darf. In jedem Fall beschränke sich das Strafrecht jedoch nicht darauf, die Rechtswidrigkeit über „Regeln von außerhalb“ zu bestimmen. Wenn insoweit der Zweck der Typisierung der Rechtswidrigkeit von Taten im Strafrecht darin bestehe, die strafrechtliche Rechtswidrigkeit einfach, klar und präzise zu bestimmen, könne es nicht genügen, dass die Handlung verbotswürdig war und dies von den Tätern erkannt wurde. Daraus ergebe sich auch, dass eine juristische Methode für die Auslegung der strafrechtlichen Rechtsnormen notwendig und legitim sei.[47]

Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit der Frage der Strafzumessung[48] geht *Goldschmidt* sodann davon aus, dass das zuvor Gesagte zeige, dass „nulla poena sine lege“ nicht nur im öffentlichen Recht, also für ihn in der Begründung des Strafens, sondern auch im Strafrecht selbst begründbar ist. Wobei er hier unter Strafrecht nicht wie zuvor oben vom positiven Strafrecht auszugehen scheint, sondern vielmehr auf das Wesen des Strafrechts anspielt.[49]

Nach diesen einleitenden Überlegungen fragt *Goldschmidt* nach dem Zweck und den Mitteln der strafrechtlichen Methode. Wenn das Strafrecht zur Verteidigung des Sozialen diene und dies eine juristische Aufgabe sei, müsse das Ziel der strafrechtlichen Methode die Anwendung des Strafrechts, also die Subsumtion einer Handlung unter einen Rechtstypus sein. Als Mittel diene die Feststellung des anzuwendenden Rechts mitsamt dessen Inhalt und des Rechtstyps, unter den eine Handlung fällt, aber auch die Feststellung der Merkmale, die der Typus umfasst.[50] Wenn nach der Feststellung des ggf. einschlägigen Rechts[51] keine Zweifel mehr an dessen Anwendbarkeit bestünden, könnten Fragen hinsichtlich des Inhalts des fraglichen Rechts aufkommen. Als solche unterscheidet *Goldschmidt* die Frage nach der Auslegung eines Gesetzes und der Kritik einer Theorie. Bei Letzterem handele es sich aber auch um eine Auslegungsfrage, da die Rechtstheorien dem Richter bei der Auslegung der Gesetze, insbesondere des Allgemeinen Teils, helfen sollen. Bei der Auslegung selbst, welche insbesondere im Besonderen Teil notwendig werde, könnten Zweifel hinsichtlich der Subsumtion einer Handlung unter einen gesetzlichen Straftatbe-

Analyse des Verhältnisses zwischen Neukantianismus und NS-Recht mit einer umfassenden Darstellung der dem Neukantianismus entgegengebrachten Kritik durch NS-Juristen ebenfalls auf *Neumann* ([Fn. 12]) zu verweisen.

[41] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 13.
[42] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 14.
[43] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 14 f.
[44] *Goldschmidt* (Fn. 1), S.14.
[45] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 15.
[46] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 15 f.
[47] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 16.
[48] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 17.
[49] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 17.
[50] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 19.
[51] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 21 ff.

stand aufkommen. Im Hinblick auf die Interpretationsmethoden würde eine rein grammatikalische Auslegung bloße Hinweise mit dem tatsächlichen Inhalt der Norm verwechseln, was das Zusammenspiel anderer Methoden nötig mache. Als solche komme die Erforschung der Ziele des Gesetzgebers, die historische Auslegung und die modernisierende Auslegung, also die Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Überzeugungen vom Zweck der Vorschrift, in Betracht. Die als „teleologische Auslegung“ bezeichnete Interpretation betone oftmals ausschließlich Ziele des Gesetzgebers, was zur historischen Auslegung zurückführe. Würde jedoch in diesem Rahmen explizit von den Zielen des Gesetzes im Vergleich zu den Zielen des Gesetzgebers gesprochen, würde die teleologische Auslegung „Ziel“ und „Bedeutung“ verwechseln. Ziele seien objektivierte Absichten, welche nur Menschen, nicht aber Gesetze haben könnten. Das wiederum würde bedeuten, dass es sich bei dieser Form der teleologischen Auslegung tatsächlich um eine modernisierende Auslegung handele.[52] Jedoch trete im Strafrecht eine Einschränkung der Auslegung durch den „nulla poena sine lege“-Grundsatz hinzu. Eine modernisierende Auslegung zum Nachteil der angeklagten Person im Strafrecht sei durch den Grundsatz gerade nicht möglich. Bei dem durch den Grundsatz verbotenen Analogieschluss handele es sich nach *Goldschmidt* nämlich nicht wie gemeinhin angenommen um eine Schlussfolgerung aus dem gesamten Gesetz, sondern tatsächlich erneut um eine modernisierende Auslegung.[53]

Im Vergleich zur Auslegung müsse eine Rechtstheorie drei spezifische Anforderungen erfüllen. Erstens müsse sie einfach in der Anwendung sein, zweitens müsse sie kongruent sein, also keine inneren Widersprüche aufweisen, und schließlich müsse eine Rechtstheorie fruchtbar sein, also bei der Anwendung in der Praxis zu einem anderen Ergebnis führen als andere Theorien.[54]

Hinsichtlich der Typizität in der Rechtsanwendung geht *Goldschmidt* davon aus, dass die besonderen Merkmale eines Rechtstyps nur in Bezug auf eine bestimmte Straftat untersucht werden können. Da allgemeine Merkmale wie etwa Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuldfähigkeit nur im Konkreten behandelt werden können, müssen die Rechtstypen dann bereits bekannt sein. Folgt man einer logischen Methode, müssten zudem alle existierenden Rechtstypen herangezogen und auf ihre Anwendbarkeit hin überprüft werden. Dies sei jedoch auf praktischer Ebene nicht möglich. Als Ausweg hieraus sieht *Goldschmidt* die Intuition als Hilfe bei der Auswahl, deren Ergebnisse nicht durch wissenschaftliche Mittel bestimmt werden, deren Erfolg jedoch durch Wissen und Praxis gefördert werde. Die Rechtswissenschaft werde insoweit zur Kunst. Die Intuition leite jedoch nur den Intellekt und im Folgenden müsse dann aus den berücksichtigten Rechtstypen logisch der Richtige ausgewählt und dessen Anwendbarkeit unanfechtbar nachgewiesen werden.[55]

[52] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 25 f.
[53] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 26.
[54] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 26 f.
[55] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 29 f.

*Goldschmidt* stellt daran anschließend noch eine Reihe weiterer Überlegungen vor,[56] bevor er in einem technischen Teil konkrete Hinweise gibt, wie an die Bearbeitung eines strafrechtlichen Falls heranzugehen sei und schließlich in einem Appendix drei Übungsfälle mit Musterlösungen vorlegt.[57]

### III. Würdigung

Wie zuvor bei *Goldschmidt*, soll hier zu Beginn über die von ihm vorgelegte Herleitung der strafrechtlichen Methode gesprochen werden. Wenn *Goldschmidt* die strafrechtliche Methode über die Rechtsnatur des Strafrechts und damit über den „nulla poena sine lege“-Grundsatz herleitet, steht fest, dass dieser und damit das Gesetzlichkeitsprinzip im Allgemeinen eine besondere Rolle in der strafrechtliche Methode *Goldschmidts* einnimmt. Zugleich wird der strafrechtlichen Methode auch eine naturrechtliche oder metaphysische Herleitung verwehrt und wenn diese darüber legitimiert wird, dass der Zweck der Typisierung in der positiven Festsetzung der Rechtswidrigkeit liegt. Für ihn genügt es also gerade nicht, dass die Handlung als verbotswürdig verstanden wird bzw. werden kann, wodurch auch kein Rückgriff auf über dem Gesetz stehende Konstrukte möglich ist. Vor dem Hintergrund seiner Zeit ist in dieser Herleitung über das gesetzte Recht nicht nur eine, zumindest im Ergebnis wohl bestehende Übereinstimmung mit der Metaphysikkritik und der Suche nach einer Geltungsgrundlage des Neukantianismus zu sehen, sondern auch ein Konflikt mit dem NS-Rechtsverständnis und dessen Anpassung des Strafrechts an außerrechtliche Faktoren, wie einen vermeintlichen Willen des Volkes oder den sog. Führerwillen.[58] Denn zeitgleich gingen Stimmen in der NS-Literatur davon aus, dass der Richter bei Zweifelsfragen nicht mehr frei in der Würdigung des gesetzten Rechts sein sollte, sondern an die Werte des „völkischen Führerstaates“ gebunden.[59] Zumal in *Schmitts* konkreten Ordnungs-

[56] Diese erstrecken sich im Verlauf der Darstellung in *Goldschmidt* ([Fn. 1]) auf die Auseinandersetzung mit der Definition der Straftat durch die Wissenschaft (S. 30), Belings Theorie im Hinblick auf die „Typizität“ (S. 30), die Frage der Herangehensweise bei der Anwendung von Merkmalen einer konkreten Straftat auf eine bestimmte Handlung (S. 30 f.), die Zulässigkeit von subjektiven und normativen Elementen in der Rechtswidrigkeit (S. 31 ff.), gemischte Gesetze (S. 33), Unterlassungsdelikte (S. 34 ff., 39 ff.), Kausalität (S. 38) und die Strafbarkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld (S. 37, 41 ff.).
[57] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 53–73.
[58] *Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, S. 18 ff., erkennt hier einen Konflikt zwischen der mit dem an nationalsozialistischen Grundsätzen orientierten objektiven Auslegung und der subjektiven Auslegung nach dem Führerwillen. Zur Auflösung des Konflikts siehe auch *Ambos* (Fn. 4), S. 38 ff. m.w.N.
[59] *Schröder* (Fn. 58), S. 34 ff. Dies bedeutete nach *Schröder* jedoch nicht, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber dem Richter nicht große Freiräume einräumte, ebda. Explizit zur Einschränkung der Freiheit des Strafrichters und seiner Rolle

denken das Ziel aufgegeben wurde das Recht durchgehend zu normieren. Dies wurde von den Strafrechtlern *Dahm* und *Schaffstein* aufgegriffen und unter Ablehnung abstrakter Begriffe im Strafrecht von diesen zur Idee der sog. Wesensschau weiterentwickelt.[60] In diese Linie reiht sich auch die vom Regime unterstütze Tätertypenlehre ein.[61] In der Vorstellung *Freislers* entfernt sich das Recht sogar so weit vom gesetzten Recht, dass ein etwaiges nationalsozialistisches StGB nur als Leitbild für den Richter fungieren soll; Gedanken die auch schon 1935 bei *Dahm* anklangen.[62]

Ebenso lassen sich Indizien für eine Nähe von *Goldschmidts* Methodentheorie zum Neukantianismus hinsichtlich der Idee der Geltung finden. So setzt *Goldschmidt* in seinen Überlegungen zur Intuition eine logische juristische Methode voraus. Eine solche juristische Methode würde sich durch bestimmte, dem juristischen Erkenntnisgewinn (hier wohl der Subsumtion unter ein Gesetz) eigentümliche Prinzipien auszeichnen, welche jedem Erkenntnisgewinn vorausgehen und von *Goldschmidt* in seiner Begründung der Methode angedeutet wurden. Zugleich begründet *Goldschmidt* mit seiner Begrenzung auf das gesetzte Recht und der auf diesem aufbauenden Methode gerade wie der Neukantianismus alles Seiende (hier wohl wieder die juristische Entscheidung im Sinne einer Subsumtion unter das Recht) über die Geltung (also die Möglichkeit einer Herleitung aus der von äußeren Einflüssen befreiten, logischen juristischen Methode).[63] Eine umfassende Parallelität ist dabei nicht anzunehmen, dennoch wird eine Beeinflussung des Denkens *Goldschmidts* durch den Neukantianismus sichtbar. Insoweit ist der Zuordnung *Goldschmidts* zum Neukantianismus (dazu oben Fn. 4) auch hinsichtlich der Grundstruktur seiner Methode zu folgen.

Darüber hinaus scheint das Verständnis *Goldschmidts*, dass es sich bei den juristischen Theorien bzw. bei der Auseinandersetzung mit diesen unmittelbar auch um eine Auslegungsfrage handelt, durchaus ergiebig zu sein. Grundsätzlich kann wohl angenommen werden, dass es sich bei den juristischen Theorien um eine Zwischenabstraktionsebene zwischen einem übergeordneten Verständnis der Rechtsmaterie und der Anwendung des Rechts auf den konkreten Fall handelt. Durch sie ist es möglich, ein abstraktes Verständnis so zu konkretisieren, dass sie, ähnlich wie eine Norm selbst, eine Wertung der allgemeinen Rechtsidee transportiert, dabei jedoch abstrakt genug bleibt, dass eine Anwendung auf eine Vielzahl konkreter Fälle möglich bleibt (wie es auch in *Goldschmidts* erster Anforderung an die Theorien anklingt). Eine juristische Theorie ist also stets Ausdruck des hinter ihr stehenden Verständnisses bzw. einer größeren Theorie und als solche von dieser (vor-)geprägt. *Goldschmidt* zieht nun jedoch den Schluss, dass es sich bei den Theorien um Hilfsmittel für die Rechtsauslegung handelt, und versteht diese Zwischenabstraktionsebene der Theorien somit als dem Feld der Auslegung zugehörig und nicht etwa als Teil einer Rechtsfindung über ein allgemeineres Verständnis des Rechts in den bestehenden Rechtstext hinein. Ergänzt um die Anforderungen, die er an die Theorien stellt, lässt sich ableiten, dass Theorien für *Goldschmidt* vom Gesetz her gedacht werden müssen. Auch hier ist eine Verbindung zum Gesetzlichkeitsprinzip zu sehen, welche in diesem Fall bewirkt, dass Theorien nicht nur als bloße Vehikel ohne Bezug zum gesetzten Recht für allgemeine Rechtsideen oder gar Ideologien dienen können und insoweit mit dem NS-Rechtsverständnis in Widerspruch stehen. Es bleibt jedoch die Frage, welchen Gehalt die Theorie über die Verbindung mehrerer Tatbestände unter einem theoretischen Verständnis hinaus für die Rechtsanwendung haben können, wenn über sie ebenfalls nur Auslegungsarbeit geleistet werden kann. Ein etwaiges übergeordnetes Verständnis muss sich insoweit auf den durch Auslegung zu entnehmenden Gehalt der gesetzten Normen beschränken.

Blickt man nun auf das von *Goldschmidt* formulierte Verbot einer modernisierenden Auslegung, welche er als die Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Überzeugungen vom Zweck der Vorschrift versteht, so lässt sich in dieser erneut insofern eine Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips erkennen – hier jedoch auf das historische Verständnis der Rechtsnorm konkretisiert, als gerade auch keine Veränderung der Norm von ihrer ursprünglichen „Zweckbestimmung" über die Veränderung ihrer Auslegung zulässig ist. Durch diese Verschlossenheit gegenüber kontemporären Einflüssen kann die Ablehnung der modernisierenden Auslegung auch

als „nationalsozialistische Führerpersönlichkeiten" *Ambos* (Fn. 4), S. 35 f.

[60] Zum Konkreten Ordnungsdenken etwa *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 4. Aufl. 2023, insb. S. 12 ff. Zur Verbindung zur Wesensschau und mit weiteren Ausprägungen der Ideen bei anderen Strafrechtlern *Schröder* (Fn. 58), S. 47 f.; zur Wesensschau selbst siehe *Schaffstein*, in: Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108, insb. S. 119, wo er sich in Fn. 12a auch explizit gegen die „analytisch verfahrende Methodik des Neukantianismus" stellt, und später *Dahm*, in: Dahm/Schaffstein, Methode und System des neuen Strafrechts, 1937, S. 1, insb. S. 61 ff., welcher sich jedoch auch schon zuvor zum Wesen des Täters und dabei auch der Abschaffung des Tatbestandes äußerte, siehe *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, 1935, insb. S. 34 ff. Siehe zur Bedeutung des Wesens im NS-Recht zudem etwa *Schröder* (Fn. 58), S. 44 ff.

[61] In diesem Sinne *Schröder* (Fn. 58), S. 51; exemplarisch *Freisler*, Deutsche Justiz 103 (1941), 929 (931); für die Theorie grundlegend *Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932, insb. S. 24 ff., weiterentwickelnd etwa *Dahm*, in: Universität Leipzig, Juristenfakultät (Hrsg.), Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber, Bd. 1, 1941, S. 183.

[62] Hierzu insgesamt *Schröder* (Fn. 58), S. 53; *Ambos* (Fn. 4), S. 43; zu *Dahm*: *Dahm* (Fn. 60), insb. S. 50; *ders.*, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, 1935, S. 14; zu *Freisler*: *Freisler*, ZStW 55 (1936), 503 (508). Zudem soll nicht vergessen werden, dass der „nulla poena sine lege"-Grundsatz als solcher von den Nationalsozialisten abgelehnt wurde. Mit einem besonders grotesken Beispiel exemplarisch für viele *Rüthers*, Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988, S. 20.

[63] Vgl. *Krijnen* (Fn. 6), S. 9.

als Schutzmechanismus gegen den Einfluss von rechtsmissbräuchlichen Ideologien auf das Recht verstanden werden, welcher durch ihre Nähe zur Auslegung im Verständnis *Goldschmidts* wohl ebenso die Rechtstheorien umfasst. Eine missbräuchliche Umdeutung des Rechts durch Auslegung kann gerade nicht stattfinden, wenn es den Normanwendern verwehrt bleibt, ein neues Verständnis von der Aufgabe, dem Zweck einer Norm wertend in die Rechtsanwendung einfließen zu lassen. Dabei darf jedoch die Reichweite der Wirkung dieser Begrenzung der Rechtsanwendung, der Fixierung auf einen ursprünglichen Gehalt der Norm, jenseits eines Unrechtskontextes wie dem Nationalsozialismus nicht aus dem Blick geraten. So gibt es jüngst wieder Stimmen, die insb. das Strafrecht vor dem Einfluss politischer Strömungen durch eine Entpolitisierung der Rechtsanwendung schützen wollen.[64] Eine allgemeine entpolitisierende Wirkung der unmittelbaren Rechtsanwendung kann dabei durchaus auch der Methode *Goldschmidts* unterstellt werden. Durch die Veränderung der Norm verhindert diese jedoch nicht nur den Missbrauch, sondern jegliche Form der politischen Wertung in der Rechtsanwendung. Es wird also auch neuen politischen und gesellschaftlichen Ideen im Allgemeinen in der Rechtsanwendung die Wirksamkeit versagt. Jedoch kann sich eine solche entpolitisierte Betrachtungsweise der Rechtsanwendung auch unabhängig von der Methode *Goldschmidts* nur dann als konsequent erweisen, wenn man davon ausgeht, dass das gesetzte Recht, welches wertungsfrei zur Anwendung gebracht werden soll, selbst keine Wertungen enthält. Andernfalls werden durch die Abwehr späterer Einflüsse auf das Recht nur die im gesetzten Recht angelegten politischen Wertungen unter dem Deckmantel einer wertungsfreien Methode durch ihre unkritische Einbeziehung in die Rechtsanwendung perpetuiert. Das Ergebnis der Rechtsanwendung ist insoweit keinesfalls frei von politischen Wertungen. Gerade beim Strafrecht handelt es sich um ein Rechtsgebiet, welches durch die Abgrenzung von gesellschaftlich erlaubtem und zu sanktionierendem Verhalten stets mit den entsprechenden Wertungen und Grundannahmen einhergeht. Nichts anderes liegt etwa auch der Sorge zugrunde, dass das Strafrecht sich besonders zur politischen Kommunikation eignet und insofern besonders vor dieser geschützt werden muss.[65] Auch wenn der Umstand, dass in jedem Strafgesetz politische Wertungen angelegt sind, mit Hinweis auf die Rolle des Gesetzgebers akzeptiert wird, so kann also dennoch nicht eine gänzlich unpolitische oder wertungsfreie Strafrechtsanwendung gefordert werden. Dies tritt bei Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse besonders stark zum Vorschein, denn ein Recht, welches sich in diesen Fällen in seiner Anwendung politischer Wertungen enthalten will, verkennt nicht nur die in ihm angelegten gesellschaftlichen Entscheidungen, sondern läuft Gefahr, durch eine vermeintliche politische Indifferenz und die damit verbundene Festschreibung der historischen Wertungen in diesen Fragen besonders politisch zu agieren.

In der Ablehnung der modernisierenden Auslegung ist also grundsätzlich zwar auch ein Schutzmechanismus gegen den Missbrauch des Rechts mittels Vereinnahmung durch neue, untergeschobene Wertungen zu sehen, zugleich erfolgt aber auch eine Zementierung der bei der Rechtssetzung herangezogenen gesellschaftlichen und politischen Wertungen. Die Schutzfunktion der Methode vor einem Missbrauch ist zudem insoweit limitiert, als sie einem autoritären Regime nur Steine in den Weg legen kann. Denn auch die Abschirmung bzw. Fixierung des Strafrechts durch die Ablehnung der modernisierenden Auslegung endet dort, wo etwa auch durch den Nationalsozialismus neues Recht geschaffen wird bzw. wurde, wo also keine neuen Zwecke in das Recht hineingelesen werden müssen.

Abschließend ist der Blick noch auf die Funktion der Intuition in *Goldschmidts* Methodenverständnis zu richten. Mit diesen Überlegungen nähert sich *Goldschmidt* der Frage an, inwieweit Praktikabilitätserwägungen einen Platz in der Methodenlehre haben können, wenn er den Intellekt bei der Auswahl der zu betrachtenden Rechtstypen durch die Intuition leiten lässt. Damit wird die Rechtsanwendung vereinfacht, zugleich birgt die Einbeziehung der Intuition jedoch die Gefahr, dass mit ihr ein Aspekt in die Rechtsfindung eingebracht wird, welcher nicht mehr den Einschränkungen einer weiter oben geforderten logischen Methode unterworfen ist. Was die Intuition gerade ausmacht und insoweit auch deren Wert für *Goldschmidt* darstellt, ist ein Element kreativer Unbestimmtheit, welches als solches über die rechtsanwendende Person dazu geeignet ist, auf die Bedürfnisse der angewandten Methode in der Falllösung einzugehen. In methodischer Hinsicht stellt diese Unbestimmtheit somit eine „Black Box“ dar, welche nicht mit einer in diesem Kontext von *Goldschmidt* angeführten logischen Methode vereinbar ist. Dem begegnet *Goldschmidt* jedoch dadurch, dass er die Intuition gerade nur im Bereich der (Vor-)Auswahl der Rechtstypen zur Anwendung bringen will. Die Intuition bleibt somit von der juristischen Methode im Sinne der Regeln der Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Norm getrennt, gestaltet nur deren Umstände. Dies mag im Kontext der Überlegungen *Goldschmidts* zur logischen Methode dennoch inkonsequent erscheinen, entspricht aber ohne Zweifel der juristischen Praxis und ist insoweit auch ein alternativloser Teil der Rechtsanwendung. *Goldschmidt* selbst geht wohl ebenfalls von einer praktischen Notwendigkeit der Intuition aus, wenn er gute Juristen darüber bestimmt, dass diese ihre juristische Intuition dafür nutzen, alle relevanten Rechtstypen zur Prüfung auszuwählen[66] Somit ist in der Einführung einer in dieser Form limitierten Intuition kein Abrücken von der logischen Methode und den damit verbundenen Idealen des Neukantianismus und des Gesetzlichkeitsprinzips zu sehen.

## IV. Fazit

Gerade diese konsequente Verfolgung des Gesetzlichkeitsprinzips in Verbindung mit der Schranke der Ablehnung der modernisierenden Auslegung ermöglicht es also zum einen, der Lösung vom Recht durch naturrechtliche Elemente als

[64] Jüngst in diese Richtung etwa *Kubiciel*, JZ 2024, 167 ff.

[65] Für den aktuellen Diskurs exemplarisch erneut *Kubiciel*, JZ 2024, 167.

[66] *Goldschmidt* (Fn. 1), S. 29 f.

auch der Unterwanderung des Rechts durch die NS-Ideologie etwas entgegenzustellen. Zugleich ist dies jedoch auch zwingend außerhalb eines extremen Unrechtskontextes mit dem soeben beschriebenen Defizit einer möglichen Ausblendung des politischen Charakters des Strafrechts verbunden. Hierin liegt wohl die zentrale Schwachstelle der Methode Goldschmidts, denn gerade auch in der heutigen Zeit wäre es fatal, diesen Aspekt des Strafrechts aber auch der Methode zu übergehen. Aufgrund der sie verbindenden Erkenntnisphilosophie ist jedoch nicht nur bei Goldschmidt, sondern wohl auch bei jedem vom Neukantianismus beeinflussten Rechtsverständnis ein besonderes Augenmerk auf den Umgang des Rechts mit gesellschaftlicher, aber auch tatsächlicher Veränderung zu richten.

Dies bedeutet dabei jedoch nicht, die erhebliche Leistung Goldschmidts in Frage zu stellen, die u.a. auch darin zu sehen ist, in seiner Methode den philosophischen Neukantianismus konsequent zur juristischen Anwendung gebracht zu haben. Besonders beachtenswert ist dabei, dass eine so explizite und öffentliche Auseinandersetzung mit der Methode bei Goldschmidt nur in der „Metodología Jurídico-Penal“ stattgefunden hat. Dass diese Vorlesung im intellektuellen Exil zur fraglichen Zeit dabei zumindest auch in Bezug zu den Vorgängen innerhalb der Rechtswissenschaft seiner Heimat steht, liegt somit durchaus nahe. In Anbetracht der von ihm bereits zu erduldenden Repressalien und dem hier dargelegten Verhältnis zum NS-Recht zeigt sich in den Überlegungen Goldschmidts also nicht nur eine erstaunliche persönliche Stärke, sondern unabhängig von der hier geäußerten Kritik auch ein erhebliches Maß an Bewusstsein für die gesellschaftliche Rolle des Strafrechts in Anbetracht der existentiellen Bedrohung durch den Nationalsozialismus.

# Neues aus der Strafrechtswissenschaft:
## Automatisierte Fahrzeuge und strafrechtliche Produkthaftung, 2025*

Von Dr. Mustafa Enes Özcan, Hamburg**

*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

Automatisiertes Fahren ist für viele der Inbegriff von Zukunft und Moderne. Die Vorstellung, in sein Auto einzusteigen und sich von diesem an ein Ziel kutschieren zu lassen, ohne selbst in das Fahrgeschehen eingreifen zu müssen, beflügelt die Phantasie vieler Menschen.[1] Die Filmindustrie hat dazu in den letzten Jahrzehnten sicherlich einen erheblichen Beitrag geleistet.[2] Auch wenn der derzeitige Stand der Technik noch weit von einem umfassend selbständig fahrenden Fahrzeug (sog. autonomes Fahren) entfernt ist, wurden in jüngerer Zeit einige gesetzliche Grundlagen geschaffen[3] und die Tür zu automatisierten Fahrzeugen einen Spalt breit geöffnet. Diese unaufhaltsam fortschreitende Automatisierung des Straßenverkehrs wirkt dabei nicht nur gesellschaftlich, verkehrstechnisch und ökonomisch disruptiv, sondern auch juristisch. In der juristischen Diskussion interessiert hier nur die strafrechtliche Perspektive.

Zur Veranschaulichung nur folgendes kurzes Beispiel: Ein Fahrzeug mit eingeschaltetem Autopiloten überfährt beim Rechtsabbiegen einen Fahrradfahrer, obwohl dieser von den Sensoren des Fahrzeugs klar erfasst wurde. Der Radfahrer stirbt durch den Unfall. Bei einem menschlichen Fahrer, der beispielsweise verkehrswidrig keinen Schulterblick gemacht hat, würde man hier den Vorwurf der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) erheben. Da zu dem Zeitpunkt das Fahrzeug aber (erlaubterweise) vom Autopiloten gesteuert wurde, hat keiner der Insassen den Unfall objektiv zurechenbar verursacht.

Nimmt man dem Menschen das Steuer aus der Hand, rücken zwei neue Akteure in den strafrechtlichen Fokus: zum einen das mit Künstlicher Intelligenz ausgestattete Fahrzeugsystem und zum anderen der Hersteller, der diese Fahrzeug-KI entwickelt hat. Im Folgenden wird nur behandelt, wie sich die Hersteller automatisierter Fahrzeuge strafbar machen, wenn ihre selbstfahrenden Produkte einen Unfall verursachen, bei dem Personen zu Schaden kommen.[4]

In den letzten Jahren ist die strafrechtliche Produkthaftung als Thema weitgehend aus dem Blick geraten; sie gerät jetzt aber durch diese jüngsten technologischen Entwicklungen rund um Künstliche Intelligenz immer weiter in den Fokus. Automatisierte Fahrzeuge sind aber zweifelsohne aufgrund ihrer Menge, Schwere und Geschwindigkeit einer der größten und gleichzeitig kritischsten Anwendungsbereiche für KI. Wegen der Verantwortungsdiffusion vom Nutzer auf den Hersteller stellt sich hier eine grundlegende Frage: Ist der Hersteller der strafrechtlich Verantwortliche der Zukunft?

Die Arbeit untersucht zunächst einige zulassungsrechtliche und technische Grundlagen, die für das Verständnis der rechtlichen Analyse relevant sind (II.). In der eigentlichen Untersuchung der strafrechtlichen Produkthaftung (III.) werden hier nur die Bestimmung von Produktfehlern (1.), der

---

* Zusammenfassung der wesentlichen Thesen der Dissertationsschrift: *Mustafa Enes Özcan*, Automatisierte Fahrzeuge und strafrechtliche Produkthaftung, Zugleich ein Beitrag zum unregulierten erlaubten Risiko, Duncker Humblot, 2025, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 329.

** Der *Autor* ist Associate bei Knauer Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB.

[1] Darin liegt eine gewisse Ironie, weil die Autonomie des Gefährts abnahm, als sich die Mobilität von Pferdekutschen zu Autos entwickelte (Pferde sind streng genommen autonomer als Fahrzeuge). Nun steigt die Autonomie mit selbstfahrenden Autos wieder, aber beide Entwicklungen werden als modern gesehen.

[2] So z.B. das mit Künstlicher Intelligenz ausgestattete Fahrzeug „KITT" in der US-amerikanischen Fernsehserie „Knight Rider" aus den Jahren 1982–1986; siehe auch den Science-Fiction-Thriller „Minority Report" aus dem Jahr 2002.

[3] Siehe §§ 1a f. StVG und das Gesetz zum autonomen Fahren, das insbesondere §§ 1d ff. StVG eingeführt hat.

[4] Zum anderen Themenkomplex um die Strafbarkeit von KI vgl. nur *Gaede,* Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?, 2019.

Pflichtwidrigkeitszusammenhang (2.) und die Updatepflicht (3.) zusammengefasst.

## II. Grundlagen

### *1. Automatisierungsstufen und Zulassungsrecht*

Der Oberbegriff „Automatisierte Fahrzeuge“ erfasst fünf Automatisierungsstufen, von denen nur die Stufen 3–5 interessant für die Untersuchung sind. Nur dort wird die Fahrzeugführung tatsächlich auf das Fahrzeug bzw. auf die darin verbaute Künstliche Intelligenz übertragen, und die Person am Lenkrad – sofern überhaupt vorhanden – aus der Verantwortung genommen.[5] Fahrzeuge der Stufen 1–2 haben nur sog. Assistenzsysteme, die die menschliche Fahrzeugführung unterstützen, sie aber nicht vollständig übernehmen, z.B. Tempomat oder Einparkhilfen. In den unteren Automatisierungsgraden stellt sich keine grundlegende Frage der Produkthaftung, da der Fahrzeugführer weiterhin die volle Verantwortung für die Fahrzeugführung trägt. Bemerkenswert an den Begrifflichkeiten ist, dass das in Medien und Popkultur vielbeschworene „autonome Fahren“ nur ein Unterfall bzw. die höchste Stufe (Level 5) des automatisierten Fahrens ist, wo es keinen Fahrer mehr, sondern nur noch Passagiere gibt.

Der Gesetzgeber hat in zwei Gesetzen Fahrzeugautomatisierungen der Stufen 3–4 erlaubt. § 1a StVG, welcher das Fahren mit hoch- und vollautomatisierter Fahrfunktion regelt, kann mangels praktischer Relevanz ausgeblendet werden.[6]

Mit dem sog. Gesetz zum autonomen Fahren wurde 2021 dann in §§ 1d ff. StVG der Betrieb von Fahrzeugen mit autonomer Fahrfunktion geregelt.[7] Zusammengefasst sollen nach dieser Rechtsgrundlage Fahrzeuge gänzlich ohne Fahrer, aber nur in einem kartografisch festgelegten Betriebsbereich fahren (§ 1e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StVG i.V.m. § 1d Abs. 2 StVG), während sie von einer sog. Technischen Aufsicht überwacht werden (§ 1f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StVG). Diese Technische Aufsicht, die als neuer Teilnehmer durch dieses Gesetz erst eingeführt wurde, muss sich nicht zwangsläufig im Fahrzeug befinden. Insgesamt zielen die Regelungen auf den gewerblichen Einsatz ab, so spricht auch die Gesetzesbegründung beispielhaft von „People-Movern“[8], also autonomen Shuttlebussen, sowie von Kraftfahrzeugen zur Beförderung von Gütern.[9]

### *2. Fahrzeug-KI und ihre Komplikationen*

Die fahrzeugführende Person wird in diesen Fahrzeugen durch eine Künstliche Intelligenz ersetzt, die entsprechend alle Aufgaben der menschlichen Fahrzeugführung übernehmen muss, insbesondere die Wahrnehmung von Subjekten und Objekten, aber auch die Prädiktion von deren Bewegung. Sie muss also einerseits Straßenschilder erkennen, andererseits aber auch Skateboardfahrer von Fußgängern unterscheiden und dabei ihren potentiellen Bewegungsradius errechnen können.

Zu diesem Zweck werden sog. künstliche neuronale Netzwerke mit einer immens großen Datenmenge trainiert.[10] Diese Daten werden darin nicht einfach nur gespeichert wie bei einer Datenbank, sondern es werden viele Millionen Recheneinheiten, die sog. Künstlichen Neuronen, beim Datentraining angepasst. Wie am Ende eines langjährigen Trainings diese Neuronen und Verbindungen untereinander aussehen, bzw. welche Werte sie haben, kann zwar eingesehen werden. Es ist jedoch nicht mehr nachvollziehbar, weshalb sie gerade *diese* Werte haben.

Und das führt auch gerade zu einer der kritischen Eigenschaften von Künstlicher Intelligenz, nämlich der Opazität oder prominenter auch Black Box-Eigenschaft genannt.[11] Sie besagt, dass es nicht mehr nachvollziehbar ist, an welcher Stelle des Trainings Fehler gemacht wurden, die zu einer fehlerhaften Entscheidung des Systems geführt haben. Wenn die Fahrzeug-KI also eine Entscheidung trifft, kann nicht mehr ermittelt werden, welche Trainingsdaten dafür maßgeblich waren. Man kann häufig nicht einmal sagen, welches der vielen Millionen Künstlichen Neuronen die Entscheidung beeinflusst hat. Oder um es biblisch auszudrücken: Die Wege der KI sind unergründlich.

Und es gibt ein weiteres Problem von KI, das die Zurechnung vor große Herausforderungen stellt: Keine KI ist perfekt. Man kann technisch z.B. nicht gewährleisten, dass die KI alle 8 Mrd. Menschen auch als solche erkennen wird, nur weil sie mit 5 Mio. Menschenbildern trainiert wurde. Es kann

[5] Vgl. das herrschende Modell der Automatisierungsstufen, die von der *SAE International* entwickelt wurden, abrufbar unter https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic (23.5.2025).
Zu den Automatisierungsstufen im Einzelnen *Özcan* (Fn. *), S. 25 ff.

[6] *Steege*, SVR 2022, 161 (164).

[7] Der Name „Gesetz zum autonomen Fahren“ folgt offenkundig nicht der Nomenklatur des o.g. SAE-Modells zur Fahrzeugautomatisierung, da das Gesetz nur die Stufe 4 ermöglicht und nicht wie der Name suggeriert Stufe 5; vgl. dazu *Haupt*, NZV 2022, 265; *Steege*, SVR 2022, 161 (164).

[8] BT-Drs. 19/27439, S. 20; *Polly/Zeiler*, ZfPC 2022, 56 (57); *Haupt*, NZV 2022, 265 (266).

[9] Es haben bereits einige Verkehrsverbunde Pilotprojekte gestartet, z.B. das Projekt „KIRA“ im Rhein-Main-Verkehrsverbund, Spiegel v. 26.5.2025, abrufbar unter https://www.spiegel.de/auto/offenbach-pilotprojekt-fuer-autonome-pkw-im-oepnv-von-hessen-startet-a-88208f28-22e5-41e9-b061-680f97c43a4d (30.5.2025)
oder „ALIKE“ in Hamburg, abrufbar unter https://www.hamburg.de/verkehr/e-mobilitaet/alike-autonome-shuttle-955526 (30.5.2025).

[10] Ausführlich zur Funktionsweise von KI *Niederée/Nejdl*, in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 10 ff.; *Stiemerling*, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 2.1 Rn. 6 ff.

[11] *Stiemerling* (Fn. 10), Kap. 2.1 Rn. 45 ff.; *Zech*, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 73. DJT. Bd. I Gutachten, A48.

also nicht ausgeschlossen werden, dass sich bei einem Unfall gerade dieses systemeigene Risiko verwirklicht hat.

### III. Strafrechtliche Produkthaftung

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich diese neuartigen Eigenschaften auf die strafrechtliche Verantwortung der Hersteller bei Unfällen der o.g. Art auswirken. Als klassische (und einzig einschlägige) Delikte der strafrechtlichen Produkthaftung sind hier die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) und die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) in den Blick zu nehmen. Diskussionswürdig sind hier vor allem Produktfehler (1.), der Pflichtwidrigkeitszusammenhang (2.) und eine mögliche Unterlassensstrafbarkeit aufgrund einer Updatepflicht (3.).

#### *1. Produktfehler*

Sorgfaltswidrigkeit – man spricht im Kontext der Produkthaftung inhaltsgleich auch von Produktfehlern – bedeutet, dass ein Hersteller die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Zu prüfen ist also, was die erforderliche Sorgfalt bei der Herstellung von Fahrzeug-KI ist. Rechtsprechung und weite Teile der Literatur wenden zur Bestimmung der verkehrserforderlichen Sorgfalt die sog. differenzierte Maßfigur an: Maßgeblich ist demnach, wie sich ein besonnener und gewissenhafter Mensch in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden verhalten würde.[12]

##### *a) Sondernormen*

Ein besonnener und gewissenhafter Hersteller würde sich in erster Linie vor allem an die geltenden rechtlichen und technischen Regeln halten (sog. Sondernormen).[13]

Es ist also zunächst zu überprüfen, ob sich aus Rechtsvorschriften Anhaltspunkte für die Herstellung von Fahrzeug-KI ergeben.[14] Schaut man dazu in §§ 1d f. StVG, merkt man, dass dort nur sehr grundlegende Eigenschaften der Fahrzeuge gefordert werden und sie daher nicht weiterhelfen.

Auf Grundlage des StVG wurde zudem eine Verordnung erlassen, die den sperrigen Namen „Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs- und Betriebs-Verordnung“ (AFGBV) trägt.[15] In dessen § 12, der inhaltlich nur auf die Anlagen I bis III der Verordnung verweist, finden sich den Hersteller betreffende Pflichten. Ziffer 7.2 der Anlage I fordert für die autonome Fahrfunktion ein Sicherheitskonzept, das dem „Stand der Technik“ genügen muss. Dieses gilt als erfüllt, wenn die Vorgaben der ISO/PAS 21448:2019–01 Straßenfahrzeuge – Sicherheit der beabsichtigten Funktion erfüllt werden. Eine ähnliche Formulierung findet sich bei der Gefährdungsanalyse (Ziffer 7.2.1). Deren Methoden müssen dem „Stand der Wissenschaft und Technik“ entsprechen, was schon vermutet wird, wenn die Analyse gemäß ISO 26262–3:2018–12 oder ISO/PAS 21448:2019–01 durchgeführt wurde.

Schaut man sich diese ISO-Normen genauer an, fällt auf, dass sie nur sehr vage Standards fordern und gerade keine konkreten Anforderungen an die technische Gestaltung der Fahrzeug-KI aufstellen.[16] Stattdessen soll nur ein „unvernünftiges Risiko“ vermieden werden, welches nicht weiter konkretisiert wird.[17] Diese technischen Sondernormen sind im Kern also untechnisch und unkonkret.[18]

Auch der Verweis auf den aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik hilft bei der Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen nicht weiter. Denn was der aktuelle Stand von Wissenschaft und Technik ist, kann bei einer so neuartigen und diversen Technologie, bei der es an umfassendem Erfahrungswissen fehlt, nicht seriös ermittelt werden.[19]

Aus Rechtsvorschriften und Verkehrsnormen ergeben sich also keine konkreten Vorgaben für Hersteller, die zur Ermittlung von Produktfehlern herangezogen werden könnten.

##### *b) Differenzierte Maßfigur*

Gibt es keine normativen Anhaltspunkte, an denen man sich für die Bestimmung von Sorgfaltsregeln orientieren kann, greift die herrschende Ansicht auf die allgemeine differenzierte Maßfigur zurück. Sie fragt also, wie sich ein „einsichtiger und besonnener Mensch in der konkreten Lage des Handelnden“ verhalten hätte.[20] Zu diesem allgemeinen Min-

[12] St.Rspr. BGH NJW 2000, 2754 (2758); BGH NStZ 2003, 657 (658); BGH NStZ 2005, 446 (447); *Vogel/Bülte*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 213.

[13] Vgl. BGHSt 49, 1 (4); 59, 292; BGH NJW 2020, 2124; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 222 Rn. 6 m.w.N.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 14 ff.

[14] Ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften ist – entgegen der herrschenden Meinung – nicht nur ein Indiz für eine Sorgfaltswidrigkeit, sondern eine hinreichende Bedingung dafür, ausführlich dazu *Özcan* (Fn. *), S. 121 ff.; ein Verstoß gegen Verkehrsnormen indiziert dagegen die Sorgfaltswidrigkeit, vgl. ebenda S. 139 ff.

[15] Für einen Überblick zu den Regelungen der AFGBV vgl. nur *Haupt*, NZV 2022, 166, und *Özcan* (Fn. *), S. 35 ff.

[16] *Özcan* (Fn. *), S. 35 ff.

[17] … „risk judged to be unacceptable in a certain context according to valid societal concepts“, ISO 26261:1 – 136; zitiert nach *Helmig*, PHi 2012, 32 (34).

[18] Zur ebenfalls einschlägigen, aber genauso unergiebigen technischen Sondernorm UN/ECE-R 157 vgl. *Özcan* (Fn. *), S. 134 f.

[19] Im Übrigen wird auch im Rahmen der differenzierten Maßfigur auf den aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik verwiesen. Das erübrigt sich hier jedoch, da die Verkehrsnormen bereits darauf verweisen.

[20] BGHSt 49, 1 (4); 7, 307 (309); BGH NStZ 2005, 446 (447); BGH NJW 2000, 2754 (2758); *Fischer* (Rn. 13), § 15 Rn. 26; *Vogel/Bülte* (Fn. 12), § 15 Rn. 213; *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 105; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 15

destmaß an Sorgfaltspflichten werden noch weitere ungeschriebene Regeln des betreffenden Verkehrskreises herangezogen, z.B. die Verkehrsgepflogenheiten des jeweiligen Berufskreises des Täters.[21]

In Lebensbereichen, in denen es wenig geschriebene oder anerkannte Regeln gibt, hat diese Maßfigur jedoch nur sehr eingeschränkte Leistungskraft. Denn das Maß der gebotenen Sorgfalt wird letztlich bei einer derart wandelbaren Maßfigur immer durch die Umstände des Einzelfalls bestimmt und öffnet der Willkür somit Tür und Tor. In der Retrospektive lässt sich kaum erschließen, was in der jeweiligen konkreten Situation von einem Durchschnittsmenschen erwartet werden kann, sodass man schnell dazu neigt, diejenigen Praktiken als Standard herauszugreifen, die der eigenen Erfahrung oder Erwartung entsprechen.[22]

In den hier relevanten Fällen der Produkthaftung unterscheidet sich die differenzierte Maßfigur zudem kaum vom aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik. Hier wäre wohl ein durchschnittlicher Ingenieur, Informatiker oder Softwareentwickler als Vergleichsfigur für den spezifischen Verkehrskreis heranzuziehen. Fragt man dann danach, wie sich eine solche Person verhalten hätte, käme man wohl wieder zu dem Ergebnis, dass sie sich am aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik orientiert hätte.

Dass die Sorgfaltswidrigkeit im Kern normativ bestimmt wird und diese Bestimmung in gewissen Zügen auch rechtsgestalterisch sein kann, ist zwar richtig. Die Rechtsprechung nimmt mit dem besonnenen und gewissenhaften Durchschnittsmenschen jedoch fast schon ein Fabelwesen als Grundlage[23] und erzeugt zwar in Lebensbereichen, die von Sondernormen geprägt sind, tragbare und einigermaßen logische Ergebnisse. Sie kommt jedoch in Begründungsnot, wenn es um unregulierte Situationen geht, zu denen nur wenig Erfahrungswerte und orientierungsfähige Sondernormen existieren, sodass hier die Normativität eher in zufälligen und vor allem „gewollten" Ergebnissen ausartet. Auch wenn es sich bei der Sorgfaltswidrigkeit im Kern immer noch um ein normatives Merkmal handelt, kann der Maßstab für das *Handlungsunrecht* kein chamäleonartiges Fabelwesen sein.

*c) Produktfehler in unregulierten Bereichen*

In solchen unregulierten Lebensbereichen entsteht also das Problem, dass eine riskante Verhaltensweise nicht an strafrechtlichen Maßstäben gemessen werden kann, weil insofern ein Regulierungsdefizit besteht. Es stellt sich daher die grundlegende Frage, wie ein Sorgfaltsmaßstab in neuen Situationen (hier: bei der Entwicklung neuer Technologien) zu bestimmen ist.[24]

*aa) Das erlaubte Risiko*

Zur Lösung dieses Problems ist die Frage nach der Schaffung eines (*un-)erlaubten Risikos*[25] zielführender, da diese Rechtsfigur – anders als die differenzierte Maßfigur – eine präzisere, aber vor allem nachvollziehbare Formel und Leitkriterien enthält. *Hilgendorf* spricht zu Recht davon, dass im erlaubten Risiko „möglicherweise der Schlüssel für die Bewältigung der meisten mit den modernen Technologien verbundenen Haftungsprobleme" liegt.[26]

Was genau sich hinter dem Gedanken des (un-)erlaubten Risikos verbirgt, ist dagegen in der Literatur heftig umstritten.[27] Einig ist man sich lediglich darüber, dass es sich um eine Art Abwägung handeln muss.[28] Führt man sich die Beispiele vor Augen, die als erlaubte und unerlaubte Risiken angeführt werden (z.B. Straßenverkehr, Kernenergie, Eisenbahnverkehr etc.), wird deutlich, dass sich dahinter eine (gesellschafts-)politische Abwägung verbirgt.[29] Ob eine risikobehaftete Verhaltensweise also erlaubt ist, hängt von einer Abwägung zwischen einerseits den Risiken und andererseits dem Nutzen der jeweiligen Verhaltensweise ab. Das Risiko wird dabei durch das mögliche Schadensausmaß und die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit, aber ebenso durch ihre gesellschaftliche Wahrnehmung bestimmt.

Diese Abwägung zwischen Risiken und Nutzen ist dann in einem Stufenverhältnis zu systematisieren: Je sinnvoller die Handlung ist, desto größere Risiken dürfen aufgenommen werden. Je entbehrlicher eine Handlung ist, desto höhere Anforderungen sind an die Sicherheitsvorkehrungen zu stellen.[30]

Rn. 19; *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 133 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 24 Rn. 34; *Klindt/Handorn*, NJW 2010, 1105 (1106).

[21] *Schuster* (Fn. 20), § 15 Rn. 135; *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 24 Rn. 34; *Fischer* (Rn. 13), § 222 Rn. 8 ff.; pars pro toto zu Regeln der ärztlichen Kunst *Brüning*, ZJS 2010, 549.

[22] *Hilgendorf* (Fn. 20), § 1 Rn. 105 sieht einen „Zirkularitätsverdacht"; siehe auch *Fischer* (Rn. 13), § 222 Rn. 6; zur weiteren Diskussion vgl. *Özcan* (Fn. *), S. 145 ff.

[23] Ähnlich auch die Kritik bei *Oğlakcıoğlu*, medstra 2023, 283 (288), der die Figur zu Recht als „Chamäleon" bezeichnet.

[24] *Beck*, in: Oppermann/Stender-Vorwachs, Autonomes Fahren, Rechtshandbuch, 2. Aufl. 2020, Kap. 3.7 Rn. 23.

[25] Diskutiert wird stets das „erlaubte Risiko", allerdings muss bei der Frage der Strafbarkeitsbegründung von einem „unerlaubten Risiko" gesprochen werden.

[26] *Hilgendorf*, in: Fischer/Hilgendorf (Hrsg.), Gefahr, 2020, S. 24; *ders.*, in: Hilgendorf (Hrsg.), Rechtswidrigkeit in der Diskussion, 2018, S. 97.

[27] Ausführlich zu den Auffassungen über das erlaubte Risiko siehe *Özcan* (Fn. *), S. 149 ff.

[28] *Duttge*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 135; *Hardtung*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 222 Rn. 15; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, 10. Kap. Rn. 7 ff.; *Greco*, JuS 2023, 993 (996) m.w.N.

[29] Ausführlich zum Grundgedanken des erlaubten Risikos, *Özcan* (Fn. *), S. 149 ff., insbesondere S. 151 ff.; so auch *Oğlakcıoğlu*, medstra 2023, 283 (288); *Hilgendorf* (Fn. 26 – Rechtswidrigkeit), S. 97, 104.

[30] Weitgehend mit ähnlichem Ansatz auch *Schünemann*, JA 1975, 575 (576) und jüngst *Schömig*, Gefahren und Risiken im Strafrecht, 2023, S. 288 ff. Zu einzelnen Kriterien der Risikoabwägung vgl. *Özcan* (Fn. *), S. 164 ff.

*bb) Anwendung auf Fahrzeug-KI*

Übertragen auf das automatisierte Fahren bedeutet es folgendes: Das Hauptanliegen von Fahrzeugautomatisierung ist nicht der Komfort der Insassen, sondern das Sicherheitsversprechen. Automatisierte Fahrzeuge versprechen den Straßenverkehr gerade sicherer zu machen, indem sie menschliche Fehlerquellen eliminieren.[31] Denn ein Fahrzeug ist nicht abgelenkt, es ist nicht müde, nicht betrunken und schaut niemals aufs Handy. Nur deswegen wird hingenommen, dass eine vollständig neue Gefahrenquelle auf den Straßenverkehr gebracht wird, nämlich die herstellungsbedingte Gefahr der Automatisierung. Und an diesem Versprechen haben sich die Hersteller dann auch zu messen lassen.

Zu beachten ist dabei, dass nur ein Vergleich des *allgemeinen* Sicherheitsniveaus zwischen Mensch und Fahrzeug-KI erfolgen darf. Dagegen verbietet sich die Frage, ob ein konkreter Unfall, den das Fahrzeug „schuldhaft" verursacht hat, in der Form auch einem Menschen passiert wäre. Ein solcher „anthropozentrischer Fehlerbegriff" würde unterschiedliche Erwartungen, die an Fahrer und an Hersteller gestellt werden, miteinander vermengen. Denn die Fahrzeuge sollen nicht die menschliche Fahrweise imitieren, sondern durch eine völlig neue und sicherere Technologie ersetzen. Sie sollen nur *insgesamt* in ihrer Funktionsweise sicherer sein, aber nicht in jeder erdenklichen Situation.

Es ist daher mit *Wagner* ein „systembezogener Fehlerbegriff" zu befürworten,[32] der Produktfehler bei automatisierten Fahrzeugen nicht mit einem Vergleich zu menschlichen Fahrweisen ermittelt, sondern eigenständig misst. Ein Produktfehler liegt demnach nicht schon dann vor, wenn das Auto in einer Situation nicht so reagiert, wie man es von einem Menschen erwarten würde.[33] Stattdessen komme es bei einzelnen Unfällen darauf an, ob das vom Hersteller programmierte System einen Unfall verursacht hat, den ein „sorgfaltsgemäßer Algorithmus" verhindert hätte.[34]

Im konkreten Fall kann daraus unter anderem folgender Schluss gezogen werden: Ein automatisiertes Fahrzeug, das nach §§ 1d f. StVG in einem festgelegten Betriebsbereich fährt, muss dort auch sicherer sein als ein menschlicher Fahrer. Allerdings muss es in einer Gesamtschau sicherer sein und nicht in jeder beliebigen Verkehrssituation. Nur dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Fahrzeug-KI Menschen nicht imitiert, sondern sie auf eine eigene Art und Weise ersetzt. Das heißt, sie darf zwar andere Fehler machen als ein Mensch, muss aber insgesamt weniger Fehler machen. Nur dann kann nach hier vertretener Auffassung noch von einem erlaubten Risiko gesprochen werden. Macht ein Autobahnpilot beispielsweise im Durchschnitt auf 1 Mio. Kilometern mehr Fehler als ein durchschnittlicher Mensch, liegt nach dem oben Gesagten ein Produktfehler vor.[35] Übersieht das Fahrzeug aber einen anderen Verkehrsteilnehmer, den ein Mensch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wahrgenommen hätte, folgt allein aus diesem Vergleich nicht zwangsläufig, dass ein Produktfehler vorliegt.[36]

*2. Pflichtwidrigkeitszusammenhang*

Wenn man einen Fehler in der Produktion der Fahrzeug-KI festgestellt hat, stellt sich daran anschließend die Frage nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Geprüft wird also nicht mehr nur, ob die Handlung des Täters kausal geworden ist, sondern auch, ob die pflichtwidrige Eigenschaft der Handlung den Schaden auf eine Weise verursacht hat, dass sie notwendiger Bestandteil der hinreichenden Bedingung für dessen Eintritt war.[37] Im Kern handelt es sich daher um die Frage der Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit (nachdem die Kausalität der Handlung schon festgestellt wurde).[38]

Wie genau der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Taterfolg beschaffen sein muss, ist hochumstritten. Nach Auffassung der Rechtsprechung und Teilen der Literatur liegt er nur dann vor, wenn bei pflichtgemäßem Verhalten der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre (Vermeidbarkeitstheorie).[39] Es kommt also darauf an, ob es auch zu

[31] Verbreitet findet sich die Statistik einer menschliche Fehlerquote von bis zu 90 % bei Unfällen, vgl. *Beck* (Fn. 24), Kap. 3.7 Rn. 29; *Grunwald*, SVR 2019, 81 (82); *Singler*, NZV 2017, 353. Aus den Zahlen des Statistischen Bundesamtes geht – zumindest für Unfälle mit Personenschäden – eine Quote von 67 % hervor, vgl. Statistisches Bundesamt – Verkehrsunfälle Zeitreihen 2021, S. 189.

[32] *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (735 ff.), und *Wagner*, in: Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der KI, 2019, S. 23 ff.; ausführlich mit konkreten Vorschlägen für das Sicherheitsniveau *Hartmann*, PHi 2019, 2 (9 ff.). Im Ergebnis auch *Spindler*, in: Beck/Kusche/Valerius (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 255 (268), der darin sogar eine Selbstverständlichkeit sieht. Zust. auch *Weise*, Hochautomatisiertes Fahren in Deutschland und Kalifornien, 2020, S. 167 ff., und aus strafrechtlicher Perspektive *Valerius*, GA 2022, 121 (130).

[33] So vertreten von *Gomille*, JZ 2016, 76 (77), sowie *Borges*, CR 2016, 272 (275 f.).

[34] *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (735 ff.).

[35] Die Unfallquote dient hier nur beispielhaft als ein möglicher Produktfehler. Zu weiteren möglichen Produktfehlern siehe *Özcan* (Fn. *), S. 184 ff.

[36] In diesem Fall könnte ein Produktfehler dennoch aus anderen Gründen vorliegen, vgl. *Özcan* (Fn. *), S. 184 ff.

[37] BGHSt 11, 1 (7); 21, 59; *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 88 ff., § 12 Rn. 43 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17 Rn. 51 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 11 Rn. 88 ff.; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 206 ff.; *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, § 3.

[38] So explizit BGHSt 11, 1 (7); 21, 59, und *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 37), Vor § 13 Rn. 206 ff.; *Puppe* (Fn. 37), § 3.

[39] So die heute h.M.: BGHSt 11, 1; 21, 59; 24, 31; 33, 61; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2025, § 15

diesem Unfall gekommen wäre, wenn es diesen Produktfehler nicht gegeben hätte.

Und an diesem Punkt scheitert die strafrechtliche Produkthaftung an den Eigenschaften der Fahrzeug-KI.[40] Denn nach den eingangs erwähnten Eigenschaften von Künstlicher Intelligenz kann nicht ermittelt werden, ob dieser Produktfehler auch zu dem konkreten Unfall geführt hat. Es besteht immer noch eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit, dass sich das erlaubte Restrisiko der KI verwirklicht hat, das gerade nie ausgeschlossen werden kann. Dadurch wird im Grunde nie auf Grundlage der herrschenden Auffassung der Nachweis für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang gelingen.

Man käme nur dann zu einem anderen Ergebnis, wenn man sich nicht der herrschenden Vermeidbarkeitstheorie, sondern der Risikoerhöhungslehre anschließt. Diese bejaht die Zurechnung bereits dann, wenn das Täterverhalten das Risiko für das verletzte Rechtsgut gesteigert hat.[41] Allerdings ist es zum einen sehr fernliegend, dass sich die Gerichte dieser Theorie nach Jahrzehnten der Vermeidbarkeitstheorie anschließen. Zum anderen überzeugt sie auch in der Sache nicht. Denn sie nimmt die Möglichkeit billigend in Kauf, dass auch eine kausale, aber zufällige Aneinanderreihung von Pflichtwidrigkeit und Erfolg ebenfalls bestraft wird.[42]

Somit kann wegen der Black-Box-Eigenschaft der KI der Zurechnungszusammenhang zwischen Hersteller und Unfall praktisch nicht nachgewiesen werden.

*3. Strafrechtliche Updatepflicht*

Nachdem automatisierte Fahrzeuge (im wahrsten Sinne des Wortes) in Verkehr gebracht werden, enden die strafrechtlichen Herstellerpflichten nicht, sondern es entstehen weitere Sicherungspflichten. Hier geht es vor allem um Beobachtungs- und Reaktionspflichten, die erst aufgrund der Informationslage nach Inverkehrgabe entstehen.

Bei Außerachtlassen dieser Pflichten kommt je nach Fallkonstellation eine (vorsätzliche oder fahrlässige) Unterlassensstrafbarkeit in Betracht, die ebenfalls als (strafrechtliche) Produkthaftung diskutiert wird.[43] An eine Unterlassensstrafbarkeit nach Inverkehrgabe ist also immer dann zu denken, wenn eine Fehlfunktion auftritt, auf die der Hersteller nicht seiner Garantenpflicht entsprechend reagiert.

*a) Garantenpflicht*

Die Garantenstellung des Herstellers wird hier damit begründet, dass er ein fehlerhaftes bzw. unsicheres Produkt auf den Markt gebracht hat und somit verantwortlich für eine Gefahrenquelle ist.[44]

Problematisch ist hier, was die gebotene Handlung zur Abwehr eines Schadens ist. Nach einhelliger Auffassung besteht zunächst eine Produktbeobachtungspflicht: Der Hersteller muss also die Produkte nach Inverkehrgabe auf unbekannt gebliebene gefährliche Eigenschaften hin beobachten und sich über sonstige, eine Gefahrenlage schaffende Verwendungsfolgen informieren.[45]

Die daraus erwachsende Pflicht, Kundenbeschwerden zu sammeln und zu analysieren, wird aufgrund der ständigen digitalen Verbindung zwischen Hersteller und Auto wesentlich einfacher sein als bei Autos ohne Automatisierung (bzw. Digitalisierung).[46] Aufgrund dieser stark vereinfachten Fehlersuche kann insofern zu Recht eine Intensivierung der Produktbeobachtungspflicht zugemutet werden.[47]

Erfüllt der Hersteller seine Produktbeobachtungspflicht, stellt sich die Anschlussfrage, welche Pflichten bei Bekanntwerden etwaiger Sicherheitsmängel gelten. Nach h.M. erwachsen aus der Produktbeobachtungspflicht bei Fehlern insbesondere Warnpflichten, deren „Inhalt und Umfang wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt werden und vor allem von der Größe der Gefahr abhängig sind.“[48] Ob unter Umständen auch Rückrufpflichten für den Hersteller resultieren, ist dagegen stark umstritten. Der BGH hatte in seiner berühmten Lederspray-Entscheidung eine Rückrufpflicht aufgrund einer Garantenstellung des Herstellers angenommen.[49]

Rn. 54.2; *Eisele* (Fn. 37), § 10 Rn. 88 ff., § 12 Rn. 43 ff., *Kühl* (Fn. 37), § 17 Rn. 51 ff.

[40] Dasselbe gilt auch für jede andere Art von KI, die ähnlich opak ist.

[41] *Roxin/Greco* (Fn. 13), § 11 Rn. 88 ff.; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411; *Greco*, ZIS 2011, 674; *Ladwig*, medstra 2021, 285.

[42] *Vogel/Bülte* (Fn. 12), § 15 Rn. 198; es ist jedoch zuzugeben, dass es sich um eine durchaus offene Wertungsfrage ohne wirklich zwingende Argumente handelt, vgl. dazu *Kudlich* (Fn. 39), § 15 Rn. 54.2; *Özcan* (Fn. *), S. 224 ff.

[43] Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Rahmen der strafrechtlichen Produkthaftung BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560, 2562; dazu *Kuhlen*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, 2. Teil 1. Kap. Rn. 24 ff.

[44] *Schuster* (Fn. 20), § 15 Rn. 220 m.w.N.; *Kühl* (Fn. 37), § 18 Rn. 110.

[45] BGHZ 179, 157 (Pflegebetten); BGHZ 80, 199 (202) – Apfelschorf; *Schuster* (Fn. 20), § 15 Rn. 220; *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 1130 ff.; *v. Bodungen*, SVR 2022, 1 (5); *Sander/Hollering*, NStZ 2017, 193.

[46] *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (751 ff.); *Spindler* (Fn. 32), S. 255, 264 f.

[47] So vor allem *Lohmann*, Strafrecht im Zeitalter von KI, 2021, S. 181; auch *Valerius*, GA 2022, 121 (131) schreibt der Produktbeobachtungspflicht eine außerordentliche Bedeutung zu; ähnlich auch *Spindler*, JZ 2022, 793 (795); *Gortan*, CR 2018, 546 (546 Rn. 7).

[48] BGHZ 179, 157; BGHZ 80, 199 (202); zust. *Wagner* (Fn. 45), § 823 Rn. 1108 ff.; *Ackermann*, in: Ehring/Taeger (Hrsg.), Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht, 2022, BGB § 823 Rn. 131 f.

[49] BGHSt 37, 106 (Lederspray); ähnlich auch BGH NStE § 223 StGB Nr. 5 (Bienenstich). In der zivilrechtlichen Judikatur und Literatur ist eine Rückrufpflicht dagegen stark umstritten, vgl. nur BGHZ 179, 157 m.Anm. *Wagner*, JZ 2009, 908; *Wagner* (Fn. 45), § 823 Rn. 1121 ff.; *Ackermann* (Fn. 48), BGB § 823 Rn. 127.

Die Besonderheit liegt hier nunmehr darin, dass Hersteller automatisierter Fahrzeuge die technische Möglichkeit haben, über sog. „over the air"-Updates, also einem drahtlosen Korrigieren der Software über das Internet, die Fehlfunktion zu beheben.[50] Diese Reaktionsmöglichkeit ist zwar für Hersteller wesentlich einfacher als ein Rückruf, sie stellt aber der Sache nach eine Nachbesserung i.S.d. § 439 BGB dar, zu der sie strafrechtlich (oder deliktsrechtlich) verpflichtet würden.

Mit dieser Updatemöglichkeit sprechen nunmehr aber die besseren Gründe für eine vorrangige Updatepflicht statt einer Warn- oder Rückrufpflicht. Inhalt und Umfang der Sicherungspflichten müssen sich – insbesondere im Strafrecht – danach richten, wie das Rechtsgut am effektivsten geschützt wird.[51] Der Verweis auf ein vermeintlich vorrangiges Nachbesserungsrecht des Herstellers kann angesichts der in Rede stehenden Straßenverkehrssicherheit – und somit Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer – nicht überzeugen.

Entscheidend ist hier jedoch, dass durch die Nutzung automatisierter Fahrzeuge nicht nur die Nutzer betroffen sind, die sich nach einer Warnung ohnehin eigenverantwortlich selbst gefährden würden. Vielmehr geht es um unbeteiligte Dritte – also andere Verkehrsteilnehmer – (sog. innocent bystander)[52], deren Integritätsinteresse durch Warnungen und Rückrufe gegenüber Nutzern kaum geschützt wird, da diese realitätsnah nicht sofort das Fahrzeug aus dem Verkehr ziehen werden. Dagegen kann mit einem Software-Update die Gefahrenquelle relativ einfach für alle aus dem Weg geräumt werden.

Im Übrigen ist dies auch im Interesse des Herstellers, denn sofern die Möglichkeit eines Softwareupdates besteht, wird es in der Regel weniger aufwändig und kostspielig, aber gleichzeitig mindestens ebenso effektiv sein wie ein Produktrückruf.

*b) Hypothetische Kausalität*

Bei Unterlassungsdelikten wird zudem eine hypothetische Kausalität zwischen der unterlassenen Handlung und dem eingetretenen Erfolg geprüft. Dieser hypothetische Kausalzusammenhang soll – in Umkehrung der conditio-sine-qua-non-Formel – vorliegen, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfiele (auch Quasi-Kausalität genannt).[53]

Parallel zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang fragt die überwiegende Ansicht hier danach, ob der Taterfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre, wenn der Hersteller seiner Garantenpflicht nachgekommen wäre.[54] Nicht nur die vertretenen Thesen im Pflichtwidrigkeitszusammenhang und in der hypothetischen Kausalität sind sich ähnlich, sondern insgesamt die Fragestellung: Würde bei Hinzudenken der erforderlichen (sorgfaltsgemäßen) Handlung der tatbestandliche Erfolg entfallen?

Praktisch wirkt sich die Besonderheit der Fahrzeug-KI hier auch ähnlich aus wie im Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Nachdem man festgestellt hat, dass der Hersteller das notwendige Update trotz Garantenpflicht nicht installiert hat, muss für die hypothetische Kausalität geprüft werden, ob ein Update die konkreten Unfälle auch vermieden hätte. Um diese Frage beantworten zu können, müsste also das Update nachgebildet werden.

Ein Sachverständiger müsste das erforderliche Update entwickeln und anschließend anhand dessen simulieren, ob ein konkreter Unfall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre. Problematisch ist dabei zum einen, dass sowohl eine Verkehrssituation als auch ein Software-Update höchst komplex sind und nur sehr schwierig nachgebildet werden können. Ob ein Sachverständiger ein solches Software-Update und Simulation mit der notwendigen Präzision überhaupt nachbilden kann, ist daher zweifelhaft.

Zum anderen besteht weiterhin die Problematik mit der Opazität der Fahrzeug-KI bzw. des jeweiligen Updates, selbst wenn das erforderliche Update tatsächlich nachgebildet wird. Denn aufgrund der Opazität kann nie mit endgültiger Sicherheit festgestellt werden, wie sie sich in einer Situation mit dem erforderlichen Update verhalten hätte (bzw. in einer zukünftigen Situation verhalten wird). Es besteht immer die Möglichkeit, dass das Fahrzeug in der konkreten Situation auch mit dem Update einen Unfall verursacht hätte. Insofern ist es praktisch nicht nachweisbar, ob ein Update einen spezifischen Unfall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden hätte.

Folglich begegnet auch die hypothetische Kausalität ähnlich wie der Pflichtwidrigkeitszusammenhang kaum überwindbaren Beweisproblemen.

## IV. Fazit

Das Fazit fällt daher ernüchternd aus: Es ist möglich, mit dem Gedanken des erlaubten Risikos Sorgfaltswidrigkeiten bei der Herstellung automatisierter Fahrzeuge zu ermitteln. Mit mehr rechtlichen und industriellen Regularien wird dies jedenfalls in Zukunft aber einfacher festzustellen sein. Im Rahmen seiner Garantenstellung kann vom Hersteller zudem auch eine Updatepflicht gefordert werden, wenn ihm Fehlfunktionen des Fahrzeugs auffallen.

[50] *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (755 ff.); *Klindt*, DAR 2023, 7 (9), spricht gar von der „Zukunft des Rückrufs".

[51] In diesem Sinne BGHZ 179, 157 (157 Rn. 19) – Pflegebetten; *Wagner*, AcP 217 (2017), 707 (755 ff.).

[52] *Kuhlen* (Rn. 43), 2. Teil 1. Kap. Rn. 44.

[53] BGHSt 48, 77; 59, 292; *Kühl* (Fn. 37), § 18 Rn. 35 ff.; *Weigend*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Fn. 12), § 13 Rn. 71 f.; *Bosch*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 20), § 13 Rn. 61 ff.; *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 34 ff.; *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 210 ff.; *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 37), § 13 Rn. 14 ff.

[54] BGHSt 37, 106 (127); 43, 381 (397); *Haas* (Fn. 53), § 13 Rn. 34 ff.; *Kühl* (Fn. 37), § 18 Rn. 35 ff.; *Gaede* (Fn. 53), § 13 Rn. 14 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 29. Abschn. Rn. 19.

Da die herrschende Auffassung aber im Pflichtwidrigkeitszusammenhang und in der Quasi-Kausalität eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Ausbleibens von Schäden fordert, wird der Nachweis insoweit weder für das Begehungs- noch für das Unterlassungsdelikt aufgrund der Eigenschaften von KI gelingen.

Folglich wird der Hersteller de lege lata nicht für Unfälle von automatisierten Fahrzeugen strafrechtlich haften. Ob ein straf- oder zivilrechtlicher Reformbedarf besteht und wie eine solche Reform aussehen könnte, ist eine andere Diskussion.

## Buchrezension

**Hans-Holger Herrnfeld/Robert Esser (Hrsg.)**, Europäische Staatsanwaltschaft, Handbuch, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, 2022, 532 S., € 98.

Seit Juni 2021 nimmt die Europäische Staatsanwaltschaft (EUStA) ihre Ermittlungs- und Strafverfolgungsaufgaben wahr.[1] Ob die EUStA mittlerweile den hohen und vielfältigen Erwartungen,[2] insbesondere hinsichtlich der gegenüber den mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden effektiveren Ermittlungstätigkeit, gerecht werden konnte, lässt sich weiterhin nicht abschließend beantworten. Anfänglich arbeitete die EUStA noch eine Vielzahl von Altfällen auf, mittlerweile dürfte in der Behörde eine gewisse Routine in der operativen Tätigkeit eingekehrt sein, auch aufgrund des personellen Aufwuchses.[3] In quantitativer Hinsicht führte die EUStA Ende 2023 insgesamt 1.927 Ermittlungsverfahren, wobei sich der geschätzte Schaden durch die verfolgten Straftaten auf über 19,2 Milliarden Euro summierte.[4] Ferner trafen die Europäischen Gerichte mittlerweile grundlegende Entscheidungen zur EUStA.[5] Schließlich traten auch die ersten Konflikte zwischen mitgliedstaatlichen Akteuren und der EUStA zutage.[6] Gleichwohl bleiben bislang noch viele Rechtsfragen unbeantwortet. Eine Revision der Gründungsverordnung ist spätestens fünf Jahre nach der Tätigkeitsaufnahme vorgesehen,[7] sodass in der rechtspolitischen Sphäre die Verordnung zeitnah bewertet und Verbesserungsvorschläge postuliert werden dürften.

Deswegen ist das hier rezensierte Handbuch für Praxis und Wissenschaft weiterhin wertvoll und gilt als Standardwerk. Den insgesamt zehn Autoren gelingt, alle bedeutsamen Fragestellungen sinnvoll strukturiert aufzugreifen. Handbuchbeiträge stehen stets im Zielkonflikt zwischen hohem wissenschaftlichen Niveau und Kompaktheit, welchen die Verfasser der Beiträge aber gelungen auflösen. Auf über 300 Seiten, aufgeteilt in 14 nach Paragraphen gegliederten Kapiteln, gehen die namhaften Autoren aus Wissenschaft und Praxis auf alle relevanten Aspekte der EUStA ein. Dabei wird die bis zu dem Erscheinungszeitpunkt veröffentlichte deutsch-, englisch- und französischsprachige Literatur ausgewertet und neben den konkreten Verweisen auch einleitend alphabetisch sortiert dargestellt.

Zu begrüßen ist, dass, wenngleich selten, neben dem deutschen auch das österreichische materielle Straf- und Strafverfahrensrecht dargestellt wird, insbesondere das Gesetz zur Durchführung der EUStA. Da Autoren meist nur die Rechtslage in einem der Länder vertieft kennen, stellen auch bei europarechtlichen Werken viele nur die Auswirkungen des Unionsrechts auf die ihnen bekannte Jurisdiktion dar. Der häufig eingenommene nationale Blickwinkel verringert jedoch den Adressatenkreis eines Werkes. Kleinere Fehler bei der Betrachtung der österreichischen Rechtslage und das Fehlen einer vertieften Auseinandersetzung mit den dortigen Problemfeldern sind insoweit nachvollziehbar und schmälern den Wert des Handbuchs für die Wissenschaft und Praxis nicht.[8] In der Natur eines Handbuchs begründet liegt auch, dass nicht alle durch die EUStA-VO aufgeworfenen Rechtsfragen beantwortet werden können, dafür eignet sich eher ein Kommentar.[9]

Aus der Zeit gefallen ist indes der Abdruck der EUStA-VO, der Geschäftsordnung der EUStA etc. Diese Anlagen füllen beinahe 150 Seiten und blähen den Umfang des Werks überflüssig auf. Das Arbeiten an einem Rechner mit Internetzugang dürfte der absolute Regelfall sein, sodass die Leser auf das im Handbuch abgedruckte Recht über die Rechtsdatenbanken EUR-Lex (Europäische Union), Gesetze im Internet (Deutschland) oder das Rechtsinformationssystem des Bundes (Österreich) problemlos zugreifen können. Das empfiehlt sich ohnehin, um etwaige Änderungen der jeweiligen Gesetze im Blick zu haben.

Eine umfangreiche Auseinandersetzung mit dem gesamten Inhalt kann nicht erfolgen, herausgestellt werden sollen aber einzelne Abschnitte. Der Herausgeber Herrnfeld, andernorts als „einer der geistigen Väter der EUStA" geadelt,[10] leitet das Werk mit einem historischen Abriss ein. Dabei führt er in § 2 kenntnisreich durch den etwa vierjährigen Verordnungsgebungsprozess, vor dem jahrzehntelange Vorarbeiten lagen, und stellt den Inhalt der primärrechtlichen Grundlagen vor, namentlich insbesondere Art. 86 AEUV. Einer besonders intrikaten Materie widmen sich *Herrnfeld/Brodowski* in § 5. Die dort behandelten Zuständigkeiten der EUStA zählten im Verordnungsgebungsverfahren wohl zu

[1] Durchführungsbeschluss (EU) 2021/856 der Kommission vom 25. Mai 2021 zur Festlegung des Zeitpunkts, zu dem die Europäische Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungs- und Strafverfolgungsaufgaben übernimmt.

[2] Vgl. dazu *Wirth*, Die Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, S. 107 ff.

[3] So waren im Jahr 2022 in Deutschland noch elf Delegierte Europäische Staatsanwälte tätig und 114 Ermittlungsverfahren offen. Im Jahr 2023 kamen acht zusätzliche Stellen für Delegierte Europäische Staatsanwälte hinzu. Offen waren 176 Ermittlungsverfahren, siehe Europäische Staatsanwaltschaft, Jahresbericht 2022, S. 32 und Jahresbericht 2023, S. 32.

[4] Europäische Staatsanwaltschaft, Jahresbericht 2023, S. 4.

[5] Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-281/22; siehe dazu *Ligeti*, eucrim 2024, 69 ff., und EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23; siehe dazu *Böse/Lobinger*, ZfIStw 1/2025, 54 ff. Eine Rechtsprechungsübersicht findet sich bei *Collins*, eucrim 2024, 64 (67 f.).

[6] *Huyeng/Kurt*, Verfassungsblog v. 13.12.2024, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/clash-of-prosecutors/ (12.3.2025).

[7] Art. 119 Abs. 1 S. 1 EUStA-VO. Auch die für die Zuständigkeit der EUStA maßgebliche PIF-RL (vgl. Art. 22 EUStA-VO) könnte in diesem Zusammenhang überarbeitet werden.

[8] Vgl. *Oshidari*, ÖJZ 2022, 868 f.

[9] Brodowski/Herrnfeld/Burchard (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary, 1. Aufl. 2021; die 2. Aufl. soll im Januar 2026 erscheinen.

[10] *Oshidari*, ÖJZ 2022, 868.

den umstrittensten Bereichen. Die *Autoren* stellen den Inhalt der maßgeblichen Normen konzise dar.

*Esser* setzt sich in dem umfangreichsten Kapitel des Handbuchs, nämlich § 11, mit den Beschuldigtenrechten auseinander. Die Darstellung der für die Tätigkeit der EUStA einschlägigen Grundrechtspositionen im (trans)nationalen Grundrechtsgefüge ist von hoher Präzision; konsequent ist die vom *Autor* bereits seit langem geäußerte Forderung nach einem europäischen Pflichtverteidigersystem.[11]

In § 13 behandeln *Hornung/Schindler* das für die Tätigkeit der EUStA maßgebliche Datenschutzregime. Mit 42 von 120 Artikeln liegt hierin zumindest quantitativ der Schwerpunkt der EUStA-VO. Hinzu kommen noch weitere sekundärrechtliche und nationale Vorgaben. Die *Autoren* leiten den Leser gekonnt durch dieses komplexe Regelungsdickicht, wobei sie sich nachvollziehbarerweise teils nur auf Grundzüge beschränken können. Alles andere würde den Rahmen des Handbuchs sprengen.

Das Handbuch wurde bereits als „von grösstem Nutzen“[12] für in diesem Bereich tätige Juristen bewertet. Dieser Einordnung ist uneingeschränkt beizupflichten. Wer sich praktisch oder wissenschaftlich mit der EUStA beschäftigt, der wird an diesem Werk als Orientierungshilfe und zur vertieften Auseinandersetzung mit den behandelten Themenbereichen nicht vorbeikommen. Eine – bislang noch nicht angekündigte – Neuauflage, welche die neuere Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt, kann mit Vorfreude erwartet werden.

*Prof. Dr. Elias Wirth, Kassel**

[11] *Esser*, StV 2014, 494 (504).
[12] *Donatsch*, NJ 2022, 287 (288).
* Der *Verf.* ist Professor für Polizei- und Verwaltungsrecht sowie Eingriffsrecht an der Hessischen Hochschule für öffentliches Management und Sicherheit. Er wurde 2021 mit einer Arbeit zur Europäischen Staatsanwaltschaft promoviert.