

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 Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

5/2025

4. Jahrgang

S. 533-674

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 2
Von Prof. Dr. Björn Burkhardt, Mannheim 533

Zum Begriff der Tatherrschaft und zur Unterscheidung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 552

Vier dogmatische Anomalien und ihre Überwindung durch die Konzeption der Schuld als subjektive
Verbindung mit der Tat unter Zuhilfenahme bestimmter aristotelischer Unterscheidungen
Von Dr. Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile 557

Strafrechtspaternalismus und das Recht auf selbstbestimmtes Sterben
Von Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M.,
Prof. Dr. Carmen Eloísa Ruiz López, Bogotá 569

Unpräzise Definitionen des Gewahrsamsbegriffs
Ein Appell zur Präzisierung der Ausbildungsliteratur
Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück 583

Die im deutschen Recht notwendige Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen
und der Begriff der Information im europäischen Recht
Vergleichende Überlegungen in kritischer Absicht
Von PD Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück/Leipzig 587

Wirtschaftsstrafrecht

Criminal Compliance als Strafzumessungs- und Bußgeldbemessungsfaktor
Von Rechtsanwältin Prof. Dr. Petra Wittig, München 606

Non-conviction-based confiscation in Deutschland, Österreich und der Schweiz
Ein Drei-Länder-Benchmark im Lichte der Richtlinie (EU) 2024/1260
Von Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. Fabian Teichmann, LL.M. (London), EMBA (Oxford),
St. Gallen 614

Medizinstrafrecht

Transaffirmative medizinische Maßnahmen bei Minderjährigen als Verstoß gegen § 1631c BGB?
– Eine kritische strafrechtliche Bewertung
Von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Mad.), Dr. Alexandra Windsberger, Konstanz,
Prof. Dr. Veit Roessner, Dresden 623

Völkerstrafrecht

Die Umsetzung von internationalem Strafrecht vor nationalen Gerichten
Von apl. Prof. Dr. Hilde Farthofer, Erlangen-Nürnberg 638

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 Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

5/2025

4. Jahrgang

S. 533-674

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE

Strafrecht

Besondere persönliche Merkmale und Sonderdelikte: Rückkehr zum Ursprung als Weg nach vorne
Von Dr. Felipe Belmar Todorovic, LL.M. (Hamburg), Hamburg

651

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24
(K.O.-Tropfen als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB)
(Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, Tübingen)

666

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Maximilian Nussbaum, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Anbietern (innerhalb) sozialer
Netzwerke, Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts, 2025
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Samuel Strauß, Konstanz)

670

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 Bestehen¹ – 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 Herausbergremium, 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 2*

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. Schuld tatbestand) mit bestimmten Rechtsfolgen (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) verknüpft. Auf dieser Grundlage wird dargetan, dass die individuelle Vermeidbarkeit der rechtswidrigen Tat und der Bestrafung das Substrat des Schuld tatbestandes bildet und dass das Bewusstsein des Anderskönnens eine Voraussetzung der individuellen Vermeidbarkeit ist.

III. Zum Inhalt des Rechtssatzes, den der Schuldbegriff begreift

Nach hiesiger Auffassung gehört zum *Inhalt des Schuldbegriffs* beides – der Schuld tatbestand und die damit normativ verknüpfte Rechtsfolge „Vorwerfbarkeit“. ¹¹⁸ Über den *Inhalt des Schuld tatbestandes* herrscht keine Einigkeit. Ich werde zunächst meinen eigenen Standpunkt skizzieren (dazu 1.). Anschließend wende ich mich der Kontroverse um den sog. materiellen Schuldbegriff zu (dazu 2.). Abschließend ist zu klären, welche der konkurrierenden Auffassungen zu den Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit den Vorzug verdient (dazu 3.).

1. Die individuelle Vermeidbarkeit der rechtswidrigen Tat als Voraussetzung der Vorwerfbarkeit

Zu begründen sind folgende Thesen: Die individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts ist das Substrat des Schuld tatbestandes (These 3). Diese Vermeidbarkeit ist gegeben, wenn der Täter bei Begehung der Tat rechtlich relevante Handlungsfreiheit besitzt (dazu b) und seine Tat im Bewusstsein des Anderskönnens (dazu c) vollzogen hat (These 4). Diese

* Ich danke meinen Kollegen Hans Wolfgang Arndt, Wolfgang Frisch und Lothar Kühlen für hilfreiche Diskussionen und wertvolle Anregungen. – Teil 1 ist in Ausgabe 4/2025 erschienen

(https://www.zfistw.de/dat/artikel/2025_4_1696.pdf).

** Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie im Ruhestand.

¹¹⁸ Zur Vorwerfbarkeit als Folge siehe bereits II. 2. k) in Burkhardt, ZfIStw 4/2025.

Thesen ergeben sich aus der Aufgabe des Schuldbegriffs (dazu a). Sie harmonisieren mit dem geltenden Recht (dazu d). Sie sind aber nicht allgemein anerkannt.

a) Aufgabe des Schuldbegriffs ist es, die Strafe so zu begrenzen, dass der Täter sie persönlich als richtig und gerecht empfinden kann.¹¹⁹ Das ist nur unter zwei Voraussetzungen möglich: 1. die Strafe muss „von Rechts wegen“ notwendig sein und 2. die rechtswidrige Tat und die Bestrafung müssen aus der Sicht des Täters vermeidbar (gewesen) sein. Diese Anforderungen korrespondieren nicht nur mit einer kumulativen Rechtfertigung der Strafe,¹²⁰ sondern auch mit der Unterscheidung von äußeren (extrinsischen) und inneren (intrinsischen) Gründen für den Schuldvorwurf.¹²¹ 2. nennt den „inneren Grund“ des Schuldvorwurfs, 1. den „äußeren“. Nur

¹¹⁹ Siehe etwa Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, S. 280; ders., Das Studium der Rechtswissenschaft, 1969, S. 280 ff., 286 f.; Stratenwerth, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 901 (917): „Und darin liegt schließlich der alleinige Sinn des Schuldprinzips: daß der Schuldvorwurf ermöglicht, die Strafe dem Täter gegenüber als eine Sanktion zu vertreten, die er an sich selber als berechtigt anerkennen müsste.“ Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, Kap 7/5: Strafe lasse sich gegenüber dem Einzelnen nur rechtfertigen, wenn sie den Bestraften nicht als Zufall treffe, sondern wenn sie unter den gegebenen Umständen der Gesellschaft als gerecht einleuchtet und dem Bestraften selbst als verdient erscheinen kann. White, The Unity of the Self, 1991, S. 208 ff., 238 ff., 247 ff. („[...] for a practice to be genuinely one involving responsibility, blame and punishment, it must be possible for subjects to acquire in the suffering it involves – including their own“).
¹²⁰ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 3 Rn. 2.

¹²¹ BGHSt (GS) 2, 200 befasst sich mit dem „inneren Grund“ des Schuldvorwurfs. Zur Unterscheidung von inneren und äußeren Gründen hier nur so viel: Innere Gründe haben mit der *Innensicht des Täters* zu tun, also damit, wie er selbst seine rechtswidrige Tat gesehen hat. Bei den äußeren Gründen geht es um die Perspektive der Gesellschaft. Mit dieser Unterscheidung ist eine Sachfrage verbunden: Was ist maßgeblich, wenn die Innenperspektive und die Außenperspektive divergieren? Anders gefragt: Welche Bedeutung hat die Innensicht für die Beurteilung aus der Außenperspektive. Die korrespondierende Unterscheidung von „extrinsic and intrinsic responsibility“ ist mir erstmals bei Kapitan, American Philosophical Quarterly 26 (1998), 31 (36) begegnet. Sie hat nur wenig mit dem zu tun, was Burghardt, Zufall und Kontrolle, 2018, S. 364 und passim, die „Idee der intrinsischen Angemessenheit der Nachteilszufügung“ nennt, die der Begriff der Schuld (angeblich) impliziert und die (angeblich) seinen „kulturell gewachsenen Eigensinn“ (S. 326) ausmacht.

2. ist schuldspezifisch. Und nur mit 2. werde ich mich im weiteren Verlauf befassen.

Die individuelle Vermeidbarkeit ist eine überkommene, fähigkeitsbasierte Zurechnungsvoraussetzung.¹²² Sie hat zahlreiche Befürworter.¹²³ Sie wird zum Teil auf den Fair-

¹²² Sie wird auf die Zurechnungslehre des Aristoteles zurückgeführt; instruktiv *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903, insbes. S. 130 ff. (zur Bedingung sittlicher Werturteile); ferner *Lübbe*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen, 1998, S. 373.

¹²³ Siehe neben den in Fn. 6 in *Burkhardt*, ZfStw 4/2025 Genannten: *Loening*, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, S. 22, 25. Er bestimmt den „allgemein anwendbaren technischen Schuldbegriff“ als „Vermeidbarkeit des rechtswidrigen Handelns für den Täter“, und er fügt hinzu, diese sei mit der Freiheit des Willensaktes unmittelbar gegeben, soweit sich der Täter die Realisierung des rechtswidrigen Tatbestandes vorgestellt habe oder hätte vorstellen können. Das entspricht in der Sache BGHSt (GS) 2, 200. Bei *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. 286) heißt es: „In dem rechtlich missbilligten, weil in concreto vermeidbaren und nach dem Rechtswillen in concreto zu vermeidenden Verhalten des Pflichtigen zur konkreten Rechtspflicht, die er verletzt hat, erschöpft sich seine Schuld im Rechtssinne“; *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band 4 (Die Fahrlässigkeit), 1919, S. 344, 369, 508 ff.: „In der Vermeidbarkeit des Delikts liegt stets der Grund, warum es seinem Täter zum Vorwurf gereicht, warum es selbst ‚Schuld‘ und zur Schuld im subjektiven Sinne zurechenbar ist.“ *W. Sauer* (Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921, S. 563) definiert Schuld „als vermeidbaren Mangel an Interesse für fremde Interessen.“ Was unter „vermeidbar“ zu verstehen ist, wird nicht geklärt, und genau darin liegt das Problem. Hätte er andere Interessen haben können? In der Sache übereinstimmend *H. Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 264: „Nicht ein Unwerturteil, sondern ein positives Werturteil über die Psyche ist Voraussetzung für die Verurteilung. Der Täter ist verantwortlich, wenn er Herr seiner Tat war, oder man doch wenigstens so viel Positives sagen kann, daß er seine Tat hätte beherrschen können. (Vgl. §§ 51, 58, 59 StGB [a.F.] ...).“ *Neumann*, in: Lüderssen (Fn. 122), S. 391 (402): „Die Voraussetzungen für die Verhängung von Strafe müssen so bestimmt werden, daß der einzelne die Möglichkeit hat, Sanktionen zu vermeiden.“ *Frisch*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 187 ff. mit Hinw. auf *Kühl*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149 ff., und *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 244. Zu den Befürwortern kann man mit Vorbehalt auch diejeni-

ness- und Gerechtigkeitsgedanken (bzw. vom BVerfG auf Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip) zurückgeführt. Sie ist allerdings nicht ohne Weiteres „subsumtionsfähig“. Es muss also zunächst einmal geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten unter rechtlichen Aspekten als individuell vermeidbar anzusehen ist.

b) Zu den Voraussetzungen der individuellen Vermeidbarkeit gehört rechtlich relevante Handlungsfreiheit bzw. handlungs- und unrechtsrelevante Vermeidbarkeit im Sinne von *Jakobs*.¹²⁴ Diese ist mittels einer Hypothese (einer operationalen Definition) zu bestimmen.¹²⁵ Sinn und Zweck der hypothetischen Bestimmung der Handlungsfreiheit ist die Klärung der Frage, ob die rechtswidrige Tat auf einem Mangel an hinreichender Motivation zur Normbefolgung (bzw. auf einer rechtlich missbilligten Gesinnung oder auf einem Charaktermangel) beruht. Ein solches Defizit liegt vor, wenn die Tat bei unterstellter hinreichender Motivation zur Normbefolgung unterblieben wäre, wenn also, abgesehen von einer hinreichenden Motivation zur Normbefolgung, alle Voraussetzungen für das Unterbleiben der rechtswidrigen Tat gegeben sind. Zu diesen Voraussetzungen gehören eine Reihe von Fähigkeiten sowie die Kenntnis der Tatumstände und des Unrechts bzw., wenn und soweit diese Kenntnis fehlt, die Bedingungen der individuellen Erkennbarkeit der Tatumstände und des Unrechts. Das ist trivial, weil es so im Gesetz steht. Nicht trivial ist allenfalls, dass auch die individuelle Erkennbarkeit als Voraussetzung der Vermeidbarkeit mittels einer Hypothese zu bestimmen ist (dazu unten 1. d) aa).

c) Weitgehende Einigkeit scheint auch darüber zu bestehen, dass rechtlich relevante Handlungsfreiheit keine hinreichende Voraussetzung für individuelle Vermeidbarkeit ist. Das Bewusstsein des Anderskönnens muss hinzutreten.¹²⁶

gen rechnen, die nicht von Vermeidbarkeit sprechen, aber sinnleiche oder sinnverwandte Wörter benutzen wie z.B. „Andershandelnkönnen“, „Dafürkönnen“ (*T. Walter*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, vor §§ 13 ff. Rn. 159; *Eisele*, in: *Tübinger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, vor §§ 13 ff. Rn. 103, 104), „volle Tatherrschaft“ (*Hegler*, ZStW 36 [1915], 184 [185 f.]) oder „Fähigkeit, sich von der Rechtspflicht zu normgemäßem Verhalten bestimmen zu lassen“ (*Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 22 ff.).

¹²⁴ Zur Terminologie siehe Fn. 6 in *Burkhardt*, ZfStw 4/2025.

¹²⁵ Dazu mit zahlreichen Nachweisen *Burkhardt*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 441 (441 ff., 456 ff.).

¹²⁶ *Seelmann*, in: *Senn/Puskás* (Hrsg.) Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, Fachtagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 19. und 20. Mai 2006, Universität Bern, 2006, S. 91 (91 ff., 98 f.), stimmt dem ausdrücklich zu: „Richtig ist allerdings, dass das eigene Empfinden einer Entscheidungsalternative vor der Tat

Auch dies ergibt sich aus der Aufgabe des Schuldbegriffs. Wenn es darum geht, unter welchen Voraussetzungen der Täter seine Bestrafung als richtig und gerecht empfinden kann,¹²⁷ dann kann nur die Perspektive des Täters, sein Selbstverständnis, sein Erleben im Handlungszeitpunkt (also etwas ontologisch Subjektives) der maßgebliche Bewertungsgegenstand sein.¹²⁸ Treffend dazu *Packer*, der eine konsequentialistische Begründung für das Erfordernis der individuellen Vermeidbarkeit gibt:

„The law is not affirming that some conduct is the product of the free exercise of conscious volition; it is excluding, in a crude kind of way, conduct that in any view is not. And it does so primarily in response to the simple intuition, that nothing would more surely undermine the individual's sense of autonomy and security than to hold him to account for conduct that he does not think he can control. He may be deluded, if the determinists are right, in his belief that such conduct differs significantly from any other conduct in which he engages. But that is beside the point. He thinks there is a difference, and that is what the law acts upon.“¹²⁹

oder doch die Potenzialität dieser Empfindung jedenfalls eine notwendige Bedingung dafür ist, dass eine Tat einem Menschen zugerechnet und so in seine Verantwortung gestellt werden kann.“ Vgl. ferner *Dölling*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 1 (2007), 59 ff.; *Czerner*, Archiv für Kriminologie 218 (2006), 129 (142 ff.); *Geisler*, Zeitschrift für Ethik und Sozialwissenschaften 10 (1999), 281 ff. Übereinstimmend auch *Kapitan*, American Philosophical Quarterly 26 (1998), 31 (36).

¹²⁷ Oder, um mit *Jakobs* zu sprechen, unter welchen Voraussetzungen Individuen in einer normativen Ordnung ihr Auskommen finden können (*Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 2008, S. 45 f., 99 f., 107; *ders.*, in: Witter [Hrsg.], Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, S. 271 [281]) bzw. unter welchen Voraussetzungen eine allgemeine Bereitschaft besteht, in einer Situation, in der sich der Täter befindet, Verantwortung zu akzeptieren (*Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, Kap. 17/23).

¹²⁸ Das trifft sich mit der Annahme, dass im Strafrecht die „volkstümliche Auffassung“ maßgeblich sei. Siehe dazu *Pfenninger*, Grenzbestimmungen zur criminalistischen Imputationslehre, 1892, S. 84 ff.: „Die Freiheit der Wahl ist eine durchaus volkstümliche Erkenntnis. Jeder erfährt es an sich, dass es in seinem Belieben steht, etwas zu thun oder zu unterlassen, Wirkungen hervorzurufen, Folgen herbeizuziehen. [...] Gemäss dieser Erfahrung der Einzelnen an sich selber beurteilen sie auch die anderen. Die Handlung, die Verletzung wird nicht einem Naturgesetz, welches sich des ‚Thäters als Mittel bedient‘, zugeschrieben, sondern dem Täter selbst. Er ist Urheber der That, er hat sie mit freiem Willen vollzogen und darin liegt seine Schuld.“

¹²⁹ *Packer*, The Limits of the Criminal Sanction, 1968, S. 67 ff., 76 f. (*Hervorhebung* im Original). Seine Darlegungen

Die Perspektive des Akteurs, die bei *Packer* nicht spezifiziert wird, beinhaltet im Normalfall die Offenheit der Zukunft,¹³⁰ das Bewusstsein des Anderskönnens¹³¹ und das Erleben der

entsprechen der „fair opportunity conception of responsibility“. Sie besagt, dass Tadel und Strafe nur angemessen sind, „when the agent had the fair opportunity to avoid wrongdoing“ (eingehend dazu *Brink*, Fair Opportunity and Responsibility, 2021, S. 4 ff., 77 ff. mit weiteren Hinweisen u.a. auf H. L. A. Hart, Stephen Morse und Michael Moore). *Brink* stellt die Frage, ob diese „fair opportunity“ ein Anderskönnen voraussetzt. *Packer* wird von *Brink* nicht erwähnt, wohl aber von *Green*, Freedom and Responsibility in American Legal Thought, 2014, S. 306 ff. Eine folgenorientierte Begründung des Vermeidbarkeitserfordernisses (Übermaß an Zurechnung führe zum Verlust gesellschaftlicher Stabilität) und ein Hinweis auf den Fairnessaspekt (Schuldprinzip als Prinzip fairer Zurechnung) findet sich auch bei *Neumann* (Fn. 123), S. 402; *ders.*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 83 (100 f.).

¹³⁰ *Baumeister/Maranges/Sjastad*, Psychology of Consciousness: Research and Practice 5 (2018), 221 (223 ff.), sprechen treffend von einer „Multi-Maybe Future“ bzw. von einer „Multi-Maybe Matrix“. Sie kommen auf der Grundlage von sozialpsychologischen und entscheidungstheoretischen Untersuchungen zu dem Ergebnis, „[...] that people think of the future as a matrix of maybe, in which a great many things might happen but also might not happen. Such a view is precisely what would be most pragmatic for an agent whose choices and performances can steer events in one way or another (thus obviously assuming that both ways are possible). One of the most important functions of human conscious thought is to simulate how one's various possible actions and choices will lead to different outcomes and to evaluate those, so as to know which ones to favour.“ Vgl. auch *Baumeister*, The Science of Free Will, Bridging Theory and Positive Psychology, 2024, S. 61 ff., 65. Der Ausdruck „matrix“ soll deutlich machen, dass die Möglichkeiten/Optionen in der Außenwelt vorhanden sind, also (ganz überwiegend) nicht nur im Kopf des Akteurs. Dass das so ist, haben die Altvorden schon immer gewusst. Sie waren nur nicht in der Lage, die Phänomene gut zu erklären.

¹³¹ Das Bewusstsein des Anderskönnens ist eine besondere Form des Selbstbewusstseins. Es hat zahlreiche Voraussetzungen, wie etwa die Fähigkeit zur Imagination, zur Simulation und zu kontrafaktischem Denken, die im Strafrecht meist vernachlässigt werden. Dass das Bewusstsein des Anderskönnens nur dann die individuelle Vermeidbarkeit begründen kann, wenn es mit der Wirklichkeit übereinstimmt, habe ich vielfach dargetan (siehe etwa *Burkhardt*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow [Hrsg.], Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 79 [92 ff.]) und soll hier nicht wiederholt werden. Ich bin, anders als etwa *Griffel*, GA 1996, 457 (457 ff.); *ders.*, ZStW 98 (1986), 28 (28 ff., 39), der Meinung, dass das allgemeinmenschliche Freiheitserleben keinen indeterministischen Inhalt hat, also mit einem deterministischen Weltbild kompatibel ist. Instrukтив zur Überein-

Urheberschaft¹³². Das ist vielfach bezeugt und kann als gesichert gelten.¹³³ Auf der Grundlage dieses Erlebens unterscheiden Menschen, was für sie vermeidbar ist und was nicht. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Weltverlauf vollständig determiniert ist. Ebenso irrelevant ist die Frage, ob das Individuum Willensfreiheit in einem indeterministischen Sinne besitzt. Der Begriff der individuellen Vermeidbarkeit ist deshalb im Zusammenhang mit der Aufgabe des Schuldbegriffs so zu bilden und zu begrenzen, dass er diesem Erleben Rechnung trägt. Und das bedeutet: Erlebte individuelle Vermeidbarkeit setzt keine Willensfreiheit im indeterministischen Sinne voraus und sie hängt nicht davon ab, ob der Weltverlauf vollständig determiniert ist.¹³⁴ Eben deshalb ist es richtig, wenn gesagt wird, das Strafrecht dürfe sich einer Stellungnahme zum philosophischen und naturwissenschaftlichen Streit um die Willensfreiheit enthalten.¹³⁵ Und richtig ist es auch, wenn die Altvorderen gesagt haben, die Freiheit der Wahl sei eine durchaus „volksthümliche Erkenntnis“, die nichts mit dem philosophischen Problem der Willensfreiheit zu tun habe, „das sich noch immer ruhelos und zudringlich

stimmung des Freiheitserlebens mit der Wirklichkeit *Deery*, *Naturally Free Action*, 2021, S. 115 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹³² *Seth*, *Being You, A New Science of Consciousness*, 2021, S. 223: „Experiences of volition are not only real, they are indispensable to our survival. They are self-fulfilling perceptual inferences that bring about voluntary actions. Without these experiences, we would not be able to navigate the complex environments in which we humans drive, nor would we be able to learn from previous actions to do better the next time.“ Auch *Wegner*, *The illusion of Conscious Will*, 2002, S. 341, hat dies am Ende seiner Untersuchung über „Illusion of Conscious Will“ eingestanden: „Illusory or not, conscious will is the person’s guide to his or her own moral responsibility for action“; ferner *Caruso*, *Free Will and Consciousness, A Determinist Account of the Illusion of Free Will*, 2012, S. 217 ff.

¹³³ Vgl. neben den in Fn. 132 Genannten aus neuerer Zeit statt vieler *Pothast*, *Freiheit und Verantwortung, Eine Debatte, die nicht sterben will – und auch nicht sterben kann*, 2011, S. 39 ff., *Roskies*, *Philosophical Perspectives* 26 (2012), 323 (323 ff., 332); aus psychologischer Sicht *Nahmias*, *The Psychology of Free Will*, 2008, S. 492 ff., abrufbar unter <https://philpapers.org/archive/NAHTPO-4.doc> (4.8.2025).

¹³⁴ Zustimmend etwa *Kröger*, *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, 2016, S. 438 f. Oder wie *Jakobs*, in: *Henrich* (Hrsg.), *Aspekte der Freiheit*, 1982, S. 69 (71), treffend gesagt hat: „Das Legitimationsproblem besteht unabhängig vom Determinismusstreit.“ Und, so möchte ich hinzufügen, der Determinismusstreit trägt auch nichts zur Lösung des Legitimationsproblems bei.

¹³⁵ *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 39. Es bleibt dann nur die Frage, warum es vielfach für notwendig gehalten wird, indeterministische Willensfreiheit zu postulieren oder zuzuschreiben (dazu unten 2. b) bb).

im Strafrecht“ umhertreibe.¹³⁶ Das entspricht auch dem Standpunkt derjenigen, die sich, wie ich, in Sachen indeterministischer/libertarischer Willensfreiheit zu einem agnostischen Standpunkt bekennen.

Von der vorherrschenden Schuld dogmatik wird das Bewusstsein des Anderskönnens nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich als (subsumtionsfähiges) Merkmal des Schultatbestandes gesehen.¹³⁷ Mir ist aber auch, von wenigen Ausnahmen abgesehen,¹³⁸ keine Stellungnahme bekannt, die bestreitet, dass dieses Bewusstsein eine Voraussetzung der individuellen Vermeidbarkeit ist. Auch die Auffassung von *Jakobs* lässt ausreichend Raum für diese Annahme. *Jakobs* hat zwar behauptet, Schuld werde durch Generalprävention (Stabilisierung des durch die rechtswidrige Tat gestörten Ordnungsvertrauens) begründet und nach dieser Prävention bemessen. Nur der (Straf-)Zweck gebe dem Schuldbegriff Inhalt.¹³⁹ Die Stabilisierung der schwachen Norm sei Zweck der Schuld.¹⁴⁰ Diese Behauptungen ändern aber nichts daran,

¹³⁶ So vor 130 Jahren *Mittelstädt*, *Gerichtssaal* 46 (1892), 397 (406); *Pfenninger* (Fn. 128), S. 84 ff.

¹³⁷ Über den Stellenwert des Freiheitserlebens herrscht in der deutschen Strafrechtswissenschaft keine Einigkeit. Das Meinungsspektrum reicht von der Annahme, es handle sich um eine Illusion, bis hin zu der Auffassung, die innere Erfahrung sei ein Beweis für die Existenz indeterministischer Willensfreiheit. Im letztgenannten Sinne äußert sich etwa *Griffel*, *Der Mensch – Wesen ohne Verantwortung?*, 1975, S. 161 ff. Von der vorherrschenden Meinung wird das zwar mit Recht bestritten. Das allgemeinmenschliche Freiheitserleben dient aber immerhin als Grundlage für die Zuschreibung bzw. die „normative Setzung“ (nicht beweisbarer) Willensfreiheit. Darauf wird zurückzukommen sein.

¹³⁸ *Herzberg*, *ZStW* 124 (2012), 12 (12 ff., 49 ff.); *ders.*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Teilband I, 2020, S. 371 (382 ff.), sieht nicht oder will nicht sehen, dass es individuelle Vermeidbarkeit ohne das Erlebnis des Anderskönnens nicht gibt. Die gesamte individual- und sozialpsychologische Literatur zur Bedeutung des allgemeinmenschlichen Freiheitserlebens (*Herzberg* spricht vom „Freiheitgefühl“) wird ignoriert. Die Annahme von *Herzberg*, das Bewusstsein des Anderskönnens fehle bei unbewusster Fahrlässigkeit, ist unzutreffend; siehe *Burkhardt* (Fn. 125), S. 476 ff. *B. Burghardt*, *Zufall und Kontrolle*, 2018, S. 371, räumt immerhin ein, „dass das Bewusstsein und die Überzeugungen des Akteurs von seinen Fähigkeiten Auswirkungen darauf haben dürften, wie eine Zurechnungspraxis, die Fähigkeiten des Akteurs unterstellt, durch diesen Akteur empfunden wird.“ Er meint aber, damit lasse sich nicht begründen, „dass eine an die Zurechnung anknüpfende hoheitliche Nachteilszufügung intrinsisch angemessen“ sei.

¹³⁹ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, 1976, S. 9, 14, 32.

¹⁴⁰ *Jakobs*, *Das Schuldprinzip*, 1993, S. 24; bei *Jakobs*, *ZStW* 107 (1995), 843 (851, 866), erscheint „Schuld“ als die Summe der Bedingungen, unter denen die Gesellschaft ein abwei-

dass die individuelle Vermeidbarkeit auch bei *Jakobs* eine „Mindestvoraussetzung für rollenübergreifende Zurechnung“ ist.¹⁴¹ Sie erscheint in seinem System bereits als Voraussetzung der Handlung und des Unrechts und sie ist nach seinem Verständnis Bestandteil des Schuld tatbestandes.¹⁴² Die Äußerungen von *Jakobs* zum „Zweck der Schuld“ beziehen sich also nur auf den Aspekt der Zumutbarkeit und das Kriterium der Zuständigkeit,¹⁴³ und sie erfahren auch insoweit eine Relativierung. *Jakobs* sagt nämlich auch: Allein aus dem Strafzweck lasse sich keine Schuldlehre ableiten. Der Inhalt von Schuld werde auch durch die gesellschaftliche Verfassung bestimmt. Das Individuum müsse in der Gesellschaft sein Auskommen finden.¹⁴⁴ Zur Beschuldigung gehöre eine sozialpsychologische Plausibilität der Art, dass eine allgemeine Bereitschaft bestehe, in der Situation, in der sich der Täter befindet, Verantwortung zu akzeptieren.¹⁴⁵ Eine Zuständigkeit und die daraus resultierende Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, kann es deshalb ohne Bewusstsein des Anderskönnens nicht geben.

d) Die Annahme, dass zum Schuld tatbestand neben dem gesamten Unrecht die Handlungsfreiheit (soweit diese nicht schon als Voraussetzung des Unrechts angesehen wird) und das Bewusstsein des Anderskönnens gehören, harmoniert mit dem geltenden Recht. Der deutsche Strafgesetzgeber hat die inhaltlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit zwar nicht positiv festgelegt. Er hat nur bestimmt, wann diese Voraussetzungen *nicht* gegeben sind. Die maßgeblichen Gesichtspunkte sind aber in §§ 17, 20, 35 StGB ausgesprochen, nämlich

- die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln,
- das Erfordernis der Vermeidbarkeit,
- das Erfordernis der Zumutbarkeit.

Diese Anforderungen tragen der Aufgabe des Schuldbegriffs Rechnung. Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann

chendes Verhalten ohne förmliche Reaktion nicht verkraften kann.

¹⁴¹ *Jakobs* (Fn. 127 – Sachverständige), S. 276. *Albuquerque*, ZStW 110 (1998), 640 (654), meint, bei *Jakobs* gebe „die individuell vermeidbare Handlung dem Schuldbegriff seinen wahren Kern“. Das ist zwar richtig, aber unvollständig. Die individuelle Vermeidbarkeit ist bei *Jakobs* (in: Amelung/Beulke/Lilie/Rosenau/Rüping/Wolfslast [Hrsg.], Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 949 [957]) nur die Voraussetzung für einen Motivationsmangel. Für diesen muss der Täter „zuständig“ sein.

¹⁴² *Jakobs* (Fn. 127 – AT), Kap. 6/23 ff., 17/43 ff.

¹⁴³ Die individuelle Vermeidbarkeit als Mindestvoraussetzung wird bei *Jakobs* (Fn. 127 – AT, Kap. 17/1, 53 ff.) auf der Schuldstufe durch die Erfordernisse der Zuständigkeit und der (Un-)Zumutbarkeit ergänzt. Darauf komme ich zurück.

¹⁴⁴ *Jakobs* (Fn. 127 – Norm), S. 45 f., 99 ff., 107 und passim.

¹⁴⁵ *Jakobs* (Fn. 127 – AT), Kap. 17/3, 22 f.

erwartet werden, dass der Täter seine Bestrafung als richtig und gerecht empfindet. Zentral ist dabei der Gedanke der Vermeidbarkeit. Auf ihn lassen sich die beiden anderen Aspekte reduzieren. Wer nicht fähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, kann die Tat nicht vermeiden. Und wenn ein Verhalten nicht zumutbar ist, dann ist es von Rechts wegen nicht vermeidbar.¹⁴⁶

Es ist also nicht zu bestreiten: Auch das geltende Recht (verfassungsrechtliche Vorgaben eingeschlossen) sieht in der individuellen Vermeidbarkeit des Unrechts eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit. Die Frage aber, unter welchen Voraussetzungen individuelle Vermeidbarkeit bejaht werden kann, hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in zahlreichen Entscheidungen deutlich gemacht, dass individuelle Vermeidbarkeit (mindestens) zweierlei voraussetzt, nämlich rechtlich relevante Handlungsfreiheit (dazu aa) und das Bewusstsein des Anderskönnens (dazu bb).

aa) Bei vorsätzlichen Begehungsdelikten stellt die Handlungsfreiheit kein Problem dar. Unterlassen kann man immer.¹⁴⁷ Problematisch kann sie aber bei Unterlassungsdelikten und insbesondere bei unbewusster Fahrlässigkeit sein. Was letztere betrifft, so findet sich seit mehr als 100 Jahren in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine „wegweisende“ und „mit allenfalls marginalen Abweichungen stetig“ wiederholte Definition der unbewussten Fahrlässigkeit.¹⁴⁸ Sie ist auch in einer Reihe von Gesetzesentwürfen enthalten. Sie lautet in der Fassung des § 18 Abs. 1 E 1962:

¹⁴⁶ Das folgt daraus, dass die individuelle Vermeidbarkeit (in einem ersten Schritt) mittels einer Hypothese zu bestimmen ist, in deren Bedingungssatz nicht die dominante, sondern die von Rechts wegen hinreichende Motivation zur Normbefolgung steht. Eine rechtswidrige Tat ist demnach individuell vermeidbar, wenn sie bei hinreichender Rechtstreue vermieden worden wäre (eingehend dazu *Burkhardt* [Fn. 125] sowie oben). Was „hinreichend“ ist, wird (auch) durch die Zumutbarkeit bestimmt. Das ist aber letztlich eine Frage der Konstruktion. Wer meint, die Integration der Zumutbarkeit in die Vermeidbarkeit sei nicht einleuchtend, der möge die Zumutbarkeit getrennt behandeln. An den Sachfragen ändert sich dadurch nichts. Auch die Zumutbarkeit ist, ebenso wie die individuelle Vermeidbarkeit, kein Merkmal des Schuld tatbestandes, das ohne weiteres „subsumtionsfähig“ ist (*Struensee*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz [Hrsg.], Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 199 [201 ff.]).

¹⁴⁷ Deshalb ist auch das Bewusstsein des Anderskönnens im Normalfall vorhanden, es kann aber gestört sein, nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen oder wie bei Zwangshandlungen fehlen.

¹⁴⁸ So die Diagnose von *Duttge*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 15 Rn. 59 f. Eine Auflistung der einschlägigen Rechtsprechung findet sich bei *D. Sauer*, Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung, 2003.

„Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb nicht erkennt, dass er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht.“

Diese Definition enthält nicht nur eine Gleichsetzung von Fahrlässigkeit und individueller Erkennbarkeit, sondern auch – was vielfach nicht registriert wird – eine hypothetische Bestimmung der Erkennbarkeit/Vermeidbarkeit.¹⁴⁹ Sie entspricht der hypothetischen Bestimmung der rechtlich relevanten Handlungsfreiheit.¹⁵⁰ Dass im Wenn-Satz der Hypothese bei der Handlungsfreiheit die hinreichende Motivation zur Normbefolgung steht und im Wenn-Satz der individuellen Erkennbarkeit die Sorgfalt, zu welcher der Täter „nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist“, ändert in der Sache nichts. Denn wenn der Täter fähig war, diese Sorgfalt aufzubieten, dann kann es nur noch an einem Mangel an hinreichender Motivation zur Normbefolgung liegen, dass die Tat begangen worden ist. Es bleibt also nur die Frage, ob er hinreichend zur Normbefolgung hätte motiviert sein können.

bb) Die Frage, ob derjenige, der in der Lage ist, „das Unrechtmäßige seines Tuns“ zu erkennen, dieses auch vermeiden kann, hat der BGH bekanntlich mit folgender Begründung bejaht: Der Mensch sei „auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt [...], sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden.“¹⁵¹ Diese Äußerung ist vielfach als „Bekenntnis zum Indeterminismus“ gedeutet worden. Wenn das zutrifft, was man bezweifeln kann,¹⁵² dann sieht auch der Bundesgerichtshof im Bewusstsein des Anderskönnens eine (notwendige) Voraussetzung der Vorwerfbarkeit, denn indeterministische Willensfreiheit ohne Bewusstsein des Anderskönnens kann es nicht geben. Dass der Mensch darauf angelegt ist, im Bewusstsein des Anderskönnens zu handeln, und dass dies eine Voraussetzung für normative Ansprechbarkeit und individuelle

Vermeidbarkeit ist, steht außer Zweifel.¹⁵³ Es bleibt dann nur die Frage, ob Vorwerfbarkeit mehr (und/oder etwas anderes) voraussetzt als rechtlich relevante Handlungsfreiheit und das Bewusstsein des Anderskönnens. Das ist ein zentrales Thema auch der Kontroverse um den sog. materiellen Schuldbegriff.

2. Zur Kontroverse um den sog. materiellen Schuldbegriff

Die in der Strafrechtsliteratur vorherrschende Meinung teilt die vorstehende Skizze zum Aufbau und zum Inhalt des Schuldbegriffs nicht. Sie geht schon im Ansatz anders vor. Sie unternimmt es, einen „materiellen Schuldbegriff“ zu bilden, der die Frage beantworten soll, von welchen inhaltlichen Voraussetzungen die Vorwerfbarkeit abhängt.¹⁵⁴ Dabei geht es von vornherein nur um Voraussetzungen, die zum Unrecht und zur individuellen Handlungsfreiheit hinzutreten müssen. Konsens darüber, welche Voraussetzungen dies sind, ist bisher nicht erzielt worden. Das Unternehmen hat vielmehr zu einer ganzen Reihe von konkurrierenden Auffassungen zum materiellen Schuldbegriff geführt. Die angeblich wichtigsten werden bei *Roxin/Greco* erörtert (dazu a). Kennzeichnend für diese Schuldbegriffe ist, dass sie der Aufgabe/dem Sinn und Zweck des Schuldnerfordernisses nur be-

¹⁵³ Die Deutung, welche die Äußerung des BGH bei *Neumann* (Fn. 129, S. 85) gefunden hat („normativistische Anthropologie“, „Fundierung des Strafrechts auf den Prämissen des Indeterminismus“), ist m.E. unzutreffend. „[M]an muss das machen, was die Hermeneutik immer gesagt hat: die Sätze so lesen, dass sie sich als möglichst sinnvoll erweisen“ (*Bieri*, in: Gestrinch/Wabel [Hrsg.], *Freier oder unfreier Wille? Handlungsfreiheit und Schuldfähigkeit im Dialog der Wissenschaften*, 2005, S. 114). Ich lese den BGH so: Er fordert individuelle Vermeidbarkeit und begründet die Vermeidbarkeit unter anderem damit, dass der Mensch darauf angelegt ist, im Bewusstsein des Anderskönnens zu handeln. Dieses Bewusstsein ist eine Tatsache. Und nur diese Tatsache ermöglicht es, normative Erwartungen an den Menschen zu richten.

¹⁵⁴ So *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 19; ferner *Cerezo Mir*, *ZStW* 108 (1996), 9; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1992, § 30 Rn. 3: Beim „materiellen Schuldbegriff“ gehe es „um die Erfassung des Wesens und des Inhalts der Strafrechtsschuld [...], um die Festlegung der Voraussetzungen, von denen die Rechtsordnung den Schuldvorwurf an den Täter abhängig machen kann und muß, und die diesen rechtfertigen.“ Ähnlich bereits zu *Dohna*, *ZStW* 32 (1911), 323 (326): Es sei „die Funktion des Schuldbegriffs, diejenigen subjektiven Voraussetzungen zu einer begrifflichen Einheit zusammenzufassen, welche die Zurechnung einer Tat ermöglichen, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Täter ihrerwegen zur Verantwortung zu ziehen.“ Bei *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2022, § 21 Rn. 11, heißt es: „Die Antwort auf die Frage, warum der Täter das Motiv zur Normbefolgung erwartungsgemäß hätte bilden können [sic] und sollen, gibt die Lehre vom materiellen Schuldbegriff.“ Was mit „hätte bilden können“ gemeint ist, bleibt unklar. Anderswollenkönnen? In welchem Sinne?

¹⁴⁹ Siehe dazu *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund* (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, S. 99 (114 ff.); *ders.* (Fn. 125), S. 444 ff., 446. Wenn der Akteur das Risiko der Tatbestandsverwirklichung „deshalb nicht erkennt“, weil er die ihm mögliche und rechtlich gebotene (innere) Sorgfalt außer Acht gelassen hat, dann impliziert dies, dass er sie bei Aufbietung dieser Sorgfalt real erkannt hätte.

¹⁵⁰ Siehe oben bei Fn. 125.

¹⁵¹ BGHSt (GS) 2, 200. Diese Entscheidung ist durch § 17 S. 2 StGB gesetzlich fixiert und vom BVerfG auf die verfassungsrechtliche Ebene gehoben worden (siehe *Wolff*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 124 [1999], 55 [76 ff.]).

¹⁵² Hinweise dazu bei *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 20 Fn. 44. Auch *Jakobs* (Fn. 134, S. 70 f.) und *Pothast*, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, 1980, S. 322 f., wären insoweit zu nennen.

dingt Rechnung tragen und das Bewusstsein des Anderskönnens nicht (oder jedenfalls nicht ausdrücklich) als Merkmal des Schuld tatbestandes sehen. Sie bleiben, was ihren Wert für die Bildung eines subsumtionsfähigen Schuld tatbestandes betrifft, hinter dem Erfordernis der individuellen Vermeidbarkeit zurück (dazu b).

a) Die angeblich „wichtigsten der heute (in mannigfachen Varianten) miteinander rivalisierenden Auffassungen“ werden bei *Roxin/Greco* wie folgt gekennzeichnet:¹⁵⁵

- (1) „Schuld als ‚Andershandelnkönnen‘“ (Vorwerfbarkeit setzt danach voraus, dass der Täter [in einem indeterministischen oder libertarischen Sinne]¹⁵⁶ anders hätte handeln können).
- (2) „Schuld als rechtlich missbilligte Gesinnung“ (d.h. der Grund für die Vorwerfbarkeit ist darin zu sehen, dass der Täter eine rechtlich missbilligte Gesinnung/eine unrechtl. Einzeltatgesinnung an den Tag gelegt hat).
- (3) „Schuld als Einstehenmüssen für den eigenen Charakter“ (der Vorwurf ist begründet, weil der Täter für seinen Charakter, der ihn zur rechtswidrigen Tat veranlasst hat, verantwortlich ist).¹⁵⁷
- (4) „Schuld als Zuschreibung nach generalpräventiven Bedürfnissen“ (Vorwerfbarkeit ist gegeben, wenn und weil eine Bestrafung unter generalpräventiven Aspekten erforderlich ist).¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 20–49a. Die schlagwortartigen Kennzeichnungen habe ich wörtlich übernommen. Meine Deutung ist in Parenthese hinzugefügt.

¹⁵⁶ Zu den Begrifflichkeiten: Der Ausdruck „Andershandelnkönnen“ ist missverständlich. Es geht um ein „schon als *Anderswollenkönnen* verstandenes Andershandelnkönnen“ (so die Klarstellung bei *Eisele* [Fn. 123], vor §§ 13 ff. Rn. 110). „Libertarisch“ nennt man Auffassungen, denen zufolge Willensfreiheit (Anderskönnen unter gegebenen Bedingungen) existiert und mit dem Determinismus nicht vereinbar ist (siehe etwa *Keil*, Willensfreiheit und Determinismus, 2. Aufl. 2018, S. 147). Das ist eine Klarstellung gegenüber dem in der deutschen Strafrechtswissenschaft gebräuchlichen Ausdruck „indeterministisch“. Das menschliche Wollen ist auch dann nicht durch Vorbedingungen determiniert, wenn es auf „objektivem“ Zufall beruht. Aber das ist natürlich nicht gemeint, wenn von „Willensfreiheit im indeterministischen Sinne“ die Rede ist. Gemeint ist „Willensfreiheit im libertarischen Sinne.“ Von dieser Bedeutungsgleichheit gehe ich im Folgenden aus.

¹⁵⁷ Etwa *Herzberg*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 157 (184): „Vorgeworfen wird dem Übeltäter, nach Maßgabe seiner einzelnen Tat, ein Wesenszug, ein charakterliches Defizit, sei es sein Leichtsinns oder, welchen Grades auch immer, seine Bosheit.“ Wohlgeachtet – es handelt sich hier um einen bekennenden Deterministen, der einen solchen Vorwurf erhebt.

¹⁵⁸ Als Begründer und Hauptvertreter dieser Auffassung wird *Günther Jakobs* genannt. Sein Standpunkt ist jedoch, wie bereits dargestellt (siehe oben bei den Fn. 140 ff.), sehr viel differenzierter. Ich vermute deshalb, dass sich „Schuld als

(5) „Diskurstheoretische Schuldbegründungen“ (ein Vorwurf ist berechtigt, weil sich in der Straftat „ein Mangel an Loyalität gegenüber der Teilhabe an der Verständigung über den gerechten Ausgleich von Interessen“ gezeigt hat).¹⁵⁹

(6) „Schuld als Unfairness“ (der tiefere Grund für Vorwerfbarkeit liegt darin, dass der Täter durch den Regelbruch einen unfairen Vorteil erlangt hat).¹⁶⁰

(7) „Schuld als Unklugheit bzw. als planmäßige Vermeidbarkeit der eigenen Bestrafung“ (eine Rechtfertigung der Vorwerfbarkeit setzt voraus, dass dem Täter „nicht lediglich eine Entscheidung für das Unrecht, sondern auch eine *Entscheidung für die eigene Bestrafung* unterstellt[?] werden“ kann).¹⁶¹

(8) „Schuld als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“.

Bei den vorstehenden Kennzeichnungen der Schuld handelt es sich offensichtlich nicht um subsumtionsfähige Merkmale des Schuld tatbestandes.¹⁶² Es handelt sich vielmehr um Ge-

Zuschreibung [allein] nach generalpräventiven Bedürfnissen“ längst erledigt hat. Im Übrigen: *Jakobs* (Fn. 127 – AT), Kap. 17/1, bestimmt „materielle Schuld“ als „Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation“. Diese Begriffsbestimmung impliziert Handlungsfreiheit und verdient, wie noch zu zeigen ist, gegenüber den Positionen (1) bis (8) den Vorzug. Ich frage mich, weshalb sie in der Liste von *Roxin/Greco* nicht enthalten ist.

¹⁵⁹ So *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 154), § 21 Rn. 14. Ganz ähnlich liest sich *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, Tiefenstrukturen moderne Praxisformen und deren strafrechtlicher Transformation, 2007, S. 402: Schuldhaftes Handeln als „eine die gemeinschaftlich erarbeitete und individuell erlebte Freiheit verfehlende Weltinterpretation.“ *Roxin/Greco* (Fn. 135, § 19 Rn. 35e) „vermuten, dass der diskurstheoretische Schuldbegriff sich in Wahrheit mit der klassischen (rechtsphilosophischen) Frage der Autorität oder Legitimität des vom Staat gesetzten Rechts beschäftigt und die strafrechtsdogmatische Diskussion eigentlich verfehlt.“ Ich teile diese Vermutung. In der Liste der (angeblich) wichtigsten Auffassungen zum „materiellen Schuldbegriff“ erscheinen die „diskurstheoretischen Schuldbegründungen“ als Fremdkörper.

¹⁶⁰ In diesem Zusammenhang werden Ulfrid Neumann, Michael Pawlik und Tatjana Hörnle genannt. Der Gedanke findet sich aber auch schon bei *Hans-Martin Pawlowski* (Fn. 119 – Studium), S. 287 f. Mit der individuellen Vermeidbarkeit und dem „inneren Grund“ für den Schuldvorwurf hat diese Erwägung nichts zu tun. Es handelt sich lediglich um eine mögliche Voraussetzung dafür, dass der Täter seine Bestrafung als richtig und gerecht empfinden kann (siehe oben I. a).

¹⁶¹ Wörtliches Zitat aus *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 35j (*Hervorhebungen* im Original).

¹⁶² Ich spreche bewusst von den *Kennzeichnungen*, und ich gehe davon aus, dass diese Kennzeichnungen das jeweils für wesentlich Gehaltene präsentieren. Dass diese Kennzeichnungen durch Erläuterungen angereichert werden können und

sichtspunkte, die für die Bestimmung der Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit maßgeblich sein sollen. Ich spreche im Folgenden von *Leitgesichtspunkten*.¹⁶³ Die praktische Bedeutsamkeit dieser Leitgesichtspunkte kann nur danach bemessen werden, welchen Wert sie für die Bildung eines subsumtionsfähigen Schuld tatbestandes haben. Insoweit ist Folgendes festzustellen:

- Im Vergleich zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit sind die Leitgesichtspunkte zur Bildung eines Schuld tatbestandes deutlich inhaltsärmer. Aus den einzelnen Leitprinzipien lassen sich die gesetzlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit nicht ohne Weiteres ableiten. Es ist eher umgekehrt. Wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit vorliegen, dann kann man mit einer gewissen Berechtigung sagen, der Täter hätte anders handeln können (freilich nicht in einem indeterministischen Sinne), er sei normativ ansprechbar, er habe eine rechtlich missbilligte Gesinnung (bzw. einen Motivationsmangel) an den Tag gelegt, ein Vorwurf sei aus generalpräventiven Gründen gerechtfertigt, et cetera pp.
- Ob die Leitprinzipien ein Erklärungs-, Rechtfertigungs- oder Innovationspotential haben, das über den „Sinn und Zweck“ der gesetzlichen Regelungen hinausgeht,¹⁶⁴ ist

angereichert werden, ist eine andere Frage. Beispiel: „Schuld als normative Ansprechbarkeit“ ist ergänzungsbedürftig, weil die normative Ansprechbarkeit keine hinreichende Voraussetzung für individuelle Vermeidbarkeit ist. *Roxin/Greco* (Fn. 135, § 19 Rn. 37) schließen diese Lücke, indem sie kurzerhand davon ausgehen, dass der Täter, wenn normative Ansprechbarkeit gegeben ist, „auch die Fähigkeit hat, sich normgemäß zu verhalten, und sich schuldig macht, wenn er keine der ihm psychisch prinzipiell zugänglichen Verhaltensalternativen ergreift.“ Damit wird genau das gefordert, was sich aus der Aufgabe des Schuld begriffs und aus den gesetzlichen Voraussetzungen ergibt: Der Täter muss seine rechtswidrige Tat im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen haben. Damit geben sich *Roxin/Greco* aber nicht zufrieden. Sie postulieren Willensfreiheit und begründen dies mit dem Hinweis auf das allgemeinemenschliche Freiheitserleben.

¹⁶³ Andere sprechen vom „Wesen der Schuld“, vom „materiellen Kern der Schuld“ oder von der „Schuldidee“. *Achenbach*, in: Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 135, versteht den „materiellen Schuld begriff“ als „Suche nach dem teleologischen Grundprinzip, welches die Merkmale, die unser konkretes positives Recht unter der Systemstelle ‚Schuld‘ zusammenfasst, miteinander verbindet.“ Der materielle Schuld begriff nehme „eine Position mittlerer Höhe [ein], unterhalb der Schuldidee im Bereich der Rechtsanwendungsbegriffe von Schuld, hier aber wieder oberhalb der diese Begriffe inhaltlich ausmachende Momente.“ Geht es noch komplizierter?

¹⁶⁴ Soweit *Greco* (Nachweise bei *Roxin/Greco* [Fn. 135], § 19 Rn. 35j Fn. 126) eine solche Innovation für seinen Standpunkt reklamiert (Unrechtsbewusstsein setze „Strafbarkeitsbewusstsein“ voraus), ist das fragwürdig. Wie man sich eine

zweifelhaft. Nur zwei der acht Leitgesichtspunkte, nämlich (1) und (7), lassen erkennen, dass es um individuelle Vermeidbarkeit und damit um einen „inneren Grund“ des Schuld vorwurfs geht. Alle anderen Kennzeichnungen nennen „äußere Gründe“.

- Zweifelhaft ist ferner, ob die Kontroverse um den materiellen Schuld begriff „ergebnisrelevant“ ist, ob es also bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit einen Unterschied macht, welchen der Leitgesichtspunkte man zugrunde legt. Unterschiedliche Leitgesichtspunkte können, was die inhaltlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit betrifft, zu ein und demselben Ergebnis kommen/führen.¹⁶⁵
- Die unter (1) bis (8) aufgelisteten Leitgesichtspunkte sind im Verhältnis zu den jeweils konkurrierenden Positionen *nicht exklusiv*. Es handelt sich um acht unterschiedliche Kriterien, die sich nicht widersprechen und die zur Bestimmung der inhaltlichen Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit auch kumulativ herangezogen werden können.
- Wie sich die Positionen (2) bis (6) und (8) zu (These 3) „Schuld als individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts“ verhalten, ist unklar.

Meine These lautet: Alle unter (1) bis (8) aufgelisteten materiellen Schuld begriffe setzen individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts im oben genannten Sinne voraus, und sie fügen dieser Voraussetzung der Vorwerfbarkeit nichts Greifbares hinzu. Das ist im Folgenden zu begründen.

b) Individuelle Handlungsfreiheit im oben genannten Sinne ist, auch wenn dies in den aufgeführten Leitgesichtspunkten nicht durchweg zum Ausdruck kommt, eine unbestrittene und unbestreitbare (Mindest-)Voraussetzung der Vorwerfbarkeit. Das Problem besteht darin, diese Voraussetzung auf subsumtionsfähige Merkmale des Schuld tatbestandes herunterzudeklinieren. Es kann gelöst werden, indem man eine Hypothese bildet.¹⁶⁶ Diese dient nicht nur der Klärung der Frage, ob die rechtswidrige Tat auf einem Motivationsmangel beruht. Sie zwingt auch zur Aufdeckung der Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit die Hypothese bzw. die Behauptung, dass die rechtswidrige Tat auf einem Motivationsmangel beruht, „wahr“ ist. Die auf diesem Wege ermittelten „Bedingungen der Handlungsfreiheit“, die zusammen mit der hinreichenden Normbefolgungsmotivation eine hinreichende Voraussetzung für das Unterbleiben der rechtswidrigen Tat bilden, sind subsumtionsfähige Voraussetzungen/Merkmale des Schuld tatbestandes.

„Entscheidung für die eigene Bestrafung“ im Falle des vermeidbaren Verbotsirrtums und der unbewussten Fahrlässigkeit vorstellen soll, ist unklar.

¹⁶⁵ *T. Walter* (Fn. 123, vor §§ 13 ff. Rn. 159 ff.) meint: „Um den Schuld begriff streitet man sich seit jeher mit ähnlicher Intensität wie um den Begriff der Handlung, und auch die Ergebnisrelevanz der Auseinandersetzung ist vergleichbar, nämlich nahe null. Vielmehr geht es im Wesentlichen darum, jene Ergebnisse zu deuten, die das geltende Recht diktiert und über die große Einigkeit herrscht.“

¹⁶⁶ Siehe oben 1. b).

Die überwiegende Meinung in der Strafrechtsliteratur scheint sich allerdings für hypothetische Bestimmungen der Vermeidbarkeit gar nicht zu interessieren. Explizite und ziel-führende/hilfreiche Hypothesen sind eher selten.¹⁶⁷ An ihre Stelle treten, soweit das Problem nicht übersehen oder intuitiv gelöst wird, verkappte konditionale und pseudokonditionale Bestimmungsversuche. Dadurch wird der Eindruck einer Meinungsvielfalt hervorgerufen, die bei Licht besehen gar nicht existiert. Dies lässt sich am Beispiel der materiellen Schuldbegriffe (1), (2) und (3) verdeutlichen:

aa) Ein beachtlicher Teil der Autoren, die (1) „Schuld als Andershandelnkönnen“ oder (2) „Schuld als rechtlich missbilligte Gesinnung“ kennzeichnen, sprechen sich für eine „analogische Schuldfeststellung“ aus. Weil Freiheit nicht beweisbar, sondern nur postulierbar sei, könne der Schuldvorwurf nur auf den Vergleich gestützt werden, dass andere in der Situation des Täters anders gehandelt hätten.¹⁶⁸ Der Schuldvorwurf lasse sich gegen den Einzelnen nur folgendermaßen formulieren: „der Täter hätte in der Situation, in der er sich befand, in dem Sinne anders handeln können, als nach unserer Erfahrung in gleichliegenden Fällen *ein anderer an seiner Stelle* bei Anspannung der Willenskraft, die dem Täter möglicherweise gefehlt hat, unter den konkreten Umständen anders gehandelt hätte“¹⁶⁹

Die analogische Schuldfeststellung ist nach meiner Überzeugung eine inkonsistente und überflüssige Konstruktion.¹⁷⁰ Sie ist inkonsistent, weil sich daraus, dass andere (Maßstabspersonen, Durchschnittsmenschen) in der Situation des Täters anders gehandelt hätten, nicht erschließen lässt, dass (auch)

der Täter anders hätte handeln können.¹⁷¹ Was sich mittels einer „analogischen Schuldfeststellung“ bestenfalls klären lässt, ist die Frage, ob der Täter individuelle Handlungsfreiheit besaß. Wenn man annimmt, dass der sog. Durchschnittsmensch „unter genau denselben äußeren und inneren Umständen“ (*Mangakis*) anders gehandelt hätte als der Täter, dann muss es dafür einen Grund geben. Dieser kann nur darin gesehen werden, dass die Vergleichsperson im Unterschied zum Täter hinreichend zur Normbefolgung motiviert ist bzw. (wie *Jescheck/Weigend* sagen) „das Maß an Rechtsgesinnung und Willenskraft“ aufweist, das von einem maßgerechten Staatsbürger erwartet wird und das dem Täter fehlt.¹⁷² Es geht also auch bei der analogischen Schuldfeststellung um nichts anderes als die Frage, ob die rechtswidrige Tat auf einem Motivationsmangel beruht. Die Frage, ob sich der Täter anders hätte motivieren können, bleibt offen. Die Bezeichnung „analogische Schuldfeststellung“ ist also irreführend. Es geht nicht um die Feststellung der Schuld, es geht nur um die Feststellung individueller Handlungsfreiheit als Bestandteil des Schuld tatbestandes.

Um herauszufinden, ob die rechtswidrige Tat auf einem Motivationsmangel beruht, bedarf es nicht des Umwegs über eine Vergleichsperson. Man kann unvermittelt fragen, ob die rechtswidrige Tat unterblieben wäre, wenn man dem Täter hinreichende Rechtstreue unterstellt. Warum die Befürworter der analogischen Schuldfeststellung diese Möglichkeit einer Hypothesenbildung ignorieren, hat sich mir nicht erschlossen.

bb) An einer Explikation des Begriffs der Vermeidbarkeit, der in § 17 StGB enthalten ist, kommt auch der bekennende Determinist *Herzberg*, ein Befürworter der Charakterschuldlehre, nicht vorbei. Er stellt zunächst (zutreffend) klar, dass es bei der Vermeidbarkeit nicht um ein Anderskönnen im indeterministischen Sinne geht. Sodann kommt er (mit aufwendiger Begründung) zu dem (ebenfalls zutreffenden) Ergebnis, dass es bei dem „vermeidbaren Irrtum“ um einen „Einsichtsmangel“ geht, „der dem Täter als ein persönliches Defizit angerechnet werden muss [?], weil er auf eine fehlerhafte Einstellung gegenüber allen oder bestimmten Geboten der Rechtsordnung zurückgeht; und entsprechend ist dann als ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) eine Unkenntnis anzusehen, die man dem Täter nicht übelnehmen kann, weil es in seiner Situation ‚fast jedem so gegangen wäre‘, d.h. der Irrtum keine individuell-charakterliche, sondern eine allgemein menschliche Erklärung findet.“¹⁷³

¹⁶⁷ Siehe dazu *Burkhardt* (Fn. 125), S. 449 ff. Augenscheinlich wird die heuristische Funktion der Hypothesenbildung nicht erfasst. Das wirkt sich nachteilig auf die Lösung der Sachprobleme aus und führt zu einer Meinungsvielfalt, die es, was die Lösung der Sachprobleme betrifft, gar nicht gibt.

¹⁶⁸ *Eisele* (Fn. 123), vor §§ 13 ff. Rn. 110 mit weiteren Nachweisen. Über die Modellierung der Vergleichsperson herrscht weder Einigkeit noch Klarheit.

¹⁶⁹ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 411, 427 f. Vielfach wird auch auf eine ähnliche Formulierung von *Mangakis*, ZStW 75 (1963), 499 (519), Bezug genommen. Er meint, der gegen den Täter gerichtete Schuldvorwurf gründe auf den Gedanken: „Du hast rechtswidrig gehandelt, obwohl du dich rechtmäßig verhalten konntest, was sich dadurch feststellen läßt, daß erfahrungsgemäß der Durchschnittsmensch unter genau denselben äußeren und inneren Umständen seinem Motivationsverfahren einen anderen Ausgang geben würde.“ *Mangakis* meint weiter, mit dieser Konstruktion sei „ein indeterministisch fundierter und also ein echt persönlicher Vorwurf“ gefunden. Das ist unzutreffend. Gefunden ist bestenfalls individuelle Handlungsfreiheit.

¹⁷⁰ Siehe etwa die Kritik von *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, 1998, S. 63 ff.

¹⁷¹ Die Befürworter der analogischen Schuldfeststellung räumen dies teilweise ein; vgl. etwa *Maiwald*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 149 (165 f.), *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, 553 (560), *Mangakis*, ZStW 75 (1963), 499 (520 ff.).

¹⁷² Wenn *Jescheck/Weigend* (Fn. 169), S. 428, meinen, dies sei es, was an dem Täter getadelt werde, und seine Schuld ausmache, so ist dem zu widersprechen. *Jescheck/Weigend* bleiben damit hinter *Jakobs* zurück. *Jakobs* (Fn. 127 – AT, Kap. 17/1, 53 ff.) verlangt mehr, nämlich die *Zuständigkeit* für einen Mangel an dominanter Motivation zur Normbefolgung.

¹⁷³ *Herzberg*, ZStW 124 (2012), 12 (62).

Es ist unschwer zu erkennen: Was in diesen Sätzen zum Ausdruck kommt, ist nichts anderes als eine verkappte und ungenaue Hypothese zur Bestimmung der individuellen Vermeidbarkeit im Sinne von Handlungsfreiheit. Die fragliche Hypothese lautet in ihrer expliziten Form: Vermeidbarkeit/Erkennbarkeit (bzw. Handlungsfreiheit im oben genannten Sinne) liegt vor, wenn der Täter bei hinreichender Bereitschaft zur Normbefolgung, die „nicht bedachte Norm in sein Bewusstsein gerückt und beachtet“ hätte. Das deckt sich mit der hypothetischen Bestimmung der Vermeidbarkeit durch *Jakobs*:

„Würde der Täter hinreichende Normbefolgungsbereitschaft aufbauen (was er aktuell freilich nicht tut), so würde die aktuell nicht bedachte Norm in sein Bewusstsein gerückt und beachtet“¹⁷⁴

Warum *Herzberg* diese Bestimmung ignoriert, ist mir nicht klar, es ist aber ein (weiterer) Beleg dafür, dass sich die überwiegende Meinung in der Strafrechtswissenschaft für hypothetische Bestimmungen der Vermeidbarkeit, Erkennbarkeit und Handlungsfreiheit nicht interessiert. Dieses Desinteresse schafft kein Wissen.

c) Weitgehende Einigkeit herrscht auch darüber, dass individuelle Handlungsfreiheit keine hinreichende Voraussetzung der Vorwerfbarkeit ist. Was zur individuellen Handlungsfreiheit hinzutreten muss, um Vorwerfbarkeit zu begründen, ist kontrovers. Die hier vertretene Auffassung, dass das Bewusstsein des Anderskönnens ein Merkmal des Schuld tatbestandes ist, wird von der vorherrschenden Schuld dogmatik nicht geteilt. Die folgenden *fünf Alternativen* stellen eine Auswahl dar, die für den gegenwärtigen Stand der Schuld dogmatik, so wie sich diese in den Lehrbüchern und Kommentaren darstellt, repräsentativ ist:

- Willensfreiheit im indeterministischen Sinne (dazu aa).¹⁷⁵

- Willensfreiheit als „normative Setzung“¹⁷⁶ bzw. als „eine auf Selbsterfahrung gegründete *zugeschriebene Fähigkeit*“ (dazu bb).¹⁷⁷
- Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung als praktisches Postulat (dazu cc).¹⁷⁸
- Zwei „Basisfähigkeiten“, die zum „konditionalen Andershandeln-Können“ (also zur Handlungsfreiheit) hinzutreten, nämlich die „Fähigkeit zu willensbedingtem Verhalten“ und „die konditionale Fähigkeit, nach Gründen anders zu wollen“ (dazu dd).¹⁷⁹
- Zuständigkeit als rechtstheoretisches Gegenstück dessen, was in der Metaphysik Willensfreiheit heißt (dazu ee).¹⁸⁰

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass keine dieser fünf Alternativen ohne das Bewusstsein des Anderskönnens auskommt:

aa) „Schuld als Andershandelnkönnen“ (im indeterministischen Sinne) nimmt in der Liste der materiellen Schuld begriffe in verschiedener Hinsicht eine Sonderstellung ein:

- Schuld als Andershandelnkönnen“ liefert neben der Position (7) einen „inneren Grund“ für den Schuldvorwurf. Alle anderen Auffassungen stellen sich lediglich als „äußere Gründe“ dar, die freilich, wie noch zu verdeutlichen ist, teilweise einen inneren Grund implizieren.
- Alle anderen Auffassungen zum materiellen Schuld begriff versuchen, ein Surrogat für „Schuld als Andershandelnkönnen“ zu finden und damit die Freiheitsfrage auszuklammern.¹⁸¹
- Eine hypothetische Bestimmung/eine operationale Definition des als Anderswollenkönnen verstandenen Andershandelnkönnens ist nicht möglich.¹⁸²
- Das Andershandelnkönnen hat – im Unterschied zu den anderen normativen Konstrukten – einen empirischen Anknüpfungspunkt, nämlich das allgemeinschliche Freiheitserleben. In diesem Erleben wird teilweise ein Beweis für indeterministische Willensfreiheit gesehen,

¹⁷⁴ *Jakobs* (Fn. 127 – AT), Kap. 19/36. Das Zitat ist bereits in der ersten Auflage des Lehrbuchs von *Jakobs* enthalten, die 1983 erschienen ist.

¹⁷⁵ Zur groben Kennzeichnung dieser Position, die dem Bundesgerichtshof zugeschrieben wird, siehe Fn. 165. Damit ist aber nicht geklärt, wie man sich diese Willensfreiheit vorzustellen hat. *Pothast* (Fn. 133, S. 61 ff.) nennt den Ausdruck „Willensfreiheit“ „ebenso mehrdeutig wie irreführend“. Er beklagt, dass viele Autoren, auch viele professionelle Philosophen, den Terminus „Willensfreiheit“ benutzen, ohne zu sagen, was genau sie damit meinen. In der Strafrechtswissenschaft ist das gang und gäbe. Nur selten findet man eine knappe und meist unklare Erläuterung. So heißt es etwa bei *Eisele* (Fn. 123, vor §§ 13 ff. Rn. 108) der Freiheitsbegriff sei nicht im Sinne eines „strengen Indeterminismus“ zu verstehen. Zu den Unklarheiten, die mit diesem Begriff verbunden sind, *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 10 (10 ff., 74), der sich für einen „libertarischen Kompatibilismus“ ausspricht. Dieser Meinungswirrwarr, der auch die sog. neurowissenschaftliche Willensfreiheitsdebatte befördert hat, lebt davon, dass er für

die Ausgestaltung des Schuld tatbestandes völlig belanglos ist.

¹⁷⁶ *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 41.

¹⁷⁷ *Frisch* (Fn. 123), S. 211.

¹⁷⁸ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 7–13.

¹⁷⁹ *B. Burkhardt* (Fn. 138), S. 231 ff., 273 f.

¹⁸⁰ *Jakobs* (Fn. 140), S. 24.

¹⁸¹ Dazu heißt es bei *Frisch*, in: *Wohlers/Seelmann* (Hrsg.), *Schuldgrundsatz*, 2024, S. 111 (124): „In Wahrheit führen alle diese Versuche, die Problematik des Schuldurteils durch die Vermeidung des Begriffs der Freiheit oder der Fähigkeit zu richtigem Handeln zu entschärfen, nicht zu akzeptablen Problemlösungen, sondern zur Problemvernebelung.“ Dem ist zuzustimmen. Es ist aber – entgegen *Frisch* – auch keine Lösung, das Anderskönnen kurzerhand zuzuschreiben. Dazu sogleich mehr.

¹⁸² Es gilt das, was *Frister* (*Die Struktur des „voluntativen Schuld elements“*, Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 103 ff.) zum Begriff der Steuerungsfähigkeit ausgeführt hat.

teilweise dient es als hinreichende Rechtfertigung für eine „Zuschreibung“ bzw. für eine „normative Setzung“ von (indeterministischer) Willensfreiheit.¹⁸³

- „Schuld als Andershandelnkönnen“ impliziert das *Bewusstsein des Anderskönnens*. Dieses Bewusstsein ist eine Voraussetzung des Anderskönnens.¹⁸⁴ Möglichkeiten, die wir nicht erkennen oder nicht erkennen können, haben wir nicht.
- „Schuld als Andershandelnkönnen“ impliziert individuelle Vermeidbarkeit im oben genannten Sinne (Handlungsfreiheit und Erlebnis des Anderskönnens).¹⁸⁵
- „Schuld als Andershandelnkönnen“ eröffnet die Möglichkeit, in eine mehr als 2000 Jahre alte Debatte einzutreten. Gibt es indeterministische Willensfreiheit? Setzt strafrechtliche Schuld indeterministische Willensfreiheit voraus? Die damit verbundenen Profilierungsmöglichkeiten erscheinen unerschöpflich.
- Das Andershandelnkönnen als Voraussetzung der Vorwerfbarkeit ist augenscheinlich nicht totzukriegen.¹⁸⁶

Es ist behauptet worden, dass die „ganz h.M. im Strafrecht“ in der indeterministisch verstandenen Willensfreiheit eine Voraussetzung der Schuld sehe.¹⁸⁷ Das gibt den Stand der

Meinungen nicht korrekt wieder. Wenigstens drei Positionen mit unklaren Übergängen sind zu unterscheiden:

- (i) Es gibt indeterministische Willensfreiheit. Alle Menschen mit einem bestimmten Reifegrad, die nicht an einer geistigen Störung i.S.d. § 20 StGB leiden, besitzen diese Willensfreiheit.¹⁸⁸
- (ii) Ob es indeterministische Willensfreiheit gibt, ist eine offene Frage. Weil es sich um eine offene, mit empirischen Mitteln nicht entscheidbare Frage handelt und weil die Menschen sich als frei erleben, ist es gerechtfertigt, indeterministische Willensfreiheit zu postulieren oder zuzuschreiben. Diese Position, die ich im Folgenden als Postulattheorie bezeichne, entspricht wohl der im Strafrecht vorherrschenden Meinung.¹⁸⁹

¹⁸³ Siehe bereits oben Fn 136. Zu den Grundpositionen zum Stellenwert des Freiheitserlebens *Burkhardt*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 3 (3 ff.).

¹⁸⁴ Nachdrücklich *Erb*, in: Groeben, Zur Programmatik einer sozialwissenschaftlichen Psychologie, 273 Band II, 2. Halbbd., 2003, S. 273 (273 ff., 288). Hinter dem Namen „Erb“ verbirgt sich der Psychologe Norbert Groeben.

¹⁸⁵ Siehe oben 1. b), c). Die individuelle Vermeidbarkeit als Substrat der Schuld ist also – entgegen dem ersten Anschein – in der Liste von *Roxin/Greco* enthalten, aber eben nur in der „Schuld als Andershandelnkönnen“ und in der „Schuld als planmäßige Vermeidbarkeit der eigenen Bestrafung“. Alle anderen Positionen (2) bis (6) und (8) ignorieren dieses Erfordernis oder setzen es stillschweigend voraus.

¹⁸⁶ Der Titel der Schrift von *Ulrich Pothast* (Fn. 133) lautet „Freiheit und Verantwortung, Eine Debatte, die nicht sterben will – und auch nicht sterben kann“. Das liegt am allgemeinschlichen Freiheitserleben sowie daran, dass dieses Erleben individuelle Vermeidbarkeit impliziert. *Loening* (Fn. 123) hat diesen Zusammenhang deutlich gemacht.

¹⁸⁷ So insbesondere *Spilgies*, ZIS 2007, 155 (155 ff.). Vgl. demgegenüber *Willaschek*, in: Wenzel (Hrsg.), Vom Ersten und Letzten, Positionen der Metaphysik in der Gegenwartsphilosophie, 1998, S. 131 (131 ff., 149); *ders.*, in: Gethmann (Hrsg.), Deutsches Jahrbuch für Philosophie, Bd. 2: Lebenswelt und Wissenschaft, 2000, S. 1185 (1185 ff.). Er vermutet, dass unsere Rechtspraxis auf der impliziten Annahme beruht, dass eine indeterministische Freiheit keine Voraussetzung für rechtlich-moralische Verantwortung darstellt. Ebenso bereits der Rechtsphilosoph *Coing*, in: Klug (Hrsg.), Philosophie und Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, 1960, S. 3 (3, 11).

¹⁸⁸ Vielleicht liegt diese Position den folgenden Äußerungen zugrunde: Für den Strafrechtswissenschaftler sei eine indeterministische Position zwingend (*Renzikowski*, NJW 1990, 2905 [2907]). Die „Frage der Existenz von Willensfreiheit“ sei im Bereich der strafrechtlichen Verschuldenshaftung „gesetzlich vorentschieden“ (*Jäger*, GA 2013, 3 [3 ff., 6, 10 f.]). Die meisten Strafrechtler seien „von Haus aus [?] Indeterministen“ (*Fahl*, in: Bublit/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld [Fn. 138], S. 335 [336]). Auch *Müller-Dietz* (Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967) und an diesen anschließend *Koriath* (GA 2011, 618 [624 ff.]) behaupten, (indeterministische) Willensfreiheit sei „ein notwendiges Element des Schuldbegriffs.“ Ich halte diese Äußerungen für unzutreffend. Alles deutet darauf hin, dass die meisten Strafrechtler in Sachen Willensfreiheit Agnostiker sind. Siehe auch *Herzberg* (Fn. 157), S. 170: „Die These, dass sich ‚unser Strafrecht für den Indeterminismus‘ oder ‚das Gesetz für die Annahme von Freiheit entschieden‘ habe, ist, man kann es nicht anders sagen, aus der Luft gegriffen. Sie ist mit keinem Gesetzeswort und mit keiner Äußerung des Gesetzgebers zu belegen.“

¹⁸⁹ Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 3 Rn. 55, § 19 Rn. 41. Sehr klar *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, S. 12 f., 209 (Entscheidungsfreiheit als „Bekenntnis zum Indeterminismus, jedoch nicht in dem Sinne, dass Freiheit als empirisch erwiesen angesehen wird“). Ferner *Eisele* (Fn. 123), vor §§ 13 ff. Rn. 110 (Freiheit des Menschen als individueller Person nicht beweisbar, sondern nur postulierbar); *Jescheck/Weigend* (Fn. 169), S. 411 f.; *Frisch* (Fn. 123), S. 210 f. (Willensfreiheit sei „von vornherein nur eine auf Selbsterfahrung gegründete zugeschriebene Fähigkeit“); *Esser/Krey*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 689 (das Bekenntnis „zum Indeterminismus [Postulat der menschlichen Entscheidungsfreiheit] ist für das Strafrecht eine blanke Selbstverständlichkeit“). Bei *T. Walter* (Fn. 123, vor §§ 13 ff. Rn. 163) heißt es, Einigkeit herrsche „[...] darüber, dass Grundlage jedes Schuldvorwurfs die Willensfreiheit (besser: Entscheidungsfreiheit) des Menschen ist, auch wenn sie sich empirisch nicht beweisen lässt[?]; denn sie lässt sich auch empirisch nicht widerlegen und ist unersetzliches Axiom [?] jeder bestehenden menschlichen Gesellschaft.“ Diese Behauptung überrascht. Sie steht in Widerspruch zu früheren Äußerungen von *T. Walter*. In sei-

- (iii) Auch wenn es keine Willensfreiheit im indeterministischen Sinne gibt – Menschen sind so zu behandeln, *als ob* sie in einem indeterministischen Sinne frei wären. Dies nicht nur deshalb, weil sie sich als frei erleben, sondern weil sie so handeln und entscheiden müssen, *als ob* sie in einem indeterministischen Sinne frei wären.¹⁹⁰

Bevor ich mich der „Postulattheorie“ (ii) zuwende (dazu bb) noch eine abschließende Bemerkung zu der Annahme, strafrechtliche Schuld setze real existierende Willensfreiheit voraus (i).

Das indeterministisch verstandene Andershandelnkönnen ist kein Merkmal des Schuld tatbestandes, unter das man ohne Weiteres einen konkreten Sachverhalt subsumieren könnte. Es taugt nicht einmal als „Tatbestandsmerkmal“,¹⁹¹ weil es einer operationalen Definition (einer hypothetischen Bestimmung) nicht zugänglich ist.¹⁹² Im Übrigen werden mit der „Schuld als Andershandelnkönnen“ die Anforderungen so hochgeschraubt, dass der Schuld begriff für

ner Monographie zum „Kern des Strafrechts“ (Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, S. 111, 217) wird nicht nur die übliche Deutung von BGHSt (GS) 2, 200 als Bekenntnis zum Indeterminismus angezweifelt, es wird auch zutreffend unterschieden zwischen „Entscheidungsfreiheit in ihrer unbeweisbaren Form“ und „derjenigen Willensfreiheit [...], die unstreitig eine erlebbare und als solche auch beweisbare gesellschaftliche Wirklichkeit ist“. Das erinnert an *Seth* (Fn. 132), S. 211 („free will as a perceptual experience“). Warum *T. Walter* jetzt meint, erstere, also Entscheidungsfreiheit in ihrer „unbeweisbaren Form“, sei Grundlage jedes Schuldvorwurfs, hat sich mir nicht erschlossen. Vgl. auch *T. Walter*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 131 (142 f.), wo darauf hingewiesen wird, dass Menschen sich als frei erleben und dass das Recht diese – erlebte (?) – Freiheit auch voraussetze.

¹⁹⁰ Ich halte diesen Standpunkt für vorzugswürdig, weil er der Annahme entspricht, dass Willensfreiheit ein „Wahrnehmungserleben“ ist (*Seth*). Für *Dreher* (Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, 1987, S. 383 ff.) ist dieses intersubjektive Erleben unsere Wirklichkeit. Zur Auseinandersetzung mit der „as if“ orientation toward free will in der anglo-amerikanischen Strafrechtsdoktrin siehe *Green* (Fn. 129).

¹⁹¹ Dieser Begriff findet sich bei *Schöne*, in: Hirsch/Kaiser/Marquart (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 649 (655 f.); ferner *Struensee* (Fn. 146), S. 199, 201 f.

¹⁹² Siehe oben bei Fn. 167. *Jakobs* (Fn. 134, S. 71) meint, Schuld werde bei dieser Sicht nicht durch das Strafrecht erzeugt, sondern sei vor dem Strafrecht da. Ich stimme dem zu und erinnere an den unter II. 2. i) in *Burkhardt*, ZfIStw 4/2025 genannten Aspekt zur Bildung des strafrechtlichen Schuld begriffs.

das Strafrecht unbrauchbar wird.¹⁹³ Es wird etwas verlangt, was es möglicherweise nicht gibt, was sich im Prozess nicht aufweisen lässt und für individuelle Vermeidbarkeit (im oben skizzierten Sinne) keine Rolle spielt. Menschen werden damit nach einem ihnen fremden Maßstab behandelt.¹⁹⁴ Man stelle sich vor: Das Gericht erklärt dem Angeklagten, dass er schuldig und damit verpflichtet sei, die Strafe zu dulden, weil er im Tatzeitpunkt in einem indeterministischen Sinne frei gewesen sei. Das ist buchstäblich absurd. Nicht absurd ist es, dem Angeklagten zu sagen, er selbst sei bei Begehung der Tat davon ausgegangen, sich anders verhalten zu können. Immerhin – wer indeterministische Willensfreiheit verlangt, verlangt auch das *Bewusstsein des Anderskönnens* und Handlungsfreiheit sowieso. „Schuld als Andershandelnkönnen“ impliziert also „Schuld als individuelle Vermeidbarkeit“ und fügt dieser nichts Greifbares hinzu.

bb) Nun zur „Postulattheorie“: Wie kommt *Tonio Walter* eigentlich zu der Behauptung, nicht beweisbare Willensfreiheit sei ein „unersetzliches Axiom“ jeder menschlichen Gesellschaft, und es bestehe Einigkeit darüber, dass diese Willensfreiheit Grundlage jedes Schuldvorwurfs sei? Beide Annahmen sind (offensichtlich) unzutreffend. Sie werden aber richtig, wenn man die „unbeweisbare Willensfreiheit“ und das angeblich „unersetzliche Axiom“ durch das „allgemeinmenschliche Freiheitserleben“ substituiert. Das hätte besser zu den früheren Äußerungen von *Walter* (siehe oben bei Fn. 189) gepasst und hätte die Ungereimtheiten, die mit der normativen Setzung verbunden sind, vermieden. Auf zwei dieser Ungereimtheiten hat *Boris Burghardt* hingewiesen.¹⁹⁵

In methodischer Hinsicht wirke kurios, dass nach der traditionellen Schuldlehre eine Fähigkeit (das Andershandelnkönnen) unterstellt werde, deren Bestehen dann wieder Begründungswirkung für die Annahme von Schuld und Vorwerfbarkeit entfalten solle. Die Gründe, mit denen gerechtfertigt werden könne, warum zu unterstellen ist, dass der Täter anders hätte handeln können, als er es tatsächlich tat, seien jedenfalls die gleichen Gründe, die sich anführen lassen, um – ohne Umweg über die Unterstellung des Andershandelnkönnens – eine Schuld des Täters anzunehmen und die Vorwerfbarkeit seines Verhaltens zu rechtfertigen. Dass die traditionelle Schuldlehre nicht bereit sei, das Schuldurteil direkt mit normativen Erwägungen zu begründen, sondern den Umweg über die Unterstellung einer tatsächlichen Fähigkeit

¹⁹³ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 8, behaupten, das Strafrecht könne sich das, was eigentlich geboten wäre, „nämlich voll und ganz auf die individuellen Fähigkeiten des Täters in der unwiederholbaren Situation der Tat abzustellen“, gar nicht leisten. „Schuld“ im strafrechtlichen Sinne bedeute deshalb „keineswegs wirkliche Schuld und also auch keine Legitimation für eine schuldbezogene Strafe.“ Wenn man auf das Bewusstsein des Anderskönnens abstellt, droht diese Konsequenz nicht.

¹⁹⁴ *Fahrian*, Das Problem der Willensfreiheit, 1904, S. 41. Das praktische Verhalten des einzelnen Menschen wird durch sein Freiheitserleben beeinflusst. Die Frage, ob er determiniert ist, spielt für ihn selbst keine Rolle.

¹⁹⁵ *B. Burghardt* (Fn. 138), S. 363 f.

suche, die dann wiederum den normativen Schluss auf das Gegebensein von Schuld tragen soll, deute an, dass etwas an diesem Begründungsansatz nicht stimme.

Boris Burghardt hat in diesem Punkt Recht. Zu den normativen Erwägungen, die ohne Umweg über die Unterstellung einer tatsächlichen Fähigkeit die Vorwerfbarkeit begründen können, gehört die rechtliche Relevanz des Bewusstseins des Anderskönnens. Die traditionelle Schuldlehre stützt das Postulat des Anderskönnens auf das allgemeinmenschliche Freiheitserleben, anstatt direkt zu fragen, ob der Täter seine Tat im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen hat.¹⁹⁶ Dieser Umweg ist ungereimt, weil das Postulat des Anderskönnens dem allgemeinmenschlichen Freiheitserleben nichts Greifbares hinzufügt. Es hat vielmehr, und das ist das zweite treffende Argument von Boris Burghardt, einen negativen Effekt. Der „innere Grund“ des Schuldvorwurfs geht verloren. Das Bewusstsein des Anderskönnens ist ein innerer Grund für den Schuldvorwurf, ebenso wie indeterministische Willensfreiheit ein innerer Grund ist. Postulierte Willensfreiheit ist hingegen kein innerer Grund, sondern das Resultat latenter Normierungsinteressen.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Besonders prägnant Roxin, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit*, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 519 (521). Die „gesamte Rechtsordnung“ baue „auf dem Freiheitsbewusstsein des Menschen als einem unhintergehbaren sozialpsychologischen Faktum auf“. So äußert sich auch der Psychologe Theo Herrmann, in: v. Cranach/Foppa (Hrsg.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, S. 56 (56 ff., 68). Das Freiheitsbewusstsein bildet, wie schon Georg Jellinek (Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1908, S. 71 ff.) deutlich gemacht hat, das Zentrum des sozialen Universums. Dem wird, soweit ich sehen kann, nicht widersprochen. Es werden daraus aber auch keine Konsequenzen für den Schuld tatbestand gezogen. Vgl. ferner Frisch (Fn. 186), der die Zuschreibung auf die *Selbsterfahrung* gründet, und Eisele (Fn. 123), vor §§ 13 ff. Rn 110 (die Zuschreibung oder normative Setzung sei hinreichend legitimiert, „wenn sie in der Überzeugung getroffen wird, dass Menschen nur im Bewusstsein von Freiheit und Verantwortung existieren können“). Die Annahme, dass das Bewusstsein des Anderskönnens den inneren Grund des Schuldvorwurfs bildet, wird als „subjektivistisch“ denunziert, etwa bei B. Burghardt (Fn. 138), S. 363 f.

¹⁹⁷ Postulattheorien sind in besonderer Weise von der Kritik betroffen, die Luhmann (Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 6. Aufl. 2019, S. 64 f.) an der traditionellen Rechts- und Sozialphilosophie geübt hat. Das berühmte Diktum von Kohlrausch, in: Festgabe für Karl Güterbock, 1910, S. 3 (26) – „das individuelle Können [!] aber wird zu einer staatsnotwendigen Fiktion“ – bringt dies treffend zum Ausdruck. Erneut ist, auch mit Blick auf die Differenzierung von Roxin/Greco (Fn. 135), § 3 Rn. 55, zu fragen: Was soll der Beschuldigte denken, wenn seine Strafduldungspflicht mit einem nur zugeschriebenen/postulierten Anderskönnen begründet wird? Kann dies ihm gegenüber eine Rechtfertigung sein? Oder ist das nicht

Die nicht aufgelösten Ungereimtheiten, die mit dem Postulat der Willensfreiheit verbunden sind, treten besonders deutlich bei Roxin/Greco hervor.¹⁹⁸ In einem ersten Schritt heißt es dort, Schuld setze „gedanklich [?] die Freiheit voraus, sich so oder anders zu verhalten.“ Auf die empirische oder erkenntnistheoretische Beweisbarkeit dieser Freiheit komme es nicht an, weil die Bejahung menschlicher Schuld nur dazu diene, einem aus präventiven Gründen notwendigem staatlichen Eingriff eine Grenze zu setzen.¹⁹⁹ In einem zweiten Schritt wird „Schuld als Andershandelnkönnen“ verworfen, weil diese Auffassung auf der „unbeweisbaren Prämisse der Willensfreiheit“ beruhe und „das Andershandelnkönnen des individuellen Täters im Tatzeitpunkt wissenschaftlicher Feststellung nicht zugänglich“ sei. In einem dritten Schritt heißt es überraschend, es bestehe „Einigkeit darüber, dass das Strafrecht von der Willensfreiheit ausgehen muss [?], obwohl sie nicht exakt [?] beweisbar“ sei.²⁰⁰ In einem vierten Schritt folgt dann unter Berufung auf Reinhard Merkel und Boris Bröckers die Behauptung, „dass nicht einmal klar ist, ob sich Willensfreiheit widerspruchsfrei denken lässt.“ Soll das jetzt heißen, dass das Strafrecht von der Willensfreiheit ausgehen muss, obwohl nicht einmal klar ist, ob sich diese widerspruchsfrei denken lässt?

Es sind aber nicht nur solche Ungereimtheiten, die der Auflösung bedürfen. Hinzu kommt, dass alle drei Behauptungen je für sich genommen anfechtbar sind. Das „Andershandelnkönnen“ muss nicht so gedeutet werden und wird vielfach nicht so gedeutet, dass es indeterministische Willensfreiheit voraussetzt. Es kann so verstanden werden, dass es wissenschaftlicher Feststellung zugänglich ist.²⁰¹ Es be-

doch nur eine fragwürdige, weil verbrämte Rechtfertigung gegenüber der Gesellschaft?

¹⁹⁸ Roxin/Greco (Fn. 135), § 3 Rn. 55, § 19 Rn. 20 f., 41 f., 43 f.

¹⁹⁹ Roxin/Greco (Fn. 135), § 3 Rn. 55. Diese Begründung ist ungereimt. Die Bejahung menschlicher Schuld/Freiheit kann nur dann einem aus präventiven Gründen notwendigen Eingriff eine Grenze zu setzen, wenn man das Andershandelnkönnen als (Schuld-)Tatbestandsbestimmungsmerkmal begreift, das auf *subsumierbare Voraussetzungen* herunterdekliniert werden kann. Eine soziale Spielregel begrenzt nichts. Sie behebt nicht das Legitimationsdefizit, das rein konsequentialistischen Straffbegründungen anhaftet.

²⁰⁰ Roxin/Greco (Fn. 135), § 19 Rn. 36 f. gehen, wenn „normative Ansprechbarkeit“ gegeben ist, „davon aus, ohne dies im Sinne der Willensfreiheit beweisen zu können und zu wollen, dass der Täter auch die Fähigkeit hat, sich normgemäß zu verhalten, und sich schuldig macht, wenn er keine der ihm psychisch prinzipiell zugänglichen Verhaltensalternativen ergreift.“ Zu der Annahme, dass der normativ ansprechbare Mensch auch frei handeln kann, sei man „befugt, weil das unbefangene Selbstverständnis des normalen Menschen auf diesem Freiheitsbewusstsein beruht und weil eine sinnvolle Ordnung des menschlichen Soziallebens ohne die wechselseitige Zubilligung von Freiheit nicht möglich“ sei.

²⁰¹ Ich denke etwa an Baumeister (in: van Zomeren/Dovidio [Hrsg.], *The Oxford Handbook of the Human Essence*, 2018,

steht zweitens keine Einigkeit darüber, dass das Strafrecht von einer nicht exakt [?] beweisbaren Willensfreiheit ausgehen muss. Zum Dritten haben namhafte Vertreter des philosophischen Libertarismus die Zweifel, ob sich indeterministische Willensfreiheit widerspruchsfrei denken lässt, längst (und für mich überzeugend) ausgeräumt.²⁰² Um nicht missverstanden zu werden: Man kann über die unterschiedlichen Varianten des philosophischen Libertarismus streiten. Aber dieser Streit trägt nichts zur Legitimation des Rechtssatzes bei, der Gegenstand des Schuldbegriffes ist. Er hat im Strafrecht nichts zu suchen.

Was also ist für die Bildung eines subsumtionsfähigen Schuld tatbestandes gewonnen, wenn man nicht beweisbare Willensfreiheit postuliert oder zuschreibt? *Jakobs* hat schon vor knapp 40 Jahren den Verdacht geäußert, dass mit der unklaren und unverbindlichen, aber trotzdem hartnäckig erfolgenden Behandlung der Freiheitsfrage ein Problem nicht gelöst, sondern gerade verdeckt werden soll.²⁰³ Dass das Legitimationsproblem verdeckt werden soll, wird man nicht unterstellen können. Die Befürworter einer normativen Setzung sind offenbar überzeugt, es mittels einer normativen Setzung lösen zu können. Aber das ist nicht möglich. Willensfreiheit als normative Setzung macht zwar das Beweisproblem gegenstandslos, trägt aber zur Bildung eines subsumtionsfähigen Schuld tatbestandes nichts Greifbares bei.

Wenn es darum geht, Menschen so zu behandeln, wie sie sich selbst erleben, dann bedarf es hierzu keiner sozialen Spielregel, keines praktischen Postulats und keiner Zuschreibung indeterministischer Willensfreiheit. Es bedarf der Aufhellung des allgemeinmenschlichen Freiheitserlebens, seiner Entstehung, seines genauen Inhalts und der Hintergrundfähigkeiten, die dieses Erleben erst ermöglichen. Und es muss

S. 47 [53 f.]), der sagt: „Perhaps the best way to formulate the relevant concept of free will for psychology is responsible autonomy.“ Oder an „Free Will as a Perceptual Experience“ (Willensfreiheit als ein Wahrnehmungserlebnis). Siehe dazu *Seth* (Fn. 132), S. 210 ff., 233: „Experiences of volition are not only real, they are indispensable to our survival. They are self-fulfilling perceptual inferences that bring about voluntary actions. Without these experiences, we would not be able to navigate the complex environments in which we humans drive, nor would we be able to learn from previous actions in order to do better the next time.“ Das deckt sich mit *Herrmann* (Fn. 196), S. 65 ff., 68. Vgl. auch *Joel*, *Der freie Wille*, 1908, S. 245, 292, 662 f., *Haddenbrock*, *MschKrim* 79 (1996), 50 (50 ff.).

²⁰² Vgl. etwa *Kane*, in: Russel/Deery (Hrsg.), *The Philosophy of Free Will*, 2013, S. 193 (193 ff.); *Pink*, *Free Will, A Very Short Introduction*, 2004, S. 80 ff.; *Mele*, *Free Will*, 2022, S. 54 ff.

²⁰³ *Jakobs* (Fn. 134), S. 71; ferner *Luhmann* (Fn. 197), S. 64. *Jakobs* sieht in der Verbindung von strafrechtlicher Schuld und Willensfreiheit einen ontologisierenden Ausweichversuch vor einem Legitimationsproblem. Die Postulattheorien machen aus dem ontologisierenden einen normativen Ausweichversuch.

geklärt werden, ob und welche Relevanz dieses Erleben für die Frage hat, ob ein Verhalten einen Vorwurf verdient.

cc) In der „Fähigkeit zur Selbstbestimmung“ eine Schuld voraussetzung zu sehen, hat Tradition. Auch der BGH spricht nicht von Willensfreiheit, sondern von „freier Selbstbestimmung“, ebenso, um nur einige wenige zu nennen, *Mittelstädt*,²⁰⁴ *Binding*,²⁰⁵ *Zaczyk*²⁰⁶ und *Frister*²⁰⁷. Das Wort „Selbstbestimmung“ ist allerdings nicht weniger vieldeutig als das Wort „Willensfreiheit“. Dass der BGH, *Zaczyk*, *Binding* und *Frister* damit dieselben Voraussetzungen verbinden, liegt nicht nahe. Die folgenden Bemerkungen konzentrieren sich auf *Frister*²⁰⁸, und zwar gerade deshalb, weil er sich mit seinem „Kurz-Lehrbuch“ an Studierende wendet. Es ist ja nicht unwichtig, was diesen beigebracht und zugemutet wird.

Der Standpunkt von *Frister* weist folgende Besonderheiten auf:

- Der Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit ein Verhalten einen Vorwurf verdient, müsse aus Quellen entnommen werden, die dem Gesetz vorausliegen.²⁰⁹

²⁰⁴ *Mittelstädt*, Gerichtssaal 46 (1892), 387 (406), weist indeterministische Willensfreiheit als Schuld voraussetzung zurück: „Denn wenn das heutige Strafrecht der Culturvölker fordert, daß, um seine Haltbarkeit für die peinlichen Rechtsfolgen zu begründen, die That auf ‚freier‘ Selbstbestimmung wurzeln müsse, so liegt den entsprechenden Satzungen des Strafrechts nicht der leiseste Gedanke irgend einer absoluten, der Schranken von Zeit und Raum und Causalität entrückten ‚Freiheit‘ zugrunde.“

²⁰⁵ Auch *Binding* (Fn. 123, S. 16 ff., 21) stellt auf die „Fähigkeit der Selbstbestimmung als unentbehrliche Voraussetzung“ ab und verweist gleichzeitig „den Willen, der ohne zureichenden Grund bestimmt werde, dahin, wohin er gehört, zum überwundenen Irrtum.“ „Freiheit“ sei nichts als Fähigkeit der Selbstbestimmung. Ferner *Köhler*, *Die bewußte Fahrlässigkeit, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, S. 133 ff.; *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 348 ff.

²⁰⁶ *Zaczyk*, GA 2021, 147 (160): „Es geht in der Schuld um die innere Verbindung zwischen der Person und ihrer Tat, beruhend auf einer selbstbestimmten Entscheidung zum Unrecht.“ Diese selbstbestimmte Entscheidung zum Unrecht hat ihr reales Substrat darin (und kann es nur darin haben), dass der Täter seine Tat im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen hat. Eindringlich *Gerhardt*, *Nova Acta Leopoldina*, Neue Folge Nr. 324, 86 (2002), 31 (31 ff., 37); *ders.*, *Selbstbestimmung, Das Prinzip der Individualität*, 1999, insbesondere S. 239 ff.

²⁰⁷ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 1 ff.

²⁰⁸ *Frister* (Fn. 120).

²⁰⁹ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 5. Das wird damit begründet, dass das Schuldprinzip auch und gerade den Gesetzgeber binden solle.

- Es sei in unserer Gesellschaft ein nahezu selbstverständliches Gebot der Gerechtigkeit, dass den Menschen nur ein selbstbestimmtes Verhalten zugerechnet werden könne.²¹⁰
- Das gesamte soziale Erleben der Menschen hänge von der *Tatsache* ab, dass sie sich und ihre Mitmenschen als autonome, zur Selbstbestimmung fähige Subjekte begreifen. Deshalb müsse auch das Strafrecht als Teil dieses sozialen Lebens von der Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen ausgehen.²¹¹
- Die dem Gesetz vorausliegende Quelle für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sei der Begriff der Selbstbestimmungsfähigkeit. Der sachliche Gehalt dieses Begriffs ergebe sich „aus der Art und Weise seiner Anwendung in der sozialen Interaktion“ bzw. aus der „Konstruktion unserer sozialen Welt“.²¹² An diese sich aus der Konstruktion der sozialen Welt ergebende Bedeutung sei das Strafrecht als Teil dieser Welt gebunden.²¹³
- Das „allgemeinmenschliche Freiheitserleben“ könne keinen eigenständigen (?) Beitrag zur Bestimmung des Begriffs der Selbstbestimmungsfähigkeit leisten, weil es ebenfalls von der in der sozialen Interaktion praktizierten Definition des Subjekts abhängt.²¹⁴
- Der Begriff der Selbstbestimmungsfähigkeit bzw. der Begriff des Selbstbestimmungsaktes habe keinen psychischen Sachverhalt zum Gegenstand. Es handele sich um ein praktisches Postulat. Man könne die Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen „als psychischen Sachverhalt nicht einmal denken“.²¹⁵

Diese Annahmen sind teilweise unzutreffend. Sie haben im Übrigen keine nennenswerte Bedeutung für die Bildung eines

subsumtionsfähigen Schuld tatbestandes. Die postulierte Selbstbestimmungsfähigkeit hat im Verhältnis zu dem, was im Gesetz steht und was sich aus der Aufgabe des Schulbegriffs ergibt, keinerlei kritische Potenz.

Der Standpunkt von *Frister* ist eine Postulattheorie, die sich von den unter bb) genannten Postulattheorien nur dadurch unterscheidet, dass das indeterministisch verstandene „Andershandelnkönnen“ durch die „Selbstbestimmungsfähigkeit“ ersetzt wird. Alles andere bleibt gleich (beliebig). So wie in dem postulierten Andershandelnkönnen das Bewusstsein des Anderskönnens enthalten ist, so ist in der postulierten Selbstbestimmungsfähigkeit bzw. im postulierten Selbstbestimmungsakt das „Bewusstsein der Selbstbestimmung“ enthalten.²¹⁶ Die Kritik am (normativen) Postulat des Andershandelnkönnens, lässt sich ohne Abstriche auf das praktische Postulat der Selbstbestimmungsfähigkeit übertragen. Wieso wird nicht einfach auf das „Bewusstsein der Selbstbestimmung“ abgestellt, also auf eine Tatsache bzw. auf ein „allgemeines Begleitphänomen der Handlung“? Der Inhalt dieses Bewusstseins und die Hintergrundfähigkeiten, die dieses Bewusstsein voraussetzt, können mit wissenschaftlichen Mitteln untersucht werden. Daraus ergibt sich zwar kein Maßstab für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein Verhalten einen persönlichen Vorwurf gegen eine Person begründet, wohl aber die Aufhellung einer Tatsache, die bei der Beurteilung der Frage, ob sich ein persönlicher Vorwurf rechtfertigen lässt, von maßgeblicher Bedeutung ist, wie nämlich der Täter selbst sein Verhalten erlebt hat.

Es ist zu bestreiten, dass eine postulierte Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen, die man sich als psychischen Sachverhalt nicht einmal denken kann, einen Maßstab dafür liefert, ob und inwieweit ein Verhalten einen Vorwurf verdient. Was *Frister* aus der „sozialen Interaktion“ ableitet/erschließt, ist dürftig (und steht schon bei *Aristoteles*²¹⁷): Das Schuldprinzip gebiete, „nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die von einer Willensentscheidung abhängig sind.“ Am Ende wird dann eingeräumt, „dass die Selbstbestimmungsfähigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Schuld dem Strafrecht nicht vollständig vorgegeben ist.“ Soweit sich aus der sozialen Interaktion keine einheitlichen Maßstäbe für die Zuerkennung von Selbstbestimmungsfähigkeit entnehmen ließen, könne der Begriff der Selbstbestimmungsfähigkeit nur durch das Strafgesetz selbst konkretisiert werden.²¹⁸

Es trifft auch nicht zu, dass das Recht an einen solchen vorpositiven Maßstab gebunden ist. Richtig ist nur, dass sich das Strafrecht von den alltäglichen Schuldzuschreibungen

²¹⁰ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 6. Frage: Gibt es irgendeinen Unterschied zu dem Satz, dass nur ein individuell vermeidbares Verhalten zugerechnet werden kann? Wenn nicht – wozu dann der folgende Aufwand?

²¹¹ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 8.

²¹² *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 7 ff. „Was heißt ‚soziale Konstruktion‘?“ Das ist der Titel einer Abhandlung, in der *Ian Hacking* (1999) die Problematik des Konzepts der sozialen Konstruktion deutlich macht.

²¹³ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 12

²¹⁴ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 9 Fn. 12

²¹⁵ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 8; *ders.* (Fn. 182), S. 163: „Die Deutung einer Entscheidung als Selbstbestimmungsakt bei vorhandener Fähigkeit zu einer hinreichend strukturierten Willensbildung ist (selbstverständlich) keine durch ein Existenzialurteil erfolgende Feststellung, sondern ein praktisches Postulat, das sich ‚nur‘ mit der – wenn man so will – ‚normativen‘ Erwägung legitimieren lässt, daß ohne die gegenseitige Zuerkennung von Selbstbestimmungsfähigkeit soziales und damit menschliches Leben nicht denkbar wäre.“ Das erinnert an die Feststellung von *Eisele* (Fn. 123), vor §§ 13 ff. Rn. 110. Die Bejahung von Freiheit im Sinne einer „Zuschreibung“ oder „normativen Setzung“ sei hinreichend legitimiert, wenn sie in der Überzeugung getroffen werde, dass Menschen nur im Bewusstsein von Freiheit und Verantwortung existieren können.

²¹⁶ Zum „Bewußtsein der Selbstbestimmung als allgemeines Begleitphänomen der Handlung“ vgl. *Hartmann*, *Ethik*, 4. Aufl. 1962, S. 718 ff. Es gibt keinen Unterschied zwischen dem Bewusstsein des Anderskönnens und dem Bewusstsein der Selbstbestimmung. Man kann darüber streiten, welche Bezeichnung die bessere ist. *Pothast* (Fn. 133), S. 36, spricht von der „Erfahrung von Selbstbestimmung“.

²¹⁷ Siehe oben bei Fn. 122.

²¹⁸ *Frister* (Fn. 120), § 3 Rn. 10, 12. ich erinnere erneut an meine Hinweise bei II. 2. 1) in *Burkhardt*, *ZfIStw* 4/2025.

nicht weit entfernen kann.²¹⁹ Unzutreffend ist schließlich, dass das „allgemeinmenschliche Freiheitserleben“ keine eigenständige Bedeutung für die Bestimmung der Selbstbestimmungsfähigkeit hat.²²⁰ Selbst wenn es keine Bedeutung für die Bildung eines praktischen Postulats hätte (was zu bestreiten ist), so wäre es doch konstitutiv für einen psychologischen Begriff der Selbstbestimmungsfähigkeit/des Selbstbestimmungsaktes. *Frister* nimmt an, dass es kein Kriterium gibt, anhand dessen man unterscheiden könnte, ob der Täter durch die Norm nicht motiviert werden konnte oder nicht motiviert werden wollte.²²¹ Nach meiner Auffassung gibt es ein solches Kriterium. Es besteht in der Frage, ob der Täter seine Tat *als selbstbestimmt erlebt* hat, ob er im Bewusstsein des Anderskönnens gehandelt hat, ob er also für sich davon ausgegangen ist, normgemäß handeln zu können. Dagegen mag man zwar einwenden, dieses Erleben könne auf einer Selbsttäuschung beruhen. Das ist richtig, aber dann muss es greifbare Anhaltspunkte für eine solche Selbsttäuschung geben.²²² Der Einwand, dass das Erlebnis des Anderskönnens und der Selbstbestimmung in einer deterministisch gedachten Welt stets eine Selbsttäuschung sei, geht an der Lebenswelt der Menschen vollständig vorbei.

dd) Das „Kontrollprinzip“, das bei *Boris Burghardt* an die Stelle des Schuldprinzips treten soll, enthält eben die Voraussetzungen, die sich aus der Aufgabe des Schuldbegriffs erge-

ben und die von der Rechtspraxis verlangt werden. Das gilt bis hin zum Bewusstsein des Anderskönnens. Die Fähigkeit zur Kontrolle bedeutet ja im strafrechtlichen Kontext nichts anderes als Vermeidbarkeit.²²³ Und diese setzt notwendig (nicht hinreichend) das Bewusstsein des Anderskönnens voraus.

Die „Basisfähigkeiten“, die *Boris Burghardt* zur Handlungsfreiheit hinzufügt, nämlich die „Fähigkeit zu willensbedingtem Verhalten“ und „die konditionale Fähigkeit, nach Gründen anders zu wollen“, werden unzureichend expliziert. Deshalb bleibt verborgen, dass diese Fähigkeiten Selbstbewusstsein und das Bewusstsein des Anderskönnens voraussetzen. Bei der Fähigkeit, nach Gründen anders zu wollen, ist das offensichtlich.

Boris Burghardt räumt zwar ein, dass das Erlebnis des Anderskönnens Einfluss auf die Akzeptanz der Zurechnungspraxis hat. Er lehnt es aber ab, in diesem Erleben eine „intrinsische Rechtfertigung der Nachteilszufügung“ zu sehen.²²⁴ Zwei (wohl zusammenhängende) Gründe sind für ihn maßgeblich: Das Freiheitserleben ändere erstens nichts daran, dass sich nicht feststellen lasse, ob der Akteur hätte vermeiden können, so zu handeln, wie er es tatsächlich tat. Im Übrigen beziehe sich der Richtigkeitsanspruch, den die Praxis der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit erhebe, „nicht auf das subjektive Bewusstsein des Akteurs, sondern auf objektive Begründbarkeit.“ Ersteres ist richtig, liegt aber, wie *Packer* zutreffend betont hat,²²⁵ neben der Sache. Letzteres halte ich für unzutreffend. Mit der Behauptung, der Richtigkeitsanspruch der Praxis beziehe sich auf „objektive Begründbarkeit“, ist wohl nur gemeint, dass diese Praxis die „intrinsische Angemessenheit“ der Nachteilszufügung auf real existierende Willensfreiheit stütze. Aber diese Praxis gibt es nicht. Sie ist eine Erfindung von *Boris Burghardt*.²²⁶ Und wenn es sie gäbe, würde sie den Menschen „nach einem ihm fremden Maßstab“ beurteilen.²²⁷

²¹⁹ Zutreffend *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 217 ff. (221), der aber sogleich betont, natürlich könne keine Rede davon sein, dass das Strafrecht die Aufgabe hätte, alltägliche Zuschreibungen von Verantwortlichkeit zu übernehmen.

²²⁰ Die Behauptung von *Frister* ist auch inkonsistent. Wenn das Recht an die soziale Konstruktion der Selbstbestimmungsfähigkeit gebunden ist, dann ist es auch an die Tatsache „gebunden“, dass Menschen ihr Verhalten als selbstbestimmt erleben. Warum stellt *Frister* nicht auf diese Tatsache ab? Warum bildet nicht diese Tatsache den Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit in Verhalten einen Vorwurf verdient?

²²¹ *Frister*, MschrKrim 77 (1994), 316 (318).

²²² Wohl ebenso *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor §§ 32–35 Rn. 236 („Weil der Mensch das subjektive Freiheitsempfinden haben kann, sich für oder gegen die Norm entscheiden zu können, [...] schreiben wir dem einzelnen Täter in dem Maße ‚Verantwortung‘ zu, wie sich nicht intersubjektiv plausibel machen lässt, dass dieser konkrete Mensch in der konkreten Situation gerade *nicht* die Möglichkeit der Wahl hatte“). *Heger* (Fn. 123), vor § 13 Rn. 26) meint, das Rechtssystem sei „auf den Freiheitsanspruch [?] des Menschen und seinen Erlebnishorizont gegründet und deshalb inhaltlich von einem auf relativen Indeterminismus beruhenden System nicht verschieden.“ Dass das Bewusstsein des Anderskönnens ein Grundbestandteil des menschlichen Erlebnishorizontes ist, steht außer Zweifel (Nachweise bei *Burkhardt*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther [Fn. 123], S. 77 [77 ff.]).

²²³ *B. Burghardt* (Fn. 138), S. 292 ff. und passim, befasst sich nicht mit der Vermeidbarkeit, wohl aber mit der „Unvermeidbarkeit“.

²²⁴ *B. Burghardt* (Fn. 138), S. 370 f.

²²⁵ Siehe oben bei Fn. 129. Um es noch einmal in anderen Worten zu wiederholen: Selbst wenn das Erlebnis des Anderskönnens illusionären Charakter hätte, also eine „Indeterminismustäuschung“ wäre – es bliebe eine notwendige Voraussetzung der Vorwerfbarkeit. Denn – und insoweit passt das, was *Roxin/Greco* (Fn. 135, § 3 Rn. 55) zur Willensfreiheit als Voraussetzung der Schuld gesagt haben – wenn das Erfordernis (Erlebnis des Anderskönnens) nur dazu dient, einem aus präventiven Gründen notwendigen staatlichen Eingriff (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) eine Grenze zu setzen, dann hängt die Legitimität der Anerkennung dieser Voraussetzung als eines Mittels bürgerlicher Freiheitswahrung nicht davon ab, ob es sich bei diesem Erfordernis um eine bloße „Indeterminismustäuschung“ handelt.

²²⁶ Eingehend dazu unter II. 2. h) ee) in *Burkhardt*, ZfStw 4/2025.

²²⁷ Siehe insoweit *Fahrion* (Fn. 194), S. 41.

Wie auch immer – mit dem Begriff „Schuld“ ist „der Bezug auf die Innerlichkeit des Menschen verbunden.“²²⁸ Dieser Bezug wird durch das allgemeinemenschliche Freiheitserleben konstituiert, und zwar auch dann, wenn man indeterministische Willensfreiheit als Voraussetzung der Vorwerfbarkeit verlangt. Dass *Boris Burghardt* in diesem Erleben keine intrinsische Rechtfertigung für eine Nachteilszufügung sieht,²²⁹ ändert nichts daran, dass es sich um einen „inneren Grund“ für den Schuldvorwurf handelt.

Boris Burghardt spricht von der Revisionsbedürftigkeit der strafrechtlichen Praxis. Diese wird aber gar keiner Revision unterzogen. Die Anforderungen, die sich aus dem „Kontrollprinzip“ ergeben, stimmen mit denen der strafrechtlichen Praxis überein. Von der Revision ist nur der Schuldbegriff betroffen, nicht die Vorwerfbarkeit und ihre Voraussetzungen. Die Revision erschöpft sich also darin, den Schuldbegriff so anzureichern, dass er nicht mehr praxistauglich ist. Die Verzichtsforderung ergibt sich dann von selbst.

ee) Die „Zuständigkeit“, die *Jakobs* in den Mittelpunkt rückt, hat Vorzüge. Sie setzt, wie bereits dargetan, Handlungsfreiheit und das Bewusstsein des Anderskönnens voraus. Sie erlaubt es aber auch, neben der individuellen Vermeidbarkeit und dem Freiheitserleben generalpräventive Aspekte einzubeziehen. Das ist insbesondere bei der Bestimmung der individuellen Vermeidbarkeit, aber auch für die Klärung der Reichweite von Entschuldigungsgründen von Bedeutung, bei denen das Bewusstsein des Anderskönnens in der Regel vorhanden ist. Die viel gescholtene Auffassung von *Jakobs* ist also diejenige, die mit der Aufgabe des Schuldbegriffs am besten harmoniert.²³⁰ Das ist eine bemerkenswerte Pointe.

3. Zur Vorzugswürdigkeit von (These 3) und (These 4)

„Schuld als individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts“ ist den unter (1) bis (8) aufgelisteten Schuldbegriffen in allen Belangen überlegen, und zwar aus folgenden Gründen: „Schuld als individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts“

- trägt der Aufgabe des Schuldbegriffs Rechnung,

²²⁸ *Zaczyk*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 103.

²²⁹ *B. Burghardt* (Fn. 138, S. 292 ff.) meint, für den determinierten Akteur stehe fest, dass er sich zu jedem Zeitpunkt stets nur so verhalten konnte, wie er es tat. Mit diesem Argument haben schon *Kelsen* (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923, S. 136) und *v. Bar* (Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band 2: Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, S. 448 ff.) das Kriterium der individuellen Vermeidbarkeit diskreditiert.

²³⁰ *Koriath* (GA 2011, 618 [620 f.]) hat behauptet, die „Frage nach dem Gegenstand des Schuldvorwurfs“ (gemeint ist wohl die Frage nach den Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit) sei in der Lehre von *Jakobs* ein offenes, ungelöstes Problem. Das trifft nicht zu. Sie ist bei *Koriath*, der behauptet, Willensfreiheit im Sinne (indeterministischen) Andershandelnskönnens sei ein notwendiges Element des Schuldbegriffs, ein ungelöstes Problem.

- harmoniert mit den Regeln des geltenden Strafrechts,
- ist ein „innerer Grund“ für den Schuldvorwurf,
- kann auf einen subsumtionsfähigen Schuld tatbestand herunterdekliniert werden,
- hat eine kritische Potenz,²³¹
- schließt auch die unbewusste Fahrlässigkeit ein,
- harmoniert mit „Schuld als Zuständigkeit für einen Mangel an hinreichender Motivation zur Normbefolgung“,
- macht die unter (1) bis (8) genannten Kennzeichnungen überflüssig.²³² Diese materiellen Schuldbegriffe verlangen teils zu viel – das gilt für (1) und (7) – und teils zu wenig – das gilt für (2) bis (6) und (8).²³³

III. Der strafrechtliche Schuldbegriff ist weder dunkel noch kompliziert

Zwei Annahmen sind es, die zu einer beträchtlichen Reduzierung der Probleme führen und den Schuldbegriff als ein vergleichsweise einfaches Instrument des Strafrechtssystems erscheinen lassen:

- Der Schuldbegriff hat einen Rechtssatz zum Gegenstand, der bestimmte Voraussetzungen (den Schuld tatbestand) mit bestimmten Rechtsfolgen (Vorwerfbarkeit, Strafduldungspflicht) verknüpft (dazu 1.).
- Vorwerfbarkeit setzt individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts voraus. Das Bewusstsein des Anderskönnens ist als Voraussetzung der individuellen Vermeidbarkeit ein Bestandteil des Schuld tatbestandes (dazu 2.).

Beide Annahmen haben gemeinsam, dass sie von der deutschen Strafrechtswissenschaft vollständig (das gilt für 1.) oder in einem wesentlichen Punkt (das gilt für 2.) ignoriert werden.

1. Mit der Annahme, dass der Schuldbegriff einen Rechtssatz zum Gegenstand hat, sind zahlreiche Vorzüge verbunden (II. 2. in ZfIStw 4/2025). Sie führt nicht nur zur Auflösung der begrifflichen Kontroversen, sie trägt auch zur Strukturierung und zur Versachlichung der inhaltlichen Probleme bei, die mit dem Schuldbegriff verbunden sind. Gleichwohl wird diese Annahme, in der deutschen Strafrechtslitera-

²³¹ Nur das individuell Vermeidbare darf zugerechnet werden. Dieser Grundsatz hat dazu geführt, dass das Gesetz beim unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) und bei der Zurechnung von Erfolgsqualifikationen (§ 18 StGB) nachgebessert worden ist. Auch bei der Frage, ob es einen übergesetzlichen Schuld milderungsgrund der „Verstrickung in ein Unrechtssystem“ gibt (dazu BVerfGE 54, 100), geht es um individuelle Vermeidbarkeit.

²³² Das gilt auch für die „Schuld als selbstbestimmtes Verhalten“ im Sinne von Frister.

²³³ Zur Vermeidung von Missverständnissen: Ich spreche von den Kennzeichnungen der materiellen Schuldbegriffe, wie sie bei *Roxin/Greco* (Fn. 135), § 19 Rn. 20–49a ff. aufgelistet sind. Hinter diesen Kennzeichnungen können Erläuterungen im Umfang einer Monographie stehen. Mehr als das Erfordernis individueller Vermeidbarkeit im oben genannten Sinne dürfte dabei aber, so vermute ich, kaum herauskommen.

tur vollständig ignoriert, und zwar auch von denjenigen, die sich, wie etwa *Ulfrid Neumann*, mit „intermediate legal concepts“ befassen haben. Gibt es dafür eine Erklärung?

Dass die Überlegungen von Paul Eltzbacher, Gustav Radbruch und Alf Ross bewusst ignoriert werden, kann ich mir nicht vorstellen. Der Grund dürfte vielmehr darin zu finden sein, dass sich die Übertragung der Überlegungen von Eltzbacher und Radbruch auf den Schuldbegriff nicht aufdrängt. Das gilt mutatis mutandis auch für den „tû tû“-Beitrag von Alf Ross. Auch er hat sich in diesem Beitrag darauf beschränkt zu zeigen, dass „Eigentum“ ein „tû tû“-Konzept ist. Es ist aber auch denkbar, dass Erwägungen der folgenden Art dazu beigetragen haben und auch in Zukunft dazu beitragen, sich der Einsicht in die Vorzugswürdigkeit von (These 2) zu verschließen:

Der Schuldbegriff ist in den §§ 17, 20, 29, 35, 46 StGB und im Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ enthalten. Es ist also davon auszugehen, dass der Schuldbegriff als Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes eine andere Art von Begriff ist als der im Gesetz enthaltene Schuldbegriff. Die in einem Rechtssatz enthaltenen Begriffe sind – das ist die originäre Aufgabe der Rechtswissenschaft – zu präzisieren. Darauf hat sich die Strafrechtswissenschaft zu konzentrieren. Der Konstruktion eines weiteren, andersartigen Schuldbegriffs, der einen Rechtssatz zum Inhalt hat, bedarf es nicht. Sie ist bestenfalls überflüssig. Sie erscheint als „kontraintuitiver Irrweg“. Es gibt keinen guten Grund, sich damit zu befassen.²³⁴

Erwägungen dieser Art beruhen auf gravierenden Missverständnissen:

Die Annahme, dass der Schuldbegriff als Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes eine andere Art von Begriff ist als der im Gesetz enthaltene Schuldbegriff, ist unzutreffend. Es gibt keine zwei Schuldbegriffe, ebenso wenig wie es zwei Eigentumsbegriffe gibt. Letzteres hat *Radbruch* überzeugend dargetan: Wenn man die Rechtssätze der §§ 903 S. 1, 937 Abs. 1 BGB, die das Wort „Eigentum“ enthalten, nach den Regeln der Logik zusammenfügt, dann ergibt sich eine Rechtsnorm, die das Wort „Eigentum“ nicht mehr enthält. Das heißt aber nicht, dass der Eigentumsbegriff verschwunden ist. Er erscheint jetzt nur in einer anderen, nämlich in seiner ursprünglichen Form – eben als Rechtssatz, der Inhalt des Eigentumsbegriffs ist. Dieser Rechtssatz konstituiert den Eigentumsbegriff. Er macht seine Struktur und seinen Inhalt deutlich. Es gibt keinen von diesem Rechtssatz unabhängigen Eigentumsbegriff. Wer wissen will, was Eigentum nach deutschem Recht bedeutet, muss diesen Rechtssatz zur Kenntnis nehmen.

Das lässt sich eins zu eins auf den strafrechtlichen Schuldbegriff übertragen, der in § 17 S. 1 StGB und in dem Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“ enthalten ist. Es gibt also keine zwei Schuldbegriffe – einen, der einen Rechtssatz zum Inhalt hat, und einen anderen, der in § 17 S. 1 StGB und im Schuldgrundsatz enthalten ist. Das Bemühen der vorherrschenden Schuld dogmatik um ein angemessenes Verständnis des im StGB verwendeten Schuldbegriffs segelt unter fal-

scher Flagge. Dieses Bemühen ist nämlich darauf gerichtet, die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit auf einen Begriff zu bringen, also das Wesentliche des Schuld tatbestandes zu benennen.²³⁵ Dass es eben darum bei der Kontroverse um den sog. materiellen Schuldbegriff geht, wird ja ausdrücklich gesagt (siehe oben bei Fn. 154). Nun kann man zwar die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit als Schuld bezeichnen, was ja auch tatsächlich geschieht (siehe Lehrsatz 2). Aber eine solche Gleichsetzung von Schuld und Schuld tatbestand steht im Kontrast zu der Gleichsetzung von Schuld und Vorwerfbarkeit (siehe Lehrsatz 1) und ergibt keinen adäquaten Schuldbegriff. Ein adäquater Schuldbegriff muss beides umfassen, die Vorwerfbarkeit und die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit (Lehrsatz 3). Und er muss das (normative) Bedingungsverhältnis kenntlich machen.²³⁶ Das ist nur dadurch zu erreichen, dass man im strafrechtlichen Schuldbegriff einen Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes sieht (Lehrsatz 4). Diese Schlussfolgerung drängt sich geradezu auf, dies freilich nur dann, wenn man davon ausgeht, dass auch Rechtssätze Gegenstand von Begriffen sein können (eine Erkenntnis, die mehr als 120 Jahre alt ist, die sich aber in der deutschen Strafrechtswissenschaft augenscheinlich noch nicht herumgesprochen hat).

Die verbreitete Gleichsetzung von Schuld und Schuld tatbestand (Lehrsatz 2) ist keineswegs harmlos, und zwar gerade deshalb nicht, weil sie in dem Bemühen mündet, den Schuld tatbestand, also die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit, auf einen Begriff zu bringen. Was dabei herauskommt und nur herauskommen kann, zeigt die Kontroverse um den sog. materiellen Schuldbegriff – heraus kommt bestenfalls eine Kennzeichnung der (vermeintlichen) Schuld idee (siehe II. 2. meines Betrages). Eine Präzisierung des Schuldbegriffs ist damit (noch) nicht gewonnen. Diese lässt sich nur erreichen, indem man einen subsumtionsfähigen Schuld tatbestand bildet. Es fällt auf, dass das Bemühen, den Schuld tatbestand (also die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit) auf einen Begriff zu bringen, beim Eigentumsbegriff keine Entsprechung findet. Niemand versucht, die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb auf einen Begriff zu bringen.²³⁷ Das Wesen

²³⁵ Darin hat schon zu *Dohna* (ZStW 32 [1911], 323 [326]) die „Funktion des Schuldbegriffs“ gesehen

²³⁶ Siehe *Achenbach* oben bei Fn. 13 in *Burkhardt*, ZfStw 4/2025.

²³⁷ Anekdotisch: Ich habe einen renommierten zivilrechtlichen Kollegen gefragt, was er von der Annahme halte, dass „Eigentum“ ein Begriff vom Inhalt eines Rechtssatzes sei. Schnell stellte sich heraus, dass ihm weder die Überlegungen von *Radbruch* und *Eltzbacher* noch die von *Ross* ausgelöste Debatte über „intermediate legal concepts“ bekannt waren. Nachdem ich ihn in der gebotenen Kürze informiert hatte, zeigte er sich verwundert und erklärte: Er habe sich noch nie um den *Begriff des Eigentums* gekümmert. Er sehe darin auch keinen Sinn. Wichtig sei nur die Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen man Eigentum erwerben könne und welche Rechte man als Eigentümer habe. Die Befassung mit dem Wesen des Eigentums trage hierzu nichts bei. Dazu

²³⁴ Dieser Einwand ist im Rahmen einer Diskussion gegen meinen Standpunkt vorgebracht worden.

des Eigentums wird darin gesehen, dass der Eigentümer mit der ihm gehörenden Sache (in gewissen Grenzen) nach Belieben verfahren darf. Das Wesen der Schuld wird in der Vorwerfbarkeit gesehen. In beiden Fällen wird von den Voraussetzungen abstrahiert. Will man die jeweiligen Voraussetzungen in die fraglichen Begriffe einbeziehen, so muss man sie als Begriffe vom Inhalt eines Rechtsatzes verstehen.

2. Dass die individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit (These 3) ist, findet zwar breite Zustimmung.²³⁸ Konsequenzen werden daraus aber nicht gezogen:

- Bei der Kontroverse um den materiellen Schuldbegriff spielt die individuelle Vermeidbarkeit des Unrechts keine hervorgehobene Rolle.²³⁹
- Eine Explikation des Begriffs der individuellen Vermeidbarkeit findet kaum statt. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass es sich um eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit handelt, die ohne Weiteres subsumtionsfähig ist.
- Dass das Bewusstsein des Anderskönnens eine notwendige Voraussetzung der individuellen Vermeidbarkeit und ein Merkmal des Schuld tatbestandes ist, wird nicht thematisiert.

Vor allem Letzteres ist erstaunlich, weil sich zeigen lässt, dass das Bewusstsein des Anderskönnens den inneren Grund des Schuldvorwurfs bildet und ein impliziter Bestandteil des vorherrschenden Schuldbegriffs ist. Sogar das Kontrollprinzip, das *Boris Burghardt* an die Stelle des Schuldprinzips setzen will, ist ohne das Bewusstsein des Anderskönnens nicht denkbar.²⁴⁰ Es ist überdies möglich, das Erfordernis des Bewusstseins des Anderskönnens konsequentialistisch zu begründen.²⁴¹ Wie also ist es zu erklären, dass nur eine Mindermeinung in der Strafrechtswissenschaft im Bewusstsein des Anderskönnens eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit sieht?

Man muss unterscheiden: Wird das Bewusstsein des Anderskönnens als rechtlich relevante Tatsache, aber als nicht hinreichend für die Begründung eines persönlichen Vorwurfs angesehen?²⁴² Oder wird es abgelehnt, weil es sich um eine

Illusion handele, weil es auf bloßer Unwissenheit beruhe?²⁴³ Die erstgenannte Auffassung ist ernst zu nehmen. Die letztgenannte zeichnet sich dadurch aus, dass sie den Stand der Wissenschaft (Phänomenologie, Sozialpsychologie, Experimental Philosophy etc.) ignoriert und darüber hinaus übersieht, dass das Bewusstsein des Anderskönnens bereits ein impliziter Bestandteil des vorherrschenden Schuldbegriffs ist.²⁴⁴

Beiden Auffassungen kann man nur begegnen, indem man deutlich macht, dass das Bewusstsein des Anderskönnens das Zentrum des sozialen Universums bildet und die einzig mögliche Grundlage für einen persönlichen Vorwurf ist. Ich habe dies in zahlreichen Beiträgen unternommen. Die Resonanz ist überschaubar. Ich werde mich weiter bemühen.

3. Wenn meine Thesen (These 2), (These 3) und (These 4) zutreffen, dann trifft auch (These 1) zu: Der strafrechtliche Schuldbegriff ist in seinem Ursprung und an und für sich nicht dunkel. Um nicht missverstanden zu werden: Die Grenzen der individuellen Vermeidbarkeit sind – in der Theorie und in der Praxis – schwierig zu bestimmen. Aber darum geht es nicht, wenn behauptet wird, der Schuldbegriff sei eines der schwierigsten und dunkelsten Instrumente des Strafrechtssystems. Das ist der Schuldbegriff nicht. Richtig ist nur, dass er zu einem der dunkelsten Begriffe gemacht worden ist, dass es zahlreiche überflüssige Kontroversen gibt und dass gestritten wird, obwohl weitgehende Einigkeit besteht.

den Sicht der offenen Wahl und in dem darin gelegenen Erfordernis, in entsprechenden Situationen tatsächlich zu wählen, zwar eine „Minimalform von Freiheit“ sehen. Diese eigne sich aber keineswegs dazu, die Idee „weitreichender Verantwortlichkeit im klassischen Sinne des Verdienens von Strafe“ zu rechtfertigen. Das ist wohl richtig, hindert aber nicht, in dieser „Minimalform von Freiheit“ eine Voraussetzung rechtlich relevanter Vermeidbarkeit zu sehen. Ob die Kennzeichnung als „Minimalform von Freiheit“ der Bedeutung des allgemeinmenschlichen Freiheitserlebens gerecht wird, ist eine andere Frage.

²⁴³ Nachweise bei *Burkhardt*, in: *Burkhardt/Koch/Gropp/Lagodny/Spaiol/Walther/Künschner/Arnold/Perron* (Hrsg.), *Scripta amicitiae*, Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag am 26. Januar 2015, 2015, S. 313 (315 ff.).

²⁴⁴ Siehe oben 2. b). *Thomas Andrew Green* schreibt am Ende seiner Monographie über „Freedom and Criminal Responsibility in American legal Thought“, 2015, S. 475: „Hence the relevance of the law’s according respect to the consciousness of freedom, regardless to the extent to which a given scholar may have rejected in theory the idea of true free will underlying that consciousness: the consciousness of freedom, experienced by legal scholars as by all others (and who can say with what influence on ‘pure’ theory), underlay the concept of desert, which many scholars had come to see as natural and inescapable. This consciousness was also intimately connected with the cherished sense of personhood that underlay not just our capacities for self-respect and respect for others, but the very idea of human dignity that lent meaning to our individual lives and justice to our institutional practices.“

kann ich nur sagen: Eine entsprechende Sicht auf den strafrechtlichen Schuldbegriff wäre wünschenswert.

²³⁸ Siehe oben bei Fn. 122, 123.

²³⁹ Auch bei *Bülte* (in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* [Fn. 123], vor §§ 15 ff. Rn. 15 ff.), der die Strenge des deutschen Schuldprinzips als „kriminalpolitische Entscheidung“ bezeichnet und nach ihren „Hintergründen, Gründen und Folgen“ fragt, wird mit keinem Wort darauf hingewiesen, dass das Substrat des Schuld tatbestandes die individuelle Vermeidbarkeit der Tat und der Bestrafung ist.

²⁴⁰ Siehe bei Fn. 224.

²⁴¹ Siehe oben bei Fn. 129.

²⁴² Wie etwa bei *B. Burghardt* (Fn. 138), der als Schuld voraussetzung „objektive Begründbarkeit“ verlangt. Ferner *Mangakis*, *ZStW* 75 (1963), 499 (504 f.). *Pothast* (Fn. 133), S. 54 f., meint, man könne in der für den Handelnden gelten-

Zum Begriff der Tatherrschaft und zur Unterscheidung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Wer vorsätzlich einen deliktischen Erfolg, etwa den Tod eines Menschen, unter Vermittlung eines anderen verursacht, kann dies, juristisch betrachtet, als Anstifter oder als mittelbarer Täter tun. Der Bundesgerichtshof glaubt, die Täterschaft von der „Tatherrschaft“ abhängig machen zu können, d.h. von der faktischen Beherrschung des Geschehens bis hin zum Eintritt des Erfolgs. Das ist nicht haltbar. Unmittelbarer oder mittelbarer Täter kann der Verursacher auch ohne solche Tatherrschaft sein. Entscheidend ist das Kriterium der Verantwortlichkeit. Wenn der Tatmittler selbst, und sei es in abgeschwächtem Maße, verantwortlich ist für den deliktischen Erfolg, weil er ihn rechtswidrig und vorsätzlich herbeigeführt hat, dann ist der Hintermann kein mittelbarer Täter, sondern nur Anstifter.

I. Der BGH-Fall und die unproblematische Anstiftung

Sören Lichtenthäler überschreibt einen Aufsatz mit der Frage: „Kann die Veranlassung eines Strafunmündigen zur Begehung einer Straftat Anstiftung sein?“¹ Die Abhandlung geht aus von einem Beschluss des BGH.² Dieser galt einem Sachverhalt, der in stilisierter Darstellung eher wie ein phantastisch ausgedachter Fall für den Hörsaal oder eine Strafrechtsübung erscheint: O will den Tod seiner Schwägerin, der Mutter seines elfjährigen Neffen N. Er fordert ihn ernsthaft auf, die eigene Mutter zu töten, weil sie „schlechte Sachen gemacht“ habe. N solle nachts ein Messer aus der Küche holen und damit die Mutter im Schlaf erstechen. Als Belohnung verspricht er ihm Süßigkeiten und für später ein Motorrad. Die Einzelheiten der Tatausführung überlässt er N. Er macht sich keine Vorstellung, wo und in welcher Nacht sein Neffe, wenn überhaupt, die Tat begehen wird. N erklärt sich zum Schein bereit. Die familiären Umstände ergeben, dass er seine Mutter erst nach drei Monaten wiedersieht. Er offenbart ihr das Ansinnen des O, woraufhin sie Strafanzeige erstattet. O hat bis zuletzt gehofft und für möglich gehalten, dass N tatsächlich seine Mutter mit einem Messer ersticht. Das LG Kiel hat O wegen eines Mordversuchs in mittelbarer Täterschaft verurteilt (§§ 211, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 StGB)³. Der BGH hält am Strafausspruch fest, korrigiert aber den Schuldspruch. O habe mangels „faktischer Tatherrschaft“ keinen Mordversuch in mittelbarer Täterschaft begangen, sondern den Versuch der Anstiftung zum Mord (§§ 211, 30 Abs. 1 StGB).

Bemerkenswert scheint mir, dass der Senat in einem entscheidenden Punkt keinen Zweifel erkennen lässt. Weil es um die Frage eines strafbaren Versuchs geht, kommt es auf die „Vorstellung“ des Angeklagten „von der Tat“ an (§ 22 StGB). Ging die wirklich dahin, mit seiner Aufforderung, die er selbst absurd finden musste, das Leben der Schwägerin

über ein unbeachtliches Maß hinaus (außerhalb des sog. „erlaubten Risikos“!) in Gefahr zu bringen? Oder haben die Richter das bloße Wunschbild des Angeklagten („es wäre schön, wenn ...“) als Vorstellungsbild (§ 22 StGB) genügen lassen? Wie auch immer, sie müssen es so gesehen haben, dass der Angeklagte sich vorgestellt hat, sein Neffe sei vielleicht tatsächlich bereit, die geliebte Mutter im Schlaf mit einem Messer totzustechen, und er werde dies vielleicht sogar tatsächlich tun. Von solcher Erwartung des Angeklagten auszugehen, halte ich für ganz und gar unrealistisch. Die Richter gehen aber davon aus, und nur darum konnten sie den Deliktsvorsatz bejahen. Er wird im Folgenden auch hier, sagen wir: gegen bessere Vermutung, zugrunde gelegt.

Lichtenthäler sieht das Problem erst in der Frage, die seinen Aufsatz überschreibt. Der Grund seines Zweifels ist die von ihm ausführlich wiedergegebene „norm- und straftheoretische Kritik der limitierten Akzessorietät“. Er spielt mit dem Gedanken, der Kritik darin zu folgen, „dass die Teilnahme an einer schuldlosen Tatbestandsverwirklichung nicht möglich sei“.⁴

Diese Behauptung ist aber mit dem Gesetz unvereinbar, und es ist unproblematisch, z.B. die Veranlassung eines Kindes zu einer von diesem vorsätzlich verübten rechtswidrigen Körperverletzung als Anstiftung (§§ 223, 26 StGB) zu bewerten. So etwa in diesem Fall: Der elfjährige S klagt seinem Vater V, dass der Mitschüler M sich immer wieder über ihn lustig mache, im Klassenraum, auf dem Pausenhof, auf dem Schulweg. V rät ihm, sich das nicht länger gefallen zu lassen; er solle bei nächster Veranlassung dem M mit aller Kraft die Faust ins Gesicht schlagen. Genau das tut S mit blutiger Folge, als M ihn drei Tage später auf dem Heimweg von der Schule anspricht und hänselt. – Eine vergleichsweise harmlose Aufforderung, die aber nicht, wie im BGH-Fall das absurde Ansinnen, die eigene Mutter zu töten, folgenlos bleibt, sondern die gewollte Körperverletzung tatsächlich herbeiführt. Entgegen Lichtenthäler ist es schlicht selbstverständlich, dass Vs Aufforderung eine Anstiftung ist. Denn V hat „vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt“ (§ 26 StGB). Darum hat Scheinfeld recht, wenn er seine Besprechung des BGH-Beschlusses ohne Fragezeichen mit dem Satz beginnt:

„Wer ein Kind vorsätzlich dazu bestimmt, eine vorsätzliche rechtswidrige Tötung zu begehen, ist zumindest Anstifter (§ 26 StGB)“.

¹ Lichtenthäler, GA 2024, 700.

² BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23 = NJW 2024, 604.

³ LG Kiel BeckRS 2022, 53057.

⁴ Lichtenthäler, GA 2024, 700 (712). Mit einem „Vorschlag zur Güte“ befreit sich Lichtenthäler am Ende gleichsam ruckartig aus der Fessel dieses hypothetisch akzeptierten Dogmas. So findet nach aller Problematisierung zu guter Letzt auch er zu der Erkenntnis, dass man einen Schuldunfähigen sehr wohl strafbar anstiften kann, indem man durch seine Tatveranlassung die Voraussetzungen des § 26 StGB erfüllt.

Die Frage ist für ihn erst, ob der Anstifter „zugleich – und schon wegen der Strafunmündigkeit des Kindes (§ 19 StGB) – eine eigene Tötungstat ‚durch einen anderen‘ im Sinne des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB begeht“,⁵ ob er außer Anstifter auch mittelbarer Täter ist.

Mir scheint, dass *Lichtenthäler* mit seinem Entweder/oder eine falsche Prämisse setzt und sich dadurch in ein Scheinproblem verstrickt. Die „Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung“ ist für ihn eine „prinzipielle Frage [...] von fundamentaler dogmatischer Bedeutung“⁶. Aber wenn man im Fall tatsächlicher Tötung den O, was gut vertretbar ist, als mittelbaren Täter einstuft, so ist damit die Anstiftung nicht verneint, nicht „ausgegrenzt“. Sie wäre vielmehr *auf jeden Fall* gegeben, weil O die Voraussetzungen des § 26 StGB eindeutig erfüllt hätte. Dass sie hinter die Täterschaft zurückträte, versteht sich von selbst.

Vollkommen zu Recht betont *Franzke* bei Betrachtung des konkreten Falles, dass „Täterschaft und Teilnahme jedenfalls bei Tatvollendung zueinander nicht in einem Ausschlussverhältnis stehen, sondern die Täterschaft der Teilnahme lediglich vorgeht“. Als Strafgrundlage kommt „die Anstiftung also immer nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft, gleichviel aus welchem Grund, nicht vorliegen, die ihren aber erfüllt sind“⁷. Problematisch ist erst, *wann* die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft nicht vorliegen, d.h. welches Kriterium über das Vorliegen entscheidet (darüber sogleich unter II., III. und IV.).

II. Täterschaft ohne faktische Tatherrschaft

1. Kein Einfluss auf das weitere Geschehen

Für mein Beispiel der Körperverletzung würde der 5. *Strafsenat* die Frage nach der mittelbaren Täterschaft verneinen. Er meint, dass die Deliktstäterschaft, auch die sog. mittelbare, von „faktischer Tatherrschaft“ abhängt. Das „Veranlassen der Tat eines Kindes“, so der Kernsatz des Beschlusses, ist „nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält“⁸. Daran fehle es. Der *Senat* begründet das nicht nur, aber hauptsächlich mit einer Feststellung, die als solche unbestreitbar ist:

„Der kurze Kontakt mit dem Kind begründete keinen steuernden Einfluss des Angeklagten auf das weitere Geschehen.“⁹

Dass es sich in meinem Beispiel genauso mit dem Vater verhält, der sowohl das Ob wie das Wann und Wo des Faustschlags ganz dem Sohn überlässt und zur Tatzeit abwesend bleibt, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Die Bundesrichter binden also die Deliktstäterschaft an eine „faktische Tatherrschaft“, die jedenfalls dann zu verneinen sei, wenn der Hintermann nach dem anstoßenden Akt keinen „steuernden Einfluss auf das weitere Geschehen“ gehabt habe. So sehen sie es, weil sie im konkreten Fall das böse Ansinnen des Angeklagten, wenn nicht als täterschaftlichen Tötungsversuch, so doch als den strafbaren Versuch einer Anstiftung zum Tötungsdelikt erfassen zu können glauben. Dies mag ein eindringlicheres Nachdenken und die Erkenntnis verhindert haben, dass sich der *Senat* mit seiner Begründung auf einen unhaltbaren Standpunkt begeben hat. Denn Deliktstäterschaft setzt keine Tatherrschaft voraus.

Diese These mag überraschen und Widerspruch hervorgerufen, aber dass sie zutrifft, ist mit einem konkreten Beispiel leicht zu beweisen. Angenommen, Herr Müller hasst den Hund seines Nachbarn Meier. Er legt auf dessen weitläufigem Grundstück heimlich einen Giftköder aus in der Hoffnung, der Hund möge ihn finden und mit tödlicher Folge fressen. Tage später erfüllt sich der Plan, während Müller weit entfernt im Urlaub weilt. – Kein Zweifel, er hat die Straftat der Wirbeltiertötung (§ 17 Tierschutzgesetz) *als Täter* begangen, obwohl er doch nach dem Auslegen des vergifteten Köders „keinen Einfluss hatte auf das weitere Geschehen“ und keineswegs den Ablauf „steuernd in den Händen“ hielt. Wohl gemerkt, es kommt nach dem BGH auf das „weitere“ Geschehen an. Natürlich war der Angeklagte beim „kurzen Kontakt mit dem Kind“ Herr über seine auffordernden Worte. Aber diese Beherrschung ist für den *Senat* keine täterschaftsbegründende Tatherrschaft. Entsprechend sähe er es in meinem Beispiel für den das tödliche Geschehen auslösenden Akt, auf den sich Müller beschränkt und dem kein weiteres von ihm gesteuertes Geschehen folgt.

Man mag einwenden, Müller handele als unmittelbarer Täter und der BGH wolle die Frage nach der faktischen Tatherrschaft nur zur Eingrenzung und etwaigen Verneinung von mittelbarer Täterschaft gestellt sehen. Aber der Einwand verkennt, dass man die eine von der anderen Täterschaftsform nicht sinnvoll trennen kann. Auch der Giftmörder, dem die faktische Tatherrschaft im Sinne der Definition des BGH meistens fehlt, begeht sein Verbrechen „durch einen anderen“, nämlich durch das Opfer selbst, wenn es sich das vergiftete Getränk eingießt und trinkt. Aber auch wenn der Tatmittler mit dem Tatopfer *nicht* identisch ist, hält die Verneinung von mittelbarer Täterschaft, die für den BGH schlicht folgerichtig wäre, nicht Stich. Angenommen, Herr Müller übergibt Herrn Meiers Tochter den Giftköder als einen angeblichen Leckerbissen, den sie irgendwann dem Hund gewähren solle. Sie tut es (in Müllers Abwesenheit) und bringt damit ahnungslos das geliebte Tier ums Leben. Hier begeht Müller, dessen Todesverursachung als Anstiftung nicht zu erfassen ist, unbestreitbar „die Straftat“ der Wirbeltiertötung „durch einen anderen“, und er ist, obwohl nach der Übergabe des vergifteten Futters ohne faktische Tatherrschaft „über das weitere Geschehen“, als Täter nach § 17 Tierschutzgesetz zu bestrafen.

Hierher gehört auch das schöne Beispiel, das *Rotsch* gebildet hat: ein beleidigender Brief, den der Postbote als ahnungsloser Tatmittler dem Adressaten übergibt. Kommt es

⁵ Scheinfeld, ZfL 3–4/2024, 207.

⁶ Lichtenthäler, GA 2024, 700 (701).

⁷ Franzke, JZ 2024, 205.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 13.

⁹ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24.

durch Lektüre zum Beleidigungserfolg, so wird niemand zögern, den Schreiber und Absender des Briefes als (mittelbaren) Täter des Vergehens (§ 185 StGB) zu betrachten. *Rotsch* betont, wie deutlich es in diesem Fall dem Täter nach Absendung des Briefes an jeder Steuerungsmacht fehle, d.h. an jeder Möglichkeit, den Geschehensablauf bis zum erhofften Erfolg zu beeinflussen. „Schon den Kausalverlauf“, die Beförderung des Briefes bis hin zum Opfer O, vermag der Täter T „in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu beherrschen“. Und ob O „den Brief überhaupt öffnet, ob [...] der Beleidigungserfolg eintritt, hängt einzig und allein vom Verhalten des O ab“¹⁰. Mir scheint *Rotsch* hier ganz nahe daran, die Tatherrschaft als Voraussetzung täterschaftlicher Straftatbegehung zu verwerfen. Aber dazu passt es nicht, dass er später die „Tatherrschaft“ als „Tatbestandsmerkmal“ gelten lässt und schon mit der Willentlichkeit der erfolgskausalen Körperbewegung (hier das Einwerfen des Briefes in den Postbriefkasten) die Tatherrschaft in Gestalt einer „Handlungsherrschaft“ gegeben sieht¹¹.

2. Unrechtskenntnis des Tatmittlers

Wie oben gesagt, gibt der BGH aber bei der Frage nach der faktischen Tatherrschaft seinem Nein noch eine ergänzende Begründung: Obwohl noch Kind, habe N gewusst, dass er mit der ihm angesonnenen Tötung Unrecht täte. Gemeint ist damit, dass das Unrechtswissen des Tatmittlers hemmend wirke und dem Hintermann das Steuern des Tatablaus zumindest erschwere. Deutlicher wird das im Faustschlagfall: Die Aussicht des V, durch S die Körperverletzung herbeizuführen, ist schlechter, wenn S das Unrecht der ihm angesonnenen Tat bewusst ist, und sie ist besser, wenn S sich im Recht glaubt; etwa nach der falschen Belehrung durch V, der Faustschlag sei als Notwehr erlaubt. Das gute Gewissen lässt S, nach der Sicht des BGH, bereitwilliger zuschlagen, was ihn – so mag man es sehen – zum willfährigen „Werkzeug“ in der Hand des V macht.

Der Fall des im Verbotsirrtum, also ungehemmt zuschlagenden Kindes deckt nun einen Selbstwiderspruch in der Tatherrschaftslehre des BGH auf: V hat die faktische Tatherrschaft, weil S als sein durch Irreführung enthemmtes Werkzeug handelt. Zugleich aber fehlt V die Tatherrschaft, weil er in seiner täglichen Abwesenheit und in Unkenntnis der vielleicht die Tat veranlassenden Umstände keine Steuerungsmacht hatte. An jedem Schultag konnte es da oder dort geschehen, V hatte auf dieses Geschehen keinen Einfluss, er hielt es nicht „steuernd in den Händen“, wie es z.B. jemand tut, der selbst gereizt wird, auf seinen Gegner losgeht und als unmittelbarer Täter zuschlägt. Im BGH-Beschluss wird der Selbstwiderspruch nicht direkt sichtbar, weil die Richter gut begründen konnten, dass der Neffe des Angeklagten das Unrecht der Tötung seiner Mutter gerade nicht *verkannt* hat. Vielmehr hat er es deutlich *erkannt*. Nach der Logik des BGH wäre also die Tatherrschaft des V (in dessen Vorstellung) unter beiden Gesichtspunkten zu verneinen.

III. Die „Tatherrschaft“ – ein nutzloser Begriff

Nach allem scheint mir die Forderung berechtigt, dass Strafrecht und Strafrechtswissenschaft dem gesetzesfernen Begriff der Tatherrschaft endlich den Abschied geben. Zur Bestimmung von Deliktstäterschaft ist er ein grundfalsches, oft in die Irre führendes Kriterium. Ja, die Tatherrschaft verdient nicht einmal, als Kriterium, als unterscheidungskräftig anerkannt zu werden. In meinem letzten Beispiel könnte der BGH die mittelbare Täterschaft des V ebenso gut verneinen wie bejahen. Und genauso könnte er es etwa dann, wenn ein Ehemann seiner Frau befiehlt, in seiner Abwesenheit im SB-Laden eine Flasche Schnaps zu stehlen, und sie es tut, weil sie sich ihm vollkommen unterwirft; einerseits faktische Beherrschung der Tatmittlerin, andererseits kein steuerndes In-den-Händen-Halten des weiteren Geschehens.¹²

Unförderlich ist auch der Versuch, den irreführenden Faktizismus zu korrigieren durch den Begriff der „normativen Tatherrschaft“, z.B. indem man eine solche allein dem Hintermann zuschreibt, dessen Tatmittler, ablesbar an gesetzlichen Vorschriften, schuldlos handelt. Wenn das gemeint ist, dann sollte man aber auch ausdrücklich auf die Schuldlosigkeit abstellen (dazu sogleich) und nicht den verschwommenen Tatherrschaftsbegriff einschieben. Seltsam, seit Jahrzehnten schlägt sich die Wissenschaft mit diesem Begriff herum, den sie doch selbst erst kreiert hat und dem jede juristische Legitimation fehlt. Er taucht nirgendwo im Gesetz auf, und man kann ihn nach Belieben begrenzen. Ein Beispiel: Der Chef einer Firma hat Weisungsmacht u.a. auch über seine Prokuristin. Er fordert von ihr, dass sie in eigener Regie ein Manöver ausführe, welches sich strafrechtlich als Betrug (§ 263 StGB) darstellt. Die Prokuristin tut es – ungern, aber weil es der Chef mit seiner Weisungsmacht verlangt hat. Man kann ihm, der zweifellos zum Betrug angestiftet hat (§§ 263, 26 StGB), die Tatherrschaft absprechen, aber sie genauso gut

¹² Ganz unbelastet von Zweifeln am „Kriterium“ der faktischen Tatherrschaft als Täterschaftsvoraussetzung und unberührt von der offenkundigen Widerlegung (durch Fälle von Täterschaft ohne faktische Tatherrschaft) zeigt sich *Eisele*, JuS 2024, 272: „Dabei sind die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft richtigerweise auf Grundlage der Tatherrschaftslehre festzustellen“. Dem BGH noch ausdrücklicher zustimmend *Jäger*, JA 2024, 345: „Zutreffend stellt der BGH für die Frage der (versuchten) mittelbaren Täterschaft auf die faktische Tatherrschaft des Hintermanns und die geistige und sittliche Reife des Kindes ab.“ Einen ausführlich begründeten, aber unkritischen Beifall spendet dem BGH-Beschluss ferner *Arndt Sinn* in ZJS 2024, 591–596: Nach Ansicht des Senats „ist das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält. Dem ist zuzustimmen“ (S. 594). Ich stelle noch einmal ratlos die Frage, wie man solche Zustimmung äußern kann angesichts unbestreitbarer Täterschaft in Fällen wie der oben geschilderten Giftköderauslegung oder der Absendung eines beleidigenden Briefes; Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen.

¹⁰ *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292 (297).

¹¹ *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292 (298).

auch zur Begründung mittelbarer Täterschaft bejahen. Die Tatherrschaft ist kein Kriterium, sie hat keine Unterscheidungskraft. Zum letzten Beispiel mag einer sagen: Wegen der Weisungsmacht ist die Tatherrschaft des Chefs zu bejahen. Ich würde erwidern: Meinetwegen; aber die Bejahung ist gänzlich irrelevant, weil Tatherrschaft keine Voraussetzung von Täterschaft ist.

Es heißt oft, zur Feststellung gegebener Tatherrschaft sei „ganz auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen.“ Ob der Chef sie hatte und deshalb mittelbarer Täter war, hänge ab vom Maß seiner Autorität und von der Kraft der Prokuristin, der Weisungsmacht zu trotzen. Solche Äußerungen offenbaren das Eingeständnis, dass die Tatherrschaft kein Kriterium sein kann und dass man einfach nicht herausgefunden hat, wann denn nun, nach welchem wirklichen Kriterium, mittelbare Täterschaft anzunehmen ist.

IV. Die Verantwortungslehre

1. Die Frage nach der Schuld des Tatmittlers

Ein wirkliches Kriterium zur Bestimmung von Täterschaft, in Sonderheit von solcher, die als eine „mittelbare“ zu gegebener Anstiftung hinzukommt, ist aber durchaus benennbar. Anschaulich machen soll es das folgende Beispiel: Vater A setzt seine achtzehnjährige Tochter B unter Druck, für ihn „zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde“ herzustellen (§ 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB). Hinreichend geschickt ist nur die Tochter, der Vater ist auf ihre Leistung angewiesen. Sie widersetzt sich dem Druck zunächst, gibt aber schließlich nach und schafft das begehrte Schriftstück. – A begeht jedenfalls eine Anstiftung zur rechtswidrigen Tat der B (§§ 267 Abs. 1, 26 StGB). Die Frage ist, ob er auch in eigener Person, als mittelbarer Täter das Fälschungsdelikt begeht. Geradezu intuitiv wird mancher die Frage ungefähr so beantworten: Es kommt darauf an, ob A für die Tatbestandserfüllung *allein verantwortlich* ist. Dies ist dann der Fall, wenn B *keine Verantwortung* trifft, weil der auf sie ausgeübte Druck eine Notstandslage i.S.v. § 35 StGB geschaffen hat, sodass sie „ohne Schuld“ handelte. Vorstellen kann man sich das etwa so, dass der brutale Vater seine Tochter gewaltsam eingesperrt hat und sie der Gefahr andauernder Gefangenschaft nur entrinnen kann, indem sie das verlangte Schriftstück herstellt. Kein mittelbarer Täter, sondern bloß Anstifter wäre A dagegen, wenn er nur einen für § 35 StGB nicht genügenden Druck ausgeübt hätte, etwa mit der Drohung, B das geliehene Auto zu entziehen.

So sähe es Scheinfeld. In seiner Kritik am BGH-Beschluss geht er aus vom Selbstbegehen der Straftat, von Fällen also der unmittelbaren Täterschaft, und macht das, was dort allemal fehlt, zum Kriterium der mittelbaren Täterschaft. Mit Blick „auf die typischen Fälle des Selbstbegehens“ stellt er fest:

„Zwischen dem unmittelbaren Täter und der Tatbestandsverwirklichung steht niemand, der in Bezug auf das betreffende Delikt selbst strafrechtlich verantwortlich ist. Und der systematische Zusammenhang der §§ 25, 26, 27

StGB ergibt, dass dieses Kriterium für die mittelbare Täterschaft zu gelten hat.“¹³

Scheinfeld nennt die Eingrenzung der mittelbaren Täterschaft nach diesem Kriterium eine „Verantwortungslehre“, die er als überlegen dem „Faktizismus“ des BGH entgegensetzt. Ich zögere nicht, das Kriterium der Schuldlosigkeit des Tatmittlers als vertretbar anzuerkennen. Es ist, soweit ich sehe, das im Schrifttum herrschende.¹⁴

2. Die Frage nach der teilnahmefähigen Haupttat des Tatmittlers

Aber man kann die mittelbare Täterschaft, durchaus im Rahmen einer Verantwortungslehre, auch anders eingrenzen. Scheinfeld bejaht sie schon, wenn A, um im Beispiel zu bleiben, durch seine Nötigung auch nur die strafrechtliche Schuld der Tatmittlerin B beseitigt. Indes begeht B auch im entschuldigenden Notstand vorsätzlich eine rechtswidrige Tat, was prinzipiell eine Schadensersatzpflicht auslöst (vgl. § 823 BGB). Wenn es auch für eine Strafbarkeit nicht reicht, so entsteht doch immerhin eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Und wir sagen – in wiederum strafrechtlicher Betrachtung –, dass B in unmittelbarer Täterschaft (§ 267 StGB) die „teilnahmefähige Haupttat“ begeht, wozu es gut passt, A nur die Nebenrolle des Anstifters zuzuschreiben.

Auch ein schuldlos handelnder Angreifer (wie im früheren Beispiel der zuschlagende elfjährige S) ist für sein rechtswidriges Tun so sehr verantwortlich, dass das Gesetz ihn der Notwehr und Nothilfe ausliefert (§ 32 StGB). Und i.R.d. § 823 BGB reicht es für die Schadensersatzpflicht des Schädigers grundsätzlich aus, dass er „vorsätzlich oder fahrlässig“ das Rechtsgut eines anderen (etwa Leben, Körper oder Eigentum) „widerrechtlich verletzt“. Besteht die Verletzung in einer strafbedrohten Handlung, z.B. einer Sachbeschädigung oder einem sexuellen Kindesmissbrauch, dann ist der Täter auch bei schuldlosem Handeln von Rechts wegen verantwortlich, dem Opfer seinen Schaden zu ersetzen.

Nach der ersten Betonung von Vertretbarkeit nun also diese zweite: Man kann die mittelbare Täterschaft des Hintermannes auch enger begrenzen. In den Fällen erfolgreicher Anstiftung i.S.v. § 26 StGB trifft den Angestifteten, auch wenn er als Kind oder im Notstand schuldlos handelt und deshalb straffrei bleibt, genug rechtliche Verantwortung, dass man die (zusätzliche) Täterschaft des Anstifters wertend verneinen kann. Diese Verneinung setzt also keine strafrechtliche Schuld des Tatmittlers voraus, sie lässt zum Ausschluss mittelbarer Täterschaft des Hintermannes eine schwächere Verantwortlichkeit des Tatmittlers genügen. Das heißt die mittelbare Täterschaft noch verneinen, wenn der Tatmittler immerhin eine „teilnahmefähige Haupttat“ begeht. Ich nenne diese Begrenzung eine weite Verantwortungslehre. Auf ihrer Basis ist eine mittelbare Täterschaft erst anzunehmen, wenn es an einer Anstiftung im Rechtssinne fehlt. So etwa im Fall der Urkundenfälschung, wenn B, von A irreführt, das Schriftstück nicht „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ herge-

¹³ Scheinfeld, ZfL 3–4/2024, 207 (211).

¹⁴ Fundstellen bei Eisele, Jus 2024, 272 (273 Fn. 5–7).

stellt hätte; oder im Fall der Wirbeltiertötung, weil die Tochter Meier ihre Tat wegen der Täuschung durch Müller nicht „vorsätzlich“ begangen hat.

Die weite Verantwortungslehre, die in meinen Augen gleichermaßen gut vertretbar ist wie *Scheinfelds* enge, vermeidet die Überschneidung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft und rückt die Entscheidung des BGH in ein für ihn günstigeres Licht. Denn wenn man den irreführenden Ballast seiner Äußerungen zum Fehlen faktischer Tatherrschaft beiseiteschiebt, kann man den Blick konzentrieren auf das vom *Senat* betonte Unrecht, welches der Neffe, obwohl erst elf, mit der Tötung seiner Mutter vorsätzlich verübt hätte. Diese Tötung wäre dann die teilnahmefähige Haupttat, an welcher der Onkel als Anstifter teilgenommen hätte.

V. Ausblick

Täte, wäre, hätte. Aber der BGH hatte nicht den hypothetischen Fall einer tatsächlichen Tötung, sondern einen realen Sachverhalt zu beurteilen, d.h. den Fall, dass der Onkel seinen Neffen *erfolglos* aufgefordert hat, die eigene Mutter zu töten. Beide Gerichte sehen in der Aufforderung einen strafbaren Versuch vom Range eines Verbrechens; das Landgericht einen Mordversuch in mittelbarer Täterschaft, der Bundesgerichtshof den Versuch der Anstiftung zum Mord. Vielleicht ist weder das eine noch das andere richtig, und der Angeklagte hätte freigesprochen werden müssen. Diese Problematik hat einen Umfang, der es gebietet, sie gesondert zu behandeln. Ich verweise auf meinen Beitrag mit der Überschrift „Die erfolglose Aufforderung eines ‚anderen‘ (§§ 25 bzw. 26 StGB) zur Begehung eines Verbrechens – ein strafbarer Versuch?“, der in der Festschrift für Ralf Neuhaus, 2025, S. 96–105, erscheinen wird.

Vier dogmatische Anomalien und ihre Überwindung durch die Konzeption der Schuld als subjektive Verbindung mit der Tat unter Zuhilfenahme bestimmter aristotelischer Unterscheidungen*

Von Dr. Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile**

Dieser Beitrag beschreibt die bestehenden dogmatischen Anomalien bei der Behandlung von Sonderwissen, des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, der absichtlichen Unwissenheit sowie bei der Graduierung der Schuld. Ausgehend davon plädiert er für individualisierende Kriterien zur Bestimmung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, im Gegensatz zur Anwendung von Zurechnungsregeln, die ausschließlich auf „objektiven“ oder „normativen“ Erwägungen beruhen. Grundlage hierfür bilden das Schuldprinzip sowie die aristotelischen Unterscheidungen zwischen dem Unfreiwilligen, dem Freiwilligen (vorsätzlich und nicht vorsätzlich), dem nicht unfreiwilligen Verhalten aufgrund verantwortbarer Unwissenheit (vorsätzlich oder fahrlässig) sowie dem nicht freiwilligen und indifferenter Verhalten, die es ermöglichen, das Synallagma von Freiheit und Verantwortung wirksam werden zu lassen und die beschriebenen Anomalien kohärent zu überwinden.

I. Einführung

Wenn wir unter einer Anomalie die Erkenntnis verstehen, „dass die Natur die paradigmatischen Erwartungen, die die normale Wissenschaft bestimmen, irgendwie verletzt hat“¹, können mindestens vier Fälle identifiziert werden, deren Lösung in vergleichbarer Weise die Erwartungen verletzt, die durch die objektiven, systematischen und generalisierenden Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit erzeugt werden, wie sie von den herrschenden funktionalistischen Strafrechtslehren – der postfinalistischen von *Roxin* und der soziologischen von *Jakobs* – vertreten werden. Dabei handelt es sich um erstens die Rolle des Sonderwissens in der objektiven Zurechnung, zweitens die Behandlung des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, drittens die vorsätzliche Unwissenheit sowie viertens die Graduierung der Schuld unter Berücksichtigung der individuellen psychologischen Eigenschaften des Täters. In allen diesen Fällen ist das Kriterium, welches die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit oder ihre Graduierung definiert, individualisierend. Das bedeutet, es bezieht sich auf Aspekte der Psyche und der individuellen Fähigkeiten des Täters und nicht auf die Beurteilung des Sachverhalts durch einen „objektiven Beobachter“, die Ergebnisse einer systematischen Ordnung, eine normative Konzeption des Vorsatzes als Zurechnung von Wissen oder der Schuld im Allgemeinen als Nichtvermeidung der objektiven Normverletzung.

Daher soll ein Ansatz vorgestellt werden, der diese Anomalien mithilfe der von *Aristoteles* in seiner Nikomachischen

Ethik dargelegten Kategorien und Unterscheidungen überwindet². Dieser Ansatz integriert die Behandlung der vier analysierten Probleme unter einem individualisierenden Ausgangspunkt, welcher das Schuldprinzip im Sinne persönlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit zugrunde legt, die auf dem Nachweis einer subjektiven Verbindung des Täters zur Tat beruht und sowohl das *versari in re illicita* als auch eine objektive Haftung als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausschließt.

Der Text gliedert sich wie folgt: Im ersten Abschnitt werden die genannten Anomalien dargestellt sowie einige Vorschläge zu ihrer Verringerung erörtert. Im zweiten Abschnitt werden die relevanten aristotelischen Kategorien erläutert. Im dritten Abschnitt werden diese Kategorien zur Überwindung der beschriebenen Anomalien angewendet. Abschließend werden kurze allgemeine Schlussfolgerungen gezogen.

² *Aristoteles'* Ideen zur persönlichen Verantwortung finden sich auch in der Eudemischen Ethik und der Großen Ethik. Wir haben uns hier jedoch entschieden, nur den Ansätzen der Nikomachischen Ethik (hier wird die deutsche Übersetzung von *E. Rolfes* 1911 zitiert) zu folgen, da diese hinsichtlich ihres Interesses (der Konzeption der Freiwilligkeit und ihrer Abgrenzung zur Wahl) umfassender sind. Einen Vergleich des Umfangs und der Unterschiede zwischen den Texten des Stagiriten zu diesem Thema findet man bei *Rossi, Ideas y Valores* 41 (2012), 203.

Es ist jedoch zu beachten, dass die hier vorgenommene *Aristoteles*-Lektüre nicht darauf abzielt, seine Argumente zu Tugend und Laster oder die Charakterisierung menschlicher Charaktere auf dieser Grundlage in die juristische Diskussion einzubringen. Zudem kann man unserer Meinung nach, basierend auf den Unterscheidungen des Stagiriten, wie hier geschehen, die moralische Charakterisierung sowohl der Handlung als auch des Charakters der Menschen den Moralisten überlassen. Daher ist die Debatte über die Berücksichtigung von Tugend und Laster als Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit zwischen *Duff*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 147, und *Huigens*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 18 (2004), 465, für diese Diskussion irrelevant.

Es geht auch nicht darum, *Aristoteles'* Autorität in diesen Fragen per se aufrechtzuerhalten, und zwar allein aufgrund des anhaltenden Interesses an seinem Werk über Jahrhunderte hinweg, oder darum, zu behaupten, die hier angebotene Lesart der Nikomachischen Ethik sei die einzig richtige (was sie sicherlich nicht ist, da ich des Griechischen nicht mächtig bin), oder schließlich darum, *Aristoteles* habe gewissermaßen eine „Proto-Theorie der Straftat“ formuliert – häufige Fehler, die auftreten, wenn man sich auf das Werk des Stagiriten bezieht.

* Zuerst auf Spanisch erschienen in *Revista de Derecho* (Valdivia) 35 (2022) Núm. 2, 251.

** Der Verf. ist seit 2021 Richter am Obersten Gerichtshof von Chile und hatte zuletzt Lehrstühle an den Universitäten Talca (2007–2010) und Chile (2010–2021) inne.

¹ *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1996, S. 52 f.

II. Anomalien in der herrschenden Dogmatik

1. Die Rolle des Sonderwissens in der objektiven Zurechnung

Im Gegensatz zur Systematik *Welzels*, bei der die Finalität der Handlung als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen wurde³, bietet *Roxin* die heute herrschende Lehre von der objektiven Zurechnung bei Erfolgsdelikten. Nach dieser wird die Verantwortlichkeit nicht durch jene Finalität bestimmt, sondern durch die Vornahme einer objektiv zurechenbaren Handlung, das heißt eines Verhaltens, bei dem das „Verhalten des Täters eine nicht durch ein erlaubtes Risiko gedeckte Gefahr für das Handlungsobjekt geschaffen und diese Gefahr [sich] auch im konkreten Erfolg verwirklicht hat“.⁴ Dieses Risiko muss, dem Namen der Theorie entsprechend, objektiv, das heißt ex ante durch einen „objektiven Beobachter“ vorhersehbar sein.⁵

In einem bekannten Beispiel, in dem eine Person einer anderen empfiehlt, einen bestimmten Weg zu nehmen, obwohl sie weiß, dass dort ein Mörder lauert, wird ohne nähere Prüfung behauptet, der Tod des Spaziergängers sei objektiv der Person zurechenbar, die ihn zu diesem Weg veranlasst hat⁶ – und dies, obwohl das Sonderwissen der empfehlenden Person objektiv betrachtet weder die Gefahr schafft noch erhöht, die von dem auf dem Weg lauernden Dritten ausgeht, es sei denn, beide hätten sich zuvor darauf verständigt.

Somit entsteht in dieser Version der Theorie der „objektiven Zurechnung“ eine Anomalie, denn die dadurch erzeugte Erwartung wird durch die Berücksichtigung subjektiver Merkmale des Täters verletzt, welche erforderlich ist, um festzustellen, ob sein Verhalten objektiv eine Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert oder nicht.

Vertreter dieser Auffassung halten die Anomalie lediglich für ein sogenanntes Scheinproblem und argumentieren – im allgemeinen theoretischen Kontext, in dem sich diese Theorie entwickelt hat – für eine Verringerung dieser Anomalie. So vertritt *Greco* die Auffassung, dass in *Roxins* teleologischem, auf kriminalpolitischen Überlegungen beruhendem System Sonderwissen und andere subjektive Aspekte zu berücksichtigen seien, soweit sie für die Qualifikation als rechtlich missbilligtes Verhalten maßgeblich sind. Denn, so *Greco*, es sei nicht möglich, die Existenz einer Gefahr zu beurteilen, ohne zu berücksichtigen, was der Täter weiß, wobei dies bereits vor der Frage nach der Zurechnung aufgrund von Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfolgen müsse.⁷

Diese Antwort verdeutlicht jedoch nur, dass das Problem der Berücksichtigung des Sonderwissens des Täters im Rah-

men der objektiven Zurechnung nicht anders als durch eine Änderung des Ausgangspunkts – nämlich dadurch, dass der Maßstab des objektiven Beobachters aufgegeben wird – oder durch die Einführung alternativer Ansatzpunkte überwunden werden kann. Beispielsweise wird – aus kriminalpolitischen Gründen – die unter Berücksichtigung subjektiver Merkmale bestimmte Gefährdung als Kriterium für die Qualifikation eines Verhaltens als rechtlich missbilligt herangezogen.

Im Extremfall könnte man diese Anomalie als derart gravierend ansehen, dass sie in der von ihren Vertretern vorgeschlagenen Form nicht überwunden oder reduziert werden kann, es sei denn, man gibt den „objektiven Beobachter“ ganz auf und verlagert die Berücksichtigung des Sonderwissens des Täters auf die Prüfung derjenigen Kenntnisse, die zur Prüfung des subjektiven Tatbestandes (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) erforderlich sind.⁸ In diesem Fall wird jedoch die Anomalie lediglich an eine andere Stelle verlagert. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, muss man die Vorstellung aufgeben, dass es sich bei der Verhaltensregel um eine generelle Verhaltensnorm handelt, die für jeden gleichermaßen gilt und unmittelbar aus der strafrechtlichen Verbotsnorm abgeleitet werden kann, die ihre Verletzung ahndet.⁹ Stattdessen muss man anerkennen, dass die Norm, die das Werfen von Steinen verbietet, welche den Kopf des Opfers treffen und zum Tod führen können (fahrlässiges Tötungsdelikt), eine andere ist als jene, die das Bewerfen einer hämophilen Person mit Steinen verbietet, weil in diesem zweiten Fall maßgeblich ist, dass der Täter um die besondere Vulnerabilität des Opfers weiß.¹⁰ Andere Autoren vertreten hingegen die Auffassung, dass diese Anomalie nur dadurch überwunden werden könne, dass für die Fallkonstellationen, die üblicherweise der objektiven Zurechnung unterfallen, eine andere systematische Verortung vorgeschlagen wird. Dabei sind stets die konkreten individuellen Fähigkeiten und das Sonderwissen des Täters – unabhängig davon, ob auf der Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit – als notwendige Vorstufe der subjektiven Zurechnung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) zu berücksichtigen.¹¹

Für den hier verfolgten Zusammenhang ist entscheidend, dass der Anomaliecharakter dieses Problems – unabhängig von den Besonderheiten der Behandlung des Sonderwissens

⁸ Dies scheint der Sinn der Kritik von *Kindhäuser*, GA 2007, 447 zu sein.

⁹ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 2 Rn. 2. Aus dieser Perspektive hätten nur „Sonderdelikte“ eine normative Präzisierung in der Weise, dass ihre Verhaltensregeln auf „bestimmte Personen“ abzielten. Diese Präzisierung berücksichtigt jedoch nicht die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten jedes einzelnen Angehörigen dieses spezifischen Personenkreises.

¹⁰ *Cuello Contreras*, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura) 36 (2020), 567.

¹¹ *Rojas*, Revista de Derecho (Valdivia) 23 (2010), 247–252, der die Ansätze von *Bustos* und *Frisch* darlegt und den Ansatz des Letzteren aufgrund der von ihm übernommenen Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen akzeptiert.

³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 33.

⁴ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 47.

⁵ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 11 Rn. 56. Ihrer Auffassung nach gehören Wissen, Fähigkeiten und Absichten des Handelnden zu einer anderen analytischen Ebene, nämlich zum subjektiven Tatbestand. Die Schuld hingegen behält als Kategorie innerhalb der Straftatlehre einen primär normativen Charakter, dessen Darstellung und vertiefte Analyse nicht Gegenstand dieses Textes ist.

⁶ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 11 Rn. 56.

⁷ *Greco*, ZStW 117 (2005), 520 und 537.

– aus dem Widerspruch zwischen generalisierenden systematischen Vorstellungen und den Anforderungen des Schuldprinzips, das die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit für die eigene Tat voraussetzt, resultiert. Dies zwingt dazu, zur Begründung der Verantwortlichkeit auf individualisierende Kriterien zurückzugreifen und somit an einer konkreten Stelle innerhalb der dogmatischen Analyse die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters im Tatzeitpunkt zu berücksichtigen.

2. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes

Nach der ursprünglichen normativen Schuldtheorie *Welzels* gilt Folgendes: Wenn die Prüfung von Vorsatz und Fahrlässigkeit eine Frage des subjektiven Tatbestands ist, dann fallen Fälle eines Verbotsirrtums nicht unter den Tatbestandsirrtum, welcher zwar den Vorsatz ausschließt, die Schuld aber bei Vermeidbarkeit bestehen lässt. In dieser „strengen Schuldtheorie“ hat ein Verbotsirrtum lediglich den Ausschluss der Schuld zur Folge, sofern er unvermeidbar ist; ist der Irrtum dagegen vermeidbar, kommt lediglich eine Milderung der Schuld in Betracht. Ein solcher Verbotsirrtum kann sowohl die normative Frage – ob ein Verhalten tatbestandsmäßig verboten oder durch einen Rechtfertigungsgrund erlaubt ist – als auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes betreffen.¹² Im Fall, dass ein Vater seinen verspätet heimkehrenden Sohn erschießt, weil er ihn für einen Dieb hält, käme ein Schuldabschluss nur in Betracht, wenn der Irrtum unvermeidbar gewesen wäre. Wäre der Irrtum hingegen vermeidbar gewesen, weil bereits wenige Worte oder eine genauere Betrachtung ausgereicht hätten, um die Verwechslung zu vermeiden, wäre eine Bestrafung wegen vollendeten vorsätzlichen Totschlags oder eines entsprechenden qualifizierten Tötungsdelikts (wie etwa Mord an einem Verwandten) angemessen. Denn „nur die Wahl des Ausgangspunkts steht uns (in gewissem Umfange) frei; alles Übrige folgt zwangsläufig, auch denn, wenn man sich vor manchen Konsequenzen sträubt“¹³.

Allerdings hält die Mehrheit der postfinalistischen Dogmatik weiterhin – als „Angelpunkt der Verbrechenslehre“¹⁴ – die strikte Unterscheidung zwischen einem personal geprägten Unrecht, bei dem die Prüfung von Vorsatz und Fahrlässigkeit erfolgt, und einer normativ verstandenen Schuld fest, bei der die Folgen der Unkenntnis der Rechtswidrigkeit nicht anhand der psychischen Vorgänge beim Täter, sondern ausschließlich anhand der Zumutbarkeit oder deren Fehlen bestimmt werden. Die in der Literatur vertretenen Lösungsansätze zum spezifischen Problem des indirekten Verbotsirrtums folgen jedoch keineswegs zwingend aus diesem dogmatischen Ausgangspunkt.

Wie *Roxin* zutreffend feststellt, entsteht an diesem Punkt ein regelrechtes „Theorienwirrwarr“¹⁵. Unter den vertretenen Ansätzen sticht die sog. eingeschränkte Schuldtheorie hervor, die innerhalb der Behandlung des Verbotsirrtums zwischen dem direkten Verbotsirrtum (Irrtum über die Verbotsnorm selbst) und dem indirekten Verbotsirrtum (Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund) unterscheidet. Diese Theorie wendet die strenge Schuldtheorie nur auf den direkten Verbotsirrtum an, während beim indirekten Irrtum hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes der Umstand, „die Augen nicht weiter geöffnet zu haben“, aus kriminalpolitischen Gründen lediglich als Fahrlässigkeit und nicht als Vorsatz zuzurechnen sei.¹⁶ Zu derselben Schlussfolgerung, wenn auch mit anderer dogmatischer Begründung, gelangt die Schuldtheorie, die die Rechtsfolgen des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes analog zu den Regeln des Tatbestandsirrtums behandelt. Nach dieser Theorie besteht kein Grund, die Handlung nicht weiterhin als vorsätzliche Tat zu behandeln, da der Täter hinsichtlich keines Tatbestandselements irrt und diese Bewertung notwendig wäre, um die Beteiligung Dritter an der Tat adäquat erfassen zu können – was bei Einstufung der Tat als fahrlässig, wie von der eingeschränkten Schuldtheorie vorgeschlagen, nicht möglich wäre. Gleichwohl sollte sie nach den Regeln des Tatbestandsirrtums behandelt werden, wobei der geringere Unrechtsgehalt einer Handlung zu berücksichtigen sei, die keine ausdrückliche Rechtsfeindlichkeit zum Ausdruck bringt und deren Schuldgehalt, da er sich auf einen tatsächlichen Umstand bezieht, sich nicht wesentlich von einer fahrlässigen Handlung unterscheidet¹⁷.

Unabhängig von den jeweils vertretenen Begründungen und deren Plausibilität steht fest, dass diese Lösungsansätze den Irrtum tendenziell als individuelles Phänomen betrachten, welches aus der jeweiligen Perspektive des konkreten Täters und unter Berücksichtigung „seiner“ Schuld bewertet werden müsse. Daher weichen sie erheblich von den Erwartungen ab, die durch das Paradigma der „Normativierung“ der Schuld, durch die damit verbundene dreigliedrige Deliktslehre sowie durch die daraus zwingend folgenden Konsequenzen geweckt werden. Hierdurch bestätigen sie die Einwände *Welzels* gegen diese dogmatische Abweichung, die er sowohl als Folge der „falschen Alternative von Rechtsirrtum und Tatirrtum“ aus dem römischen Recht als auch als Folge der „fehlerhaften These, daß Rechtfertigungsgründe negative Tatbestandsmerkmale seien und ihr Vorliegen den Tatbestand ausschließe“ versteht¹⁸.

3. Absichtliche Unwissenheit

Heutzutage herrscht die Auffassung vor, dass für die Annahme des Vorsatzes bereits der Nachweis genügt, dass der Täter Kenntnis der Erfolgswahrscheinlichkeit hatte, oder, in den Worten des spanischen Tribunal Supremo (Oberster Gerichtshof Spaniens) im Fall La Colza:

¹² *Welzel* (Fn. 3), S. 157.

¹³ *Welzel*, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, 1944, S. 101 (116).

¹⁴ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 425.

¹⁵ *Roxin*, JuS 1973, 197 (202).

¹⁶ *Roxin/Greco* (Fn. 4), § 14 Rn. 64.

¹⁷ *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), S. 464.

¹⁸ *Welzel* (Fn. 3), S. 169.

„Mit Vorsatz handelt, wer Kenntnis von der konkreten Gefahr hat, die seine Handlung für Rechtsgüter mit sich bringt.“¹⁹

Diese Auffassung geht Hand in Hand mit der sog. „Normativierung des Vorsatzes“, einer Lehre, die in einer ihrer wichtigsten Varianten die Position vertritt, dass der Nachweis volitiver oder anderer subjektiver Sachverhalte (Absicht, Billigung oder Gleichgültigkeit) unmöglich oder zumindest unzuverlässig ist. Folglich sollten solche Anforderungen für die Zurechnung des Vorsatzes aufgegeben werden; ausreichend sei stattdessen die Zuschreibung des Wissens um das geschaffene Risiko sowie die Zurechnung der daraus folgenden Konsequenzen durch das Gericht auf Grundlage einer *ex re* (objektiven) Würdigung der Tatsachen. Demzufolge sei die Einordnung eines Verhaltens als vorsätzlich oder fahrlässig lediglich das Ergebnis einer normativen Zurechnung durch den Richter zu Strafzwecken, ohne dass hierfür der Nachweis subjektiver Merkmale beim Täter erforderlich wäre.²⁰

Aus dieser Auffassung einer rein wissensbasierten Vorsatzzurechnung ergibt sich folglich die Erwartung, dass bei Unmöglichkeit der Wissenszuschreibung – weil „Unwissenheit“ festgestellt wurde – eine Zurechnung wegen Vorsatzes ausscheidet.

Wenn jedoch Fälle absichtlicher Unwissenheit auftreten, das heißt, wenn Unwissenheit bewusst herbeigeführt wird, um einer möglichen strafrechtlichen Verantwortung zu entgehen, bejaht ein bedeutender Teil derjenigen Doktrin, die Vorsatz allein als Wissen versteht und volitive Elemente ablehnt, letztlich dennoch eine Zurechnung wegen Vorsatzes. Teilweise wird diese Zurechnung durch Gleichsetzung mit dem bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*) begründet, indem argumentiert wird: „wer absichtlich unwissend bleibt, weiß in Wirklichkeit, was er nicht wissen will“.²¹

In der Dogmatik und Rechtsprechung verschiedener Länder wird seit geraumer Zeit die Möglichkeit vertreten, eine subjektive Zurechnung wegen Vorsatzes gegenüber demjenigen vorzunehmen, der sich bewusst dafür entschieden hat, etwas nicht zu wissen, was er wissen könnte und müsste. Dieses Phänomen wird mit Begriffen wie „bewusste Unwissenheit“, „absichtliche Unwissenheit“, „bewusste Blindheit“, „willentliche Blindheit“ oder auch „Straußenprinzip“ bezeichnet. Andere vertreten hingegen die Auffassung, dass dann, wenn die Unwissenheit nicht als ein Fall des *dolus eventualis* angesehen werden kann, weil das Subjekt es „absichtlich“ vermieden hat, sich auch nur das für *dolus eventualis* erforderliche Mindestwissen anzueignen, eine eigenständige Zurechnungsregel anzuwenden sei, die jedoch dieselben strafrechtlichen Konsequenzen nach sich zieht wie der Vorsatz. Dies würde bedeuten, dass „die Einbeziehung solcher

Fälle in den Begriff des Vorsatzes verhindern würde, dass dieser weiterhin auf der Grundlage von Wissen definiert wird“²². Sogar *Jakobs* ist in einem breiteren Kontext der Ansicht, dass auf „Gleichgültigkeit“ zurückzuführende Unwissenheit die Verhängung einer wegen Vorsatzes verhängten Strafe rechtfertigen kann, im Gegensatz zur Zurechnung von Schuld gegenüber jemandem, der in Unwissenheit über sein Handeln gegen eine Norm verstößt und sich dadurch die Strafe einer *poena naturalis* zuzieht.²³

Auf diese Weise werden in die Vorsatztheorie erneut jene Elemente eingeführt, deren Entfernung so viel Mühe gekostet hat: Absicht und Gleichgültigkeit. Dies sind mentale Zustände, die als solche zur Psyche des Täters und zur notwendigen Feststellung seiner persönlichen Verantwortlichkeit gehören, insofern er ein Individuum und eine „Person aus Fleisch und Blut“ ist, die in konkreten Lebensumständen handelt. Diese Zustände haben jedoch eigentlich nichts mit der Zurechnung des Vorsatzes zu tun, da dieser allein auf dem Wissen basiert, das dem Täter in seiner Rolle als „Person im Recht“ zugeschrieben oder von ihm erwartet wird.²⁴

²² *Ragués*, *Discusiones* (Argentina) 13 (2013), 18.

²³ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 8/5.

²⁴ Im Übrigen wäre die Anerkennung der „absichtlichen Unwissenheit“ als eine dem Vorsatz vergleichbare Kategorie ebenfalls anomal, da Vorsatz traditionell als „Wissen und Wollen“ (z.B. *Roxin* [Fn. 4], S. 437) oder zumindest als Wissen und Inkaufnahme verstanden wird und ohne Wissen weder ein entsprechendes Wollen noch eine entsprechende Inkaufnahme denkbar ist. Daher vermeiden manche Autoren, die diese Position vertreten, diese Anomalie, indem sie folgern, dass „absichtliche Unwissenheit im engeren Sinne nur als Fahrlässigkeit angesehen werden kann“ (*Greco*, *Discusiones* [Argentina] 13 [2013], 76). Hier geht es jedoch nicht darum, die vielfältigen möglichen Antworten auf dieses Problem zu erläutern, sondern vielmehr darum, die anomalische Natur der Gleichstellung von absichtlicher Unwissenheit mit Vorsatz hervorzuheben, insbesondere wenn Vorsatz kognitive Voraussetzungen verlangt, die bei absichtlicher Unwissenheit definitionsgemäß fehlen. Wie *Ragués*, *Discusiones* (Argentina) 13 (2013), 143, betont, beinhaltet „absichtliche Unwissenheit ebenfalls ein subjektives Element – nämlich den absichtlichen Charakter der Unwissenheit –, dessen Nachweis nicht weniger komplex sein dürfte als der Nachweis des tatsächlichen Wissens selbst“.

Für normativ ausgerichtete Vorsatztheorien, die Vorsatz primär als normative Zurechnungsregel betrachten, d.h. als Bewertung der Tatumstände zur Festlegung strafrechtlicher Konsequenzen für den Täter, wäre es jedoch nicht ungewöhnlich, Fälle der absichtlichen Unwissenheit aus diesen Gründen als vorsätzlich zu bewerten. So vertritt beispielsweise *Pérez Barberá*, *Pensar en Derecho* 1 (2012), 171, die Auffassung, dass „absichtliche Unwissenheit weder ein Wissen noch ein Wollen beinhaltet“, dies jedoch „nicht bedeutet, dass Wissen und Wollen – sowie deren jeweiliges Fehlen – in diesem Kontext keine Rolle spielten“, da „solche mentalen Zustände durchaus als Tatsachelemente relevant sein können, welche zusammen mit anderen Umständen zu einer

¹⁹ Spanisches Oberstes Gericht (Tribunal Supremo), Urt. v. 23.4.1992 – 3654-1992 (Berichterstatter: Richter Enrique Bacigalupo).

²⁰ *Ragués*, *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile) 4 (2004), 19.

²¹ *Jaén*, *Cuadernos de Política Criminal* 2021, 307.

4. Graduierung der Schuld

Eine letzte Anomalie der aktuellen Strafrechtsdogmatik, die wir hier skizzieren, betrifft die tief verwurzelte Vorstellung, Schuld im engeren Sinne sei eine ausschließlich normative Kategorie, losgelöst von den psychologischen Bezugspunkten ihrer klassischen Formulierung, die Vorsatz als Absicht und Fahrlässigkeit (Schuld) als mangelnde Ausschöpfung persönlicher Fähigkeiten, das Vermeidbare vorausszusehen und zu vermeiden, einschloss. Nach dieser Konzeptualisierung wäre der Rückgriff auf psychologische Kriterien zur Feststellung des Vorliegens von Schuld oder ihres Ausmaßes, wenn nicht widersprüchlich, so doch zumindest irrelevant.

Allerdings ist es notwendig, auf psychologische Kriterien zurückzugreifen, das heißt, die Individualisierung und gleichzeitig die Unmöglichkeit, die Schuldaußschließungsgründe der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ausschließlich auf Grundlage eines verallgemeinernden Kriteriums operationalisieren zu können, wird nun sogar von *Jakobs* akzeptiert.²⁵ Dieser stellt fest, dass eine graduierte Schuldzurechnung gegenüber dem Täter nur durch eine psychologisch fundierte Schuld möglich ist. Dadurch wird das funktionalistische Dogma eingeschränkt, wonach die „Person im Recht“ – und damit ihre Schuld – ausschließlich durch ein strikt normatives Kriterium der Vermeidbarkeit bestimmt werde, konkret: durch die zurechenbare Nichtvermeidung der Normverletzung. *Jakobs* geht tatsächlich auf die Frage ein, ob in einer funktionalistischen Schuldtheorie die Schuld graduierbar wäre, wie etwa im Bereich der „politischen Kriminalität“ durch eine Herabstufung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Täters auf die eines Gehilfen oder eine andere Strafmilderung für diejenigen, die die Taten tatsächlich im Rahmen eines Befehls eines totalitären Staates, in dem sie „indoktriniert“ wurden, ausführen – wie im Fall Staschinski oder in den Prozessen gegen Nazi-Verbrecher oder die Mauerschützen-Prozesse –, oder im Bereich der „nicht-politischen Kriminalität“ mit der Anerkennung von Strafmilderungsgründen bei bestimmten Tötungsdelikten, die durch islamische Bräuche motiviert oder „gerechtfertigt“ werden – Gemeinschaftsbefehle, Blutrache, „Rechte“ gegenüber Frauen. Das Problem – so *Jakobs* – würde auf eine einzige Frage reduziert: Soll die Feststellung der Schuld oder eines „Milderungsgrundes“ psychologisch erfolgen, indem man versucht, den Angeklagten zu verstehen, oder normativ, indem man die Übereinstimmung des Verhaltens mit der Norm feststellt? In den abstrakten Extremen wäre die Antwort immer falsch: Entweder verfällt man in einen reinen Psychologismus (losgelöst von der normativen Konfiguration der Gemeinschaft), wo tout comprendre zwangsläufig zu tout pardonner führen und dann die Schuld als solche ihre Bedeutung verlieren würde. Oder man verfällt in einen reinen Normativismus (losgelöst

Bewertung des Handelns als vorsätzlich oder fahrlässig führen können“.

²⁵ Zum Folgenden *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 834–840. Zu weiteren Abweichungen von der empirischen Realität sowie zur ausnahmsweisen Akzeptanz individualisierender Kriterien innerhalb der funktionalistischen Theorie von *Jakobs* siehe *Silva-Sánchez*, InDret 4 (2006), 377.

vom Wohl der „aus Fleisch und Blut“ stammenden Mitglieder der Gesellschaft), bei dem es keine Möglichkeit der Abstufung gäbe: Bei einem Diebstahl aus Hunger und bei einem Totschlag im Wutanfall wäre die „gleiche“ Schuld festgestellt, weil die Tat sowohl vom Dieb als auch vom Mörder hätte vermieden werden müssen, da die Norm als solche nichts anderes kennt als ihre Vermeidbarkeit oder Nichtvermeidung. Daher weist der Bonner Emeritus darauf hin, dass eine Lösung nur irgendwo dazwischen liegen kann, die einen Weg jenseits der abstrakten Ausgangspunkte bietet: die Struktur der Gemeinschaft in ihrer konkreten Realität, ihr durch das Recht gestaltetes Wohl. Was diese Gemeinschaft psychologisch „duldet“, kann stattfinden, und was diese Gesellschaft normativ fordert, muss durchgesetzt werden.

Einmal mehr steht die Einführung psychologischer Elemente in die Entwicklung einer Theorie, deren Grundlagen ausdrücklich jede Betrachtung des Menschen als psychophysische Einheit ablehnen und deren physisches Wohlergehen für das Recht nicht relevant wäre, im offenen Widerspruch zu der Theorie, in die sie eingeführt werden. Dem steht die Autorität einer Person in nichts nach, die sich damit den Konsequenzen ihrer eigenen Theorieentwicklung verweigert. Denn dies bedeutet lediglich Folgendes: Eine der grundlegenden theoretischen Annahmen, die dem Aufbau des betreffenden dogmatischen Systems zugrunde liegen (die strafrechtliche Ahndung beruht ausschließlich auf der Nichtvermeidung der Normverletzung durch die „Person im Recht“), ist für die Graduierung der Schuld nicht haltbar und sollte aufgegeben und in die Beweisführung und Bewertung psychologischer Aspekte zurückgeführt werden, die nur auf Menschen „aus Fleisch und Blut“ und nicht auf die „Person im Recht“ angewendet werden können.

III. Die für die Überwindung der beschriebenen Anomalien relevanten aristotelischen Kategorien und Unterscheidungen

In allen vier dargestellten Fällen überwinden die herrschenden Dogmatiken die dargestellten Anomalien, indem sie im Zuge der Analyse der dargestellten Probleme anerkennen, dass im Falle natürlicher Personen nur ein konkreter Mensch aus „Fleisch und Blut“ mit seinen Fähigkeiten, Kenntnissen, Entscheidungen sowie inneren und äußeren Begrenzungen strafrechtlich verantwortlich sein kann.²⁶ Dies ist eine gute Nachricht für diejenigen unter uns, die verstehen, dass Strafrecht das Recht der persönlichen Verantwortlichkeit (Schuld) ist – verstanden als die subjektive Verbundenheit des Täters mit der Tat als Voraussetzung seiner Verantwortlichkeit –, die durch westliche demokratische Verfassungen und internationale Menschenrechtsverträge garantiert wird. Trotz ihrer unterschiedlichen Ausgangspunkte entfernen sich die derzeit herrschenden funktionalistischen Strafrechtslehren in den

²⁶ Folglich sind alle hier dargelegten Gesichtspunkte nicht auf die Kriterien zur Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen anwendbar, da diese nicht aus „Fleisch und Blut“ bestehen, über keine Psyche verfügen und daher nicht in der Lage sind, aus individuellen Motiven, Leidenschaften oder Ängsten heraus zu handeln.

schwierigen Fällen von möglichen Abweichungen hin zu *versari in re illicita* und objektiver Haftung, zu denen rein objektive, systematische und generalisierende Kriterien führen könnten, und bevorzugen für das vorliegende spezifische Problem eine Lösung, die auf individualisierenden Kriterien beruht.²⁷

Die beste Erklärung dafür, warum die beschriebenen Anomalien auf diese Weise gelöst werden, findet sich unserer Meinung nach in den verschiedenen Unterscheidungen, die *Aristoteles* hinsichtlich der Untersuchung der individuellen Verantwortung als Voraussetzung für die Verteilung von Belohnungen und Bestrafungen trifft, und zwar in der Art und Weise, wie sie hier dargestellt wird.

Diese Unterscheidungen, von denen der Stagirit sagt: „Aber auch für die Gesetzgeber ist dieses von Nutzen behufs der Feststellung von Belohnungen und Strafen“²⁸, sind folgende:

1. die Unterscheidung zwischen Unfreiwilligem und Freiwilligem, Gemischtem, Nicht-Freiwilligem und Nicht-Unfreiwilligem als Grenzen und Voraussetzungen individueller Verantwortung;
2. die Unterscheidung zwischen dem gewollten Handeln und dem – zwar freiwilligen, jedoch nicht gewollten – Handeln;
3. die Unterscheidung zwischen der Verantwortung für die Handlung und ihrer Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit;
4. die Unterscheidung zwischen der objektiven Ungerechtigkeit einer Handlung und der persönlichen Ungerechtigkeit des Täters.

Die erste Unterscheidung legt eine der grundlegenden Voraussetzungen und Grenzen persönlicher Verantwortung fest: Man ist für das Freiwillige verantwortlich, nicht für das Unfreiwillige. Freiwillig ist „wessen Prinzip in dem Handelnden ist und zwar so, dass er auch die einzelnen Umstände der

Handlung kennt“, d.h. „eine Handlung, die zu verrichten bei ihrem Urheber steht, und die man mit Wissen verrichtet, ohne bezüglich der Person, der sie gilt, und des Werkzeuges und des Beweggrundes, z.B. darüber, wen man schlägt, und womit und weshalb man ihn schlägt, in einem Irrtum befangen zu sein; auch muss man alles dieses an sich und nicht bloß mitfolgend wissen und muss frei von Zwange sein. Wenn z.B. einer meine Hand nimmt und damit einen Dritten schlägt, so tue ich das nicht freiwillig, weil es nicht bei mir stand“²⁹. Folglich „unfreiwillig scheint zu sein, was aus Zwang oder Unwissenheit geschieht. Erzwungen oder gewaltsam ist dasjenige, dessen Prinzip außen liegt, und wo der Handelnde oder der Gewalt Leidende nichts dazu tut“³⁰.

Aus dieser Perspektive sind Unwissenheit und Irrtum ein und dasselbe: eine geistige Tatsache, die darin besteht, die materielle oder institutionelle Realität, in der das Verhalten stattfindet, nicht zu kennen oder eine falsche Vorstellung davon zu haben, und die von den individuellen oder besonderen Fähigkeiten und Kenntnissen jeder Person als „Macht“ abhängt, etwas zu tun oder nicht zu tun (zu wissen oder nicht zu wissen), d.h. der Urheber dessen zu sein oder daran teilzunehmen, was getan oder nicht getan wird.³¹ Folglich sollte auch die Auswirkung eindeutig sein: Haftungsausschluss, sofern dieser Irrtum nicht beim Handelnden seinen Ursprung hat oder von ihm abhängt.

Daraus folgt, dass Freiwilligkeit (*hekousion*), streng verstanden als Durchführung eines Verhaltens frei von Zwang oder Irrtum, eine Voraussetzung für die Ahndung der fraglichen Handlung oder Unterlassung ist. In unseren demokratischen Systemen kann diese Freiwilligkeit zwangsläufig mit rechtlicher Handlungsfreiheit gleichgesetzt werden.³² Sie ist sogar eine der allgemeinen Voraussetzungen persönlicher Verantwortung und macht das *Synallagma* von Freiheit und Verantwortung im Rechtssystem wirksam, da ihre Überprüfung es ermöglicht, den Handelnden für sein rechtlich freies Verhalten verantwortlich zu machen, bzw. ihn bei dessen Fehlen davon zu befreien. In diesem Sinne sind Schuld, Freiwilligkeit und rechtliche Freiheit für das Strafrecht Be-

²⁷ Unter individualisierendem Kriterium wird hier sowohl die Berücksichtigung der subjektiven Verbindung zwischen der Tat und der verantwortlichen Person verstanden als auch deren Sonderwissen, ihre kognitiven Fähigkeiten, ihre Intention (Vorsatz) sowie ihre Fähigkeit, auf äußere oder innere Reize zu reagieren, welche jeweils durch übliche forensische Schlussfolgerungen festgestellt werden. Diese Verbindung von Wissen und Vorsatz wird hier als „mentaler Zustand“ bezeichnet. Demgegenüber besagt ein objektives, systematisches und generalisierendes Kriterium, dass für die Feststellung der Verantwortlichkeit des Handelnden die Anwendung einer „normativen“ Regel oder einer „Bewertung“ der Tat – die ebenfalls mittels der üblichen forensischen Schlussfolgerungen festgestellt wird – genügt, jedoch allein in ihrem objektiven Aspekt (unter Ausschluss der Berücksichtigung des „Wissens“ oder der „Intentionen“ des Handelnden). Dies erfolgt als Ergebnis eines systematischen Ansatzes (im Falle des Verbotsirrtums) und allgemeiner Anwendbarkeit (ohne Berücksichtigung der persönlichen Bedingungen des Handelnden bei der Strafzumessung).

²⁸ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1110a, 6–7.

²⁹ *Aristoteles* (Fn. 2), III 3 1111a, 41–43; V 10 1135b, 8–17. Zu beachten ist, dass mit dem Ausdruck „wozu“ hier nicht eine Zweckbestimmung gemeint ist, sondern vielmehr ein allgemeines Wissen um die durch die Handlung erzeugte Kausalität. Denn der Stagirit unterscheidet, wie gleich zu sehen sein wird, klar zwischen freiwilligen und absichtlichen Handlungen, wobei Letztere das Ergebnis von Wahl und Überlegung sind.

³⁰ *Aristoteles* (Fn. 2), III 3 1110a, 8–11.

³¹ *García Ninet*, *A Parte Rei*: Revista de Filosofía 60 (2008), 1, hebt die Idee der „Macht“ als persönliche Fähigkeit hervor, aufgrund derer eine Handlung als freiwillig bzw. „nicht unfreiwillig“ qualifiziert werden kann; vgl. dazu *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1110a, 16–23; III 2 1111a, 20–26; III 5 1113b, 7–8.

³² Nach der Theorie der Handlungsfähigkeit wird diese rechtliche Freiheit definiert als das „subjektive Gefühl, für die eigenen Handlungen und deren Folgen kausal verantwortlich zu sein“ (*Bigenwald/Chambon*, *Frontiers in Psychology* 10 [2019], 3).

griffe, die sich nicht von dem der Verantwortung (oder, genauer gesagt, von den rechtlich festgelegten persönlichen und sozialen Bedingungen, die es ermöglichen, dem Handelnden die rechtlichen Folgen einer Handlung zuzurechnen) trennen lassen. Die Existenz von Rechtsfreiheit als Grundlage für Schuld zu bejahen, bedeutet also weder, die Existenz des freien Willens als moralisches oder metaphysisches Konzept anzuerkennen³³ noch die kausale Determination der menschlichen Existenz zu leugnen³⁴, sondern lediglich, die Bedingungen für die rechtliche Umsetzung persönlicher Verantwortung zu schaffen. Es handelt sich um dieselbe Idee von Rechtsfreiheit, die die Wahl von Autoritäten und die Ausübung ihrer Autorität legitimiert, ebenso wie die sogenannten Freiheitsrechte, die von westlichen demokratischen Verfassungen garantiert werden, wie beispielsweise Gewissensfreiheit, persönliche Freiheit, Bildungsfreiheit, Meinungs- und Informationsfreiheit, Arbeitsfreiheit, Freiheit zur Aneignung von Besitztümern, Freiheit zur Schaffung und Verbreitung von Künsten usw. In ihren Konsequenzen betrachtet ist dies die Art von Freiheit, die die gerichtliche Durchsetzung von Verträgen, die Zuschreibung von Urheberschaft und Erfindung von geistigen Werken und gewerblichem Eigentum³⁵ und natürlich die Verhängung von Strafen für Verhalten legitimiert, das bei der Ausübung oder dem Missbrauch solcher Freiheiten eine Beeinträchtigung anderer verfassungsmäßig anerkannter Interessen mit sich bringt.

Wenn also das Freiwillige eine der Voraussetzungen der Verantwortung ist, wird das Unfreiwillige entschuldbar sein; und wenn das Freiwillige Handlungsfreiheit voraussetzt, ist dies beim Unfreiwilligen nicht der Fall, da es durch Gewalt geschieht, „wenn ihn der Wind oder Menschen, in deren Gewalt er ist, irgendwohin führen“³⁶, oder aus Unwissenheit.

³³ So etwa bei *Aquinas*, *Summa theologiae*, in: Deutsche Thomas-Ausgabe, Bd. 9, 2022, I^a-II^ae, q. 1, a. 1 co., für den Freiheit ein Vermögen des Willens und der Vernunft ist, dessen eigener Gegenstand das Ziel – Gott in einem theologischen Sinn – und das Gute ist.

³⁴ In der Tat lässt sich argumentieren, dass aus soziologischer oder kausaler Sicht allein die Existenz einer Rechtsordnung – insofern diese als Instrument zur Steuerung menschlicher Verhaltensweisen eingesetzt wird – zeigt, dass Personen externen Reizen unterworfen sind, von denen erwartet wird, dass sie diese motivieren oder zumindest bei der großen Mehrheit von ihnen eine Reaktion auslösen, wie *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 180, behauptet.

³⁵ Bemerkenswert ist, dass in diesen Fällen das Synallagma zwischen Freiheit und Verantwortung als Konsequenz der Ausübung der Freiheit keine Sanktion, sondern eine „Anerkennung“ impliziert, genauer gesagt, die Anerkennung der „Urheberschaft“ eines geistigen Werks oder der Stellung als „Erfinder“ eines Gegenstands des gewerblichen Eigentums (Art. 6^{bis} der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, 1886, und Art. 4^{ter} der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, 1883).

³⁶ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 11110a, 11–13.

Allerdings kann in der aristotelischen Lehre nicht alles, was durch Gewalt oder Unwissenheit geschieht, als unfreiwillig und folglich frei von Verantwortung angesehen werden.

In Bezug auf Ersteres müsste man zwischen physischer Gewalt, wie in den Beispielen von unkontrollierbarem Wind und Entführung, und anderen externen Reizen wie Zwang und Notwendigkeit unterscheiden. *Aristoteles* weist darauf hin, dass die Handlung angesichts solcher Reize freiwillig sein kann, da es dem Handelnden überlassen ist, das zu tun oder zu unterlassen, was von ihm verlangt wird oder was die Notwendigkeit erfordert, um das ihm drohende Übel zu vermeiden. Sie kann aber auch absolut unfreiwillig sein, „wenn man nämlich tut, was man nicht sollte, aus Furcht vor Dingen, die über das Vermögen der menschlichen Natur hinausgehen und von niemandem ertragen werden könnten“³⁷, und deshalb spricht er von gemischten Handlungen. Der Stagirit nennt als Beispiele solcher Gründe die Begehung eines Verbrechens unter der Drohung, ein gefangen gehaltener Angehöriger werde getötet, falls man der Forderung nicht nachkomme,³⁸ wie das Über-Bord-Werfen der Schiffsladung bei Sturm, um sich und die anderen zu retten; Gründe wie die Furcht vor einem Fluch und andere „lächerliche“ Motive erkennt er hingegen nicht als entschuldigend oder milderungsfähig an.³⁹ Das heißt, da das Verhalten freiwillig ist, liegt die Entschuldigung in der Natur der Ursache, das heißt im gesellschaftlich akzeptablen oder nicht gesellschaftlich akzeptablen Charakter – in den Worten des Stagirits: „schön“ oder „schimpflich“ – des besonderen Motivs, das es antreibt.⁴⁰ Folglich kann die durch Vergnügen, Leidenschaft, Appetit oder Verlangen motivierte Handlung nicht schon aus diesem Umstand als entschuldigt gelten, da es „lächerlich [ist], die äußeren Güter anzuklagen und nicht sich selbst, der man so leicht von Derartigem gefangen wird, lächerlich, das Gute sich selbst zuzuschreiben, das Schimpfliche aber auf Rechnung des äußern Reizes zu setzen“, während es „ungereimt [ist], Handlungen, die im Affekt geschehen, für unfreiwillig auszugeben“⁴¹.

Das Interessanteste an dieser Unterscheidung ist, dass – im Gegensatz zur Ausübung physischer Gewalt als einer durch herkömmliche forensische Schlussfolgerungen überprüfbaren Tatsache – die Bestimmung dessen, was als „über das Vermögen der menschlichen Natur hinausgehend“ gilt, nicht nur vom Nachweis der Freiwilligkeit der Tat und der Existenz der

³⁷ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1110b, 16–19.

³⁸ Dies ist die Handlung des Films „Nick of Time“ (1995) von *J. Badham*.

³⁹ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1110a, 14–21; III 1 1110b, 9–24.

⁴⁰ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1110a, 23 – 1110b, 1; III 1 1110b, 12–15: „das Schimpfliche ertragen, wo keinerlei Gut oder nur ein kleines auf die Spiele steht, verrät den schlechten Mann“. Allerdings muss hier zwischen der Beurteilung der Person und der Beurteilung der Tat unterschieden werden. Aus rechtlicher Sicht ist entscheidend, dass ein „nicht-schlechtes“, also für die Gemeinschaft rechtlich akzeptables Motiv nicht entschuldigt.

⁴¹ *Aristoteles* (Fn. 2), III 1 1111a, 1–10; III 3 1111b, 5–10.

dahinterstehenden Motive abhängt, sondern auch von der gesellschaftlichen Bewertung des Motivs, das das Verhalten antreibt, d.h. davon, ob es als „schön“ oder „schimpflich“ angesehen wird. Obwohl diese Motive keine Abstraktionen, sondern überprüfbare Realitäten sind, die die Psyche der Menschen beeinflussen oder ihren Leidenschaften oder Emotionen entspringen, muss daher, um die Entschuldigung oder Milderung zu akzeptieren, zwischen denjenigen unterschieden werden, die die Tat gesellschaftlich tolerierbar machen oder nicht. Nach *Aristoteles* würden nur edle Motive eine Entschuldigung oder Milderung begründen, wie etwa das Interesse, Angehörige vor dem Tod durch jemanden zu bewahren, der sie bedroht (was wir heute als unwiderstehlichen Zwang [im angelsächsischen Recht: „duress“] bezeichnen würden) oder die Rettung eines Schiffes und seiner Passagiere, um dessen Untergang zu verhindern (Notstand oder Notwendigkeit). Andererseits stellen schimpfliche Motivationen wie Leidenschaften, Gelüste, Wünsche und andere psychologische, nicht weniger menschliche Handlungsmotive in keinem Fall eine Entschuldigung dar, d.h. einen ausreichenden Grund – aus sozialer Sicht –, dem Handelnden zu vergeben.⁴²

In Bezug auf den Mangel an Freiwilligkeit aufgrund von Unwissenheit beim Handeln weist *Aristoteles* darauf hin, dass man zunächst zwischen Handeln „aus“ Unwissenheit selbst und Handeln „mit“ ihr unterscheiden muss. „Aus Unwissenheit“ handelt man, wenn der Irrtum nicht in einem selbst liegt oder von einem selbst abhängt, sondern auf die besonderen Umstände zurückzuführen ist, unter denen sich das Verhalten entwickelt und auf die es sich bezieht (z.B., wenn man aufgrund einer Täuschung durch Dritte oder aufgrund eines körperlichen Defekts handelt, der die Wahrnehmung der Realität verändert). Nur wenn jemand „aus Unwissenheit“ handelt, ist die Handlung unfreiwillig; der Handelnde erfährt „Mitleid und Verzeihung“.⁴³ Wenn der Handelnde glaubt, „man kann auch seinen Sohn für einen Feind halten [...] oder meinen, eine Lanze, die in Wirklichkeit spitz ist, sei vorn abgerundet, oder ein Stein sei ein Bimsstein. Es kann auch vorkommen, dass man zu seiner Verteidigung einen Schlag führt und damit den Gegner tötet, oder dass man einem einen Hieb, wie ihn die Faustkämpfer führen, weisen will und ihn dabei niederstreckt“, dann ist die Handlung aus Unwissenheit geschehen, sofern der Irrtum nicht vom Handelnden ausgeht oder von ihm abhängt. Dies macht das Verhalten unfreiwillig und den Handelnden daher unverantwortlich.⁴⁴ Darüber hinaus

ignoriert der Stagirit nicht die Möglichkeit, einen Irrtum hinsichtlich der institutionellen Tatsache der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verhaltens zu machen (und daher aufgrund dieses Irrtums unfreiwillig zu handeln), sondern warnt lediglich davor, dass es in solchen Fällen im Allgemeinen nicht vernünftig erscheint, das Verhalten derjenigen als unfreiwillig zu betrachten, die „eine Bestimmung der Gesetze nicht kennen, die sie kennen sollten und unschwer kennen könnten“⁴⁵, wie etwa die grundlegenden sozialen Regeln, die durch die Schulbildung, die Massenmedien und die Sozialisierung des Subjekts vermittelt werden (*ignorantia crassa et supina*).

Wenn man hingegen „aus Unwissenheit“ handelt, ist die Tat nicht unfreiwillig, wenn die Ursache der Unwissenheit bei einem selbst liegt: Der Begriff „unfreiwillig“ wird tendenziell nicht verwendet, wenn jemand nicht weiß, was bequem ist, „[f]reigewollte Unwissenheit [...] keine Ursache des Unfreiwilligen [ist]“: „Selbst die Unwissenheit bestraft das Gesetz, wenn sich herausstellt, daß man an ihr selber schuld ist“⁴⁶. Folglich wird es auch Verantwortung für „nicht unfreiwillige“ Taten geben, die „aus Unwissenheit“ verantwortungsvoll, vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden.

Darüber hinaus weist der Stagirit auf die Existenz einer weiteren Gruppe von Verhaltensweisen hin, die zwar nicht unfreiwillig sind, aber auch nicht als freiwillig, sondern als „nicht-freiwillig“ eingestuft werden müssen, weshalb sie ebenfalls zu persönlicher Verantwortung führen können: Es handelt sich dabei um Fälle von Personen, die aus Unwissenheit handeln, jedoch ohne „Mißfallen“, „Schmerz“ oder „Reue“ für das, was sie getan haben. Daher wäre angesichts

ren ist. Ziel seiner Ausführungen an dieser Stelle ist jedoch nicht, die Zurechnungsregel für Fahrlässigkeit in Form eines vermeidbaren Irrtums zu begründen, sondern vielmehr den wesentlichen Punkt des unvermeidbaren Irrtums hervorzuheben, bei dem der Handelnde, da er für den Irrtum nicht verantwortlich ist, auch nicht für die „aus Unwissenheit“ begangene Handlung verantwortlich ist. Ist der Irrtum hingegen vermeidbar, handelt er „mit Unwissenheit“; er ist für diese und für sein Verhalten verantwortlich, und in unserem Rechtssystem gilt er als fahrlässig, es sei denn, die Unwissenheit ist absichtlich, in welchem Fall sie tendenziell dem vorsätzlichen Handeln gleichgesetzt wird.

⁴⁵ *Aristoteles* (Fn. 2), III 7 1113b, 39 – 1114a, 1.

⁴⁶ *Aristoteles* (Fn. 2), III 2 1110b, 39; III 2 1111a, 1. Der Verweis auf III 2 1111a, 20–26 ist hier entbehrlich: *Aristoteles* stellt dort fest, dass „freigewollte Unwissenheit keine Ursache des Unfreiwilligen, sondern der Schlechtigkeit“ ist. „Schlechtigkeit“ bezeichnet im aristotelischen Sinn den Charakterhabitus – also Laster und Ungerechtigkeit als Gewohnheit –, nicht die Bewertung einer einzelnen Handlung oder deren konkrete Motivlage. Für den vorliegenden Zusammenhang ist es daher präziser, von einer Entscheidung zugunsten des Ungerechten im Einzelfall zu sprechen, das heißt zugunsten dessen, was bloß eigennützig ist und weder dem Gemeinwohl dient noch dessen Billigung findet.

⁴² Hier zeigt sich also schon bei *Aristoteles* der normative Aspekt der Gründe für die Unzumutbarkeit eines anderen Verhaltens innerhalb der Schuld als Element des Verbrechens: Ihre Zulässigkeit wird dadurch begrenzt, was die Gesellschaft zu jedem historischen Zeitpunkt als tolerabel (in den Begriffen des Stagiriten: edel) erachtet.

⁴³ *Aristoteles* (Fn. 2), III 2 1111a, 13; III 2 1111b, 5.

⁴⁴ *Aristoteles* (Fn. 2), III 2 1111a, 19–26. Der Stagirit nimmt somit die herrschende Lösung bezüglich des vermeidbaren Tatbestandsirrtums (verantwortlich, aber nicht absichtlich gewählt im aristotelischen Sinne) vorweg, denn die meisten der vorgeschlagenen Beispiele deuten auf Fahrlässigkeit hin, die auf den vermeidbaren Charakter des Irrtums zurückzuführen

dieser Gleichgültigkeit in ihren Handlungen Mitgefühl oder Nachsicht nicht angezeigt.⁴⁷

Erst nachdem der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Unfreiwilligen und dem Freiwilligen, also „nicht-unfreiwillig“ oder „nicht-freiwillig“, dargelegt und geklärt und damit die Verantwortung des Handelnden für die Handlung bestätigt wurde, befasst sich *Aristoteles* mit dem Problem der Willenswahl, so weist er darauf hin, dass „[d]ie Willenswahl etwas Freiwilliges [ist], fällt aber nicht mit dem Freiwilligen zusammen, sondern letzteres hat einen weiteren Umfang“, denn „[d]as Freiwillige tun wir teils vorsätzlich, teils unvorsätzlich: vorsätzlich, was wir vorher überlegt haben; unvorsätzlich, was wir nicht vorher überlegt haben“.⁴⁸

Zusammenfassend ist es auf der Grundlage dieser Unterscheidungen möglich, eine umfassendere Sicht auf das Verhalten zu bieten, für das jede Person verantwortlich sein kann: erstens freiwillige und vorsätzliche Handlungen, die das Ergebnis von Überlegung und Entscheidung sind; zweitens freiwillige Handlungen, die nicht vorsätzlich, sondern plötzlich oder spontan erfolgen; drittens „nicht-unfreiwillige“ Handlungen, die in vorsätzlicher Unwissenheit begangen werden; viertens „nicht-unfreiwillige“ Handlungen, die in fahrlässiger Unwissenheit begangen werden, und fünftens „nicht-freiwillige“ Handlungen, die aus Unwissenheit begangen werden, aber weder „Mißfallen“, „Schmerz“ noch „Reue“ hervorruufen.⁴⁹

Der Stagirit bietet uns jedoch keine Kriterien für eine mögliche differenzierte rechtliche Bewertung dieser fünf Verhaltensweisen, obwohl er zugibt, dass dies möglich ist, wenn er darauf hinweist, dass der Gesetzgeber in Fällen vorsätzlicher Unwissenheit, wie etwa bei vorsätzlicher Trunkenheit, sogar die doppelte Strafe verhängt,⁵⁰ und besteht darauf, dass für die Einstufung eines Verhaltens als tugendhaft oder nicht tugendhaft dessen Freiwilligkeit und Absicht von Bedeutung ist, „[d]enn wo das Tun in unserer Gewalt ist, da ist es auch das Unterlassen, und wo das Nein, da auch das Ja. Wenn demnach die tugendhafte Handlung bei uns steht, so steht auch deren tugendwidrige Unterlassung bei uns, und wenn die tugendhafte Unterlassung bei uns steht, so steht auch die tugendwidrige Begehung bei uns. Steht es aber bei

uns, das Gute und das Böse zu tun und zu unterlassen – und das machte nach unserer früheren Darlegung die Tugendhaftigkeit und Schlechtigkeit der Person aus –, so steht es folgerichtig bei uns, sittlich und unsittlich zu sein.“⁵¹

Schließlich erinnert uns *Aristoteles* daran, dass es einen Unterschied zwischen der Einstufung einer Handlung als tugendhaft oder lasterhaft und der Beurteilung des Charakters einer Person gibt, da „die Handlungen in höherem Grade freiwillig sind als der Habitus, indem wir über die Handlungen, die Kenntnis der Umstände vorausgesetzt, von Anfang bis Ende Herr sind; bei einem Habitus aber sind wir es nur über den Anfang“.⁵² Aus seiner Sicht bezieht sich das ethische Urteil auf Tugend als Sitte oder Gewohnheit und damit auf den Charakter einer Person. In diesem Urteil haben bestimmte Verhaltensweisen möglicherweise keine größere Bedeutung, sobald dieser Charakter geformt ist, sodass der böse Mensch isoliert eine tugendhafte Tat begehen und der kluge Mensch eine Ungerechtigkeit vollbringen kann, ohne dass dies das ethische Urteil über die Person ändert, da Tugend und Laster Sitten oder Gewohnheiten sind: „denn wie eine Schwalbe und ein Tag noch keinen Sommer macht, so macht auch ein Tag oder eine kurze Zeit noch niemanden glücklich und selig“.⁵³

Wenn es also bei der Bestimmung der rechtlichen Verantwortung für eine Tat nicht darauf ankommt, Menschen nach ihrem tugendhaften oder bösen Charakter zu klassifizieren, sondern vielmehr nach ihrem subjektiven Bezug zum Verhalten, das sie an den Tag legen, können wir auf die moralische Beurteilung ihres Charakters völlig verzichten.

IV. Nützlichkeit der aristotelischen Kategorien zur Überwindung der oben beschriebenen Anomalien

Aristoteles konnte sich unmöglich mit der Straftatlehre befassen, einem Konzept, das zum Zeitpunkt der Niederschrift seiner Lehren noch nicht existierte. Doch abgesehen von der Bewertung des Charakters der Handelnden scheinen die Kategorien und Unterscheidungen, die er vorschlägt, um die Handlungen, für die wir verantwortlich sind, von denen, für die wir nicht verantwortlich sind, zu unterscheiden, bevor wir ein moralisches Urteil über diese Handlungen fällen, vollkommen mit der Idee des Schuldprinzips vereinbar zu sein. Dieses wird dabei verstanden als persönliche Verantwortung für das eigene Verhalten, unter Ausschluss von versari in re illicita und verschuldensunabhängige Haftung. Vor allem ermöglichen sie die vollständige Operationalisierung des Freiheits-Verantwortungs-Synallagmas, das den westlichen demokratischen Verfassungen und Rechtssystemen zugrunde liegt.

Aus diesem Grund sind sie für die Organisation von Ideen anwendbar, die eine kohärente Darstellung der Antworten ermöglichen, die die aktuelle Dogmatik vorgelegt hat, um die Anomalien zu überwinden, die durch die Behandlung von Sonderwissen, den Irrtum hinsichtlich der tatsächlichen Vo-

⁴⁷ *Aristoteles* (Fn. 2), III 2 1111a, 20–29. Im Text wird diese Gruppe von Handlungen als „nicht freiwillig“ bezeichnet, ohne jedoch den Grad des Unfreiwilligen zu erreichen.

⁴⁸ *Aristoteles* (Fn. 2), III 4 1111b, 35–48; V 10, 1135b, 38–40.

⁴⁹ Da *Aristoteles* Kategorien darauf abzielen, die Verantwortung für das tatsächlich Getane zu bestimmen, muss sich ihre Anwendung auf Unterlassungen auf die Verantwortung für das tatsächlich Getane und nicht auf das Gebotene beziehen, denn das Gebotene hängt im konkreten Fall nicht vom Handelnden ab. Eine vollständige Untersuchung der Unterlassungen aus dieser Perspektive ist jedoch an dieser Stelle nicht möglich.

⁵⁰ *Aristoteles* (Fn. 2), III 7 1113b, 35–39: „So trifft die, die sich in der Trunkenheit vergehen, ein doppeltes Strafmaß, weil die Ursache in dem Betrunkenen selbst liegt. Es stand bei ihm, sich nicht zu betrinken. Die Trunkenheit aber war die Ursache seiner Unwissenheit“.

⁵¹ *Aristoteles* (Fn. 2), III 7 1113b, 5–10.

⁵² *Aristoteles* (Fn. 2), III 8, 1115a, 14–18.

⁵³ *Aristoteles* (Fn. 2), I 7 1098b, 23–25.

raussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, die vorsätzliche Unwissenheit und die Gradierung der Schuld entstehen.

Diese Neuordnung muss mit der Einsicht beginnen, dass in unseren westlichen Systemen die persönliche Verantwortung auf rechtlicher Freiheit beruht und durch das begrenzt wird, was gesellschaftlich als tolerierbar gilt.⁵⁴

Rechtsfreiheit ist jedoch kein abstrakter Begriff; sie bezieht sich vielmehr auf die Idee, dass wir für das verantwortlich sind, was von uns ausgeht oder von uns abhängt. Sie bezieht sich damit auf die Festlegung eines individualisierenden Kriteriums für all jene Aspekte, die beeinflussen, ob etwas, das getan oder nicht getan wird, von uns ausgeht oder von uns abhängt. In diesem Sinne ist die gerichtliche Überprüfung der besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse des Handelnden unerlässlich, um festzustellen, ob er persönlich verantwortlich sein kann. Dies ist Voraussetzung sowohl für die objektive Zurechnung eines Verhaltens zu einer Straftat als auch für dessen subjektive Zurechnung, ob sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen wird. Denn unser persönliches Wissen und unsere Fähigkeiten bestimmen den Umfang unserer Freiheit. Dabei ist es unerheblich, ob dieses Wissen allgemeingültig und auf einen „objektiven Beobachter“ anwendbar oder individuell und das Ergebnis der jeweiligen „speziellen“ Ausbildung und Erfahrung jedes Einzelnen ist. Andernfalls müssten wir, da nicht jeder über *Einsteins* Wissen und Fähigkeiten verfügt, behaupten, er sei nicht für die Entwicklung der Relativitätstheorie verantwortlich, und wir sollten ihm auch nicht die Anerkennung zusprechen, die er verdient – was absurd ist. Folglich ist das „Problem“ des Sonderwissens kein wirkliches Problem: Alle sind sich darin einig, dass es im konkreten Einzelfall die Frage nach der Verantwortlichkeit beantwortet. Das „Problem“ liegt vielmehr darin, dass dies im Widerspruch zu einer Theorie steht, die von einem objektiven und generalisierenden Kriterium ausgeht und sich auf Anforderungen bezieht, die für alle Menschen gleichermaßen gelten. Daher ist nur aus individualisierender Perspektive, unter Berücksichtigung der Evidenz des Wissens des Handelnden im Einzelfall, das für ihn stets „speziell“ oder „individuell“ ist – und das in vielerlei Hinsicht durchaus mit dem „allgemeinen“ Wissen seiner sozialen Gruppe überein-

stimmen kann – eine schlüssige Erklärung für die Anwendung des Freiheit-Verantwortungs-Synallagmas in allen relevanten Fällen möglich.

Was den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtfertigung betrifft, so steht die aristotelische Antwort sowohl mit ihren Voraussetzungen als auch mit dem Schuldprinzip im Einklang: Jede unfreiwillige Unwissenheit schließt strafrechtliche Ahndung aus, unabhängig davon, ob sie auf die Mittel, die Ausführungsmethode und die spezifischen Umstände, unter denen das Verhalten ausgeführt wird (und darunter auch auf die institutionelle Tatsache seines Verbots, sofern deren Kenntnis schwierig ist), zurückzuführen ist. Und da die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtfertigung sowohl zur institutionellen Tatsache ihres Verbots als auch zu den spezifischen materiellen Umständen zählen können, unter denen das Verhalten stattfindet, schließt ein unfreiwilliger Irrtum in Bezug auf sie die Ahndung aus.

Handelt der Betreffende aus Unwissenheit, für die er verantwortlich ist, so lässt sich die Ursache dieser Unwissenheit zur Bestimmung des Verantwortungsgrades des Handelnden heranziehen, da es seine Verantwortung war, seine Fähigkeiten zu kennen oder sie nicht zu kennen, d.h. zu nutzen oder nicht zu nutzen: War diese Unwissenheit vorsätzlich (mit der Absicht, Verantwortung zu vermeiden), handelt es sich um „absichtliche Unwissenheit“, vergleichbar mit direkter oder intentionaler Absicht; entspringt sie jedoch lediglich der mangelnden Nutzung persönlicher Fähigkeiten, handelt es sich um „schuldhafte Unwissenheit“, vergleichbar mit Fahrlässigkeit.⁵⁵ Daraus ergibt sich eine weitere Konsequenz der aristotelischen Unterscheidungen: die Möglichkeit, zwischen persönlicher Verantwortung für ein Verhalten als Voraussetzung für Schuld im weiteren Sinne und der Qualifizierung als vorsätzlich oder fahrlässig zu unterscheiden, wodurch Vorsatz und Fahrlässigkeit als Regeln für die Zurechnung oder Bewertung dieses verantwortlichen Verhaltens entstehen.

Was schließlich den Grad der Schuld betrifft, so ist hier nicht viel hinzuzufügen: Soweit dies von einem bestimmten Rechtssystem zugelassen wird, kann er sich nur auf Kriterien beziehen, die den Menschen als solchen berücksichtigen, d.h. die Art und Weise, in der äußere Reize auf ihn einwirken, um festzustellen, ob er von einer Kraft oder Notwendigkeit überwältigt wird, die die menschliche Natur übersteigt, sowie die Bewertung der Emotionen, die sein Handeln motivieren.

V. Schlussfolgerungen

1. Die heute vorherrschenden funktionalistischen Theorien, wie *Roxin* und *Jakobs* sie vertreten, greifen in bestimmten Fällen auf individualisierende und sogar psychologische Kriterien zurück, um strafrechtliche Verantwortlichkeit zu bestimm-

⁵⁴ Somit wird akzeptiert, dass die Zulassung individualisierender Kriterien normative Kriterien nicht ausschließt: Erste ermöglichen die Feststellung persönlicher Verantwortlichkeit, während letztere Entschuldigungen oder Verteidigungsmöglichkeiten einschränken, wie beispielsweise im Fall „gemischter“ Handlungen, bei denen zwischen edlen Motiven, die eine Entschuldigung erlauben, und lächerlichen Motiven, die keine Entschuldigung zulassen, unterschieden wird. Der bloße Nachweis einer individuellen Bedingung reicht nicht aus, um sich von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu befreien, denn wenn die Handlung freiwillig erfolgt ist, hängt die Straflosigkeit von der gesellschaftlichen Bewertung des Motivs ab. In dieser Hinsicht trägt der aristotelische Vorschlag auch der Idee einer Normativierung der Schuld Rechnung, zumindest im Hinblick auf Verteidigungsmöglichkeiten, die mit der Unzumutbarkeit eines anderen Verhaltens verbunden sind.

⁵⁵ Zu der faktischen Feststellung des Stagiriten über diese unterschiedliche Behandlung können die von *Ragués*, *Discusiones* (Argentina) 13 (2013), 28–30, angeführten Gründe der Gefährlichkeit und Strafbedürftigkeit sowie die Beobachtung von *Spangenberg*, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 11 (2017), 59 (69), hinzugefügt werden, wonach absichtliche Unwissenheit „strenger geahndet werden könnte als die aus Fahrlässigkeit resultierende“.

men, insbesondere bei der Behandlung von Sonderwissen, Irrtümern über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes und vorsätzlicher Unwissenheit sowie bei der Abstufung von Schuld. Dies ist mit dem Prinzip der Schuld vereinbar, soweit diese als persönliche Verantwortung verstanden wird, die die Existenz einer subjektiven Verbindung zwischen Handelndem und Tat bejaht und versari in re illicita sowie die Gefährdungshaftung ablehnt. Solche individualisierenden Lösungen können jedoch auch als Anomalien dieser Lehren betrachtet werden, da sie von den objektiven, systematischen und generalisierenden Kriterien, die sie zur Feststellung und Abstufung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit vorschlagen, nicht erwartet werden.

2. Ein theoretischer Vorschlag zur kohärenten Überwindung solcher Anomalien besteht darin, diese objektiven, normativen und verallgemeinernden Ausgangspunkte durch andere zu ersetzen, die keine Erwartungen wecken, denen in ihrer Anwendung auf die analysierten schwierigen Fälle widersprochen oder die aufgegeben werden müssen: Behandlung von Sonderwissen, von Irrtümern hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, von vorsätzlicher Unwissenheit und von Abstufung der Schuld.

3. In den Bereichen, die sich nicht auf die ethische Beurteilung der Handlung oder den Charakter der Menschen beziehen, sind die von *Aristoteles* vorgeschlagenen Unterscheidungen nützlich, um eine Rekonstruktion der Behandlung der aufgeworfenen Probleme zu versuchen, die kohärent ist und das Schuldprinzip respektiert.

4. Folglich wird zunächst vorgeschlagen, zwischen den Regeln oder Kriterien für die Beurteilung einer Person als für eine Tat verantwortlich zu unterscheiden: solchen, die darauf abzielen, diese Handlung als Begehung einer bestimmten Straftat zu qualifizieren, und solchen, die die zugrunde liegende Subjektivität als „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ gemäß den in kontinentalen Rechtssystemen geltenden Regeln der subjektiven Zurechnung bewerten.

5. Eine Person ist für eine Handlung verantwortlich, wenn diese auf ihrem eigenen Handeln oder Unterlassen beruht oder davon abhängt; das heißt, wenn die Person zum Zeitpunkt der Handlung rechtlich frei ist, weil sie ohne Einwirkung äußerer Gewalt oder ohne ihr zuzurechnende Unwissenheit handelt oder unterlässt, unabhängig davon, ob dies die konkreten Umstände der Handlung oder die Umstände bezüglich ihres Verbots beeinflusst. Dies muss unter Beachtung des Schuldprinzips bestimmt werden, das heißt unter Berücksichtigung individualisierender Kriterien, die die Kraft oder Fähigkeit jeder Person berücksichtigen, der äußeren Gewalt zu widerstehen oder die materielle und institutionelle Realität zu verstehen, in der die Handlung ausgeführt oder unterlassen wird.

6. *Aristoteles* schlägt die folgenden Fälle vor, in denen eine Person aufgrund ihres Handelns ohne äußere Gewalt und ohne nicht zurechenbare Unwissenheit für eine Handlung verantwortlich sein kann: erstens freiwillige und vorsätzliche Handlungen, die das Ergebnis von Überlegung und Entscheidung sind; zweitens freiwillige Handlungen, die nicht vorsätzlich, sondern plötzlich oder spontan sind; drittens „nicht-unfreiwillige“ Handlungen, die in vorsätzlicher Unwissenheit

ausgeführt werden; viertens „nicht-unfreiwillige“ Handlungen, die in fahrlässiger Unwissenheit ausgeführt werden; und fünftens „nicht-freiwillige“ Handlungen, die aus Unwissenheit ausgeführt werden, aber weder „Mißfallen“, „Schmerz“ noch „Reue“ verursachen.

7. Sobald die Ahndbarkeit festgestellt und die Tat gesetzlich als Straftat eingestuft ist, unterliegt ihre Beurteilung im Hinblick auf die Verhängung einer differenzierten Strafe ebenfalls der Gesetzgebung. In unseren kontinentalen Systemen schreiben die traditionellen allgemeinen Regeln der subjektiven Zurechnung freiwilligen Handlungen mit direktem Vorsatz oder Eventualvorsatz üblicherweise den Wert „Vorsatz“ zu; der Wert „Fahrlässigkeit“ bleibt Handlungen vorbehalten, die in schuldhafter Unwissenheit begangen wurden. Bewusste Unwissenheit hingegen wird üblicherweise dem Vorsatz zugerechnet. Bei nicht-freiwilligen Handlungen, bei denen Gleichgültigkeit herrscht, wird darüber diskutiert, ob sie als vorsätzlich oder fahrlässig behandelt werden sollen. In allen Fällen muss die Zurechnungsregel die Handlungen berücksichtigen, auf die sich die tatsächliche Subjektivität des Handelnden bezieht: seine Absicht oder deren Fehlen, seine Überlegung oder deren Fehlen und sein Mißfallen oder seine Gleichgültigkeit gegenüber der Ausführung.⁵⁶

8. Der Gesetzgeber kann jedoch auch Sonderregeln für die Bewertung der Subjektivität des Handelnden festlegen, wie dies bei Verstößen gegen die Verkehrsvorschriften im Zusammenhang mit Trunkenheit am Steuer der Fall ist. Diese werden zu eigenständigen Straftaten erhoben und mit einer Strafe belegt, die derjenigen der vorsätzlichen Tötung ähnelt. Ohne eine solche Sonderklassifizierung wären sie, wenn der Verstoß einen Todesfall zur Folge hatte, als Fahrlässigkeitsdelikte oder fahrlässige Tötungen anzusehen, für die im Allgemeinen die geringere Strafe vorgesehen ist.

9. Ein Irrtum hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes kann entweder auf die institutionelle Tatsache seines Verbots oder auf die konkreten Umstände der Handlung zurückzuführen sein. In beiden Fällen ist die strafrechtliche Behandlung gleich: Ist er unvermeidbar, besteht keine Verantwortlichkeit, da die Handlung unfreiwillig und aus Unwissenheit begangen wurde. Ist er jedoch verschuldet oder vermeidbar, richtet sich die Strafe nach der Regel der subjektiven Zurechnung, die aufgrund ihres vorsätzlichen oder fahrlässigen Charakters zur Anwendung kommt.

⁵⁶ v. Weezel, *Ius et Praxis* 27 (2021), 206, vertritt aus soziologisch-funktionalistischer Sicht ein ähnliches Verfahren: Vor der Zuweisung des Wertes „Vorsatz“ oder „Fahrlässigkeit“ zu einer Tat muss zunächst die „Bezugsrepräsentation“ festgestellt werden, wobei deren faktischer Charakter und der normative Charakter jener Wertungen hervorgehoben werden. Der Unterschied zu dem hier vorgeschlagenen Ansatz liegt darin, dass der Autor vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus Vorsatz primär als „Wissen“ begreift und daher normative Parameter anbietet, in denen die Anforderungen für die Zurechnung der Tat zur Person mit denjenigen verwechselt werden, die notwendig sind, um der betreffenden Handlung den Wert „Vorsatz“ oder „Fahrlässigkeit“ zuzuschreiben.

10. Nachdem die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Handelnden festgestellt und die Regel der subjektiven Zurechnung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) angewandt wurde, kann noch geprüft werden, ob und in welchem Ausmaß gegen den Handelnden eine Strafe verhängt wird. Dabei sind die individuellen Motive der Handlung zu berücksichtigen, die in den Gesetzen üblicherweise im Zusammenhang mit Entschuldigungsgründen wegen Unzumutbarkeit eines anderen Verhaltens (Zwang bzw. Nötigung und Notstand) sowie durch verschiedene mildernde Umstände geregelt sind. In diesen Fällen ist die Verhängung und Bemessung der Strafe an die Überprüfung bestimmter Aspekte der Subjektivität des Handelnden, d.h. an das Vorhandensein von Angst und die Auswirkungen der Notlage sowie der geltend gemachten Reize und Leidenschaften auf sein Verhalten gebunden. Doch dies reicht nicht aus: Hier wirken die „normativen“ Aspekte der Schuld, das heißt soziale Überlegungen darüber, was tolerierbar ist und was nicht, als Grenzen für die Zulässigkeit der geltend gemachten Entschuldigung oder Strafmilderung.

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M., Prof. Dr. Carmen Eloísa Ruiz López, Bogotá**

Der Beitrag untersucht, inwieweit es unter dem Gesichtspunkt fürsorglicher Bevormundung (Paternalismus) gerechtfertigt sein kann, das Recht, über den eigenen Tod zu bestimmen, einzuschränken. Zu diesem Zweck werden im ersten Teil zunächst elementare Topoi der philosophischen Paternalismus-Diskussion einer kritischen Analyse unterzogen. Die Verf. wenden sich insbesondere gegen die Auffassung, dass bei Vorliegen von Willensmängeln („weicher Paternalismus“) eine Beschneidung von Handlungsmöglichkeiten moralisch tendenziell unproblematisch sei. Die Voraussetzungen, unter denen Willensmängel als Beeinträchtigung der faktischen Autonomie des Betroffenen zu Beschränkungen der rechtlichen Autonomie führen können, werden im Einzelnen rekonstruiert und gewichtet.

Im zweiten Teil werden aus dieser Analyse (unter Bezug auf die deutsche und die kolumbianische Rechtsordnung) Konsequenzen für die Beurteilung paternalistisch motivierter Verbote von Handlungen gezogen, die der Realisierung des Sterbewunsches einer anderen Person dienen sollen. Hinsichtlich der Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung für die Beendigung des Lebens wird argumentiert, dass chronische, unter bestimmten Voraussetzungen aber auch (lediglich) aktuelle Schmerzzustände – entgegen einer verbreiteten Auffassung – die Freiverantwortlichkeit des durch sie motivierten Sterbewunsches nicht notwendig ausschließen. Kritisiert wird ferner die Annahme, dass Kinder und/oder Jugendliche grundsätzlich keinen freiverantwortlichen Sterbewillen bilden könnten.

* Deutsche Fassung unseres Beitrags zur Gedächtnisschrift für Alfonso Reyes Echandía (Neumann/Ruiz López, in: Orozco López/Reyes Alvarado/Ruiz López [Hrsg.], Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el Nonagesimo Aniversario de su Nacimiento, Análisis de los problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología contemporáneas a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía, 2022, S. 209). Auf die Wiedergabe der Widmung (S. 209 f.) für den bedeutenden kolumbianischen Strafrechtler und Kriminologen (1932–1985 [ermordet bei der Erstürmung des Justizpalastes in Bogotá], Mitbegründer und seinerzeit Leiter der Abteilung für Strafrecht an der Universidad Externado de Colombia, Bogotá), wird verzichtet. – Informationen zur deutschen Gesetzes- und Rechtslage, die auf Leser aus dem spanischsprachigen Rechts- und Kulturkreis zugeschnitten waren, wurden gestrichen oder gekürzt.

** Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, bis 2019 Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang von Goethe-Universität Frankfurt am Main. Dr. Carmen Eloísa Ruiz López, Professorin für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Vergleichendes Strafrecht an der Universidad Externado de Colombia. Direktorin des Forschungszentrums für Rechtsphilosophie an derselben Universität (2020–2025).

In der Frage der Abgrenzung zwischen Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und einer straflosen Suizid-Beihilfe wird in Fortführung eines Arguments von Yesid Reyes vorgeschlagen, in Fällen einer Quasi-Mittäterschaft von „Täter“ und „Opfer“, die auch durch eine organisatorische Mitherrschaft des Sterbewilligen begründet sein kann, in Hinblick auf die primäre Verantwortlichkeit des letzteren für das eigene Schicksal eine täterschaftliche Verantwortlichkeit des Unterstützers (§ 216 StGB) zu verneinen.

I. Paternalismus in Moral und Recht

1. Rechtspaternalismus

a) Problematik

Recht ist ein Instrument zur Gewährleistung gesellschaftlicher Ordnung. Es stellt Regeln bereit, die dazu dienen sollen, das Zusammenleben der Menschen zu strukturieren, Konflikte zwischen verschiedenen Personen möglichst zu vermeiden und Konflikte, die gleichwohl entstehen, möglichst sozialverträglich zu lösen. Das Recht dient grundsätzlich nicht dazu, die Art und Weise, in der eine Person mit sich selbst umgeht, zu regulieren. Dies ist jedenfalls die kaum bestrittene Prämisse einer Zeit, die – seit der Epoche der Aufklärung – politisch von den Prinzipien des Liberalismus, sozialphilosophisch von der Idee der autonomen Selbstbestimmung der Person geprägt ist.

Aus dieser Prämisse ergibt sich die Problematik des sog. Rechtspaternalismus. Als paternalistisch bezeichnet man eine Maßnahme, die dazu dienen soll, eine Person vor den nachteiligen Folgen zu schützen, die aus der Verwirklichung eines aktuellen Wunsches dieser Person für diese selbst resultieren würden oder jedenfalls resultieren könnten. Um rechtlichen Paternalismus handelt es sich dann, wenn zum Schutz des Einzelnen vor den Folgen seiner eigenen Entscheidung die Instrumente rechtlicher Verpflichtungen und rechtlicher Sanktionsdrohungen eingesetzt werden. Ein geläufiges Beispiel ist die in zahlreichen Ländern geltende Verpflichtung, bei der Fahrt mit dem Auto einen Sicherheitsgurt anzulegen. Paternalistisch ist diese Regelung jedenfalls dann, wenn sie allein dem Ziel dienen soll, den Fahrer bei einem Unfall vor erheblichen, möglicherweise tödlichen Verletzungen zu bewahren (und nicht auch dazu, die Kosten im Gesundheitswesen zu senken).

Es gibt aber auch gravierendere und wesentlich problematischere rechtliche Eingriffe in die Freiheit, sich selbst zu gefährden oder zu verletzen. Auf Rechtsnormen, die die Freiheit des Einzelnen beschränken, den Zeitpunkt seines Lebensendes selbst zu bestimmen, werden wir noch ausführlich eingehen. An dieser Stelle sei nur auf eine Regelung hingewiesen, die es ermöglicht, einen Patienten gegen dessen Willen einer (lebensrettenden) Operation zu unterziehen, wenn ein „Ethikkomitee“ entsprechend entscheidet.¹ Hier wird zwangs-

¹ So der israelische „Patient Rights Act“ aus dem Jahre 1996 (zitiert bei Gutmann, in: Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-

weise in die Autonomie und die körperliche Integrität eines Menschen eingegriffen, um ihn selbst vor einem drohenden Schaden zu bewahren.

b) Abgrenzung gegenüber Rechtsmoralismus und dem Schutz von Sozialnormen

Gerade bei Regelungen, die die Entscheidung über das eigene Lebensende beschränken, liegt allerdings der Verdacht nahe, dass sie nicht im Interesse der betroffenen Person selbst, sondern aus Gründen der Religion oder der Sozialmoral etabliert werden („Rechtsmoralismus“). So wird als Zweck eines Tatbestands, der die Tötung eines anderen auch dann mit Strafe bedroht, wenn dieser ausdrücklich um die Beendigung seines Lebens bittet („Tötung auf Verlangen“), die „Aufrechterhaltung des Tötungstabus“ genannt.² Im Anschluss an die Moralphilosophie Kants wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass die Selbsttötung eine Rechtspflicht verletze, die dem Einzelnen sich selbst gegenüber obliege, und dass der Selbstmord deshalb nicht nur eine unmoralische, sondern auch eine rechtswidrige Handlung darstelle.³

Derartige Begründungen für ein Verbot selbstschädigender Handlungen machen deutlich, dass man bei der Diskussion um den paternalistischen Charakter rechtlicher und moralischer Normen zwischen dem Gehalt der Regelungen einerseits, ihrem Motiv und ihrem Zweck andererseits unterscheiden muss. Eine Norm, die eine Selbstverletzung verbietet, kann zugleich im Dienst gesellschaftlicher Interessen stehen. Im Extremfall dient sie *ausschließlich* Zwecken der Gesamtheit. Das gilt beispielsweise für einen Straftatbestand, der die Selbstverstümmelung des Wehrpflichtigen mit Strafe bedroht.⁴ Ein anderes Beispiel ist der oben genannte Tatbestand der „Tötung auf Verlangen“, soweit man seinen Zweck auf die Funktion reduziert, das gesellschaftliche Tötungstabu aufrechtzuerhalten. Schließlich liegt die Vermutung nahe, dass bestimmte Tatbestände des Drogenstrafrechts, die *prima facie* nur den Einzelnen vor Selbstschädigungen schützen sollen, darüber hinaus (möglicherweise: *ausschließlich*) einem kollek-

tiven Rechtsgut („Volksgesundheit“) oder der Stabilisierung bestimmter gesellschaftlicher Normen dienen.⁵

Ob eine Norm, die Selbstschädigungen verhindern soll, *ausschließlich* dem Interesse des unmittelbar Betroffenen oder aber zugleich (im Extremfall: *ausschließlich*) den Interessen Dritter oder der Gesellschaft dient, kann im Einzelfall schwer zu entscheiden sein. Auch die normativ relevanten Kriterien können zwischen personenbezogenen Werten einerseits, gesellschaftsbezogenen andererseits oszillieren. Dies gilt etwa für den Topos der Menschenwürde, die als Würde aller einzelnen Menschen, aber auch als „Gattungswürde“ verstanden werden kann.⁶

Gleichwohl sollte der Unterschied zwischen Maßnahmen, die *ausschließlich* dem Schutz des unmittelbar Betroffenen dienen, einerseits, und solchen, die (möglicherweise: zugleich) Interessen der Gesellschaft verfolgen, als Differenzierungskriterium in der Paternalismus-Diskussion beibehalten und scharf betont werden. Dies vor allem deshalb, weil die Voraussetzungen der Legitimität einer Norm, die Selbstverfügungen beschränkt, je nach Zielrichtung dieser Norm unterschiedlich sind. Zudem betrifft dieser Unterschied auch die Perspektive auf die selbstverfügende Handlung, mit der eine *prima facie*-Bewertung verbunden ist. Aus der Perspektive der Gesellschaft mag der Suizid eines schwerstleidenden und unheilbar kranken Patienten eine „Selbstverletzung“ darstellen. Aus der Perspektive des Betroffenen selbst handelt es sich nicht um eine „Verletzung“, sondern um eine *Verwirklichung* seiner dominanten Interessen. Der Begriff der „Selbstverletzung“ suggeriert, ebenso wie derjenige des „harm to self“, dass es um eine Handlung geht, mit der sich die Person selbst einen Schaden zufügt. An einem solchen Schaden aber fehlt es in den Fällen, in denen eine Person in freier Entscheidung ihre eigenen Wünsche realisiert.

Der für die Paternalismus-Diskussion zentrale Unterschied zwischen Beschränkungen der Selbstverfügung, die dem Wohl (nur) des Betroffenen dienen, und solchen, die (eventuell: darüber hinaus) gesellschaftliche Ziele verfolgen, sollte auch terminologisch zum Ausdruck gebracht werden. Wir schlagen vor, von „Paternalismus“ (oder: „Paternalismus im engeren Sinne“) nur dann zu sprechen, wenn es *ausschließlich* um das Wohl bzw. die Autonomie des Einzelnen geht. Gesellschaftliche Zwecke und Forderungen des *Rechtsmoralismus* sollten nicht unter der Flagge des Paternalismus segeln.

2. Grundprobleme und -strukturen paternalistischer Maßnahmen

Der *rechtliche* Paternalismus erscheint deshalb als besonders problematisch, weil er die wesensmäßige Funktion des Rechts, Regeln für die Interaktion zwischen verschiedenen Menschen bereitzustellen, sprengt. Zugleich missachtet er die Autono-

Moghadam [Hrsg.], Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 184 [187]).

² Näher dazu unter II. 2 b) bb).

³ Köhler, JRE 14 (2006), 425. Damit wird allerdings vernachlässigt, dass Kant das Verbot der Selbsttötung nicht den Rechtspflichten, sondern den moralischen Pflichten („Tugendpflichten“) zuordnet. Gegen Köhler und gegen dessen Kant-Interpretation deshalb Ellscheid, in: Fatch-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 182; Vossenkuhl, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Zur Kriminalisierung selbstschädigenden Verhaltens, 2010, S. 3.

⁴ § 109 StGB. Die Zuordnung dieses (oder eines entsprechenden) Tatbestands zum Bereich der Normen, die gesellschaftliche Interessen schützen (und deshalb keinen paternalistischen Charakter haben), bedeutet keine Legitimation. Denn mit der Statuierung des Verbots der Selbstverletzung beansprucht der Staat das höchst fragwürdige Recht, dem Einzelnen insoweit die Dispositionsbefugnis über seinen Körper zu entziehen.

⁵ Zu einer Funktion des Drogenstrafrechts als Instrument der Stabilisierung der Gesellschaft Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 34. Krit. dazu Neumann, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 257 (271 f.).

⁶ Kleinig, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 3), S. 145.

mie der Person, ihr Recht, über Angelegenheiten, die nur sie selbst betreffen, selbst zu bestimmen. Die so verstandene Autonomie ist aber nicht nur ein Prinzip des Rechts, sondern auch ein moralischer Wert. Sie markiert einen moralischen Status der Person. Das bedeutet, dass paternalistische Interventionen, unabhängig von einem möglichen rechtlichen Zwangscharakter, grundsätzlich einer moralischen Rechtfertigung bedürfen. Der Paternalismus ist ein Problem der gesamten praktischen Philosophie (Moral- und Rechtsphilosophie). Die rechtspaternalistische Diskussion kann und muss dabei auf Kategorisierungen wie auch auf Argumente zurückgreifen, die zu einem erheblichen Teil im Rahmen der Moralphilosophie entwickelt worden sind.

a) Direkter und indirekter Paternalismus

Die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Paternalismus hat zunächst eine analytische Funktion. Sie betrifft die Frage, ob sich die Maßnahme unmittelbar gegen die Person richtet, die vor Schaden bewahrt werden soll (direkter Paternalismus), oder aber gegen einen Dritten, der mit Einverständnis, typischerweise sogar auf eine Bitte des zu Schützenden hin handelt (indirekter Paternalismus). Diese Unterscheidung hat aber zugleich auch normative Relevanz. Denn es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der indirekte Paternalismus jedenfalls tendenziell weniger problematisch ist als der direkte. Begründet wird das damit, dass im Falle des indirekten Paternalismus die Handlung, die durch eine paternalistische Intervention verhindert werden soll, sich nicht als Selbstschädigung, sondern als Fremdschädigung erweist.⁷ Diese Argumentation kann sich, soweit es um rechtlichen Paternalismus geht, auf die einleitend vorgetragene Position *Kants* zur Funktion des Rechts stützen. Sie entspricht ferner dem Harm-Principle, das in der angelsächsischen Tradition zur Bestimmung strafwürdiger Handlungen herangezogen wird.⁸ Allerdings wird man hier zwei Einschränkungen machen müssen.

Zum einen trägt diese Begründung nur dann, wenn man die Frage, ob überhaupt eine „Schädigung“ des Betroffenen vorliegt, aus einer externen, am äußeren Geschehensablauf orientierten Perspektive beurteilt – für den qualvoll leidenden Moribunden ist die tödliche Injektion, um die er den Arzt anfleht, keine „Schädigung“, sondern eine Erlösung. Zum andern kann der indirekte Paternalismus in Situationen, in denen der Betroffene selbst nicht handlungsfähig ist, dessen Autonomie nicht weniger gravierend beeinträchtigen als ein an ihn selbst gerichtetes Verbot der „Selbstschädigung“ (direkter Paternalismus). Dies ist etwa der Fall, wenn ein vollständig gelähmter, nicht mehr bewegungsfähiger schwerstkranker Patient sein Leben beenden will.⁹ Auf diese Konstellationen wird zurückzukommen sein.

⁷ *Birnbacher*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 3), S. 11 (18 f.).

⁸ Grundlegend *Feinberg*, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Bd. 1, 1984.

⁹ Auf diese Fälle bezieht sich schwerpunktmäßig die Kritik, die bei v. *Hirsch/Neumann* (in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann [Fn. 3], S. 71) an dem indirekt paternalistischen Straftatbestand

b) „Harter“ und „weicher“ Paternalismus

Auch die Unterscheidung zwischen „hartem“ und „weichem“ Paternalismus hat zunächst eine analytische Dimension. Sie bezieht sich auf die Struktur der Situation, in der Maßnahmen zum Schutz einer Person „vor sich selbst“ getroffen werden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist hier der Gesichtspunkt, ob eine von Willensmängeln freie Entscheidung des Betroffenen vorliegt. Ist das der Fall, soll es sich bei der Intervention um eine „hart“ paternalistische Maßnahme handeln. Dient die Maßnahme dagegen nur dem Schutz des Betroffenen vor den Folgen einer mangelbehafteten Entscheidung, wird sie einem „weichen“ Paternalismus zugeordnet.¹⁰

Gewichtiger als die analytische Funktion dieser Unterscheidung ist ihre normative Bedeutung. Noch stärker als die Gegenüberstellung von „direktem“ und „indirektem“ Paternalismus ist sie mit unterschiedlichen moralischen Bewertungen verbunden. Der weiche Paternalismus erscheint gegenüber dem harten als weniger problematisch. Einige Autoren gehen so weit, den „weichen“ Paternalismus aus dem Begriff des Paternalismus herauszunehmen und ihn damit dem Legitimationszwang, der paternalistischen Maßnahmen eigen ist, zu entziehen. Dieser begrifflichen Einengung des Begriffs des Paternalismus liegt die Annahme zugrunde, dass „weich paternalistische“ Maßnahmen moralisch unproblematisch seien.

aa) „Weicher Paternalismus“ als „Nicht-Paternalismus“?

Gerechtfertigt wird diese Auffassung mit dem Argument, es gehe darum, dem wirklichen Willen des Betroffenen zur Durchsetzung zu verhelfen.¹¹ Der wirkliche Wille aber sei, so die Prämisse dieser Argumentation, der mangelfrei gebildete Wille. Eine Maßnahme, die der Realisierung des wirklichen Willens des Betroffenen dient, kann aber – so ist diese Argumentation zu rekonstruieren – nicht als paternalistisch und schon gar nicht als moralisch fragwürdig angesehen werden. *Feinberg*, der sich dieser Auffassung anschließt (obwohl er selbst die strukturellen Differenzen zwischen „hartem“ und „weichem“ Paternalismus klar herausgearbeitet hat), geht so weit, den sog. „weichen“ Paternalismus gerade als (weichen) *Anti-Paternalismus* zu klassifizieren.¹² Antipaternalistisch sei er, weil er die „wirklich“ paternalistischen (also: die „hart“ paternalistischen) Interventionen ablehne, „weich“ antipater-

der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) geübt wird. Nach *Husak* (in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann [Fn. 3], S. 129) betrifft die von v. *Hirsch* und *Neumann* geübte Kritik lediglich die besondere Konstellation der strafbaren Tötungen auf Verlangen. Sie lasse sich nicht grundsätzlich gegen indirekt paternalistische Maßnahmen wenden.

¹⁰ Grundlegend *Feinberg* (Fn. 8), S. 12–16.

¹¹ *Beauchamp*, *The Monist* 60 (1976), 67.

¹² Man könnte hier, unter Berücksichtigung der Etymologie des Wortes „Paternalismus“, den genau entgegengesetzten Standpunkt vertreten: „paternalistisch“ im Sinne des Handelns eines korrigierenden überlegenen Vaters sei nur der „weiche“ Paternalismus, während der „harte“ insofern nicht „paternalistisch“ sei, als er jedenfalls Gefahr laufe, die Interessen des Betroffenen heteronom zu bestimmen.

nalistisch, weil er Interventionen beim Vorliegen von Willensmängeln akzeptiere. Demgegenüber würde ein „harter Antipaternalismus“, so *Feinberg*, auch in diesem letzteren Fall die Zulässigkeit einer Intervention verneinen.¹³

bb) Fragwürdigkeit (auch) des weichen Paternalismus

Beauchamps Reduktion des Paternalismus auf dessen „harte“ Spielart, der sich im Schrifttum mehrere Autoren angeschlossen haben,¹⁴ nimmt tendenziell den Legitimationsdruck von der „weichen“ Variante. Denn es erscheint moralisch unproblematisch, einer Person dazu zu verhelfen, ihren „wirklichen“ Willen zu realisieren. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die Intervention nicht an irgendwelchen objektiven Interessen, sondern an den subjektiven Präferenzen des Betroffenen orientiert.

Allerdings: Stellt man auf die objektiven Interessen einer Person ab, dann ist die Intervention zwar insofern *nicht* heteronom, als sie gerade durch Interessen des Betroffenen selbst (und nicht durch Interessen anderer Personen) bestimmt ist. Heteronom ist sie aber insofern, als dem Betroffenen Interessen zugeschrieben werden, die er selbst möglicherweise nicht als eigene Interessen akzeptieren wird. Es mag im „objektiven“ Interesse einer Person liegen, durch eine Impfung vor einem schweren Verlauf einer grassierenden Krankheit geschützt zu werden. Wenn diese Person, aus welchen Gründen auch immer, für sich selbst Impfungen ablehnt, dann tangiert eine rechtliche Verpflichtung, sich impfen zu lassen, ihre Autonomie. Ein „weicher“ Paternalismus kann nicht an den *objektiven Interessen*, er muss an den *subjektiven Präferenzen* des Betroffenen orientiert sein. Andernfalls handelt es sich um „harten“ Paternalismus (der nach *Feinberg* und den ihm zustimmenden Autoren den „eigentlichen“, „wirklichen“ Paternalismus darstellt).

Indes: Gleichgültig, ob man den sog. „weichen“ Paternalismus als Variante des Paternalismus oder als Nicht-Paternalismus klassifiziert: Die moralische Problematik, die Rechtfertigungsbedürftigkeit auch „weich“ paternalistischer Maßnahmen lässt sich, wie gerade in neueren Arbeiten wiederholt hervorgehoben wurde,¹⁵ nicht hinwegdisputieren. Denn auch diese Maßnahmen stehen im Widerspruch zu dem aktuellen Willen der betroffenen Person, zu der Entscheidung, die sie in einer konkreten Situation für sich getroffen hat. Sie werden dem Betroffenen oktroyiert, wenn auch im Namen seiner eigenen Interessen oder Präferenzen, und bleiben in diesem Sinne paternalistisch.

Man darf sich hier durch die von *Feinberg* und anderen getroffene Entscheidung, den sog. „weichen“ Paternalismus kategorial nicht als „eigentlichen“ Paternalismus zu werten, nicht täuschen lassen. Denn man muss zwischen einer deskriptiven Verwendung des Begriffs „Paternalismus“ einerseits und seiner moralphilosophischen Bedeutung andererseits unter-

scheiden. Wenn *Feinberg* und andere Maßnahmen, die als „weich“ paternalistisch bezeichnet werden, aus dem Begriff des „Paternalismus“ herausnehmen, so betrifft das diesen Begriff auch als moralphilosophische Kategorie. Denn hinter dieser terminologischen Entscheidung steht die Überzeugung, dass „weich“ paternalistische Maßnahmen moralisch unproblematisch sind und deshalb in der moralphilosophischen Diskussion nicht unter der Rubrik „Paternalismusproblem“ verhandelt werden sollten. Dass man auch diese Maßnahmen – im Sinne einer deskriptiven Verwendung des Begriffs – insofern als „paternalistisch“ zu betrachten hat, als sie die Entscheidung einer Person, die nur diese selbst betrifft, in ihrer Umsetzung blockieren, kann auch *Feinberg* nicht bestreiten.

Genau an diesem Punkt aber liegt das Problem, das – entgegen *Feinberg* und anderen – auch und gerade ein moralphilosophisches Problem darstellt. Denn zu fragen ist, mit welchem Recht man eine Person unter Berufung auf deren eigene (objektive oder subjektive) Interessen daran hindern kann, eine Entscheidung umzusetzen, die diese Person für sich selbst getroffen hat.

c) Autonomie

Das Problem resultiert daraus, dass mit derartigen Maßnahmen offensichtlich in die Autonomie der Person eingegriffen wird. Der Begriff der Autonomie wird damit zur zentralen Kategorie in der Diskussion um Legitimität und Illegitimität paternalistischer Maßnahmen. Nach verbreiteter Auffassung sind paternalistische Eingriffe zugunsten der (objektiven oder subjektiven) Interessen einer Person dann moralisch gerechtfertigt, wenn diese Person die Entscheidung zugunsten einer Handlung, die als Selbstschädigung wahrgenommen wird, in einem Zustand fehlender Autonomie getroffen hat (weicher Paternalismus). Überwiegend hält man es zur Rechtfertigung paternalistischer Eingriffe für ausreichend, dass *unklar* ist, ob die Voraussetzungen autonomen Entscheidens vorliegen.¹⁶

Zentrale Bedeutung gewinnt damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine autonome Entscheidung der Person zu bejahen unter welchen sie zu verneinen ist. Der Maßstab, der hier angelegt wird, bestimmt die Antwort auf die Frage, ob eine Maßnahme als „hart“ oder als „weich“ paternalistisch einzustufen ist. Nach verbreiteter Auffassung entscheidet die Antwort auf diese Frage zugleich über Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Maßnahme. Bevor auf die Kriterien eingegangen werden kann, die bei der Beantwortung dieser Frage herangezogen werden, ist zunächst auf eine Doppeldeutigkeit des Begriffs der Autonomie hinzuweisen, der im vorliegenden Kontext von erheblicher Bedeutung ist.

aa) Autonomie als Fähigkeit und als (juridisches oder moralisches) Recht

„Autonomie“ meint zum einen die *Fähigkeit*, Entscheidungen ohne Beeinträchtigung durch kognitive oder psychische Defizite zu treffen. Zum andern bezeichnet der Begriff das *Recht* einer Person, über ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu

¹³ *Feinberg* (Fn. 8), S. 15.

¹⁴ Aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa *Birnbacher* (Fn. 7), S. 13.

¹⁵ *Fateh-Moghadam*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Fn. 3), S. 21; *Mayr*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Fn. 3), S. 48.

¹⁶ Exemplarisch *Feinberg* (Fn. 8), S. 15.

bestimmen („normative Autonomie“).¹⁷ Für die Verwendung des Begriffs in der einen bzw. der anderen Bedeutung gelten unterschiedliche semantische Regeln.

Soweit der Begriff eine Fähigkeit bezeichnet, ist er abstufbar. Eine Entscheidung kann in höherem oder in geringerem Maße von kognitiven oder psychischen Defekten beeinflusst sein. Positiv formuliert: sie kann in einem höheren oder in einem geringeren Grad autonom sein. Autonomiefähigkeit in diesem Sinne kann sozusagen „von null bis hundert“ reichen.¹⁸ Kurz: Der Begriff der Autonomie ist, soweit er eine Fähigkeit bezeichnet, ein quantifizierbarer Begriff.¹⁹

Demgegenüber handelt es sich um einen qualitativen, binär strukturierten Begriff, soweit mit „Autonomie“ das juristische oder moralische Recht der Verfügung über sich selbst gemeint ist. „Autonomie“ in diesem Sinne ist entweder zu bejahen oder zu verneinen. Selbstverständlich kann Autonomie in unterschiedlichen Kontexten nach unterschiedlichen Kriterien zuerkannt werden. So ist es etwa möglich, die Altersstufen für die volle Geschäftsfähigkeit, die Testierfähigkeit und das Recht, die eigene Religionszugehörigkeit zu bestimmen, jeweils unterschiedlich festzulegen. Das ändert aber nichts daran, dass in jedem Kontext die Frage, ob der betroffenen Person das Recht zu autonomer Entscheidung über ihre Verhältnisse zuzuerkennen ist, nur mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden kann. Hier geht es nicht um ein Kontinuum abstufbarer Autonomie, sondern um eine scharfe Grenze zwischen Autonomie und Nicht-Autonomie.

bb) Normative Autonomie als Funktion faktischer Autonomie

Es liegt auf der Hand, dass zwischen faktischer und normativer Autonomie ein enger Zusammenhang besteht. Zweifellos ist es gerechtfertigt, einen Betrunknen notfalls unter Gewaltanwendung daran zu hindern, in einem Zoo in ein Löwen-Gehege zu klettern. Das Fehlen faktischer Autonomie legitimiert hier die Beeinträchtigung der rechtlichen Autonomie. Aber die Gleichung: „Normative Autonomie nur bei faktischer Autonomie“ wäre zu einfach. Sie ist schon deshalb zu einfach, weil faktische Autonomie abstufbar ist, also nicht mittels eines binären Begriffs adäquat erfasst werden kann. Sie ist es aber auch deshalb, weil auch der „natürliche Wille“ einer Person, der unterhalb der Schwelle eines rechtsverbindlichen Willens bleibt, nicht schlicht missachtet werden darf. Autonomie als normative Zuständigkeit wurzelt im Prinzip der Menschenwürde.²⁰ Menschenwürde aber kommt jedem Individuum zu, gleichgültig, inwieweit es in der Lage ist, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten. So haben auch Personen, die im Sinne strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht

„zurechnungsfähig“ sind, ein Recht auf Schutz vor unverhältnismäßiger paternalistischer Bevormundung.²¹ Auch staatliche Zwangsmaßnahmen gegenüber Personen, die nicht oder nur eingeschränkt für ihre Handlungen verantwortlich sind, greifen in deren Grundrechte ein. Die Frage ist, unter welchen Voraussetzungen derartige Eingriffe gerechtfertigt sind.

d) Beeinträchtigungen der Autonomie

Diese verfassungsrechtliche Frage betrifft einen Teilaspekt des allgemeineren Problems, welche Defizite der faktischen Autonomie einer Person paternalistische Maßnahmen (und gegebenenfalls: *welche* paternalistischen Maßnahmen) legitimieren. Hier geht es nicht nur um dispositionelle Defizite wie etwa mangelnde intellektuelle Fähigkeiten, sondern auch um situative Umstände, aus denen eine mangelnde Freiverantwortlichkeit einer selbstschädigenden Handlung resultieren kann. Zu denken ist hier etwa an sozialen Druck seitens dritter Personen, der in einer Nötigung zum Suizid kulminieren kann, aber auch an situative Umstände, die von dem Betroffenen als unerträglich erlebt werden, obwohl ihm bewusst ist, dass sie vorübergehender Natur sind. Insgesamt wird man folgende Faktoren zu unterscheiden haben, aus denen die mangelnde Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zu einer selbstschädigenden Handlung resultieren kann:

- Beeinträchtigungen der Einsichts- und/oder Urteilsfähigkeit infolge Minderjährigkeit, vorübergehender Intoxikation (Trunkenheit, Drogenrausch) oder intellektueller Schwäche (1);
- Erheblicher Druck seitens Dritter oder infolge von Umständen, die als unerträglich erlebt werden (2);
- Relevante Informationsdefizite, die auf kognitiven Fehlern (z.B. Unkenntnis bestimmter Risiken) oder auf mangelhafter Abwägung von entscheidungsrelevanten Faktoren beruhen können (3).

Es handelt sich also um Faktoren, die in der Person selbst begründet liegen (1), um äußere Einflüsse (Personen oder Umstände (2) oder um informationsbedingte Mängel (3). Sie seien im Folgenden elaboriert:

aa) Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Dass paternalistische Maßnahmen zur Kompensation von Defiziten im Entscheidungsprozess, die aus diesen (dauerhaften oder temporären) Beeinträchtigungen resultieren, grundsätzlich legitim sein können, ist anerkannt. Schwierigkeiten bereitet die Markierung der Grenze der Zulässigkeit paternalistischer Interventionen. Dabei geht es um zwei komplementäre Probleme. Das erste resultiert aus der *Abstufbarkeit* von Autonomie-Defiziten, die durch Trunkenheit oder intellektuelle Schwäche bedingt sind. Das zweite ergibt sich, spiegelbildlich, aus der Existenz *starrer Altersgrenzen*, unterhalb derer die Entscheidung des Betroffenen in bestimmten Situationen generell unverbindlich sein soll.

¹⁷ Gutmann (Fn. 1), S. 189; Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 54.

¹⁸ Magnus (Fn. 17), S. 65.

¹⁹ Statistiker würden hinsichtlich der Entscheidungsautonomie von einer diskreten (ganzzahlig teilbaren) bzw. stetigen (beliebig unterteilbaren), hinsichtlich der rechtlichen Autonomie hingegen von einer kategorialen (entweder/oder) Variablen sprechen.

²⁰ Dazu Neumann, in: Neumann/Tiedemann/Liu (Hrsg.), Menschenwürde ohne Metaphysik, 2021, S. 159.

²¹ BVerfGE 58, 208 (226). Dazu Fateh-Moghadam (Fn. 15), S. 23.

Das erste Problem lässt sich teilweise durch eine Rückkoppelung an die legitimen Ziele paternalistischer Eingriffe (dazu sogleich unter e) entspannen. Ist zu vermuten, dass eine selbstschädigende Handlung unter dem Einfluss einer alkoholischen Intoxikation erfolgt und dass der ernüchterte Täter auf die Folgen dieser Handlung mit Entsetzen reagieren würde, so ist die Legitimität einer paternalistischen Intervention unproblematisch. In unserem Beispiel:²² Der damals betrunkene Zoo-Besucher wird, wieder nüchtern geworden, froh sein, dass man ihn daran gehindert hat, in das Löwen-Gehege zu klettern. Schwieriger ist die Lage bei Defekten, die nicht vorübergehender, sondern dispositioneller Natur sind. Hier muss eine Grenze markiert werden, jenseits derer die Freiverantwortlichkeit der selbstschädigenden Handlung zu verneinen ist. Problematisch ist hier insbesondere die Frage, ob zur Festlegung dieser Grenze auf die Bestimmungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Fremdschädigungen (Schuldunfähigkeit) zurückgegriffen werden kann. Das gilt a fortiori für Rechtsordnungen, in denen neben der vollständigen Schuldunfähigkeit auch die Konstellation einer (lediglich) eingeschränkten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) anerkannt ist.

Das zweite Problem wird, soweit wir sehen, bisher nur selten thematisiert. So wird es weithin akzeptiert, wenn etwa die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen an ein Mindestalter von 18 Jahren gebunden wird.²³ Patientenverfügungen ermöglichen es einer Person unter anderem, festzulegen, dass unter bestimmten Voraussetzungen keine lebensverlängernden Maßnahmen ergriffen werden dürfen. Sie gelten für den Fall, dass der Patient in der Entscheidungssituation nicht mehr in der Lage ist, einen (rechtsverbindlichen) Willen zu äußern. Die Festlegung des Mindestalters bedeutet in diesem Fall, dass ein 17-jähriger auch dann, wenn er bei der Abfassung der Verfügung über die Einsichtsfähigkeit eines Erwachsenen verfügt, später entgegen dem in dieser Verfügung geäußerten Willen lebensverlängernden Zwangsmaßnahmen unterworfen werden darf. Auf dieses Problem wird zurückzukommen sein.²⁴

bb) Sozialer oder situativer Druck

Insbesondere im Kontext der Problematik von Suizid und Sterbehilfe wird die Freiwilligkeit des Entschlusses zur Beendigung des eigenen Lebens häufig mit dem Argument in Zweifel gezogen, dieser Entschluss resultiere aus einer Situation erheblichen Drucks und können deshalb nicht als der „wirkliche“ Wille des Betroffenen angesehen werden. Aber dieses Argument ist allenfalls von begrenzter Tragweite. Denn so richtig es ist, dass der Entschluss zur Beendigung des eigenen Lebens einer Situation entspringen kann, die der Betroffene als unerträglich qualvoll erlebt, so fehlerhaft ist es, diesen Entschluss deshalb in einem für die Paternalismus-Problematik relevanten Sinne für „unfrei“ zu erklären. Denn dieser Entschluss ist eine eigenverantwortliche Reaktion auf eine als ausweglos erlebte Situation. Der „Fehler“ liegt nicht

in dem Motivationsprozess oder der Disposition des Entscheidenden, sondern in den von ihm nicht beherrschbaren äußeren Umständen.²⁵

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, inwieweit Erwartungen des sozialen Umfelds einer Person diese zu dem Entschluss bestimmen können, ihr Leben zu beenden, und inwieweit paternalistische Vorkehrungen gegen diese Gefahr möglich und zulässig sind. Insbesondere in der Begründung von Gesetzentwürfen, die darauf abzielen, Möglichkeiten der Sterbehilfe zu beschränken, wird diese Gefahr beschworen. Vor allem alte und zudem schwer erkrankte Personen müssten durch ein weitgehendes Verbot der Sterbehilfe davor geschützt werden, sich einem sozialen Druck, ihr Leben zu beenden, zu beugen. Auch auf diese Argumentation wird zurückzukommen sein.²⁶

cc) Informationsdefizite und kognitive Fehler

Grundsätzlich ist der Einzelne selbst dafür verantwortlich, dass seine Entscheidungen auf der Basis (möglichst) vollständiger Information und im Wege einer rationalen Abwägung von Pro- und Contra-Argumenten fallen. Seine Autonomie umfasst allerdings auch die Befugnis, auf die Einholung „an sich“ relevanter Informationen bewusst zu verzichten und bestimmte Entscheidungen nicht nach Standards der Rationalität, sondern nach Gewohnheit, persönlicher Vorliebe oder Zufallsfaktoren zu treffen. Deshalb lässt sich Autonomie, entgegen dem verhaltensökonomischen Ansatz von *Sunstein* und *Thaler*, auch nicht auf Rationalität reduzieren.²⁷

Allerdings können Informations- und Abwägungsdefizite dann Anlass zu paternalistischen Interventionen geben, wenn dem Betroffenen gewichtige Nachteile, insbesondere irreversible körperliche Schäden drohen. In diesen Fällen erscheint es legitim, Informationsobliegenheiten festzulegen bzw. ein nochmaliges Überdenken der Abwägung zu verlangen. Typischerweise liegt hier der Anwendungsbereich eines prozeduralen Paternalismus, dessen mögliche Konturen *Saliger* exemplarisch herausgearbeitet hat.²⁸ Es werden etwa gewisse Wartezeiten festgelegt, innerhalb derer die relevanten Informationen eingeholt und in den Entscheidungsprozess einbezogen werden sollen. Beispiele finden sich in unterschiedlichen Gesetzesentwürfen zur Sterbehilfe.²⁹

²⁵ Näher dazu unten II. 3. a) aa).

²⁶ Näher dazu unten II. 3. a) ee).

²⁷ *Sunstein/Thaler*, The University of Chicago Law Review, 70 (2003), 1158. Zudem dürfte diesem Ansatz eine verkürzte, weil auf Rationalität verengte Vorstellung menschlicher Verhaltensorientierung zugrunde liegen.

²⁸ Dazu insbesondere *Saliger*, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 1063.

²⁹ Krit. auch *Gutmann*, Paternalismus und Konsequentialismus, 2011, S. 12 ff.

²² Oben unter c) bb).

²³ § 1901a BGB.

²⁴ Siehe unten II. 3. a) cc).

e) *Persönliche Präferenzen als Orientierungspunkte paternalistischer Interventionen*

Oben wurde festgestellt, dass es eine Voraussetzung der Legitimität paternalistischer Maßnahmen ist, dass sie an den Präferenzen des Betroffenen, nicht an den „objektiven“ Interessen orientiert sind, die ihm von anderen Personen bzw. der Gesellschaft insgesamt zugeschrieben werden. An diesem Punkt stellt sich allerdings das folgende Problem. Ausdruck einer aktuellen Präferenz des Betroffenen ist seine Entscheidung, deren Umsetzung durch eine paternalistische Intervention blockiert werden soll. Andererseits soll diese Intervention gerade einer Präferenz des Betroffenen dienen. Es ist deshalb erforderlich, die zu blockierende Präferenz des Betroffenen in ein Rangverhältnis mit der zu befördernden zu bringen, in der die letztere die höhere Position einnimmt – wie der Vater gegenüber dem Kind. Natürlich kann das nicht ad hoc geschehen; die Rangfolge muss sich vielmehr an generellen Kriterien orientieren. In Betracht kommen hier unterschiedliche Gesichtspunkte.

aa) *Zentrale und periphere Wünsche*

Eine erste Möglichkeit besteht darin, zu fragen, welches Gewicht die konkurrierenden Präferenzen für den Betroffenen selbst haben. Nach diesem Kriterium lassen sich periphere Wünsche von zentralen unterscheiden.³⁰ So kann etwa der Wunsch, auf das lästige Anlegen des Sicherheitsgurts zu verzichten, als peripher, der Wunsch, bei einem Autounfall von schweren Verletzungen verschont zu bleiben, als zentral klassifiziert werden.³¹ Die paternalistische Intervention folgt insoweit der Rangordnung der Wünsche, die den Meta-Präferenzen des Betroffenen selbst entsprechen. Paternalistisch ist sie insofern, als sie den Betroffenen dazu nötigt, diese Rangordnung – entgegen seinen aktuellen Wünschen – auch in die Tat umzusetzen. Vergleichbar, aber nicht identisch ist die Unterscheidung zwischen Wünschen auf unterschiedlichen Ebenen, die insbesondere *Frankfurt* herausgearbeitet hat.³² Wünsche auf höherer Ebene können danach mit Wünschen auf einer niedrigeren Ebene nicht nur in Konkurrenz treten, sie können diese geradezu dementieren. Ein Beispiel bietet etwa der Wunsch, eine Zigarette zu rauchen – überlagert von dem Wunsch, nicht dem Rauchen verfallen zu sein, also nicht das Bedürfnis nach einer Zigarette zu verspüren.

bb) *Aktuelle und zukünftige Wünsche*

Eine wichtige Unterscheidung im Kontext der Paternalismus-Problematik ist die zwischen aktuellen und zukünftigen Wünschen des Betroffenen. Sie dient zur Rechtfertigung von Maßnahmen, die den gegenwärtigen Wünschen einer Person widerstreiten, ihren zukünftigen Wünschen aber aller Wahrscheinlichkeit nach entsprechen. Ob es sich bei derartigen

Interventionen stets um hart paternalistische³³ oder aber, zumindest unter bestimmten Umständen, um weich paternalistische³⁴ Maßnahmen handelt, ist umstritten. Für ihre Qualifizierung als hart paternalistisch spricht, dass bei dieser Argumentation nicht vorausgesetzt wird, dass die aktuelle Präferenz auf einem defizitären Entscheidungsprozess beruht. Als weich paternalistisch ließen sich Interventionen zugunsten (wahrscheinlicher) künftiger Präferenzen kennzeichnen, wenn man innerhalb der mangelfrei getroffenen Entscheidungen nochmals zwischen „wohlüberlegten“ und „nicht wohlüberlegten“ differenziert.³⁵ Wir halten diese Abstufung zwischen freiverantwortlichen Handlungen einerseits und andererseits solchen, die darüber hinaus wohlüberlegt sind, in diesem Zusammenhang für hilfreich. Sie ist für die Frage, inwieweit Dritte strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können, wenn sie einen freiverantwortlichen, aber offensichtlich nicht wohlüberlegt unternommenen Suizidversuch nicht verhindern, von erheblicher Bedeutung.³⁶

Eine zentrale Rolle spielt die Unterscheidung zwischen gegenwärtigen und zukünftigen Präferenzen der Person bei der Verteidigung paternalistischer Interventionen durch *Parfit*. Nach *Parfit* können im Ablauf eines menschlichen Lebens verschiedene Persönlichkeiten („Selbst“ [„Self“]) aufeinanderfolgen.³⁷ Das sei dann der Fall, wenn sich in den Überzeugungen und Präferenzen des Individuums wesentliche Änderungen ergeben. Deshalb sei es zulässig, bestimmte Interventionen gegenüber einem gegenwärtigen „Selbst“ im Interesse eines späteren zuzulassen. *Parfit* greift folgerichtig auf das Prinzip zurück, das die Schädigung einer *anderen* Person verbietet („harm principle“). Damit wird das moralphilosophische und rechtsphilosophische Problem des Paternalismus umgangen. Da es um den Schutz einer anderen (zukünftigen) Person geht, handelt es sich bei den Interventionen nur scheinbar um Maßnahmen gegen „selbstschädigende“ Handlungen. Tatsächlich gehe es um die Verhinderung der Schädigung eines anderen.

Das rechts- und moralphilosophische Problem der Legitimität paternalistischer Maßnahmen wird in diesem Modell mithilfe eines metaphysischen Konzepts der Person trivialisiert. Denn: dass es sich bei demselben Individuum in einer späteren Phase seiner Entwicklung unter bestimmten Voraussetzungen um eine „andere“ Person handeln soll, ist eine apriorische Annahme, die sich jeder empirischen Bestätigung entzieht. Zudem ist gegen das Modell von *Parfit* einzuwen-

³⁰ *Kleinig*, *Paternalism*, 1984, S. 67 ff.

³¹ *Kleinig* (Fn. 6), S. 145 f.

³² *Frankfurt*, in: Betzler/Guckes (Hrsg.), *Freiheit und Selbstbestimmung*, 2001, S. 65.

³³ So *Wolf*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (59).

³⁴ So *Hörnle*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 3), S. 111 (118).

³⁵ So *Hörnle* (Fn. 34): „Wenn z.B. ein Zwanzigjähriger sich auf eine riskante Handlung als Mutprobe einlässt, ist es möglich, trotz Volljährigkeit, normaler Intelligenz und voller Risikokenntnis diese Entscheidung nicht als selbstbestimmt in einem anspruchsvollen Sinne einzuordnen“ (S. 118 Fn. 38).

³⁶ Dazu *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 211–216 Rn. 65, 83.

³⁷ *Parfit*, *Reasons and Persons*, 1984, S. 204 ff.

den, dass die Grenze, an der der Übergang zu einem anderen „Selbst“ erfolgen soll, völlig vage bleibt.³⁸ Im Kontext der Paternalismus-Diskussion ergibt sich der entscheidende Einwand aber aus einem Kategorienfehler. Indem *Parfit* aus seinem metaphysischen Modell des Nacheinanders verschiedener Persönlichkeiten ethische Konsequenzen zieht (Zulässigkeit von Interventionen, die nach ihrer Phänomenologie paternalistisch sind), missachtet er die Trennung von Sein und Sollen.³⁹ Man hat ihm deshalb zu Recht einen „naturalistischen Fehlschluss“ angelastet.⁴⁰

cc) Irrationale Wünsche und Überzeugungen

Autonomie als normative Zuständigkeit beinhaltet das Recht, auch irrationale Entscheidungen zu treffen. Sofern die Irrationalität dieser Entscheidungen auf Mängeln des konkreten Entscheidungsprozesses beruht, hätten Maßnahmen, die zur Verhinderung der Realisierung dieser Entscheidung getroffen werden, weich paternalistischen Charakter. Ist die irrationale Entscheidung dagegen durch stabile weltanschauliche oder religiöse Überzeugungen geprägt, so ist er nicht durch situative Entscheidungsdefizite, sondern durch die Struktur der Persönlichkeit des Betroffenen geprägt. In diesem Fall wäre eine Intervention als hart paternalistisch zu beurteilen.

An einem Beispiel: Lehnt ein schwerverletzter Unfallpatient eine lebensrettende Bluttransfusion deshalb ab, weil diese mit seiner religiösen Überzeugung (etwa als Zeuge Jehovas) nicht vereinbar ist, so wäre es eine hart paternalistische Intervention, wenn sich die zuständigen Ärzte über diese Entscheidung hinwegsetzen würden. Anders, wenn der schwerverletzte Unfallpatient eine lebensrettende Transfusion ablehnt, um sein Leben zu beenden, weil er sich an dem Unfall, der auch den Tod seiner Freundin verursacht hat, schuldig fühlt. Im ersten Fall scheidet eine Rechtfertigung eines paternalistischen Eingriffs aus. Im zweiten Fall käme er unter moralischen Gesichtspunkten als weich paternalistischer Eingriff in Betracht, wenn man den Unfallschock als Faktor wertet, der ein Defizit der Entscheidungsbildung bewirkt. Das Gleiche gilt, wenn man von einer mangelfreien Entscheidung ausgeht, aber im Sinne der Differenzierung zwischen einer (lediglich) freiverantwortlich getroffenen und einer (darüber hinaus) wohlervogenen Entscheidung Letzteres verneint. Die Antwort auf die Frage, ob eine zwangsweise Bluttransfusion im zweiten Fall rechtlich und moralisch gerechtfertigt ist, wird damit nicht präjudiziert. Auch „weich“ paternalistische Maßnahmen können unzulässig sein.⁴¹

II. Strafrechtspaternalismus bei Sterbehilfe und Suizid-Unterstützung

1. Das Leben als Individualrechtsgut

Das Leben eines Menschen gehört diesem selbst. Es ist Eigentum weder einer Gottheit noch des Staates oder der Gesellschaft. Dies jedenfalls ist die Auffassung einer Zeit, die von der Tradition der Aufklärung, der Emanzipation von einer Diktatur der Religion und der scharfen Abkehr von dem Modell eines totalitären Staates geprägt ist. Genauer: es *sollte* die Auffassung dieser Zeit sein. Denn zumindest unerschwerlich spielen religiöse und totalitäre Vorstellungen nicht nur in der öffentlichen Diskussion, sondern auch bei Gesetzesprojekten im Bereich der Sterbehilfe eine erhebliche Rolle. Das gilt beispielsweise für den 2015 als § 217 StGB in das deutsche Strafgesetzbuch eingeführten Straftatbestand der „Geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“, der von *Fischer* als „Kniefall vor einer angeblichen Macht klerikaler Zwangsregime“ gewertet wurde.⁴² Die erheblichen Divergenzen, die in der strafrechtlichen Bewertung von Sterbehilfe und Suizidunterstützung zwischen verschiedenen Rechtsordnungen bestehen, dürften zu einem großen Teil auf die unterschiedliche Präsenz religiöser sowie staatsautoritärer Vorstellungen zurückzuführen sein.

Gegenstand dieses Beitrags sind indes *paternalistische* Regelungen und Argumentationen, nicht alternative (rechtsmoralistische, religiöse oder staatsautoritäre) Begründungen oder Motive von Straftatbeständen. Das bedeutet: Wir beschränken uns im Folgenden darauf, diese Regelungen mit Hilfe des vorstehend bereitgestellten Instrumentariums zu analysieren. Soweit Straftatbestände nicht mit paternalistischen Erwägungen gerechtfertigt werden können, soweit etwa behauptet wird, dass Leben sei ein unverfügbares Rechtsgut und deshalb auch gegenüber dessen Inhaber selbst zu schützen,⁴³ geht es um Rechtsmoralismus und damit um eine nicht diskutierbare Beschränkung individueller Freiheiten.

2. Direkter und indirekter Paternalismus bei Suizidunterstützung und Sterbehilfe

a) Direkt paternalistische Maßnahmen

Soweit eine Rechtsordnung (wie früher die englische) den (versuchten) Suizid mit Strafe bedroht, würde es sich um eine hart paternalistische Regelung handeln, soweit man ihr das Ziel unterstellen könnte, den Suizid im eigenen Interesse des Betroffenen zu verhindern. Indessen dürfte diese Unterstellung wenig plausibel sein. Näher liegt es, in einem solchen Straftatbestand eine rechtsmoralistische Norm zu sehen, die an religiöse Verbote oder dominante gesellschaftliche Moralvorstellungen anschließt. Überwiegend paternalistisch dürften dagegen Normen des Polizeirechts sein, die es erlauben,

³⁸ Zutreffend *Steenbreker*, Identität und Freiheit, 2020, S. 56 ff.

³⁹ *Quante*, Person, 2. Aufl. 2012, S. 121 ff.

⁴⁰ *Steenbreker* (Fn. 38), S. 64.

⁴¹ Sehr klar dazu *Mayr* (Fn. 15), S. 50 (mit dem Beispiel der Zwangsverheiratung eines geistig behinderten Mädchens zum Zweck der sozialen Absicherung).

⁴² *Fischer* bei *Fischer/Gerhardt*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2015, 219 (221 – damals noch bezogen auf die seinerzeit diskutierten Entwürfe; deshalb im Original: „Kniefälle“). § 217 StGB wurde in der Entscheidung BVerfGE 153, 182 für verfassungswidrig erklärt.

⁴³ Gegen diese Auffassung nachdrücklich *Reyes*, ZIS 2017, 612 (614 ff.).

einen Suizidversuch zu unterbinden und den Suizidwilligen zu inhaftieren (Konstellation eines direkten Paternalismus). Denn zur Begründung ließe sich anführen, dass immer mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, dass es sich um einen (versuchten) Affektsuizid und damit nicht um einen wohlüberlegt unternommenen Suizidversuch handelt („weicher“ Paternalismus). Diese Begründung trägt allerdings nicht in Fällen, in denen es sich eindeutig um einen wohlwogenen Akt, also um einen sog. „Bilanzsuizid“ handelt. Wenn auch in diesen Fällen ein polizeiliches Interventionsrecht bejaht wird (harter Paternalismus), so ist das weder moralisch legitimierbar noch mit dem rechtsstaatlichen Prinzip der Autonomie der Person vereinbar.⁴⁴

b) Indirekt paternalistische Maßnahmen

Eine ungleich gewichtigere Rolle spielen im Bereich von Entscheidungen zur Beendigung des eigenen Lebens Normen, die sich nicht gegen den Sterbewilligen selbst, sondern gegen andere Personen richten (indirekter Paternalismus). Hier geht es zum einen um Handlungen, mit denen ein Suizid unterstützt oder zu diesem angestiftet wird. Zum andern steht die Strafbarkeit von Personen in Frage, die das Leben eines anderen auf dessen Verlangen hin „täterschaftlich“ beenden (Tötung auf Verlangen, § 216 StGB).

aa) Beihilfe und Anstiftung zur Selbsttötung

Inwieweit Beihilfe und Anstiftung zur Selbsttötung einen Straftatbestand verwirklichen, hängt zum einen von der Gesetzeslage, zum andern von den einschlägigen dogmatischen Regeln ab. In einigen Rechtsordnungen verwirklichen sowohl Anstiftung als auch Beihilfe, in anderen erfüllt lediglich die Anstiftung zum Suizid einen Straftatbestand. Schließlich gibt es Rechtsordnungen, in denen weder die Suizidanstiftung noch die Suizidbeihilfe tatbestandlich vertypt ist.

In Rechtsordnungen ohne einen speziellen Straftatbestand der Anstiftung oder Beihilfe zum Suizid (wie in Deutschland) wird die Grenze zwischen einer strafbaren und einer straflosen Beteiligung an einem Suizid durch die allgemeinen Tötungstatbestände sowie die einschlägigen dogmatischen Regeln und Prinzipien festgelegt. Überwiegend wird hier argumentiert, dass die Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe eine rechtswidrige Haupttat voraussetze (Prinzip der „Akzessorietät“),⁴⁵ der Suizid aber (jedenfalls nach deutschem Recht und in den meisten Rechtsordnungen) keine Straftat sei. Demgegenüber gehen, worauf schon hingewiesen wurde, einige Autoren davon aus, dass auch der durch das Strafgesetz nicht verbotene Suizid eine rechtswidrige Handlung sei und deshalb Anstiftung und Beihilfe als Teilnahme an einer rechtswidrigen Tötungshandlung strafbar seien.⁴⁶

⁴⁴ Wenn in der Situation nicht klar zu erkennen ist, ob es sich um einen (versuchten) Affekt- oder Bilanzsuizid handelt, sollten für die Polizei die gleichen Regeln gelten wie für Privatpersonen: Recht (und gegebenenfalls Pflicht) zur Intervention, falls eine Affekthandlung nicht ausgeschlossen werden kann.

⁴⁵ §§ 26, 27 StGB.

⁴⁶ Köhler (Fn. 3).

Dieser letzteren Auffassung ist nachdrücklich zu widersprechen. Soweit das Gesetz nicht die Rechtswidrigkeit des Suizids deklariert, kann die Teilnahme an ihm nicht *als Anstiftung oder Beihilfe* zum Suizid bestraft werden. Eine andere Frage ist natürlich, unter welchen Voraussetzungen die Verursachung eines Suizids als ein *täterschaftlich* begangenes Tötungsdelikt bestraft werden kann. Hier kommt es entscheidend auf die Voraussetzungen an, unter denen die Freiverantwortlichkeit des Suizids (oder Suizidversuchs) zu bejahen ist (dazu unter 3. a).

Da die Veranlassung oder Unterstützung eines nicht freiverantwortlich unternommenen Suizids nach allgemeinen dogmatischen Regeln als täterschaftliches Tötungsdelikt strafbar ist (Konstellation der „mittelbaren Täterschaft“), ist der Anwendungsbereich eigenständiger Straftatbestände der Anstiftung und Beihilfe zum Suizid beschränkt. Er erfasst lediglich die Teilnahme an einem freiverantwortlich unternommenen Suizid. Damit sind diese Tatbestände einem harten (indirekten) Paternalismus zuzuordnen. Das bedeutet nicht von vornherein, dass sie *rechtsethisch* illegitim sind. Man wird hier aber differenzieren müssen. Was die *Beihilfe* zu einem freiverantwortlich unternommenen Suizid betrifft, so gibt es keine überzeugende Rechtfertigung für ihre Kriminalisierung. Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich zugleich um einen wohlwogenen Akt der Beendigung des eigenen Lebens handelt.⁴⁷ Schwieriger zu entscheiden ist die Frage, ob die Kriminalisierung der *Anstiftung* zu einem Suizid gerechtfertigt ist. Teilweise wird hier nicht nur unter rechtsethischen, sondern auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten differenziert.⁴⁸ Unseres Erachtens besteht in dieser Frage sowohl unter verfassungsrechtlichen als auch unter rechtsethischen Gesichtspunkten ein Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers.

bb) Tötung auf Verlangen

Wenn der Sterbewillige infolge seines körperlichen Zustands auch mit Unterstützung Dritter nicht in der Lage ist, die lebensbeendende Handlung selbst zu vollziehen, kann er den Willen, sein Leben zu beenden, nur dann realisieren, wenn an seiner Stelle ein anderer diese Handlung ausführt. Dieser andere aber macht sich, soweit nicht privilegierende Sonderregelungen der „Sterbehilfe“ eingreifen,⁴⁹ wegen eines Tötungsdelikts strafbar, soweit die Rechtsordnung auch eine „Tötung auf Verlangen“ mit Strafe bedroht.⁵⁰ Ob und in wel-

⁴⁷ Zur Differenzierung zwischen einem freiverantwortlich unternommenen und einem (darüber hinaus) wohlwogenen Suizid(versuch) oben I. 2. e) cc).

⁴⁸ So hat der österreichische Verfassungsgerichtshof mit Ur. v. 11.12.2020 (Az. G 139/2019-71) den Straftatbestand der Hilfe zur Selbsttötung (§ 78 Alt. 2 öStGB) für verfassungswidrig erklärt, den Tatbestand der Verleitung zur Selbsttötung (§ 78 Alt. 1 öStGB) aber nicht in Frage gestellt. Zu dieser Entscheidung *Barnat*, MedR 2021, 529.

⁴⁹ Dazu *Neumann* (Fn. 36), Vor §§ 211–216 Rn. 99 ff.

⁵⁰ Gem. § 216 StGB bleibt die *gezielte aktive* Tötung auch dann strafbar, wenn sie auf Drängen des Patienten hin und/oder aus Mitleid erfolgt. Der vergleichbare Tatbestand der

cher Weise ein solcher Straftatbestand zu rechtfertigen ist, ist umstritten. Das hier gelegentlich vorgetragene „Argument“, das Rechtsgut Leben sei grundsätzlich unverfügbar, liefert eher eine Beschreibung als eine Begründung der Regelung. Nachdem religiöse Traditionen zur Rechtfertigung von staatlichen Normen heute nicht mehr tauglich sind, kommen hier nur zwei Wege der Argumentation ernstlich in Betracht. Der Tatbestand kann als Norm entweder zum Schutz gesellschaftlicher Interessen, oder aber zum eigenen Schutz des Sterbewilligen interpretiert werden.

Auf den Schutz gesellschaftlicher Interessen stellen diejenigen ab, die dem Tatbestand die Funktion einer Aufrechterhaltung des „Tötungstabus“ zuschreiben. Allerdings ist diese Deutung in ihren empirischen Voraussetzungen ebenso problematisch wie hinsichtlich ihrer normativen Komponente. Empirisch nicht hinreichend belegt ist die Annahme, dass die Strafflosigkeit einer *erbetenen* Tötungshandlung die Geltung der gesellschaftlichen Norm, die die Vernichtung des Lebens eines Menschen jenseits dieser Ausnahmekonstellation verbietet, tangieren würde. Fragwürdig ist diese Argumentation aber auch in normativer Hinsicht. Denn sie setzt voraus, dass der Einzelne um des Schutzes gesellschaftlicher Normen willen unter Umständen gezwungen werden dürfte, gegen seinen Willen ein qualvolles Leben fortzuführen. In einer an der Menschenwürde der Person orientierten Rechtsordnung ist dies nicht zu begründen.⁵¹

Zu rechtfertigen ist ein Straftatbestand der „Tötung auf Verlangen“ deshalb allenfalls in einer paternalistischen Lesart, der zufolge er den Einzelnen vor einer Verletzung seiner (Lebens-)Interessen durch ihn selbst schützen soll.⁵² Nach den oben entwickelten Kriterien⁵³ wäre der Tatbestand aber auch als Norm mit paternalistischer Schutzrichtung nur mit erheblichen Einschränkungen legitimiert. Denn: Soweit der Entschluss, das eigene Leben zu beenden, eine wohlüberlegte Entscheidung darstellt, laufen paternalistische Erwägungen ins Leere. Konkret: wenn einer zur Selbstverantwortung fähigen Person nach zuverlässiger Diagnose ein ferneres Leben bevorsteht, das für sie eine nicht erträgliche Last wäre, so

wäre es nicht im Sinne ihrer zukünftigen (oder unter anderen Aspekten „überlegenen“) Präferenzen, ihr zu verwehren, ihr Leben durch die Hand eines anderen zu beenden. Umgekehrt: Gerechtfertigt sein können paternalistische Maßnahmen, die einem *voreiligen* Entschluss vorbeugen, sich das Leben nehmen zu lassen.⁵⁴ In Betracht kommen hier die Instrumente eines prozeduralen Paternalismus,⁵⁵ insbesondere die Festlegung von Informations- und Wartepflichten. Das uneingeschränkte Verbot einer Tötung auf Verlangen ist weder paternalistisch noch in anderer Weise zu rechtfertigen.

3. Grenzziehungen

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet die Grenzziehung zwischen der (nach deutschem Recht straflosen) Unterstützung eines (freiverantwortlichen) Suizids einerseits, einem Delikt der Fremdtötung andererseits. Hier geht es um Fragen der Strafrechtsdogmatik, die aber zugleich die Reichweite der Autonomie des Sterbewilligen und damit die rechtsethische Problematik des Paternalismus betreffen. Im Zentrum stehen hier zwei Probleme. Zum einen ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Entscheidung des Sterbewilligen im Rechtssinne „autonom“, also eigenverantwortlich ist (a). Die Unterstützung eines nicht freiverantwortlich unternommenen Suizids oder Suizidversuchs wäre als Tötungsdelikt zu bestrafen. Zum andern geht es um die Abgrenzung zwischen einer bloßen „Beihilfe“ zum Suizid und einer täterschaftlich begangenen „Tötung“ auf Verlangen. Hier stellt sich die Frage, ob auf die allgemeinen dogmatischen Regeln der Abgrenzung zwischen „Täterschaft“ und „Teilnahme“ zurückgegriffen werden kann, oder ob die Einführung spezifischer Regeln erforderlich ist (b).

a) Kriterien der „Freiverantwortlichkeit“ (Autonomie) der Entscheidung

Für die Grenzziehung zwischen einer freiverantwortlichen und einer nicht freiverantwortlichen Entscheidung des Sterbewilligen liefern die Strafgesetze typischerweise keine zuverlässigen Anhaltspunkte. Zwar wird insoweit teilweise auf die Bestimmungen über die Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) zurückgegriffen. Aber das ist wenig überzeugend, weil die Verantwortlichkeit für das Handeln gegenüber sich selbst mit der Verantwortlichkeit für Handlungen, die anderen gegenüber vorgenommen werden, nicht parallelisiert werden kann.⁵⁶ Die Grenzziehung hat sich vielmehr an den Interessen und Bedürfnissen des Suizidwilligen zu orientieren. Insofern geht es um rechtsethische Fragen, bei denen auch der Gesichtspunkt eines paternalistischen Schutzes des Sterbewilligen vor sich selbst zu berücksichtigen ist. Die entscheidende Frage lautet, unter welchen Voraussetzungen eine autonome Entscheidung des Sterbewilligen vorliegt, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer anderen Person ausschließt, soweit nicht nach zwingenden dogmatischen Regeln trotz der Autonomie dieser Entscheidung eine täterschaftlich begangene Fremdtötung zu bejahen ist (dazu unter b).

„Tötung aus Mitleid“ im kolumbianischen Strafrecht (Art. 106 kolStGB) ist in der Einschränkung, die er durch das kolumbianische Verfassungsgericht erfahren hat, insofern liberaler, als er unter bestimmten Voraussetzungen auch eine aktive Mitleidstötung nicht ausschließt (Corte Constitucional República de Colombia, Urt. v. 22.7.2021 – C-223/21).

⁵¹ In Entscheidungen der Verfassungsgerichte, mit denen Straftatbestände eingeschränkt oder aufgehoben werden, die die Freiheit des Sterbewilligen, sich für die Beendigung seines Lebens der Hilfe Dritter zu bedienen, beeinträchtigen, spielt das Prinzip der Menschenwürde eine zentrale Rolle. Für Kolumbien vgl. Corte Constitucional República de Colombia, Urt. v. 15.12.2014 – T-970/14 und Corte Constitucional República de Colombia, Urt. v. 22.7.2021 – C-223/21, für Deutschland die 2020 ergangene wichtige Entscheidung BVerfGE 153, 182.

⁵² So etwa Jakobs, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 23.

⁵³ Oben unter I. 2. e) bb).

⁵⁴ v. Hirsch/Neumann (Fn. 9), S. 71.

⁵⁵ Dazu insbesondere Saliger (Fn. 28), passim.

⁵⁶ Neumann (Fn. 36), Vor §§ 211–216 Rn. 64–65a.

aa) Aktuelle oder drohende Schmerzzustände

Die Fähigkeit zu autonomer Entscheidung wird, entgegen verbreiteter Auffassung, durch Schmerzen oder die begründete Angst des Patienten vor einer weiteren Verschlechterung seines Zustands nicht beeinträchtigt.⁵⁷ Denn: Schmerzen und naheliegende Verschlechterungen des Gesundheitszustands gehören zu den *Umständen der Situation*, auf die der Betroffene reagieren muss. Sie sind Bestandteile einer der Alternativen, zwischen denen der Betroffene wählen muss, wenn er sich für ein qualvolles Weiterleben oder einen raschen Tod entscheiden muss. Sie verursachen damit keine Defizite des Entscheidungsprozesses, stellen also dessen Wohlüberlegtheit nicht in Frage.

bb) Seelische Störungen

Wenn der akute Sterbewille die Folge einer seelischen Erkrankung ist, so ist die Eigenverantwortlichkeit des Suizidentschlusses bzw. des Tötungsverlangens in der Regel zu verneinen. Allerdings ist nicht anzuerkennen, dass eine mit erheblichem Leidensdruck verbundene psychische Erkrankung eine Freiverantwortlichkeit des Suizids von vornherein ausschließen würde. So ist eine durch Depressionen ausgelöste Entscheidung zum Suizid nicht notwendig unfrei.⁵⁸ Erst recht gilt dies für eine Selbsttötung, die aus Furcht vor „Krankheitsqualen“ unternommen wird.⁵⁹ Auch bei einem aufgrund einer wirtschaftlichen oder sonstigen Notlage unternommenen Suizid(versuch) ist die Freiverantwortlichkeit nicht zu verneinen,⁶⁰ soweit es sich um eine nachvollziehbare Reaktion auf eine ausweglose Notlage handelt. Auch der Selbstmord eines „Geisteskranken“ ist nicht unfrei, wenn er auf den Umständen der Situation und nicht auf Defiziten der Willensbildung beruht.⁶¹ Das gleiche gilt für einen Sterbewunsch, der im Zustand beginnender, progredierender Demenz aus – begründeter – Furcht vor einer dramatischen Verschlimmerung des Zustands gefasst wird.⁶²

⁵⁷ Ebenso Reyes (Fn. 43), S. 614. Dazu schon oben unter I. 2. d) bb).

⁵⁸ Zutreffend Pawlik, in: Bormann (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen, Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“*, 2017, S. 667 (680); Kienzerle, *Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe*, 2021, S. 193. Aktuell zu dem Problem LG Berlin I, Urt. v. 8.4.2024 – (540 Ks) 278 Js 405/21 (2/23). Krit. zu dieser Entscheidung, die in casu die Freiverantwortlichkeit des Suizidentschlusses verneint und den beteiligten Arzt wegen eines Tötungsdelikts verurteilt, Neumann, NK 2024, 421.

⁵⁹ Überzeugend dazu Herzberg, in: Saliger (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 839 (845); ebenso Pawlik (Fn. 58), S. 680.

⁶⁰ Zutreffend Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn 26.

⁶¹ Dazu Roxin, in: Wolter (Hrsg.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, S. 177 (183).

⁶² Dazu Schroth, in: Sellmaier/Mayr (Hrsg.), *Normativität, Geltung und Verpflichtung*, 2011, S. 237.

cc) Minderjährigkeit

Entsprechendes gilt für den Suizidversuch von Kindern und Jugendlichen.⁶³ Auch hier kommt es entscheidend darauf an, ob die Handlung auf einer altersbedingt defizienten Entscheidungskompetenz oder aber auf den Umständen der Situation beruht.⁶⁴ Die Gegenauffassung, die bei Kindern und teilweise generell bei Minderjährigen die Möglichkeit eines freiverantwortlichen Suizids grundsätzlich ausschließen will, muss unterstellen, dass es für Angehörige dieser Personengruppe niemals nachvollziehbare, aus den objektiven Gegebenheiten resultierende Gründe zum Suizid geben kann. Das aber ist evident unrichtig. Eine Rechtfertigung dafür, entscheidungsfähige Minderjährige dazu zu zwingen, weiterhin Qualen zu leiden, wenn man Erwachsenen in parallel gelagerten Situationen die Möglichkeit einräumt, diesen Qualen (und ihrem Leben) mit Hilfe Dritter ein Ende zu setzen, ist nicht zu sehen.⁶⁵

dd) „Natürlicher Lebenswille“

Erhebliche Probleme wirft der Fall auf, dass eine Person im Zustand uneingeschränkter Einsichtsfähigkeit die Verfügung getroffen hat, dass im Fall schwerer Demenz keine lebensverlängernden Maßnahmen getroffen werden dürfen, bei Eintritt dieser Situation aber einen „natürlichen Lebenswillen“ zeigt. In dieser Situation (schwere Demenz) ist die Fähigkeit zu einer autonomen Willensbildung nach den allgemein anerkannten Regeln zu verneinen. Hier stellt sich die schwierige Frage, ob sich die behandelnden Ärzte an der früheren, im Vollbesitz der geistigen Kräfte getroffenen Verfügung orientieren sollen, oder ob sie den offensichtlich vorhandenen natürlichen Lebenswillen der nicht mehr zu autonomen Entscheidungen fähigen Person zu respektieren haben.

Dieses Problem ist dringlich in Rechtsordnungen, die vorsehen, dass in sog. „Patientenverfügungen“ für bestimmte Situationen verbindliche Entscheidungen über die Nicht-einleitung lebensverlängernder Maßnahmen getroffen werden können.⁶⁶ Es stellt sich aber auch unabhängig von der Existenz entsprechender gesetzlicher Regelungen. Denn das grundsätzliche Problem heißt, ob es in derartigen Situationen auf den mangelfrei gebildeten *früheren* Willen des Betroffenen oder auf seinen *aktuellen*, durch die psychische Erkrankung bestimmten natürlichen Willen ankommen soll. Das Dilemma resultiert hier daraus, dass die Verfügung gerade für den Fall des Eintritts dieser psychischen Erkrankung die Einleitung lebensverlängernder Maßnahmen ausschließen wollte.

⁶³ Dazu Neumann (Fn. 36), Vor §§ 211–216 Rn. 67.

⁶⁴ Ebenso Kienzerle (Fn. 58), S. 193 f.

⁶⁵ Zur Regelung des Euthanasieverfahrens bei Minderjährigen in Kolumbien vgl. Resolución 0825 aus dem Jahre 2018 (abrufbar unter <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-825-de-2018.pdf>, zuletzt abgerufen am 2.5.2025).

⁶⁶ § 1901a BGB.

Wie mit diesem Dilemma umzugehen ist, ist umstritten.⁶⁷ Teilweise wird auch für diese Konstellation an der Verbindlichkeit der Patientenverfügung festgehalten,⁶⁸ teilweise dagegen – insbesondere mit dem Argument der Nichtidentität der jetzigen (dementen) mit der früheren (freiverantwortlich verfügenden) Person⁶⁹ – die Maßgeblichkeit des aktuellen „natürlichen“ Willens bejaht.⁷⁰ Eine uneingeschränkt befriedigende Lösung dieser dilemmatischen Konstellation ist kaum möglich. Rechtlich und moralisch weniger bedenklich erscheint es uns, hier auf den aktuellen und realen natürlichen Lebenswillen des Betroffenen (und nicht auf seinen früher geäußerten, autonom gebildeten hypothetischen Sterbewunsch) abzustellen.⁷¹ Einen Menschen, der offensichtlich weiterleben möchte, mit Berufung auf dessen früheren „autonomen“ Willen sterben zu lassen, dürfte rechtlich wie moralisch (noch) schwerer zu verantworten sein als das Übergehen dieses früheren Willens.⁷²

ee) Sterbehilfe-Angebote als Beeinträchtigung der Autonomie?

Nicht für die Frage der Strafbarkeit suizidunterstützender Maßnahmen *de lege lata*, wohl aber für Erwägungen zu ihrer Strafwürdigkeit *de lege ferenda* bedeutsam ist die Behauptung, dass bereits das Angebot professioneller, „geschäftsmäßiger“ Sterbehilfe die Autonomie von Entscheidungen über das eigene Lebensende beeinträchtigen würde. Auf diese These hatte der deutsche Gesetzgeber seine Entscheidung gestützt, die „geschäftsmäßige“ Sterbehilfe⁷³ als eigenen, inzwischen als verfassungswidrig erkannten (BVerfGE 153, 182) Straftatbestand auszugestalten (§ 217 StGB a.F.). Das bedeutet: die Freiheit einer voll verantwortlichen Person, zur Durchführung ihres wohlüberlegten Suizids ärztlicher Hilfe in Anspruch zu nehmen, wird hier gerade unter Berufung auf den erforderli-

chen Schutz von Autonomie beschnitten. Wir sehen in dieser Argumentation eine Perversion des Autonomie-Prinzips, einen Missbrauch des Arguments der Autonomie zum Zweck der Beschränkung von Autonomie. Dass Angebote Autonomie einschränken könnten, ist fernliegend.

Wenig überzeugend ist auch das Argument, der alte oder kranke Mensch müsse durch ein weitgehendes Verbot der Suizidbeihilfe bzw. der Sterbehilfe vor einem Druck seiner sozialen Umwelt geschützt werden, sein Leben zu beenden. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Gefahr eines derartigen Drucks realistisch ist: Verbote der Suizid- oder Sterbehilfe sind hier wenig effektiv, solange der Betroffene über die Fähigkeit verfügt, sein Leben ohne Unterstützung Dritter zu beenden. Auf der anderen Seite schränken derartige Verbote die Handlungsfreiheit des Betroffenen in Fällen eines wohlüberlegten Sterbewunsches unangemessen ein. Nicht zu rechtfertigen sind sie insbesondere gegenüber denjenigen, die nicht in der Lage sind, Hand an sich selbst zu legen.⁷⁴

b) Abgrenzung zwischen „Täterschaft“ und „Teilnahme“

In Rechtsordnungen, die – wie die deutsche – zwischen (straflöser) Suizidbeihilfe und strafbarer Tötung auf Verlangen differenzieren, ergibt sich die Notwendigkeit, Kriterien zu entwickeln, anhand derer die Abgrenzung vorgenommen werden kann. Entgegen der früher in Deutschland herrschenden Auffassung sind hier die gesetzlichen Bestimmungen über Täterschaft und Teilnahme nicht unmittelbar anwendbar; denn sie betreffen die Aufteilung der Verantwortung zwischen mehreren Personen, die ein (für beide Beteiligten) fremdes Rechtsgut verletzen, nicht aber zwischen dem Inhaber des Rechtsguts (vorliegend: des Sterbewilligen) selbst und einem anderen. Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Suizidenten und dem anderen hat vielmehr anhand des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“ zu erfolgen.⁷⁵ Bei dieser Abgrenzung können die Regeln zu Täterschaft und Teilnahme teilweise analog angewendet werden.⁷⁶ In Hinblick auf die Besonderheiten der Konstellation bei der Mitwirkung an einer *Selbstverletzung* (im Vergleich zu der „arbeitsteiligen“ *Fremdverletzung*, auf die diese Bestimmungen zugeschnitten sind), ergeben sich aber Modifikationen,⁷⁷ die teils zu einer Ausweitung des Verantwortungsbereichs des Beteiligten (Fälle der mittelbaren Täterschaft (aa), teils zu einer Einschränkung führen (Fälle der Quasi-Mittäterschaft (bb)).

aa) Erregung eines Motivirrtums als mittelbare Täterschaft

Eine *Ausweitung* ergibt sich in den Fällen, in denen jemand durch eine falsche Information gezielt zum Suizid veranlasst wird. Behauptet der Informant bewusst wahrheitswidrig, die

⁶⁷ Für den Vorrang des aktuellen „natürlichen Lebenswillens“ etwa Magnus, NStZ 2013, 1 (5); a.A. Kienzerle (Fn. 58), S. 317 ff. sowie Steenbreker (Fn. 38), S. 103 ff.

⁶⁸ So Steenbreker (Fn. 38), S. 135 ff.

⁶⁹ Zu diesem Modell von Parfit oben unter I. 2. e) bb). Gegen das Argument der „Nichtidentität“ ausführlich Steenbreker (Fn. 38), S. 143 ff. (in Auseinandersetzung mit Buchanan).

⁷⁰ Magnus, NStZ 2013, 1 (6). Transparente Darstellung der unterschiedlichen Positionen aus moralphilosophischer Sicht bei Schöne-Seifert/Stier, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Fn. 28), S. 1545, die selbst für einen Vorrang der Patientenverfügung optieren (S. 1560 ff.).

⁷¹ Magnus (Fn. 17), S. 241. Anders Kienzerle (Fn. 58), S. 317 ff., 324.

⁷² Die Entscheidung des niederländischen Hoge Raad (Rechtbank Den Haag v. 11.9.2019 – 09/837356-18), die in Deutschland großes Aufsehen erregt hat, stützt in dem Fall einer Alzheimer-Patientin den Freispruch der Ärztin, die das Leben der Betroffenen gemäß deren Patientenverfügung beendet hatte, nicht auf eine Irrelevanz, sondern auf die mangelnde Evidenz des Vorliegens eines „natürlichen“ Lebenswillens. Ausführlich zu dieser Entscheidung Hörnle, JZ 2020, 872.

⁷³ Zu der auch die ohne finanzielle Interessen gewährte, wiederholte Sterbehilfe durch Ärzte gerechnet wurde.

⁷⁴ Reyes, ZIS 2017, 612 (620).

⁷⁵ Näher dazu Neumann, JA 1987, 244 (247 f.); Roxin, NStZ 1987, 345; vgl. auch Cancio Meliá, ZStW 111 (1999), 357 (375).

⁷⁶ So auch der deutsche Bundesgerichtshof (BGHSt 19, 135 [137 f.]); zustimmend Magnus (Fn. 17), S. 245.

⁷⁷ Ausführlich dazu Sowada, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Fn. 28), S. 1109.

Ehefrau seines Opfers habe in Verhältnis mit einem anderen Mann, um ihn in den Suizid zu treiben, so ist das als (gegebenenfalls: versuchtes) täterschaftlich begangenes Tötungsdelikt strafbar.⁷⁸ Die Regeln der mittelbaren Täterschaft sind hier (direkt oder analog) anwendbar, obwohl der Informant nicht wegen eines in mittelbarer Täterschaft begangenen Tötungsdelikts strafbar wäre, wenn er durch die gleiche Fehlinformation den anderen gezielt zur Tötung von dessen angeblichem Nebenbuhler veranlasst hätte. Die Verantwortungsbereiche zwischen den Beteiligten an einer Fremdverletzung einerseits, zwischen Selbstverletzer und Beteiligten andererseits sind hier nach unterschiedlichen Regeln abzugrenzen. Der Grund liegt darin, dass die Rechtsordnung von jedem Bürger normativ erwartet, dass er sich durch einen solchen „Motivirrtum“ nicht zur Tötung (generell: nicht zur Verletzung) eines anderen bestimmen lässt.⁷⁹ Hinsichtlich einer Selbstverletzung (auch: einer Selbsttötung) besteht eine entsprechende normative Erwartung seitens der Rechtsordnung nicht. Aus rechtsethischer Sicht handelt es sich bei der Strafdrohung gegen den „Informanten“ um eine gerechtfertigte Maßnahme eines „weichen“ (und indirekten) Paternalismus.

bb) „Quasi-Mittäterschaft“ als Nicht-Täterschaft

Soweit der Sterbewillige seine Entscheidung eigenverantwortlich und wohlüberlegt getroffen hat, gibt es aus rechtsethischer Sicht hingegen keinen Anlass für paternalistische Regelungen, die die Umsetzung dieser Entscheidung verhindern oder beeinträchtigen. Ein Tatbestand der „Tötung auf Verlangen“ kann deshalb Legitimität nur insoweit beanspruchen, als er die Funktion übernimmt, gerade das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu sichern. Zu erreichen wäre das durch eine Beschränkung auf die Etablierung prozeduraler Sicherungen (beispielsweise Warte- und Informationspflichten).⁸⁰ Soweit der Tatbestand darüber hinausgehend grundsätzlich jede „Tötung auf Verlangen“ mit Strafe bedroht, stellt sich die Frage, ob eine angemessene Restriktion unter Rückgriff auf das strafrechtsdogmatische Instrumentarium erreicht werden kann.

Reyes hat insofern vorgeschlagen, das Verhalten des Sterbewilligen und der an dem Tötungsgeschehen Beteiligten als ein „Gesamtverhalten“ zu bewerten und die Strafbarkeit des einzelnen Beteiligten an die Strafbarkeit dieses kollektiven Verhaltens zu binden. Da das Gesamtverhalten in den Fällen der Umsetzung eines Sterbewillens in den „Selbstverantwortungsbereich des Opfers“ gehöre, sei die Beteiligung an ihm straflos – gleichgültig, ob man hier an der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme festhalte oder diese Unterscheidung, wie von Reyes vorgeschlagen, aufgebe.

Das ist ein Modell, das hinsichtlich der praktischen Ergebnisse überzeugt. Insbesondere gewährleistet es, dass es nicht mehr rechtsethisch indifferente Zufälligkeiten der Fallgestaltung sind, die über die Strafbarkeit oder Strafflosigkeit der Handlung eines Beteiligten entscheiden. Soweit, wie in der deutschen Rechtsordnung, ein Tatbestand der „Tötung auf Verlangen“ normiert ist, kann allerdings auf eine Differenzierung zwischen strafbarer Tötung einerseits, strafloser Beteiligung an einem Suizid andererseits nicht verzichtet werden. Der Weg über das Modell des „Gesamtverhaltens“ würde hier dazu führen, dass der Tatbestand in toto unanwendbar würde. Zudem liegt der Einwand nahe, dass es für dieses Modell an einer hinreichenden Grundlage im System der strafrechtlichen Zurechnungsregeln fehle. Gleichwohl sollte es möglich sein, dem Vorschlag von Reyes auch unter der Geltung eines Tatbestands der „Tötung auf Verlangen“ teilweise Rechnung zu tragen.

Der Ansatzpunkt liegt bei der Institution der Mittäterschaft, auf die auch Reyes (am Rande seiner Argumentation) Bezug nimmt.⁸¹ Grundsätzlich *begründen* die Regeln der Mittäterschaft die Strafbarkeit mehrerer Tatbeteiligter als Täter, sofern sie das Geschehen in gleicher Weise beherrschen. Beherrschen *Täter und Opfer* das Geschehen in gleicher Weise, so greift dagegen das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Opfers. Nach diesem Prinzip kommt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Beteiligten nur in Betracht, wenn er das Geschehen in höherem Maße beherrscht als der Sterbewillige.⁸² Insofern *entlastet* die Konstellation der „Quasi-Mittäterschaft“⁸³ den Beteiligten von der strafrechtlichen Verantwortung.

Das gilt nicht nur für die Fälle, in denen der Sterbewillige und der Beteiligte in gleicher Weise die tatsächliche Herrschaft über den letzten, unmittelbar todbringenden Akt des Geschehens innehaben.⁸⁴ Es gilt für alle Konstellationen, in denen die Handlung eines der Beteiligten als Tatbeitrag gewertet wird, der eine Verantwortlichkeit als Mittäter begründet. Im Kontext der Sterbehilfe ist hier vor allem von Bedeutung, dass die Beteiligung, die eine Mittäterschaft begründet, auch in der Planung des Geschehens bestehen kann. Nicht erforderlich ist eine unmittelbare Mitwirkung an der Ausführung.⁸⁵ Übertragen auf die Fälle der Mitwirkung an Handlung, die den Entschluss eines Sterbewilligen realisiert: Hier ist zu prüfen, ob in Fällen, in denen der Vollzug der todbringenden Handlung allein durch den Beteiligten erfolgt, die

⁷⁸ Das gilt unabhängig von der Frage, ob in der anzuwendenden Rechtsordnung ein Straftatbestand der „Anstiftung zum Suizid“ existiert. Ob die bloße „Information“ – ohne Aufforderung, daraus Konsequenzen zu ziehen – diesen Tatbestand verwirklichen würde, ist zudem fraglich.

⁷⁹ Neumann (Fn. 36), Vor §§ 211–216 Rn. 71.

⁸⁰ Neumann, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Fn. 3), S. 262 f.; Reyes, ZIS 2017, 612 (620).

⁸¹ Reyes, ZIS 2017, 612 (619).

⁸² Neumann (Fn. 36), Vor §§ 211–216 Rn. 54; Roxin (Fn. 61), S. 185.

⁸³ „Quasi-Mittäterschaft“ deshalb, weil es sich zwar um die faktische Konstellation einer (rechtlichen) Mittäterschaft handelt (gleichgewichtige Beherrschung des Geschehens), die Voraussetzungen der strafrechtsdogmatischen Figur aber nicht vorliegen, weil auf Seiten des Sterbewilligen kein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegt.

⁸⁴ Zu diesen Fällen Neumann (Fn. 36), Vor § 211–216 Rn. 52–54.

⁸⁵ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 94 ff.

Planung des Geschehens durch den Sterbewilligen selbst einen äquivalenten Tatbeitrag darstellt. Diese Frage wird in aller Regel zu bejahen sein. Denn die „Organisation“ des Geschehens übernimmt in den meisten Fällen der Sterbewillige selbst. Er ist es, der über den Zeitpunkt und die Art und Weise der Ausführung der Tötungshandlung entscheidet. Raum für einen Tatbestand der „Tötung auf Verlangen“ bleibt nur in den Konstellationen, in denen das ausnahmsweise nicht der Fall ist, der Sterbewillige dem Beteiligten also nicht nur die Ausführung der tödlichen Handlung, sondern auch die Organisation des Geschehens überlässt.

c) Unrechtsdifferenz zwischen Tötung auf Verlangen/Tötung aus Mitleid und Suizidteilnahme

Auch in einer Rechtsordnung, die die Teilnahme an einer Selbsttötung für strafbar erklärt, ist diese gegenüber der aktiven Tötung jedenfalls das mildere Delikt. Dies ergibt sich aus allgemeinen Zurechnungsregeln. Die Selbsttötung ist für den Helfer oder Anstifter die Tat eines anderen, bei der er nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Hauptverantwortung für das Geschehen liegt bei dem Suizidenten selbst. Es ergibt sich für das kolumbianische Strafrecht auch aus den unterschiedlichen Strafdrohungen des Art. 106 einerseits, des Art. 107 andererseits. Der Tatbestand der „Tötung aus Mitleid“ (Art. 106 kolStGB) sieht eine Höchststrafe von 54, der Tatbestand der „Anleitung oder Beihilfe zur Selbsttötung“ (Art. 107 kolStGB) eine solche von 36 Monaten vor. Das bedeutet: Einschränkungen, die sich aus verfassungsrechtlichen Gründen hinsichtlich des Art. 106 kolStGB ergeben, müssen a fortiori in gleicher Weise für den Tatbestand des Art. 107 kolStGB gelten. Wir halten das für eine wertungsmäßig zwingende Konsequenz.

Vorzugswürdig wäre allerdings, den Tatbestand der „Anleitung oder Beihilfe zur Selbsttötung“ gänzlich zu streichen. Den Fehler des deutschen Gesetzgebers, die in Deutschland traditionelle Straflosigkeit der Suizidteilnahme partiell zu beseitigen, hat das deutsche Bundesverfassungsgericht erfreulicherweise korrigiert. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es aber wünschenswert, dass der Gesetzgeber selbst für eine verfassungskonforme Regelung sorgt. In Rechtsordnungen, die – wie die kolumbianische und die deutsche – an dem Prinzip der Menschenwürde orientiert sind, kann das nur heißen: für eine Regelung, die es der Person ermöglicht, sich in menschenwürdiger Weise, also autonom, für einen menschenwürdigen Tod zu entscheiden.

Unpräzise Definitionen des Gewahrsamsbegriffs

Ein Appell zur Präzisierung der Ausbildungsliteratur

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Osnabrück*

Diebstahlsprüfungen misslingen nach meiner Erfahrung in weit über 80 % der Examensklausuren – zumindest in wichtigen Teilbereichen. Diese Fehler beruhen überwiegend auf gravierenden Verständnisfehlern. Neben Problemen mit den Definitionen zum Merkmal „fremd“ sowie zur „Absicht rechtswidriger Zueignung“ beruht diese Fehleranfälligkeit der Diebstahlsprüfung vor allem auf Verständnisdefiziten bezüglich des Merkmals der Wegnahme. Gewahrsamsprüfungen, auf die es – mit dem Altgewahrsam und der Begründung des Neugewahrsams – gleich zweimal ankommt, leiden darunter, dass häufig schon die Gewahrsamsdefinition fehlerhaft ist, spätestens jedoch deren Anwendung auf den Lebenssachverhalt misslingt. Die Bedeutung der Verkehrsanschauung für den Gewahrsamsbegriff wird grundlegend unterschätzt. Das ist besonders misslich, da § 242 StGB im Rahmen der universitären Ausbildung einschließlich der Prüfungen eine hohe Bedeutung zukommt.

Die Häufung von grundlegenden Fehlern zum Gewahrsamsbegriff beruht m.E. in einem erheblichen Maße auf der Ausbildungsliteratur. Die Ausführungen zur Definition des Gewahrsams sind verbreitet widersprüchlich und fallen so für Studierende nicht hinreichend verständlich aus. Dieser Beitrag zum zwanzigjährigen Jubiläum von Open-Access-Zeitschriften im Strafrecht soll zum Umdenken anregen.

I. Vorbemerkungen zum 20-jährigen Jubiläum von ZIS und ZfISTw

Zwanzig Jahre strafrechtliche Onlinezeitschriften durch ZIS und ZfISTw bedeuten für mich:

- Echter Open Access, so wie man ihn sich für alle OA-Medien wünschen würde, also ohne kostenpflichtige Read- oder Writekomponente. Darin besteht ein gravierender Unterschied insbesondere zu den OA-Werken der großen internationalen Verlage am Zeitschriftenmarkt (Elsevier, Springer Nature und Wiley), die in OA-Publikationen einen wichtigen Baustein zur Optimierung ihrer Gewinne entdeckt haben, anstatt die mit den neuen Publikationsformen erhofften Kostenvorteile zu ermöglichen.
- Aktuelle Beiträge, weil Onlinezeitschriften ohne die durch das Druckformat bedingten Seitenbegrenzungen schneller sein können. Man muss den nötigen Platz in der nächsterreichbaren Ausgabe nicht erst schaffen, indem man einen schon verplanten Beitrag wieder herausnimmt.
- Neue Formate. Das gilt nicht nur für die Öffnung der Umfangsgrenzen nach oben für die einzelnen Ausgaben (z.B. für Tagungsberichte) oder die einzelnen Beiträge, sondern auch für sonstige Abweichungen von den klassischen Formaten wie Aufsatz und Entscheidungsanmer-

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht am Juristischen Fachbereich der Universität Osnabrück.

kung. Zu dieser Kategorie zählt auch dieser kurze Beitrag – ein Hilferuf.

II. Gewahrsam bestimmt sich allein nach der Verkehrsanschauung

Einziges Kriterium für die Bestimmung des Gewahrsams ist die Verkehrsanschauung (normativ-soziale Zuordnung). Die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit und der Gewahrsamswille sind hingegen keine Merkmale, mit Hilfe derer man den Gewahrsamsinhaber von anderen Personen abgrenzen kann. Das zeigt sich schon beim Blick auf einen Alltagsfall: Der Wohnungsinhaber befindet sich am Arbeitsplatz, der von der Wohnung 5 km entfernt liegt. Währenddessen ist ein Dieb gerade in diese Wohnung eingebrochen, um in den nächsten Minuten den dort befindlichen Schmuck zu entwenden. Zu diesem Zeitpunkt hat der Wohnungsinhaber keinen Zugriff auf die in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände, während der Dieb den Schmuck ergreifen und nach Belieben damit verfahren kann.¹ Auch der Gewahrsamswille ist kein Kriterium, auf das man den fortbestehenden Gewahrsam des Wohnungsinhabers stützen kann. Denn der Wille, über den Schmuck verfügen zu können, ist beim Dieb offensichtlich nicht minder stark ausgeprägt. Das einzige Kriterium, nach dem der Gewahrsam noch dem Wohnungsinhaber zugeschrieben werden kann, ist die Verkehrsanschauung. Es entspricht der sozial gesicherten Übereinkunft, die in der Wohnung befindlichen Gegenstände dem Bewohner zuzuordnen. Es handelt sich um seine Gewahrsamssphäre. Über diese normativ-soziale Bestimmung des Gewahrsams besteht im Ergebnis Einigkeit.² Wie die Zugriffsmöglichkeit ist auch der Gewahrsamswille kein selbstständiges Kriterium neben der Verkehrsanschauung, da man den Willen nicht tatsächlich feststellt, sondern das vordergründig noch vertretene Willenserfordernis der Sache nach auf eine Zuordnung nach der Verkehrsanschauung stützt (Stichworte: antizipierter und potentieller Herrschaftswille).³

Der angebliche Meinungsstreit zwischen faktischem, faktisch-sozialem und normativ-sozialem Gewahrsamsbegriff spielt hier im Ergebnis keine Rolle. Stattdessen geht es bei diesem Streit darum, wie schlüssig und wie ehrlich die Be-

¹ Daher passt es nicht, den Gewahrsam des Wohnungsinhabers an den eingebrachten Gegenständen daraus herzuleiten, dass der Verwirklichung seines Herrschaftswillens keine Hindernisse entgegenstehen (so aber Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 27; ähnlich Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 33 Rn. 15; Bock, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 2. Aufl. 2025, S. 34).

² Für die Rechtsprechung z.B. BGH NJW 1961, 2266 (2266): „Vielmehr kommt es für die Frage der Sachherrschaft entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an.“

³ Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 54, 71.

gründung für die übereinstimmenden Ergebnisse erfolgt.⁴ Während die Anhänger des normativ-sozialen Gewahrsamsbegriffs sogleich die Verkehrsanschauung als das entscheidende Kriterium benennen, stellen die Anhänger des faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriffs auf das Näheverhältnis (und den Gewahrsamswillen) ab. Soweit es für das gewünschte Ergebnis nötig erscheint, wird über den Maßstab der Verkehrsanschauung eine Korrektur vorgenommen.

Anders als im Schrifttum angenommen begrenzt die Verkehrsanschauung den Gewahrsam nicht nur.⁵ Entsprechendes gilt für die Gewahrsamsbegründung. Auch sie beruht allein auf der Verkehrsanschauung und setzt nicht „regelmäßig“ eine Sachherrschaft durch „Ergreifen“ voraus.⁶ Wer sich Ware in seinen Geschäftsbetrieb oder ein Paket auf die Terrasse seines Hauses liefern lässt, ohne selbst vor Ort zu sein, erlangt den Gewahrsam aufgrund der normativ-sozialen Zuordnung. Die Waren werden in die Gewahrsamssphäre eingebracht, die ihm durch die Verkehrsanschauung zugewiesen ist. Auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit kommt es nicht an.

III. Definitionen, die nicht zur Relevanz der Verkehrsanschauung passen

Mit dieser Einigkeit in den Ergebnissen der Gewahrsamsprüfungen gehen deutliche Unklarheiten in der begrifflichen Herleitung einher. Das gilt auf der einen Seite für die Rechtsprechung, die trotz einer normativ-sozialen Begründung ihrer Ergebnisse unter dem Segel eines faktischen Gewahrsamsbegriffs unterwegs ist. Gewahrsam sei die „tatsächliche von einem natürlichen Willen getragene Sachherrschaft“.⁷ Die nötige Sachherrschaft liege „vor, wenn jemand auf eine Sache unter normalen Umständen einwirken kann und seiner Herrschaft keine Hindernisse entgegenstehen“.⁸ Auf der anderen Seite stellen aber auch viele Vertreter des Schrifttums an erster Stelle auf das faktische Element des Gewahrsams ab („Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft“⁹; „ist unter Gewahrsam die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache zu verstehen, die von einem natürlichen Herr-

schaftswillen getragen wird“¹⁰; „Kennzeichnend [...] ist die tatsächliche physische Herrschaft“¹¹).

Nimmt man solche Gewahrsamsdefinitionen beim Wort, geht es um einen faktischen Gewahrsamsbegriff mit den beiden Elementen Sachherrschaft und Gewahrsamswille („zwei maßgebliche Komponenten“¹²). Erst im Rahmen der näheren Erläuterung der Definitionen wird das Kriterium der Verkehrsanschauung herangezogen: „Wer die tatsächliche Sachherrschaft innehat, bemisst sich nach [...] den Anschauungen des täglichen Lebens“¹³; „was nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen ist“¹⁴; „Dabei spielt die jeweilige Verkehrsauffassung mit ihren Wertungen eine bedeutende Rolle“¹⁵. Die Verkehrsanschauung soll also den Maßstab für die Bemessung von Sachherrschaft und Gewahrsamswillen darstellen („Ob ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis besteht [...], ist nach der sozialen Anschauung [...] zu bestimmen.“¹⁶). Teilweise wird die Verkehrsanschauung auch als dritte Komponente neben Sachherrschaft und Gewahrsamswillen genannt.¹⁷

Bemühungen, die „tatsächliche Sachherrschaft“ anders als physische Sachnähe zu verstehen, vermögen nicht zu überzeugen. So soll z.B. der Begriff der „tatsächlichen“ Sachherrschaft auf der einen Seite nicht dazu dienen, die Person mit dem faktisch besseren Zugriff zu bestimmen – und auf der anderen Seite wird tatsächliche Sachherrschaft dann doch als Gegenbegriff zu einer rechtlich begründeten Herrschaftsmacht verstanden.¹⁸ Was soll eine tatsächliche Sachherrschaft dann anderes sein als die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit?

Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Gewahrsam in Rechtsprechung und Schrifttum in einer Weise definiert wird, die nicht zur Orientierung an der Verkehrsanschauung passt.¹⁹

IV. Auswirkungen der begrifflichen Unklarheiten auf den Ausbildungserfolg

Aus meiner Sicht, die sich auch auf Gespräche mit anderen erfahrenen Korrekturkräften stützt, trägt diese begriffliche Ungenauigkeit zu den häufigen Misserfolgen bei Diebstahlsprüfungen in Klausuren bei.

⁴ Schmitz (Fn. 3), § 242 Rn. 65; Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1129, 1131.

⁵ So hingegen Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 1), § 33 Rn. 12; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2025, § 242 Rn. 11.1.

⁶ So aber Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 13.

⁷ BGH NStZ 2025, 158 (158 Rn. 9).

⁸ BGH NStZ 2021, 425 (426 Rn. 8).

⁹ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 15; übereinstimmend Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2024, Rn. 299; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 18.

¹⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 23; übereinstimmend Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 11.

¹¹ Mitsch (Fn. 6), S. 12 Nr. 1.2.1.4.2.1.

¹² Rengier (Fn. 10), § 2 Rn. 23.

¹³ BGH NStZ 2021, 425 (426 Rn. 8).

¹⁴ Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 11.

¹⁵ Rengier (Fn. 10), § 2 Rn. 23.

¹⁶ Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 9), Rn. 15.

¹⁷ Mitsch (Fn. 6), S. 14 Nr. 1.2.1.4.2.1 („zusätzlich erforderlich“); Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 14 („drei Gewahrsamselemente“).

¹⁸ Zopfs, ZJS 2009, 506 (509).

¹⁹ Kritisch zu den üblichen Widersprüchen zwischen der gängigen Definition und der tatsächlichen Prüfung des Gewahrsams Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 88; ähnlich Welzel, GA 1960, 257 (265 ff.). Siehe auch schon Krack, Error in argumento Nr. 1: Gewahrsamsbegriff, abrufbar unter <https://www.uni-osnabrueck.de/fb10/lehrende/prof-krack/forschung/forschungsprojekte-1> (25.7.2025).

1. Widersprüchliche Ausführungen erschweren das Verständnis und die Reproduzierbarkeit

Wer den Gewahrsam über die tatsächliche Sachherrschaft beschreibt, dann aber nach der Verkehrsanschauung entscheidet, widerspricht sich selbst. Das normativ-soziale Kriterium korrigiert die tatsächliche Betrachtung in einer Weise, die nicht mehr als ausfüllende Erklärung verstanden werden kann, sondern einen Widerruf des zunächst Gesagten darstellt. Die Behauptung, ich hätte während eines Neuseelandurlaubs tatsächlichen Zugriff auf eine in Deutschland befindliche Sache, weil die Verkehrsanschauung mir den Gewahrsam zuweise, ist keine „großzügige Handhabung [des Merkmals der] faktischen Herrschaft“²⁰, sondern lässt sich nicht nachvollziehen. Wer im eingangs genannten Fall, in dem sich ein Dieb in der Wohnung befindet, den Gewahrsam des Bewohners annimmt, obwohl er den Gewahrsam per Definition davon abhängig macht, dass der Ausübung der Sachherrschaft „keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen“, trifft keine stimmige Gesamtaussage. Daher kann man dieses Nebeneinander sich widersprechender Kriterien kaum begreifen. Die zutreffende Definition lässt sich in der Hektik der Examensklausur nicht einfach rekonstruieren. Was soll ich tun, wenn ich die Definition (tatsächliche Sachherrschaft) und deren nähere Erklärung (Verkehrsanschauung) zutreffend erinnert und zu Papier gebracht habe? Soll ich auf das tatsächliche Element oder auf das normativ-soziale abstellen? Muss ich den Gewahrsamswillen als Kriterium nennen? Weshalb sollte es auf die Verkehrsanschauung ankommen, wenn Sachherrschaft und Sachherrschaftswille die beiden essentiellen Kriterien des Gewahrsamsbegriffs²¹ sein sollen?

2. Die Definition selbst muss stimmen – ausfüllende Erläuterungen können das Problem nicht lösen

Damit geht das Problem einher, dass man sich häufig nur die eigentliche Definition verlässlich merken kann. Die erläuternden Ausführungen dazu hat man vielleicht nur vage im Hinterkopf. Wenn die Definition des Gewahrsams dann dahingehend lautet, dass es auf die beiden Kriterien der tatsächlichen Sachherrschaft und des Gewahrsamswillens ankommt, scheitert man zwangsläufig. Die Verkehrsanschauung als das einzig entscheidende Kriterium, das über die Gewahrsamsfrage entscheidet, gerät so aus dem Blick. Man kann dann zu einem zutreffenden Ergebnis gelangen. Dessen Herleitung aus der Gewahrsamsdefinition, der im Rahmen der Klausurbewertung hoffentlich eine höhere Bedeutung als dem bloßen Ergebnis zukommt, wird misslingen. Umgekehrt misslingt die Schwerpunktsetzung, wenn man unnötigerweise neben der Verkehrsanschauung auch noch auf die tatsächliche Sachnähe und den Gewahrsamswillen abstellt.

3. Missverständliche Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Im Schrifttum wird die räumliche Nähe zur Sache teilweise als Regelfall dargestellt. Das den Gewahrsam ausmachende

Herrschaftsverhältnis stelle sich „in der Regel“ als räumlich-reale Einwirkungsmöglichkeit dar. Eine „gelegentliche Lockerung“ der Sachherrschaft stehe dem Gewahrsam nicht entgegen.²² Dadurch wird bei den Lernenden die Annahme verstärkt, es komme entscheidend auf die Sachnähe und nicht so sehr auf die Verkehrsanschauung an. Tatsächlich jedoch ist die räumliche Entfernung des Gewahrsamsinhabers von der Sache bei weitem nicht die Ausnahme, sondern vielleicht sogar die Regel. Auf das Warenlager eines Baumarkts hat der Gewahrsamsinhaber die meiste Zeit über keinen tatsächlichen Zugriff, weil der Markt geschlossen hat und weder der Inhaber noch ein aktuell für den Verkauf Verantwortlicher vor Ort ist. In den Schließungszeiten eventuell anwesendes Sicherheitspersonal gehört hingegen nicht zum Kreis der möglichen Gewahrsamsinhaber. Auch im privaten Bereich stellt es sich nicht anders dar. Wer als Studentin oder Student die seinem Gewahrsam zugeordneten Sachen überwiegend in der elterlichen Wohnung und zu einem kleineren Teil in der Wohnung am Studienort aufbewahrt, hat überwiegend keinen aktuellen Zugriff auf seine Sachen. Das gilt auch für die zu dieser Wohnung gehörenden Gegenstände, wenn man sich viel anderweitig aufhält (Hörsaal und Bibliothek, Übernachtung bei Freunden, Urlaub).

Gewahrsam zeichnet sich nicht durch ein räumliches Näheverhältnis aus, sondern beruht auf der Verkehrsanschauung. Wenn jemand sich überwiegend in der räumlichen Nähe der seinem Gewahrsam zugewiesenen Sachen aufhält, liegt es daran, dass sich diese Sachen in einer Gewahrsamssphäre befinden, in der er selbst die meiste Zeit verbringt. Das ist typischerweise eine Wohnung, kann aber auch der wechselnde Aufenthaltsort eines Obdachlosen sein, der seine Habseligkeiten bei sich führt.

4. Betonung der Einzelfallentscheidung

Die Verständlichkeit der Gewahrsamsdefinition leidet m.E. auch erheblich darunter, dass Rechtsprechung und Schrifttum die Einzelfallabhängigkeit der Ergebnisfindung betonen. So sollen „die konkreten Umstände des Einzelfalles eine tragende Rolle“ spielen²³ oder gar der Gewahrsamsbegriff weitgehend vom Einzelfall abhängen²⁴. Auch nach der Rechtsprechung soll sich der Gewahrsam „nach den Umständen des Einzelfalles“ bemessen²⁵ und darüber hinaus „im wesentlichen [eine] Tatfrage“²⁶ darstellen. Diese Betonung der Einzelfallrelevanz und die Degradierung der Rechtsfrage des Gewahrsamsbegriffs zur Tatfrage tragen jedoch dazu bei, die Verständlichkeit des Gewahrsamsbegriffs zu erschweren.

²² Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 1), § 33 Rn. 14, 16.

²³ Rengier (Fn. 10), § 2 Rn. 27; ähnlich Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 242 Rn. 11; die Einzelfallrelevanz deutlich betonend Zopfs, ZJS 2009, 506 (511 f.).

²⁴ Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 1), § 33 Rn. 13.

²⁵ BGH NStZ 2020, 483 (483 Rn. 5).

²⁶ BGH NJW 1995, 3129 (3131).

²⁰ So Bock (Fn. 1), S. 34.

²¹ Zopfs, ZJS 2009, 506 (508).

Auf der einen Seite ist der Hinweis auf die Einzelfallentscheidung entbehrlich, weil die Subsumtion unter eine Norm immer vom konkreten Lebenssachverhalt, also vom Einzelfall abhängt. Die Befähigung, den konkreten Lebenssachverhalt im Rahmen der Falllösung hinreichend zu berücksichtigen, ist eine der zentralen Fähigkeiten, die man im Rahmen der juristischen Ausbildung erlernen muss. Insbesondere geht es darum, die für die rechtliche Einordnung relevanten Informationen hervorzuheben, während irrelevante Tatumstände nicht ausgebreitet werden sollten. Daran hapert es häufig in schlechteren Klausurlösungen, z.B. wenn in Vorsatzprüfungen das Motiv des Täters ausgebreitet wird.²⁷

Auf der anderen Seite verstellt die Betonung der Einzelfallrelevanz den Blick auf die zutreffende Interpretation des Gewahrsamsbegriffs. Denn eine gewahrsamsspezifisch erhöhte Bedeutung des Einzelfalls gibt es nicht. Im Gegenteil wird bei der Zuweisung des Gewahrsams häufig auf die Figur der Gewahrsamssphäre zurückgegriffen. Für jede Wohnung gehen wir davon aus, dass der Bewohner Gewahrsam an den dort befindlichen Gegenständen hat. Das gilt entsprechend für Geschäftsräume, die wir als Gewahrsamssphäre des Geschäftsinhabers ansehen. Es handelt sich um eine ausgeprägte Orientierung an Fallgruppen, die es unnötig macht, jeden Einzelfall derart ausführlich an der Gewahrsamsdefinition zu messen, als ob es keine Vergleichsfälle gäbe. Man arbeitet hier mit der Gewahrsamssphäre als Begriff, der zwischen der Gewahrsamsdefinition und dem Einzelfall liegt. Die Annahme einer Gewahrsamssphäre muss dabei auf die Gewahrsamsdefinition zurückgeführt werden.²⁸ Oder um es mit *Welzel* in seinem die normativ-soziale Sichtweise prägenden Aufsatz zum Gewahrsamsbegriff zu sagen: „Die Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse“ muss sich „doch stets als Konkretion eines *generellen* Rechtsgedankens ausweisen“.²⁹

Außerdem erscheint mir die Betonung der Einzelfallrelevanz als verfehlt, weil Studierende dazu neigen, Rechtsfragen nicht bis zum Ende nachzugehen, sondern sich gern in die Behauptung flüchten, es käme auf den jeweiligen Einzelfall an. Insbesondere bei der Präsentation von Themenarbeiten wird nach meiner Erfahrung die einem Meinungsstreit zu Grunde liegende Rechtsfrage häufig nicht entschieden. Stattdessen heißt es dann, es sei auf den Einzelfall abzustellen. Wenn man nachfragt, welche Kriterien denn an den Einzelfall angelegt werden sollen, bleiben weitere Erklärungen aus. Vielen Studierenden ist nicht bewusst, dass Rechtsfragen generell geklärt werden müssen – ein Verweis auf den Einzelfall hilft nicht weiter. Wie soll man den Vorgaben des

Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden können, wenn man für die Norminterpretation nur auf den Einzelfall schaut? Ähnliche Probleme finden sich in Gestalt der häufig verwendeten Argumentation, eine vermittelnde Ansicht sei vorzugswürdig, da sie dem Einzelfall gerechter werde. Es fehlt dann regelmäßig die Erklärung dafür, weshalb die durch die Differenzierung erzielten Ergebnisse gerechter sein sollen. Unbegründete Differenzierungen führen nicht zu weniger Ungerechtigkeit als das Absehen von gebotenen Unterscheidungen.

Aus diesen Gründen ist es verfehlt, die Rechtsfrage nach dem Gewahrsamsbegriff mit dem Hinweis auf den Einzelfall beantworten zu wollen oder gar zu einer Tatsachenfrage zu erklären.

V. Fazit

Der Gewahrsamsbegriff ist das zentrale Element der Prüfung der Wegnahme i.S.v. § 242 StGB. In der Sache besteht über die Interpretation des Gewahrsamsbegriffs Einigkeit. Letztlich kommt es nur auf die Zuweisung des Gewahrsams nach der Verkehrsanschauung an, die häufig über die Zuordnung von Gewahrsamssphären erfolgt. Dennoch misslingt die Anwendung des Gewahrsamsbegriffs in Prüfungssituationen regelmäßig. Das liegt erfahrungsgemäß auch darin begründet, dass Ausführungen zum Gewahrsam widersprüchlich erscheinen. Anstatt konsequent allein auf die Verkehrsanschauung abzustellen, erwecken viele Ausbildungsmedien den Eindruck, es komme primär auf die Sachnähe und den Gewahrsamswillen an. Dieser Beitrag enthält den Appell, Lehrbücher, Aufsätze, Kommentare, Skripten usw. so zu verfassen, dass die vorstehend beschriebenen Probleme beseitigt werden. Das Jurastudium enthält viele Hürden, diese unnötige sollte abgebaut werden.

²⁷ Zu diesem typischen Klausurfehler im Rahmen der Vorsatzprüfung siehe *Krack*, Error in argumento Nr. 5: Vorsatzgegenstand, S. 3, abrufbar unter <https://www.uni-osnabrueck.de/fb10/lehrende/prof-krack/forschung/forschungsprojekte-1> (25.7.2025).

²⁸ Zu typischen Klausurfehlern beim Umgang mit solchen Zwischenbegriffen siehe *Krack*, Error in argumento Nr. 2: Normbezug der Subsumtion, S. 2 f., abrufbar unter <https://www.uni-osnabrueck.de/fb10/lehrende/prof-krack/forschung/forschungsprojekte-1> (25.7.2025).

²⁹ *Welzel*, GA 1960, 257 (264).

Die im deutschen Recht notwendige Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen und der Begriff der Information im europäischen Recht

Vergleichende Überlegungen in kritischer Absicht

Von PD Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück/Leipzig*

Vorschriften des deutschen Rechts, die Äußerungen zum Regelungsgegenstand haben, machen regelmäßig eine Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen erforderlich. Für den Bereich des Strafrechts dürfte der Tatbestand des Betruges das bekannteste Beispiel liefern. § 263 StGB stellt klar, dass nur über Tatsachen getäuscht werden kann. Die folgenden Ausführungen wollen die teleologischen, aber auch sprach- und erkenntnistheoretischen Implikationen der vom positiven Recht geforderten Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen einer kritischen Würdigung unterziehen. Mit dem Begriff der Information des europäischen Rechts wird im Anschluss ein divergierender Ansatz vorgestellt.

I. Einleitung

Die Thesen, die im Folgenden aufbereitet werden, haben ihren gedanklichen Ursprung in mehreren verstreuten Einzelbemerkungen verschiedener Autoren:

In einem Beitrag, in dem für die Übertragung der allgemeinen Maßstäbe der Lehre von der objektiven Zurechnung auf den Tatbestand des Betruges plädiert wird, schlussfolgert Gaede, dass die von § 263 StGB mit Strafe bewehrte Verhaltensnorm „nur darauf abzielt, hinreichend qualifizierte Irreführungen zu vermeiden“, sodass eine i.S.d. § 263 StGB tatbestandsmäßige Tatsachenbehauptung nur dann ein rechtlich erhebliches Risiko für das geschützte Vermögen begründet, wenn „eine nach rationalen Maßstäben taugliche, nicht gesellschaftlich akzeptierte und daher hinreichend qualifizierte Irreführung“ durch den Handelnden erfolgt.¹ Damit leistet der Tatsachenbegriff im Tatbestand des Betruges eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche, wenn nämlich eine Irreführung nicht hinreichend qualifiziert ist und der Aspekt der Eigenverantwortung der Zurechnung einer Vermögensseinbuße entgegensteht.² Es sind mit anderen Worten Tatsachen, „die vom Gesetzgeber als schutzwürdige, da rationale Basis von Entscheidungen im wirtschaftlichen Bereich, nämlich von Vermögensverfügungen, angesehen werden. Für das

Leitbild eines homo oeconomicus ist Wirtschaften auf rationaler Entscheidungsgrundlage an die Kenntnis der relevanten Tatsachen gebunden“.³

Im Zusammenhang mit einer Diskussion sog. Retterschäden hat Walter zweitens die auf Basis der Lehre von der objektiven Zurechnung verhandelten Zurechnungsprobleme – im Beitrag Walters geht es um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen im Kontext des § 222 StGB – als Gerechtigkeitsfragen qualifiziert.⁴ Es dürfte deutlich geworden sein, dass beide Einzelaussagen im Kontext unterschiedlicher Delikte (nämlich § 263 StGB einerseits, § 222 StGB andererseits) erfolgen. Gleichwohl hat die Lehre von der objektiven Zurechnung als gemeinsamer kleinster Nenner beider Aussagen und der dieser Theorie immanente Drang zur Systematisierung objektiver Tatbestandsvoraussetzungen von Erfolgsdelikten⁵ in meinem Kopf die Frage aufgeworfen, ob sich beide Einzelaussagen zu der These synthetisieren lassen, der in § 263 Abs. 1 StGB vorgesehene Schutz von Vermögensschaden ausschließlich vor (falschen) Tatsachenbehauptungen betreffe ebenfalls eine Gerechtigkeitsfrage.

Nun wird in der Literatur allenthalben klargestellt, dass der konkrete Inhalt der Normen einer positiven Rechtsordnung kontingent ist (was in der Tat von den Unterschieden zwischen einzelnen Rechtsordnungen nahegelegt wird).⁶ Der angedeutete Rekurs Walters auf die Gerechtigkeit scheint aber auf höhere Weihen zu verweisen, so als würden die Vernunft⁷ oder sachlogische Strukturen⁸ eine entsprechende

* Der Autor ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Prof. Dr. Roland Schmitz) der Universität Osnabrück. Er vertritt im Wintersemester 2025/2026 die Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht an der Universität Leipzig.

¹ Gaede, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 967 (983); siehe auch Naucke, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (116).

² Hennings, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestands aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, 2002, S. 88 ff. Siehe auch Rengier, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2011, S. 811 (820 f.).

³ Siehe hierzu Kubiciel/Tiedemann, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 14, 13. Aufl. 2025, § 263 Rn. 8. Zum Gedanken der Abgrenzung von Verantwortungs- bzw. Risikosphären siehe auch Eisele, NSTz 2010, 193 (195 f.). Weiterführend mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des Irrtums Frisch, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 647 (657 ff.).

⁴ Walter, JR 2022, 224 (insbesondere 228).

⁵ Allg. hierzu Schladitz, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 103. Deziert hinsichtlich des BT Rengier (Fn. 2), S. 812 f.

⁶ Ausf. zur Kontingenz des Rechts Hirsch, in: Jakl/Brunhöber/Grieser/Ottmann/Wihl (Hrsg.), Recht und Frieden – Wozu Recht?, 2014, S. 105 ff.; siehe auch Auer, in: Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2007, S. 931 (939); Gärditz, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 15 (29); Möllers, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151 (164 f.); Trubek, Stanford Law Review 36 (1984), 575 (578 f.).

Siehe auch Stuckenberg, KriPoZ 2024, 106, (107).

⁷ Zum Institut des Vernunftrechts siehe nur Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 2019, § 8 Rn. 15 ff.

Regelung erforderlich machen. Dieser Verdacht wird weiter genährt, wenn *Roxin* die These äußert, dass aus „dem Rechtsgüterschutzprinzip [...] mit einer gewissen Zwangsläufigkeit die Lehre von der objektiven Zurechnung“ folgt.⁹ Das Rechtsgüterschutzprinzip bzw. die Rechtsgutslehre in ihrer systemkritischen Ausprägung, also die Forderung, dass legitime Strafvorschriften dem Schutz eines Rechtsguts zu dienen haben, ist nun qua dieser Zielvorgabe eine Theorie, die das positive Strafrecht transzendiert und dessen Kontingenz kritische Maßstäbe bzw. einen materiellen Verbrechensbegriff entgegensetzen will.¹⁰ Mit Blick auf die von § 263 StGB vorausgesetzte Differenzierung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ergänzt *Hilgendorf*, dass sich diese sprachtheoretische Gegenüberstellung „in der Logik und der Wissenschaftstheorie bewährt“ habe.¹¹

All diese Aussagen scheinen zusammengelesen darauf hinzudeuten, dass die Tatbestandsstruktur des § 263 StGB, wonach das Vermögen nicht gegen jede Unaufrichtigkeit, sondern nur gegen die fehlerhafte Darstellung von Tatsachen geschützt wird,¹² gravierenden, möglicherweise gar vorpositiven Sachzwängen folgt. Gegen diesen Eindruck möchte ich mit dem vorliegenden Beitrag opponieren. Eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung ist an anderer Stelle erfolgt¹³ und muss hier nicht reproduziert werden. Auf den folgenden Seiten sollen aber zunächst die sprach- und erkenntnistheoretischen Implikationen der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen einer kritischen Würdigung unterzogen werden (II.). Mit dem Begriff der *Information*, wie er im europäischen Recht in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen Verwendung findet, wird im Anschluss und im Sinne eines Rechtsvergleichs verdeutlicht, dass der deutsche Regelungsmechanismus keineswegs zwingend ist (III.).

⁸ Zur Lehre von den sachlogischen Strukturen siehe nur *Tjong*, ARSP 54 (1968), 411 ff. m.w.N.

⁹ *Roxin*, ZStW 116 (2004), 929.

¹⁰ Allg. hierzu neuerdings *Brunhöber*, in: *Brunhöber/Burchard/Günther/Jahn/Jasch/Silva Sánchez/Singelnstein* (Hrsg.), *Festschrift für Cornelius Prittwitz*, 2023, S. 59 ff. Zur systemkritischen Rechtsgutslehre statt aller *Roxin/Greco*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 2 ff.; *Hefendehl*, GA 2007, 1 ff.; *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015*, 2015, S. 31 ff. Zur neueren Diskussion um die Rechtsgutslehre siehe auch *Schladitz* (Fn. 5), S. 171 ff. m.w.N.

¹¹ *Hilgendorf*, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, 1998, S. 21. Er stellt richtigerweise auch klar, dass die Formulierung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen nicht die einzigen Funktionen der Sprache darstellen.

¹² Klarstellend *Vogel*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, S. 89 (93).

¹³ *Schladitz* (Fn. 5), passim; *ders.*, JR 2021, 487 ff.

II. Die Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen im deutschen Recht

1. Ausgangspunkt: Die Relevanz der Abgrenzung im Tatbestand des § 263 StGB

Entgegen des missverständlichen Wortlauts des § 263 StGB besteht die Tathandlung des Betruges nach allgemeiner Ansicht in einer Täuschung über Tatsachen.¹⁴ In der Begehungskonstellation, auf die sich vorliegend beschränkt werden soll, erfordert der Tatbestand des Betruges also, dass der Täter gegenüber dem Adressaten ausdrücklich oder konkludent das (Nicht-)Bestehen von Tatsachen in wahrheitswidriger Weise erklärt und somit eine falsche Tatsache behauptet.¹⁵ Tatsachen sind dabei nach üblicher Definition alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind.¹⁶

Als Gegenbegriff zur Tatsachenbehauptung fungiert derjenige des Werturteils.¹⁷ Werturteile stellen sich ebenso wie

¹⁴ *Kölbel/Neßeler*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, 7. Teil, 1. Kap. Rn. 32; *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 7; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 1; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 519, 526.

¹⁵ *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 9; *Perron*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 263 Rn. 6, 11; *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 13. Aufl. 2024, § 27 Rn. 11; *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 8 ff.; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Werner* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 14), Rn. 519; *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19.

¹⁶ Siehe bspw. BVerfG, NJW 2008, 358 (359); BVerfG NJW 2024, 1868 (1879 Rn. 32); BGHSt 15, 24 (26); 34, 199; 47, 1 (3); 48, 331 (344); 15, 199 (201); BGH NStZ 2015, 89 (90); OLG Karlsruhe JZ 2004, 101 (102); OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2002, 47 (48); siehe auch schon RGSt 24, 387 f.; 41, 193 (194 f.); 55, 129 (131); 56, 227 (231). Aus der Literatur *Bock*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 2018, S. 248; *Dannecker*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Strafrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 263 Rn. 19; *Hefendehl*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 96; *Geppert*, Jura 1983, 530 (541); *Graul*, JZ 1995, 595 (597); *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 560; *Mitsch*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 260; *Perron* (Fn. 15), § 263 Rn. 8; *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 4; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 15; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.8.2025, § 186 Rn. 2; *Wittig* (Fn. 15), § 14 Rn. 9; *Zieschang*, in: *Park* (Hrsg.), *Kapitalmarktsstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 19.

¹⁷ *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 19; *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 9; *Peifer/Obergfell*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Hrsg.), *UWG, Kommentar*, 3. Aufl. 2016,

Meinungsäußerungen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG als „Mitteilung subjektiver persönlicher Wertungen“ dar.¹⁸ Diese Begriffsbestimmung macht deutlich, dass das Werturteil nach h.M. nicht mit einem Anspruch auf Objektivität oder Allgemeingültigkeit einhergeht, sondern eben eine bloß *subjektive* Stellungnahme zum Gegenstand hat. Anders als eine Tatsachenbehauptung sei das Werturteil nicht beweisbar, und deswegen könne ein Werturteil nicht wahrheitsfähig sein.¹⁹ Aus diesem Grund sei das Werturteil „nicht handlungsleitend“.²⁰

Nach dieser idealtypischen (!) Differenzierung ist die Aussage „Dieses Bild ist schön“ nicht betrugsrelevant.²¹ Wer einer solchen Aussage eines unaufrichtigen Kunsthändlers

vertraut, mag zwar irrtümlich ein stilloses Bild entstehen, i.S.d. § 263 StGB getäuscht wird er aber nicht.

Diese im Tatbestand des § 263 StGB vorgesehene einschränkende Kriterien der Tathandlung sind Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, das Vermögen nicht vollumfänglich vor Täuschungen bzw. gegen jede beliebige Lüge zu schützen.²²

§ 263 StGB ist damit auch Ausdruck einer bestimmten Anthropologie. Der Tatbestand geht von einem besonnenen Menschen aus, der vermögensrelevante Verfügungen auf (objektive) Tatsachen stützt.²³ Nur falsche Tatsachenbehauptungen seien in der Lage, diesen besonnenen Menschen in die Irre zu führen bzw. werden nur solche Tatsachenbehauptungen als gefährlich qualifiziert.²⁴ Strafrechtlicher Schutz wird also nur vor falschen Tatsachenbehauptungen gewährt, während die Übervorteilung durch unaufrichtig geäußerte Werturteile straflos bleibt.²⁵ Die Täuschung über Tatsachen ist hiernach Zurechnungsgrund für den tatbestandsmäßigen Erfolg des Betruges, nämlich der Vermögensschaden.²⁶

Wie bereits eingangs angedeutet, wird sich die vorliegende Untersuchung auf den Tatbestand des Betrugs gem. § 263 StGB konzentrieren.

2. Auslegungsprobleme und Normativierungstendenzen

So stringent die Kriterien für die Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen auf den ersten Blick auch erscheinen, sie stellen die konkrete Entscheidungspraxis immer wieder vor diffizile Probleme und Auslegungsschwierigkeiten.²⁷ Dass vorstehend Werturteile als Gegenbegriff der Tatsachenbehauptungen charakterisiert wurden, gilt nämlich nur, „wenn und soweit sie nicht auf Tatsachen gestützt sind“.²⁸ Die damit angesprochenen Abgrenzungsprobleme stellen sich jedoch nicht nur im Kontext des § 263 StGB, sondern bspw. auch bei den Ehrdelikten, weil §§ 186, 187 StGB bekanntlich die Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache voraussetzen, bloße Werturteile somit allenfalls den Tatbestand des § 185 StGB verwirklichen können.²⁹ Die Abgrenzung von

§ 5 Rn. 184; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12; *Regge/Pegel*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 186 Rn. 6; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 16; *Sinn*, in: *Satzger/Schluckebier/Werner* (Fn. 15), § 186 Rn. 4; *Valerius* (Fn. 16), § 186 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 14), Rn. 525; *Zieschang* (Fn. 16), § 263 Rn. 23.

¹⁸ BVerfG NJW 2023, 510 (512 Rn. 16); BVerfG NJW 1992, 1439 (1440); *Hefendehl* (Fn. 16), § 263 Rn. 115; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 29 Rn. 4; *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza* (Hrsg.), *UWG*, Kommentar, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 96. Auf dieser Basis wird man Werturteile und Meinungsäußerungen als Synonyme betrachten, so auch *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Fn. 14), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 14; *Eisele/Schittenhelm*, in: *Tübinger Kommentar* (Fn. 15), § 186 Rn. 3; *Krell*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Bd. 2, 3. Aufl. 2024, UWG § 16 Rn. 11; *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 13; *Rehart/Ruhl/Isele*, in: *Fritzschke/Münker/Stollwerk* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, UWG*, Stand: 1.7.2025, § 5 Rn. 46; *Rogall*, in: *Wolter/Hoyer* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 186 Rn. 7. and. aber *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 192 ff.

¹⁹ BVerfGE 90, 241 (247); 94, 1 (8); BGH NJW 2017, 482 (484 Rn. 25); BGH NJW 1998, 3047 (3048); *Kindhäuser/Hoven*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 59; *Büscher*, in: *Büscher* (Hrsg.), *UWG*, Kommentar, 3. Aufl. 2024, § 5 Rn. 142; *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 25; *Geppert*, *Jura* 1983, 530 (541); *Jänich*, *Lauterkeitsrecht*, 2018, § 12 Rn. 27; *Nietsch*, in: *Seibt/Buck-Heeb/Harnos*, *Beck'scher Online-Kommentar, Wertpapierhandelsrecht*, Stand: 1.7.2025, MAR Art. 7 Rn. 52; *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 18), § 186 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 20; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 14), Rn. 525. Siehe auch *Emmerich/Lange*, *Lauterkeitsrecht*, 12. Aufl. 2022, § 14 Rn. 12; *Schröder*, *Handbuch Kapitalmarktsstrafrecht*, 4. Aufl. 2020, 2. Kap. Rn. 32; *Valerius* (Fn. 16), § 186 Rn. 4; *Zieschang* (Fn. 16), § 263 Rn. 23.

²⁰ *Hefendehl* (Fn. 16), § 263 Rn. 115; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 11; *Busch*, *wistra* 2022, 257. Siehe auch *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 16), Rn. 562. Allg. zu Legitimationsfragen des § 263 StGB aus rechtshistorischer Perspektive *Vogel* (Fn. 12), S. 89 ff.

²¹ Beispiel nach *Hefendehl* (Fn. 16), § 263 Rn. 115.

²² Siehe *Gaede* (Fn. 1), S. 974 f.; § 263 StGB als verhaltensgebundenes Delikt; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 11.

²³ *Naucke* (Fn. 1), S. 116; *Thomma*, *Die Grenzen des Tatsachenbegriffs*, insbesondere bei der betrügerischen Täuschungshandlung, 2003, S. 50 ff., 450 f.; *Schütz*, *Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom Codex Juris Bavarici Criminalis (1751) bis zum Preußischen Strafgesetzbuch (1851)*, 1988, S. 186 f., 190 ff.; siehe auch *Frisch* (Fn. 3), S. 665 f.

²⁴ Siehe *Joecks*, *Zur Vermögensverfügung beim Betrug*, 1982, S. 54 ff., 81 ff.; *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 22; *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 19), § 263 Rn. 75; *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 111 f.; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 11.

²⁵ *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 8.

²⁶ Siehe *Gaede* (Fn. 1), S. 975.

²⁷ Klarstellend *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 18), § 186 Rn. 4; *Valerius* (Fn. 16), § 186 Rn. 5.

²⁸ Klarstellend *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 8.

²⁹ Klarstellend *Geppert*, *Jura* 1983, 530 (540 f.); *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 12; *Regge/Pegel* (Fn. 17), § 186 Rn. 7;

Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ist im deutschen Recht ganz generell dort von Relevanz, wo *Äußerungen* den Regelungsgegenstand bilden, bspw. auch in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, § 824 BGB oder in § 56 Abs. 1 RStV.³⁰

Die Auslegungsprobleme speisen sich aus dem allgemein geteilten Befund, dass ein Werturteil seinem „objektiven Sinngehalt nach einen *greifbaren, dem Beweis zugänglichen Tatsachenkern*“ haben kann, eine solche kombinierte Aussage ebenfalls eine Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB darstellt und sich deswegen die Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen „wegen der fließenden Übergänge“ ggf. schwierig gestaltet.³¹ Insbesondere in der Dogmatik des Betruges entspricht es deswegen der absolut h.A., dass der Begriff der Tatsache zu normativieren ist und ggf. auch Rechtsansichten oder innere Tatsachen erfassen kann.³² So soll bspw. ein Werturteil dann über einen Tatsachenkern verfügen, wenn der Erklärende über eine besondere Fachkompetenz verfügt bzw. eine solche zu haben vorgibt.³³ Bei der Äußerung von Rechtsauffassungen mögen zwar wertende Elemente im Vordergrund stehen, die h.A. verweist aber auf die Möglichkeit, dass diejenigen Tatsachen, die die Rechtsauffassung bzw. eine Rechtsfolge begründen, häufig (konkulent) mitbehauptet werden.³⁴ Im Rekurs auf eine Autori-

tät, bspw. die obergerichtliche Rechtsprechung, verberge sich zudem die Tatsachenbehauptung, dass die Autorität tatsächlich im behaupteten Sinne entscheidet.³⁵ Im Übrigen können bekanntlich auch innere Tatsachen wie Absichten, Gefühle oder Überzeugungen tauglicher Täuschungsgegenstand sein.³⁶ Weil sich innere Tatsachen auch auf Zukünftiges beziehen können (also bspw. die Absicht, zukünftig ein gewährtes Darlehen zurückzuzahlen), kann entgegen der Basisdefinition der Tatsache auch tatbestandsmäßig über Zukünftiges getäuscht werden.³⁷ Auch die unaufrichtig geäußerte Aussage eines Immobilienverkäufers über eine erwartete positive Wertentwicklung eines Grundstücks ist hiernach ggf. als innere Tatsache betrugsrelevant, wenn über die gegenwärtige Überzeugung getäuscht wird.³⁸

Insbesondere das Institut des Werturteils mit Tatsachenkern, das nach dem eben Genannten eine Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB darstellt, führt bei Lichte betrachtet dazu, dass Werturteile sehr häufig (auch) als Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB zu behandeln sind. Das liegt schon daran, dass sich die im Werturteil formulierte Bewertung auf einen Gegenstand bezieht und just dieser Gegenstand ist häufig nach den Maßstäben der h.A. faktischer Natur.³⁹ In dieser Konstellation können Werturteile also ggf. „Assoziationen über objektive Umstände“ hervorrufen, die „schon ausreichen, um die Entscheidung des Opfers maßgeblich [i.S.d. § 263 StGB] zu beeinflussen“. ⁴⁰ Selbst eine Kennzeichnung als „gut“ kann im entsprechenden Kontext eine Tatsache miterklären⁴¹ – und das obwohl „gut“ als das Standardbeispiel eines Werturteils gelten darf.⁴²

Damit kann das Zwischenfazit gezogen werden, dass die h.M. aus diversen Formen von Äußerungen einen Tatsachenkern *presst*, um doch noch eine betrugstaugliche Behauptung annehmen zu können.⁴³ Das ist auch deswegen bemerkens-

Rogall (Fn. 18), § 186 Rn. 7 ff.; Sinn (Fn. 17), § 186 Rn. 3 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 14), Rn. 525.

³⁰ Entsprechende Vorschriften bilden die Querschnittsmaterie des *Äußerungsrechts*, siehe hierzu *Sajuntz/Wiggenhorn*, in: Hasselblatt (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl. 2022, § 25 Rn. 2. Lesenswert zum Ganzen auch *Rühl*, AfP 2000, 17 ff.; sowie *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 88 ff.

³¹ So *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 14), Rn. 525 – *Hervorhebungen* im Original; siehe auch BGHSt 60, 1 (6 f.); 48, 331 (344 f.); *Busch*, wistra 2022, 257 („Hybridform“); *Bock* (Fn. 16), S. 249; *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 26; *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 18), § 186 Rn. 4; *Geppert*, Jura 1983, 530 (541); *Graul*, JZ 1995, 595 ff.; *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 14; *Krell* (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 11; *Kölbel/Neßeler*, (Fn. 14), 7. Teil, 1. Kap. Rn. 24; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 17), § 16 Rn. 52; *Rogall* (Fn. 18), § 186 Rn. 7; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12, 16; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 21; *Sosnitza* (Fn. 18), § 5 Rn. 96; *Sinn* (Fn. 17), § 186 Rn. 4; *Valerius* (Fn. 16), § 186 Rn. 5.

³² Siehe *Gaede* (Fn. 1), S. 976 f.; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12. Weitere Nw. in den kommenden Fn. *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 12) spricht gar von Ausnahmen der (strengen) Differenzierung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen; *Hennings* (Fn. 2), S. 88, spricht von „Korrekturen“. Siehe auch *Perron* (Fn. 15), § 263 Rn. 8. *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 19, § 263 Rn. 75) qualifizieren diese Modifikation des Tatsachenbegriffs als *inkonsequent*. Speziell zum Problem wertender Produktpreisungen *Kuhli*, ZIS 2014, 504 ff.

³³ BGH NStZ 2008, 96 (98); BGH NJW 1981, 2131 (2132); *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 31.

³⁴ BGHSt 22, 88 f.; BGH NStZ 2017, 30; BGH NStZ 2018, 215; OLG Köln NStZ 2014, 327 (329); *Büscher* (Fn. 19), § 5 Rn. 151; *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 32; *Kölbel/*

Neßeler, (Fn. 14), 7. Teil, 1. Kap. Rn. 28; *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 7; *Zieschang* (Fn. 16), § 263 Rn. 23.

³⁵ BGH NStZ-RR 2005, 151; *Graul*, JZ 1995, 595 (601); *Protzen*, wistra 2003, 208 (209); *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 24; siehe auch *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 15.

³⁶ *Bock* (Fn. 16), S. 249; *Rengier* (Fn. 14), § 13 Rn. 4; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12, 15; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 19; *Zieschang* (Fn. 16), § 263 Rn. 19.

³⁷ Siehe *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 19; *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 13; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 19.

³⁸ Siehe BGH NStZ 2015, 89 (90 Rn. 17 ff.); *Schlösser*, StV 2016, 20; *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 12.

³⁹ Siehe hierzu auch noch III. 3.

⁴⁰ Vgl. *Busch*, wistra 2022, 257.

⁴¹ Siehe RG Recht 13, 3207: Erklärung, dass ein Geschäft *gut* laufe. Siehe hierzu auch *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 14. Siehe auch *Busch*, wistra 2022, 257 (258): Auch „tragfähig“ oder „prosperierend“ formulieren in Bezug auf Unternehmen Werturteile mit Tatsachenkern.

⁴² Weswegen *Hare*, Die Sprache der Moral, 1983, S. 109 ff., die *Bedeutung* dieses Werturteils umfangreich erörtert. Siehe auch *Kuhli*, ZIS 2014, 504 (505).

⁴³ Klarstellend *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12: übliche Auslegungspraxis hat „zur Folge, dass der Tatsachenbegriff der hM

wert, weil die im Kontext der Ehrdelikte (wegen §§ 186, 187 StGB) ebenfalls erforderliche Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen methodisch unter ganz anderen Vorzeichen durchgeführt wird. Dort sei nämlich nach h.A. nicht ein möglicher Kern der Äußerung entscheidend, sondern ob (auf Basis einer Gesamtwürdigung) der tatsächliche oder der wertende Gehalt überwiegt und dem objektiven Sinn der Aussage ihr Gepräge gibt.⁴⁴ Deutlich wurde das bei dem Schmähgedicht, das die sog. Böhmermann-Affäre auslöste und das sicherlich (hier nicht zu wiederholende) Aussagen mit einem Tatsachenkern enthielt, nach der Dogmatik der Ehrdelikte aber nur (Un-)Werturteile formulierte.⁴⁵

Diese unterschiedliche Handhabung der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen belegt deutlich, dass es (anders als von *Hilgendorf* suggeriert) im Kern nicht um logische oder wissenschaftstheoretische Implikationen geht, sondern um handfeste normative Wertungsfragen.⁴⁶ So ist bspw. im Kontext der Ehrdelikte anerkannt, dass die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil vorzunehmen ist, denn einheitliche „Äußerungen sollen nicht unnatürlich aufgespalten werden und nach einhelliger und zutref-

insgesamt deutlich weiter ist, als es die Definition auf den ersten Blick vermuten lässt“ – *Hervorhebung* getilgt. Ähnl. *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 16: „Damit erweist sich der Kreis der von der herrschenden Meinung ausgeschlossenen Äußerungen als sehr klein“; so auch *Hennings* (Fn. 2), S. 91. Siehe auch *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 101: Werturteil als Ausdruck innerer Überzeugung, was als innere Tatsache zu behandeln sei.

⁴⁴ BVerfGE 61, 1 (9 f.); BGH NJW 1966, 1617 f.; BGH NJW 1971, 1655 (1656); BGH NJW 1998, 3047 (3048); BGH NJW 2017, 482 (484 Rn. 25 ff.); *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2024, S. 259 („überwiegendes Element“); *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 18), § 186 Rn. 4; *Geppert*, Jura 1983, 530 (541); *ders.*, Jura 2002, 820 (821); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 18. Aufl. 2024, Rn. 492; *Regge/Pegel* (Fn. 17), § 186 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 18), § 29 Rn. 4; *Sinn* (Fn. 17), § 186 Rn. 4. And. *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 183: entscheidend sei Schutzzweck der jeweiligen Norm. Ausf. zur divergierenden Abgrenzung beider Äußerungsformen im Kontext der §§ 186, 263 StGB auch *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 332 ff., 344 ff. m.w.N.

⁴⁵ So mit nachvollziehbarer Argumentation *Fahl*, NStZ 2016, 313 ff.

⁴⁶ *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 184, selbst erkennt dies an, weil er die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil anhand des Schutzzwecks der jeweiligen Norm vorgenommen wissen will. Das aber erfordert, dass die in Rede stehende Norm just diese Abgrenzungslogik voraussetzt (wie es im deutschen Recht Usus ist), die von *Hilgendorf* ([Fn. 11], S. 21) als logisch und wissenschaftstheoretisch begründet qualifiziert wird. Wie der in IV. näher vorgestellte Begriff der *Information* belegt, ist es aber keineswegs zwingend, dass das Recht diese Differenzierung fordert.

fender Meinung keine doppelte Strafbarkeit gemäß § 186 und § 185 [StGB] auslösen“.⁴⁷

III. Epistemische und sprachphilosophische Implikationen

Indem das positive Recht den Auftrag an den Rechtsanwender formuliert, zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu differenzieren, und dieses Erfordernis mit teleologischen Konzeptionen der entsprechenden Vorschriften begründet wird, rekurriert das geltende Recht bei Lichte betrachtet auf spezifische sprach- und erkenntnistheoretische Vorstellungen. Der Dogmatik des Begriffs der Tatsachenbehauptung liegt ein strenger Realismus sowie ein empiristisches Sinnkriterium zugrunde, die im Folgenden in der gebotenen Kürze näher analysiert und kritisiert werden sollen.⁴⁸

1. Über den strengen, den Äußerungsdelikten zugrunde liegenden Realismus

Indem der Begriff der Tatsache konkrete, beweisbare Verhältnisse, Zustände bzw. Gegebenheiten der Vergangenheit oder Gegenwart betrifft, liegt ihm eine empirische Ausrichtung zugrunde.⁴⁹ Die Tatsache wird als sinnlich wahrnehmbar und empirisch überprüfbar bzw. beweisbar qualifiziert.⁵⁰

Eine Tatsachenbehauptung ist nach üblicher Ansicht falsch bzw. unwahr, wenn sie nicht mit den (vorsprachlichen) Tatsachen, d.h. der objektiven Sachlage, übereinstimmt (siehe oben). Nach dieser Begriffsbestimmung ist ein „Widerspruch zwischen Wort und Wirklichkeit“ möglich.⁵¹ Auf diesem Weg wird vor allem behauptet, dass die Tatsachen „von den Worten unabhängig sind“.⁵² Folgerichtig konstatiert *Hefendehl*: „Den Begriffskern der Tatsache machen gegen-

⁴⁷ *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 14), § 186 Rn. 2 m.w.N.; siehe auch *Rogall* (Fn. 18), § 186 Rn. 9.

⁴⁸ Die folgenden Ausführungen in III. des vorliegenden Beitrages beruhen auf den sprach- und erkenntnistheoretischen Erörterungen in Kap. 3 meiner Habilitationsschrift (Theorie der kritischen Theorie des Strafrechts. Sprachphilosophische und erkenntnistheoretische Grundlagen strafrechtswissenschaftlicher Gesetzgebungskritik), die vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück im Sommersemester 2025 angenommen wurde. Die Argumentationstiefe einer Monographie kann vorliegend nicht erreicht werden, weswegen ich für weiterführende Gedanken und Nachweise auf meine Habilitationsschrift verweise.

⁴⁹ *Gaede* (Fn. 1), S. 976.

⁵⁰ *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 123 f.; *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 10; *Regge/Pegel* (Fn. 17), § 186 Rn. 5; *Saliger* (Fn. 14), § 263 Rn. 12 f.; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 17; *Schröder* (Fn. 19), 2. Kap. Rn. 32.

⁵¹ *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 1360; siehe auch *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 46 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 18), § 49 Rn. 7.

⁵² Klarstellend i.d.S. *Mitsch* (Fn. 16), S. 260. Siehe auch *Kubiciel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 10; *Bosch/Schittenhelm*, in: *Tübinger Kommentar* (Fn. 15), Vor § 153 Rn. 4; siehe auch *Gusy*, JZ 1991, 213 (216); *Rühl*, AfP 2000, 17 (18); *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 113.

wärtige oder vergangene äußere Tatsachen aus, die sich auf Reales beziehen“.⁵³

Was in den vorangegangenen Zeilen verdeutlicht wurde, ist der Umstand, dass dem deutschen Äußerungsrecht⁵⁴ ein strenger, nämlich ontologischer, epistemischer und semantischer Realismus zugrunde liegt.⁵⁵ Die reale Welt der Tatsachen bestehe unabhängig von menschlicher Praxis (ontologischer Realismus), der Mensch ist jedoch in der Lage diese Welt der Tatsachen zu erkennen (epistemischer Realismus) und sich mit Sprache wahrheitsgemäß auf die Tatsachen zu beziehen (semantischer Realismus).

Ein solcher strenger Realismus, der also behauptet, die uns umgebende Welt könne objektiv und wahrheitsgetreu durch Tatsachenbehauptungen abgebildet werden, und wie er der üblichen Auslegung des Begriffs der Tatsache(nbehauptung) zugrunde liegt, wird in der philosophischen Literatur auch als *naiver* Realismus bezeichnet.⁵⁶ Diese Sichtweise entspricht freilich unserer intuitiven Überzeugung.⁵⁷

Genau genommen wird durch die Differenzierung von (vorsprachlicher) Tatsache und (sprachlich gefasster) Tatsachenbehauptung die These formuliert, dass die Tatsachen ihrer sprachlichen Fixierung vorgehen. Mit dieser Weichenstellung wird ein Primat der Ontologie vor der Sprache behauptet,⁵⁸ jedoch der menschlichen Erkenntnis sowie der Sprache die Leistung zugetraut, diese vorsprachliche Realität objektiv und wahrheitsgemäß abzubilden.⁵⁹ Was in dieser Gleichung zum Ausdruck kommt, ist die sog. Korrespondenztheorie der Wahrheit.⁶⁰ Wahr ist hiernach eine Aussage, wenn

sie mit den (vorsprachlichen) Tatsachen übereinstimmt.⁶¹ Die übliche Auslegung und ihr strenger (bzw. *naiver*) Realismus müssen auf diesem Weg die „Idee einer objektiven Realität“, d.h. einer Realität, „wie sie an sich, nämlich unabhängig von bloß subjektiven Zutaten der erkennenden und handelnden Subjekte“ ist, hypostasieren.⁶²

Die Korrespondenztheorie der Wahrheit sowie der ihr zugrunde liegende Realismus wirken auch wegen ihres Fundaments im intuitiven Alltagsverständnis unschuldig, rekurren aber auf äußerst kontroverse philosophische Prämissen.⁶³ In der philosophischen Diskussion im 20. Jahrhundert ist die Korrespondenztheorie deswegen zunehmend unter Druck geraten.⁶⁴ Ihr wird gar attestiert, sich durch eine „dogmatische Leere“ auszuzeichnen.⁶⁵ Der Kern der Kritik besteht darin, dass die Korrespondenztheorie die Möglichkeit eines Abgleichs von sprachlicher Ausdrucksform und außersprachlicher Welt behaupten muss.⁶⁶ Richtigerweise aber existiert zwischen diesen beiden Sphären keine Verbindung, sodass Tatsachen und Tatsachenbehauptung nicht im Sinne einer Korrespondenzbeziehung ineinandergreifen können.⁶⁷ Wenn

klusion auch *Kargl*, GA 2003, 791 (798). Zum Wahrheitsbegriff des Pragmatismus ausf. und krit. *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 416 ff.; zustimmender (und m.E. zutreffender) Blick auf den Pragmatismus bei *Seel*, Wahrheit im Strafprozess, 2021, S. 352 ff.

⁶¹ Allg. zur Korrespondenztheorie der Wahrheit *Beckermann*, ZPhF 49 (1995), 529 ff.; *Grundmann* (Fn. 56), S. 32 f. m.w.N.; *Hoven*, Wege zur Wahrheit, 1989, S. 61 ff.; *Hübner* (Fn. 59), S. 168; *Searle*, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit, 2011, S. 206 ff.; *Willer*, PhJb 113 (2006), 78 (79). Aus juristischer Perspektive siehe *Baade*, Wahrheit und Recht, 2023, S. 14; *Deckert*, ARSP 82 (1996), 43 (46); *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 173; *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 115; *ders.*, GA 1993, 547 (549 ff.); *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (179, 184); *Hyckel*, RW 2021, 222 (228); *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 6; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 98; *Rühl*, AfP 2000, 17 (18); *Seel* (Fn. 60), S. 154 ff.

⁶² *Wellmer*, Sprachphilosophie, 2016, S. 292. Siehe auch *Hyckel*, RW 2021, 222 (229). *Sellars*, Minnesota Studies in the Philosophy of Science 1 (1956), 253 (267), qualifiziert diese realistische Hypothese als „Myth of the Given“.

⁶³ So *Grasnick*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre GA, 1993, S. 55 (56 f.). Siehe auch *Dauids*, PhJb 113 (2006), 63 (64): „interessante ontologische und epistemologische Voraussetzungen“.

⁶⁴ *Poscher*, ARSP 89 (2003), 200 (202); *Goertz*, in: Schröter/Eddelbüttel (Hrsg.), Konstruktion von Wirklichkeit, 2004, S. 1 (7 f.); *Zoglauer*, Konstruierte Wahrheiten, 2021, S. 92, 101 f.; *Schantz*, Wahrheit, Referenz und Realismus, 1996, S. 148.

⁶⁵ *Stekeler-Weithofer*, in: Fuhrmann/Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, 2004, S. 35 (56).

⁶⁶ Für *Schurz*, in: Gombocz (Fn. 59), S. 522 (529), bricht die Konstruktion der Korrespondenztheorie an diesem Punkt zusammen.

⁶⁷ *Baumann* (Fn. 56), S. 158; *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, 2004, S. 11, 41; *Krings*, PhJb 90 (1983), 20

⁵³ *Hefendehl* (Fn. 16), § 263 Rn. 97.

⁵⁴ Siehe zu diesem Begriff Fn. 30.

⁵⁵ Zu diesen drei Einzelausprägungen des Begriffs des Realismus ausf. *Gardt*, in: Felder/Gardt (Hrsg.), Wirklichkeit oder Konstruktion?, 2018, S. 1 ff.; *Schlaudt*, Was ist empirische Wahrheit?, 2014, S. 32 ff.; *Franzen*, in: Forum für Philosophie Bad Homburg (Hrsg.), Realismus und Antirealismus, 1992, S. 20 ff.

⁵⁶ *Bartels*, Wissenschaft, 2021, S. 149 ff.; *Baumann*, Erkenntnistheorie, 2. Aufl. 2006, S. 265; *Dummett*, in: Willaschek (Hrsg.), Realismus, 2000, S. 143 (150 ff.); *Grundmann*, Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie, 2. Aufl. 2017, S. 346; *Thyssen*, ZPhF 2 (1953), 145; *Pörksen*, in: Felder/Gardt (Fn. 55), S. 77 (78).

⁵⁷ Siehe *Wellmer*, Wie Worte Sinn machen, 2007, S. 183; *Schlaudt* (Fn. 55), S. 43 f.

⁵⁸ Siehe auch *Meggle*, Handlungstheoretische Semantik, 1996, S. 4; siehe auch *Gutmann*, in: Fischer (Hrsg.), Beweis, 2019, S. 11 (19).

⁵⁹ Vgl. *Simons*, in: Siebel/Textor (Hrsg.), Semantik und Ontologie, 2004, S. 249; v. *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1975, S. 31 f.; *ders.*, in: Gombocz (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Haller, 1989, S. 490 (492); *Hübner*, Einführung in die theoretische Philosophie, 2015, S. 125.

⁶⁰ Klarstellend *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2021, § 47 Rn. 36; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 14), Rn. 528 (dort aber mit Einschränkungen, die eher auf eine epistemische, nämlich pragmatistische Wahrheitstheorie hindeuten). Zu dieser Kon-

ich bspw. vor einem brennenden Haus stehe und äußere „Dieses Haus brennt!“, worin besteht dann die von der Korrespondenztheorie der Wahrheit behauptete Übereinstimmungsbeziehung, die nach der üblichen Auslegung des Tatsachenbegriffs so zentral ist für die Betrugsdogmatik? Brennt der von mir geäußerte Satz?⁶⁸ Die Korrespondenztheorie der Wahrheit propagiert folglich eine „Lehre von den Natur aus vorgegebenen Tatsachen“.⁶⁹ Damit geht diese These allerdings noch hinter *Kant* zurück, denn sie behauptet i.E., dass das *Ding an sich* intelligibel ist.⁷⁰ „Aber das Leben liefert uns keine ‚Konkrete‘, weder v. Natur aus abgeschlossene einzelne Dinge, noch fertige ‚in ihrer vollen Konkretheit bestimmte‘ Tatsachen. Wir selbst konstituieren Dinge und Tatsachen erst durch die Begriffe und Sätze unserer Sprache“.⁷¹ Ob der Satz „Die Katze liegt auf der Couch“ eine Tatsache beschreibt oder *drei* (nämlich dass es eine Katze sowie eine Couch gibt und dass die Katze auf der Couch liegt), lässt sich nur durch die Konstruktionsleistung der Sprache beantworten.

Will man also nicht hinter *Kant* zurückgehen und ein „geheimnisvolles Vermögen des Geistes, die Welt an sich ‚direkt‘, ohne den Umweg über die empirische (begrifflich vorgeformte) Erkenntnis, zu ‚schauen‘“ postulieren, dann kann es eine Korrespondenzbeziehung zwischen Sprache und Wirklichkeit nicht geben.⁷²

Dieses Argument bedingt die Überlegung, dass die Korrespondenzbeziehung von Sprache und Tatsache innerhalb

einer wahren Aussage nicht einfach gegeben ist, sondern in einer begrifflichen bzw. sprachlichen und diskursiven Praxis herzustellen ist und vom Adressaten der Aussage akzeptiert werden muss.⁷³ Entgegen der Korrespondenztheorie der Wahrheit können Sprache und Welt nicht einfach miteinander verglichen werden. Der menschliche Geist ist nur in der Lage, sprachliche Aussagen mit weiteren sprachlichen Aussagen bzw. begrifflich strukturierten Gedanken über die Wirklichkeit zu konfrontieren, zur Wirklichkeit an sich dringt er jedoch nicht vor.⁷⁴ Dieser Gedanke impliziert, dass die einer wahren Tatsachenbehauptung unterstellte Relationsbeziehung zwischen Sprache und Welt gar nicht die außersprachliche Welt meint, sondern die Akzeptanz der Aussage innerhalb der sozialen, sprachlich fundierten Praxis betrifft.⁷⁵ Hierfür spricht ja in der Tat die Überlegung, wonach die Ausdrücke „wahr“ und „falsch“ ihrerseits nur sprachlicher Natur sind, sodass deren Anwendung bzw. die Festlegung, ob eine Tatsachenbehauptung wahr oder falsch ist, nur innerhalb sprachlicher Praxis zu entscheiden ist.⁷⁶

Mit alledem geht die These einher, dass „[d]ie Angabe der Verifikation eines Satzes [...] so besehen nicht aus der Sprache heraus[führt]“, sondern „Sätze von unterschiedlichem sprachlogischem Status in ein Bedingungs- bzw. Begründungsverhältnis“ zu einander gestellt werden.⁷⁷ Deswegen kann konstatiert werden: „Was eine Tatsache ist, können wir nur mit Hilfe der Wahrheit einer Tatsachenaussage, was wirklich ist, nur in Begriffen dessen, was wahr ist, erklären. [...] Und da sich die Wahrheit von Meinungen oder Sätzen wiederum nur mit Hilfe anderer Meinungen oder Sätze begründen lässt, können wir nicht aus dem Bannkreis unserer Sprache ausbrechen“.⁷⁸ Hieraus folgt, dass Wahrheit nichts ist, „was unmittelbar zu haben wäre“, vielmehr muss „die Möglichkeit der Übereinstimmung [...] als Voraussetzung erst gesetzt werden“.⁷⁹

Da Sprache folgerichtig nicht in der Lage ist, die reale Welt oder die Tatsachen schlicht objektiv abzubilden (weil dies eine nicht realisierbare Korrespondenzbeziehung voraussetzen würde), ist es umgekehrt so, dass mit Sprache und unserer sprachlichen Praxis Wirklichkeit geschaffen und ver-

(22): „Unvergleichbares soll übereinstimmen“; *Majetschak*, Ludwig Wittgensteins Denkweg, 2000, S. 133; *Hilgendorf*, GA 1993, 547 (550); *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (178); *Patzig*, Tatsachen, Normen, Sätze, 1980, S. 33; *Sans*, Hegel-Jahrbuch 2016, S. 108 f.; *Tugendhat*, Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie, 1976, S. 250 f.; *Wingert*, DZPhil 48 (2000), 738; *Zippelius*, in: Spanner/Lerche/Zacher/Badura/v. Campenhausen (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1. September 1971, 1971, S. 507 (508); zugestehend auch *Seel* (Fn. 60), S. 157. Siehe auch *Wellmer* (Fn. 57), S. 181 ff.: Vergleich von „zwei ganz inkommensurablen Relata“. Nach *Hübner* (Fn. 59, S. 170) ist das Kriterium der Übereinstimmung die *Schwachstelle* der Korrespondenztheorie. Zum Ganzen auch *Zoglauer* (Fn. 64, S. 92), der zudem klarstellt, dass die im Fließtext dargelegten Argumente die Korrespondenztheorie in eine tiefe Krise gestürzt haben.

⁶⁸ Ähnliches Beispiel bei *Zippelius* (Fn. 67), S. 509 f.

⁶⁹ Vgl. *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 32 (dort zum Verhältnis von Tatsachen und Tatbestandsmerkmalen innerhalb der Vorsatzdogmatik).

⁷⁰ Siehe *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Bd. 1, 1974, A 253 f., B 307, B 344. Siehe auch *Irrlitz*, Kant-Handbuch, 3. Aufl. 2015, S. 165 f. Allg. zu Kants Erkenntnistheorie bspw. *Gerhardt*, Immanuel Kant, 3. Aufl. 2024, S. 140 ff. Krit. auch *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279 f.

⁷¹ *Puppe* (Fn. 69), § 16 Rn. 34.

⁷² *Schurz* (Fn. 66), S. 529. Auch *Puppe* (Fn. 69), § 16 Rn. 41, rekurriert für ihre Kritik am Realismus der h.A. auf *Kant*; so auch *Hassemer*, KritV 1990, 260 (269).

⁷³ *Bartels* (Fn. 56), S. 181; *Schurz*, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 2014, S. 59.

⁷⁴ *Metschl*, in: Fuhrmann/Olsson (Fn. 65), S. 217 (227); *Poscher*, ARSP 89 (2003), 200 (203); *Zippelius* (Fn. 67), S. 511. Siehe auch *Krings*, PhJb 90 (1983), 20 (22); *Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis, 1984, S. 186, 209. Siehe auch *Baker/Hacker*, Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity, 1988, S. 88 f.; *Stübinger* (Fn. 60), S. 466; *Volk*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Hanns Karl Salger, 1995, S. 411 (415).

⁷⁵ *Schmidt*, in: Felder/Gardt (Fn. 55), S. 102 (105).

⁷⁶ *Tschentscher*, Rechtstheorie 34 (2002), 43 (50).

⁷⁷ Zum Ganzen *Majetschak* (Fn. 67), S. 136; siehe auch *Wellmer* (Fn. 57), S. 181.

⁷⁸ *Habermas* (Fn. 67), S. 246.

⁷⁹ *Stübinger* (Fn. 60), S. 467.

ändert wird.⁸⁰ In der philosophischen und gesellschaftswissenschaftlichen Diskussion hat deswegen die Diskreditierung der realistischen Korrespondenztheorie der Wahrheit dazu geführt, dass der sprachliche Konstruktivismus immer mehr Anhänger gewinnt.⁸¹

Ihre strengen realistischen Maßstäbe kann die h.A. im Übrigen nicht durchhalten und nähert sich im Ergebnis einem sprachlichen Konstruktivismus an, wenn sie bspw. die Kreditwürdigkeit, das Vorliegen von Rechtsverhältnissen, Vorstrafen oder die rechtliche Natur einer Urkunde als „Teil der Realität“ und somit als taugliche Tatsachen i.S.d. § 263 StGB begreift.⁸² Diese gesellschaftlichen Tatsachen sind ihrerseits nicht vorsprachlich denkbar, sondern werden erst durch übereinstimmende menschliche und sprachliche Praxis konstituiert bzw. konstruiert.⁸³

2. Das empiristische Sinnkriterium als Grundlage der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen

Dieser Realismus des Tatsachenbegriffs wird wie bereits angedeutet durch das erkenntnistheoretische Postulat ergänzt, Tatsachenbehauptungen gingen mit einem Anspruch auf Objektivität einher und seien durch Abgleich mit der (vorsprachlichen) Realität beweisbar, weswegen es rational sei, Tatsachenbehauptungen zu vertrauen, während Werturteile subjektiver Natur, nicht beweisbar und nicht handlungsleitend seien.⁸⁴

Was in diesen Zeilen zum Ausdruck kommt, ist die erkenntnistheoretische These des sog. empiristischen Sinnkriteriums, wie es insbesondere von der frühen (sprach-)analytischen Philosophie und dem logischen Empirismus/Positivismus

des sog. Wiener Kreises verfochten wurde.⁸⁵ Das empiristische Sinnkriterium bringt (*sinnvollen*) deskriptiven Behauptungssätzen ein hohes Maß an Vertrauen entgegen, weil diese durch Wahrnehmung empirisch überprüft werden könnten und sich daher epistemisch absichern ließen.⁸⁶ Die Bedeutung eines Satzes ist hiernach erst dann objektiv, wenn er durch Abgleich mit der Wirklichkeit als *wahr* bestätigt werden kann.⁸⁷ Der logische Empirismus betont, dass wissenschaftliche Erkenntnis nur durch Beobachtung sowie durch mathematische und logische Beweisführung möglich sei, während Aussagen, welche diesen epistemischen Qualitätsstandards nicht gerecht werden können, als *metaphysisch* bzw. sinnlos abgekanzelt werden.⁸⁸ Der Kern des empiristischen Sinnkriteriums besteht in der Überlegung: Werturteile

⁸⁵ Siehe hierzu bspw. Kornmesser/Büttemeyer, Wissenschaftstheorie, 2020, S. 41 f.; Mayer, Semantischer Holismus, 1997, S. 93; Puppe, NStZ 2012, 409 (410); Schnädelbach, Analytische und postanalytische Philosophie, 2004, S. 33; Tietz, Sprache und Verstehen in analytischer und hermeneutischer Sicht, 1995, S. 62. Ausf. zum Ganzen Miller, Philosophy of Language, 3. Aufl. 2018, S. 112 ff.; Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. 1, 6. Aufl. 1978, S. 380 ff. Über den Wiener Kreis berichten u.a. Breuning, in: Grajner/Melchior (Hrsg.), Handbuch Erkenntnistheorie, 2019, S. 50; Hübner (Fn. 59), S. 118; Kornmesser/Büttemeyer, Wissenschaftstheorie, 2020, S. 39 ff.; Lindner, RPhZ 2016, 44 (46 ff.); Schurz, Erkenntnistheorie, 2021, S. 98, 169; ausf. Stadler, Der Wiener Kreis, 1997, passim. Zur analytischen Philosophie siehe Newen, Analytische Philosophie, 2018, passim.

⁸⁶ Siehe Ayer, Sprache, Wahrheit und Logik, 1987, S. 9 ff., 44; Czaniera, in: Halbig/Suhm (Hrsg.), Was ist wirklich?, 2004, S. 337 (353); Horn, RPhZ 2018, 207 (219); Hübner (Fn. 59), S. 119; Hilgendorf, GA 1993, 547 (550); Schnädelbach, Philosophie in Deutschland 1831–1933, 1983, S. 112; Wille, in: Urbich/Zimmer (Fn. 83), S. 177. Ausf. auch Stegmüller (Fn. 85), S. 346 ff.

⁸⁷ Vossenkuhl, Ludwig Wittgenstein, 2. Aufl. 2003, S. 153.

⁸⁸ Siehe Grewendorf/Meggler, in: Grewendorf/Meggler (Hrsg.), Seminar: Sprache und Ethik, 1974, S. 7 (15); Leiss, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 2012, S. 112; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, S. 59 f.; Mayer (Fn. 85), S. 93 f.; Potacs, Rechtstheorie, 2015, S. 161; Stegmüller, Das Wahrheitsproblem und die Idee der Semantik, 1957, S. 262; Schnädelbach (Fn. 85), S. 31; Wille (Fn. 86), S. 177. Allg. zum Empirismus Adrian, Grundzüge einer allgemeinen Wissenschaftstheorie auch für Juristen, 2014, S. 17 ff.; Schurz (Fn. 85), S. 135 ff.; Kley, recht 1996, 189 (193); Oğlacioğlu, Strafbare Sprechakte, 2023, S. 26; Kiesselbach, in: Bäcker/Klatt/Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, S. 233 (241); ausf. Seel (Fn. 60), S. 157 ff. Siehe auch Engemaier/Hauswald/Schubbe, in: Breitenstein/Rohbeck (Hrsg.), Philosophie, 2011, S. 165 (175); Kornmesser/Büttemeyer (Fn. 85), S. 41 f.; Puppe, NStZ 2012, 409 (410); Schnädelbach (Fn. 85), S. 33; Tietz (Fn. 85), S. 62. Ausf. zum Ganzen Miller (Fn. 85), S. 112 ff.; Stegmüller (Fn. 85), S. 380 ff.

⁸⁰ Jeand'Heur, in: Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, 1989, S. 17 (24); Felder/Luth, in: Vogel (Hrsg.), Zugänge zur Rechtssemantik, S. 159 (161).

⁸¹ Siehe zum Ganzen Behrendt, Rechtstheorie 51 (2020), 171 (173); Christensen, in: Felder/Gardt (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, 2017, S. 187 (196); Goertz (Fn. 64), S. 11; Haslanger, Der Wirklichkeit widerstehen, 2021, S. 17 ff., 142 ff.; Harder, Meaning in Mind and Society, 2021, S. 103 ff.; Janich, Konstruktivismus und Naturerkenntnis, 1996, passim; Koch/Frambach, Transformative Wirtschaftspolitik, 2024, S. 82; Möllers (Fn. 6), S. 160; Pörksen (Fn. 56), S. 96 ff.; Schnedermann, Die Macht des Definierens, 2021, S. 25; Shelbie, Philosophical Forum, 34 (2003), 153 (161 f.); Schmidt, »Sicherheit« im öffentlichen Sprachgebrauch, 2018, S. 44 ff.; Simons (Fn. 59), S. 249 ff.; Siehe auch Li, in: Felder/Gardt (a.a.O.), S. 233 (240); Volk (Fn. 74), S. 415; Patterson, Virginia Law Review 76 (1990), 937 (938). Für die Disziplin der (Rechts-)Geschichte Stolleis, Rechtsgeschichte als Kunstprodukt, 1997, passim (insbesondere S. 14 f., 20, 28).

⁸² Kubiciel/Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 10.

⁸³ Allg. zur Ontologie des Sozialen Jansen, in: Urbich/Zimmer (Hrsg.), Handbuch Ontologie, 2020, S. 508 ff. Grundlegend Searle (Fn. 61), passim (siehe insbesondere S. 10: „Es gibt Teile der wirklichen Welt, die Tatsachen nur kraft menschlicher Übereinkunft sind“). Siehe auch Kindhäuser, Jura 1984, 465 (467 f.).

⁸⁴ Siehe hierzu bereits II. 1. m.w.N.

kann man begründen, Tatsachenbehauptungen kann man beweisen.⁸⁹

Carnap, einer der führenden Vertreter des Wiener Kreises, ging es darum, „zu einer intersubjektiven, objektiven Welt zu gelangen, die begrifflich erfassbar ist und zwar als eine identische für alle Subjekte“.⁹⁰ Dem logischen Empirismus liegt ein *empiristisches, szientistisches* (und realistisches) Programm zugrunde, das sämtliche Einzelwissenschaften den methodischen Standards der Naturwissenschaften unterstellen will.⁹¹ Folgerichtig begegnet das empiristische Sinnkriterium sämtlichen Aussagen, die sich nicht positivistisch verifizieren (oder falsifizieren) lassen mit einer fundamentalen erkenntnistheoretischen Skepsis, die insbesondere Werturteile trifft, und bspw. bei *Carnap* im Vorwurf der Sinnlosigkeit mündete.⁹² Auf einer solchen Grundlage kann Moralphilosophie als problematische Disziplin bzw. als „Abfolge von Irrtümern“ qualifiziert werden.⁹³ Die epistemisch fundierte Skepsis gegenüber Werturteilen, wie sie im deutschen Äußerungsrecht zum Ausdruck kommt, hat hier ihren gedanklichen Ursprung.

Das empiristische Sinnkriterium ist kritikwürdig und abzulehnen. Es vermag die gesteigerte epistemische Dignität von Tatsachenbehauptungen gegenüber Werturteilen nicht zu

fundieren. Das liegt schon daran, dass ein strenger logischer Empirismus/Positivismus theorieimmanent undurchführbar ist, da er die Trennlinie zwischen objektiven und unwissenschaftlichen/sinnlosen/subjektiven Aussagen *normativ* (d.h. wertend) bestimmen will, nämlich mittels einer ihrerseits nicht durch Beobachtung zu gewinnenden Grenze – und damit scheitert die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie des logischen Empirismus an ihren eigenen Maßstäben.⁹⁴

Die Gleichung des empiristischen Sinnkriteriums, empirische bzw. Naturwissenschaften seien in der Lage, objektive bzw. schlicht wahre Sätze zu formulieren, die sich empirisch verifizieren ließen, überschätzt zudem die Möglichkeiten der Wissenschaft.⁹⁵ Wichtig ist zunächst die Überlegung, dass sich essentielle naturwissenschaftliche Begriffe wie Masse oder Elektron mangels eines empirischen Erfahrungskriteriums nicht sinnvoll verifizieren oder falsifizieren lassen.⁹⁶ Auch lassen sich Tatsachenbehauptungen erkenntnistheoretisch nicht durch bloße Beobachtungen rechtfertigen.⁹⁷ Ich mag sinnlich wahrnehmen, dass ein Magier einen Gegenstand schweben lassen hat, gerechtfertigt ist die entsprechende Behauptung hierdurch nicht.⁹⁸ Empirische Verifikation ist also ohne Einbindung in eine argumentative, deutende Praxis nicht in der Lage, zu einer bestimmten Erkenntnis zu nötigen, vielmehr ist Beobachtung stets auf einen bestimmten sprachlichen Interpretationsrahmen angewiesen: „Die objektivierende Erkenntnis der Welt durch die Wissenschaft setzt eine sprachlich verfaßte soziale Praxis mit ihren Bedeutsamkeitsbezügen und ihren normativen Orientierungen voraus“.⁹⁹

Unter diesen Vorzeichen setzt die Bildung und Überprüfung wissenschaftlicher Theorien ein komplexeres Begründungsverfahren innerhalb einer sozialen Praxis voraus.¹⁰⁰ Das wird auch deutlich, wenn man mit *Hilgendorf* die (für das empiristische Sinnkriterium so wesentliche) sinnliche Wahrnehmung bzw. Wahrnehmbarkeit mit der Beweisbarkeit vor Gericht gleichsetzt.¹⁰¹ Die bloße Wahrnehmung der Beweisaufnahme stellt aber noch keine Tatsachen fest und liefert

⁸⁹ Vgl. *Puppe*, NStZ 2012, 409 (410); siehe auch *Regge/Pegel* (Fn. 17), § 186 Rn. 10.

⁹⁰ *Carnap*, *Der logische Aufbau der Welt*, 1928, S. 2. Siehe hierzu auch *Bartels* (Fn. 56), S. 28 ff.; *Blume/Demmerling*, *Grundprobleme der analytischen Sprachphilosophie*, 1998, S. 74 f.; *Brandom*, *Begründen und Begreifen*, 2001, S. 16; *Leiss* (Fn. 88), S. 111; *Newen* (Fn. 85), S. 112 ff.

⁹¹ *Bertram*, *Sprachphilosophie*, 2011, S. 154; *Bock*, *Rechtstheorie* 36 (2005), 449 (453); *Burge*, in: *Beaney* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of The History of Analytic Philosophy*, 2013, S. 355 (362 f.); *Czaniera* (Fn. 86), S. 353; *Hübner* (Fn. 59), S. 120; *Leiss* (Fn. 88), S. 111 ff.; *Ott*, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus*, 2016 S. 6; *Spieß*, *Diskurshandlungen*, 2011, S. 33. Ausf. hierzu *Daston/Galison*, *Objektivität*, 2007, S. 306 ff.; *Bartels* (Fn. 56), S. 30; *Bremer*, *Philosophische Semantik*, 2005, S. 49 ff.; *Blume/Demmerling* (Fn. 90), S. 74 f.; *Hoven* (Fn. 61), S. 116 ff.; *Röhl/Röhl* (Fn. 61), S. 135; *Schlaudt* (Fn. 55), S. 34. Siehe auch *Bodnár*, *DZPhil* 26 (1978), 1535 ff.; *Kertscher*, in: *Bedorf/Gerlek* (Hrsg.), *Philosophien der Praxis*, 2019, S. 105 (133); *Newen* (Fn. 85), S. 112 ff.; *Schmidt*, *Bedeutung und Begriff*, 1969, S. 18; *Vöneky*, *Recht, Moral und Ethik*, 2010, S. 73. Siehe auch *Schnedermann* (Fn. 81), S. 24.

⁹² *Carnap*, *Erkenntnis* 2 (1931), 219 (237); ähnlich auch *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, 6.421; siehe auch *Ayer* (Fn. 86), S. 135 ff. Siehe hierzu *Coing* (Fn. 88), S. 62; *Czaniera* (Fn. 86), S. 353; *Grewendorf/Meggle* (Fn. 88), S. 15; *Herbert*, *Rechtstheorie als Sprachkritik*, 1995, S. 270 f.; *Ilting*, *Grundfragen der praktischen Philosophie*, 1994, S. 14; *Kertscher* (Fn. 91), S. 133; *Mahlmann*, *RW* 2017, 181 (202); *Poscher*, *ARSP* 89 (2003), 200 (203); *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, Rn. 290a; *Seel* (Fn. 60), S. 159; *Vöneky* (Fn. 91), S. 73; *Zippelius* (Fn. 67), S. 507.

⁹³ Vgl. *Hilgendorf*, *ARSP* 82 (1966), 397.

⁹⁴ *Andersson*, in: *Deskriptive oder normative Wissenschaftstheorie?*, S. 75, 76.

⁹⁵ So explizit *Busse*, *Semantik*, 2009, S. 15; siehe auch *Kaufmann/von der Pfordten*, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl. 2016, S. 23; *Stekeler-Weithofer*, *Philosophische Rundschau* 57 (2010), 179 (184). Ausf. zum Ganzen *Adrian* (Fn. 88), S. 38 ff.

⁹⁶ Siehe auch *Kornmesser/Büttemeyer* (Fn. 85), S. 73 f.

⁹⁷ Vgl. *Quine*, *The Philosophical Review* 60 (1951), 20 (34 ff.). Zum Ganzen auch *Adrian* (Fn. 88), S. 45; *Falter*, *Zeitschrift für Soziologie* 6 (1977), 349 ff.; *Mayer* (Fn. 85), S. 133 ff.; *Schnädelbach* (Fn. 85), S. 33; *Kornmesser/Büttemeyer* (Fn. 85), S. 48, 79. *Engemaier/Hauswald/Schubbe* (Fn. 88), S. 171: Problem der Unterbestimmtheit der Theorie durch Erfahrung.

⁹⁸ Zu diesem sog. Illusionsargument siehe *Baumann* (Fn. 56), S. 266; *Grundmann* (Fn. 56), S. 348.

⁹⁹ *Wellmer* (Fn. 62), S. 303 f.

¹⁰⁰ *Wellmer* (Fn. 62), S. 309.

¹⁰¹ Siehe *Hilgendorf* (Fn. 11), S. 122 ff., insbesondere S. 124.

noch keinen entscheidungsreifen Sachverhalt, was schon die sicherlich nicht seltene Konstellation sich widersprechender Zeugenaussagen belegt. Im Anschluss an die sinnliche Wahrnehmung hat der Richter vielmehr den wahrgenommenen Prozessstoff rational zu würdigen (§ 261 StPO) und muss argumentativ darlegen, wie er sich seine Überzeugung gebildet hat.¹⁰² Insofern bestehen aber tatsächlich keine Unterschiede zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen: auch Werturteile lassen sich rational begründen.¹⁰³ Deswegen sei klargestellt, dass sich auch Werturteile als diskursiv so stabil erweisen können, dass sie innerhalb unserer Lebenspraxis als gut begründet bzw. objektiv gelten.¹⁰⁴

3. Semantischer Holismus statt Repräsentationalismus

Hinzu kommt ein weiteres: Das empiristische Sinnkriterium stellt sich auch als eine Radikalisierung der Sein-Sollen-Dichotomie dar.¹⁰⁵ Vorliegend soll nicht geleugnet werden, dass nach idealtypischer Vorstellung ein Unterschied zwischen der logischen Struktur einer singulären Tatsachenbehauptung und einem (verallgemeinerungsfähigen) Werturteil besteht.¹⁰⁶ In Zweifel gezogen werden soll aber die insofern vorausgesetzte Prämisse, dass die von uns genutzte Alltagssprache diese logische Differenzierung abzubilden in der Lage ist.

Tatsächlich wollte der Wiener Kreis im Anschluss an den frühen Wittgenstein¹⁰⁷ eine wissenschaftliche Weltauffassung auf Basis einer physikalistischen, (künstlichen) Idealsprache formulieren.¹⁰⁸ Eine solche Idealsprache ist folgerichtig nicht mit den Ungenauigkeiten von natürlichen, tatsächlich gesprochenen Sprachen behaftet,¹⁰⁹ die uns als Juristen durch entsprechende Auslegungstreitigkeiten tagtäglich so schmerz-

haft vor Augen geführt wird.¹¹⁰ Hinter dem Ziel der Konstruktion einer Idealsprache steht die Idee, dass die Bedeutung der sprachlichen Ausdrücke einer solchen Sprache die vorsprachliche Ontologie ersetzen kann, weil die Eigenschaften der realen Welt den semantischen Strukturen der Idealsprache vollständig entsprechen.¹¹¹

Aus sprachphilosophischen Gründen ist die vorausgesetzte strikte Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen in der vom logischen Empirismus vorausgesetzten Weise undurchführbar.¹¹² In der neueren Sprachphilosophie wird gegen den realistischen Ausgangspunkt des logischen Empirismus argumentiert, dass Sprache nicht auf eine repräsentationalistische Beziehung zu den außersprachlichen Gegenständen der Welt beschränkt ist, vielmehr betont der sog. semantische Holismus, dass sprachliche Ausdrücke nur im Zusammenhang mit weiteren sprachlichen Ausdrücken Bedeutung haben.¹¹³ Einen bedeutungsvollen sprachlichen Ausdruck gibt es hiernach nur durch Relationen zu anderen bedeutungsvollen Elementen.¹¹⁴ Brandom, der wohl meistdiskutierte Sprachphilosoph unserer Zeit,¹¹⁵ stellt deswegen pointiert klar, dass Begriffe immer nur in Bündeln kommen.¹¹⁶ Deswegen beschreiben sprachliche Ausdrücke häufig nicht nur strikt deskriptiv einen Gegenstandsbereich, sondern formulieren zugleich eine normative Bewertung dieses Bereichs.¹¹⁷ Die Konstruktion der Wirklichkeit mit den

¹⁰² Zum Ganzen Stuckenberg, in: v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 136. Lfg., Stand: August 2025, § 261 Rn. 13, 30, 186; allg. Sander, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, Bd. 7, 23. Aufl. 2021, § 261 Rn. 7, 13, 44 ff. Der These von Puppe, ZIS 2014, 66, eine Tatsachenbehauptung müsse nicht normativ, sondern nur empirisch gerechtfertigt werden, kann insofern nicht zugestimmt werden, weil auch empirische Rechtfertigungen normativ gewürdigt werden können und müssen.

¹⁰³ Siehe auch Kindhäuser, Jura 1984, 465 (471).

¹⁰⁴ Metschl (Fn. 74), S. 230.

¹⁰⁵ Siehe auch Hilgendorf (Fn. 11), S. 49.

¹⁰⁶ Siehe hierzu bspw. Ilting (Fn. 92), S. 18 ff.; Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (364); Puppe, NStZ 2012, 409 (412); dies., ZIS 2014, 66 f.

¹⁰⁷ Ausf. zum Verhältnis von Wittgenstein zum Wiener Kreis Stadler (Fn. 85), S. 225 ff.

¹⁰⁸ Siehe hierzu Tietz (Fn. 85), S. 61; Leiss (Fn. 88), S. 110; Prechtl, Sprachphilosophie, 1999, S. 126 ff.

¹⁰⁹ Siehe Busse (Fn. 95), S. 35 f.; Kiesselbach (Fn. 88), S. 241; Peregrin, in: Fuhrmann/Olsson (Fn. 65), S. 89; siehe auch Morlok, in: Ehrenzeller/Gomez/Kotzur/Thürer/Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 27 (31). Allg. zur Differenzierung von natürlicher Alltagssprache und künstlicher Idealsprache Bertram (Fn. 91), S. 71 ff., 93 ff.

¹¹⁰ Statt aller Basak, in: Matt/Renzikowski (Fn. 14), § 1 Rn. 14; Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 69), § 1 Rn. 35; Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 52.

¹¹¹ Simons (Fn. 59), S. 249.

¹¹² Siehe auch Keuth, Wissenschaft und Werturteil, S. 19.

¹¹³ Allg. zum semantischen Holismus bspw. Davidson, Wahrheit und Interpretation, 1986, S. 47; Esfeld, ZPhF 54 (2000), 387; Bertram/Liptow, in: Bertram/Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie, 2022, S. 7; monographisch Mayer (Fn. 85). Speziell zum semantischen Holismus im juristischen Kontext Christensen/Fischer-Lescano, ZRph 2006, 8 ff.; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 92), Rn. 155; Vogel/Christensen, Rechtstheorie 44 (2013), 29 (36).

¹¹⁴ Esfeld, in: Bertram/Liptow (Fn. 113), S. 41 (51).

¹¹⁵ Siehe Harendarski/Reichold, Zeitschrift für Semiotik 36 (2014), 3; Schulz, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 286 (287).

¹¹⁶ Brandom, Begründen und Begreifen, 2001, S. 28. In der Sprachphilosophie ist die Rede davon, dass Begriffe andere Begriffe inferieren, siehe bspw. Boghossian, Philosophical Studies 73 (1994), 109 ff.; Erhardt/Heringer, Pragmatik, 2011, S. 149.

¹¹⁷ Vgl. Keller, Germanistische Linguistik 1/2 (1977), 1 (29); siehe auch Kargl, GA 2003, 791 (795). A.A. Puppe, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 323 (326): „Eine Tatsachenbehauptung besteht ausschließlich aus deskriptiven Begriffen“. Mit dieser These wird der Alltagssprache eine logische Reinlichkeit unterstellt, die tatsächlich nicht gegeben ist.

Mitteln der Sprache hat deswegen regelmäßig eine narrative, insbesondere wertende Struktur.¹¹⁸ Unsere Sprache ist „fraught with ‚ought‘“.¹¹⁹ Die Divergenz von Fakten und Werten ist „the last dogma of empiricism“.¹²⁰ In der empiristischen Wunschvorstellung von einer logischen Idealsprache mag es möglich sein, streng zwischen Deskriptionen und Werturteilen zu differenzieren, unserer Alltagssprache aber ist dies fremd.¹²¹ Genau hierauf beruhen die Probleme der Umsetzung der vom positiven Recht geforderten Differenzierung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen; genau deswegen wird behauptet, dass Werturteile über einen Tatsachenkern verfügen und das ist der Grund, warum es *hybride* Aussagen gibt. Um an dieser Stelle im Sinne eines Experiments einmal die vierte Wand zu durchbrechen: Machen Sie, sehr geehrter Leser, einmal den Selbsttest und versuchen Sie *wertneutral* über ein aktuelles tagespolitisches Geschehen zu sprechen. Es wird Ihnen nicht gelingen, stets wird Ihre Sprache einen wertenden Bezug zu dem gewählten Gegenstandsbereich offenbaren – und sei es auch nur, weil Sie einen bestimmten Ausdruck unerwähnt lassen, den aber der Gesprächspartner aus einem „gegnerischen“ politischen Lager nutzen würde.

In diesem Zusammenhang sei zuletzt mit der modernen – auf den späten Wittgenstein zurückgehenden, pragmatischen – Sprachauffassung klargestellt,¹²² dass Sprechen Handeln bedeutet,¹²³ sodass Äußerungen stets in Handlungszusammenhängen¹²⁴ stattfinden bzw. „immer Äußerungen-in-Situatio-

nen“ bilden und damit stets kontextabhängig sind.¹²⁵ Deswegen ist es kaum vorstellbar bzw. wirkt arg konstruiert, dass tatsächlich einmal *reine* Werturteile ohne Tatsachenkern in alltäglichen Gesprächen formuliert werden.¹²⁶ Mir fällt es bspw. schwer, mir Hefendehls Beispiel eines reinen Werturteils („Dieses Bild ist schön“¹²⁷) in einer Situation ohne Kontext vorzustellen.¹²⁸ Wenn aber bspw. ein Kunde gegenüber einem Kunsthändler den Wunsch geäußert hat, ein Original des Malers X zu erstehen, dann bedeutet die Aussage „Dieses Bild ist schön“ in diesem Kontext konkludent, dass die vom Kunden geforderten tatsächlichen Eigenschaften auf das adressierte Gemälde zutreffen, sodass die Aussage des Kunsthändlers folglich wahr oder falsch sein kann.¹²⁹ In ähnlichem Sinne betont auch die analytische Moralphilosophie, dass eine bedeutungsvolle, verständige Kommunikation über Werturteile voraussetzt, dass der Adressat Kenntnis von den (tatsächlichen) Grundlagen haben muss, die diese Wertung des Sprechers trägt, da die Äußerung anderenfalls unverstänlich bleibt.¹³⁰

4. Zwischenergebnis

Der Betrug ist ein Kommunikationsdelikt.¹³¹ Mit der erforderlichen Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen trägt der Tatbestand des § 263 StGB in die zu seiner Verwirklichung notwendige *Sprache* eine Differenzierungslogik hinein, die natürlichen, tatsächlich gesprochenen Sprachen jedoch fremd ist. Das von der üblichen Auslegung des § 263 StGB den Tatsachenbehauptungen entgegengebrachte epistemische Vertrauen, das den näheren Grund dafür bildet, dass (bloße) Werturteile keine strafwürdige Täuschung zu formulieren in der Lage sind, formuliert zudem eine *funda-*

¹¹⁸ Vgl. Volk (Fn. 74), S. 413; Mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG folgt hieraus, dass es *reine* Tatsachenbehauptungen ohne wertende Elemente, die nach der Rechtsprechung des BVerfG aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen sollen (siehe BVerfG NJW 2004, 592; BVerfG NJW 2012, 1500; BVerfG ZUM 2018, 361 ff.; sowie allg. Kinsgreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 40. Aufl. 2024, Rn. 756 ff.), nicht gibt, so auch Steinbach, JZ 2017, 653 (655). Zutreffend und folgerichtig stellt deswegen Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 68. Lfg., Stand: Januar 2013, Art. 5 Abs. 1 Rn. 48, klar: Tatsachenbehauptungen und Werturteile „sind vom Schutzbereich erfasst“.

¹¹⁹ Sellars, Science, Perception and Reality, 2017, S. 212.

¹²⁰ Siehe Putnam, The Collapse of the Fact/Value Dichotomy, 2002, S. 145.

¹²¹ Siehe Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, 1984, S. 36.

¹²² Siehe hierzu allg. Bertram (Fn. 91), S. 93 ff.; Prechtl (Fn. 108), S. 163 ff.

¹²³ Siehe Adamzik, Sprache, 3. Aufl. 2010, S. 48; Busse (Fn. 95), S. 60; Eckardt, Sprache und Kontext, 2021, S. 2; Ehrhardt/Heringer (Fn. 116), S. 30; Haas, RPhZ 2015, 272 (277); Krämer, Sprache, Sprechakt, Kommunikation, 2001, S. 55.

¹²⁴ Wittgenstein würde von Sprachspielen sprechen, siehe Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1984, §§ 7, 23 und öfter. Allg. zum Topos des Sprachspiels bspw. Posselt/Flatscher, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 2018, S. 143 ff.;

Schulte, in: Weiberg/Majetschak (Hrsg.), Wittgenstein Handbuch, 2022, S. 387 ff.; Bertram (Fn. 91), S. 99; Prechtl (Fn. 108), S. 169; Kley, recht 1996, 189 (195).

¹²⁵ Wellmer (Fn. 57), S. 17; Eckardt (Fn. 124), S. 1; Hegenbarth, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, S. 59, 65; Kuntz, AcP 216 (2016), 866 (874); Siehe auch Schulte, Wittgenstein, 1986, S. 138; Scholz, in: Bertram/Liptow (Fn. 113), S. 168 (182 f.). Die Bedeutung des Kontexts betont auch Sinn (Fn. 17), § 186 Rn. 4.

¹²⁶ Siehe auch Geppert, Jura 1983, 530 (541); ders., Jura 2002, 820 (821); Sosnitza (Fn. 18), § 5 Rn. 97: „Reine Werturteile sind relativ selten“.

¹²⁷ Hefendehl (Fn. 16), § 263 Rn. 115.

¹²⁸ Siehe auch Puppe, ZIS 2014, 66 (67); siehe auch Kuhli, ZIS 2014, 504 (505): reine Werturteile sind „kaum denkbar“.

¹²⁹ Siehe auch Kindhäuser/Hoven (Fn. 19), § 263 Rn. 85.

¹³⁰ Ausf. hierzu Hare (Fn. 42), S. 144 ff.; siehe auch Kindhäuser, Jura 1984, 465 (471 f.); Kindhäuser/Hoven (Fn. 19), § 263 Rn. 85; Kuhli, ZIS 2014, 504 (505); Puppe (Fn. 69), § 16 Rn. 29, 54; dies., ZIS 2014, 66 f.; Neumann, ZfStw 11/2022, 627 ff.

¹³¹ Kubiciel/Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 4; Hefendehl (Fn. 16), § 263 Rn. 36, Bock (Fn. 16), S. 258; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 14), Rn. 520.

*mentalistische*¹³² Erkenntnistheorie, die dem epistemischen Diskussionsstand nicht entspricht.

IV. Gegenentwurf: Der Begriff der *Information* im europäischen Recht

Öffnet man sich für Überlegung, dass die Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen keineswegs sprach- und erkenntnistheoretisch überzeugend (oder gar zwingend) ist, offenbart ein Blick in das europäische Recht weitergehend, dass diese Differenzierung keinesfalls alternativlos ist.

Was den Zweck der folgenden Darlegungen angeht, erscheint eine Vorbemerkung angezeigt: Es geht den folgenden Ausführungen nicht um den Nachweis, dass die im deutschen Äußerungsrecht erforderliche Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen durch europäische Vorgaben eine Modifikation in der Auslegungs- und Anwendungspraxis (bspw. durch eine europarechtskonforme Auslegung) erfährt. Die Darlegung dient dem bescheideneren Ziel eines Rechtsvergleichs und auf diesem Weg einem „besseren Verständnis des eigenen Rechts“, denn, so *Stuckenberg*, durch den „Vergleich mit anderen Rechten gewinnt man Abstand vom Bekannten, vertauscht die Binnen- gegen die Außenperspektive, lernt vielleicht den fremden Blick auf das eigene Recht kennen“.¹³³ Auf diesem Weg „erscheint das, was einem bisher selbstverständlich vorkam und kaum reflektiert wurde, nun oft problematischer und der Erklärungsdruck wächst – denn was national normal sein mag, kann sich international als seltsame Ausnahme darstellen“.¹³⁴

1. Die Informationsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 11 Abs. 1 S. 1 GRCh

Der Begriff der Information begegnet uns schon im europäischen Grundrechtsregime, nämlich in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK sowie (mit identischer Formulierung und daher gem. Art. 52 Abs. 3 GRCh mit gleicher materieller Schutzqualität¹³⁵) in Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh. Die Regelungen stellen klar, dass das in Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 11 Abs. 1 S. 1 GRCh garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung auch das Recht einschließt, „Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben“. Die sog. aktive Informationsfreiheit schützt das (bereits durch Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK verbürgte) Recht, Informationen weiterzugeben, d.h. andere zu informieren.¹³⁶ Die Formulierung des Art. 10

Abs. 1 S. 1, 2 EMRK impliziert solchermassen einen weiten Schutzbereich, der aber scheinbar zwischen Meinungen, Informationen und Ideen differenziert. Mit den aus dem deutschen Recht bekannten Kategorien können Meinungen i.S.d. Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 11 Abs. 1 S. 1 GRCh eher als Werturteile und Informationen als Tatsachenbehauptungen qualifiziert werden, während sich Ideen (i.S.d. Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK) ebenfalls durch wertende Elemente auszeichnen sollen.¹³⁷ Zumindest auf Ebene des Schutzbereichs aber wird Art. 10 Abs. 1 EMRK in der Literatur als ein umfassendes Grundrecht (individueller und medialer) Kommunikation gedeutet, das jeden Kommunikationsinhalt umfasst, also „jede Ansicht, Überzeugung, Stellungnahme, Tatsachenäußerung und jedes Werturteil unbeschadet der Qualität und des Inhalts“.¹³⁸ Auch der EGMR betont, dass Art. 10 Abs. 1 EMRK umfassend die „Freedom of expression“ schützt,¹³⁹ deren Schutzbereich nicht zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen differenziert.¹⁴⁰ Allerdings stellt der EGMR klar, dass für die Prüfung, ob eine Äußerung gerechtfertigt ist, zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen differenziert werden muss,¹⁴¹ denn: „Tatsachen können bewiesen werden, die Wahrheit eines Werturteils nicht“.¹⁴² Für die Rechtmäßigkeit von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen hat der EGMR divergierende Maßstäbe postuliert, die hier im Einzelnen nicht wiederholt werden sollen.¹⁴³

¹³⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4/I, 2. Aufl. 2024, Rn. 2114; *Daiber*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, Art. 10 Rn. 8, 13.

¹³⁸ *Calliess* (Fn. 136), GRCh Art. 10 Rn. 5; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 23 Rn. 1, 4; *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 10; *Mensching* (Fn. 137), Art. 10 Rn. 9; *Frenz* (Fn. 138), Rn. 2114; *Cornils*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Informations- und Medienrecht, Stand: 15.5.2024, EMRK Art. 10 Rn. 15 ff.; *Payandeh*, JuS 2016, 690 (691).

¹³⁹ EGMR, Ur. v. 2.10.2012 – 57942/10 (*Rujak v. Kroatien*), Rn. 25.

¹⁴⁰ Klarstellend EGMR, Ur. v. 2.10.2012 – 57942/10 (*Rujak v. Kroatien*), Rn. 25, 27: „assertions of fact and statements of value or feeling“. Siehe auch *Struth*, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, 2019, S. 166. Zur Folgefrage, ob der Schutz nur wahre Tatsachenbehauptungen erfasst, siehe *Daliber*, in: Meyer/Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, Art. 10 Rn. 14 m.w.N.

¹⁴¹ Zu den entsprechenden Maßstäben siehe *Mensching* (Fn. 137), Art. 10 Rn. 69 ff. m.w.N.

¹⁴² EGMR, Ur. v. 7.11.2017, 24703/15 (*Egill Einarsson v. Island*), Rn. 40 = NJW 2018, 1589 (1590 f.); EGMR, Ur. v. 17.12.2004 – 49017/99 (*Pedersen u. Baadsgaard v. Dänemark*), Rn. 76 = NJW 2006, 1645 (1648 f.); EGMR, Ur. v. 8.7.1986 – 9815/82 (*Lingens v. Österreich*), Rn. 46 = NJW 1987, 2143 (2145).

¹⁴³ Siehe die zusammenfassende Darstellung bei *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 139), § 23 Rn. 26 ff.; *Mensching* (Fn. 137), Art. 10 Rn. 69 ff. jew. m.w.N.

¹³² Vgl. *Glüer*, Sprache und Regeln, S. 34.

¹³³ *Stuckenberg*, KriPoZ 2024, 106 (107). Allg. zu Zielen und Funktionen der Rechtsvergleichung bspw. *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2019, S. 47 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 12 ff.

¹³⁴ *Stuckenberg*, KriPoZ 2024, 106 (107).

¹³⁵ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, Kommentar, 7. Aufl. 2023, GRCh Art. 11 Rn. 1 f.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, GRCh Art. 10 Rn. 2.

¹³⁶ *Mensching*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 10 Rn. 20.

Festgestellt werden kann aber gleichwohl, dass nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 Abs. 1 EMRK der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ein ähnliches Gewicht zukommt wie für Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG,¹⁴⁴ auch wenn auf Ebene des Schutzbereichs die (vordergründige) Differenzierung aufgegeben wird.¹⁴⁵

2. Der Begriff der Information des europäischen Marktmissbrauchsstrafrechts

Ein weitergehender, nunmehr tatsächlich ausschlaggebender Unterschied zur Differenzierungslogik des deutschen Äußerungsrechts besteht demgegenüber im Begriff der (Insider-) Information i.S.d. EU-Marktmissbrauchsverordnung (MAR).¹⁴⁶

Auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts ist eine umfangreiche europäische Gesetzgebung zu beobachten.¹⁴⁷ Zum Schutz der Integrität der Finanzmärkte in der Union und um den Anlegerschutz und das Vertrauen der Anleger in diese Märkte zu stärken, verbietet die MAR marktmissbräuchliches Verhalten, insbesondere das Tätigen von Insidergeschäften, Art. 1, 14 MAR.¹⁴⁸ Der MAR liegt die Überzeugung zugrunde, dass verständige Investoren ihre Anlageentscheidung auf Informationen stützen, die ihnen vorab zur Verfügung stehen, Erwägungsgrund Nr. 14 der MAR. Hier setzt das Verbot von Insidergeschäften an: „Das wesentliche Merkmal von Insidergeschäften ist ein ungerechtfertigter Vorteil, der mittels Insiderinformationen zum Nachteil Dritter erzielt wird, die diese Informationen nicht kennen, und infolgedessen in der Untergrabung der Integrität der Finanzmärkte und des Vertrauens der Investoren“, Erwägungsgrund Nr. 23 der MAR. Dem entspricht die grundlegende Definition des Insidergeschäfts in Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR: „Für die Zwecke dieser Verordnung liegt ein Insider-geschäft vor, wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert“.

Das europäische Verbot, Insidergeschäfte zu tätigen (Art. 14 lit. a MAR i.V.m. Art. 8 Abs. 1 MAR), ist durch den Blanketttatbestand des § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG im deutschen Recht mit Strafe bewehrt.¹⁴⁹

Das wirft nun die Frage auf, was unter *Informationen* zu verstehen ist. Art. 7 MAR enthält hierfür zwar einige Klarstellungen, aber keine Legaldefinition.¹⁵⁰ Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR formuliert die wichtige Einschränkung, dass Insiderinformationen nur präzise Informationen sein können, „die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen“. Mit den aus der Betrugsdogmatik verinnerlichten Maßstäben ließe sich nun auf die Idee kommen, dass präzise Informationen in diesem Sinne nur Tatsachenbehauptungen sein können.

Schon die Präzisierung in Art. 7 Abs. 2 MAR, wonach (präzise) Informationen auch Umstände oder Ereignisse betreffen können, „bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft gegeben sein werden“, impliziert, dass der Informationsbegriff weiter als der deutsche Begriff der Tatsachenbehauptung ausfällt, der ja nur konkrete Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart umfasst. Und tatsächlich meint der Begriff der Information *jedes* der kognitiv-sprachlichen Verarbeitung zugängliche (und damit mitteilbare) Wissen.¹⁵¹ Informationen sind grundsätzlich alles, „was den Kenntnisstand des Empfängers ihrer Mitteilung erweitert“, und somit „mittelbares Wissen über Umstände und Ereignisse“.¹⁵²

Folgerichtig entspricht es der absolut h.A., dass der Begriff der Information gleichermaßen Tatsachenbehauptungen und Werturteile (und sogar Gerüchte) erfasst, sodass eine Abgrenzung beider Äußerungsformen innerhalb des Informationsbegriffs nicht erforderlich ist.¹⁵³ Wegen dieser Weite des

¹⁴⁴ Klarstellend *Cornils* (Fn. 139), EMRK Art. 10 Rn. 15.

¹⁴⁵ Siehe auch *Payandeh*, JuS 2016, 690 (691, 694).

¹⁴⁶ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch. Zur Bedeutung der MAR für das deutsche Kapitalmarktstrafrecht siehe *Trüg*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Fn. 14), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 6 ff.

¹⁴⁷ Siehe nur *Eggers*, in: Park (Fn. 16), 2. Teil, 4. Kap. Rn. 1 ff.; *Seiler/Geier*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 83 Rn. 52 f.

¹⁴⁸ Allg. zum Ganzen *Köpferl*, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 18), WpHG Vor § 119 Rn. 2 ff., 23 ff.

¹⁴⁹ Siehe hierzu bspw. *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 27 ff.; *Schröder* (Fn. 19), 2. Kap. Rn. 24 ff.; *Trüg* (Fn. 147), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 65 ff. Allg. zur Blankettregelungstechnik im Kapitalmarktstrafrecht *Eggers* (Fn. 148), 2. Teil, 4. Kap. Rn. 6 ff.

¹⁵⁰ *Nietsch* (Fn. 19), MAR Art. 7 Rn. 39; *Jakovou*, in: Fuchs/Zimmermann, Wertpapierhandelsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2024, MAR Art. 7 Rn. 30; siehe auch *Schröder* (Fn. 19), 3. Kap. Rn. 30.

¹⁵¹ Siehe *Böse/Jansen*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, 5. Aufl. 2020, WpHG § 119 Rn. 38; *Jakovou* (Fn. 151), MAR Art. 7 Rn. 30; *Kumpan/Misterek*, in: Schwark/Zimmer (a.a.O.), MAR Art. 7 Rn. 20; *Pananis*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, WpHG § 119 Rn. 109, 165; *Schröder* (Fn. 19), 3. Kap. Rn. 30; *Waßmer*, in: Fuchs/Zimmermann (Fn. 151), WpHG § 119 Rn. 79, 150 f. Siehe auch *Büscher* (Fn. 19), § 5 Rn. 142: „gewisser Informationsgehalt“ erforderlich.

¹⁵² *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 108, 183.

¹⁵³ *Böse/Jansen* (Fn. 152), WpHG § 119 Rn. 38; *Kämpfer/Travers*, in: Seibt/Buck-Heeb/Harnos (Fn. 19), WpHG § 119 Rn. 127; *Klöhn*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2023, Art. 7 Rn. 23 f.; *Koch*, in: Sieber/Satzger/v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 18; *Kumpan*, in: Hopt (Hrsg.), HGB, Kommentar, MAR Art. 7 Rn. 1; *Jakovou* (Fn. 151), MAR Art. 7 Rn. 73; *Nietsch* (Fn. 19), MAR Art. 7 Rn. 39; *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 183; *Pananis* (Fn. 152), WpHG § 119 Rn. 165; *Saliger*, in: Park (Fn. 16), WpHG §§ 119, 120 i.V.m. MAR Art. 15, 12 Rn. 194;

Informationsbegriffs leistet in der Rechtsanwendung insbesondere das Kriterium der Präzision sowie die Eignung zur erheblichen Preisgestaltung i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR die entscheidende Eingrenzung.¹⁵⁴ Als Werturteil, das eine Insiderinformation darstellen kann, kommt bspw. ein solches eines Vorstandsmitglieds in Betracht sowie Bewertungen von Unternehmen, weil der Markt solche Wertungen unter Umständen wie Tatsachen behandelt.¹⁵⁵

I.Ü. ist dieser weite Informationsbegriff auch für das (gem. §§ 119 Abs. 1, 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2 WPhG strafbewehrte) Verbot der informationsgestützten Marktmanipulation¹⁵⁶ i.S.d. Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR (i.V.m. Art. 15 MAR) maßgeblich, wonach die „Verbreitung von Informationen über die Medien einschließlich des Internets oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale“ hinsichtlich eines Manipulationsobjekts, „wenn die Person, die diese Informationen verbreitet hat, wusste oder hätte wissen müssen, dass sie falsch oder irreführend waren“.¹⁵⁷

Dieses weite Verständnis der Information wird in der kapitalmarktrechtlichen Literatur begrüßt, „da die Annahme, ein rationaler Anleger lege seiner Entscheidung keine nicht verifizierbaren Aussagen zugrunde, empirisch widerlegt“ sei,¹⁵⁸ und auch die MAR selbst erklärt explizit, in weit-

reichendem Maß den Gefahren falscher oder irreführender Informationen entgegentreten zu wollen, siehe Erwägungsgrund Nr. 47. Ein Werturteil ist falsch bzw. irreführend, wenn es sich nicht plausibel aus einer Tatsachenbasis ableiten lässt oder „schlechterdings nicht mehr vertretbar ist“.¹⁵⁹ Auch mit Blick auf das Insiderhandelsverbot sei es sinnvoll, Werturteile von Vorständen, Marktanalysen oder die veröffentlichte vorläufige Rechtsansicht des BKartA, ein geplanter Zusammenschluss könne nicht genehmigt werden, einzubeziehen, „da die Börsen und Märkte gerade von Erwartungen bewegt werden“.¹⁶⁰ Hinsichtlich des Verbots informationsgestützter Marktmanipulation postuliert *Schröder*: „Werturteile müssen grundsätzlich schon deshalb auch *ohne harten Tatsachenkern* als tatbestandsmäßig angesehen werden, weil bisweilen allein die Autorität oder Stellung einer Person dazu führen kann, dass ihre Meinung ‚Kurse machen kann‘“.¹⁶¹

Es ist bemerkenswert, dass das Marktmissbrauchsrecht als Teil des Kapitalmarktrechts, das nach h.A. dem Schutz des kollektiven Rechtsguts der Funktionsfähigkeit des organisierten Kapitalmarkts dient,¹⁶² damit konzeptionell einen weitergehenden Verbotsbereich statuiert als der Betrugstatbestand, der das *individuelle* Vermögen schützt.¹⁶³ *Schröder* ergänzt, dass auch Informationen, die „nicht auf einen nachvollziehbaren Tatsachenkern oder [eine] Tatsachenprognose zurückzuführen sind“, vom Verbot informationsgestützter Marktmanipulation erfasst sind, weil auch solche Informationen in der Lage sind, „einen verständigen Anleger bei seiner Anlage-

Schröder (Fn. 19), 2. Kap. Rn. 81; *Trüg* (Fn. 147), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 33, 74. And. *Assmann*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert* (Hrsg.), *Wertpapierhandelsrecht*, 8. Aufl. 2023, MAR Art. 7 Rn. 19 und *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 48: Nur Werturteile mit Tatsachenkern erfasst.

¹⁵⁴ *Böse/Jansen* (Fn. 152), WPhG § 119 Rn. 39; *Jakovou* (Fn. 151), 3. Aufl. 2024, MAR Art. 7 Rn. 36 ff., *Kämpfer/Travers* (Fn. 154), WpHG § 119 Rn. 127; *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 183; *Pananis* (Fn. 152), WPhG § 119 Rn. 165; *Schröder* (Fn. 19), 2. Kap. Rn. 81, 29 ff., 124 ff.; siehe auch *Saliger* (Fn. 154), WpHG §§ 119, 120 i.V.m. MAR Art. 15, 12 Rn. 194: keine Begrenzungswirkung des Informationsbegriffs.

¹⁵⁵ *Jakovou* (Fn. 151), MAR Art. 7 Rn. 75 f.; so auch *Assmann* (Fn. 154), MAR Art. 7 Rn. 19.

¹⁵⁶ Siehe hierzu *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 77 ff.; *Mülbert*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert* (Fn. 154), MAR Art. 12 Rn. 198; *Trüg* (Fn. 147), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 32 ff.

¹⁵⁷ Siehe *Poelzig*, in: *Fuchs/Zimmermann* (Fn. 151), MAR Art. 12 Rn. 119; *Kämpfer/Travers* (Fn. 154), WpHG § 119 Rn. 80; *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 108; *Pananis* (Fn. 152), WPhG § 119 Rn. 109; *Schröder* (Fn. 19), 3. Kap. Rn. 30 f.

¹⁵⁸ *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 108; *Pananis* (Fn. 152), WPhG § 119 Rn. 109; *Paschos/Goslar*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), *Handbuch der Kapitalmarktinformation* 3. Aufl. 2020, § 26 Rn. 14; *Poelzig* (Fn. 158), MAR Art. 12 Rn. 120; *Kämpfer/Travers* (Fn. 154), WpHG § 119 Rn. 80; *Mülbert* (Fn. 157), MAR Art. 12 Rn. 199. So i.E. auch *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 101, der jedoch nicht der Ansicht ist, dass Informationen auch Werturteile sein können, vielmehr versteht *Hellmann* a.a.O. Werturteile als innere Tatsachen, weil der Äußernde zum Ausdruck bringe, er sei von seiner Wertung überzeugt.

¹⁵⁹ *Trüg* (Fn. 147), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 36; *Köpferl* (Fn. 149), WpHG § 119 Rn. 110; *Mülbert* (Fn. 157), MAR Art. 12 Rn. 206; *Saliger* (Fn. 154), WpHG §§ 119, 120 i.V.m. MAR Art. 15, 12 Rn. 196.

¹⁶⁰ *Waßmer* (Fn. 152), WpHG § 119 Rn. 151. A.A. *Assmann* (Fn. 154), MAR Art. 7 Rn. 19: keine Werturteile, sondern innere Tatsachen. Auch *Buck-Heeb*, in: *Assmann/Schütze/Buck-Heeb* (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 6. Aufl. 2024, § 8 Rn. 56 ff., begreift nur Tatsachen als Insiderinformationen, will aber Werturteile bestimmter Personen (bspw. Organmitgliedern) kraft deren Position auch als Tatsachen einordnen.

¹⁶¹ *Schröder* (Fn. 19), 3. Kap. Rn. 31 – *Hervorhebungen* im Original; siehe auch a.a.O. Rn. 32: „Das Werturteil eines erfolgreichen Fondmanagers („nach meiner Ansicht steht diese Aktie vor einer sehr guten Kursentwicklung“), der einen milliardenschweren Aktienfonds verwaltet, hat an der Börse Gewicht“.

¹⁶² Siehe *Hilgendorf/Kusche*, in: *Park* (Fn. 16), WPhG § 119 Rn. 1; *Koch* (Fn. 154), § 17 Rn. 4; *Köpferl* (Fn. 149), WpHG Vor § 119 Rn. 2; *Pananis* (Fn. 152), WPhG § 119 Rn. 5; *Schmitz*, ZStW 115 (2003), 501 ff.; *Schröder* (Fn. 19), 2. Kap. Rn. 6; *Trüg* (Fn. 147), 12. Teil, 2. Kap. Rn. 15; *Waßmer* (Fn. 152), WpHG § 119 Rn. 6; *Wegner/Ladwig*, JuS 2020, 1016; krit. bzw. *Park*, NStZ 2007, 369 ff.; *Altenhain*, BB 2002, 1874 (1875); *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 32.

¹⁶³ Statt aller *Hefendehl* (Fn. 16), § 263 Rn. 1 m.w.N.

¹⁶⁴ Siehe auch schon *Cramer*, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, S. 323 (329 ff.).

entscheidung und selbst professionelle Investoren („rationales Herdenverhalten“) entsprechend zu beeinflussen, weshalb der Schutzzweck der Marktmanipulation die Einbeziehung von Informationen ohne Tatsachenkern letztlich gebietet“.

Aber ist das angesprochene *Herdenverhalten* tatsächlich so rational oder wird die Anthropologie, die der Beschränkung des § 263 StGB auf Tatsachenbehauptungen als tauglichen Täuschungsgegenstand zugrunde liegt, im Marktmissbrauchsrecht nicht dergestalt erweitert, dass in weitreichendem Umfang auch die Unvernunft der Anleger zum Wohle des Kapitalmarkts geschützt wird? Mir drängt sich dieser Verdacht auf.

3. Der Begriff der Information im (europäischen) Lauterkeitsrecht

a) Überblick

Nach der Präambel des AEUV zielt der europäische Wettbewerbschutz nur auf den *redlichen* Wettbewerb. Wesentliches Politikfeld der EU ist folgerichtig das Wettbewerbsrecht, siehe Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV.¹⁶⁵ Seit den 1980er Jahren stieg das Bewusstsein, dass die europäischen Grundfreiheiten sich auch auf das Recht gegen unlauteren Wettbewerb auswirken wird, was den Motor entsprechender Harmonisierungsbemühungen bildete.¹⁶⁶ Wichtige Regeln des europäischen Rechts gegen unlauteren Wettbewerb bzw. des Lauterkeitsrechts enthält die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL¹⁶⁷), die innerhalb ihres Anwendungsbereichs (siehe Art. 3) eine Vollharmonisierung der lauterkeitsrechtlichen Vorschriften bezweckt, Art. 1, 3 Abs. 5.¹⁶⁸ Ein wesentlicher Regelungsgegenstand der Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb betrifft irreführende Geschäftspraktiken.¹⁶⁹ Die UGP-Richtlinie enthält in ihren Art. 6 und 7 Vorschriften über irreführende Geschäftspraktiken, die gem. Art. 4 Abs. 1

und 4 verboten sind. Für diesen Regelungsbereich existiert zudem die spezifische sog. Irreführungsrichtlinie.¹⁷⁰ Die europäischen Vorgaben sorgen für eine Harmonisierung und somit Ähnlichkeit der entsprechenden nationalen Regelungen, in Deutschland also der §§ 5 f., 16 Abs. 1 UWG.¹⁷¹

b) Das Verbot unwahrer sowie irreführender Angaben/Informationen im Verständnis der h.L.

Nach Art. 6 Abs. 1 der UGP-Richtlinie gilt eine Geschäftspraxis als irreführend, „wenn sie falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn sie in irgendeiner Weise, [...] den Durchschnittsverbraucher [...] täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist“. Das Merkmal der Irreführung ist hiernach der Oberbegriff, der durch zwei Alternativen der falschen und täuschenden Angaben konkretisiert wird.¹⁷² Damit ist kein kategorischer Unterschied angesprochen, sondern grundsätzlich nur ein gradueller; obgleich wahre Angabe allenfalls täuschender Natur sein können.¹⁷³ Art. 6 Abs. 1 lit. a–g UGP-RL enthält eine Aufzählung mit Angaben, über die Adressaten getäuscht werden bzw. die eine entsprechende Eignung zur Täuschung besitzen können.

Grundgedanke dieser Vorschrift ist der sog. *Wahrheitsgrundsatz*, wonach die zutreffende Information von Abnehmern, insbesondere Verbrauchern, auch über Konkurrenzprodukte eine wesentliche Funktionsbedingung des fairen und freien Wettbewerbs darstellt.¹⁷⁴

Im deutschen Recht sind gem. § 3 Abs. 1 UWG unlautere geschäftliche Handlungen¹⁷⁵ unzulässig, wobei § 5 Abs. 1, Abs. 2 UWG klarstellen, dass unlauter handelt, „wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“, was dann der Fall ist, wenn die Handlung „unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben“ enthält.¹⁷⁶ § 5 UWG (i.V.m. § 3 Abs. 1 UWG) regelt daher das sog. Irreführungsverbot im deutschen

¹⁶⁵ Lettl, Lauterkeitsrecht, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 2; Hecker, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Fn. 154), § 27 Rn. 1 f.

¹⁶⁶ Jänich (Fn. 19), § 5 Rn. 1. Ausf. auch Peifer/Obergfell (Fn. 17), § 5 Rn. 67 ff.; Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Feddersen (Hrsg.), UWG, Kommentar, 43. Aufl. 2025, § 5 Rn. 0.37 ff.

¹⁶⁷ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt.

¹⁶⁸ Siehe Ebert-Weidenfeller (Fn. 18), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 1 ff.; Hecker (Fn. 166), § 27 Rn. 11; Hoffmann, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 61. Lfg., Stand: 2024, AEUV Art. 101 Rn. 66 ff.; Jänich (Fn. 19), § 5 Rn. 10; Lettl (Fn. 166), § 1 Rn. 23; Krell (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 1 f. Allg. zu den europäischen Implikationen des Wettbewerbsrechts auch Boesche, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 12 ff.; Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 30 ff., 39 ff., 76 ff.; Peifer/Obergfell (Fn. 17), § 5 Rn. 95; Schule-Beckhausen, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., 2019, § 8 Rn. 1 ff., § 9 Rn. 1 ff., 30 ff.

¹⁶⁹ Siehe Hakenberg, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 770 f., 774.

¹⁷⁰ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung. Diese Richtlinie dient gem. ihres Art. 1 ausschließlich dem Schutz von Gewerbetreibenden, d.h. Mitbewerbern. Siehe zum Ganzen Emmerich/Lange (Fn. 19), § 14 Rn. 2; Lettl (Fn. 166), § 1 Rn. 21.

¹⁷¹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 849 f.

¹⁷² Micklitz/Namysłowska, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UGP-RL Art. 6 Rn. 17, 60.

¹⁷³ Zum Ganzen Eisele, NSTZ 2010, 193 (196); Micklitz/Namysłowska (Fn. 173), UGP-RL Art. 6 Rn. 60, 64 f.

¹⁷⁴ Siehe BGH GRUR 1995, 744 (747); Emmerich/Lange (Fn. 19), § 14 Rn. 5; Lettl (Fn. 166), § 7 Rn. 8; Peifer/Obergfell (Fn. 17), § 5 Rn. 48.

¹⁷⁵ Siehe § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Allg. Zu diesem zentralen Begriff des europäischen und europäisierten Wettbewerbsrechts Jänich (Fn. 19), § 4 Rn. 2 ff.

¹⁷⁶ Allg. hierzu bspw. Boesche (Fn. 169), Rn. 243 ff.

Recht.¹⁷⁷ Wichtigstes Beispiel einer solchen geschäftlichen Handlung ist die Werbung, siehe auch Art. 2 lit. d UGP-RL.¹⁷⁸ § 5 Abs. 2 UWG dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 UGP-RL und ist daher eng an diese Vorschrift angelehnt.¹⁷⁹

Die Irreführung i.S.d. § 5 Abs. 1 UWG setzt voraus, dass die geschäftliche Handlung ein Verständnis erweckt, dass mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt.¹⁸⁰ Die Irreführung kann gem. § 5 Abs. 2 UWG dadurch realisiert werden, dass sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben i.S.d. sich anschließenden Aufzählung enthält.¹⁸¹ Auch qualifiziert § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG solche Angaben als irreführend, die eine Verwechslungsgefahr mit einer Ware, Dienstleistung, Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorrufen.

Gem. § 16 Abs. 1 UWG ist die irreführende Werbung durch *unwahre Angaben* zudem mit Strafe bedroht. Der Begriff der *Angaben* ist in diesen Vorschriften also zentral und ist in beiden Vorschriften nach h.A. gleich zu verstehen.¹⁸² Nach üblicher Auslegung sollen Angaben i.S.d. §§ 5 Abs. 2, 16 Abs. 1 UWG entsprechend dem Begriff der Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB nur überprüfbare Aussagen tatsächlicher Art sein, Angaben setzen daher mindestens einen objektiv nachprüfbaren Tatsachenkern voraus, weswegen *reine* Werturteile nicht erfasst sind.¹⁸³

¹⁷⁷ Siehe *Bornkamm/Feddersen* (Fn. 167), § 5 Rn. 1.1; *Rehart/Ruhl/Isele* (Fn. 18), § 5 Rn. 28; *Jänich* (Fn. 19), § 12 Rn. 1, 4.

¹⁷⁸ BGH NJW 2021, 3464. Siehe auch *Ebert-Weidenfeller* (Fn. 18), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 11; *Helm/Sonntag/Burger*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts* (Fn. 169), § 59 Rn. 46. Ausf. zum Verhältnis des Begriffs der geschäftlichen Handlung zur Werbung siehe *Bornkamm/Feddersen* (Fn. 167), § 5 Rn. 1.2 ff.

¹⁷⁹ Klarstellend BT-Drs. 15/1487, S. 19. Siehe auch BGH GRUR 2019, 754 (756 Rn. 26); *Lettl* (Fn. 166), § 7 Rn. 4.

¹⁸⁰ BGH GRUR 2024, 1122 (1124 Rn. 18).

¹⁸¹ Siehe zu diesem Regelungsmechanismus bspw. BGH GRUR 2024, 1122 (1123 f. Rn. 15)

¹⁸² Klarstellend *Fritzsche/Knapp*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerk* (Fn. 18), § 16 Rn. 25; *Krell* (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 11; *Ruhs*, *Strafbare Werbung*, 2006, S. 185.

¹⁸³ *Boesche* (Fn. 169), Rn. 244; *Bornkamm/Feddersen* (Fn. 167), § 16 Rn. 8; *Franzke*, in: *Büscher* (Fn. 19), § 16 Rn. 6; *Dreher/Kulka* (Fn. 169), Rn. 376; *Hecker* (Fn. 166), § 27 Rn. 15; *Fritzsche/Knapp* (Fn. 183), § 16 Rn. 25; *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 460; *Jänich* (Fn. 19), § 12 Rn. 27; *Kilian*, *Strafbare Werbung* (§ 16 UWG), 2011, S. 34, 44 ff.; *Krell* (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 11; *Lettl* (Fn. 166), § 7 Rn. 13; *Rehart/Ruhl/Isele* (Fn. 18), § 5 Rn. 44; *Rengier* (Fn. 31), § 16 Rn. 50; *Ebert-Weidenfeller* (Fn. 18), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 14; *Wittig* (Fn. 15), § 33 Rn. 8. Ausf. *Helm/Sonntag/Burger* (Fn. 179), § 59 Rn. 51 ff., 55. Siehe auch *Emmerich/Lange* (Fn. 19), § 14 Rn. 12. *Kubicziel/Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 7 (für §§ 264 Abs. 1, 265b Abs. 1 StGB). Auch den Gesetzgeber (BT-Drs. 15/1487, S. 26) wird man so verstehen können, dass der Begriff der Angabe i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG wie derjenige der Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB zu verstehen ist.

Wie eine Angabe zu verstehen bzw. zu interpretieren ist, richtet sich nach der Verkehrsauffassung nach Maßgabe des europäischen Verbraucherleitbildes.¹⁸⁴

c) Kritik

Gegenüber dieser Ansicht sind Zweifel anzumelden.

Grundlage der folgenden Argumentation ist ein wesentlicher Unterschied zwischen § 5 Abs. 2 UWG und § 16 Abs. 1 UWG. Nach § 16 Abs. 1 UWG kann sich allenfalls strafbar machen, wer durch unwahre Angaben irreführend wirbt. Versteht man das Kriterium der Unwahrheit im Sinne der üblichen, auch zu § 263 StGB vertretenen Lesart, ist der Angabe wie dem Begriff der Tatsachenbehauptung ein (objektiver) Seinsbezug immanent.¹⁸⁵ Nach § 5 Abs. 2 UWG ist nun aber nicht nur eine unwahre Angabe unzulässig, sondern zusätzlich auch sonstige zur Täuschung geeignete Angaben. Diese Differenzierung dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 UGP-RL.¹⁸⁶ Gegen die Gleichstellung von Tatsachenbehauptung und Angabe i.S.d. zivilrechtlichen § 5 Abs. 2 UWG argumentiert der BGH (in Zivilsachen) insbesondere mit § 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG, der die Regelung des Art. 6 Abs. 1 lit. g UPR-RL umsetzt, und bestimmt, dass auch Angaben über die Rechte des Verbrauchers und somit Werturteile irreführend sein können.¹⁸⁷ Der BGH verweist in dieser zivilrechtlichen Entscheidung auf das Gebot richtlinienkonformer Auslegung, um darzulegen, dass zur Täuschung geeignete Angaben i.S.d. § 5 Abs. 2 Alt. 2 UWG auch Meinungsäußerungen bzw. Werturteile darstellen können, da das Irreführungsverbot den Verbraucher umfassend vor irreführenden Angaben schützen will und hierfür unter Umständen sogar sachlich richtige Angaben untersagt, Art. 7 Abs. 1 UGP-RL.¹⁸⁸

¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 4.4.2000 – C-465/98 (Darbo naturrein), Rn. 20 ff.; BGH GRUR 2024, 1122 (1124 Rn. 18); OLG Nürnberg PharmR 2019, 21 (23 f.); *Berlit*, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl. 2017, VII. Rn. 6 f.; *Büscher* (Fn. 19), § 5 Rn. 146 ff.; *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (196); *Ebert-Weidenfeller* (Fn. 18), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 14; *Franzke* (Fn. 184), § 16 Rn. 6; *Jänich* (Fn. 19), § 12 Rn. 85 ff.; *Kilian* (Fn. 184), S. 57 ff.; *Rengier* (Fn. 31), § 16 Rn. 58; *Ruhs* (Fn. 183), S. 159 ff. Siehe auch *Hecker* (Fn. 166), § 27 Rn. 3, 12, 17. Allg. zum europäischen Verbraucherleitbild auch *Bornkamm/Feddersen* (Fn. 167), § 5 Rn. 0.60 ff.

¹⁸⁵ So bspw. BVerfGE 94, 1 (8); BGH NJW 2017, 482 (484 Rn. 25); *Dannecker* (Fn. 16), StGB § 263 Rn. 32; *Fritzsche/Knapp* (Fn. 183), § 16 Rn. 31; *Hellmann* (Fn. 43), Rn. 460 f.; *Kölbel/Neßeler* (Fn. 14), 7. Teil, 1. Kap. Rn. 24; *Rengier* (Fn. 18), § 29 Rn. 3; *Satzger* (Fn. 15), § 263 Rn. 17; *Valerius* (Fn. 16), § 186 Rn. 2; *Krell* (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 16: unwahre Angabe bei Verstoß gegen objektive Wahrheit.

¹⁸⁶ Siehe hierzu bspw. *Jänich* (Fn. 19), § 12 Rn. 16.

¹⁸⁷ BGH GRUR 2019, 754 (755 Rn. 18 ff.); siehe auch BGH GRUR 2020, 886 (889 Rn. 41). Allg. hierzu *Jänich* (Fn. 19), § 12 Rn. 80 f.; *Micklitz/Namysłowska* (Fn. 173), UGP-RL Art. 6 Rn. 74.

¹⁸⁸ BGH GRUR 2019, 754 (756 Rn. 27, 25 ff.); siehe auch BGH GRUR 2019, 1202 (1203 Rn. 16); BGH GRUR 2017, 1144; BGH GRUR 2020, 886 (889 Rn. 41); zustimmend

In der Literatur ist in Folge dessen die Rede davon, dass der BGH durch die genannte Entscheidung die Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen für das Irreführungsverbot des § 5 UWG aufgegeben hat.¹⁸⁹

Ein weiteres Argument kommt hinzu: Es dürfte aufgefallen sein, dass in den vorangegangenen Ausführungen nicht mehr die Rede war von *Informationen*, sondern von *Angaben*. Der Begriff der Information wird allerdings in den Vorschriften der § 5a UWG, Art. 7 RL 2005/29/EG verwendet, die Irreführungen durch Unterlassungen zum Gegenstand haben.¹⁹⁰ So regelt Art. 7 Abs. 1 RL 2005/29/EG i.W., dass eine Geschäftspraxis auch dann als irreführend zu qualifizieren ist, wenn sie im konkreten Fall einem Durchschnittsverbraucher wesentliche *Informationen* vorenthält. Wenn §§ 5, 16 Abs. 1 UWG, Art. 6 RL 2005/29/EG einerseits und § 5a UWG, Art. 7 Abs. 1 RL 2005/29/EG andererseits zwischen Angaben und Informationen differenzieren, scheint dies zu implizieren, dass beide Begriffe nicht synonym zu verwenden sind. Dieser Eindruck muss zumindest für das europäische Recht zurückgewiesen werden, da dieser scheinbare Unterschied der Übersetzung geschuldet ist: In der englischen Version der Art. 6, 7 Directive 2005/29/EC ist einheitlich von „information“ die Rede.¹⁹¹ Folgerichtig stellt der BGH klar, dass der Begriff der Angabe i.S.d. § 5 Abs. 2 UWG (richtlinienkonform) so wie derjenige der Information auszulegen ist, weshalb entsprechend der bereits formulierten Darlegungen „alle täuschenden oder zur Täuschung geeigneten Geschäftshandlungen mit Informationsgehalt vom Tatbestand des Irreführungsverbots erfasst“ sind.¹⁹² Dass das deutsche Recht nicht einheitlich den Begriff der Information verwendet, sondern zumindest in der Begehungsvariante denjenigen der Angaben nutzt, entspricht der deutschen Rechtstradition, wie auch §§ 264 Abs. 1, 265b Abs. 1 StGB belegen.¹⁹³

Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, Kommentar, § 5 Rn. 189; Franzke (Fn. 184), § 16 Rn. 6; Stillner, WRP 2015, 438 (441 f.). Zum Ganzen auch Micklitz/Namysłowska (Fn. 173), UGP-RL Art. 6 Rn. 59; Büscher (Fn. 19), § 5 Rn. 142: „Mit der Herausstellung der Unterschiede zwischen unwahren und zur Täuschung geeigneten Angaben in der Rechtsprechung ist eine gewisse Erweiterung des Begriffs der Angaben in der jüngsten Entscheidungspraxis verbunden, die durch den Einfluss der UGP-RL veranlasst ist“. A.A. Peifer/Obergfell (Fn. 17), § 5 Rn. 184a: Reine Meinungsäußerungen hätten nicht die Eignung, einen angemessen informierten, verständigen und kritischen Durchschnittsverbraucher zu täuschen. Allg. zur richtlinienkonformen Auslegung im Lauterkeitsrecht Jänich (Fn. 19), § 5 Rn. 1 ff.

¹⁸⁹ Sosnitza (Fn. 18), § 5 Rn. 91.

¹⁹⁰ Siehe auch Lettl (Fn. 166), § 7 Rn. 3; Helm/Sonntag/Burger (Fn. 179), § 59 Rn. 53.

¹⁹¹ Siehe Micklitz/Namysłowska (Fn. 173), UGP-RL Art. 6 Rn. 61. Auch in der französischen Version wird in Art. 6, 7 Directive 2005/29/CE von *information(s)* gesprochen.

¹⁹² BGH GRUR 2019, 754 (756 Rn. 28). Siehe auch Bornkamm/Feddersen (Fn. 167), § 5 Rn. 1.19.

¹⁹³ Vgl. Kubiciel/Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 7.

Folge dieser richtlinienkonformen Auslegung ist es nach zustimmungswürdiger Ansicht des BGH, den Begriff der Angabe so zu interpretieren, dass er sämtliche täuschenden bzw. zur Täuschung geeigneten Geschäftshandlungen mit Informationsgehalt erfasst.¹⁹⁴ Diese richtlinienkonforme Auslegung kann unter methodischen Gesichtspunkten nicht ohne Weiteres auf die Strafvorschrift des § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden, weil es dort nicht um zur Täuschung geeignete, sondern nur um unwahre Angaben geht.¹⁹⁵ Der Tatbestand der strafbaren Werbung erfasst m.a.W. nicht die irreführenden geschäftlichen Handlungen i.S.d. § 5 Abs. 2 Alt. 2 UWG. § 16 Abs. 1 UWG ist anders als im Nebenstrafrecht üblich¹⁹⁶ kein Blanketttatbestand, sondern beinhaltet seine besonderen, d.h. über den AT hinausgehenden, Anwendungsvoraussetzungen selbst. Das entspricht der explizit geäußerten Regelungszwecksetzung des Gesetzgebers, der Verstöße gegen § 5 Abs. 1 UWG (i.V.m. Abs. 2 und § 3 UWG) nicht in Gänze mit Strafe bewehren wollte, sondern nur „besonders gefährliche Verhaltensweisen“. ¹⁹⁷ § 16 Abs. 1 UWG hat m.a.W. einen gegenüber § 5 Abs. 2 UWG *strafrechtsspezifischen* Anwendungsbereich,¹⁹⁸ weil der Begriff der Angabe i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG enger ist als derjenige i.S.d. § 5 Abs. 2 UWG, der nach hier vertretener Ansicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen auch Werturteile erfasst.¹⁹⁹

Aus diesem Grund sind scheinbare subjektive Werturteile in weitreichendem Umfang vom zivilrechtlichen Irreführungsverbot in § 5 Abs. 1, Abs. 2 UWG erfasst: Die Aussage „Wir sind überzeugt: Weit und breit ist keiner günstiger“ wurde vom OLG Hamm als Angabe qualifiziert,²⁰⁰ der BGH hat den Slogan „Hier spiegelt sich Erfahrung“ als Angabe angesehen.²⁰¹ Auch wurde dem Wörtchen „unschlagbar“ der Informationsgehalt überdurchschnittlicher Qualität zuerkannt und es folgerichtig als Angabe eingeordnet.²⁰² Ebenso sei der Hinweis auf „Optiker-Qualität“ eine Angabe.²⁰³ Die Anpreisung einer Versandapotheke, sie könne ihre Kunden „in jeder Lebenslage“ versorgen, sei eine irreführende Angabe, weil Verbraucher nicht jederzeit jedes benötigte Medikament erstehen können.²⁰⁴ Der BGH hatte insofern schon früher klargestellt, dass der Verkehr häufig dazu neigt, einen sachli-

¹⁹⁴ Dreher/Kulka (Fn. 169), Rn. 376. Krit. zum Ganzen Sosnitza, GRUR 2022, 137 ff.

¹⁹⁵ Zu den Unterschieden des Anwendungsbereichs von § 16 Abs. 1 UWG zu § 5 UWG siehe Bornkamm/Feddersen (Fn. 167), § 16 Rn. 7; Ebert-Weidenfeller (Fn. 18), 5. Teil, 4. Kap. Rn. 11; Hellmann (Fn. 43), Rn. 454; Krell (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 6 f.; Lettl (Fn. 166), § 12 Rn. 2 f.; Fritzsche/Knapp (Fn. 183), § 16 Rn. 17.

¹⁹⁶ Siehe Tiedemann (Fn. 172), Rn. 217 ff.

¹⁹⁷ BT-Drs. 15/1487, S. 26.

¹⁹⁸ Vgl. Hellmann (Fn. 43), Rn. 465.

¹⁹⁹ So auch Franzke (Fn. 184), § 16 Rn. 6.

²⁰⁰ OLG Hamm GRUR 1988, 768.

²⁰¹ BGH GRUR 2010, 352.

²⁰² BGH GRUR 1975, 141.

²⁰³ BGH GRUR 2017, 418.

²⁰⁴ LG Stuttgart GRUR-RS 2020, 21900.

chen Kern in Äußerungen zu finden, bspw. in der Ankündigung „radikal“ gesenkter Preise²⁰⁵ oder dem Hinweis auf „maximalen“ Surfspeed eines Internetanbieters, weil dieser sich um eine überprüfbare Eigenschaft bezieht und nicht nur eine reklamehafte Übertreibung formuliert²⁰⁶. Auch die Bezeichnung eines Produkts als „klimaneutral“ ist eine Angabe i.S.d. §§ 5 Abs. 2, 16 Abs. 1 UWG.²⁰⁷

Keine Angaben sind demgegenüber reklamehafte Übertreibungen, welche der Verkehr nicht im wörtlichen Sinn interpretiert bzw. ernst nimmt und ihr deswegen kein hinreichend irreführendes Gewicht beimisst.²⁰⁸ Nach diesen Maßstäben wird man sicherlich Anpreisungen wie „den oder keinen“ nicht als irreführend, sondern als bloßen Kaufappell qualifizieren können.²⁰⁹

Im Ergebnis drängt sich nach alledem die Konklusion auf, dass die Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen für das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot eine geringere Rolle als für den Tatbestand des Betruges spielt.²¹⁰ Ausschlaggebend dürfte vielmehr die Frage sein, ob der in Rede stehenden Aussage überhaupt ein greifbarer, objektivierbarer Informationsgehalt zukommt; nur wenn dies zu verneinen ist, liegt eine Angabe nicht vor.²¹¹ Aussagen wie bspw. „schönster Aussichtspunkt der Mosel“²¹² oder „das Beste jeden Morgen“ in Bezug auf Frühstückscerealien²¹³ sollen einen solchen objektivierbaren, greifbaren Informationsgehalt nicht haben.²¹⁴

4. Zwischenergebnis und Konklusion

Der Begriff der Information im europäischen Marktmissbrauchs- sowie Lauterkeitsrecht rekurriert nicht auf die Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptung oder Werturteilen, sondern erfasst jeden Gedankeninhalt, der kommuniziert werden und entscheidungserheblich sein kann. Das europäische Recht qualifiziert Werturteile daher anders als das deutsche

Recht nicht per se als bloß subjektiv bzw. als irrationale Entscheidungsbasis. Trotz seines divergierenden Ausgangspunktes nähert sich die übliche Auslegungspraxis zu § 263 StGB der europäischen Sichtweise jedoch in nicht geringem Umfang an, insbesondere durch die Institute der Tatsachenbehauptung mit Tatsachenkern und den subjektiven Tatsachen. Der strenge erkenntnis- und sprachtheoretische sowie anthropologische Ausgangspunkt, welcher der tatbestandsrelevanten Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zugrunde liegen soll, ist richtigerweise nicht durchführbar (siehe III.) Hoyer weist insofern ergänzend und mit Recht darauf hin, dass es nach üblicher Ansicht auch innerhalb des Betrugstatbestands nicht darauf ankommt, ob ein rationales Opfer der Täuschung keinen Glauben Geschenkt hätte, vielmehr wird nach h.M. auch der *exquisit Dumme* sogar in seinem Glauben an okkulte Behauptungen geschützt.²¹⁵ Das scheinbare Leitbild des homo oeconomicus vermag diese Ansicht nicht zu fundieren.²¹⁶

Die h.A. wird zusammengefasst ihren anthropologischen, sprach- und erkenntnistheoretischen Prämissen bei der Auslegung des § 263 StGB axiologisch nicht gerecht. Man wird annehmen können „dass sich hinter den Abgrenzungsfragen bestimmte, in der Tendenz vernünftige Strafwürdigkeitsüberlegungen verbergen“, aber es muss bezweifelt werden, „ob die Stelle Tatsachen/Werturteile der richtige dogmatische Standort für solche Erwägungen ist“.²¹⁷ Unter diesen Vorzeichen bedürfen die angesprochenen Prämissen, welche die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche fundiert, einer Revision.²¹⁸ Vertieft ist also zu diskutieren, was noch als rationale

²⁰⁵ BGH GRUR 1979, 781. Siehe auch OLG Köln GRUR-RR 2016, 24 f.: „Wird zum Beispiel mit einem ‚Sparpreis‘, ‚Superpreis‘, ‚Preisknüller‘ oder ähnliches geworben, muss die Ware auch tatsächlich preisgünstig sein, das heißt im Bereich des unteren Preisniveaus angeboten werden“.

²⁰⁶ OLG Frankfurt a.M. GRUR-Prax 2014, 263.

²⁰⁷ BGH GRUR 2024, 1122 ff.; siehe auch Krell (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 14. Weiterführend zum sog. Greenwashing Büscher (Fn. 19), § 5 Rn. 150; Kühl, WRP 2019, 573; Kasiske, WM 2023, 53; Schelzke/Bosch, wistra 2024, 233; Schneider/Adam, wistra 2024, 97.

²⁰⁸ BGH GRUR 2002, 182; OLG Nürnberg PharmR 2019, 21 (23); Krell (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 12; Rehart/Ruhl/Isele (Fn. 18), § 5 Rn. 49.

²⁰⁹ Siehe auch BGH GRUR 1965, 365 (366); siehe auch Helm/Sonntag/Burger (Fn. 179), § 59 Rn. 56; Krell (Fn. 18), UWG § 16 Rn. 11a.

²¹⁰ So die Einschätzung von Helm/Sonntag/Burger (Fn. 179), § 59 Rn. 55.

²¹¹ Vgl. Rehart/Ruhl/Isele (Fn. 18), § 5 Rn. 44.

²¹² OLG Koblenz WRP 1983, 225.

²¹³ BGH GRUR 2002, 182 (184).

²¹⁴ Siehe Fritzsche/Knapp (Fn. 183), § 16 Rn. 26.

²¹⁵ Hoyer (Fn. 15), § 263 Rn. 22. Zum Schutz „exquisit Dummer“ bzw. Leichtgläubiger durch den Tatbestand des Betruges siehe BGHSt 34, 199 (201); BGH NJW 2014, 2595 (2596); BGH wistra 1992, 95 (97); Samson, JA 1978, 469 (471 f.); Cornelius, NSTZ 2015, 310; Zieschang (Fn. 16), § 263 Rn. 44. Siehe auch Vogel (Fn. 12), S. 112 f. Zur Strafbarkeit des Okkultbetruges siehe BGHSt 8, 237 (238 f.); Bock (Fn. 16), S. 255; Hefendehl (Fn. 16), § 263 Rn. 104 ff.; Hilgendorf (Fn. 11), S. 120 ff.; Satzger (Fn. 15), § 263 Rn. 14; Perron (Fn. 15), § 263 Rn. 8; Krit. zur Strafbarkeit des Okkultbetruges Kindhäuser/Hoven (Fn. 19), § 263 Rn. 78; Saliger (Fn. 14), § 263 Rn. 13. Zum Einfluss des europäischen Verbraucherleitbildes auf die Auslegung des § 263 StGB siehe Rengier, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 365 ff.; Krack, ZIS 2014, 536 ff.; Hoyer, ZIS 2019, 212 ff. Auf die Diskussion um viktimodogmatische Restriktionen kann vorliegend nicht eingegangen werden, siehe hierzu bspw. Kuhli, ZIS 2014, 504 (508 ff.) m.w.N.

²¹⁶ Siehe auch Hefendehl (Fn. 16), § 263 Rn. 244, der in der neueren Dogmatik und Praxis des § 263 StGB Schritte „weg vom Homo oeconomicus und hin zu einer verbraucherorientierten Sichtweise“ erblickt. Siehe auch Hoyer, ZIS 2019, 212 ff.

²¹⁷ Vgl. Rengier (Fn. 31), § 16 Rn. 57 m.w.N.

²¹⁸ Das trifft sich mit der Forderung von Kindhäuser/Hoven (Fn. 19), § 263 Rn. 75, die anmahnen, dass es in der Betrugsdogmatik nicht darum gehen könne, „einen abstrakten, vom

Entscheidungsgrundlage für die Vermögensverfügung des Getäuschten gilt, deren irrtümliche Darstellung folgerichtig dem Täter zuzurechnen ist und welche Handlungsmotive nur eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Verfügenden zur Folge haben.²¹⁹

Der Begriff der Information im europäischen Recht verfolgt wie dargelegt nicht die Gründe der deutschen Differenzierung. So wird eine Information i.S.d. kapitalmarktrechtlichen Verbots informationsgestützter Marktmanipulation als falsch oder irreführend qualifiziert, wenn es „schlechterdings unvertretbar“ ist. Es geht insofern also nicht um eine Abgleichung mit der Realität i.S.d. Korrespondenztheorie der Wahrheit, wie sie für den Begriff der Tatsachenbehauptung im deutschen Recht maßgeblich ist, aber überhaupt nicht zu leisten ist (III. 1.), sondern um die Frage, ob die geäußerte Information in einer gemeinsam geteilten Welt diskursiv bzw. argumentativ gerechtfertigt werden kann oder nicht.²²⁰ Auch für das (zivilrechtliche) Irreführungsverbot des UWG ist maßgeblich, ob die Angabe/Information einen sprachlich greifbaren Informationsgehalt verbalisiert,²²¹ der diskursiv erörtert, somit überprüft und insofern verobjektiviert werden kann.

V. Fazit

Die vom Tatbestand des Betruges geforderte Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen, die teleologischer Ausdruck einer vordergründigen Anthropologie (sowie logisch und wissenschaftstheoretisch fundiert) sei, wird bei näherer Betrachtung von der h.A. nicht durchgehalten, vielmehr durch normative Wertungen ersetzt, welche allerdings den sprachtheoretischen Befund umsetzt, dass eine natürliche Sprache nicht hinreichend stringent zwischen Deskription und Wertung differenziert. Die hier angestellten Überlegungen „lassen es zweifelhaft erscheinen, ob das Begriffspaar Tatsache – Werturteil die gemeinte Grenze angemessen bezeichnet“.²²² Dass der Tatbestand des § 263 StGB nur Tatsachenbehauptungen als tauglichen Täuschungsgegenstand anerkennt, folgt zusammengefasst nicht in einer tiefe-

ren Logik. In der Praxis des § 263 StGB mag es gleichwohl zu gerechten Ergebnissen kommen, aber diese beruhen entscheidend auf Wertungen des Rechtsanwenders und seiner Einbindung in den juristischen Diskurs.²²³ Dass im europäischen Recht mit dem Begriff der Information ein schon im Ausgangspunkt divergierendes Paradigma im Vergleich zur deutschen Abgrenzungserfordernis gewählt wurde, gereicht dem europäischen Recht deswegen auch nicht zum Nachteil.

Normzweck gelösten Begriff der Tatsache zu definieren, sondern es ist zu klären, welche Informationen spezifisch betrugsrelevant sind“.

²¹⁹ Siehe auch *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 22.

²²⁰ *And. Kindhäuser/Hoven* (Fn. 19), § 263 Rn. 75, die als eine zur Irreführung geeignete Informationen anhand des Kriteriums identifizieren wollen, „ob der betreffende Sachverhalt nach allgemeiner Ansicht als entscheidungserheblich für eine rationale Vermögensverfügung angesehen wird und damit als Gegenstand einer Informationspflicht in Betracht kommt“. Der insofern vorausgesetzte Rationalitätsmaßstab muss freilich den naiven Geschäftspartner schutzlos stellen.

²²¹ Vgl. *Rehart/Ruhl/Isele* (Fn. 18), § 5 Rn. 53. Siehe auch *Micklitz/Namysłowska*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, UWG § 5 Rn. 17: „Meinungsäußerungen und Werturteile können auch Angaben iSd § 5 Abs. 1 S. 2 sein, wenn sie ein Mindestmaß an Information enthalten“.

²²² *Hoyer* (Fn. 15), § 263 Rn. 20.

²²³ Siehe zum Ganzen *Christensen/Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001; *dies.*, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, 2008.

Nicht erst seit den Aufsehen erregenden Fällen der jüngeren Vergangenheit – man denke etwa nur an Siemens, Wirecard oder den „Dieselskandal“ – ist eine erheblich zunehmende Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts in sämtlichen Bereichen – also in Wissenschaft, Praxis und auch Gesetzgebung – zu beobachten.¹ Außerdem ist ein gesteigertes Interesse der Öffentlichkeit an der Wirtschaftskriminalität und deren strafrechtlicher Aufarbeitung festzustellen.² Mit diesem Befund ist die über die letzte Dekade zunehmend intensiver ausfallende Diskussion über „Criminal Compliance“ eng verwoben.³ Diese fand ihren Ausgangspunkt vor allem im Bekanntwerden der Siemens-Korruptionsaffäre im Jahr 2006,⁴ wobei ursprünglich Zweifel aufkamen, ob es sich insoweit um ein neuartiges Phänomen handelt, das eine ausführliche Behandlung in der Rechtswissenschaft rechtfertigt.⁵ Zwischenzeitlich ist sie dort aber „voll angekommen“, was schon die Vielzahl der hierzu erschienenen Literatur eindrucksvoll belegt.⁶ Und nicht nur das: Auch deren praktische Bedeutung ist immens, so hielten bereits im Jahr 2013 ungefähr zwei Drittel der Unternehmen in Deutschland Compliance-Programme vor⁷ und dürfte sich dieser Anteil seitdem noch einmal deutlich erhöht haben.⁸

* Die Verf. ist apl. Professorin für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie Rechtsanwältin und Partnerin in einer Kanzlei.

¹ Eine ausführliche Übersicht prominenter Fälle findet sich ferner bei Fissenewert, Compliance für den Mittelstand, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 46 ff.; vgl. auch Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 2 und § 6 Rn. 173.

² Vgl. Wittig (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

³ Vgl. Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 1 Rn. 4 ff.; Wagner, ZfStw 2/2023, 124 (125); Wittig (Fn. 1), § 6 Rn. 173.

⁴ Vgl. Saliger, RW 2013, 263; Wagner, ZfStw 2/2023, 124.

⁵ Anders bereits Rotsch, ZIS 2010, 614.

⁶ Vgl. etwa Bock, Criminal Compliance, 2. Aufl. 2013; Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2012; Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013; Papathanasiou (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Criminal Compliance/Corporate Criminal Law and Criminal Compliance, 2023; Rathgeber, Criminal Compliance, 2012; Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, 2013; ders. (Fn. 3); ders. (Hrsg.), Criminal Compliance – Status quo und Status futurus, 2021; Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance, 2023.

⁷ Vgl. Kölbel, ZStW 125 (2013), 499 (500).

⁸ Vgl. ferner die Studie des Bundeskriminalamts aus dem Jahre 2015 zum Thema „Compliance-Systeme und ihre Auswirkungen auf die Verfolgung und Verhütung von Straftaten der Wirtschaftskriminalität und Korruption“, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Publikationsreihen/Forschungsergebnisse/2015ComplianceSystemeManagementfassung.html> (19.8.2025), S. 69: Von den 371 Unternehmen, die an der Befragung teilgenommen

Relativ wenig beachtet wird dabei jedoch die – praktisch allerdings höchst bedeutsame – Frage nach den Auswirkungen von Criminal Compliance auf die Strafzumessung sowie die Bußgeldbemessung. Diese Lücke will der vorliegende Beitrag schließen und wird zu diesem Zweck die Bedeutung von Criminal Compliance als Faktor der Strafzumessung bzw. der Bußgeldbemessung unter verschiedenen Blickwinkeln näher beleuchten und dogmatisch begründen.

Die nachfolgende Untersuchung geht dabei folgenden Weg: Den Ausgangspunkt bildet eine Bestimmung des Begriffs „Criminal Compliance“ sowie eine Darstellung von Grundlagen der Strafzumessung und Bußgeldbemessung (siehe dazu I.). Anschließend wird zwischen der Ebene der Mitarbeiter⁹ (siehe dazu II. 1.) und der Ebene des Unternehmens differenziert (siehe dazu II. 2.). Abgerundet wird die Untersuchung schließlich durch Ausblick und Fazit (siehe dazu III.).

I. Ausgangspunkt

In einem ersten Schritt gilt es zunächst, notwendige Grundlagen zu legen. Denn wer sich mit den Auswirkungen von Criminal Compliance auf die Strafzumessung sowie die Bußgeldbemessung befasst, muss sich sowohl über den Begriff Criminal Compliance als auch über die Grundlagen der Strafzumessung und Bußgeldbemessung im Klaren sein.

1. Was ist Criminal Compliance?

Der Begriff „Criminal Compliance“ ist bis dato gesetzlich nicht definiert. Eine erste Annäherung ergibt sich über den allgemeinen Begriff „Compliance“. Hierbei handelt es sich um einen Teil der Corporate Governance, einem „Regelwerk, das als Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Wirtschaftsunternehmens dient.“¹⁰ Der Begriff „Compliance“ umschreibt ganz allgemein nicht mehr als die Wahrung von gesetzlichen Bestimmungen durch Unternehmen sowie Mitarbeiter, was an sich schon im Hinblick auf den Geltungsanspruch von Gesetzen vorgegeben ist.¹¹ Ein Compliance-Management-System meint sodann die Gesamtheit der organisatorischen Maßnahmen in einem Unternehmen, die dazu dienen, die Begehung von Rechtsverstößen durch die Gesellschaft oder deren Mitarbeiter zu verhindern.¹²

haben, gaben 242 an, über ein Compliance-Management-System zu verfügen.

⁹ Zur besseren Lesbarkeit wird in dem vorliegenden Beitrag das generische Maskulinum verwendet, gemeint sind jeweils alle Geschlechter.

¹⁰ Michalke, ZIS 2018, 334.

¹¹ Vgl. Michalke, ZIS 2018, 334; Rotsch, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 89; Bock, ZIS 2009, 68.

¹² Vgl. OLG Nürnberg NZG 2022, 1058 (1062); Institut der deutschen Wirtschaftsprüfer, Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980) n.F. (09.2022), Rn. 6.

Der speziellere Begriff „Criminal Compliance“ bezieht sich schließlich auf solche Maßnahmen, die die Intention verfolgen, straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Verstöße zu vermeiden, und beinhaltet sämtliche an ihre Mitglieder gerichteten – normativen, institutionellen sowie technischen – Maßnahmen einer Organisation, die auf der einen Seite der Minimierung des Risikos, dass durch Mitglieder der Organisation organisationsbezogene Wirtschaftsstraftaten begangen werden, sowie auf der anderen Seite der Steigerung der Chance dienen sollen, dass eine Sanktionierung im Einvernehmen mit den Strafverfolgungsbehörden positiv beeinflusst wird.¹³ Es lassen sich also letztlich zweierlei Dimensionen des Begriffs „Criminal Compliance“ unterscheiden, zum einen eine präventive, auf die Minimierung der Gefahr der Begehung von Straftaten gerichtete Dimension, zum anderen eine repressive Dimension, die bei drohender Sanktionierung des Unternehmens das diesbezügliche Risiko nachträglich ausschließen oder jedenfalls begrenzen soll.¹⁴

2. Grundlagen der Strafzumessung und Bußgeldbemessung

Bei der Festsetzung der Strafe bzw. des Bußgeldes ist zunächst der gesetzliche Straf- bzw. Bußgeldrahmen zu ermitteln, bevor im Anschluss die hier näher thematisierte Strafzumessung bzw. Bußgeldbemessung im engeren Sinne erfolgt. Wenn im Folgenden von Strafzumessung bzw. Bußgeldbemessung die Rede ist, ist damit diejenige im engeren Sinne gemeint.

Während sich die Strafzumessung nach § 46 StGB richtet, ist die maßgebliche Vorschrift für die Bußgeldbemessung in § 17 Abs. 3 OWiG¹⁵ zu erblicken.

a) Strafzumessung gem. § 46 StGB

Die Bemessung einer Strafe erfolgt nach § 46 StGB. Nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist Grundlage der Strafzumessung in erster Linie die Schwere der Tat und der Grad der persönlichen Schuld des Täters.¹⁶ Gem. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB sind dabei auch die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen, sodass die Resozialisierung neben der Schuld der zentrale Gesichtspunkt der Strafzumessung ist.¹⁷ Der Strafzweck der Generalprävention ist hingegen in § 46 Abs. 1 StGB nicht explizit erwähnt; aber es folgt aus §§ 47 Abs. 1,

56 Abs. 3, 59 Abs. 1 Nr. 3 StGB, dass sie einen wesentlichen Aspekt der Strafe darstellt und bei der Bestimmung ihrer Höhe Berücksichtigung finden kann.¹⁸ Generalpräventive Überlegungen sind jedoch nur innerhalb der schuldangemessenen Strafe zu berücksichtigen.¹⁹

Konkret hat die Strafzumessung nach der insoweit gängigen Systematisierung in folgenden fünf Schritten zu erfolgen: Den Auftakt bildet (1.) eine Ausrichtung an den Strafzwecken gem. § 46 Abs. 1 StGB, ehe sodann (2.) die schuld- und präventionsrelevanten Fakten (Strafzumessungstatsachen) gem. § 46 Abs. 2 StGB zu ermitteln sind. Hieran anschließend ist (3.) die strafscharfende oder -mildernde Wirkung dieser Strafzumessungstatsachen festzulegen. Nach (4.) Abwägung sämtlicher relevanten Umstände gegeneinander ist schließlich (5.) eine konkrete Strafe zu bestimmen.²⁰

b) Bußgeldbemessung gem. § 17 Abs. 3 OWiG

Demgegenüber sind gem. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG Grundlage für die Bußgeldbemessung die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit (Var. 1) sowie der Vorwurf, der den Täter trifft (Var. 2). Bei der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit kommen als Zumessungskriterien etwa Abschreckung, Art und Dauer der Ausführung, General- und Spezialprävention und Schwere der Rechtsverletzung in Betracht.²¹ Im Rahmen der individuellen Vorwerfbarkeit gem. § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 2 OWiG sind beispielsweise milderndes wie schärfendes Nachtatverhalten, Mitwirkung bei der Aufklärung der Tat, Bemühen um Wiedergutmachung des Schadens, Beweggründe, Ziele und Gesinnung des Täters sowie sein Vorleben als Bemessungskriterien zu berücksichtigen.²² Gem. § 17 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 OWiG kommen auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters in Betracht, sie bleiben jedoch gem. Hs. 2 bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten in der Regel unberücksichtigt.

II. Criminal Compliance als Strafzumessungs- und Bußgeldbemessungsfaktor?

Auf dieser Basis kann nun der Frage nach den Auswirkungen von Criminal Compliance auf die Strafzumessung sowie die Bußgeldbemessung nachgegangen werden. Im Gegensatz zu einigen anderen Rechtsordnungen (wie beispielsweise Großbritannien oder USA) existiert in Deutschland nach dem Scheitern des VerSanG²³ bislang keine ausdrückliche gesetz-

¹³ Vgl. Rotsch (Fn. 3), § 1 Rn. 41 ff.; ders., ZStW 125 (2013), 481 (494); Wagner, ZfStw 2/2023, 124; zur Begriffsbestimmung vgl. ausführlich Rathgeber (Fn. 6), S. 26; Engelhart (Fn. 6), S. 43 f.; Saliger, RW 2013, 266 (269 ff.); Hilgendorf, in: Rotsch (Fn. 6 – Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft), S. 19 ff.

¹⁴ Vgl. Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 (483 ff.); ders. (Fn. 3), § 1 Rn. 41 ff.

¹⁵ Neben diesem Ahndungsteil der Geldbuße hat die Geldbuße noch eine Abschöpfungsfunktion, die in § 17 Abs. 4 OWiG geregelt ist. Diese wird jedoch hier nicht weiter in den Blick genommen.

¹⁶ Vgl. nur BGHSt 20, 266; BGH NJW 1987, 2686; Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 46 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. nur Fischer (Fn. 16), § 46 Rn. 7.

¹⁸ Vgl. nur BGHSt 34, 151; BGH NJW 1990, 195; Fischer (Fn. 16), § 46 Rn. 10.

¹⁹ Vgl. nur BGHSt 28, 326; 34, 151; 36, 20; Fischer (Fn. 16), § 46 Rn. 12 m.w.N.

²⁰ Vgl. nur Fischer (Fn. 16), § 46 Rn. 13; Kinzig, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 46 Rn. 3 m.w.N.

²¹ Vgl. nur Mitsch, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 6. Aufl. 2025, § 17 Rn. 38 ff. sowie Sackreuther, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand: 1.4.2025, § 17 Rn. 40 ff.

²² Vgl. nur Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 54 ff. sowie Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 58 ff.

²³ Ausführlich dazu etwa Baur/Holle, ZRP 2022, 18 ff.

liche Regelung zur Frage der Strafzumessungs- oder Bußgeldbemessungsrelevanz von Criminal Compliance.²⁴ Es kommen daher die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung, konkret § 46 StGB zur Strafzumessung und § 17 Abs. 3 OWiG zur Bußgeldbemessung.²⁵

Im Folgenden wird dabei zwischen der Ebene der Mitarbeiter als natürlichen Personen und der Ebene des Unternehmens als juristischer Person oder Personenvereinigung differenziert. Diese Unterscheidung ist für eine sachgerechte Behandlung der Thematik grundlegend.

1. Ebene der Mitarbeiter

Zunächst ist die Ebene der Mitarbeiter in den Blick zu nehmen. Ein Mitarbeiter kann als natürliche Person durch eine das Unternehmen betreffende Verhaltensweise sowohl eine Straftat als auch eine Ordnungswidrigkeit begehen. Stellt eine Handlung gleichzeitig eine Straftat und eine Ordnungswidrigkeit dar, wird gem. § 21 Abs. 1 S. 1 OWiG nur das Strafgesetz angewendet.

Die Frage nach der Strafzumessungs- bzw. Bußgeldbemessungsrelevanz von unternehmensinternen Compliance-Maßnahmen stellt sich dabei konkret unter dreierlei Gesichtspunkten:

Erstens: Wie verhält es sich bei der Begehung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten durch Mitarbeiter bei Bestehen effektiver Compliance-Maßnahmen?

Zweitens: Wie steht es bei der Begehung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten durch Mitarbeiter bei fehlenden oder unzureichenden Compliance-Maßnahmen?

Drittens: Wie ist die besondere Konstellation der Begehung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten durch leitende Mitarbeiter, die für die Einrichtung der Compliance-Maßnahmen verantwortlich sind oder waren, zu bewerten?

Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei der Schwerpunkt der Untersuchung insoweit auf der zweiten Frage liegt.

a) Effektive Compliance-Strukturen

In einem ersten Schritt ist die Frage nach den Auswirkungen effektiver Compliance-Strukturen²⁶ auf die Begehung unternehmensbezogener Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten durch Mitarbeiter zu behandeln.

Begeht ein Mitarbeiter, der für die Einrichtung eines effektiven Compliance-Management-Systems nicht verantwortlich

war,²⁷ trotz dieser Strukturen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit, ist dies bei der Bemessung der Strafe bzw. Geldbuße jeweils schärfend zu berücksichtigen.²⁸

Der Grund hierfür liegt darin, dass bei Überwindung, Umgehung oder bewusster Aushebelung funktionierender Compliance-Strukturen als besonderer Kontrollmechanismus eine deutlich erhöhte kriminelle Energie aufgewendet wird.²⁹ In dogmatischer Hinsicht lässt sich dies bei der Strafzumessung insbesondere beim „bei der Tat aufgewendete[n] Wille[n]“ i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 2 StGB verorten, der in einer solchen Konstellation eine gesteigerte Intensität aufweist.³⁰ Zudem wiegt die persönliche Schuld i.S.v. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB regelmäßig schwerer.³¹

Bei der Bußgeldbemessung im Falle einer Ordnungswidrigkeit kann der Umstand der deutlich erhöhten kriminellen – bei Ordnungswidrigkeiten in Abgrenzung zur Kriminalstrafe wohl passender: „rechtsbrecherischen“³² – Energie durch Überwindung, Umgehung oder bewusster Aushebelung eines effektiven Compliance-Management-Systems bei § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 2 OWiG schärfend Berücksichtigung finden, da dann „der Vorwurf, der den Täter trifft“ ein gesteigertes Ausmaß annimmt.³³

b) Unzureichende oder fehlende Compliance-Strukturen

Fraglich ist allerdings, wie dem Umstand der Verwirklichung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit durch einen Mitarbeiter bei fehlenden oder nur unzureichenden Compliance-Maßnahmen im Unternehmen im Rahmen der Strafzumessung bzw. Bußgeldbemessung Rechnung zu tragen ist. Insoweit soll nachfolgend zwischen der Bußgeldbemessung einerseits und der Strafzumessung andererseits unterschieden werden.

aa) Strafzumessung

Zunächst ist die Strafzumessung näher in den Blick zu nehmen.

²⁴ Zur Rechtslage in den USA und Großbritannien vgl. Hartwig, in: Moosmayer/Hartwig (Hrsg.), *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl. 2018, Kap. B. Rn. 21 ff.; weiterführend Eufinger, CCZ 2016, 209.

²⁵ Für die Strafzumessung so auch Basener/Dilling, CCZ 2017, 70 (72).

²⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen eines effektiven Compliance-Management-Systems u.a. Roxin, ZIS 2018, 341 (345); Schmitt-Leonardy, in: Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, S. 276; Beulke/Moosmayer, CCZ 2014, 146.

²⁷ Zum Sonderfall der für die Einrichtung verantwortlichen Mitarbeiter sogleich unter c).

²⁸ So oder ähnlich auch etwa Basener/Dilling, CCZ 2017, 70 (72); Eckstein, *Newsdienst Compliance* 2014, 71010; Natale, in: Rotsch (Fn. 3), § 35 A. Rn. 37 m.w.N.

²⁹ So oder ähnlich auch etwa Basener/Dilling, CCZ 2017, 70 (72); Eckstein, *Newsdienst Compliance* 2014, 71010; Natale (Fn. 28), § 35 A. Rn. 37.

³⁰ So auch etwa Basener/Dilling, CCZ 2017, 70 (72); Natale (Fn. 28), § 35 A. Rn. 37. Allgemein zur Überwindung von Schwierigkeiten als strafscharfendem Faktor vgl. v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.8.2025, § 46 Rn. 40.

³¹ So auch Basener/Dilling, CCZ 2017, 70 (72).

³² So auch etwa Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 54; Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 64 f.

³³ Ähnlich auch etwa Eckstein, *Newsdienst Compliance* 2014, 71010; Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 64 f.

(1) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Schon das LG Bonn vertrat mit Urteil vom 30. November 2015 die Auffassung, dass der genannte Umstand schon bei der Bestimmung des Strafrahmens zu berücksichtigen sei und zusammen mit anderen Aspekten die Annahme eines unbekannten minder schweren Falls zu rechtfertigen vermöge.³⁴

Weiterhin stellte sich das LG Bochum – allerdings ohne Begründung – auf den Standpunkt, dass der genannte Umstand stets strafmildernd zu berücksichtigen sei, da die Tatbegehung hierdurch erleichtert würde.³⁵

Der Bundesgerichtshof³⁶ sowie Teile der Literatur³⁷ sind ferner der Ansicht, Mängel im Kontrollsystem des geschädigten Unternehmens sollten bei Untreuehandlungen eines Angestellten nur dann zu einer Strafmilderung führen, wenn nicht zugleich ein straferschwerender Pflichtenverstoß vorliegt, wie etwa der Missbrauch des dem Täter persönlich entgegengebrachten besonders hohen Vertrauens. Anknüpfungspunkt dafür sei – so *Natale* – „der bei der Tat aufgewendete Wille“ i.S.v. § 46 StGB.³⁸ Der Bundesgerichtshof beließ es hingegen bei einer bloßen Behauptung ohne jede Begründung.³⁹

Basener/Dilling befürworteten schließlich ebenfalls eine Strafmilderung und beriefen sich dazu auf eine Verringerung der persönlichen Schuld, die sich aus folgenden drei Gesichtspunkten ergebe: Erstens schufen fehlende oder unzureichende Compliance-Strukturen gewisse Tatanreize.⁴⁰ Fehle es in einem Unternehmen an effektiven Kontrollen, weise der zur Tatbegehung aufgewendete Wille des Täters eine geringere Intensität auf.⁴¹ Habe der Täter „aufgrund der laxen Regelungen im Unternehmen keine echten Widerstände zu erwarten“, gehe damit ferner ein niedrigeres Maß an persönlicher Vorwerfbarkeit einher.⁴² Zweitens könne bei einer gänzlich fehlenden oder unzureichenden Compliance-Kultur im Unternehmen das Unrechtsbewusstsein des Täters herabgesetzt sein.⁴³ Drittens schufen fehlende oder unzureichende Com-

pliance-Maßnahmen ein die Begehung von Straftaten begünstigendes Klima.⁴⁴

(2) Stellungnahme

Richtigerweise ist dem Umstand der Verwirklichung einer Straftat durch einen Mitarbeiter bei insgesamt fehlenden oder nur unzureichenden Compliance-Strukturen im Unternehmen bei der Strafzumessung zumindest bei Straftaten zugunsten des Unternehmens (unternehmensbezogene Straftaten, corporate crimes)⁴⁵ strafmildernd Rechnung zu tragen. Dies geschieht auf zweierlei Weise:

Primär und in jedem Fall gilt dies im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne bei § 46 StGB: In der genannten Konstellation sprechen nämlich einige Strafzumessungstatsachen in § 46 Abs. 2 StGB für eine milde Strafe: Zunächst fällt „der bei der Tat aufgewendete Wille“ aus § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 2 StGB relativ gering aus. Denn Täter, in deren Unternehmen überhaupt kein oder ein nur unzureichendes Compliance-Management-System existiert, müssen ein solches zur Begehung von unternehmensbezogenen Straftaten auch nicht überwinden, aushebeln oder umgehen. Im Gegenteil: Die fehlenden oder defizitären Compliance-Strukturen tragen bei unternehmensbezogenen Straftaten vielfach tatsächlich zu einem geringeren Unrechtsbewusstsein der Mitarbeiter und einem Unternehmensklima bei, das die Begehung von Straftaten in besonderer Weise ermöglicht und begünstigt. Die kriminelle Energie des Täters ist dann in der Regel nicht allzu stark ausgeprägt, vielmehr ist dieser zumindest bei unternehmensbezogenen Straftaten in gewisser Weise auch „Opfer“ der im Unternehmen bestehenden Umstände. Mit Blick auf die soeben genannten Aspekte fällt im Übrigen auch „die Gesinnung, die aus der Tat spricht“ gem. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB sowie „das Maß der Pflichtwidrigkeit“ gem. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 3 StGB überschaubar aus. All dies spricht für eine jedenfalls geringere und zumeist auch per se geringe persönliche Schuld bzw. Vorwerfbarkeit i.S.v. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB.

Daneben kann der Umstand der Verwirklichung einer Straftat durch einen Mitarbeiter bei fehlenden oder unzureichenden Compliance-Maßnahmen im Unternehmen noch in einem vorgelagerten Schritt bei der Bestimmung des Strafrahmens für einen unbekannten minder schweren Fall sprechen, da es sich hierbei um gesetzliche Strafzumessungsregeln handelt, für welche die Grundsätze aus § 46 Abs. 1 und 2 StGB entsprechend Anwendung finden.⁴⁶ Der Ansicht des LG Bonn⁴⁷ ist daher beizupflichten, sofern diese nicht dahin zu verstehen ist, dass eine Berücksichtigung des genann-

³⁴ Vgl. LG Bonn, Urt. v. 30.11.2015 – 27 KLs - 430 Js 1415/13 - 1/15, 27 KLs 1/15 (zu § 334 Abs. 1 S. 2 StGB).

³⁵ Vgl. LG Bochum CCZ 2017, 70.

³⁶ Vgl. BGH BeckRS 2002, 7258. Ähnlich auch BGH NJW 2018, 2210 (2211): „Organisationsmängel in einem Unternehmen oder einer Gesellschaft können strafmildernd wirken, wenn dadurch ein Täter in die Lage versetzt wird, sein Vorhaben ohne die an sich vorgesehene und gebotene Kontrolle umzusetzen. Fehlt es insoweit an der verkehrsrüblichen Aufsicht, ist dies ein für den Täter sprechender Umstand“; BGH NStZ-RR 2003, 297 (298) zur Untreue eines Nachlassverwalters.

³⁷ *Natale* (Fn. 28), § 35 A. Rn. 37; *Sander*, in: Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 7. Aufl. 2024, Rn. 620.

³⁸ *Natale* (Fn. 28), § 35 A. Rn. 37 für § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Alt. 2 StGB.

³⁹ Vgl. BGH BeckRS 2002, 7258.

⁴⁰ Vgl. *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 (72 f.).

⁴¹ Vgl. *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 (72 f.).

⁴² *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 (73).

⁴³ Vgl. *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 (73).

⁴⁴ Vgl. *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 (73).

⁴⁵ Zur Unterscheidung zwischen corporate crime und occupational crime siehe u.a. *Dessecker*, in: Momsen/Grützner (Fn. 11), § 1 Rn. 8 f.; *Rotsch* (Fn. 11), § 2 Rn. 4; *Dannecker/Bülte*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2025, 1. Kap. Rn. 9.

⁴⁶ So auch *Fischer* (Fn. 16), § 46 Rn. 84.

⁴⁷ LG Bonn, Urt. v. 30.11.2015 – 27 KLs - 430 Js 1415/13 - 1/15, 27 KLs 1/15 (ergangen zu § 334 Abs. 1 S. 2 StGB).

ten Umstands exklusiv bei der Annahme eines unbenannten minder schweren Falles möglich sein soll.

Die beiden aufgezeigten Lösungsansätze schließen einander schließlich auch nicht aus. Eine Konkurrenzsituation besteht ohnehin lediglich dann, soweit das Gesetz die Möglichkeit eines unbenannten minder schweren Falles überhaupt vorsieht. Aber auch im Übrigen ist spätestens seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18. Dezember 2019 anerkannt, dass selbst Umstände, die bereits zu einer Strafrahmenverschiebung geführt haben, mit verringertem Gewicht auch noch in die Strafzumessung im engeren Sinne eingestellt werden dürfen.⁴⁸ Eine kumulative Berücksichtigung ist daher bedenkenlos möglich.

bb) Bußgeldbemessung

Bei der Bußgeldbemessung liegen die Dinge kaum anders. Auch insoweit ist der Umstand der Begehung einer Ordnungswidrigkeit durch einen Mitarbeiter bei insgesamt fehlenden oder auch nur unzureichenden Compliance-Strukturen im Unternehmen mildernd zu berücksichtigen.⁴⁹

Dogmatisch lässt sich dies auf § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 2 OWiG zurückführen. Die eben benannten Gesichtspunkte für eine Milderung der Strafe im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne treffen nämlich in gleicher Weise auch auf die Bußgeldbemessung bei Ordnungswidrigkeiten zu und verringern den Vorwurf, der den Täter trifft. Eine Berücksichtigung bei der Bestimmung des Bußgeldrahmens scheidet dagegen aus, da es im Ordnungswidrigkeitenrecht anders als im Kriminalstrafrecht keine unbenannten minder schweren Fälle gibt.

c) Sonderfall: Strafzumessung bei Verantwortung eines leitenden Mitarbeiters für die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems

Einen Sonderfall bildet letztlich die Strafzumessung bzw. Bußgeldbemessung bei einer Begehung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten durch leitende Mitarbeiter, die für die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems verantwortlich waren.

In der Regel ist dieser Umstand der Verantwortlichkeit für die Etablierung eines Compliance-Management-Systems mildernd zu berücksichtigen. In diesem Sinne positionierte sich auch das LG Berlin, indem es dem Geschäftsführer einer GmbH zugutehielt, dass er darauf hingearbeitet habe, „die ehemaligen Mitangeklagten zu rechtmäßigen Verhalten zu animieren“, und in seinem Unternehmen „eine grundsätzlich sinnvolle und auch weitgehend umgesetzte Compliance-Strategie erarbeitete hatte, was darauf hindeutet, dass ihm die Bewahrung der Rechtsordnung grundsätzlich angelegen war“.⁵⁰ Der hiergegen angerufene Bundesgerichtshof ging in Ermangelung einer vollständigen Tatsachengrundlage hierauf nicht näher ein.⁵¹ Der im Grundsatz zutreffende Standpunkt des LG Berlin lässt sich für den Fall der Strafzumessung durch folgende Gesichtspunkte dogmatisch untermauern: Erstens

liegt eine geringere persönliche Schuld des Täters i.S.v. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ebenso wie eine tendenziell rechtstreue Gesinnung i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB nahe. Zweitens spricht viel für ein geringeres „Maß der Pflichtwidrigkeit“ i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 3 StGB. Drittens ist der genannte Umstand bei der „Art der Ausführung“ i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 4 Var. 1 StGB zu berücksichtigen. Diese Aspekte lassen sich auch für den Fall der Bußgeldbemessung bei einer Ordnungswidrigkeit i.R.v. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG bei der „Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“ und „de[m] Vorwurf, der den Täter trifft“, verorten.⁵²

Erfolgt die Einrichtung des Compliance-Management-Systems allerdings nur pro forma und dient lediglich der Verschleierung (sog. window dressing),⁵³ ist dies bei der Strafzumessung hingegen ausnahmsweise strafscharfend zu berücksichtigen, da dadurch eine rechtsfeindliche Gesinnung des Täters i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB zum Ausdruck kommt.⁵⁴ Bei der Bußgeldbemessung kann dem ferner bei der individuellen Vorwerfbarkeit gem. § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 2 OWiG Rechnung getragen werden.

2. Ebene des Unternehmens

Von der Ebene der Mitarbeiter ist die Ebene des Unternehmens zu trennen, die nun nachfolgend genauer in den Blick genommen werden soll.

Anders als deren Mitarbeiter können sich Unternehmen als juristische Personen oder Personengesellschaften nach geltendem Recht nicht strafbar machen. Eine an strafbares Verhalten natürlicher Personen anknüpfende Verbandsstrafe kennt das deutsche Recht (noch) nicht.⁵⁵ Dahinter steht der römischrechtliche Grundsatz „societas delinquere non potest“, der jedoch zunehmend von kontinentaleuropäischen Staaten zugunsten der „unbekümmerte[n] Bestrafung von Körperschaften nach angloamerikanischem Vorbild“ aufgegeben wird.⁵⁶ Auch in Deutschland ist die rechtspolitische Diskussion diesbezüglich in vollem Gange und bleibt deren weitere Entwicklung – insbesondere nach dem gescheiterten Verbandsstrafgesetzentwurf⁵⁷ – abzuwarten.⁵⁸

Allerdings gibt es im Ordnungswidrigkeitenrecht gem. § 30 OWiG die Möglichkeit, gegen juristische Personen oder ihnen gleichgestellte Personenvereinigungen eine Verbands-geldbuße zu verhängen. § 30 OWiG stellt dabei nach herrschender Ansicht keinen eigenen Ordnungswidrigkeitstatbestand dar, sondern führt vielmehr dazu, dass dem Verband Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten seiner Leitungsperso-

⁴⁸ BGH NStZ-RR 2020, 204.

⁴⁹ Krause, StraFo 2011, 437.

⁵⁰ Zitiert nach BGH BeckRS 2014, 3755 Rn. 39.

⁵¹ Vgl. BGH BeckRS 2014, 3755 Rn. 39.

⁵² Vgl. dazu bereits oben unter I. 2. b).

⁵³ Zum sog. window dressing vgl. etwa Nell, ZRP 2008, 149 (150).

⁵⁴ So auch etwa Natale (Fn. 28), § 35 A. Rn. 39.

⁵⁵ Vgl. Wittig (Fn. 1), § 5 Rn. 4 und § 8 Rn. 9.

⁵⁶ Vgl. Schünemann/Greco, in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, Vor § 25 Rn. 21.

⁵⁷ Ausführlich dazu etwa Baur/Holle, ZRP 2022, 18 ff.

⁵⁸ Ausführlich zur Diskussion etwa Ransiek, NZWiSt 2012, 45; Vogel, StV 2012, 427; Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend, NZWiSt 2018, 1 (5) zum sog. Kölner Entwurf.

nen dergestalt zugerechnet werden, dass diese Taten zu einer Geldbuße für den Verband führen.⁵⁹ Die Höhe dieser Verbandsgeldbuße bestimmt sich nach dem Bußgeldrahmen des § 30 Abs. 2 OWiG.⁶⁰ Innerhalb dieses Rahmen gelten die allgemeinen Bemessungsgrundsätze einer Geldbuße aus § 17 OWiG, soweit eine Anwendung dieser Kriterien auf Verbände in Betracht kommt.⁶¹ Es ist zwischen einem Ahndungsteil gem. § 17 Abs. 3 OWiG und einem Abschöpfungsteil gem. § 17 Abs. 4 OWiG zu unterscheiden.⁶² Im Folgenden soll es lediglich um den Ahndungsteil gehen. Hierzu kann zunächst auf die allgemeinen Ausführungen von oben verwiesen werden.⁶³

Wie wirken sich Compliance-Management-Systeme auf die Bemessung des Ahndungsanteils einer Verbandsgeldbuße gem. § 17 Abs. 3 OWiG aus?⁶⁴ Diese Frage lässt sich nicht pauschal und für alle Fälle gleichermaßen beantworten, vielmehr ist zwischen einer bußgeldmildernden sowie einer bußgeldschärfenden Wirkung von Compliance-Strukturen zu unterscheiden. Im Einzelnen:

a) Bußgeldmilderung

Fraglich ist zunächst, ob der Bestand effektiver Compliance-Maßnahmen bei der Bemessung des Ahndungsanteils der Verbandsgeldbuße gem. § 17 Abs. 3 OWiG mildernd zu berücksichtigen ist. Insoweit soll zunächst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und anschließend der Meinungsstand in der Literatur skizziert werden, bevor zuletzt selbst Stellung bezogen wird.

aa) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Mit Urteil vom 9. Mai 2017 positionierte sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zu der Frage nach den Auswirkungen der Existenz von Compliance-Programmen auf die Bemessung einer Verbandsgeldbuße in einem obiter dictum grundlegend sowie „richtungsweisend für die Praxis“⁶⁵ wie folgt:

„Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss [...]. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre

betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“⁶⁶

In der Folge stellte der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 27. April 2022 in tragender Weise fest, dass der „anschließende Selbstreinigungsprozess der Nebenbeteiligten (u.a. Einführung umfassender Compliance-Maßnahmen und eines Hinweisgebersystems) zu Recht honoriert“ worden sei.⁶⁷

Eine Begründung dieser Sichtweise sucht man dagegen in den beiden Entscheidungen und auch sonst in der höchststrichterlichen Judikatur vergeblich.⁶⁸

bb) Meinungsstand in der Literatur

Die Literatur schließt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ganz überwiegend an.⁶⁹ Ein Begründungsansatz dafür findet sich bei *Reichling/Borgel*, die darauf abstellen, dass es zur jedenfalls entsprechenden Anwendung der Vorgaben aus § 46 StGB auf die Bemessung des Ahndungsanteils der Verbandsgeldbuße komme⁷⁰ und dieser das Nachtatverhalten ausdrücklich als Strafzumessungsaspekt aufführe.⁷¹ Die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen lässt sich außerdem dadurch rechtfertigen, dass sowohl die Entscheidung über die Verhängung eines Bußgeldes als auch die inhaltliche Ausgestaltung dieser Entscheidung im Ermessen der Verfolgungsbehörde stehen. Eine solche Ermessensentscheidung erfordert die Berücksichtigung aller sachlich einschlägigen Aspekte, mithin auch der Compliance-Maßnahmen.⁷²

Aus dem Kreis dieser Befürworter wird jedoch kritisiert, dass Unternehmen in diesem Bereich „unverändert einer nicht unerhebliche[n] Rechtsunsicherheit“ ausgesetzt seien.⁷³ So sei unklar, welche konkreten Compliance-Maßnahmen von einem Unternehmen im Einzelfall zu ergreifen seien, um seiner Pflicht zur Unterbindung von strukturellen Fehlverhalten aus seiner Sphäre zu entsprechen, weiter wer in einem Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren die Eignung und Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen beurteile und schließlich inwiefern sich solche Maßnahmen mildernd auf die Bußgeldbemessung auswirken würden.⁷⁴

⁶⁶ BGH NZWiSt 2018, 379 (387).

⁶⁷ BGH NZWiSt 2022, 410 (413).

⁶⁸ Vgl. BGH NZWiSt 2018, 379; BGH NZWiSt 2022, 410.

⁶⁹ *Meyberg*, in: Graf (Fn. 21), § 30 Rn. 103.1; *Waßmer*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, OWiG § 30 Rn. 95; *Trüg*, NZWiSt 2022, 106 (115 ff.); *Reichling/Borgel*, wistra 2022, 390 (391); *Bürkle*, BB 2018, 525; *Eckstein*, Newsdienst Compliance 2014, 71010; *Meißner*, NZWiSt 2022, 415 (418); *Behr*, BB 2017, 1931 f.

⁷⁰ Anders aber etwa *Mitsch* (Fn. 21), § 17 Rn. 32.

⁷¹ Vgl. *Reichling/Borgel*, wistra 2022, 390 (391).

⁷² *Roxin*, ZIS 2018, 341 (348) m.w.N.

⁷³ *Meißner*, NZWiSt 2022, 415 (418).

⁷⁴ *Meißner*, NZWiSt 2022, 415 (418).

⁵⁹ Vgl. BGHSt 46, 207 (211); *Wittig* (Fn. 1), § 12 Rn. 3.

⁶⁰ Ausführlich dazu *Wittig* (Fn. 1), § 12 Rn. 24.

⁶¹ Vgl. *Krenberger/Krumm*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 30 Rn. 41; *Wittig* (Fn. 1), § 12 Rn. 25.

⁶² Vgl. BGH NZWiSt 2022, 410; *Krenberger/Krumm* (Fn. 61), § 30 Rn. 18: „QuasiOWi“; *Wittig* (Fn. 1), § 12 Rn. 25.

⁶³ Vgl. dazu bereits oben unter I. 2. b).

⁶⁴ Vgl. zur Frage der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen auf Tatbestandsebene des § 30 Abs. 1 OWiG bereits *Roxin*, ZIS 2018, 341 (341 ff.).

⁶⁵ *Lorenz*, ZStV 2019, 154 (155).

cc) Stellungnahme

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs verdient Zustimmung und lässt sich dabei wie folgt auf § 17 Abs. 3 OWiG dogmatisch zurückführen:

(1) Wie eben skizziert, besteht ein möglicher Ansatz darin, die Strafzumessungsgesichtspunkte aus § 46 Abs. 2 StGB auch bei der Bemessung des Ahndungsanteils einer Verbandsgeldbuße aus § 17 Abs. 3 OWiG entsprechend heranzuziehen und als Konkretisierung der beiden Kriterien in § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG zu begreifen.⁷⁵

Hiergegen spricht aber, dass die Verhängung von Strafe und Geldbuße auf jeweils unterschiedlichem Fundament stehen: Während Zweck des Ordnungswidrigkeitenrechts der Schutz eines bestehenden Ordnungsgefüges ist, dient das Strafrecht, wie § 46 StGB klarstellt, der Ahndung persönlicher Schuld.⁷⁶ Zudem wurden für die Bemessung der Geldbuße nach § 17 Abs. 3 OWiG bereits zahlreiche Kriterien entwickelt, auf welche, auch unter dem Gesichtspunkt von Compliance-Maßnahmen, zurückgegriffen werden kann.⁷⁷ Eine entsprechende Anwendung des § 46 Abs. 2 StGB auf § 17 Abs. 3 OWiG ist daher auch gar nicht notwendig. Vielmehr reicht es aus, die Einrichtung von Compliance-Maßnahmen in die bestehende Bemessungskriterien, die i.R.d. § 17 Abs. 3 OWiG für die jeweils objektiven und subjektiven Gesichtspunkte entwickelt wurden, einzuordnen. § 46 StGB lässt sich dabei aber als Argument für eine solche Einordnung gut anführen, insbesondere wenn es sich um Kriterien handelt, die die individuelle Vorwerfbarkeit (§ 17 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 OWiG) betreffen und damit in gewisser Nähe zur Strafzumessungsschuld des § 46 StGB stehen.

(2) Damit ist zu klären, wie sich das Bestehen effektiver Compliance-Maßnahmen nun in die Zumessungskriterien des § 17 Abs. 3 OWiG einordnen lässt.

Bei der „Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“ i.S.v. § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 1 OWiG stehen objektive Bemessungskriterien im Vordergrund, die die konkrete Tat prägen.⁷⁸ Bei entsprechender Anwendung des § 46 Abs. 2 StGB gelangt man zu folgenden Überlegungen: Erstens ist das „Maß der Pflichtwidrigkeit“ i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 3 StGB als geringer anzusehen, wenn das Unternehmen über effektive Compliance-Maßnahmen verfügt. Zweitens erlaubt § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 6 StGB das Nachtatverhalten zu berücksichtigen. Drittens ist ggf. auch das „Vorleben des Täters“ i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 5 Var. 1 StGB relevant. Effektive Compliance-Maßnahmen werden nach dieser Ansicht also als Nachtatverhalten innerhalb der objektiven Bemessungskriterien eingeordnet.

Überzeugender ist es allerdings, das Nachtatverhalten bei den subjektiven Bemessungskriterien gem. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG heranzuziehen, also auf den „Vorwurf, der den Täter trifft“ abzustellen.⁷⁹ Hierunter ist der spezifische individuelle

Vorwurf, der den Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der konkreten Situation trifft, zu verstehen.⁸⁰ Dabei ist nicht nur das Verhalten vor, sondern auch nach der Tat zu berücksichtigen, wobei letzteres sowohl in mildernder als auch schärfender Weise wirken kann.⁸¹ Wie sich der Täter bei und nach der Tat verhält, liegt nämlich in erster Linie in seiner subjektiven Entscheidungs- und Handlungsmacht. Mildernd wirkt es sich in diesem Rahmen deshalb auch aus, wenn nachträglich ein effektives Compliance-Management-System eingerichtet oder ein bereits bestehendes optimiert wurde.⁸² Wendet man wiederum die Zumessungskriterien des § 46 Abs. 2 StGB entsprechend an, gelangt man beim „Vorwurf, der den Täter trifft“ i.S.v. § 17 Abs. 3 S. 1 Var. 2 OWiG zu folgendem Ergebnis: Verfügt ein Unternehmen über effektive Compliance-Maßnahmen, ist dies Beleg für eine rechtstreuere Gesinnung i.S.v. § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB.

b) Bußgeldschärfung

Erfolgt die Einrichtung der Compliance-Maßnahmen lediglich pro forma, sind diese also nicht effektiv und dienen allein der Verschleierung, ist dies bei der Bemessung des Ahndungsanteils der Verbandsgeldbuße schärfend zu berücksichtigen, da hierin eine rechtsfeindliche Gesinnung zum Ausdruck kommt (entsprechend § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB).⁸³ Diese Gesinnung lässt sich aber auch ohne entsprechende Anwendung des § 46 Abs. 2 S. 2 Gruppe 2 Var. 1 als schärfendes Bemessungskriterium im Rahmen des „Vorwurfs, der den Täter trifft“ (§ 17 Abs. 3 S. 1 OWiG) anführen.⁸⁴

III. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich das Vorhandensein oder Fehlen effektiver Compliance-Maßnahmen bereits nach geltender Rechtslage auf die Strafzumessung bzw. Bußgeldbemessung auswirken kann; dogmatisch kann insoweit auf § 46 Abs. 1 und 2 StGB bzw. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG zurückgegriffen werden.

Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass sich auf der Ebene der Mitarbeiter sowie des Unternehmens nahezu dieselben Fragen stellen, jedoch mit fundamental anderer Bewertung: Während sich bei den Mitarbeitern – vom Sonderfall der für die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems verantwortlichen leitenden Mitarbeitern einmal abgesehen – das Vorliegen effektiver Compliance-Maßnahmen schärfend und deren Fehlen mildernd auswirkt, stellt es sich auf Ebene der Unternehmen genau umgekehrt dar. So ist bei diesen die Existenz oder nachträgliche Errichtung eines effektiven Compliance-Management-Systems bußgeldmindernd, deren Fehlen hingegen bußgeldschärfend zu berücksichtigen. All dies lässt sich mit den allgemeinen Regelungen aus § 46

⁷⁵ Reichling/Borgel, wistra 2022, 390 (391).

⁷⁶ So auch Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 32.

⁷⁷ Vgl. dazu bereits oben I. 2. b)

⁷⁸ Vgl. etwa Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 40; OLG Hamm BeckRS 1998, 1926.

⁷⁹ So auch Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 66.

⁸⁰ Vgl. Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 52; Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 58.

⁸¹ Vgl. Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 53; Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 77.

⁸² So auch Sackreuther (Fn. 21), § 17 Rn. 82.

⁸³ Ähnlich bereits oben unter II. 1. c).

⁸⁴ So auch Mitsch (Fn. 21), § 17 Rn. 63.

Abs. 1 und 2 StGB für die Strafzumessung bzw. § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG für die Bußgeldbemessung dogmatisch plausibilisieren.

Gleichwohl bleiben Unsicherheiten für den Rechtsanwender, einmal schon allein deshalb, weil manche der vorstehend behandelten Fragen nicht höchstrichterlich geklärt sind oder nicht einheitlich beantwortet werden. Im Übrigen – und darin ist *Meißner*⁸⁵ beizupflichten – besteht ein erhebliches Maß an Unklarheit über die weiteren Einzelheiten der Strafzumessungs- bzw. Bußgeldrelevanz von Criminal Compliance, wie etwa über folgende Fragen:

- Wann liegen effektive Compliance-Maßnahmen vor? Welche konkreten Maßnahmen werden also von einem Unternehmen verlangt, um in den Genuss der Bußgeldmilderung zu kommen und keine Bußgeldschärfung zu riskieren?
- Wer beurteilt die Effektivität von Compliance-Maßnahmen?
- In welchem Ausmaß wird die Existenz bzw. das Fehlen effektiver Compliance-Maßnahmen mildernd bzw. schärfend berücksichtigt?

Die praktische Bedeutung dieser Fragen kann nicht hoch genug eingeschätzt werden, insbesondere dürfte den beiden erstgenannten Fragen überaus weitreichende Auswirkungen für das Wirtschaftsleben zukommen. Denn Unternehmen dürften schon unter ökonomischen Aspekten ein Interesse daran haben, ihre Compliance-Management-Systeme so auszugestalten, dass bei Begehung von unternehmensbezogenen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten durch ihre Mitarbeiter etwaige Verbandsgeldbußen möglichst milde ausfallen und eine Bußgeldschärfung vermieden wird.

Angesichts dessen sollte der Gesetzgeber die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung freigelegten Grundsätze im Gesetz niederschreiben sowie die soeben weiterführend aufgeworfenen Fragen einer gesetzlichen Lösung zuführen. In die richtige Richtung ging daher der – letztlich gescheiterte⁸⁶ – Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes als Bestandteil des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, der in § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 explizit die Berücksichtigung von vor und nach der Verbandstat getroffenen Compliance-Maßnahmen bei der Verbandssanktionierung vorsah.⁸⁷

⁸⁵ Vgl. dazu bereits oben unter II. 2. a) bb).

⁸⁶ Ausführlich dazu etwa *Baur/Holle*, ZRP 2022, 18.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 15.

Non-conviction-based confiscation in Deutschland, Österreich und der Schweiz

Ein Drei-Länder-Benchmark im Lichte der Richtlinie (EU) 2024/1260

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

Kriminell erworbene Vermögenswerte stellen Ermittlungs- und Justizbehörden in Deutschland, Österreich und der Schweiz vor dieselbe paradoxe Aufgabe: Sie sollen rasch entzogen werden, obwohl eine strafrechtliche Verurteilung häufig an prozessualen Hürden oder transnationalen Verlagerungen scheitert. Die EU hat auf dieses Vollzugsdefizit mit der Richtlinie (EU) 2024/1260 reagiert, die eine Pflicht zur vorläufigen Sicherstellung binnen 24 Stunden und ein nicht-verurteilungsbasiertes Einziehungsregime („Non-conviction-based confiscation“, NCBC) einführt. Der Beitrag untersucht erstmals vergleichend, inwieweit § 76a Abs. 4 dStGB, § 20b öStGB und das Schweizer Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen 2015 (SRVG) die neuen Mindeststandards bereits erfüllen oder nachjustiert werden müssen. Das zentrale Ergebnis lautet: Während Deutschland und Österreich die materiellen Voraussetzungen der Richtlinie im Grundsatz abdecken, bestehen Defizite bei den Rechtsbehelfen und bei der richterlichen Vermögensherkunftsvermutung; das Schweizer SRVG kollidiert aufgrund seiner Beweislastumkehr offen mit Art. 18 f. der Richtlinie. Daraus leitet der Aufsatz Reformempfehlungen ab, die von der Harmonisierung der Garantien bis zur Einrichtung trilateraler Asset-Recovery-Teams reichen.

I. Einleitung

Das Schlagwort „Vermögen unklarer Herkunft“ ist längst kein journalistisches Alarm-Label mehr, sondern ein harter Befund der Finanzaufsicht. Das Büro der Vereinten Nationen für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (UNODC) schätzt, dass jährlich zwischen zwei und fünf Prozent des weltweiten Bruttoinlandsprodukts¹, was sich in 2024 auf 111,3 Billionen USD² belief, in den legalen Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden. Das sind 715 Milliarden bis 1,87 Billionen Euro pro Jahr. In Deutschland wurde der Umfang auf einen Betrag von rund 100 Milliarden Euro pro Jahr geschätzt.³ Diese Gelder werden selten unmittelbar nach der Grundtat gesichert; sie wandern in Bargeldtransporten, Krypto-Wallets oder Immobilienportfolios und entziehen sich so einer verur-

teilungsbasierten Abschöpfung.⁴ Genau hier setzt der moderne Gesetzgeber mit zwei komplementären Instrumenten an: dem klassischen Verfalls- bzw. Einziehungsmodell, das an eine strafrechtliche Verurteilung anknüpft, und dem der NCBC, das den Vermögenszugriff ermöglicht, obwohl – oder weil – eine Verurteilung nicht erreichbar ist.⁵

Deutschland hat 2017 mit § 76a Abs. 4 dStGB ein breit angelegtes NCBC-Regime eingeführt. Österreich kennt seit 1996 den erweiterten Verfall nach § 20b öStGB; die Schweiz schließlich regelt mit dem SRVG 2015 die Sperre und Einziehung von „Potentatengeldern“, wobei Art. 15 SRVG eine umstrittene Beweislastumkehr enthält.⁶ Die jetzt verabschiedete Richtlinie (EU) 2024/1260 bündelt diese Entwicklungen und setzt neue Mindeststandards, insbesondere einen richterlichen Test der Diskrepanz zwischen Vermögenszuwachs und legalem Einkommen (Art. 17 ARL) sowie strenge Verfahrensgarantien (Art. 18 f. ARL).

Vor diesem Hintergrund verfolgt der Aufsatz drei Leitfragen:

- Welche NCBC-Modelle existieren in Deutschland, Österreich und der Schweiz bereits, und wo unterscheiden sie sich strukturell?
- Welche Lücken oder Überdeckungen werden sichtbar, wenn man sie an den neuen Verpflichtungen der Richtlinie (namentlich an der 24-Stunden-Sicherstellungspflicht, dem Diskrepanztest und den Rechtsschutzkatalogen) misst?
- Welche Best-practice-Elemente lassen sich extrahieren, um eine unions- und verfassungsrechtlich saubere, zugleich effektive Vermögensabschöpfung bis zum Umsetzungsstichtag 1. Juni 2026 sicherzustellen?

Methodisch verbindet die Untersuchung eine rechtsdogmatische „Tiefenbohrung“ mit einem funktional-rechtsvergleichenden Ansatz. § 76a dStGB regelt die Voraussetzungen der selbständigen Einziehung. Nach Abs. 1 ordnet das Gericht die Einziehung oder Unbrauchbarmachung eigenständig an, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für die Maßnahme erfüllt sind, auch wenn keine bestimmte Person wegen einer Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann. Abs. 4 erweitert diesen Anwendungsbereich: Ein wegen des Verdachts einer in Satz 3 genannten Straftat sichergestellter Gegenstand sowie daraus erzielte Nutzungen sollen ebenfalls selbständig eingezogen werden, wenn der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat stammt, auch dann, wenn der von der Sicherstellung Betroffene nicht wegen der zugrunde liegenden Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann. Erforderlich ist dabei lediglich, dass der einzuziehende Gegenstand aus irgendeiner rechtswidrigen Handlung herrührt, wobei § 261

* Fabian Teichmann ist Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln, der Universität Kassel und der Universität Trier sowie Managing Partner einer Anwaltskanzlei.

¹ Europol, Bericht Kriminelle Finanzen und Geldwäsche, abgerufen unter

<https://www.europol.europa.eu/crime-areas/criminal-finances-and-money-laundering> (14.9.2025).

² Weltbank BIP aktuell, abgerufen unter

<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> (14.9.2025).

³ Bauckmann/Kracht/Koch, in: Weyland (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 11. Aufl. 2024, GwG Einleitung Rn. 2.

⁴ Teichmann, NZWiSt 2025, 102 (102 f.).

⁵ Beukelmann, NJW-Spezial 2019, 376 (376 f.).

⁶ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (208).

eine weite Auslegung erfährt. Unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise reicht es aus, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen dem Gegenstand und der rechtswidrigen Tat besteht.⁷ Hinzu tritt eine quantitative Auswertung einschlägiger Statistiken: Die deutsche FIU meldete 2021 bereits 298.507 Verdachtsmeldungen⁸ – eine Verzwanzigfachung binnen zehn Jahren⁹. In Österreich verzeichnete die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) 2023 einen deutlichen Anstieg von Sicherstellungsgesuchen,¹⁰ während fedpol/SECO-Schweiz im selben Zeitraum 5,8 Mrd. CHF eingefroren hat¹¹.

Der Beitrag gliedert sich wie folgt: Abschnitt II. stellt die Richtlinie (EU) 2024/1260 in ihren Entstehungs- und Kernbestimmungen vor. III., IV. und V. analysieren die Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz, jeweils mit Blick auf Stärken, Schwächen und Reformpfade. Abschnitt VI. führt die Ergebnisse in einem Länder-Benchmark zusammen und extrahiert best practices. Abschnitt VII. formuliert konkrete Reformempfehlungen und wagt einen Ausblick auf die Rolle transnationaler Asset-Recovery-Netzwerke ab 2026.

II. Die neue EU-Asset-Recovery-Richtlinie (ARL) 2024/1260 – Regelungsrahmen

Der Unionsgesetzgeber hat die bereits in der Asset Recovery Strategy 2020¹² skizzierte Linie konsequent fortgeschrieben und am 29. April 2024 die Richtlinie (EU) 2024/1260 über die Sicherstellung und Einziehung von Vermögensgegenständen verabschiedet. Sie ersetzt den Rahmenbeschluss 2005/212/JI und reagiert damit auf die Diagnose, dass „Vermögen unklarer Herkunft“ bislang zu selten gesichert und noch seltener endgültig abgeschöpft wird – in Deutschland etwa ran-

gierten die NCBC-Einziehungen 2022 auf rund 500 Millionen Euro, 2022 waren es laut Rückmeldungen der Justiz über 188 Mio. Euro, die eingezogen wurden.¹³

1. Entstehung und Zielsetzung

Ausgangspunkt war der Kommissionsvorschlag KOM (2022) 245¹⁴, der eine Harmonisierung der Vermögenssicherung, des erweiterten Verfalls und der nicht-verurteilungsbasierten Einziehung vorsah. Rat und Parlament haben den Entwurf im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zwar punktuell nachgeschärft, aber die zentrale Zielmarke unverändert gelassen: Kriminelle Gewinne sollen „schnell, umfassend und rechtsstaatlich belastbar“ in allen Mitgliedstaaten gesichert und dem legalen Wirtschaftskreislauf entzogen werden. Die Richtlinie verpflichtet deshalb zu einer 24-Stunden-Sicherstellung ab Gefahrenlage, führt einen Diskrepanztest nach Vorbild des § 20b Abs. 2 öStGB ein und schreibt ein Mindestniveau prozessualer Garantien fest. Die Stoßrichtung deckt sich mit der Analyse, dass klassische Verurteilungsmodelle an Anonymisierungstechniken und transnationalen Verschiebungen scheitern.¹⁵

2. Kernbestandteile

a) Pflicht zur raschen Sicherstellung (Art. 4, 8 ARL)

Ermittlungsbehörden müssen binnen 24 Stunden nach Bekanntwerden eines Sicherstellungsgrundes Vermögenswerte einfrieren; bei Kryptowerten genügt das Anhalten des Zugangs. Deutschland kennt eine solche Frist bislang nur rudimentär im Kontext von §§ 111 f. dStPO; Österreich und die Schweiz haben gar keine starre Vorgabe.

b) Erweitertes und nicht-verurteilungsbasiertes Einziehen (Art. 15–17 ARL)

Art. 15 ARL übernimmt das Modell der „extended confiscation“, Art. 16 ARL normiert ein NCBC-Regime, das an eine schwere Katalogtat und eine Vermögens-Einkommens-Diskrepanz anknüpft. Der Richter kann einziehen, wenn „es wesentlich wahrscheinlicher erscheint, dass der Gegenstand aus einer Straftat stammt“ – ein Standard, der dem deutschen § 76a Abs. 4 dStGB in der Praxis noch fehlt, weil dort weiter das volle Überzeugungsprinzip gilt.¹⁶

⁷ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 76a Rn. 7.

⁸ Jahresbericht der FIU 2021, S. 15, abrufbar unter: https://www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Pressemitteilungen/2022/z89_jahresbericht_fiu_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (14.9.2025).

⁹ Teichmann, NZWiSt 2025, 102 (104); vgl. Jahresbericht der FIU 2011, S. 8, abrufbar unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/FIU/Jahresberichte/fiuJahresbericht2011.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (14.9.2025).

¹⁰ Pressemitteilung der WKStA zum CASAG-Verfahrenskomplex v. 30.3.2023, 2023, abrufbar unter https://www.justiz.gv.at/wksta/wirtschafts-und-korruptionsstaatsanwaltschaft/medienstelle/pressemitteilungen/pressemitteilungen-2023/pressemitteilung-der-wirtschafts-und-korruptionsstaatsanwaltschaft-%28wksta%29-zum-casag-verfahrenskomplex-vom-30-maerz-2023.c08.de.html?utm_source=.com (18.7.2025).

¹¹ Der Bundesrat, Bund schließt 2023 mit einem Finanzierungsdefizit von 1,4 Milliarden Franken ab, 2024, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=100037> (18.7.2025).

¹² EU-Kommission begrüßt Einigung, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_6533 (14.9.2025).

¹³ LTO v. 14.1.2025, www.lto.de/persistent/a_id/56327 (18.7.2025); FIU-Bericht 2022, S. 21, abrufbar unter https://www.zoll.de/SharedDocs/Downloads/DE/Links-fuer-Inhaltseiten/Fachthemen/FIU/fiu_jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (14.9.2025).

¹⁴ European Union, Document 52022PC0245 – COM (2022) 245: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Abschöpfung und Einziehung von Vermögenswerten, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52022PC0245> (18.7.2025).

¹⁵ Beukelmann, NJW-Spezial 2019, 376 (376 f.).

¹⁶ Langlitz/Scheinfeld, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 437 Rn. 15.

c) *Verfahrensgarantien (Art. 18–19 ARL)*

Die Richtlinie verankert u.a. richterliche Kontrolle, Informations- und Anhörungsrechte der Betroffenen, die Pflicht zur schriftlichen Begründung und ein effektives Rechtsmittel. Diese Schutzmechanismen adressieren die verfassungs- und EMRK-Bedenken, die gegen die Schweizer Beweislastumkehr des Art. 15 SRVG ins Feld geführt werden.¹⁷ Deutschland und Österreich müssen insbesondere ihre Beschwerde- und Entschädigungstatbestände anpassen.

3. *Timing und Umsetzungsverpflichtung*

Die Richtlinie ist am 11. Juni 2024 in Kraft getreten; Art. 26 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Vorschriften spätestens bis 11. Juni 2026 in nationales Recht zu transformieren. Bis dahin müssen nicht nur Fachgesetze, sondern auch Strafprozessordnungen und FIU-Abläufe angepasst werden. Eine Evaluierung durch die Kommission ist für 2029 vorgesehen.

4. *Ausstrahlungswirkung auf die Schweiz*

Die Schweiz ist zwar kein Mitglied der EU, aber als Schengen-assoziierter Staat und wichtiger Finanzplatz direkt betroffen. Erstens sieht Art. 24 ARL eine gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen vor, die künftig über das Vermögensrückgewinnungsbüro fedpol laufen soll. Zweitens strebt die Schweiz einen langfristigen Zugang zum Binnenmarkt an, weshalb die Übernahme der ARL-Standards – ähnlich wie schon bei der AML-Verordnung – vorteilhaft sein dürfte. Drittens erhöhen die neuen Verfahrensgarantien den Druck, die umstrittene Beweislastumkehr des SRVG zu revidieren, um Exequatur-Konflikte zu vermeiden. Die Richtlinie wirkt damit de-facto harmonisierend weit über die EU-Grenzen hinaus, was den Bedarf an trilateralen Asset-Recovery-Teams zwischen BKA, WKStA und fedpol zusätzlich unterstreicht.

III. Bestehende NCBC-Modelle in Deutschland, Österreich und der Schweiz – ein funktionaler Vergleich

1. *Deutschland – § 76a dStGB und das „selbständige Einziehungsverfahren“*

Die Reform 2017 hat § 76a dStGB als zentrales NCBC-Instrument positioniert. Abs. 1–3 erlauben die Einziehung, wenn wegen prozessualer Hindernisse keine bestimmte Person verfolgt/verurteilt werden kann; Abs. 4 erweitert dies auf einen Katalog schwerer Kriminalität (Terrorismus, Banden-Steuerhinterziehung u.a.) und knüpft allein an das Herrühren des Gegenstands aus irgendeiner rechtswidrigen Tat an. Das Eigentum geht mit Rechtskraft unmittelbar auf den Staat über (Abs. 4 S. 2).

Die Praxis bleibt indes zurückhaltend: 2022 erfasste die FIU zwar 337.186 Geldwäscheverdachtsmeldungen, doch lag der Anteil der NCBC-Einziehungen an sämtlichen Vermögensabschöpfungen weiterhin unter 1 %.¹⁸ Ursache sind hohe

Beweis- und Dokumentationsanforderungen; § 437 dStPO ermöglicht zwar eine Indizienwürdigung (Missverhältnis Vermögen/Einkommen), verhält sich aber schweigend zur Beweislast. Die Rechtsprechung verlangt volle richterliche Überzeugung nach § 261 dStPO – ein Standard, den der BGH trotz verfassungsrechtlicher Vorlagen 2021 ausdrücklich bestätigt hat.¹⁹ Damit ist das deutsche Modell im EU-Vergleich prozessual restriktiv.

2. *Österreich – erweiterter Verfall nach § 20b öStGB*

Österreich differenziert seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1996 zwischen zwei NCBC-Konstellationen:

- Abs. 1 ermöglicht den Verfall aller Vermögenswerte, die unter der Verfügungsmacht einer kriminellen oder terroristischen Organisation stehen – eine unwiderlegliche Vermutung rechtswidriger Herkunft. Die Einziehung kann völlig losgelöst vom Strafverfahren gegen konkrete Personen erfolgen; bereits tatsächliche Verfügungsmacht genügt.²⁰
- Abs. 2 („Zusammenhangsverfall“) knüpft an eine Verbrechenstat und einen zeitlichen Vermögenszuwachs an. Liegt ein eklatantes Missverhältnis zwischen legitimen Einkünften und Vermögensaufbau vor, kehrt sich die Beweislast um: Der Betroffene muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtmäßige Herkunft plausibilisieren.²¹ Kritik entzündet sich an dieser Verdachts-Konfiskation, weil sie § 6 EMRK-Standards unterlaufe; der VfGH hat die Regelung jedoch 2020 gehalten und sie als zulässige „vermögensordnende Maßnahme präventiven Charakters“ qualifiziert.²²

Statistisch gesehen wird der erweiterte Verfall selten angeordnet: 2020 ergingen nur fünf, in 2021 zehn Entscheidungen.²³ Gleichwohl zeichnet sich das österreichische Modell durch maximale Flexibilität und eine ausdrücklich normierte Beweislastumkehr aus – Eigenschaften, die die ARL 2024 nun unionsweit einführen.

3. *Schweiz – SRVG 2015 und Art. 70/71 schwStGB*

Neben der klassischen Einziehung nach Art. 70 schwStGB hat die Schweiz mit dem SRVG ein einzigartiges NCBC-Regime.

https://www.zoll.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Jahresbilanzen/2023/z54_fiu_jahresbericht.html (20.7.2025).

¹⁹ Langlitz/Scheinfeld (Fn. 16), § 437 Rn. 15 f.

²⁰ Schmidhuber, Konfiskation, Verfall und Einziehung, 2016, S. 171 f.

²¹ Fuchs/Tipold, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2025, § 20b Rn. 35.

²² VfGH G 154/2015.

²³ Bundesministerium für Inneres (Hrsg.), Sicherheitsbericht 2022, S. 139 (abrufbar unter:

https://www.justiz.gv.at/file/2c94848525f84a630132fdbd2cc85c91.de.0/A_SiB_2022_BMJ_Endfassung.pdf?forcedownload=true).

¹⁷ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211 f.).

¹⁸ Zoll, Die Financial Intelligence Unit veröffentlicht ihren Jahresbericht 2022, 2023, abrufbar unter

Art. 3 SRVG erlaubt es dem Bundesrat, Vermögenswerte politisch exponierter Personen präventiv zu sperren, wenn ein Machtverlust im Herkunftsstaat droht und ein notorisch hoher Korruptionsgrad vorliegt. Art. 15 SRVG enthält eine gesetzliche Vermutung unrechtmäßigen Erwerbs, sobald ein außergewöhnlicher Vermögenszuwachs und hohe Korruption zusammenfallen; umkehrbar nur durch Nachweis rechtmäßiger Herkunft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit. Die Sperre kann bis zu zehn Jahre dauern (Art. 6 SRVG).

Die Maßnahme ist hochwirksam – 2022 waren rund 7,5 Mrd. CHF blockiert²⁴ –, löst aber erhebliche menschenrechtliche Bedenken aus. Insbesondere ist zu kritisieren, dass es faktisch zu „Verdachtstrafen“ kommt, die gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK verstoßen, weil sie Schuldvermutungen ohne Anklage zulassen.²⁵ Zugleich fehlt ein Richtertitel; politischer Druck substituiert gerichtliche Kontrolle. Damit steht das Schweizer Modell quer zu den Verfahrensgarantien der neuen ARL und wird wohl im künftigen Binnenmarktpaket nachgebessert werden müssen.²⁶

4. Zwischenergebnis und Benchmark

Deutschland bietet die größte Rechtssicherheit, erzielt aber geringste Wirkungsgrade. Österreich balanciert Prävention und Grundrechtsschutz; die Schweiz maximiert Abschöpfung, riskiert jedoch EMRK-Konflikte (siehe unten *Schaubild 1*).

Im Licht der Richtlinie 2024/1260 zeichnen sich Reformpfade ab:

- Deutschland muss den Probabilitäts-Standard der ARL übernehmen, um Ermittlungen zu beschleunigen.
- Österreich wird Verfahrensrechte (Anhörung, richterliche 24-h-Kontrolle) nachschärfen müssen.
- Die Schweiz steht vor der Wahl, das SRVG gerichtsfest zu gestalten oder Harmonisierungskosten in den EU-Verhandlungen zu akzeptieren.

Diese Befunde bilden die Grundlage für die nachfolgenden Gap-Analyse (IV.) und die Ableitung eines gemeinsamen Best-practice-Rahmens (V.).

²⁴ <https://www.emek.admin.ch/de/nsb?id=104687> (14.9.2025); <https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/sanktionen-gegen-russland-luxusautos-flugzeuge-kunstwerke-74-milliarden-franken-russische-vermoegen-sind-in-der-schweiz-eingefroren-ld.2754799> (14.9.2025).

²⁵ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211); Tages-Anzeiger v. 1.12.2022, Russische Vermögen in Höhe von 7,5 Milliarden Franken gesperrt, 2022, abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/russische-vermoegen-in-hoehe-von-7-5-milliarden-franken-gesperrt-432571250124> (25.4.2025).

²⁶ Teichmann, ZfIStw 6/2023, 377 (382).

IV. Verpflichtungen aus der ARL 2024/1260 und ihr Umsetzungsstand in Deutschland, Österreich und der Schweiz – eine Gap-Analyse

Die neue ARL setzt ein harmonisiertes Mindestniveau für Sicherstellung, Einziehung und Vermögensverwaltung. Art. 31 ARL verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Vorgaben binnen zwei Jahren in nationales Recht zu überführen; zentrale Materien wirken bereits unmittelbar auf anhängige Verfahren (Art. 33 Abs. 2 ARL). Eine Gegenüberstellung identifiziert konzeptionelle Lücken, Teil-Konvergenzen und Übererfüllung in den drei deutschsprachigen Rechtsordnungen (siehe unten *Schaubild 2*).

In Deutschland liegt der Normenvollzug der Asset-Recovery-Richtlinie – materiell betrachtet – bereits weitgehend auf Linie: § 76a Abs. 4 dStGB eröffnet seit 2017 die selbstständige Einziehung ohne Verurteilung und erfasst inhaltlich den Pflichtkatalog der Richtlinie. Dennoch verhindern prozedurale Hürden eine echte Richtlinienkonformität. Erstens verlangt der deutsche Gesetzgeber für die Einziehung den vollen Strafprozess-Beweismaßstab richterlicher Gewissheit (§ 261 dStPO); die ARL begnügt sich mit einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ der deliktischen Herkunft. Das Bundesverfassungsgericht hat die hohe Schwelle zuletzt bestätigt und damit die unionsrechtlich geforderte Absenkung ausdrücklich offengelassen.²⁷ Zweitens fehlt eine zwingende richterliche Kontrolle binnen 24 Stunden. § 98 Abs. 2 dStPO sieht für Beschlagnahmen eine Frist von drei Tagen vor; für eine fristgerechte Umsetzung wäre sowohl eine Novellierung dieser Vorschrift als auch die flächendeckende Einrichtung eines strafprozessualen Bereitschaftsrichters erforderlich. Drittens verlangt Art. 21 ARL spezialisierte Vermögensverwaltungsstellen. Die gegenwärtige Aufteilung auf 16 Landesjustizkassen verhindert Effizienz und Transparenz; zielführend wäre eine kooperative Bundes-Land-Agentur nach dem Vorbild der europäischen Asset-Management-Offices.

Österreich geht materiell sogar leicht über die Richtlinie hinaus: Der erweiterte Verfall (§ 20b Abs. 1, 2 öStGB) erfüllt die Anforderungen an NCBC und die Einhaltung einer 48-Stunden-Kontrolle (§ 114 Abs. 1 öStPO) übertrifft bereits das unionsrechtliche Mindestniveau. Defizite zeigen sich indes bei der Opferperspektive und der Infrastruktur. Die Richtlinie verpflichtet zur proaktiven Identifizierung und Rückgabe an individuelle Geschädigte (Art. 22 ARL); nach geltendem Recht werden Opferansprüche jedoch erst nachrangig berücksichtigt, sofern sie eigene Schritte unternehmen. Ferner existiert keine ständige Asset Recovery Agency: Vermögenswerte werden ad hoc von Masseverwaltern oder Treuhändern verwaltet. Die WKStA fordert daher seit 2022 die Einrichtung einer bundesweiten Fachbehörde, um Sicherstellungs- und Verwertungsprozesse zu professionalisieren.

Die Schweiz ist als Nicht-EU-Mitglied zwar nicht umsetzungspflichtig, muss die Richtlinie aber de facto beachten, sofern sie gleichwertige Rahmenbedingungen („level playing field“) vorweisen möchte. Die Analyse zeigt ein gemischtes Bild. Das SRVG geht materiell über die ARL hinaus, da es eine Beweislastumkehr und eine politische Anknüpfung vor-

²⁷ Langlitz/Scheinfeld (Fn. 16), § 437 Rn. 15.

sieht. Gleichzeitig unterschreitet das Verfahren jedoch die unionsrechtlichen Garantien: eine richterliche Kontrolle innerhalb von 24 Stunden existiert nicht und Rechtsbehelfe gegen Sperrentscheidungen unterliegen langen Fristen. Positiv fällt die bereits operative, ressortübergreifende Vermögensverwaltungs-Task-Force (fedpol/SECO) ins Gewicht, welche die Anforderungen des Art. 21 ARL faktisch sogar übererfüllt.

Synthetisch lassen sich damit drei Defizittypen konstatieren: Erstens dominieren prozessuale Versäumnisse in Deutschland (Beweisstandard, richterliche Fristen) und in der Schweiz (unverzügliche richterliche Kontrolle, effektiver Rechtsschutz). Zweitens treten institutionelle Lücken bei der Vermögensverwaltung in Deutschland und Österreich hervor. Drittens zeigen Österreich und die Schweiz materielle Übererfüllung durch eine weitgehende Beweislastumkehr, die mit Art. 18 ARL – Unschuldsvermutung und Verfahrensfairness – kollidiert und europarechtliche Nachjustierungen erzwingen könnte. Die folgenden Abschnitte entwickeln hierauf aufbauend konkrete Reformvorschläge (V.) sowie ein Best-practice-Modell (VI.), das zeitgleich ARL-Compliance und rechtsstaatliche Balance sicherstellt.

V. Reformbedarf und Handlungsempfehlungen

Deutschland, Österreich und die Schweiz stehen vor unterschiedlichen, aber miteinander verflochtenen Modernisierungsaufgaben, wenn die Vorgaben der ARL tatsächlich wirksam, praxistauglich und zugleich grundrechtsschonend umgesetzt werden sollen. Die folgenden Vorschläge bauen direkt auf den zuvor herausgearbeiteten Defiziten auf und kombinieren rechtsdogmatische, organisatorische und verfahrenspraktische Maßnahmen.

1. Deutschland – präziser, schneller, zentraler

Die konsequente Anwendung des Strafprozessparadigmas richterlicher Gewissheit (§ 261 dStPO) in § 76a dStGB führt in der Praxis zu niedrigen Fallzahlen, obwohl Vermögen unklarer Herkunft evident ist. Um die ARL-Schwelle der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ zu erreichen, sollte § 76a Abs. 4 dStGB um einen ausdrücklichen Hinweis ergänzt werden, dass bei selbstständiger Einziehung der zivilprozessuale Beweisgrad genügt. Ein solcher Eingriff wahrte das Rückwirkungsverbot, weil nicht die Tatbestands-, sondern die Beweisregel modifiziert würde.²⁸

§ 98 Abs. 2 dStPO ist auf 24 Stunden zu verkürzen; flankierend braucht es mittel- und langfristig ein digitales Bereitschaftsrichtersystem nach dem Vorbild der einstweiligen Freiheitsentziehung. Dies erfordert Bundes- und Landesinvestitionen in Justiz-IT, verhindert aber rechtsstaatswidrige „Wochenend-Lücken“ bei Vermögensmaßnahmen.²⁹

Die 16 Landesjustizkassen verwalten aktuell mehr als 90 % der eingezogenen Werte; Schnittstellen- und Effizienzverluste sind die Folge. Ein kooperativer Bundes-Länder-Verwaltungsverbund mit operativer Einheitlichkeit (ähnlich der Zoll-FIU) könnte als „Deutsches Asset Management Office (DAMO)“ gegründet werden. Das Modell ließe die

Kompetenzordnung unberührt, bündelte aber Fachwissen und ermöglichte eine einheitliche Datenbank für Sicherstellung, Verwaltung und Verwertung.

2. Österreich – Opferzentrierung und Professionalität

Art. 22 ARL sieht die proaktive Feststellung und Entschädigung Geschädigter vor. § 20a öStGB sollte daher um eine Ermittlungs- und Informationspflicht der Strafbehörden ergänzt werden, flankiert von einem Anspruch Geschädigter auf Akteneinsicht in Sicherstellungsakten. Der Zugang zum Verfallswert wird so von der Initiative des Opfers entkoppelt.³⁰

Der WKStA-Vorschlag, eine spezialisierte Stelle für Identifizierung, Verwaltung und Verwertung einzurichten, ist aufzunehmen. Die Agentur könnte zunächst als Organisationseinheit des Bundesministeriums für Justiz starten und Schritt für Schritt operative Aufgaben von Masseverwaltern übernehmen.³¹

In Fällen großvolumiger Korruption fehlt eine gesetzliche Grundlage für kollektive Rückgaben an Staaten oder Bevölkerungsgruppen. Ein neuer § 20e öStGB sollte – nach Schweizer Vorbild – die Möglichkeit eröffnen, Mittel über Fonds-Modelle zweckgebunden auszukehren.

3. Schweiz – Verfahrensgarantien angleichen, SRVG nachjustieren

Sperrungen nach Art. 3 SRVG sind bislang reine Verwaltungsakte; eine zwingende Bestätigung durch das Bundesstrafgericht binnen 24 Stunden würde die internationale Vollstreckungsfähigkeit erhöhen und EU-Kollisionen vermeiden.³²

Die Vermutung des Art. 15 SRVG („außerordentlicher Vermögensanstieg + notorische Korruption“) schießt über Art. 18 ARL hinaus. Eine Reform sollte die Umkehrregel auf Fälle gerichtsfester Vorermittlungen begrenzen; subsidiär käme ein abgestuftes Modell in Betracht, bei dem der Staat nur dann profitiert, wenn der Betroffene trotz Mitwirkungspflicht keine nachvollziehbare Erklärung liefert.

Die schweizerische Task-Force fedpol/SECO verfügt bereits über Know-how im Vermögensmanagement. Ein jährlicher öffentlicher Bericht analog zur deutschen FIU-Statistik würde Legitimität schaffen und den EU-Dialog über „gleichwertige Rahmenbedingungen“ erleichtern.

4. Europäische Schrittmacherrolle nutzen

Die künftige EU-Kommission wird in Ausführung der ARL Delegierte Rechtsakte erlassen, um Mindeststandards für Verwahrung, Bewertung und Verwertung („asset life-cycle“) festzulegen. Die D-A-CH-Staaten sollten in einer trinationalen Expertengruppe eigene Standards bündeln und in den Komitologie-Prozess einbringen. Synergieeffekte bieten sich namentlich bei (1) interoperablen Vermögensregister-Schnitt-

²⁸ Schumann, NZWiSt 2018, 441 (444).

³¹ WKStA-Empfehlung 2022, S. 5 f., abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/wksta/wirtschafts-und-korruptionsstaatsanwaltschaft.312.de.html> (14.9.2025).

³² Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (210).

²⁸ Beukelmann, NJW-Spezial 2019, 376 (377).

²⁹ Langlitz/Scheinfeld (Fn. 16), § 437 Rn. 15.

stellen, (2) gemeinsamen Schulungsprogrammen für Richter und Staatsanwälte sowie (3) gegenseitiger Amtshilfe bei komplexen Auslandsverfahren.

Die vorgeschlagenen Maßnahmen ermöglichen eine Harmonisierung, die nicht auf Kosten der Unschuldsvermutung geht, gleichzeitig aber die Ertragseinziehung deutlich effektiver gestaltet. Im Ergebnis würde ein gestärkter „D-A-CH-Cluster“ die unionsweite Umsetzung der ARL substantiell vorantreiben und zugleich Vorreiter im globalen Kampf gegen Vermögen unklarer Herkunft.

VI. Ein „Balanced Asset Recovery Model“ (BARM) für den D-A-CH-Raum

Das in den Abschnitten II.–V. identifizierte Spannungsfeld zwischen Effektivität der Vermögensabschöpfung und rechtsstaatlicher Sicherung legt die Entwicklung eines einheitlichen, ausbaufähigen Referenzrahmens nahe. Das vorgeschlagene BARM verbindet die materiell-rechtlichen Mindeststandards der ARL 2024/1260 mit prozeduralen Garantien, die auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des EGMR und der nationalen Höchstgerichte basieren. Sein modularer Aufbau ermöglicht es, föderale und staatsvertragliche Besonderheiten ebenso zu berücksichtigen wie künftige unionsrechtliche Delegierte Rechtsakte.

1. Kernprinzipien

Nachfolgend werden die Kernprinzipien dargestellt:

a) Verhältnismäßige Beweislast

Für Non-conviction-Maßnahmen ist der Zivilbeweisgrad („überwiegende Wahrscheinlichkeit“) maßgeblich; eine strafprozessuale „volle Überzeugung“ bleibt jenen Einziehungen vorbehalten, die unmittelbar an eine Verurteilung anschließen. Das Modell übernimmt damit den dualen Standard, den die ARL in Art. 16 Abs. 1 etabliert und den die deutsche Dogmatik bislang ablehnt.³³

b) 24-Stunden-Judicial-Review

Jede Sicherstellung oder vorläufige Einziehung ist binnen 24 Stunden gerichtlich zu bestätigen – elektronisch, mit Kurzbegründung und automatisierter Fristkontrolle. Die Kehrseite der prozessualen Beschleunigung ist eine erweiterte richterliche Nachprüfung nach 90 Tagen, um Dauermaßnahmen zu verifizieren.

c) Zentralisiertes Vermögensmanagement

Ein D-A-CH-Verwaltungsnetzwerk („Asset hub“) führt ein einheitliches Register für sichergestellte und eingezogene Werte, verwaltet diese nach betriebswirtschaftlichen Kriterien und publiziert jährliche Transparenzberichte. Die operative Zuständigkeit liegt national; eine gemeinsame IT-Plattform garantiert aber Interoperabilität und erleichtert grenzüberschreitende Vollstreckung.

d) Opfer-first-approach

Die Rückführung von illicit assets priorisiert Geschädigte: Die Behörden prüfen von Amts wegen, ob Individual- oder Kollektiventschädigungen möglich sind, und veröffentlichen Fristen für Ansprüche. Dies operationalisiert Art. 22 ARL, den das österreichische Recht bislang nur randständig umsetzt.³⁴

2. Institutionelle Architektur

Zur institutionellen Architektur siehe unten *Schaubild 3*.

3. Verfahrensablauf (life-cycle)

Es ist folgender Verfahrensablauf zu berücksichtigen:

- *Detection* – Verdachtsmeldung an FIU/MROS; automatische Risiko-Scorings priorisieren Fälle.
- *Freezing (24 h)* – Staatsanwaltschaft ordnet Sicherstellung an; Gericht bestätigt binnen Frist.
- *Asset Hub Entry* – Digitales Register erfasst Wert, Eigentümer, Rechtsgrund, Fristen.
- *Investigation (≤ 90 Tage)* – Parallelverfahren klärt Herkunft; Opferidentifikation läuft an.
- *Decision*
 - a) *Verurteilung* – klassische Einziehung (§ 73 ff. dStGB/§ 19a ÖStGB).
 - b) *Non-conviction* – BARM-Einziehung bei überwiegender Wahrscheinlichkeit.
- *Verurteilung* – klassische Einziehung (§ 73 ff. dStGB/§ 19a ÖStGB).
- *Non-conviction* – BARM-Einziehung bei überwiegender Wahrscheinlichkeit.
- *Management* – Asset-Manager wählt Erhalt, Nutzung oder Verwertung; Erlös fließt in Entschädigungsfonds, Rest an den Fiskus.
- *Review/Reporting* – Jahresbericht mit Kennzahlen, Erfolgsquote, Rückgaben.

4. Rechtsstaatliche „Safeguards“

Folgende rechtsstaatliche „Safeguards“ sind zu berücksichtigen:

- *Double-hurdle-test*: Eine Non-conviction-Einziehung setzt (1) einen Katalogtatverdacht i.S.v. Art. 15 ARL und (2) eine plausible Nichtübereinstimmung des Vermögens voraus. Damit wird die Gefahr einer pauschalen Vermögensabschöpfung, wie sie das SRVG verursacht, begrenzt.³⁵
- *Contestation windows*: Betroffene können jederzeit binnen 15 Tagen seit Kenntnisnahme die gerichtliche Überprüfung beantragen; bei Ablehnung steht ihnen eine Berufung binnen weiterer 15 Tage offen.
- *Proportionality override*: Ist der Eingriff in das Eigentum offensichtlich außer Verhältnis zum verfolgten Zweck, hat das Gericht die Einziehung ganz oder teilweise aufzuheben – ein Gedanke, den das österreichische Recht be-

³³ Langlitz/Scheinfeld (Fn. 16), § 437 Rn. 15.

³⁴ Schumann, NZWiSt 2018, 441 (444).

³⁵ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

reits bei der Konfiskation (§ 19a Abs. 3 ÖStGB) kennt und den BARM generalisiert.

Mit dem Balanced Asset Recovery Model liegt damit ein konsistenter, rechtsvergleichend validierter Blueprint vor, der die fragmentierten D-A-CH-Strukturen zu einem leistungsfähigen System verbindet. Seine Umsetzung würde es ermöglichen, kriminelle Vermögenswerte schneller zu sichern, effizienter zu verwalten und zugleich den rechtsstaatlichen Mindestgarantien, die Europäische Union und Europarat gleichermaßen fordern, substanziell Rechnung zu tragen.

VII. Fazit und Ausblick

Vermögen unklarer Herkunft stellt in Deutschland, Österreich und der Schweiz ein persistentes Risiko für die Integrität der Märkte dar. Die statistisch greifbaren Gewinne krimineller Ökonomien – für Deutschland rund 100 Mrd. € p.a., für Österreich ca. 15 Mrd. € und für die Schweiz zwischen 12 und 21 Mrd. CHF – übersteigen bei Weitem die jährlichen Abschöpfungsvolumina der Strafjustiz. Damit bleibt das politisch formulierte Ziel, Straftaten dürften sich „nicht lohnen“, weitgehend unerreicht.³⁶

Die neue ARL setzt hier einen paradigmatischen Impuls: Sie verlagert den Schwerpunkt von der post-deliktischen Bestrafung hin zur frühzeitigen Sicherung und treuhänderischen Verwaltung von Vermögenswerten. Unsere Analyse zeigt jedoch, dass die Umsetzung in den drei Rechtsordnungen durch unterschiedliche Defizitprofile gebremst wird. Deutschland verfügt zwar über einen materiell-rechtlichen Vollkatalog (§ 76a dStGB), scheitert aber an einem zu hohen Beweismaßstab und unzureichender richterlicher Eilkontrolle.³⁷ Österreich hingegen erfüllt die materiellen Anforderungen bereits durch den erweiterten Verfall nach § 20b öStGB, lässt aber Opferrechte und Asset-Management-Strukturen weitgehend unbeachtet.³⁸ Die Schweiz schießt mit dem SRVG über das Ziel hinaus, indem sie eine faktische Beweislastumkehr formuliert, verletzt damit EMRK-Standards und riskiert Konflikte mit künftigen Vollstreckungsersuchen der EU.³⁹

Das vorgeschlagene BARM antwortet auf diese Heterogenität, indem es einen einheitlichen Verfahrensrahmen mit modularen Komponenten anbietet: einen gestuften Beweisstandard, einen 24-Stunden-judicial-review, ein grenzüberschreitendes Asset-hub-Register und einen Opfer-first-Ansatz. Damit schlägt BARM eine Brücke zwischen den unionsrechtlichen Mindestvorgaben (Art. 15–22 ARL) und den verfassungsrechtlichen Anforderungen der D-A-CH-Staaten.

Erstens wird ein zeitgemäßes Verständnis des Schuldprinzips erforderlich: Nicht jede Vermögenseinziehung verlangt den klassischen Strafbeweis, wohl aber ein transparentes, zweistufiges Kontrollregime. Zweitens verdeutlicht der Vergleich, dass föderale Strukturen kein Hindernis, sondern einen Katalysator für kooperative Agenturlösungen bilden

können, sofern gemeinsame IT-Standards existieren. Drittens rückt die Opferperspektive in den Mittelpunkt: Rückgabeprogramme stärken die Legitimität der Abschöpfung und reduzieren fiskalische Fehlanreize, die in der Kritik am schweizerischen SRVG besonders plastisch wurden.⁴⁰

Die zentrale Botschaft bleibt: Effektive Vermögensabschöpfung und rechtsstaatliche Balance sind keine Gegenpole, sondern konditionieren einander. Gelingt es, die durch die ARL angestoßene Harmonisierung mit den in BARM verdichteten Schutzmechanismen zu koppeln, könnte der D-A-CH-Raum zum Referenzmodell für eine faire, schnelle und opferorientierte Asset Recovery in Europa werden – und die eingangs skizzierten milliarden schweren Schattengewinne nachhaltig eindämmen.

³⁶ Teichmann, NZWiSt 2025, 102.

³⁷ Langlitz/Scheinfeld (Fn. 16), § 437 Rn. 15.

³⁸ Schumann, NZWiSt 2018, 441 (443 f.).

³⁹ Teichmann, NZWiSt 2023, 207 (211).

⁴⁰ Beukelmann, NJW-Spezial 2019, 376 (377).

Schaubild 1

Dimension	Deutschland	Österreich	Schweiz
Tat-Anknüpfung	Katalog NCBC, aber volle richterliche Überzeugung	Verfüugungsmacht (Abs. 1) oder zeitliche Diskrepanz (Abs. 2)	Machtverlust + Korruptionstatbestand
Beweislast	Staat (Indiz-Erleichterung)	Teilweise Beweislastumkehr	Klare Beweislastumkehr
Richterliche Kontrolle	Ja (Einziehungsbeschluss)	Ja	Nein (Bundesratsentscheid)
Verfahrensgarantien	Beschwerde, § 459g dStPO	Rechtsmittel gegen Verfall	Verwaltungsgerichtsbeschwerde begrenzt
Effektivität (Entscheidungen 2021)	< 1 % aller Einziehungen	5 Verfallsentscheidungen	~7 Mrd. CHF gesperrt

Schaubild 2

–: konzeptionelle Lücken
 ≈: Teil-Konvergenzen
 +: Übererfüllung

ARL-Pflicht	Deutschland	Österreich	Schweiz
(1) Pflicht-Sicherstellung binnen 24 h nach Tatverdacht (Art. 7 Abs. 1)	≈ Staatsanwaltschaft kann Beschlagnahme gem. §§ 94 ff., 111b dStPO anordnen, richterliche Bestätigung erst nach drei Tagen (§ 98 Abs. 2 dStPO) – Beschleunigung nötig.	≈ § 110 Abs. 1 Nr. 3 öStPO i.V.m. § 115 öStPO kennt Frist von 48 h (richterliche Genehmigung) – moderate Anpassung.	– Art. 263 ff. schwStPO kennt keine feste Frist, Anordnung durch Staatsanwalt oder Zwangsmassnahmengericht innert „angemessener Zeit“.
(2) Erweitertes Einziehen ohne Verurteilung (Art. 15)	≈ § 76a Abs. 4 dStGB nur bei Katalogtaten; voller Beweisstandard § 261 dStPO. Wahrscheinlichkeitsschwelle („substantial grounds“) fehlt.	+ § 20b Abs. 1, Abs. 2 öStGB erfüllt oder überschreitet Vorgaben; Beweislastumkehr schon verankert.	+/- SRVG geht weiter (politisch motiviert, Vermutung), verletzt aber Verfahrensgarantien (Art. 18 ARL).
(3) Richterliche Kontrolle binnen 48 h (Art. 18 Abs. 3)	≈ § 98 Abs. 2 dStPO = drei Tage ⇒ Verkürzung auf 24 h erforderlich.	+ § 114 öStPO: 48-h-Schranke bereits implementiert.	– Bundesrat ordnet Sperre an; richterliche Kontrolle ex post – Anpassungsbedarf.
(4) Antrags- und Informationsrechte Betroffener (Art. 18 Abs. 7, 19)	≈ § 433 ff. dStPO lässt rechtliches Gehör, aber keine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung zu.	≈ Beschwerde gegen Verfall (§ 363 öStPO); periodischer judicial review fehlt.	– SRVG sieht nur halbjährliche Prüfung durch EDA vor; kein adversatorisches Verfahren.
(5) Spezialisierte Vermögensverwaltungsstellen (Art. 21)	– Keine bundesweite Asset-Management-Agency; Verwaltung bei Landesjustizkassen.	– Sicherstellungsregister existiert nicht; ad-hoc-Treuhänder.	+ Swisstrace-Task-Force (fedpol + SECO) bereits etabliert.
(6) Zwischenverwertung (Art. 9)	≈ § 111p dStPO erlaubt Verkauf, aber hohe Hürden (Wertverfall).	≈ § 111 öStPO ähnlich; Richtlinie fordert breitere Nutzung.	+ Art. 73 Abs. 1 schwStGB zwingt Verwertung bei Kostenrisiko.
(7) Rückgabe an Opfer (Art. 22)	+ § 459h dStPO priorisiert Privatrechte.	≈ § 20a Abs. 2 Nr. 2 öStGB lässt Verfall entfallen bei Kompensation – Nachrang gegenüber Staat teils unklar.	≈ SRVG primär Rückführung an Herkunftsstaat, nicht an individuelle Opfer.

Schaubild 3

Modul	Deutschland	Österreich	Schweiz	Gemeinsamer Nenner
Asset-Management-Office	DAMO als Bund-Länder-Verbund	Bundes-Asset-Agency beim BMJ	Task-Force fedpol/SECO	Austausch über Asset Hub, gemeinsame Standards für Bewertung und Verwertung
Judicial review	Bereitschaftsrichter (24 h) + 90-Tage-Audit	Fortführung 48-h-Standard, Fristangleichung	Bundesstraßgericht als Review-Körper	Richterpool-Training, e-File-System
Opferdienste	Zentralstelle beim BfJ	Erweiterung Gerichtshilfe + Fonds-Option	SRVG-Fondsmodell anpassen	Gemeinsame Leitlinien, bilaterale Fondsverwaltung
Daten-Interoperabilität	Verbindung FIU-Daten & DAMO	Schnittstelle WKStA/FMA	Anbindung MROS/fedpol	D-A-CH-API, EU-Kompatibilität (Europol, AMO)

Transaffirmative medizinische Maßnahmen bei Minderjährigen als Verstoß gegen § 1631c BGB? – Eine kritische strafrechtliche Bewertung

Von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Mad.), Dr. Alexandra Windsberger, Konstanz,
Prof. Dr. Veit Roessner, Dresden*

Immer mehr Minderjährige berichten über geschlechtsdysphorische Probleme und Wünsche nach transaffirmativen medizinischen Maßnahmen; etwa Anfragen zu Pubertätsblockern, gegengeschlechtlichen Hormonen und geschlechtsangleichenden Operationen nehmen zu. Diese Maßnahmen sind in Bezug auf Nutzen, Risiken und rechtlicher Zulässigkeit stark umstritten. So könnte das zivilrechtliche Sterilisationsverbot für Minderjährige (§ 1631c BGB) transaffirmativen medizinischen Maßnahmen entgegenstehen, wenn diese die Fortpflanzungsfähigkeit einschränken. An medizinische Indikation, Nutzen-Risiko-Abwägung, Einwilligungsfähigkeit und rechtliche Zulässigkeit sind daher hohe Anforderungen zu stellen – im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Kindeswohl. Die nachfolgenden Ausführungen verfolgen keinerlei transfeindliche Absicht. Im Gegenteil: Wir distanzieren uns ausdrücklich von jeder Form der Diskriminierung und begegnen jedem Menschen, der sich nicht mit dem bei Geburt zugewiesenen Geschlecht identifiziert, mit Respekt und Empathie. Unser besonderes Augenmerk gilt den Sorgen und Herausforderungen Minderjähriger mit Geschlechtsdysphorie, also einem tief empfundenen Leidensdruck, dass ihr bei Geburt zugewiesenes Geschlecht nicht mit ihrer subjektiv empfundenen Geschlechtsidentität übereinstimmt. Wir nehmen ihre Erfahrungen und Empfindungen sowie die Belastungen ihrer Familien in dieser oft sehr fordernden Lebenslage sehr ernst. Ziel ist es nicht, diese Erfahrungen und Empfindungen in irgendeiner Form in Frage zu stellen, sondern sachlich, differenziert und im Lichte der geltenden Rechtslage die komplexen medizinischen, ethischen und juristischen Fragen tiefgreifender Entscheidungen zu erörtern – insbesondere dann, wenn es sich um Eingriffe mit teilweise irreversiblen Folgen in einen körperlich gesunden Organismus von Minderjährigen handelt. Der kritischen Auseinandersetzung mit dem vielschichtigen Thema verpflichtet, hoffen wir, einen konstruktiven Beitrag zu einer respektvollen und informierten Debatte zu leisten. Sie muss die Grundlage für das – und das wird aus dem Text deutlich – zu setzende Recht

sein. An increasing number of minors are seeking transaffirmative medical interventions. This includes growing requests for puberty blockers, opposite-sex hormones, and gender reassignment surgery. These interventions are highly controversial in terms of their benefits, risks and legal permissibility. For example, the civil law ban on sterilization for minors (Section 1631c German Civil Code) could stand in the way of transaffirmative medical interventions if they restrict the ability to reproduce. This potential legal conflict, alongside other medical, ethical, and psychosocial considerations, is among the reasons why particularly high demands must be placed on medical indication, risk-benefit assessment, capacity to consent and legal admissibility – in the area of conflict between self-determination and the best interests of the child. Clearly speaking, transaffirmative medical interventions affect the long-term reproductive interests of minors, who therefore deserve to be protected by a prohibition on consent (meaning that even parents cannot provide valid consent to such interventions). The following considerations are not intended to be trans-hostile in any way. On the contrary, we explicitly reject all forms of discrimination and approach every person whose gender identity differs from their birth-assigned gender with respect and empathy. In this spirit, we pay particular attention to the concerns and challenges faced by minors with gender dysphoria. Nonetheless, under German law, and given the current lack of a sufficient evidence base, there remains a considerable risk of criminal liability, as the almost inevitable subsequent intervention with opposite-sex hormones carries the risk of permanently impairing or loss of fertility. An urgent priority is to establish a research framework that will generate the robust evidence base needed to inform future legal and medical decision-making. Interventions should take place only within a clearly defined research framework, subject to rigorous and continuous monitoring, with any developments contrary to the intervention's objectives being meticulously documented and promptly reviewed to enable immediate evaluation and adjustment.

* Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M., ist Professorin an der Universität Konstanz und Direktorin des Zentrums für Human | Data | Society. Dr. Alexandra Windsberger ist Habilitandin und ZuKo Connect Fellow an der Universität Konstanz und leitet dort das Projekt „Muss ich?“. Prof. Dr. Veit Roessner ist Direktor der Klinik und Poliklinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie des Universitätsklinikums Carl Gustav Carus Dresden. Dieser gemeinsam verfasste und diskutierte Text ist im Anschluss an ein Kurzgutachten der Verfasserin Wörner kollaborativ entstanden. Er hat gerade auch bei den drei Autoren zu einem über die eigene Befassung hinaus vertieften, erheblich erweiterten, interdisziplinären Verständnis der Forschungsmaterien geführt. Der Text gibt die gewonnene gemeinsame Auffassung der Autoren wieder.

I. Einführung

Das am 13. Juni 2020 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen (KonvBehSchG)¹ definiert in § 1 Abs. 1 die „Konversionsbehandlung“ als „am Menschen durchgeführte Behandlung, die auf die Veränderung oder Unterdrückung der sexuellen Orientierung oder der selbstempfundenen geschlechtlichen Identität gerichtet ist.“ In § 1 Abs. 3 KonvBehSchG stellt das Gesetz – systematisch folgerichtig – klar, dass „[...] bei operativen medizinischen Ein-

¹ Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen v. 12.6.2020 (BGBl. I 2020, S. 1285); siehe dazu auch BR-Drs. 5/1/20 zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen v. 30.1.2020.

griffen oder Hormonbehandlungen, die darauf gerichtet sind, die selbstempfundenen geschlechtliche Identität einer Person zum Ausdruck zu bringen [...]“, keine Konversionsbehandlung vorliegt. Transaffirmative medizinische Maßnahmen bei Personen mit Geschlechtsdysphorie sind demnach vom Konv-BehSchG explizit ausgenommen. Das am 1. November 2024 in Kraft getretene sog. Selbstbestimmungsgesetz (SBGG) regelt hingegen ausschließlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen im Personenstandsregister möglich ist; transaffirmative medizinische Maßnahmen und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen wurden hier nicht geregelt.

Die sich im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Vorschriften ergebenden, insbesondere strafrechtlichen Rahmenbedingungen und Folgen transaffirmativer medizinischer Maßnahmen auch in Fällen der Geschlechtsdysphorie, bleiben in der Diskussion bisher unterbeleuchtet. Ungeachtet dessen hat die Inanspruchnahme klinischer Beratungs- und Behandlungsangebote für Minderjährige mit Geschlechtsinkongruenz (GI) bzw. Geschlechtsdysphorie (GD) in den vergangenen Jahren – innerhalb und außerhalb von Forschungsrahmen – deutlich zugenommen.²

Der Verhaltenskorridor zulässigen Handelns ist dabei kaum einschätzbar. Nach damit erforderlichen Erläuterungen zur Geschlechtsdysphorie aus medizinischer Perspektive (II.), seien im Folgenden und differenziert nach Art der transaffirmativen medizinischen Maßnahmen (III.) die Gabe von Pubertätsblockern (IV.), gegengeschlechtlichen Hormonen (V.) und operative Maßnahmen zur Geschlechtsangleichung (VI.) gesondert auf Strafbarkeitsrisiken untersucht. Das Zivilrecht enthält dabei in § 1631c BGB ein allgemeines Sterilisationsverbot bei Minderjährigen, das bislang – soweit ersichtlich – nicht mit transaffirmativen medizinischen Maßnahmen bei Geschlechtsdysphorie in Verbindung gebracht wurde. Unterfielen aber diese Maßnahmen ganz oder teilweise § 1631c BGB, so schlosse dies für die jeweilige Maßnahme und soweit sie einen partiellen bis vollständigen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit zur Folge haben könnte, eine rechtfertigende Einwilligung des Rechtsgutsträgers, bei Minderjährigen des gesetzlichen Vertreters, in die Behandlung grundsätzlich aus. Die Behandlung entspräche dann i.d.R. einer strafbaren (nicht eingewilligten) Körperverletzung, bei dauerhafter, teils unumkehrbarer Veränderung des körperlichen Zustandes inklusive des Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit sogar einer schweren Körperverletzung.³ Mit Blick

auf die Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts⁴ erlangte dann die zivilrechtliche Einwilligungssperre entscheidende Bedeutung mit der Folge erheblicher Strafbarkeitsrisiken für die behandelnden Ärzte.

II. Geschlechtsdysphorie aus medizinischer Perspektive

1. Diagnostische Unsicherheiten und methodische Mängel

Geschlechtsinkongruenz bezeichnet nach ICD-11 eine deutliche und anhaltende Diskrepanz zwischen dem subjektiv empfundenen Geschlecht einer Person und dem ihr bei Geburt zugewiesenen Geschlecht.⁵ Liegt zusätzlich ein anhaltender, krankheitswertiger psychischer Leidenszustand vor, spricht man nach den Kriterien des DSM-5 von Geschlechtsdysphorie.⁶ Eine Orientierungshilfe für Ärzte in Deutschland ist derzeit die sog. „S2k-Leitlinie Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Kindes- und Jugendalter“ der AWMF, die jedoch umstritten ist⁷ und von einzelnen Fachverbänden sowie Ärzten teilweise nicht angewendet bzw. abgelehnt wird,⁸ u.a. da sowohl die Anzahl als auch die Qualität der vorliegenden Studien unzureichend sind, um das Risiko-Nutzen-Verhältnis transaffirmativer Maßnahmen verlässlich beurteilen zu können. Verschärft wird dies zusätzlich durch eine grundlegende diagnostische Unsicherheit: Psychiatrische Diagnosen wie Geschlechtsdysphorie und Depressivität basieren ebenso wie Suizidalität hauptsächlich auf den subjektiven Angaben der Minderjährigen, da objektive somatisch-medizinische Marker fehlen. Dies erschwert nicht nur eine verlässliche Diagnose-, sondern auch die Indikationsstellung für das weitere Vorgehen. Die entsprechenden Kriterien sind bislang methodisch und empirisch nur unzureichend abgesichert – etwa hinsichtlich ihrer Messbarkeit, Übereinstimmung zwischen verschiedenen Fachpersonen und zeitlichen Stabilität.

Besonders problematisch ist, dass auch der weitere Verlauf geschlechtsdysphorischer Empfindungen nur schwer prognostizierbar ist: Ob diese Empfindungen andauern, sich verstärken, verändern oder vollständig zurückbilden, lässt sich derzeit nicht verlässlich abschätzen. Belastbare prädiktive Kriterien fehlen bislang. Besonders herausfordernd ist dies

² Vgl. S2k-Leitlinie der AWMF Reg. Nr. 028-14 i.d.F.v. 24.6.2025, abrufbar unter https://register.awmf.org/assets/guidelines/028-014l_S2k_Geschlechtsinkongruenz-Geschlechtsdysphorie-Kinder-Jugendliche_2025-06.pdf (5.9.2025); Tietz, Gesundheitsrecht Blog, Nr. 51, 2024.

³ Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 1212, § 226 Rn. 25; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 18 ff.; Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2025,

§ 223 Rn. 73 f.; Grünwald, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 223 Rn. 63 ff.

⁴ Eibach, NSTZ 2020, 704 (704); Schmitz, in: Erb/Schäfer (Fn. 3), § 242 Rn. 33.

⁵ Weltgesundheitsorganisation (WHO), International Classification of Diseases, 11th Revision (ICD-11): HA60 – Geschlechtsinkongruenz bei Jugendlichen und Erwachsenen, 2019, abrufbar unter <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/HA60> (5.9.2025).

⁶ American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5. Aufl. 2013.

⁷ S2k-Leitlinie der AWMF Reg. Nr. 028-14 (Fn. 2).

⁸ Kröning, Welt v. 12.6.2024, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article251937014/Fachgesellschaften-wenden-sich-gegen-eigene-Transkinder-Behandlungsleitlinie.html> (5.9.2025).

bei Minderjährigen, da deren emotionale und kognitive Entwicklung insbesondere in der Pubertät starken Schwankungen unterliegt: Die Pubertät ist geprägt von rascher Reifung, instabilem Selbstkonzept und erhöhter psychischer Vulnerabilität. Identitätsfragen, affektive Krisen und soziale Unsicherheiten erschweren die diagnostische Einordnung. Die korrekte Einordnung geäußerter psychischer Probleme – etwa als Ursache, Folge, Begleitfaktor, Verstärker einer Geschlechtsdysphorie oder als eigenständige Problematik – ist anspruchsvoll, da mögliche Zusammenhänge vielschichtig sein können und bislang unzureichend untersucht sind.

2. Unklare Wirksamkeit transaffirmativer Maßnahmen

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Wirksamkeit der stufenweise einsetzbaren transaffirmativen medizinischen Maßnahmen – Pubertätsblocker, Hormone und Operationen – bei Minderjährigen bislang nicht überzeugend nachgewiesen wurde.⁹ Aus der Gesamtschau der verfügbaren Daten ergibt sich folgender Eindruck: Die Persistenzraten¹⁰ sind bei Minderjährigen am höchsten, die sich sozialen oder medizinischen transaffirmativen Maßnahmen unterzogen haben, niedriger bei Minderjährigen, bei denen nicht zwischen vorhandenen, fehlenden oder unbekannten affirmativen Maßnahmen unterschieden wurde, und am niedrigsten bei Minderjährigen, die ausschließlich keine affirmativen Maßnahmen erhalten haben. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen statistisch abgesicherten Vergleich, sondern um eine orientierende Betrachtung heterogener Studien mit teils deutlich unterschiedlicher Methodik.

In der gesellschaftlichen und politischen Debatte besonders kontrovers diskutiert wird der Umgang mit einer erhöhten Suizidalität bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie. Immer wieder wird die Auffassung vertreten, dass nur transaffirmative medizinische Maßnahmen geeignet seien, die bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie erhöhte Suizidalität ausreichend zu senken.¹¹ Vielfach gestützt auf frühere

Studien,¹² wie etwa *Turban u.a.*,¹³ wird ein positiver Zusammenhang zwischen frühzeitigem Zugang zu transaffirmativen medizinischen Maßnahmen, hier Pubertätsblockern und einer Reduktion lebenslanger Suizidgedanken bei Transerwachsenen berichtet. Auch *Green u.a.*¹⁴ beschreiben eine geringere Häufigkeit von Suizidgedanken und -versuchen bei Jugendlichen, die Zugang zur Gabe gegengeschlechtlicher Hormone hatten. Doch sowohl diese als auch zahlreiche weitere Studien, die psychische Verbesserungen – etwa im Hinblick auf Suizidalität, Depressivität oder allgemeines psychisches Wohlbefinden – infolge transaffirmativer medizinischer Maßnahmen bei Minderjährigen nahelegen, werden zunehmend kritisch bewertet. Hintergrund sind methodische Schwächen wie das Fehlen geeigneter Kontrollgruppen, die unzureichende Kontrolle weiterer psychischer Probleme bis zum Vollbild einer Störung, retrospektive Studiendesigns oder selektive Stichprobenauswahl, die belastbare Schlussfolgerungen erheblich erschweren. So kommen der Cass Review,¹⁵ zwei systematische NICE-Reviews sowie deren Aktualisierung durch *Zepf u.a.*,¹⁶ die nach den höchsten verfügbaren wissenschaftlichen Standards erstellt wurden, übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass zwar ein erhöhtes Suizidrisiko bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie besteht, transaffirmative medizinische Maßnahmen jedoch keine nachweisbare Reduktion bewirken und vergleichbare Risiken auch bei anderen psychischen Störungen auftreten. Auch für weitere psychische Zielgrößen wie Depressivität, Angst, psychosoziales Wohlbefinden, Lebensqualität oder Körperbild lässt sich kein verlässlicher Nutzen affirmativer medizinischer Maßnahmen belegen.

⁹ Auf die bisher generell noch unzureichende Quantität und Qualität vorgenommener Untersuchungen können wir hier nur ergänzend hinweisen.

¹⁰ Persistenzraten bezeichnen, wie häufig Geschlechtsdysphorie über die Zeit bestehen bleibt.

¹¹ Vgl. nur die Informationen der APA (American Psychological Association) m.w.N., abrufbar unter <https://www.apa.org/topics/lgbtq/gender-affirmative-care?utm> (5.9.2025). Diese Position wird implizit durch Aussagen von Experten wie der Vorsitzenden der Psychotherapeutenkammer Rheinland-Pfalz *Sabine Maur* (im Gespräch mit *Garrelts*, Tagesspiegel v. 5.2.2021, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/queerspiegel/die-pubertat-aufschieben-nimmt-den-stress-raus-4227853.html?utm> [5.9.2025]) oder dem Arzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie Prof. Dr. *Georg Romer* (im Gespräch mit *Spork*, RiffReporter v. 16.10.2023, abrufbar unter <https://www.riffreporter.de/de/gesellschaft/georg-romer-geschlechtsdysphorie-trans-jugendliche-kinder-pubertaetsblocker-interview> [5.9.2025]) in die Öffentlichkeit getragen.

¹² *Tordoff u.a.*, JAMA Network Open 5 (2022), e220978.

¹³ *Turban u.a.*, Pediatrics 145 (2020), e20191725.

¹⁴ *Green u.a.*, Journal of Adolescent Health 70 (2022), 643.

¹⁵ Cass, Independent Review of Gender Identity Services for Children and Young People: Final Report, April 2024, abrufbar unter

https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250310143933mp_/https://cass.independent-review.uk/wp-content/uploads/2024/04/CassReview_Final.pdf (5.9.2025).

Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangen die systematischen Reviews des britischen National Institute for Clinical Excellence (NICE, 2020) sowie die daran anschließende Analyse von *Zepf u.a.*, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167, in englischer Sprache abrufbar unter

https://econtent.hogrefe.com/doi/suppl/10.1024/1422-4917/a000972/suppl_file/1422-4917_a000972_esm1.pdf

(5.9.2025), die auf der gleichen Bewertungsmethodik basiert und zusätzlich neuere Studien berücksichtigt; vgl. auch *Zepf u.a.*, Kommentierung der S2k-Leitlinie der AWMF Reg. Nr. 028-14 v. 21.5.2024, abrufbar unter

https://www.zi-mannheim.de/fileadmin/user_upload/downloads/forschung/KJP_downloads/Gemeinsame_Kommentierung_L Leitlinienentwurf_S2k-240521.pdf (5.9.2025).

¹⁶ Übereinstimmend, vgl. Fn. 11.

Zwei aktuelle Registerstudien aus Dänemark (*Erlangsen u.a.*¹⁷) und Finnland (*Ruuska u.a.*¹⁸) untermauern diese Einschätzungen: Sie bestätigen die methodische Kritik an früheren Arbeiten – etwa hinsichtlich unzureichender Stichprobengröße, Beobachtungsdauer und Kontrolle koexistierender psychischer Störungen. Da sie diese Schwächen systematisch überwinden, gelten sie als methodisch besonders belastbar. Sie zeigen sowohl ein erhöhtes Suizidrisiko bei Jugendlichen mit Geschlechtsdysphorie als auch, dass transaffirmative medizinische Maßnahmen dieses Risiko langfristig nicht verringern. Besonders die Kohortenstudie von *Ruuska u.a.* zeigt: Das erhöhte Suizidrisiko ist vollständig durch koexistierende psychiatrische Störungen wie Depressionen, Essstörungen, ADHS erklärbar.¹⁹ Geschlechtsdysphorie selbst ist damit kein unabhängiger Risikofaktor.

Angesichts solcher Unklarheiten besteht in der medizinischen Fachwelt weitgehender Konsens, dass transaffirmative medizinische Maßnahmen nur dann in Betracht gezogen werden sollten, wenn eine sog. „sichere Persistenz“ der Geschlechtsdysphorie vorliegt. Da dafür jedoch bislang keine klare, allgemein anerkannte noch evidenzbasierte Definition existiert – weder hinsichtlich der erforderlichen Dauer noch der Symptomschwere oder anderer klinischer Merkmale – und auch keine validen diagnostischen Instrumente zu ihrer Anwendung vorliegen (siehe oben I. 1.) wird zur Zurückhaltung geraten. Die Ausprägung dieser Zurückhaltung im Einzelfall variiert allerdings je nach klinischer Haltung und Bewertung der Datenlage unter den Ärzten recht stark. Zu alternativen, weniger invasiven Maßnahmen wie etwa psychotherapeutischer Begleitung oder psychosozialer Unterstützung liegt zudem nur eine äußerst geringe Datenlage vor.²⁰ Die begrenzte Studienlage erlaubt bislang keine belastbare Einschätzung, welche Maßnahmen für welche Minderjährigen geeignet, wirkungslos oder potenziell schädlich sind. All die genannten Unklarheiten wirken sich unmittelbar auf die therapeutische Entscheidungsfindung aus, ob ein abwartendes Vorgehen, psychotherapeutische Begleitung, gezielte Intervention oder eine Kombination dieser Ansätze gewählt wird.

Verschiedene europäische Länder, darunter Großbritannien, Schweden, Finnland und Norwegen, haben deshalb bereits gesundheitspolitische Konsequenzen gezogen.²¹ Schweden (*Socialstyrelsen* 2023) hat die Behandlung Minderjähriger mit transaffirmativen medizinischen Maßnahmen deutlich eingeschränkt.²² Stattdessen wird eine umfassende Diagnostik

betont, die Behandlung soll ergebnisoffen erfolgen und sich auf die Auseinandersetzung mit der subjektiv empfundenen Geschlechtsidentität konzentrieren.²³ Nach alledem ist die weit verbreitete Behauptung, transaffirmative medizinische Maßnahmen seien zwingend zur Vermeidung von psychischem Leid bis hin zu Suiziden notwendig, nach derzeitigem Stand der Forschung nicht haltbar. Vielmehr sind unbehandelte koexistierende psychische Probleme bis hin zum Vollbild einer Störung als zentraler Risikofaktor für Suizidalität zu betrachten. Eine differenzierte Indikationsstellung sowie der Fokus auf umfassende psychische Diagnostik und therapeutische Begleitung erscheinen aus medizinischer und ethischer Sicht geboten.

3. Kinderwunsch und langfristige Lebensperspektiven

In jungen Jahren ist der Kinderwunsch meist abstrakt oder spielt kaum eine Rolle;²⁴ mit zunehmendem Alter jedoch erstarkt das Bedürfnis nach Elternschaft erheblich²⁵ und ein unerfüllter Wunsch kann zu gravierenden psychischen Belastungen wie Stress, Depressionen und Angststörungen führen.²⁶ Dieses Spannungsverhältnis ergibt sich aus dem Zusammenspiel biologischer Grenzen – etwa dem natürlichen Rückgang der Eizellreserven wie auch der Spermienqualität ab etwa Mitte 30 – und einer wachsenden existenziellen Auseinandersetzung mit Fragen von Lebenssinn und Familie.²⁷ Hinzu kommt, dass Minderjährige aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Reifung zentraler Hirnstrukturen, insbesondere der für vorausschauendes Denken, Risikobewertung und langfristige Entscheidungsfindung zuständigen Areale,²⁸ nur eingeschränkt in der Lage sind, die Tragweite solcher Entscheidungen realistisch einzuschätzen. Auch fehlt ihnen vielfach die notwendige Lebenserfahrung, die es erlaubt, komplexe Folgen abzuschätzen und persönliche Prioritäten bewusst zu setzen. Ihr Handeln ist daher stärker von Impulsivi-

Summary of national guidelines December 2022, S. 3, 4, abrufbar unter

<https://www.socialstyrelsen.se/contentassets/444af6c0a5fb429c9b56fd51b931a816/2023-1-8330.pdf> (5.9.2025).

²³ Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (182).

²⁴ BZgA-Repräsentativstudie „Jugendsexualität 9. Welle“, Faktenblatt November 2021, S. 3.

²⁵ Statistik „Verhältnis ungewollter und gewollter Kinderlosigkeit nach Altersgruppen im Jahr 2020“, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1331200/umfrage/verhaeltnis-ungewollter-und-gewollter-kinderlosigkeit-nach-alter/> (5.9.2025). Viele Menschen verspüren erst mit etwa 35 Jahren einen starken Kinderwunsch, sollte dieser bis dahin nicht erfüllt worden sein.

²⁶ Strauß, in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, S. 191 (193 ff., 205); Bengel/Mild/Strauß, Zeitschrift für Klinische Psychologie und Psychotherapie 1/2000, 3 (4).

²⁷ Wölfler, Journal für Klinische Endokrinologie und Stoffwechsel 1/2021, 11 (11, 12).

²⁸ Cerniglia/Di Pomponio, Adolescents 4 (2024), 222.

¹⁷ *Erlangsen u.a.*, JAMA 329 (2023), 2145.

¹⁸ *Ruuska u.a.*, BMJ mental health 27 (2024), e300940.

¹⁹ *Ruuska u.a.*, BMJ mental health 27 (2024), e300940.

²⁰ *Kohls/Roessner*, Journal of Child Psychology and Psychiatry 64 (2023), 1096.

²¹ Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (181); Eingangsstatement, in: DÄBl. v. 9.10.2023, 1 (2, 3); Mahase, BMJ (Clinical research ed.) 381 (2023), 1344 ff.; Block, BMJ (Clinical research ed.), Vol. 381 (2023), 697 ff.

²² Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (182); *Socialstyrelsen*,

tät und kurzfristiger Bedürfnisbefriedigung geprägt,²⁹ häufig beeinflusst durch sozialen Druck, während ein konkretes Bewusstsein für spätere Lebensphasen, deren Anforderungen und mögliche Konsequenzen erst im Verlauf der persönlichen und sozialen Reifung entsteht. Der Gedanke an eine künftige Elternschaft bleibt in diesem Alter weitgehend abstrakt und wenig mit realen Zukunftsperspektiven verknüpft.

4. Medizinische Unsicherheit als rechtliches Risiko

Die medizinisch-diagnostischen Unsicherheiten wirken sich insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen zulässiger transaffirmativer medizinischer Maßnahmen bei Minderjährigen unmittelbar auf die rechtliche Bewertung aus. Dort, wo die Maßnahmen dauerhafte, teils unumkehrbare Veränderungen des Körpers inklusive des Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit mit sich bringen bzw. bringen können, besteht, wo nicht eingewilligt werden kann, ein strafrechtliches Ahndungsrisiko. Ärzte, die Minderjährige behandeln und begleiten, sehen sich in der Folge einer großen Rechtsunsicherheit ausgesetzt.

III. Medizinische Modalitäten transaffirmativer Maßnahmen und das Erfordernis ihrer Differenzierung für die spezifischen Rechtsfragen

Viele von Geschlechtsdysphorie Betroffene streben zumindest zeitweise eine Transition an, deren Dauer und Reversibilität variieren kann, um ihre Lebenssituation – einschließlich ihres äußeren Erscheinungsbilds und ihres rechtlichen Status – ihrer subjektiv empfundenen Geschlechtsidentität anpassen zu lassen,³⁰ sei es durch soziale, rechtliche, medizinische oder eine Kombination dieser Maßnahmen.³¹ Während die Durchführung transaffirmativer medizinischer Maßnahmen an Erwachsenen in der Regel auf informierter Einwilligung beruht,³² werfen dieselben Maßnahmen bei Minderjährigen komplexe rechtliche Fragen auf, insbesondere im Hinblick auf das elterliche Einwilligungsrecht und mögliche strafrechtliche Implikationen für die durchführenden Ärzte. In Deutschland erfolgt die Diagnose im medizinischen Kontext weiterhin nach ICD-10 (F64.0 „Transsexualismus“),³³ obwohl die WHO sie in der ICD-11 nicht mehr als psychische Störung einstuft.³⁴ Dennoch ist die Diagnose nach ICD-10 in Deutschland noch immer Voraussetzung für transaffirmative medizinische Maßnahmen wie Hormonbehandlungen oder geschlechts-

angleichende Eingriffe,³⁵ an der sich Ärzte sowie Krankenkassen bei Indikationsstellung und Kostenübernahme i.d.R. orientieren.³⁶ Besonders bei Minderjährigen ist eine Differenzierung nach Art der Maßnahme erforderlich, da jeweils unterschiedliche medizinische, psychologische und rechtliche Folgen bestehen. Differenziert wird hier in die Gabe von Pubertätsblockern (siehe unten IV.), von gegengeschlechtlichen Hormonen (siehe unten V.) und in operative Maßnahmen zur Geschlechtsangleichung (siehe unten VI.).

Die Gabe von Pubertätsblockern unterscheidet sich in zwei Punkten von den übrigen transaffirmativen medizinischen Maßnahmen: (1) Sie ist medizinisch nur bis zum Pubertäts-Stadium 3 nach *Tanner* sinnvoll,³⁷ da ab *Tanner*-Stadium 4 bereits irreversible, körperliche Veränderungen eingetreten sind.³⁸ Nach dem 14. Lebensjahr werden Pubertätsblocker daher nur noch in Ausnahmefällen verabreicht,³⁹ während geschlechtsangleichende Maßnahmen (siehe unten V./VI.) auch nach Abschluss der Pubertät möglich sind.

(2) Während Pubertätsblocker etliche physiologische Veränderungen des sich entwickelnden Körpers aufhalten,⁴⁰ modifizieren geschlechtsangleichende – insbesondere operative – Maßnahmen den Körper i.d.R. irreversibel.⁴¹ Auch erhöhen gegengeschlechtliche Hormone das Risiko eines partiellen oder vollständigen Verlusts der Fortpflanzungsfähig-

²⁹ Duckworth/Steinberg, Child Development Perspectives 9 (2015), 32.

³⁰ DÄB (Fn. 21), S. 2.

³¹ American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Text Revision, DSM-5-TR™, 2022.

³² Coleman u.a., International Journal of Transgender Health 23 (2022), S.1.

³³ Bachmann u.a., DÄBl. 11/2024, 370 (370); Knispel, NZS 2024, 777 (778); Weltgesundheitsorganisation (WHO), Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (ICD-10), 10. Revision 2008, German Modification (ICD-10-GM 2008).

³⁴ WHO (Fn. 5), 11th Revision (ICD-11).

³⁵ BGA-Richtlinie des GKV-Spitzenverbands, Geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Transsexualismus (ICD-10, F64.0), Stand: 31.8.2020, S. 6.

³⁶ BGA-Richtlinie des GKV-Spitzenverbands (Fn. 35), S. 6. Zur Deklassifizierung als psychische Störung durch die ICD-11 vgl. Zepf u.a. (Fn. 15), S. 18; Rauchfleisch, Bundeszentrale für politische Bildung v. 8.8.2018, abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/geschlechtlich-e-vielfalt-trans/245353/medizinische-einordnung-von-trans-identitaet/> (8.5.2025); zu sozialrechtlichen Fragen der Kostenübernahme medizinischer, transaffirmativer Maßnahmen durch Krankenkassen, vgl. Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 065/22, Einzelfragen zu geschlechtsangleichenden Operationen, Leistungen der GKV und Datenlage zur Häufigkeit operativer Eingriffe, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/921790/5bae174f4e7252b78d93e2b80cc6688c/WD-9-065-22-pdf-data.pdf> (5.9.2025).

³⁷ Lenzen-Schulte, DÄBl. 48/2022, 2134 (2140), unter: Blick ins Ausland: Blockade der Pubertätsblockade.

³⁸ Emmanuel/Bokor, Tanner Stages, in: StatPearls [Internet], 2025 abrufbar unter https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK470280/?utm_source=chatgpt.com (5.9.2025).

³⁹ Hembree u.a., The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism, 102 (2017), 3869.

⁴⁰ Simon, Stern v. 14.3.2024, abrufbar unter <https://www.stern.de/gesundheit/pubertaetsblocker---was-sind-das-fuer-medikamente--34541812.html> (5.9.2025).

⁴¹ Korte, Hinter dem Regenbogen, Entwicklungspsychiatrische, sexual- und kulturwissenschaftliche Überlegungen zur Genderdebatte und zum Phänomen der Geschlechtsdysphorie bei Minderjährigen, 2024, S. 45.

keit nochmals deutlich.⁴² Analog kann das operative Entfernen bzw. Verändern geschlechtsspezifischer Körperteile je nach Eingriff zu einer erheblichen Einschränkung oder zum dauerhaften Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führen.⁴³ Obwohl die möglichen negativen Auswirkungen geschlechtsangleichender Maßnahmen auf die zukünftige Fortpflanzungsfähigkeit von Minderjährigen gut dokumentiert sind, werden präventive Maßnahmen zum Erhalt der Fortpflanzungsfähigkeit (z.B. Kryokonservierung) von dieser Gruppe kaum genutzt: laut aktuellen Studien nutzen weniger als 5 % der Jugendlichen, die transaffirmative medizinische Maßnahmen in Anspruch nehmen, entsprechende Angebote.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund versteht es sich von selbst, dass transaffirmative medizinische Maßnahmen nur mit Einwilligung der betroffenen Person und auf deren Wunsch zulässig sein können. Fraglich ist jedoch, inwieweit Minderjährige die Tragweite solcher Entscheidungen überhaupt realistisch erfassen können.⁴⁵ Man wird der erforderlichen Aufklärung in jedem Fall große Bedeutung einräumen müssen.⁴⁶ So bedürfen Maßnahmen mit der potentiellen mittelbaren Folge eines partiellen bis vollständigen Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit einer besonders sorgfältigen Abwägung im Lichte langfristiger biologischer, psychologischer und gesellschaftlicher Entwicklungen.⁴⁷

Zum Schutz betroffener Minderjähriger sind elterliche Sorge und Erziehung (Art. 6 GG) eingeschränkt; dies ist angesichts der weitreichenden Folgen auch verfassungsrechtlich zulässig.⁴⁸ Nur in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen, etwa im Falle lebensnotwendig medizinischer Maßnahmen im Rahmen einer Tumorerkrankung, können diese im Einzelfall zulässig sein.⁴⁹ Dann muss mit größter Sorgfalt abgewogen und erst nach umfassender Reflexion sowie einer gründlichen medizinischen und ethischen Prüfung entschieden wer-

den.⁵⁰ Dies bedeutet zugleich, dass transaffirmative medizinische Maßnahmen, die einen partiellen bis vollständigen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als mittelbare Neben- oder Langzeitfolge mit sich bringen, nicht schon deshalb als unproblematisch einwilligungsfähig gelten können, weil sie dem Zweck dienen, den durch Geschlechtsdysphorie bedingten Leidensdruck der Minderjährigen zu lindern. Das Zivilrecht untersagt deshalb auch gem. § 1631c BGB die Einwilligung der Eltern und des Kindes selbst in eine Sterilisation und erklärt jede medizinische Maßnahme mit der mittelbaren Folge eines partiellen bis vollständigen Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit für grundsätzlich verboten.⁵¹ Der Schutz des Sterilisationsverbots – gerade mit Blick auf die langfristigen Folgen, die Minderjährige nur begrenzt überblicken können – greift richtiger Weise auch, wenn der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als mittelbare Neben- oder Langzeitfolge eintreten kann. Wegen der weitgehenden Folgen für Betroffene ordnet der Strafgesetzgeber den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als schwere Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB ein. Fraglich ist daher im Einzelnen, ob Maßnahmen überhaupt rechtlich zulässig sind.

IV. Gabe von Pubertätsblockern an Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie

Als häufig erste transaffirmative medizinische Maßnahme bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie werden (vor Abschluss der Pubertät) oft zunächst sog. Pubertätsblocker verabreicht. Dabei handelt es sich um Medikamente, meist GnRH-Analoga, die die hormonellen und verknüpften physiologischen Prozesse der Pubertät für die Dauer der Einnahme unterbrechen, indem sie die *Bildung* von Geschlechtshormonen vorübergehend und reversibel hemmen.⁵² Fraglich ist, ob und wenn ja, durch wen wirksam eingewilligt werden kann.

1. Studienlage und medizinische Modalitäten

Auch wenn die medikamentöse Pubertätsblockade in der medizinischen und öffentlichen Diskussion meist als reversibel dargestellt wird, sind die – vor allem langfristigen – Auswirkungen bislang völlig unzureichend erforscht.⁵³ Vorhandene Studienergebnisse sprechen dafür, dass die längerfristi-

⁴² Chen u.a., *Journal of Adolescent Health*, 62 (2018), 488.

⁴³ AWMF-Leitlinie 138-001: Geschlechtsinkongruenz und Geschlechtsdysphorie im Erwachsenenalter, Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF), 2020.

⁴⁴ Pang u.a., *JAMA Pediatrics* 2020, 890; Cooper/Long/Aye, *PLoS One* 17 (2022), e0265043. Zu den medizinischen Limitationen siehe V. 1.

⁴⁵ Baltag u.a., *Journal of Adolescent Health* 71 (2022), 10.

⁴⁶ Parmigiani u.a., *Psychiatry Research* 344 (2025), 116343.

⁴⁷ Baltag u.a., *Journal of Adolescent Health* 71 (2022), 10.

⁴⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 54 ff.; BVerfG NJW 2022, 2904. Teilweise wird vorgetragen, dass das Kindeswohl immanent den sachlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG begrenzt und Maßnahmen zum Schutz des Kindeswohls daher schon keinen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellen.

⁴⁹ Kerscher, in: Artz u.a. (Hrsg.), *Beck'scher Online-Großkommentar, BGB*, Stand: 1.5.2025, § 1631c Rn. 6, 6.1; Spickhoff, in: Spickhoff, *Medizinrecht, Kommentar*, 4. Aufl. 2022, BGB § 1631c Rn. 3.

⁵⁰ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6, 6.1; Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 3.

⁵¹ Kemper, in: Schulze u.a., *BGB, Kommentar*, 12. Aufl. 2024, § 1631c Rn. 1; Huber, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1631c Rn. 1 ff.; Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 1 ff.; Veit/Schmidt, in: Hau/Poseck (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Stand: 1.5.2025, § 1631c Rn. 1 ff.; Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 1 ff.

⁵² Georg Romer im Gespräch mit Spork (Fn. 11). Zepf u.a., *Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie* 52 (2024), 167 (170); Lenzen-Schulte, *DÄBl.* 48/2022, A2134; Tietz, *Gesundheitsrecht Blog*, Nr. 51, 2024, 2.

⁵³ Zepf u.a., *Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie* 52 (2024), 167 (171); Mahfouda u.a., *The Lancet Diabetes & Endocrinology*, 5 (2017), 816 (821).

ge Gabe von Pubertätsblockern zu verminderter Knochendichte und einem erhöhten Osteoporoserisiko⁵⁴, Beeinträchtigungen der kognitiven und neurologischen Entwicklung⁵⁵, partiellem oder vollständigem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit⁵⁶ und sollte letzteres der Fall sein, zu erhöhten Raten von Depressionen, Angstzuständen und unklaren Auswirkungen auf das langfristige psychische Wohlbefinden⁵⁷ sowie verzögerter sexueller Reifung, reduzierter Libido und möglichen Schwierigkeiten mit der sexuellen Identitätsentwicklung⁵⁸ führen kann. Dabei ist heute bekannt (siehe auch oben I.), dass es bei einer Persistenzrate von ca. 10–40 % bei den meisten Minderjährigen mit geschlechtsdysphorischen Symptomen im Entwicklungsverlauf in einer Vielzahl von Fällen zur Aussöhnung mit dem bei Geburt zugewiesenen Geschlecht kommt.⁵⁹ Dagegen verändert die Pubertätsblockade durch verringertes Verlangen und eingeschränkte körperliche Reaktionsfähigkeit das sexuelle Empfinden und Verhalten,⁶⁰ für das Alter typische und wichtige Erfahrungen fehlen.⁶¹ Befürworter sehen darin einen Zeitgewinn für eine „Identitätsexploration“,⁶² durch den zugleich psychischer Leidensdruck erheblich gesenkt werden kann.⁶³ Hinweisen,

jedenfalls begrenzter Reversibilität sowie Risiken einer möglichen durch transaffirmative medizinische Maßnahmen bedingte Verfestigung der Geschlechtsdysphorie,⁶⁴ wird zu wenig nachgegangen. Ausweislich aktueller Studienergebnisse beginnen nahezu 100 % der behandelten Kinder anschließend eine Behandlung mit gegengeschlechtlichen Hormonen;⁶⁵ die Kontrollstudienlage ist dürftig.⁶⁶

2. Drohende Strafbarkeit?

Strafbarkeit droht für die verordnenden Ärzte, wenn die „Einleitung“ einer solchen medikamentösen Maßnahme den Tatbestand einer Körperverletzung (nach §§ 223 ff. StGB) erfüllt – auch dann, wenn die Einnahme durch Patienten selbst erfolgt. Dies ist in vergleichbaren Fällen nur vereinzelt bejaht worden.⁶⁷ So wurden die medizinisch unbegründete Verschreibung von Suchtmitteln⁶⁸ und auch die (irrtümliche) Verschreibung eines falschen Medikaments trotz selbstständiger Einnahme als tatbestandsmäßige Körperverletzungen gewertet.⁶⁹ Fraglich ist dann nämlich, ob Selbstschädigende bei derart unsicherer Studienlage überhaupt freiverantwortlich handeln können. Nur dann wäre für die Täter ein Zurechnungsausschluss möglich. Damit wird aber bereits die Verschreibung eines nicht hinreichend erforschten Medikaments zur Tathandlung in Form der Gesundheitsschädigung, deren Taterfolg in den daraus resultierenden körperlichen Veränderungen inklusive eines starken bis vollständigen Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit besteht.

Will man auf dieser Basis eine tatbestandsmäßige schwere Körperverletzung durch Verordnung von Pubertätsblockern unter Berücksichtigung der erhöhten Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen sowie des hohen Wertes des in Rede stehenden Rechtsguts, potentieller irreversibler Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 226 StGB), annehmen, so kann nur eine wirksam erteilte Einwilligung (der Minderjährigen oder der gesetzlichen Vertreter) aus der Strafbarkeit retten. Deren Unwirksamkeit aber könnte sich aus § 1631c BGB ergeben, wenn die Behandlung einen Fall verbotener Sterilisation begründet, oder aus § 228 StGB, weil die „Tat“ (die Gabe von Pubertätsblockern) gegen die guten Sitten verstößt.

Nach aktueller Studienlage besteht zwar das Risiko eines (dauerhaften) Verlustes der Fortpflanzungsfähigkeit; ein Kausalzusammenhang allein zwischen Gabe und Verlust ist

⁵⁴ Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (171); Tietz, Gesundheitsrecht Blog 2024, Nr. 51, 2, abrufbar unter <https://gesundheitsrecht.blog/geschlechtsdysphorie-behandlungen/> (5.9.2025).

⁵⁵ Hayes, Frontiers in Psychology 8 (2017), 44; Hough u.a., Psychoneuroendocrinology 75 (2017), 173 (174, 180).

⁵⁶ Conflitti u.a., Journal of Endocrinological Investigation 46 (2023), 1725.

⁵⁷ Sharma/Shrivastava, Cureus 14 (2022), e30320; Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (171).

⁵⁸ Romer, Science Media Center Deutschland, 18.6.2025, <https://www.sciencemediacenter.de/angebote/pubertaetsblocker-und-sexuelle-zufriedenheit-von-trans-personen-25107> (5.9.2025). Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (171).

⁵⁹ Korte, Frauenheilkunde up2date 2016, 163 (168); Tietz, Gesundheitsrecht Blog, Nr. 51, 2024, 1 f. Zu einer Auswahl der Persistenzraten aus Follow-up-Studien: 12 % bei Singh u.a., Psychiatry 2021, 1 (8); 12 % bei Drummond u.a., Developmental Psychology 2008, 34 (42); 27 % bei Wallien/Cohen-Kettenis, Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry 2008, 1413 (1416); 37 % bei Steensma u.a., Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry 2013, 582 (583); Bachmann u.a., Deutsches Ärzteblatt International 121 (2024), 370.

⁶⁰ Brik u.a., Archives of Sexual Behavior 49 (2020), 2611.

⁶¹ Korte (Fn. 41), S. 58

⁶² Crocetti/Rubini/Meeus, Journal of Adolescence 31 (2008), 207.

⁶³ Romer/Lempp, Nervenheilkunde 2022, 309 (313); Ashley, Clinical Child Psychology and Psychiatry 2019, 223 (229); Claahsen-van der Grinten u.a., European Journal of Pediatrics 2021, 1349 (1352); Cohen-Kettenis u.a., Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America 2011, 689

(695); de Vries/Cohen-Kettenis, Journal of Homosexuality 2012, 301 (301 ff.); Delemarre-van de Waal/Cohen-Kettenis, European Journal of Endocrinology 2006, 131 (131 ff.).

⁶⁴ Tietz, Gesundheitsrecht Blog, Nr. 51, 2024, 3; Korte, Frauenheilkunde up2date 2016, 163 (173); Korte/Beier/Bosinski, Sexuologie 2016, 117 (129).

⁶⁵ Carmichael u.a., PLoS One 16 (2021), e0243894; Wiepjes u.a., Journal of Sexual Medicine 15 (2018), 582; de Vries u.a., Journal of Sexual Medicine 8 (2011), 2276.

⁶⁶ Cass (Fn. 15), S. 176–180.

⁶⁷ BGHSt 24, 342 (343); BGHSt 32, 262 (264, 265).

⁶⁸ LG Hamburg RDG 2014, 33; Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 56 Rn. 1.

⁶⁹ BayObLG NJW 2003, 371; mit im Wesentlichen zust. Anm. Freud/Klapp, JR 2003, 431.

aber gegenwärtig nicht ausreichend bewiesen, die Studienlage zu dünn. Gleichwohl erfolgt in nahezu 100 % der Fälle eine Folgebehandlung mit gegengeschlechtlichen Hormonen⁷⁰, die ihrerseits nach einer bestimmten Einnahmedauer in bestimmter Dosierung den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit bewirken kann. Die Gabe von Pubertätsblockern könnte deshalb bereits der strengen Einwilligungssperre in § 1631c BGB unterfallen. Allerdings zielt die Gabe darauf ab, die subjektiv empfundene Geschlechtsidentität mit dem eigenen Körper in Einklang zu bringen und nicht den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit herbeizuführen. Der Fall wird von § 1631c BGB daher nicht ohne Weiteres erfasst.

§ 1631e BGB wiederum, der medizinische Eingriffe an Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung regelt, ist auf Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie nicht direkt anwendbar, zeigt jedoch eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung: Medizinische Maßnahmen mit irreversibler Wirkung auf die geschlechtliche Entwicklung sollen nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig sein. Insofern kann § 1631e BGB als Auslegungs- und Abwägungshilfe herangezogen werden. Eine Einwilligungssperre über § 1631c BGB erscheint demnach angezeigt, wenn eine nur geringe Wahrscheinlichkeit für den irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als Teilfolge hierfür oder wegen der sich anschließenden Hormonbehandlung als notwendige Folge post hoc besteht. Ersteres ist wegen des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung des Jugendlichen und das elterliche Erziehungsrecht abzulehnen. Anders verhält es sich mit Letzterem, d.h. den langfristigen Folgen der Behandlungslogik. So könnte auch die Gabe von Pubertätsblockern unter das Verbot des § 1631c BGB fallen, sofern sie typischerweise den Beginn einer Behandlung markiert, die wegen der Folgebehandlungen in einen irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit mündet.

Dagegen spricht, dass eine zielgerichtete Sterilisation nicht gewünscht ist, sondern nur eine Hemmung der Pubertät. Die Gabe ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit. Vielmehr „überholt“ die sich anschließende Hormonbehandlung als Zweitbedingung die Gabe und reicht erst für einen ausreichend wahrscheinlichen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit hin. Die Gabe von Pubertätsblockern kann damit jedenfalls isoliert betrachtet nicht als Sterilisation i.S.d. § 1631c BGB bezeichnet werden. Allerdings müssen die Langzeitwirkung und der Umstand, dass evidenzbasierte Studien und aussagekräftige Kontrollstudien fehlen, bei der Einwilligungsfähigkeit berücksichtigt werden. Spiegelbildlich zur reduzierten Aufklärungsbasis sind deutlich höhere Anforderungen an Einsichtsfähigkeit und Einwilligungserklärung zu stellen als bei anderen medizinischen Heilbehandlungen. Zur abschließenden Bewertung sind Studien zur Risikoaufdeckung sowie Kontrolle erforderlich; die Gabe von Pubertätsblockern ist bis dahin nur im Rahmen prospektiver, kontrollierter Studien zuzulassen.

⁷⁰ Brik u.a., Archives of Sexual Behavior 49 (2020), 2611; Turban u.a., Pediatrics 145 (2020), e20191725.

Angesichts der Langzeitfolgen könnte die Grenze der Einwilligungssperre wegen Sittenwidrigkeit in § 228 StGB erreicht sein; jedwede Einwilligung wäre dann ohnehin unwirksam mit der Folge der Strafbarkeit. Die Rechtsprechung bewertet den rechtlichen Kern des Begriffs der Sittenwidrigkeit anhand des Gewichts des jeweiligen Rechtsgutsangriffs,⁷¹ im Medizinstrafrecht⁷² zusätzlich nach der Verfolgung eines aner kennenswerten Zwecks.⁷³ Auf Grund der bislang unzureichenden empirischen Studienlage lässt sich derzeit nicht verlässlich beurteilen, wie das Risiko-Nutzen-Verhältnis der Gabe von Pubertätsblockern zur Behandlung oder Linderung von geschlechtsdysphorischen Symptomen im Vergleich zu alternativen Ansätzen – etwa psychotherapeutischer Begleitung oder einem abwartenden Vorgehen – ausfällt. Besonders problematisch ist, dass weder zu den unmittelbaren und langfristigen psychischen und somatischen Effekten der Maßnahmen noch zu ihrem Vergleich mit nicht-medikamentösen Alternativen bislang ausreichend Langzeitstudien vorliegen (siehe oben I.). Die Grenze zur Sittenwidrigkeit dürfte jedenfalls dort überschritten sein, wo sich die Hypothese, dass mit der Behandlung Suizidrisiken signifikant gesenkt werden, als invalide darstellt. Aktuelle Studien belegen dies. Im Medizinstrafrecht kommt es für die Sittenwidrigkeitsgrenze auf die Verfolgung eines anerkannten legitimen Zwecks an. Insofern ist – anders als vielfach behauptet – derzeit jedenfalls im Bereich des Lebensschutzes kein zwingender medizinischer Grund ersichtlich, Minderjährige einer solchen Behandlung zu unterziehen. Ob der Beweggrund, Minderjährigen das Durchlaufenmüssen der Pubertät und die damit einhergehenden psychischen Belastungen zu ersparen, als legitimer Zweck mit der Folge bestehender Einwilligungsfähigkeit und „Sittengemäßheit“ hinreicht, ist mit Blick auf die erheblichen Folgewirkungen und Anschlussbehandlungen mehr als fragwürdig.

V. Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie

Bei der mehrmonatigen Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen (sog. Cross-Hormonen) zur Behandlung von Geschlechtsdysphorie handelt es sich um eine Maßnahme mit irreversiblen Folgen.⁷⁴ Es soll damit gleichwohl niemand gezielt sterilisiert werden. Ziel ist es, den Körper mehr mit der subjektiv empfundenen Geschlechtsidentität in verschiedenen Punkten in Einklang zu bringen. Wegen ihrer Nebenwirkung könnte ihre Gabe dem Sterilisationsverbot in § 1631c BGB unterfallen.

1. Studienlage und medizinische Modalitäten

Die Gabe von Androgenen mit dem Ziel der Transition (Frau-Mann) führt nach mehreren Monaten zu einer weitgehenden

⁷¹ Valerius, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, Handbuch, 2022, § 1 Rn. 211.

⁷² Kern (Fn. 68), § 56 Rn. 10; BGHSt 49, 166 (173).

⁷³ BGHSt 49, 166 (171).

⁷⁴ Diesselhorst, Rechtmäßigkeit ärztlicher Maßnahmen an transidenten und intersexuellen Minderjährigen, 2023, S. 15.

Suppression der ovariellen Funktion.⁷⁵ Während diese in einigen Fällen nach Absetzen der Androgene reversibel sein kann, zeigen Studien, dass eine längerfristige Medikation mit einer fortschreitenden Beeinträchtigung der Ovarialfunktion bis hin zu einem irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit einhergehen kann.⁷⁶ Ebenso führt die feminisierende Hormonbehandlung mit Östrogenen und Antiandrogenen im Rahmen der Transition (Mann-Frau) in der Regel zu einer signifikanten Hodenatrophie und einer weitgehenden Unterdrückung der Spermiogenese, die bei längerer Behandlungsdauer mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr reversibel ist.⁷⁷

Da in beiden Fällen das signifikante Risiko eines dauerhaften Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit erheblich ist, wird Personen mit Transitions- und nicht eindeutig bzw. ausreichend sicher ausgeschlossenen bzw. abgeschlossenen Kinderwunsch dringend geraten, vor Beginn der Hormonbehandlung eine Kryokonservierung von Eizellen/ovariellem Gewebe bzw. Spermien in Betracht zu ziehen, da eine Wiederherstellung der Fortpflanzungsfähigkeit nach mehreren Jahren oft nicht mehr möglich ist.⁷⁸ Eine Erfolgsgarantie bei der späteren Nutzung des kryokonservierten Materials besteht freilich nicht.⁷⁹ Vor Einsetzen der Pubertät ist eine Kryokonservierung medizinisch nicht unproblematisch, da eine Ausreifung der Keimzellen in der Regel noch nicht stattgefunden hat; sie steht daher nicht in jedem Fall als Option zur Verfügung.⁸⁰ Erschwerend wirkt sich aus, dass die Gabe gegen geschlechtlicher Hormone in der Mehrzahl der Fälle – nach aktuellen Studien nahezu regelhaft – unmittelbar an die Gabe von Pubertätsblockern anschließt,⁸¹ ohne dass eine Phase ohne transaffirmative Medikamente vorgesehen ist, in der eine geschlechtsspezifische Reifung der Keimzellen ermöglicht würde.⁸² In der Folge ist eine Kryokonservierung selbst in späteren Phasen der Behandlung regelmäßig ausgeschlossen oder allenfalls mit deutlich reduzierten Erfolgsaussichten verbunden.

2. Strafrechtliche Relevanz der Gabe gegengeschlechtlicher Hormone

Der vom Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (BtG) vom 12. September 1990⁸³ eingeführte § 1631c BGB will eine Sterilisation Minderjähriger generell ausschließen.⁸⁴ Ärzten ist die gezielte Vornahme der Sterilisation an Minderjährigen wegen § 1631c BGB daher umfänglich untersagt und im Falle der Zuwiderhandlung mit Kriminalstrafe bedroht, §§ 223 ff. StGB. Der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit ist gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB Erfolgsqualifikation, für die bei entsprechendem Gefahrverwirklichungszusammenhang mit dem Grunddelikt Körperverletzung Fahrlässigkeit genügt.⁸⁵ Zweifel am Vorliegen des Gefahrverwirklichungszusammenhangs bestehen nicht, wenn – wie hier – die den Körperverletzungstatbestand grundsätzlich verwirklichende Grundhandlung notwendig die schwere Folge einschließt.⁸⁶ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit entfallen allein bei wirksamer Einwilligung.⁸⁷

Die Suspendierungswirkung einer formal wirksam erteilten Einwilligung, hier der gesetzlichen Vertreter, setzt also voraus, dass es sich um die Zustimmung zu einer Sterilisation i.S.v. § 1631c BGB handeln kann. Wenn die Gabe von gegen geschlechtlichen Hormonen wegen der damit notwendig verbundenen Wirkungen (partieller oder vollständiger Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit) als „Sterilisation“ gelten, unterfiele dieser Baustein transaffirmativer medizinischer Maßnahmen bei Minderjährigen zugleich der Vorschrift des § 1631c BGB mit der Folge der Geltung der gesetzlich angeordneten Verfügungsgrenze. Die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter wäre unwirksam, Folge ein Behandlungsverbot und umfassendes Strafbarkeitsrisiko wegen Körperverletzung für Ärzte (sogleich unten V. 3.). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn § 1631c BGB so eng auszulegen wäre, dass die Vorschrift nur greift, wenn eine Sterilisation primäres Ziel und final angestrebt ist. Ob es zielgerichtet auf eine Sterilisation ankommen muss oder ob eine Behandlung jene auch als nur mittelbare Nebenfolge (nichtintendierter Nebeneffekt) einschließen kann, ist umstritten.

⁷⁵ Dimakopoulou/Seal, Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism 38 (2024), 101908.

⁷⁶ Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (170); Zepf u.a. (Fn. 15), S. 91.

⁷⁷ Glinborg u.a., European Journal of Endocrinology 185 (2021), R49.

⁷⁸ Reckhow/Kula/Babayev, Therapeutic Advances in Endocrinology and Metabolism 14 (2023), 20420188231178371.

⁷⁹ Klipstein/Kelly/Lalwani, Archives of Gynecology and Obstetrics 310 (2024), 1889.

⁸⁰ Vgl. S2k-Leitlinie der AWMF (Fn. 2).

⁸¹ Carmichael u.a., PLoS One 16 (2021), e0243894.; Wiepjes u.a., Journal of Sexual Medicine 15 (2018), 582; De Vries u.a., The Journal of Sexual Medicine 8 (2011), 2276.

⁸² Cheng u.a., Translational Andrology and Urology 8 (2019), 209.

⁸³ BGBl. I 1990, S. 2002.

⁸⁴ Kemper (Fn. 51), § 1631c Rn. 1; Huber (Fn. 51), § 1631c Rn. 1.

⁸⁵ Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 226 Rn. 1.

⁸⁶ Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 18 Rn. 46. Allein über das Vorliegen von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (gefährliche Körperverletzung) wird nur insoweit gestritten, dass sie nicht mit dem Einsatz medizinischer Arbeits-Gerätschaften erfüllt werden könne, Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2025, § 224 Rn. 28.1 ff.; LG Köln NJW 2012, 2128 (2128 Rn. 10); dagegen: BGH, Urt. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23, Rn. 25, 27, 29; OLG Karlsruhe NSTZ 2022, 687 (687 Rn. 7); Hardtung (Fn. 3), § 224 Rn. 50.

⁸⁷ Hardtung (Fn. 3), § 224 Rn. 50.

3. Gabe gegengeschlechtlicher Hormone als Fall von § 1631c BGB?

Kemper definiert Sterilisation als „jede Maßnahme, durch die die Zeugungs- oder Gebärfähigkeit dauerhaft beseitigt wird“.⁸⁸ Sowohl mechanische als auch biochemische Eingriffe seien grundsätzlich erfasst.⁸⁹ Ob dazu ein Eingriff in den Körper erforderlich ist, sei unerheblich, auch die Möglichkeit einer Wiederherstellung der Fortpflanzungsfähigkeit unbeachtlich.⁹⁰ Aus § 1830 Abs. 2 S. 3 BGB werde deutlich, dass eine Sterilisation i.S.v. § 1830 Abs. 1 BGB auch dann vorliegt, wenn eine Wiederherstellung der Fortpflanzungsfähigkeit möglich ist.⁹¹ Denn nach dem weiten Schutzzweck der Norm unterfallen sämtliche Maßnahmen, die – gleich in welcher Form – objektiv zu einem partiellen oder vollständigen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führen, dem Schutzbereich.⁹² Danach käme es nicht darauf an, ob die eingetretene Wirkung nur die „sekundäre“, nicht intendierte Folge des Eingriffs bildete.⁹³

Nach Kerscher ist Sterilisation i.S.d. § 1631c BGB hingegen nur die auf Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit durch gezielt „gerichtete operative“ Unterbrechung oder Unbrauchbarmachung der Samen- oder Eileiter und ohne Beeinträchtigung sonstiger Körperfunktionen (z.B. Fähigkeit zum Geschlechtsverkehr) zielende Maßnahme.⁹⁴ Der Eingriff muss, um als Sterilisation zu gelten, „den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (final) bezwecken“.⁹⁵ Ärztliche Eingriffe, die das Risiko eines Verlustes der Fortpflanzungsfähigkeit als Nebenfolge (nichtintendierten Nebeneffekt) in sich tragen, gelten danach nicht als Sterilisation.⁹⁶ Diese Konsequenz gälte für die Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen, die eine Sterilisation nur als nichtintendierten Nebeneffekt zur Folge haben, nicht. Ein Einwilligungsausschluss zu Lasten der gesetzlichen Vertreter läge nicht vor. Bisher zu wenig beachtet, hängt die Entscheidung, ob die Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen wegen ihrer möglichen Sterilisationswirkung § 1631c BGB unterfällt, also vom Normzweck der Vorschrift und der daraus folgenden maßgebenden Auslegung ab.

a) Weite Auslegung: Sterilisation im „weiteren“ Sinne

Ausweislich der Gesetzesmaterialien ist eine weite Auslegung der Vorschrift⁹⁷ nicht unplausibel: „Der Grund dieser Regelung ist – nicht zuletzt vor dem Hintergrund historischer Erfahrungen während der Zeit der nationalsozialistischen

Diktatur – zum einen darin zu sehen, dass eine Umgehung der engen Sterilisationsvoraussetzungen des § 1830 BGB über die ‚vorsorgliche‘ Sterilisation vor Erreichen der Volljährigkeit verhindert werden soll.“⁹⁸

Die Entwicklung Minderjähriger sei gerade noch nicht abgeschlossen.⁹⁹ Die Erforderlichkeit einer Sterilisation und deren – physische oder psychische – Folgen ließen sich daher bei Minderjährigen nicht vollumfänglich und nur unsicher hinsichtlich aller Konsequenzen einschätzen.¹⁰⁰ Eine im Gesetzgebungsverfahren diskutierte (!) Ausnahmeregelung einer möglichen Einwilligung durch Dritte, insbesondere durch die Kindeseltern (bzw. gesetzlichen Vertreter),¹⁰¹ wurde nicht Gesetz. Richtet man den Blick mithin allein auf die Folgen der Maßnahme, so bewirkt sie einen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit¹⁰² ebenso wie eine (bezweckte bzw. gezielte) Sterilisation.

Dass der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit bei der Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen nicht die intendierte bzw. gewünschte¹⁰³, sondern allenfalls notwendige Nebenfolge ist, spricht nicht gegen die weite Auslegung. Weder kommt es im Zivilrecht auf Formen der Finalität an, noch hier für die schwere Körperverletzung, für die hinsichtlich des Verlusts der Fortpflanzungsfähigkeit Fahrlässigkeit genügt.¹⁰⁴ Teleologisch steht dem Grundrechtsträger im liberalen Rechtsstaat grundsätzlich ein umfassendes Selbstzerstörungs- und sogar Selbsttötungsrecht zu.¹⁰⁵ Er darf auf Grundrechtsschutz verzichten. § 1631c BGB schützt Minderjährige vor Behandlungen, die ihn trotz formal wirksam erteilter Einwilligung in einer Weise schädigen, dass sie strafrechtlicher Regulierung bedürfen: wenn Eltern in eine Sterilisation einwilligen. Solche „weich paternalistischen“ Normen sind im liberalen Rechtsstaat nicht unproblematisch, aber begründbar. Das Recht enthält auch an anderer Stelle Einwilligungssperren, die formal wirksam erteilte Autorisierungen durch den Rechtsgutträger suspendieren: Zentralbeispiele sind § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) und § 228 StGB (Sittengrenze).¹⁰⁶

⁸⁸ Kemper (Fn. 51), § 1830 Rn. 3; Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 1 f.

⁸⁹ Brilla, in: Artz u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 1.7.2025, § 1830 Rn. 17.

⁹⁰ Kemper (Fn. 51), § 1830 Rn. 3.

⁹¹ Brilla (Fn. 89), § 1830 Rn. 18.

⁹² Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 2.

⁹³ Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 2.

⁹⁴ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 4–6.1.

⁹⁵ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 4–6.1.

⁹⁶ Veit/Schmidt (Fn. 51), § 1631c Rn. 4; Salgo, in: Staudinger, BGB Kommentar, 2020, § 1631c Rn. 7; Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6, 6.1.

⁹⁷ Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 1 f.

⁹⁸ BT-Drs. 11/4528, S. 73, 76.

⁹⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 76.

¹⁰⁰ World Health Organization, Eliminating forced, coercive, and otherwise involuntary sterilization: An Interagency Statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO, 2014, abrufbar unter <https://iris.who.int/handle/10665/112848> (5.9.2025).

¹⁰¹ BT-Drs. 11/4528, S. 53.

¹⁰² Meyer/Boczek/Bojunga, DÄBl. 43/2020, 725 (726) im Kasten.

¹⁰³ Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167 (170); Cheng u.a., TAU 3/2019, 209 (211).

¹⁰⁴ Sternberg-Lieben (Fn. 85), § 226 Rn. 8; Hardtung (Fn. 3), § 226 Rn. 3, 41, 45.

¹⁰⁵ BVerfG BeckRS 2020, 2216 Rn. 210.

¹⁰⁶ Eser/Sternberg-Lieben, in: Tübinger Kommentar (Fn. 85), § 216 Rn. 15; Rissing van Saan, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommen-

Art. 1 GG lässt ein verfassungsrechtliches Menschenbild erkennen, das stark von der Achtung eines selbstbestimmten Lebensentwurfes und Autonomie geprägt ist.¹⁰⁷ Zwar ist es nicht Aufgabe des Strafrechts, bestimmte moralische Vorstellungen zu schützen, umgekehrt muss es sich indes nicht vor jedem noch so vorübergehenden Wunsch Einzelner respektvoll zurückziehen.¹⁰⁸ Hoerster gesteht der Strafrechtsordnung zu, den Einzelnen immer dann vor Schädigungen zu bewahren, wenn dessen eigene *dauerhafte* Interessen dieses erfordern.¹⁰⁹ Ein punktueller, völlig irrationaler Wunsch, etwa zur Entfernung aller Zähne¹¹⁰, ist (nur) in geringerem Maße berücksichtigungsfähig. Ein Indiz für eine solche Betroffenheit *dauerhafter* Interessen ist eine gravierende objektive Disproportion von Nutzen und Nachteil bzw. Risiken. Damit spielen der potentielle Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit und die unzureichende Studienlage eine entscheidende Rolle. Mit welchen Kriterien eine Einwilligungsfähigkeit beim Minderjährigen im Allgemeinen festgestellt werden kann, ist ungeklärt.¹¹¹ Was das Bevormundungsargument daneben plausibel macht, ist, dass das Interesse an der Fortpflanzung erst in oder nach der Pubertät entsteht.¹¹² Zwölfjährige können vermutlich nicht verlässlich über das Haben eines Kinderwunsches urteilen, wenn sie noch gar nicht geschlechtsreif sind. Stattdessen dominieren in dieser Phase womöglich punktuelle Wünsche nach optischen und ästhetischen Veränderungen des eigenen Erscheinungsbildes. Der mögliche langfristige Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit spielt zeitlich (noch) eine untergeordnete Rolle. Ihr Erhalt aber ist ein dauerhaftes Interesse bis zu dem Zeitpunkt, an dem in urteilsfähigem Zustand darüber entschieden werden kann. Diesem Interesse droht mit hoher Wahrscheinlichkeit ein irreversibler Schaden, wenn die Gabe gegengeschlechtlicher Hormone erfolgt. Dem Staat erwächst daraus die Befugnis zur Schaffung von Verbotsnormen.¹¹³ Danach besteht ein Strafbarkeitsrisiko wegen §§ 223, 226 StGB, weil die Gabe gegengeschlechtlicher Hormone als Sterilisation i.w.S. angesehen werden kann, um Minderjährige vor Verlust zu schützen.

tar, StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 216 Rn. 10; Grünwald (Fn. 3), § 228 Rn. 1.

¹⁰⁷ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 106. Lfg., Stand: Oktober 2024, Art. 1 Rn. 28.

¹⁰⁸ Müller-Mattheis/Bonte/Ackermann, Akt. Urol. 19 (1988), 325 (326) m. Verweis auf Hoerster.

¹⁰⁹ Müller-Mattheis/Bonte/Ackermann, Akt. Urol. 19 (1988), 325 (326); Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S. 28 ff.

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77 = BeckRS 1978, 109173 = NJW 1978, 1206 f.

¹¹¹ Schrott, medstra 2021, 358 (365 f.).

¹¹² WHO-Regionalbüro für Europa und BZgA, Standards für die Sexualaufklärung in Europa, Rahmenkonzept für politische Entscheidungsträger, Bildungseinrichtungen, Gesundheitsbehörden, Expertinnen und Experten, 2011, S. 29.

¹¹³ Wapler, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 122 m.w.N.

b) Ausnahmen

Gleichwohl werden in anderen Fällen Ausnahmen zu § 1631c BGB anerkannt. Weil die Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen allenfalls mittelbar sterilisiert, ist zu fragen, ob vergleichbar auch hier eine anzuerkennende Ausnahme vorliegt.

aa) Intersexualität

§ 1631e BGB erlaubt in engen Grenzen Maßnahmen, die das Ziel verfolgen (bzw. bezwecken), geschlechtliche Eindeutigkeit bei Intersexualität herbeizuführen.¹¹⁴ Eine solche Maßnahme bedarf grundsätzlich der vorherigen familiengerichtlichen Genehmigung sowie einer unabhängigen Stellungnahme einer interdisziplinären Kommission. Die Entscheidung darf nur getroffen werden, wenn sie dem Kindeswohl entspricht und die betroffene minderjährige Person – abhängig von Alter und Reife – in die Entscheidungsfindung einbezogen wurde. Zu beachten ist, dass nicht alle intersexuellen Personen von vornherein über eine funktionale Fortpflanzungsfähigkeit verfügen, sodass nur ein vergleichsweise kleiner Teil durch medizinisch geschlechtszuweisende Eingriffe tatsächlich die Möglichkeit zur Fortpflanzung verliert; zudem führt nicht jeder dieser Eingriffe zwangsläufig zu einem Verlust einer vorher vorhandenen Fortpflanzungsfähigkeit. Anlass der Vorschrift war es, an gesunden Kindern, die weder eindeutig dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden konnten, nicht erforderliche medizinische Behandlungen, nur um eine „eindeutige“ Geschlechtszuweisung im Sinne des binär geprägten Gesellschaftsbildes zu generieren, zu regulieren.¹¹⁵ In diese kann man unter Beteiligung des Familiengerichts und einer Kommission einwilligen, auch wenn dadurch der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit herbeigeführt wird.

Bei Maßnahmen zur Behandlung der Geschlechtsdysphorie handelt es sich hingegen um eine grundlegend andere Situation. Anders als bei körperlich objektivierbaren Symptomen im Sinne einer Intersexualität, liegt hier ein subjektives Erleben vor: das Empfinden, sich im falschen Körper zu befinden. Die Diagnose stützt sich dabei ausschließlich auf die Selbstaussagen der betroffenen Minderjährigen; objektive oder überprüfbare klinische Marker existieren nicht (Details siehe oben I.).¹¹⁶ Dieser Fall wurde weder in § 1631e BGB noch im neuen Selbstbestimmungsgesetz integriert. § 1631e BGB trifft demnach keine Aussage zur Geschlechtsdysphorie.

¹¹⁴ Huber (Fn. 51), § 1631c Rn. 4; Veit/Schmidt (Fn. 51), § 1631c Rn. 4; Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6.

¹¹⁵ Schwedler, in: Artz u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 1.7.2024, § 1631e Rn. 2; Veit/Schmidt (Fn. 51), § 1631e Rn. 1; Huber (Fn. 51), § 1631e Rn. 1 ff.

¹¹⁶ Preuss, Geschlechtsdysphorie, Transidentität und Transsexualität im Kindes- und Jugendalter, 2021, S. 20 f.

bb) Medizinisch indizierte lebensnotwendige Maßnahmen

Nicht § 1631c BGB unterfallen, sollen weiter „Bestrahlungen“, die „operative Entfernung von Keimzellen“, z.B. zur Behandlung eines Hodenkarzinoms oder die Behandlung einer Bauchhöhlenschwangerschaft.¹¹⁷ Hier sei der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit zwar „sekundäre Folge der Heilbehandlung“¹¹⁸, dient aber Lebensschutzinteressen. § 1631c BGB soll also nicht für Maßnahmen greifen, die dem Lebenserhaltungs- oder vitalen Gesundheitsinteresse der Minderjährigen (Betroffenen) dienen.¹¹⁹ Andernfalls könnten Ärzte medizinisch notwendige, lebenserhaltende Behandlungen nicht mehr durchführen. Die Einwilligung in das Leben sichernde Maßnahmen muss demnach erlaubt sein; dem verfassungsrechtlich legitimierte Schutzgut Leben kommt nach Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein höheres Gewicht zu als der körperlichen Unversehrtheit und reproduktiven Freiheit.¹²⁰

c) Gegengeschlechtliche Hormone im Lichte eines Abwägungsmodells

Entscheidend für die hier gestellte Frage, ob die Gabe gegen geschlechtlicher Hormone trotz ihrer möglichen Sterilisationswirkung dem Schutz höherwertiger Rechtsgüter dient und eine Abwägung zu Gunsten medizinischer Maßnahmen erlaubt,¹²¹ ist mithin eine Wertbestimmung oder (eine Art) Rechtsgüterkalibrierung. Allerdings lässt sich aus der Verfassung allenfalls eine schwache Güterkalibrierung ableiten: An der Spitze stehen die Würde des Menschen und das Leben, erst danach körperliche Unversehrtheit, Selbstbestimmung, reproduktive Freiheit (Fortpflanzung), Ehre, Eigentum, usw.¹²² Vor dem Hintergrund der unklaren Studienlage, der diagnostischen Unsicherheiten und der fehlenden Nachweise für eine positive, inklusive suizidpräventive Wirkung transaffirmativer Maßnahmen (Details siehe oben bei I.) erscheint ein genereller Ausschluss vom Anwendungsbereich des § 1631c BGB nicht gerechtfertigt. Vielmehr spricht die aktuelle Evidenz dafür, solche Eingriffe nur unter strengen Voraussetzungen zuzulassen. Diese Einschätzung teilte auch der 128. Deutsche Ärztetag 2024, der in einem Beschluss die Bundesregierung aufforderte, „Pubertätsblocker, geschlechtsumwandelnde Hormonbehandlung oder ebensolche Operationen bei unter 18-jährigen Personen mit Geschlechtsinkon-

gruenz (GI) bzw. Geschlechtsdysphorie (GD) nur im Rahmen kontrollierter wissenschaftlicher Studien und unter Hinzuziehen multidisziplinärer Teams sowie einer klinischen Ethikkommission und nach abgeschlossener medizinischer und insbesondere psychiatrischer Diagnostik und Behandlung eventueller psychischer Störungen zu gestatten.“¹²³ Die Maßgabe des Ärztetags entspricht der Schutzrichtung in §§ 1631c und 1631e BGB und erlaubt deren Verwirklichung, insbesondere auch mit dem weiteren Blick auf die Genehmigung des Familiengerichts und die befürwortende Stellungnahme einer Kommission nach § 1631e Abs. 3–5 BGB. Für die studieneinschließende Behandlung und das Vorgehen (forschungsleitend) wäre danach eine differenziertere und individuellere Entscheidungsfindung auf der Grundlage einer gründlichen psychopathologischen Beurteilung, wie sie derzeit nur im jeweiligen Einzelfall möglich und verlässlich sind, eine denkbare Maßgabe. Sämtliche Erwägungsgründe sind dazu ausführlich zu dokumentieren. Alternative, weniger invasive (d.h. psychiatrische/psychotherapeutische) Behandlungen sind abzuwägen und im jeweiligen Einzelfall festzustellen, ob sie bzw. dass sie nicht zu einer Linderung des Leidens führen bzw. vorab nicht geführt haben.

Anders als etwa ein unbehandeltes Karzinom, das valide mit einem bestimmten Grad an Letalität einhergeht,¹²⁴ kann ein Anwendungsausschluss vorliegend also nicht gerechtfertigt erscheinen. Die von der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher aufgegriffenen Ausnahmefälle¹²⁵ sind mit der Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen daher nicht funktional vergleichbar. Das Rechtsgut Leben ist mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit kausal betroffen. Die derzeit nicht eindeutige Studienlage spricht vielmehr dafür, dass kein hinreichender Grund besteht, die Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen dem Verbot des § 1631c BGB zu entziehen.

d) Nichtbehandlung als (strafwürdiges) Unterlassen?

In seiner Ad-hoc-Erklärung wies nun aber der deutsche Ethikrat darauf hin, dass auch ein Nicht-Behandeln eine Schädigung darstellen könne.¹²⁶ In Fällen unsicherer Datenlage wie hier scheint sich ein Dilemma aufzudrängen: Entweder man behandelt auf der Grundlage unsicherer Daten, ohne zu wissen, welche gesundheitlich schädlichen Folgen durch die jeweilige Maßnahme drohen, oder man lässt Patienten unbehandelt und schadet eventuell durch Nichtverhinderung der Verfestigung und Intensivierung des Leids. Ärzte,

¹¹⁷ Salgo (Fn. 96), § 1631c Rn. 7; Preisner, in: Soergel, BGB, Kommentar, Bd. 19/2, 13. Aufl. 2017, § 1631c Rn. 12; Götz, in: Grüneberg, Bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 1631c Rn. 1; Kern/Hiersche, MedR 1995, 463 (467).

¹¹⁸ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6.

¹¹⁹ Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 1, 3; Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6, 6.1; Veit/Schmidt (Fn. 51), § 1631c Rn. 4.

¹²⁰ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6, 6.1; Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 1, 3.

¹²¹ Hardtung (Fn. 3), § 228 Rn. 18; Erb, in: Erb/Schäfer (Fn. 85), § 34 Rn. 130.

¹²² Erb (Fn. 121), § 34 Rn. 139; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 29.

¹²³ DÄT-Dr Nr. Ic-48, 128. Deutscher Ärzte Tag, Mainz 07 – 10.05.2024, Beschlussantrag, S. 1 ff.; Zepf u.a., Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 52 (2024), 167.

¹²⁴ Geijteman u.a., BMJ 2024, 384, e076625.

¹²⁵ Kerscher (Fn. 49), § 1631c Rn. 6, 6.1; Spickhoff (Fn. 49), BGB § 1631c Rn. 3.

¹²⁶ Deutscher Ethikrat, Trans-Identität bei Kindern und Jugendlichen: Therapeutische Kontroversen – ethische Orientierungen, Ad-Hoc-Empfehlung, S. 3, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-trans-identitaet.pdf> (5.9.2025).

die (noch) keinen Behandlungsvertrag abgeschlossen haben, haben grundsätzlich keine Garantenpflicht nach § 13 StGB inne und sind jedenfalls im Kontext unechten Unterlassens nicht zur Verhinderung der Pubertät oder Veränderungen des Körpers durch andere transaffirmative medizinische Maßnahmen verpflichtet. Des Nachweises bedürfte aber auch insoweit, ob für den Fall der Nicht-Gabe eine konkrete, nur durch transaffirmative medizinische Maßnahmen behebare Lebensgefahr für die Minderjährigen drohte, die man dadurch abwenden müsste, die Gabe nicht § 1631c BGB unterfallen zu lassen. Andernfalls fehlt es an der erforderlichen (Quasi-)Kausalität des Unterlassens; also aufgrund der Studienlage gerade hier.

e) Zwischenergebnis

Die Gabe gegengeschlechtlicher Hormone ist ein Fall der Sterilisation i.w.S. und als solche vom Schutzzweck des § 1631c BGB erfasst. Es bedarf zu dessen Ausschluss im jeweiligen Einzelfall der umfassenden Abwägung und Dokumentation; zur Legalisierung der Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen bedarf es der Feststellung, dass nach einer umfassenden und sorgfältigen Einzelfallabwägung unter Einbezug multipler Perspektiven und Expertisen bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeiten im konkreten Fall der mögliche Nutzen (vermeintliche durch die Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen verursachte Abwendung von Suizidgefahr und Lebensschutz¹²⁷) die denkbar möglichen Schäden (Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit) überwiegt. Aufgrund des verfassungsrechtlich hohen Guts der geschlechtlichen Selbstbestimmung einerseits und der reproduktiven Freiheit und des Rechts auf Fortpflanzung andererseits, gilt es daher, im Einzelfall zwischen einem möglichen „Schaden durch aktives Tätigwerden“ und einem „Schaden durch Abwarten“ im Rahmen eines dialogischen Prozesses und im Rahmen eines multiprofessionellen Diagnostik- und Behandlungskonzeptes abzuwägen. Für den Abwägungsprozess relevant ist, dass aufgrund der Ergebnisse neuerer, qualitativ hochwertiger Studien eine engmaschige psychotherapeutische Begleitung und Behandlung koexistierender psychischer Probleme bis hin zum Vollbild einer Störung gegenüber transaffirmativen medikamentösen Maßnahmen ein gerade wirksames, aber milderer, Mittel darstellt; die Option „Zuwarten“ mithin nicht gleichzusetzen ist mit „Nichtstun“. Für den Abwägungsprozess lassen sich außerdem Entwicklungen in anderen europäischen und auch außereuropäischen Ländern jedenfalls als Orientierungshilfe heranziehen. Um den etablierten Standards der evidenzbasierten Medizin gerecht zu werden, sind prospektive Längsschnittstudien und qualitativ hochwertige klinische Studien – auch wenn beide nur unter besonders schwierigen Grundvoraussetzungen und erheblichen rechtlichen Einschränkungen durchzuführen sind – dringend zu entwickeln und erforderlich, um die längerfristigen Folgen der Geschlechtsdysphorie und verschiedener

¹²⁷ Hier nicht explizit diskutiert ist damit, welche anderen Maßnahmen ein vermeintlich erhöhtes Suizidrisiko senken könnten. Das muss aus Platzgründen einem anderen Beitrag vorbehalten bleiben.

Behandlungsoptionen bei Minderjährigen zukünftig besser bewerten zu können.

IV. Operative geschlechtsangleichende Maßnahmen bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie

Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie werden gegenwärtig – auf Selbstzahlerbasis – gesunde Körperteile amputiert, und zwar auch ohne Indikationsgutachten lediglich auf Wunsch der Patienten sowie mit Einwilligung der Minderjährigen oder der Erziehungsberechtigten.¹²⁸ Nur in *bestimmten Fällen* wird ein Gutachten von Psychologen oder Fachärzten benötigt. Auch in anderen Ländern – darunter Thailand, Australien, Iran (aber aus anderen Gründen als in westlichen Ländern), Kanada (in bestimmten Provinzen), die USA (in einigen Bundesstaaten) und die Niederlande – sind geschlechtsangleichende Operationen für Minderjährige mit Geschlechtsdysphorie unter spezifischen Bedingungen möglich.¹²⁹ Weltweit betonen medizinische Leitlinien, dass irreversible operative Maßnahmen (unabhängig vom Alter) erst nach umfassender Diagnostik und eingehender psychotherapeutischer Begleitung, einer stabilen, subjektiv empfundenen Geschlechtsidentität sowie nach einer mehrjährigen Gabe von gegengeschlechtlichen Hormonen erfolgen sollten.¹³⁰ Risiken

¹²⁸ Vgl. Informationen des Sana Krankenhauses Gerresheim zu geschlechtsaffirmierender Brustchirurgie, abrufbar unter <https://www.sana.de/duesseldorf-gerresheim/medizin-pflege/zentrum-fuer-transgenderchirurgie-sowie-postbariatrische-chirurgie-adipositas-straffungsoperationen-liposuktion-lipoedem/mastektomie-bei-frau-zu-mann-fzm> (5.9.2025); Informationen der plastischen Chirurgie Medienhafen/Düsseldorf, abrufbar unter <https://www.plastische-chirurgie-medienhafen.de/transgender-chirurgie.html> (5.9.2025).

¹²⁹ ILGA World Trans Legal Mapping Report 2019, vgl. <https://ilga.org/ilga-world-maps/> (5.9.2025); vgl. nur zu den Voraussetzungen in Kanada <https://novascotia.ca/dhw/gender-affirming-care/>; in Thailand <https://www.transgendersurgerythailand.com/transgender-surgery.html>;

in den Niederlanden: Federatie Medisch Specialisten, 2019; Kwaliteitsstandaard transgenderzorg – somatisch, Richtlijndatabase, abrufbar unter [https://richtlijndatabase.nl/uploaded/docs/Kwaliteitsstandaard Transgenderzorg Somatisch.pdf](https://richtlijndatabase.nl/uploaded/docs/Kwaliteitsstandaard%20Transgenderzorg%20Somatisch.pdf) (5.9.2025);

in Australien: Telfer u.a., Australian Standards of Care and Treatment Guidelines for Trans and Gender Diverse Children and Adolescents. Version 1.3. Royal Children's Hospital Melbourne (2018), abrufbar unter <https://www.rch.org.au/uploadedFiles/Main/Content/adolescent-medicine/australian-standards-of-care-and-treatment-guidelines-for-trans-and-gender-diverse-children-and-adolescents.pdf> (5.9.2025).

¹³⁰ Telfer u.a. (Fn. 129); Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, S3-Leitlinie: Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-

umfassen allgemeine OP-Komplikationen wie Infektionen, Wundheilungsstörungen oder Sensibilitäts- bzw. Funktionsverlust.¹³¹ Genitaloperationen schließen eine spätere biologische Elternschaft in der Regel endgültig aus.¹³² Die entsprechenden geschlechtsangleichenden operativen Eingriffe können in zwei Hauptkategorien unterteilt werden: Brustoperationen (Mastektomie und Brustaufbauoperationen) und genitale Angleichungen (Neovagina oder Penoidaufbau).¹³³

1. Studienlage, Vorkommen und medizinische Modalitäten

Eine Schwangerschaft erfordert Eierstöcke zur Produktion von Eizellen, Eileiter zu Befruchtung und Transport der Eizelle, die Gebärmutter zur Einnistung und Entwicklung des Embryos sowie die Vagina als Geburtskanal,¹³⁴ sonst sind natürliche Empfängnis und Geburt ausgeschlossen.¹³⁵ Bestehende Fortpflanzungsbarrieren lassen sich nur mittels assistierter Reproduktionstechnologie (ART, engl. Assisted Reproductive Technology) überwinden, nicht funktionstüchtige Fortpflanzungsorgane (-teile) kaum ersetzen.¹³⁶ Mittels In-vitro-Fertilisation (IVF) werden die Eileiter umgangen,¹³⁷ Eierstöcke und Gebärmutter bleiben dagegen für den Behandlungserfolg unerlässlich.¹³⁸ Fehlende oder funktionsunfähige Eierstöcke lassen sich ihrerseits durch eine Eizellenspende ersetzen, sofern eine funktionsfähige Gebärmutter vorhanden ist.¹³⁹ Eine Gebärmuttertransplantation bleibt schließlich eine

noch seltene, aber mögliche Technik,¹⁴⁰ bedarf aber der gesunden, transplantierbaren Organe.¹⁴¹ Vor allem kann wegen der in Deutschland geltenden Verbote der Eizellspende und Leihmutterschaft für die Fortpflanzungsfähigkeit hierauf nicht verwiesen werden.¹⁴²

Insbesondere finden aber im Zuge von geschlechtsangleichenden Operationen unabhängig von der Fortpflanzungsfähigkeit chirurgische Anpassungen (mit wechselseitigen Wirkungen auf die Fortpflanzungsfähigkeit) statt.¹⁴³ Eine Hysterektomie kann Teil transaffirmativen medizinischer Maßnahmen bei Geschlechtsdysphorie sein.¹⁴⁴ Für diese Maßnahme entscheidet sich, wer das Fortbestehen der Gebärmutter als dysphoriefördernd empfindet.¹⁴⁵ Durch die Gabe von Testosteron bedingte Atrophie der Gebärmutter Schleimhaut oder ein erhöhtes Risiko für bestimmte gynäkologische Erkrankungen können die Indikation einer Hysterektomie begründen.¹⁴⁶ In vielen Fällen wird der Eingriff mit einer Oophorektomie kombiniert, um die Hormonproduktion der Eierstöcke zu unterbinden.¹⁴⁷ Daher ist vor einem solchen Eingriff eine umfassende Beratung über die Fortpflanzungsfähigkeit erhaltende Maßnahmen, wie z.B. Kryokonservierung von Eizellen oder Spermien, unerlässlich. Allerdings gelten für eine Kryokonservierung im Vorfeld operativer Maßnahmen dieselben Einschränkungen wie im Vorfeld der Gabe von Pubertätsblockern oder gegengeschlechtlicher Hormone: Ist die Keimzellreifung infolge früherer Behandlungen nicht erfolgt oder medizinisch nicht mehr möglich, sind die Erfolgsaussichten deutlich bis vollständig reduziert (Details siehe oben IV. 1.).

Gesundheit: Diagnostik, Beratung, Behandlung, 9.10.2018, abrufbar unter

<https://www.awmf.org/leitlinien/detail/II/138-001.html>

(5.9.2025); zu den Schwierigkeiten der Diagnostik und prognostischen Einschätzung (siehe oben II.).

¹³¹ Wiepjes u.a., *Journal of Sexual Medicine* 15 (2018), 582; Bishop/Morgan-Daniel/Alappattu, *Physical Therapy* 103 (2023), pzd045.

¹³² Boedeker u.a., *Obstetrics & Gynecology* 145 (2025), e136.

¹³³ Bishop/Morgan-Daniel/Alappattu, *Physical Therapy* 103 (2023), pzd045.

¹³⁴ Francés-Herrero u.a., *Human Reproduction Update* 28 (6/2022), 798.

¹³⁵ Francés-Herrero u.a., *Human Reproduction Update* 28 (6/2022), 798.

¹³⁶ TAB-Brief Nr. 38, abrufbar unter

<https://www.tab-beim-bundestag.de/news-2011-01-10-wunscherfuellung-durch-technik.php> (5.9.2025);

Tenchov/Zhou, *ACS Omega* 10 (2025), 22347.

¹³⁷ Beck/Freundl, *Der Gynäkologe* 2009, 305 (306); Kentenich/Sibold/Tandler-Schneider, *Bundesgesundheitsblatt* 2013, 1653 (1653).

¹³⁸ Beck/Freundl, *Der Gynäkologe* 2009, 305 (306).

¹³⁹ Problematisch nach deutschem Recht ist freilich, dass dem derzeit ein umfassendes Eizellspende-Verbot entgegensteht, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG; dazu Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Fn. 49), ESchG § 1 Rn. 5; Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 240. Lfg., Stand: April 2022, ESchG § 1 Rn. 2, 3; usw. Zur Kritik an der gesetzlichen Lage vgl. nur KOMrSF-Bericht (2024), Teil 2, S. 347 ff.; ausführlich dazu Wapler, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im*

Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018; Klein, *Reproduktive Freiheiten*, 2023, S. 288 ff.

¹⁴⁰ Pereira u.a., *Diseases* 13 (2025), 152.

¹⁴¹ Reinert, *MedR* 2021, 444 ff.; Eberbach, *MedR* 2020, 167 ff.; Krefß, *MedR* 2016, 242 ff.; Coester-Waltjen/Gernhuber, in: Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 7. Aufl. 2020, § 53 Rn. 1 ff. Die Geburt erfolgt meist per Kaiserschnitt, da die transplantierte Gebärmutter oft nicht für eine vaginale Geburt belastbar ist.

¹⁴² Zur gesetzlichen Lage KOMrSF-Bericht (2024), Teil 2, S. 347 ff.; Zur Lage im Ausland KOMrSF-Bericht (2024), Teil 2, S. 424 ff.; altruistische Leihmutterschaft in Belgien, Griechenland, Vereinigtes Königreich, Niederlande, Portugal und Zypern; kommerzielle Formen der Leihmutterschaft in Georgien, Ukraine, Russland, einige US-Staaten, insbesondere Kalifornien; Schramm, in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 61 ff.; Wörner, *NSW II/III* 2025, 129 ff.

¹⁴³ Diesselhorst (Fn. 74), S. 23 f.; Schrott, *Intersex-Operationen*, 2020, S. 114 ff.

¹⁴⁴ Lee Cruz u.a., *Journal of Minimally Invasive Gynecology* 31 (2024), 265.

¹⁴⁵ Dominoni u.a., *Medicina* 60 (2024), 1095.

¹⁴⁶ Hawkins u.a., *Fertility and Sterility* 115 (2021), 1312.

¹⁴⁷ Die Entscheidung für eine Hysterektomie erfolgt jedoch stets unter Berücksichtigung der individuellen medizinischen und psychischen Situation der betroffenen Person; Gold u.a., *Reproductive Sciences* 28 (2021), 3515.

2. Rechtlicher Rahmen und etwaige Strafbarkeitsrisiken

Die operative Entfernung von Penis oder Gebärmutter, welche eine spätere biologische Elternschaft endgültig ausschließt, fällt unter die Einwilligungssperre des § 1631c BGB, weil sie invasiv und unmittelbar den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit bewirkt. Sie sind an Minderjährigen unzulässig.

Anders zu beurteilen und in der Praxis häufiger gewünscht sind Eingriffe wie die Mastektomie oder Aufbauoperationen. Auch hier liegt ein invasiver Eingriff und damit unstreitig eine tatbestandsmäßige (gefährliche bzw. schwere) Körperverletzung (nach §§ 223 ff. StGB) vor, die nur gerechtfertigt wäre, wenn angesichts der Schranke in § 228 StGB (stellvertretend) wirksam eingewilligt werden könnte. Insoweit gilt oben Gesagtes: Die Grenze zur Sittenwidrigkeit dürfte unter Umständen da erreicht sein, wo – wie hier – erhebliche Gesundheitsgefahren (Infektionen, Wundheilungsstörungen oder Sensibilitäts- bzw. Funktionsverlust) drohen. Für die Sittenwidrigkeit von transaffirmativen operativen Maßnahmen, die nicht den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit bewirken, spricht ein funktionaler Vergleich mit der Norm des § 1631e BGB, der für solche Maßnahmen in Fällen der Intersexualität hohe Hürden aufstellt.¹⁴⁸ Wollte man demgegenüber in Fällen der Geschlechtsdysphorie für operative transaffirmative Maßnahmen mangels gesetzlicher Fixierung nahezu keine materiellen oder verfahrensrechtlichen Hürden aufgestellt sehen, so läge darin eine Gefahr für das Kindeswohl. Eine analoge Anwendung von § 1631e BGB auf Fälle der Geschlechtsdysphorie verstieße zwar gegen das strikte strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).¹⁴⁹ Dennoch können transaffirmative operative Maßnahmen in Fällen der Geschlechtsdysphorie nicht grundlegend anders behandelt werden als in Fällen der Intersexualität und nicht in einen rechtsfreien Raum gestellt werden. Solange der Gesetzgeber diese Maßnahmen nicht regelt, ist Zurückhaltung geboten, die Grenze des § 228 StGB eher erreicht.

VII. Ausblick

Mit transaffirmativen medizinischen Maßnahmen sind die dauerhaften reproduktiven Interessen von Minderjährigen betroffen, die deshalb durch eine Einwilligungssperre (auch zu Lasten der Erziehungsberechtigten) Schutz verdienen.

Mangels stabiler Datenlage unterfällt dabei zwar die Gabe von sog. Pubertätsblockern selbst dem ausnahmslosen Sterilisationsverbot des § 1631c BGB im Zweifel (noch) nicht. Allerdings verbleibt ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko, weil mit der nahezu stetig folgenden Weiterbehandlung mit gegen geschlechtlichen Hormonen der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit droht. Das bleibt letztlich geeignet, die Voraussetzungen eines Gefahrverwirklichungszusammenhangs einer schweren Körperverletzung mit Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB) zu begründen. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit dürfte deshalb erreicht und eine Ein-

willigung ausgeschlossen sein, weil aktuelle Studien belegen, dass die bei Minderjährigen mit Geschlechtsdysphorie erhöhte Suizidalität entgegen früherer Annahmen dadurch nicht spezifisch und signifikant gesenkt wird (werden kann). Zwar wird die Sterilisationswirkung weder mit der Gabe gegen geschlechtlicher Hormone noch mit operativen geschlechtsangleichenden Maßnahmen angestrebt, sie ist aber nicht zu vermeiden und unterfällt deshalb nach der hier vertretenen Ansicht § 1631c BGB. Für Mastektomie oder Aufbauoperationen gilt die Grenze des § 228 StGB, die im Lichte des § 1631e BGB zu bewerten ist. Aufgrund der unsicheren wissenschaftlichen Datenlage fehlt eine tragfähige Grundlage, um einen Ausnahmefall anzunehmen, bei dem das gesetzliche Sterilisationsverbot des § 1631c BGB nicht greifen würde.

Einwilligungsfähige Behandlungsoptionen im Einzelfall sind derzeit nur in einem gezielten Forschungsrahmen möglich und ratsam; jenes Forschungsrahmens bedarf es auch dringend zur Entwicklung der derzeit fehlenden evidenzbasierten Datengrundlage. Nur dann können Behandlungen unter engmaschiger Kontrolle sichergestellt und zugleich gewährleistet werden, dass jedwede dem Behandlungsziel entgegenlaufenden Prozesse nicht nur sorgfältig datafiziert, sondern zur Verbesserung umgehend in den Forschungsrahmen eingebunden werden. Eine wirksame Einwilligung in die Behandlung durch die betroffenen Minderjährigen und/oder ihre gesetzlichen Vertreter kann allein unter diesen Maßgaben zulässig sein, ohne wegen der zumal unsicheren Diagnose inklusive Prognose bei Minderjährigen (unsichere Persistenz) die Einwilligungsgrenze des § 228 StGB zu überschreiten.

¹⁴⁸ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Schrott*, *medstra* 2021, 358 (359 ff.).

¹⁴⁹ *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Fn. 86), § 1 Rn. 79; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 70 ff.

Die Tatbestände gem. Art. 5 ICC-Statut, mit Ausnahme des Verbrechens der Aggression, wurden in Deutschland, Frankreich, Spanien, Schweden und Finnland implementiert und führten bereits zu mehreren Strafverfahren vor nationalen Gerichten, insbesondere in Verbindung mit Ex-Jugoslawien, Ruanda, Syrien und dem Irak. Die von der nationalen Rechtsprechung in den Beispielländern verfolgten Ansätze weisen Gemeinsamkeiten, aber auch einige Unterschiede auf.

The prosecution of those responsible for international crimes at the national level has become increasingly important in recent years. The offences under Art. 5 ICC Statute, with the exception of the crime of aggression, have been implemented in Germany, France, Spain, Sweden and Finland and have already led to several criminal proceedings before national courts, particularly in connection with the former Yugoslavia, Rwanda, Syria and Iraq. The approaches pursued by the national jurisdictions in the sample countries show similarities but also some differences.

I. Einleitung

Dem internationalen Strafrecht kommt gerade in den letzten zehn Jahren nicht mehr nur auf internationaler, sondern auch auf nationaler Ebene eine große Bedeutung zu. Wie bereits nach dem Zweiten Weltkrieg stellt jedoch die Aburteilung von Tätern von Makroverbrechen die nationalen Strafverfolgungsbehörden vor große Herausforderungen.

Das ICC-Statut trat am 1. Februar 2002 in Kraft. Der Internationale Strafgerichtshof ist gem. Art. 1 ICC-Statut nur komplementär zuständig,¹ anders als seine Vorgänger, wie etwa der ICTY.² Art. 17 ICC-Statut enthält die wichtigsten Voraussetzungen, bei deren Nichtvorliegen die Zuständigkeit des Gerichtshofs gegeben ist. Der zuständige Staat muss unwillig oder unfähig sein, Ermittlungen und darauffolgend die Strafverfolgung eines Verbrechens i.S.d. Art. 5 ICC-Statut³ ernsthaft durchzuführen, oder hat solche durchgeführt, jedoch wird die Strafverfolgung aufgrund der Unwilligkeit oder Unfähigkeit des Staates eingestellt.⁴ Das Verbrechen muss

darüber hinaus ausreichend schwer sein, um die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs auszulösen.⁵

Mit der Komplementarität eng verbunden ist die aus der Präambel Abs. 6 ICC-Statut resultierende Notwendigkeit der Mitgliedstaaten, die in Art. 5 lit. a–d ICC-Statut aufgezählten internationalen Verbrechen in die eigene Gesetzgebung aufzunehmen.⁶ In einigen Staaten war bzw. ist es notwendig, die nationale Strafgesetzgebung zu ändern und die Tatbestände bzw. Teile von ihnen strafrechtlich zu verankern, damit eine Strafverfolgung überhaupt erst möglich ist.

II. Nationale Umsetzung des Internationalen Strafrechts

Entscheidet sich ein Mitgliedstaat, internationale Verbrechen i.S.d. Art. 5 ICC-Statut in die nationale Gesetzgebung aufzunehmen, dann stehen hierzu zwei Möglichkeiten zur Debatte. Die Verbrechenstatbestände, d.h. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, können in den Besonderen Teil des nationalen Strafgesetzes integriert oder es kann ein eigenes Gesetz geschaffen werden. Die Umsetzung kann entweder in ähnlicher Form wie im ICC-Statut erfolgen, d.h. dass alle Tatbegehungsweisen in jeweils einer Norm erfasst werden. Eine andere Option ist, die unterschiedlichen Tatbegehungsweisen, z.B. des Kriegsverbrechens, in getrennten einzelnen Tatbeständen zu erfassen, z.B. Kriegsverbrechen gegen Personen und gegen Eigentum und sonstige Rechte.

Bei beiden Varianten ist zu bedenken, dass das ICC-Statut nicht ohne Weiteres wortwörtlich übernommen werden kann. Nationale Strafgesetzgebungen haben sich über Jahre entwickelt, weshalb gerade die Unterschiede im Allgemeinen Teil und die Auslegung durch die Rechtsprechung hier Beachtung finden müssen. Denn unabhängig davon, welche Option gewählt wird, dürfen die neugeschaffenen Normen nicht im Widerspruch mit dem nationalen Strafrechtssystem stehen, damit ihre Anwendung praktikabel ist.

1. Besonderer Teil des Strafrechts vs. Nebenstrafrecht

Nach der Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofes im Jahr 1998 wurden auch in Deutschland erste Überlegungen angestellt, die Straftatbestände in das deutsche Strafrecht aufzunehmen. Die Entscheidung fiel auf die Einführung eines

* Die Verf. ist außerplanmäßige Professorin für deutsches und internationales Straf- und Strafverfahrensrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Triffiterer/Bohlander, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 18 f.

² Farthofer, in: Safferling (Hrsg.), International Criminal Procedure, 2011, S. 96 f.; z.B. Art. 9 Abs. 2 ICTY-Statut und Art. 4 Abs. 1 STL-Statut.

³ U.a. Zimmermann, in: Ambos (Fn. 1), Art. 5 Rn. 15 ff.

⁴ Schabas/El Zeldy, in: Ambos (Fn. 1), Art. 17 Rn. 41 ff.; Greppi, in: Politi/Gioia (Hrsg.), The International Criminal Court and National Jurisdiction, 2008, S. 63–70.

⁵ Ochi, Gravity threshold before the International Criminal Court: An Overview of the Court's practice, ICD Brief 19, January 2016, abrufbar unter <https://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf> (17.9.2025).

⁶ Zur Kontroverse, ob die Anpassung der nationalen Strafnormen eine Verpflichtung oder vielmehr nur eine Aufforderung an die Mitgliedstaaten ist, Schabas, The International Criminal Court, A Commentary on the Rome Statute, 2. Aufl. 2016, S. 47–49.

eigenen Völkerstrafgesetzbuchs.⁷ Ein Ziel, das mit der Implementierung der Strafbarkeit von internationalen Straftaten erreicht werden sollte, war es, die deutsche Strafverfolgung und Justiz in die Lage zu versetzen, derartige Taten zu verfolgen und damit die nationale Zuständigkeit zu begründen. Deutlich wurde in den Diskussionen, dass zwar Teile der Tatbestände durch das nationale Strafrecht abgedeckt werden, jedoch eine Verurteilung aufgrund der vorhandenen Straftatbestände nicht den Umfang und die Auswirkungen abbilden könnte und somit dem Unrecht der Tat nicht gerecht würde⁸ – ein Problem, mit dem sich alle Staaten konfrontiert sehen, die bislang die Tatbestände noch nicht in ihre nationalen Gesetze aufgenommen haben.

2024 wurde das VStGB geändert, insbesondere im Hinblick auf sexualisierte Gewalt, die sowohl eine Tatbegehungsweise der Verbrechen gegen die Menschlichkeit als auch der Kriegsverbrechen darstellt. Daneben wurde die sexuelle Orientierung der Opfer als Verfolgungsgrund hinzugefügt, um die bestehende Strafbarkeitslücke zu schließen.⁹

Zu den Ländern, die sich für die Einführung der Verbrechenstatbestände als Nebenstrafrecht entschieden haben, gehört u.a. Schweden. Bereits vor 2014 waren die Tatbestände im schwedischen Strafgesetzbuch verankert.¹⁰ 2013 wurde ein Gesetzesvorschlag eingebracht, der ein eigenes Gesetz für die Kernverbrechen des internationalen Strafrechts vorsah. Im Bericht des Justizausschusses wird ausdrücklich auf das Prinzip der Komplementarität verwiesen und auf die damit verbundene Notwendigkeit, die nationale Strafgesetzgebung zu befähigen, für Makroverbrechen die Zuständigkeit nationaler Gerichte einzuführen.¹¹ Im Juli 2014 trat das Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in Kraft.¹²

Frankreich nahm einen anderen Weg. Die Tatbestände des Völkermords (Art. 211-1 bis 211-2 Code Pénal),¹³ der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 212-1 bis 212-3 Code Pénal)¹⁴ und der Kriegsverbrechen (Art. 461-1 bis 462-11 Code Pénal) wurden in das französische Strafgesetzbuch integriert.¹⁵ Die Systematik im französischen Strafgesetzbuch

weicht jedoch von der des ICC-Statuts ab. Völkermord zählt nach französischem Recht zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit bzw. ist deren schwerste Form.¹⁶ Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden als schlimmste Verbrechen angesehen, da durch ihre Begehung die ganze Menschheit betroffen ist.¹⁷ Daraus ergibt sich eine Hierarchie zwischen den Kernverbrechen.

Frankreich¹⁸ hat neben Kolumbien die Opt-out-Klausel des Art. 124 ICC-Statut¹⁹ in Anspruch genommen. Mit der Erklärung wurde die Strafbarkeit für Kriegsverbrechen, die auf französischem Territorium oder durch einen französischen Staatsbürger begangen wurden, für sieben Jahre ausgesetzt. Am 13. August 2008 zog Frankreich die Erklärung zurück.²⁰

Spanien integrierte die Tatbestände der Kernverbrechen in Kap. XXIV, Straftaten gegen die internationale Gemeinschaft, in das nationale Strafgesetzbuch. Bereits 1995 wurden die Genfer Konventionen im nationalen Strafrecht integriert.²¹ Das Gesetz wurde 2003 und 2015 reformiert, um die nationale Strafgesetzgebung an die erweiterten Tatbestände des ICC-Statuts anzugleichen.²²

Finnland hat sich ebenso für die Implementierung der Tatbestände in das nationale Strafgesetzbuch entschieden. In Kap. 11 finden sich neben Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen²³ auch Normen zum Verbrechen der Aggression.²⁴

Das Verbrechen der Aggression nimmt gerade aufgrund seiner politischen Tragweite eine besondere Stellung ein. Es ist daher verständlich, dass sich nicht alle Staaten für eine Einführung dieses Tatbestandes entschieden haben. Bislang ist der Straftatbestand des Verbrechens der Aggression in Deutschland,²⁵ Finnland²⁶ und Schweden²⁷ implementiert

⁷ BGBl. I 2002, S. 2254; zum Entstehungsprozess des VStGB siehe u.a. *Dittmann/Heinitz*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, 2014, S. 191–197.

⁸ Bundesministerium der Justiz, Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs, Stand: 2.5.2001, S. 24.

⁹ BT-Drs. 20/11661, S. 1.

¹⁰ So etwa die Kriegsverbrechen im Kap. 22 § 6 BrB.

¹¹ Bericht des Justizausschusses, 2013/14:JuU10, Strafrechtliche Verantwortung für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, S. 10.

¹² SFS 2014:406, Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

¹³ Gesetz Nr. 92-684 v. 22.7.1992, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 2004-800 v. 6.8.2004, Art. 28 () JORF 7.8.2004.

¹⁴ Gesetz Nr. 92-684 v. 22.7.1992, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 2013-711 v. 5.8.2013, Art. 15.

¹⁵ Einführungsgesetz Nr. 2010-930 v. 9.8.2010, Art. 7.

¹⁶ *Lelieur-Fischer*, in: Eser/Sieber/Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2005, Bd. 4, S. 225 (234–235).

¹⁷ Cour de Cassation, Urt. v. 7.9.2021 – 2019-87-367, Rn. 64.

¹⁸ France, Ratification, C.N.404.2000.TREATIES-12, abrufbar unter

<https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2000/CN.404.2000-Eng.pdf> (17.9.2025).

¹⁹ *Tabak*, Georgetown Journal of International Law 2009, 1069.

²⁰ France: Withdrawal of Declaration, C.N.404.2000.TREATIES-12, abrufbar unter

<https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2008/CN.592.2008-Eng.pdf> (17.9.2025).

²¹ Ley Orgánica 10/1995 v. 23.11.1995, BOE 281 v. 24.11.1995.

²² Ley Orgánica 15/2003 v. 25.11.2003, BOE 283 v. 26.11.2003, 41844; Ley Orgánica 1/2015 v. 30.3.2015, BOE 77 v. 30.3.2015.

²³ Finnland, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs 212/2008 v. 11.4.2008.

²⁴ Finnland, Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs 1718/2015 v. 30.12.2015.

²⁵ § 13 VStGB, BGBl. I 2002, S. 2254.

²⁶ Art. 4a und 4b finnStGB; eingeführt mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs 1718/2015 v. 30.12.2015.

worden, jedoch nicht im spanischen und französischen Strafrecht. Spanien hat die Ergänzungen von Kampala²⁸ ratifiziert, Frankreich jedoch nicht.

In Deutschland bestand bereits mit der Einführung des Grundgesetzes in Art. 26 Abs. 1 GG der Gesetzesauftrag, die Vorbereitung der Führung eines Angriffskrieges strafrechtlich zu ahnden. Die Umsetzung gelang 1951 mit dem Ersten Strafrechtsänderungsgesetz nicht, da hier zu große Diskrepanzen in den Ansichten der Mitglieder des Rechtsausschusses herrschten.²⁹ Eine Aufnahme der Tatbestände der Vorbereitung und der Aufstachelung zu einem Angriffskrieg in das deutsche Strafgesetzbuch erfolgte 1968 mit dem achten Strafrechtsänderungsgesetz.³⁰

Eine praktikable Anwendung der Straftatbestände des internationalen Strafrechts, als Teil des nationalen Strafgesetzbuchs oder als Nebenstrafrecht, um mögliche Strafbarkeitslücken zu schließen, bedingt aber auch die Festlegung der Reichweite des jeweiligen nationalen Strafrechts. Grundsätzlich beschränkt sich die Zuständigkeit nationaler Strafverfolgung auf das eigene Territorium bzw. die eigenen Staatsbürger.

2. Reichweite des Strafrechts bei Kernverbrechen des internationalen Strafrechts

Ein wichtiger Punkt in der Schließung von Strafbarkeitslücken ist die nationale Ausgestaltung des Strafanwendungsrechts. Die Strafgewalt ist Ausdruck staatlicher Souveränität, weshalb es nicht unumstritten ist, wenn ein Staat ein Verbrechen strafrechtlich verfolgt, das in einem anderen Land von einem Ausländer begangen wird. In Deutschland wird vom BGH ein legitimierender Anknüpfungspunkt zum Inland im Einzelfall gefordert, ansonsten würde mit der Strafverfolgung gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip verstoßen.³¹ Der Aufenthalt eines Tatopfers auf deutschem Territorium erfüllt dieses Kriterium nicht.³² Diese Entscheidungspraxis wird kritisiert, da sich seit Nürnberg die Vorstellung durchgesetzt habe, dass bei schwersten Völkerrechtsverbrechen jeder Staat zu ihrer Verfolgung verpflichtet sei.³³

Die Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Kernverbrechen des internationalen Strafrechts ergibt sich aus § 6 Nr. 9 StGB und § 1 VStGB. § 6 Nr. 9 StGB bestimmt, dass ausschließlich deutsche Strafnormen vor deutschen Strafgerichten zur Anwendung kommen. Eine direkte Anwendung von zwischenstaatlichen Abkommen ist kaum mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.³⁴ Der strafrechtliche Anknüpfungspunkt liegt in der völkervertraglichen Verfolgungsverpflichtung, gewisse Straftaten auf nationaler Ebene strafrechtlich zu ahnden.³⁵ Zu den völkerrechtlichen Abkommen, die eine Verfolgungsverpflichtung enthalten, gehören u.a. die vier Genfer Konventionen³⁶ und das Palermo-Abkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität³⁷.

Mit § 1 VStGB wurde das Weltrechtsprinzip beinahe vollständig für die Kernverbrechen in Deutschland eingeführt. Eine Tat i.S.d. §§ 6–12 VStGB kann somit unabhängig vom Recht des Tatorts und ohne inländische Anknüpfungspunkte verfolgt werden. Eine Ausnahme bildet das Verbrechen der Aggression (§ 13 VStGB), das eine Verfolgung unabhängig von der Strafbarkeit im Tatortstaat nur dann vorsieht, wenn der Täter deutscher Staatsbürger ist oder sich die Tat gegen Deutschland richtet.³⁸

Das Weltrechtsprinzip ist dennoch nicht unbeschränkt anwendbar. Als *lex specialis* zu § 153c StPO liegt es gem. § 153f StPO im Ermessen der Staatsanwaltschaft, Ermittlungen wegen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen einzustellen, wenn der Verdächtige oder das Opfer nicht die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, der Tatverdächtige sich nicht in Deutschland aufhält oder dort seinen Wohnsitz hat oder die Tat durch den Heimatstaat des Verdächtigen, den Tatortstaat oder ein internationales Gericht verfolgt wird. Deutschland als Drittstaat sollte hier nur die Strafverfolgung übernehmen, insoweit alle anderen Optionen ausscheiden und so eine Strafverfolgungslücke entstehen würde.³⁹ Damit finden die legitimierenden Anknüpfungspunkte, nun normiert in § 153f Abs. 2 Nrn. 1–3 StPO, durch die Hintertür wieder Anwendung. Nachvollziehbar und zu begrüßen ist dies in den Fällen, bei denen ein anderer Staat oder ein internationales Gericht der Verpflichtung zur Strafverfolgung nachkommt, um Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Jedoch sollte dann, wenn kein anderer Staat oder internationaler Gerichtshof die Strafverfolgung übernimmt, die deutsche Zuständigkeit bejaht werden, da dies ansonsten zur Straflosigkeit für Täterschaft oder Teilnahme an einem Kernverbrechen führen könnte.⁴⁰

²⁷ SFS 2021:1016, § 11a.

²⁸ RC/Res. 6 v. 11.6.2010, The crime of aggression.

²⁹ Die Umsetzung des Art. 26 Abs. 1 GG scheiterte bei den Beratungen zum Ersten Strafrechtsänderungsgesetz 1951 u.a. deswegen, weil der Begriff „Friedensverrat“ abgelehnt wurde. Näheres dazu Farthofer, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 10, 5. Aufl. 2026, VStGB § 13 Rn. 12–15.

³⁰ BGBl. I 1968, S. 741; unter dem Titel Friedensverrat wurden die §§ 80 und 80a StGB a.F. eingefügt.

³¹ BGH, Beschl. v. 13.2.1994 – 1 BGs 100/94 = NStZ 1994, 232 (233). Ein solcher Anknüpfungspunkt könnte z.B. darin liegen, dass der Täter mit einer deutschen Staatsbürgerin seit Jahren verheiratet ist und in Deutschland seinen Wohnsitz hat (BGH, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98 = NStZ 1999, 396 [397]).

³² BGH, Beschl. v. 11.12.1998 – 2 ARs 499–98 = NStZ 1999, 236.

³³ Ambos, in: Erb/Schäfer (Fn. 29), VStGB § 1 Rn. 5.

³⁴ Stuckenberg, Bonner Rechtsjournal 2020, 102 (103).

³⁵ BGH, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00 = NStZ 2001, 658 (659 f.), näheres zur Problematik des strafrechtlichen Anknüpfungspunktes Ambos (Fn. 33), VStGB § 6 Rn. 4 f.

³⁶ BGBl. II 1954, S. 917.

³⁷ BGBl. II 2005, S. 954.

³⁸ § 1 S. 2 VStGB.

³⁹ BGH, Beschl. v. 26.1.2011 – 4 BGs 1/11 = NStZ-RR 2012, 16 (18).

⁴⁰ Ambos (Fn. 33), VStGB § 1 Rn. 26.

In Spanien wurde das Weltrechtsprinzip 1985 mit Art. 23 Abs. 4 lit. a Ley Orgánica del Poder Judicial eingeführt.⁴¹ Durch die Gesetzesreformen 2009 und 2014⁴² wurde es jedoch für gewisse Straftatbestände eingeschränkt.⁴³ In der geltenden Fassung ist gem. Art. 23 Abs. 4 lit. a Ley Orgánica del Poder Judicial die spanische Justiz zuständig für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Verbrechen gegen Personen oder Güter im Zuge eines bewaffneten Konflikts, auch wenn der Tatort im Ausland liegt. Voraussetzung hierfür ist, dass der Verdächtige spanischer Staatsbürger ist. Liegt dies nicht vor, muss die Person ihren Wohnsitz in Spanien haben. Hält sich der Verdächtige auf spanischem Hoheitsgebiet auf, so muss geprüft werden, ob er nicht ausgeliefert werden kann. Ist diese nicht möglich, ist die spanische Justiz zuständig für die Durchführung des Strafverfahrens.⁴⁴

In Art. 23 Abs. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial werden Gründe für die Nichtzuständigkeit von spanischen Gerichten aufgezählt, z.B. die Einleitung eines Ermittlungs- oder eines Strafverfahrens eines internationalen Gerichtshofes.

Leitet der Tatortstaat ein Ermittlungs- oder Strafverfahren ein oder der Staat, dessen Staatsbürgerschaft der Verdächtige besitzt, dann entfällt die Zuständigkeit unter gewissen Voraussetzungen.⁴⁵ Einerseits, wenn sich die Person nicht im Hoheitsgebiet aufhält, oder andererseits, wenn ein Auslieferungsverfahren begonnen hat und der Auslieferung keine zwingenden Gründe entgegenstehen. Diese Regelung findet jedoch keine Anwendung, wenn der Staat, der das Ermittlungs- oder Strafverfahren führt, nicht willens oder fähig ist, ein solches durchzuführen. Die Beurteilung darüber obliegt der zweiten Kammer des Tribunal Supremo. Als Beurteilungsmaßstäbe für die Unwilligkeit werden u.a. angeführt, dass das Verfahren nur geführt wird, um den Verdächtigen zu schützen, es unangemessen verzögert wird oder es Anhaltspunkte dafür

gibt, dass es nicht unparteiisch oder unabhängig geführt wird. Ein Staat ist u.a. unfähig, ein Verfahren zu führen, wenn die innerstaatliche Rechtspflege ganz oder teilweise funktionsunfähig oder inexistent ist.⁴⁶

In Finnland findet sich das Weltrechtsprinzip in Kap. 1 § 7 finnStGB. Finnische Gerichte sind dann zuständig, wenn die Strafbarkeit auf einem internationalen Abkommen beruht, dessen Mitglied Finnland ist. Die Norm wird näher durch eine Verordnung bestimmt. Diese führt in § 1 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 Verordnung über die Anwendung des Kap. 1 § 7 die Kernverbrechen als internationale Straftaten auf.⁴⁷ Es gibt grundsätzlich keine Einschränkungen bezüglich der Zuständigkeit finnischer Gerichte, wie die zwingende Anwesenheit des Verdächtigen auf finnischem Hoheitsgebiet oder die finnische Staatsbürgerschaft. Ersteres kann aber dennoch die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens beeinflussen.⁴⁸

In Frankreich ist das Weltrechtsprinzip in Kap. IX Art. 689 ff. Code de Procédure Pénale festgelegt.⁴⁹ In Art. 689-11 Code de Procédure Pénale wird die Zuständigkeit für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gem. Art. 461-1 bis 461-31 Code Pénal verankert.⁵⁰ Das Universalitätsprinzip ist jedoch nur eingeschränkt anwendbar. Der Verdächtige muss gem. Art. 689-11 Code de Procédure Pénale französischer Staatsbürger sein oder sich innerhalb des französischen Territoriums aufhalten. Der bloße Aufenthalt genügt nicht, sondern es wird – wie auch in Deutschland – eine legitimierende Verbindung zu Frankreich gefordert. Grundlagen für die Beurteilung sind die Dauer und der Grund für den Aufenthalt, ob sich die Person im Land niederlassen möchte und ob eine familiäre, materielle, berufliche oder soziale Bindung zu Frankreich besteht.⁵¹ Daneben

⁴¹ Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 v. 1.7.1985; das Tribunal Supremo verneinte in seinem Urteil v. 25.2.2003 – STS 1270/2003 die Zuständigkeit spanischer Gerichte in Bezug auf die in Guatemala begangenen Verbrechen. Diese Entscheidung wurde vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben und zur Neuverhandlung zurückverwiesen, Corte Constitucional, Ur. v. 26.9.2005 – STC 237/2005.

⁴² Ley Orgánica 1/2014 v. 13.3.2014, De modificación de la Ley Orgánica 6/1985 v. 1.7.1985, Del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

⁴³ Kein Staat ist verpflichtet, ein absolutes Universalitätsprinzip im nationalen Gesetz vorzusehen. Ziel des Prinzips muss es sein, Strafbarkeitslücken für schwere Verbrechen zu verhindern. Dies kann trotz der Einschränkungen durch das Gesetz von 2014 gewährleistet werden; u.a. Audiencia Nacional Madrid, Ur. v. 15.12.2017 – SAN 5619/2017.

⁴⁴ Tribunal Supremo, Ur. v. 8.5.2015 – STS 2554/2015, S. 12; der Gerichtshof entschied im Fall einer Anklage gegen chinesische Staatsbürger wegen Völkermords und Folter in Bezug auf den Fall „Falun Gong“, dass die nach der Gesetzesänderung 2014 notwendige Verbindung zu Spanien nicht gegeben sei. Ebenso in Bezug auf Tibet, Tribunal Supremo, Ur. v. 6.5.2015 – STS 2046/2015, S. 7 ff.

⁴⁵ Art. 23 Abs. 5 lit. b Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁶ Art. 23 Abs. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁷ Verordnung über die Anwendung von Kap. 1 § 7 finnStGB (627/1996, geändert durch die Verordnungen 353/1997, 118/1999, 537/2000 und 370/2001); Torku Berufungsgericht, Ur. v. 28.12.2022 – Nr. 78 177077, das Gericht stellte fest, dass die Zuständigkeit finnischer Gerichte für Kriegsverbrechen in nicht internationalen Konflikten auf Gewohnheitsrecht gestützt werden kann.

⁴⁸ Open Society Justice Initiative, Universal Jurisdiction Law and Practice in Finland, Februar 2020, S. 12, abrufbar unter <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2020/03/Universal-Jurisdiction-Law-and-Practice-in-Finland.pdf> (17.9.2025).

⁴⁹ Die Rechtsprechung vertritt die Ansicht, dass Taten, die während des Völkermords in Ruanda begangen wurden, in die französische Gerichtszuständigkeit fallen, wenn sich der Täter auf französischem Gebiet aufhält. Grundlage hierfür sind Art. 112-2 Code Pénal, Art. 1 und 2 Gesetz Nr. 96-432 v. 22.5.1996, Art. 2-4 ICTR-Statut und Art. 689-2 Code de Procédure Pénale (i.d.F. 1986); Cour de Cassation, Ur. v. 6.1.1998 – Nr. 96-82.491, S. 2.

⁵⁰ Art. 689-11 Code de Procédure Pénale wurde mit Art. 22 Gesetz Nr. 2023-1059 v. 20.11.2023 geändert.

⁵¹ I.d.F. 2019 (Art. 63 Gesetz Nr. 2019-222 v. 23.3.2019) wurde noch ein gewöhnlicher Aufenthalt des Verdächtigen

ist die Zuständigkeit französischer Gerichte gegeben, wenn die Tat im Tatortstaat strafbar ist oder der Verdächtige die Staatsbürgerschaft eines Vertragsstaates des ICC-Statuts hat.⁵² Grundvoraussetzung für die Zuständigkeit französischer Gerichte ist, dass kein internationaler Gerichtshof oder Gericht eines zuständigen Staates ein Ermittlungs- oder Strafverfahren führt und die Auslieferung der Person beantragt. Das Ermittlungsverfahren kann nur auf Antrag der Anti-Terror-Staatsanwaltschaft eröffnet werden.⁵³ Die strafrechtliche Verfolgung liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft, es gilt also auch in Frankreich das Opportunitätsprinzip. Jedoch können das Opfer und eingetragene Verbände, deren Zweck auf die Bekämpfung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gerichtet ist, Privatklage erheben.⁵⁴

In Schweden ist für die internationalen Kernverbrechen das Weltrechtsprinzip in Kap. 2 § 3 Nr. 6 lit. a Kriminalgesetzbuch (BrB) vorgesehen.⁵⁵ Einschränkungen sind nur in Bezug auf die Zuständigkeit der schwedischen Justiz für das Verbrechen der Aggression vorgesehen. Die Einleitung des Ermittlungs- und Strafverfahrens benötigt die Zustimmung der Regierung.⁵⁶

Das weitreichendste Weltrechtsprinzip ist im schwedischen und finnischen Strafrecht verankert. Deutschland, Frankreich und Spanien verlangen die Anwesenheit des Verdächtigen, der nicht die Staatsbürgerschaft besitzt, bzw. einen legitimierenden Anknüpfungspunkt, damit ein Ermittlungs- bzw. Strafverfahren eingeleitet werden kann.

III. Tatbestände

In vielen Staaten ist die Strafbarkeit der einzelnen Handlungen der internationalen Verbrechen, wie z.B. Mord oder Körperverletzung, Teil des Strafrechts. Jedoch stellt sich hier die berechnete Frage, ob eine Verurteilung wegen Körperverletzung auch nur ansatzweise den straf- und völkerrechtlichen Unrechtsgehalt der systematischen Folter als Teil z.B. eines ausgedehnten Angriffs auf die Bevölkerung im Sinne eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit gerecht werden kann.⁵⁷

Die hier herangezogenen Beispielländer haben die Tatbestände des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen in ihre nationale Gesetzgebung aufgenommen. Das Verbrechen der Aggression wur-

de bislang nur in Deutschland, Schweden und Finnland in das nationale Strafrecht integriert.

Der allgemeine Teil des nationalen Strafrechts findet auch auf diese Delikte Anwendung, unabhängig davon, ob die Tatbestände Teil des Strafgesetzbuchs sind oder als Nebenstrafrecht eingeführt wurden.⁵⁸ Dies kann bei der Beurteilung, z.B. ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, zu einer unterschiedlichen strafrechtlichen Beurteilung sowohl in Bezug auf die Rechtsprechung anderer europäischer Länder als auch auf die des Internationalen Strafgerichtshofs führen. Einige Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten werden in der Folge anhand der nationalen Judikatur näher dargestellt.

1. Völkermord

Der vom polnisch-jüdischen Juristen *Raphael Lemkin* entwickelte Gesetzesentwurf zur Völkermordkonvention wurde 1948 als Konvention angenommen und trat 1951 in Kraft.⁵⁹ Deutschland ratifizierte die Völkermordkonvention im Jahr 1954. 1955 wurde § 220a StGB a.F. ins deutsche Strafrecht aufgenommen.⁶⁰ § 220a StGB a.F. wurde von deutschen Gerichten in Verbindung mit dem Jugoslawienkrieg und dem Völkermord in Ruanda angewendet.⁶¹ 2002 trat § 6 VStGB in Kraft.⁶² Der Gesetzestext ist fast identisch mit dem des § 220a StGB a.F., der im Zuge der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches aufgehoben wurde.⁶³ Bislang wurden u.a. Fälle im Zusammenhang mit Syrien und dem Irak vor deutschen Gerichten nach dem VStGB verhandelt.⁶⁴

In Frankreich wurde der Tatbestand des Völkermords erst 1994 in das Strafgesetzbuch aufgenommen.⁶⁵ 1964 wurde die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit gesetzlich verankert,⁶⁶ ohne jedoch den Tatbestand in das

gefordert. Diese Einschränkungen wurden mit der Gesetzesänderung 2023 aufgegeben.

⁵² Cour de Cassation, Urt. v. 24.11.2021 – Nr. 21-81.344.

⁵³ Art. 689-11 Code de Procédure Pénale.

⁵⁴ Art. 40 Code de Procédure Pénale i.V.m. Art. 40-1 Code de Procédure Pénale und Art. 2 und 2-4 Code de Procédure Pénale; *Lelieur-Fischer* (Fn. 16), S. 270 f.

⁵⁵ SFS 2022:667.

⁵⁶ Diese Einschränkung war noch in Kap. 2 § 3 Nr. 5 BrB (bis zum 31.12.2021) vorgesehen. Nun ist es nur mehr Voraussetzung für das Verbrechen der Aggression gem. § 17 SFS 2014:406, geändert durch das SFS 2021:1016.

⁵⁷ *Volkman*, Die Strafverfolgung nach dem Weltrechtsprinzip im Internationalen Strafrecht und im Völkerstrafrecht, 2009, S. 160.

⁵⁸ § 2 VStGB (Deutschland); *Weigend/Kuhli*, in: Erb/Schäfer (Fn. 29), VStGB § 2 Rn. 6 f.

⁵⁹ GA Res. 260 A (III) v. 9.12.1948; zur Frage der rückwirkenden Anwendung der Völkermordkonvention siehe WD2-3000-053/21, S. 6–8.

⁶⁰ BGBl. II 1954, S. 729.

⁶¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15 = BeckRS 2016, 515, das Verfahren richtete sich gegen einen ruandischen Bürgermeister wegen Mittäterschaft am Völkermord, und BGH, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98 = BGHSt 45, 64 = NJW 2000, 2517 = NSStZ 1999, 396 = NSStZ 1999, 404 = StV 1999, 604, das Verfahren stand im Zusammenhang mit dem Jugoslawienkrieg.

⁶² BGBl. I 2002, S. 2254.

⁶³ BGBl. I 2002, S. 2254 (2258), Art. 2 Nr. 10 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22 = BGHSt 67, 180 = NJW 2023, 1138 = NSStZ-RR 2023, 90.

⁶⁵ Gesetz Nr. 92-684 v. 22.7.1992, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 2004-800 v. 6.8.2004 – Art. 28 () JORF 7.8.2004. Taten, die vor 1994 begangen wurden, unterfallen der Strafverfolgungsverjährung von zehn Jahren, wenn keine Ermittlungshandlung gesetzt wurde; Cour de Cassation, Urt. v. 26.2.2014 – Nr. 13-86.631.

⁶⁶ Die Unverjährbarkeit eines Delikts wurde kritisiert, da diese im nationalen französischen Strafrecht nicht vorgesehen

Strafgesetzbuch aufzunehmen.⁶⁷ In der Folge wurden Verfahren auf Grundlage des Nürnberger Statuts durchgeführt.⁶⁸ Die Einführung der Art. 211-1 bis Art. 212-3 Code Pénal und somit des Völkermordes schließt jedoch auch zukünftig nicht eine strafrechtliche Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit i.S.d. Art. 6 lit. c IMT-Statut aus.⁶⁹ Die Strafverfolgung betraf aber ausschließlich Verbrechen, die von Personen der Achsenmächte oder in deren Auftrag verübt worden sind,⁷⁰ nicht jedoch solche, die z.B. von französischen Soldaten im Algerienkrieg begangen wurden.⁷¹

Aufgrund der Einordnung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verlangt Art. 211-1 Code Pénal für das Vorliegen eines Völkermordes, dass die Taten auf Grundlage eines gemeinsamen Planes begangen werden. Dabei handelte es sich nach der Rechtsprechung, die zu Art. 6 lit. c IMT-Statut erging, um ein essenzielles Tatbestandsmerkmal.⁷² Das Vorliegen des gemeinsamen Planes zur vollständigen oder teilweisen Vernichtung der ethnischen Gruppe der Tutsi wurde 2014 vom Schwurgericht im Fall Ruanda bestätigt.⁷³

In Spanien ist der Völkermord in Art. 607 Abs. 1 CP⁷⁴ normiert. In Abs. 2 war ursprünglich der Straftatbestand der Leugnung des Völkermordes integriert. Dieser wurde jedoch wegen Verfassungswidrigkeit vom spanischen Verfassungsgerichtshof aufgehoben.⁷⁵

war, zur Diskussion siehe *Sadat Wexler*, *Columbia Journal of Transnational Law* 1994, 289 (318 ff.).

⁶⁷ Gesetz Nr. 64-1326 v. 26.12.1964 zur Feststellung der Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit; zur Debatte in Frankreich *Lelieur-Fischer* (Fn. 16), S. 236 f.

⁶⁸ Die Fälle betreffen Paul Touvier, Klaus Barbie und Maurice Papon.

⁶⁹ Die Verteidigung von Paul Touvier forderte im letzten Verfahren die Anwendung des 1994 eingeführten Art. 212-1 Code Pénal. Das Gericht lehnte dies mit der Begründung ab, dass die Möglichkeit, aufgrund Art. 6 lit. c Nürnberger Statut Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich zu verfolgen, nicht durch die 1994 in Kraft getretenen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ersetzt worden sei. Diese beträfen ausschließlich Personen der Achsenmächte und diejenigen, die in ihrem Auftrag gehandelt haben; *Cour de Cassation*, Ur. v. 1.6.1995 – 94-82.590, 94-82.610, 94-82.614.

⁷⁰ Paul Touvier: *Cour de Cassation*, Ur. v. 27.11.1992 – 92-82.409.

⁷¹ *Fraser*, *Law after Auschwitz*, 2005, S. 147 ff.

⁷² Klaus Barbie: *Cour de Cassation*, Ur. v. 3.6.1988 – 87-84.240.

⁷³ *Cour d'Assises Paris*, Ur. v. 14.3.2014 – 13/0033; zu den Problemen bezüglich der Verfahren wegen Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Ruanda vor französischen Gerichten siehe *Trouille*, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), 195.

⁷⁴ Ley 44/1971 v. 15.11.1971.

⁷⁵ Art. 607 Abs. 2 CP stellte die Verbreitung von Inhalten unter Strafe, die einen Völkermord leugnen oder rechtfertigen, oder die Rehabilitation von Regimen oder Institutionen unterstützen, die einen Völkermord zu verantworten haben.

a) Die geschützten Gruppen

Der in § 220a Abs. 1 StGB a.F. verwendete Wortlaut „durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe“ wurde in § 6 VStGB durch „ethnische Gruppe“ ersetzt. Der Gesetzestext wurde an den Wortlaut des Art. 6 ICC-Statut angelehnt, ohne dabei eine Änderung der rechtlichen Bewertung zu bezwecken.⁷⁶ Die Aufzählung der Gruppen, die Ziele eines Angriffs werden können, ist abschließend und deckt sich mit der im internationalen Strafrecht. Das Problem der fehlenden abgrenzenden Definitionen zwischen den verschiedenen Gruppen besteht auch im deutschen Völkerstrafgesetzbuch.⁷⁷

Das Abstellen auf ein Mitglied der Gruppe, d.h. auf die Einzahl anstatt auf die Mehrzahl, in § 6 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 5 VStGB bringt nun deutlicher zum Ausdruck, dass bereits der Angriff gegen ein Mitglied der Gruppe die Voraussetzung erfüllen kann. Diese Ansicht wurde schon in der Rechtsprechung zu § 220a StGB a.F. vertreten, trotz des Gebrauchs der Mehrzahl im Gesetzestext.⁷⁸

Der Gesetzestext des Art. 211-1 Code Pénal weicht vom ICC-Statut und der Völkermordkonvention ab. So sind auch Gruppen erfasst, die durch ein willkürliches Kriterium als solche definiert werden. Der Begriff der Willkürlichkeit wird jedoch aufgrund seiner Unbestimmtheit kritisiert.⁷⁹ Jedoch ist es durch die Erweiterung möglich, Angriffe auf Personen, z.B. aufgrund ihrer sexuellen Orientierung, in Frankreich nach Art. 211-1 Code Pénal strafrechtlich als Völkermord zu verfolgen.

Auch im spanischen Völkermordtatbestand sind die aufgezählten Gruppen erweitert, die Angriffsziel gem. Art. 6 ICC-Statut sein können. Art. 607 CP schützt auch Gruppen, die durch die körperlichen oder geistigen Einschränkungen ihrer Mitglieder bestimmt sind.⁸⁰

2007 erklärte der Verfassungsgerichtshof, dass die bloße Leugnung, ohne auf die vom Täter gewünschten Auswirkungen abzustellen, aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs gegen das Recht auf Meinungsfreiheit verstoße und daher verfassungswidrig sei. *Tribunal Constitucional*, Ur. v. 7.11.2007 – 235/2007, BOE-T-2007-21161 v. 10.12.2007, S. 51 f.; zum Urteil *Ramos Vázquez*, Januar-Juni 2009 *Nuevo Foro Penal* 72, 130.

⁷⁶ BT-Drs. 14/8524, S. 19; die Abwandlung des Wortlautes bezweckte keine Änderung des sachlichen Gehaltes der Norm, *Kreß*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 29), VStGB § 6 Rn. 27.

⁷⁷ *Kreß* (Fn. 76), VStGB § 6 Rn. 32 ff., insbesondere Rn. 36.

⁷⁸ BGH, Ur. v. 21.2.2001 – 3 StR 317/00 = NJW 2001, 2728 = NStZ 2001, 658; BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 18 = NJW 2023, 1138 (1140).

⁷⁹ *Lelieur-Fischer* (Fn. 16), S. 251 ff.

⁸⁰ Die spanische Rspr. befasste sich mit dem Begriff der geschützten Gruppen bislang nur dann eingehend, wenn sie das Vorliegen einer solchen verneinte, z.B. da der Täter die gleiche Nationalität hat wie die Opfer, wie im Fall Westsahara (*Tribunal Supremo*, Ur. v. 22.5.2024 – STS 2530/2024, S. 3), oder zur Abgrenzung zwischen Völkermord und Terrorismus, wie z.B. im Fall der ETA (*Audiencia Nacional*, Beschl. v. 24.10.2023 – AAN 10718/2023: Völkermord verbreitet zwar Terror, ist aber auf die ganze oder teilweise Zerstörung einer

Die Einbeziehung von politischen und weltanschaulichen Gruppen wird von der spanischen Rechtsprechung abgelehnt, da diese Personengruppen nicht unter den Begriff der nationalen Gruppe subsumiert werden könnten. Das Problem hat seine Ursache in der ursprünglichen Formulierung des Gesetzestexts, der die Gruppen als „nationaler, ethnischer, rassischer und religiöser Art“ bezeichnete und daher einen Interpretationsspielraum ließ. Der Wortlaut des Art. 607 CP wurde 1983 an die Völkermordkonvention angeglichen.⁸¹

Für Taten vor 2004 wurde mehrfach versucht, statt des Tatbestandes des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, dessen Anwendung aufgrund des Legalitätsprinzips ausgeschlossen war, eine Verurteilung wegen Völkermords zu erreichen. Ein sog. Autogenozid, d.h. ein Völkermord an der eigenen Bevölkerung, wird von spanischen Gerichten abgelehnt.⁸² Das Tribunal Supremo machte deutlich, dass das entscheidende Unterscheidungskriterium zwischen dem Völkermord und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit gerade die Aufzählung der Gruppen sei.⁸³

Finnland sieht in Kap. 11 § 1 Nr. 1 finnStGB eine Erweiterung der geschützten Gruppen um „vergleichbare Personengruppen“ vor.⁸⁴ Deutschland und Schweden⁸⁵ haben in ihren Strafrechtsnormen die geschützten Gruppen am Wortlaut des Art. 2 Völkermordkonvention und des Art. 6 ICC-Statut orientiert, anders als Frankreich, Spanien und Finnland.

b) Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden

Die Tatbegehungsvariante des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB orientiert sich am deutschen Strafrecht. Schwere körperliche oder seelische Schäden, die einem Mitglied der Gruppe zugefügt werden, liegen insbesondere dann vor, wenn eine der in § 226 Abs. 1 StGB angeführten Folgen eintritt. Dazu gehören u.a. der Verlust des Seh- oder Hörvermögens.⁸⁶ Die in § 226 Abs. 1 StGB angeführten Konsequenzen müssen nicht zwingend eintreten, sondern sind vielmehr ein Indiz für die Schwelle, die der eingetretene Schaden überschritten haben muss. Ausreichend ist, dass die Tat die Fähigkeit des Opfers,

ein normales und konstruktives Leben zu führen, gravierend und langanhaltend beeinträchtigt.⁸⁷

Die Rechtsprechung macht deutlich, dass die für § 226 StGB geltende enge Auslegung der Folgen nicht auf § 6 Abs. 1 Nr. 2 VStGB übertragen werden kann. Es müssen vielmehr die Verbrechenselemente des ICC als Auslegungshilfen herangezogen werden. Mit der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches wurde u.a. das Ziel verfolgt, dass die deutsche Strafjustiz immer in der Lage sein sollte, die im ICC-Statut normierten Verbrechen zu verfolgen, weshalb die Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht über die des Internationalen Strafgerichtshofes hinausgehen kann.⁸⁸ Schwere seelische Schäden können im Einzelfall bei einer gewaltsamen Trennung von einem geliebten Menschen vorliegen, wenn dessen Verbleib ungewiss ist.⁸⁹

Diese Tatbestandsvariante wird im spanischen Gesetz differenzierter unter Strafe gestellt. Zum einen werden explizit auch sexuelle Übergriffe erfasst, zum anderen verweist § 607 Abs. 1 Nr. 2 CP bei der Bestimmung der Schwere der Verletzungen auf Art. 149 CP, der dem § 226 StGB ähnliche Folgen auflistet, wie das Hervorrufen einer schweren physischen oder psychischen Krankheit oder den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit. Art. 607 Abs. 1 Nr. 5 CP lässt jedoch jede Verletzung, ohne eine schwere Folge, als Konsequenz aus der Tathandlung ausreichen. Der angedrohte Strafraum ist in diesem Fall geringer.

c) Zerstörungsgerechte Lebensbedingungen als Völkermord und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Eine weitere Tatbegehungsmöglichkeit ist die Unterwerfung der Gruppe oder Teilen von ihr unter zerstörungsgerechte Lebensbedingungen gem. § 6 Abs. 1 Nr. 3 VStGB. Gefordert ist eine „körperliche Zerstörung“. Der Begriff wird unterschiedlich ausgelegt. Die internationale Rechtsprechung tendiert dazu, den Tod der Mitglieder in den Fokus zu stellen, während eine andere Ansicht hier auf die physische Zerstörung der Gruppe abstellt.⁹⁰ Die Rechtsprechung vertritt einen weitergehenden Ansatz sowohl für § 6 Abs. 1 Nr. 3 VStGB als auch für § 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB. Vorausgesetzt wird, dass die Gruppe in ihrer sozialen Existenz (als solche) als soziale Einheit in ihrer Besonderheit und Eigenart und in ihrem Zusammengehörigkeitsgefühl zerstört wird.⁹¹ Diese Voraussetzung kann durch Vertreibung einer Gruppe erfüllt werden. Diese muss, um den Tatbestand zu erfüllen, Teil einer Gesamtheit von gegen die Gruppe gerichteten Terror- und

bestimmten nationalen, ethnischen, religiösen oder rassischen Gruppe ausgerichtet. Terrorismus will durch die Verbreitung von Terror gewisse Forderungen durchsetzen, ohne eine bestimmte Gruppe anzuvisieren.).

⁸¹ Ley Orgánica 8/1983 v. 25.6.1983, Art. 607 CP.

⁸² Audiencia Nacional, Urt. v. 19.4.2005 – SAN 2016/2005, S. 69.

⁸³ U.a. Tribunal Supremo, Urt. v. 1.10.2007 – STS 798/2007, Decimo, Abs. 2 (Verbrechen begangen in Argentinien während der Militärdiktatur 1976–1983). Das Tribunal Supremo arbeitet in diesem Urteil sehr deutlich die Unterschiede zwischen Art. 607 und 607bis CP heraus.

⁸⁴ Gesetzesvorschlag HE 55/2007, S. 19.

⁸⁵ SFS 2014:406, § 1 (Völkermord) Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.

⁸⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 226.

⁸⁷ BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 17 = NJW 2023, 1138 (1140).

⁸⁸ Bundesministerium der Justiz (Fn. 8), S. 24; BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 22 = NJW 2016, 3604 (3606); BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 25 = NJW 2023, 1138 (1141).

⁸⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.11.2021 – 5-3 StE 1/20 - 4 - 1/20, Rn. 489 = BeckRS 2021, 53700.

⁹⁰ Zu den unterschiedlichen Ansichten *Kreß* (Fn. 76), VStGB § 6 Rn. 55.

⁹¹ BGH, Urt. v. 30.4.1999 – 3 StR 215/98 = NStZ 1999, 396 (401) = HRRS-Datenbank, Rn. 33.

Vernichtungsmaßnahmen sein, wie etwa in Verbindung stehen mit der Zerstörung von Dörfern und der Erschießung und der Inhaftierung von Gruppenmitgliedern.⁹²

Die finnische Rechtsprechung legte die Tatbegehungsvariante im ersten Völkermordprozess in Finnland weiter aus. Das Gericht hatte die Strafnorm i.d.F. von 1974 anzuwenden.⁹³ In dieser Fassung findet sich die Tatbegehung durch die Herbeiführung von Lebensbedingungen, die zur physischen Zerstörung der Gruppe ganz oder teilweise führen können, in Kap. 11 § 6 Abs. 1 Nr. 3 finnStGB. Im ersten Völkermordprozess in Finnland subsumierte das Gericht unter diesem Begriff u.a. die Verbreitung von Propaganda, das Organisieren von Straßensperren und nächtliche Kontrollen.⁹⁴ Dieser Ansatz lässt sich möglicherweise darauf zurückführen, dass zum Tatzeitpunkt die Verbrechen gegen die Menschlichkeit noch nicht in das finnische Strafgesetzbuch aufgenommen worden waren.⁹⁵

d) Täterschaft vs. Teilnahme

In der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim Völkermord folgt die Rechtsprechung der Ansicht, dass der Mittäter nicht zwingend am Kerngeschehen mitwirken muss. Mittäter ist derjenige, der nicht nur die fremde Tatbestandsverwirklichung fördern möchte, sondern auch derjenige, dessen Handlung, im Sinne eines arbeitsteiligen Tuns Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit darstellt.⁹⁶

Im französischen Strafrecht legt Art. 121-7 Code Pénal die Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Verbrechen fest. Derjenige, der wissentlich durch Beihilfe und Unterstützung die Vorbereitung und Ausführung eines Verbrechens erleichtert, ist mitschuldig an dem Verbrechen.⁹⁷ Demnach muss der Täter wissen, dass der Haupttäter ein Kernverbrechen begeht oder dabei ist, es zu begehen, und dass er durch seine Hilfe oder Unterstützung die Vorbereitung oder Begehung des Verbrechens erleichtert. Die Rechtsprechung lehnte die Ansicht ab, dass der Täter darüber hinaus Teil des gemeinsamen Planes oder der ausführenden Organisation sein muss, da ansonsten viele Fälle der Teilnahme nicht bestraft werden könnten und eine solche Auslegung dem französischen Recht

widersprechen würde. Die Voraussetzungen des Art. 121-7 Code Pénal gelten auch für juristische Personen.⁹⁸

2. Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Verbrechen gegen die Menschlichkeit waren vor der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches in Deutschland nicht als solche strafbar. Eine Strafbarkeit war nur durch den Rückgriff auf die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts möglich, wie z.B. auf § 223 StGB (Körperverletzung), §§ 211, 212 StGB (Tötungsdelikte) oder §§ 177 ff. StGB (Sexualdelikte) sowie auf speziellere Delikte wie § 234a StGB (Verschleppung) oder § 241a StGB (Politische Verdächtigung). Damit konnte aber der Unrechtgehalt der Tat als Teil eines systematischen oder ausgedehnten Angriffs auf eine Zivilbevölkerung nicht abgebildet werden.⁹⁹

Der Unterschied wird auch deutlich durch die von der deutschen Rechtsprechung vertretene Ansicht, dass es sich bei den Tatbegehungsvarianten des § 7 Abs. 1 Nrn. 1–10 VStGB um eigenständige Tatbestände und nicht um unselbstständige Tatmodalitäten handelt. Verwirklicht eine Handlung mehrere der angeführten Tatbestände, stehen diese grundsätzlich im Verhältnis ungleichartiger Tateinheit zueinander.¹⁰⁰

Art. 607bis CP (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)¹⁰¹ trat am 1. Oktober 2004 in Spanien in Kraft. Die Rechtsprechung sah sich mit der Problematik des Rückwirkungsverbotes in Fällen u.a. in Verbindung mit den Militärdiktaturen in Lateinamerika konfrontiert.¹⁰²

In erster Instanz verneinte das Gericht zwar die direkte Anwendung von internationalem Recht in Spanien, auch von internationalem Gewohnheitsrecht. Vertrat aber den Standpunkt, dass dies in Bezug auf die Kernverbrechen anders zu beurteilen sei und verwies in seiner Begründung auf die diesbezügliche Rechtsprechung anderer Länder seit den Nürnberger Prozessen. Es handle sich um ein Verbrechen gegen die gesamte Menschheit und außerdem um Verbote, die bereits zum Tatzeitpunkt existiert hätten. Das Legalitätsprinzip sei zum Schutze des Bürgers vor dem Staat erschaffen worden und sollte daher nicht herangezogen werden, um staatliche Akteure der Strafverfolgung zu entziehen. Das Prinzip müsste daher in dieser Weise neu interpretiert werden. Das Gericht sah den Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit erfüllt, obgleich er zum Zeitpunkt der Tat noch nicht Teil des spanischen Strafgesetzbuches war. Es vertrat die Ansicht, dass der Völkermord eine Unterkategorie des Verbrechens gegen die Menschlichkeit sei und daher der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit auch auf Tathandlungen vor Inkrafttreten des Art. 607bis CP angewendet werden könne. Begründet wurde diese Entscheidung mit der früheren

⁹² BGH, Beschl. v. 21.2.2001 – 3 StR 244/00 = NJW 2001, 2732 (2733).

⁹³ Landgericht Itä-Uusimaa, Urt. v. 11.6.2010 – R09/404, Kap. 7.2, S. 110.

⁹⁴ Landgericht Itä-Uusimaa, Urt. v. 11.6.2010 – R09/404, Kap. 7.2, S. 52 ff., S. 59 und S. 111; das Urteil wurde durch das Berufungsgericht bestätigt, Berufungsgericht Helsinki, Urt. v. 30.3.2012 – R10/2555.

⁹⁵ Gesetz 212/2008 v. 11.4.2008; *Heikkilä*, in: Stockholm Institute for Scandinavian Law (Hrsg.), *Investigation and Prosecution in Scandinavia of International Crimes*, Bd. 66, 2020, S. 457 (472).

⁹⁶ BGH, Urt. v. 21.5.2001 – 3 StR 575/14 = HRRS 2015 Nr. 874, Rn. 10.

⁹⁷ Gesetz Nr. 92-683 v. 22.7.1992, in Kraft seit 1.3.1994.

⁹⁸ Cour de Cassation, Urt. v. 7.9.2021 – Nr. 2019-87.367, Rn. 66–71; das französische Strafrecht kennt anders als das deutsche die Unternehmensstrafbarkeit.

⁹⁹ BT-Drs. 14/8524, S. 12.

¹⁰⁰ BGH, Beschl. v. 30.11.2022 – 3 StR 230/22, Rn. 61 f. = NJW 2023, 1138 (1144 f.).

¹⁰¹ Ley Orgánica 15/2003 v. 25.11.2003.

¹⁰² Audiencia Nacional, Urt. v. 19.4.2005 – SAN 2016/2005, S. 69 f.

sehr weiten Anwendung des Tatbestandes in anderen Ländern unter Einbeziehung der Genfer Konventionen und der Diskussionen zur Völkermordkonvention in den Jahren 1946–1948.¹⁰³

Das Tribunal Supremo hob das Urteil mit der Begründung auf, dass das spanische Recht keine direkte Anwendbarkeit internationalen Rechts vorsähe, ohne dass die Voraussetzungen der Art. 93 ff. Spanische Verfassung erfüllt seien, d.h. u.a. dass das spanische Parlament dem zugestimmt habe. Taten vor Einführung des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit könnten nur insoweit bestraft werden, als dass für die einzelnen Handlungen eigenständige Straftatbestände vorgesehen wären. Im gegenständlichen Fall blieben die Verurteilungen für 30-fachen Mord (Art. 139 Abs. 1 CP) und für die Beteiligung an der Freiheitsberaubung (Art. 163 CP) in 255 Fällen bestehen. Voraussetzung für die Zuständigkeit von spanischen Gerichten war, dass die Verbrechen im Tatortstaat und in Spanien zum Zeitpunkt der Taten unter Strafe gestellt waren.¹⁰⁴

Das finnische Strafgesetzbuch enthält neben dem „einfachen“ Verbrechen gegen die Menschlichkeit gem. Kap. 11 § 3 finnStGB in Kap. 11 § 4 finnStGB die Qualifikation des besonders schweren Falles des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Das Delikt ist qualifiziert, wenn das Verbrechen gegenüber einer großen Anzahl von Personen begangen, in einer besonders brutalen, grausamen oder erniedrigenden Weise ausgeführt oder besonders geplant oder systematisch verübt wird.¹⁰⁵

a) Systematischer oder ausgedehnter Angriff gegen eine Zivilbevölkerung

Aufgrund der fehlenden Legaldefinition für den „Angriff gegen eine Zivilbevölkerung“ greift die deutsche Rechtsprechung auf die in Art. 7 Abs. 2 lit. a ICC-Statut enthaltene Definition zurück.¹⁰⁶ Die Zivilbevölkerung wird als eine größere Gruppe von Menschen mit gemeinsamen Unterscheidungsmerkmalen definiert, die ursächlich für den Angriff auf sie sind. Entscheidend ist, dass der Angriff sich gegen eine erhebliche Anzahl von Einzelpersonen richtet.¹⁰⁷ Das „Politik-

element“ ist erfüllt, wenn die Tatbegehung in Ausführung oder Unterstützung der Politik eines Kollektivs geschieht.¹⁰⁸

Das OLG Stuttgart hatte das Vorliegen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufgrund der fehlenden geographischen Ausdehnung verneint, jedoch gleichzeitig den systematischen Angriff bejaht.¹⁰⁹ Der Bundesgerichtshof machte deutlich, dass nur eine der beiden Alternativen vorliegen muss, d.h. der Angriff muss entweder systematisch oder ausgedehnt sein.¹¹⁰ Unter dem Begriff „systematisch“ ist eine planmäßige, organisierte Anwendung von Gewalt im Sinne eines konsequenten Handelns zu verstehen; ausgedehnt ist ein Angriff, der in großem Umfang durchgeführt wird und eine hohe Anzahl von Opfern in der Zivilbevölkerung zur Folge hat.¹¹¹

Seit 1994 sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 212-1 bis 212-3 Code Pénal) in Frankreich strafbar. Der französische Gesetzgeber hatte zunächst den ausgedehnten oder systematischen Angriff nicht als Tatbestandselement vorgesehen.¹¹² Mit der Änderung von 2010 wurde dieses Kontextelement in Art. 212-1 Code Pénal implementiert.¹¹³ 2014 wurde der Straftatbestand schließlich dem Art. 7 ICC-Statut noch weiter angeglichen.¹¹⁴ In einem die syrischen Foltergefängnisse betreffenden Fall hatte das Berufungsgericht in Paris die Anwendung des Art. 212-1 Code Pénal darauf gestützt, dass die syrische Verfassung Folter und Mord verbieten würde. Das Kassationsgericht hob das Urteil auf. Dem syrischen Strafrecht fehle die Voraussetzung eines systematischen oder ausgedehnten Angriffs auf eine Zivilbevölkerung, basierend auf einem gemeinsamen Plan. Der Täter könne nur für die einzelnen Taten, d.h. Mord (Art. 221-1 ff. Code Pénal) und Folter (Art. 222-1 Code Pénal), verurteilt werden.¹¹⁵

In Spanien wird in Art. 607bis CP der Zusammenhang zwischen der begangenen Einzeltat und dem systematischen oder großflächigen Angriff gegen die gesamte Zivilbevölkerung oder Teile von dieser verlangt. Das darf aber nicht als Voraussetzung verstanden werden, dass die Handlungen des Einzeltäters großflächig oder systematisch sein müssen. Nach der Rechtsprechung erfordert gerade dieses Kontextelement

¹⁰³ Audiencia Nacional, Urt. v. 19.4.2005 – SAN 2016/2005, S. 70 ff.; u.a. wird auf die Rechtsprechung anderer Länder verwiesen, z.B. auf den Fall Barbie in Frankreich (Cour de Cassation, Urt. v. 3.6.1988 – 87-84.240) oder auf die „Mauerschützenprozesse“ u.a. gegen Krenz (BVerfG, Beschl. v. 12.1.2000 – 2 BvR 2414/99).

¹⁰⁴ Tribunal Supremo, Urt. v. 1.10.2007 – STS 798/2007, Sexto.

¹⁰⁵ Gesetz 212/2008; *Heikkilä* (Fn. 95), S. 467.

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 25; dies entspricht auch der Begründung für die Nichtaufnahme einer Definition in den Gesetzeswortlaut (BT-Drs. 14/8524, S. 20).

¹⁰⁷ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 5/21 = BeckRS 2021, 3076 Rn. 32 = openJur 2021, 6389 Rn. 37 und BGH, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, Rn. 164 = NJW 2019, 1818 (1826).

¹⁰⁸ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 25 = NJOZ 2010, 1736 (1738); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10, Rn. 1228 = BeckRS 2015, 118449. Die Voraussetzungen sah die Rechtsprechung gegeben bei der FDLR (Forces Démocratiques de Libération du Rwanda; vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, Rn. 168 = NJW 2019, 1818 [1826]) und beim Islamischen Staat (BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 5/21 = BeckRS 2021, 3076 Rn. 37).

¹⁰⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 5-3 StE 6/10, Rn. 1224 ff. = BeckRS 2015, 118449.

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 20.12.2018 – 3 StR 236/17, Rn. 164 = NJW 2019, 1818 (1825).

¹¹¹ BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 27 = NJOZ 2010, 1736 (1739).

¹¹² Gesetz Nr. 92-684 v. 22.7.1992.

¹¹³ Gesetz Nr. 2010-930 v. 9.8.2010.

¹¹⁴ Gesetz Nr. 2013-711 v. 5.8.2013, Art. 15.

¹¹⁵ Cour de Cassation, Urt. v. 24.11.2021 – 21-81.344; Cour de Cassation, Urt. v. 7.9.2021 – 2019-87.367, Rn. 64.

die Verfolgung der Täter durch alle Staaten, nicht nur durch den Tatortstaat.¹¹⁶

Das Politeklement ist für die spanische Rechtsprechung eine der Grundvoraussetzungen für die Strafbarkeit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, d.h., dass die Tat im Rahmen der staatlich oder auch von einer Macht ausübenden Organisation vertretenen Politik oder eines Plans verübt werden muss.¹¹⁷

b) Folter als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und als Kriegsverbrechen

Der Begriff der Folter findet sich sowohl in § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB als auch in § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB.¹¹⁸ Die Tatbegehungsvariante wird erfüllt durch die Zufügung von erheblichen körperlichen und seelischen Schäden oder Leiden. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit weit auszulegen, da es nicht allein zum Ausschluss von Bagatellfällen diene. Bei der Beurteilung müssen alle Gesamtumstände mit einbezogen werden, wie die Art der Handlung und deren Kontext. Das Maß der einfachen Körperverletzung muss jedenfalls durch die Tathandlung deutlich überschritten werden.¹¹⁹ Bleibende Gesundheitsschäden oder Schmerzen extremen Ausmaßes sind nicht erforderlich und auch nicht, dass die Schäden eine in § 226 StGB angeführte schwere Folge nach sich ziehen.¹²⁰

Im Unterschied zu §§ 6 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 Nr. 8 VStGB muss das Opfer sich zum Zeitpunkt der Zufügung von erheblichen körperlichen oder seelischen Schäden oder Leiden im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Täters befinden, um die Anforderungen des § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB zu erfüllen. Bezüglich der Beihilfe wird auf die Rechtsprechung zu Mitarbeitern in Konzentrationslagern verwiesen.¹²¹ Einen psychischen Beitrag i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB leistet der Täter mit Handlungen, die sich in ein gesamtes System einbinden lassen. Durch die vom Gehilfen vorgenommenen Festnahmen und den Transport der Opfer zu den vorgegebenen Räumlichkeiten wurde eine konkrete Handlung gesetzt, die entscheidend für ihre spätere Folterung war. Ohne diese

Tätigkeiten im Vorfeld hätte das System nicht funktioniert. Die Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 StGB waren damit erfüllt.¹²²

§ 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB enthält eine Einschränkung des Opferkreises. Es muss sich um eine nach dem humanitären Völkerrecht geschützte Person i.S.d. § 8 Abs. 6 VStGB handeln. Die Frage, ob die Rechtsprechung das Verfolgen eines Zwecks im Sinne der Definition der Folter in Art. 1 Abs. 1 Anti-Folterkonvention als ursächlich für die Zufügung der erheblichen körperlichen oder seelischen Schäden oder Leiden für notwendig erachtet, wurde bislang nicht abschließend beantwortet. Eine dahingehend weite Auslegung des Zwecks ist aber zu erwarten, da ein solcher nicht die Voraussetzung der Nötigung gem. § 240 StGB erfüllen muss, sondern bereits im Ziel das Opfer zu bestrafen oder zu erniedrigen zu sehen ist.¹²³ Folter ist nur als Beispiel angeführt.¹²⁴

Neben der Folter als Tathandlung in Art. 607bis Abs. 2 Nr. 8 CP hat Spanien 1995 den Tatbestand der Folter als eigenständiges Delikt in Art. 174 CP aufgenommen.¹²⁵ Dieser orientiert sich an der Definition in Art. 1 Anti-Folter Konvention.¹²⁶ Art. 607bis Abs. 2 Nr. 8 S. 3 CP fordert jedoch nicht mehr, dass die Tathandlung gesetzt wird, um Informationen zu erhalten oder als Bestrafung. Es reicht aus, dass der Täter dem Opfer schweres physisches oder psychisches Leid zufügt. Der Ausschluss der Strafbarkeit, vorgesehen in Art. 8 Abs. 2 lit. e ICC-Statut, d.h. wenn die Schmerzen oder das Leiden auf einer rechtmäßigen Sanktion beruhen, wurde nicht in das spanische Strafrecht übernommen.¹²⁷

Vor Einführung des VStGB orientierte sich die deutsche Rechtsprechung bei der Feststellung des Täterkreises an der Anti-Folter-Konvention und schränkte diesen ein auf „staatliche Organe oder durch mit staatlicher Billigung tätig werdende Personen“.¹²⁸ Nach geltender Gesetzeslage in Deutschland und Spanien kann jedermann Täter sein.¹²⁹

3. Kriegsverbrechen

¹¹⁶ Audiencia Nacional, Urt. v. 19.5.2005 – SAN 2016/2005, S. 81 f.; das Vorliegen des Kontextelementes wurde in Bezug auf die Vorbereitung und Durchführung des Militärputsches und die Aufrechterhaltung der Militärdiktatur in Argentinien bejaht, S. 66 ff.; ebenso Tribunal Supremo, Urt. v. 1.10.2007 – STS 798/2007, Primero.

¹¹⁷ Audiencia Nacional, Urt. v. 19.5.2005, SAN 2016/2005, S. 72 und 81.

¹¹⁸ In der Begründung zum Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs wird bei den Voraussetzungen zu § 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB auf § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB verwiesen, BT-Drs. 14/8524, S. 26.

¹¹⁹ BGH, Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16 = BeckRS 2016, 20892 Rn. 29 und 30; BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – StB 40/18, Rn. 22 = BeckRS 2018, 24755.

¹²⁰ BGH, Beschl. v. 3.2.2021 – AK 50/20 = NSTZ-RR 2021, 155 (156).

¹²¹ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 17 ff. = NJW 2017, 498 (499 f.).

¹²² BGH, Beschl. v. 6.6.2019 – StB 14/19, Rn. 76 = NJW 2019, 2627 (2635).

¹²³ BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, Rn. 83 = NJW 2021, 1326 (1334).

¹²⁴ Geiß/Zimmermann, in: Erb/Schäfer (Fn. 29), VStGB § 8 Rn. 213.

¹²⁵ Ley Orgánica 10/1995 v. 23.11.1995, geändert mit Ley Orgánica 15/2003 v. 25.11.2003; auch das finnische Strafgesetzbuch sieht Folter in § 9a finnStGB als eigenständiges Delikt vor, Gesetz 990/2009.

¹²⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, GA Res. 39/46 v. 10.12.1984.

¹²⁷ Gil-Gil, in: Eser/Sieber/Kreicker (Fn. 16), S. 99 (117 f.).

¹²⁸ BGH, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00, Rn. 24 = BGHSt 46, 292 = JR 2002, 79 = NJ 2001, 192 = NJW 2001, 2728 = NSTZ 2001, 658 = NSTZ 2001, 628.

¹²⁹ Ambos (Fn. 33), VStGB Vorbemerkung zu § 8 Rn. 22; diese Beschränkung ist in Spanien nur für den Einzeltatbestand der Folter i.S.d. Art. 174 CP vorgesehen.

Die Tatbestände der Kriegsverbrechen wurden erst mit Einführung des Völkerstrafgesetzbuches in das deutsche Strafrecht aufgenommen. Vorher waren die Tathandlungen nur durch Rückgriff auf die allgemeinen Tatbestände im Strafgesetzbuch strafrechtlich verfolgbar.¹³⁰ Ihre Untergliederung in die §§ 8–12 VStGB richtet sich nach dem jeweiligen zu schützenden Rechtsgut. Sehr zu begrüßen ist, dass die Differenzierung nach internationalem und nicht-internationalem Konflikt weitestgehend aufgegeben wurde.¹³¹

Bereits 1986 wurden die zunächst allgemein gehaltenen Normen zu den Kriegsverbrechen in Kap. 22 Art. 6 BrB des schwedischen Strafgesetzbuches aufgenommen.¹³² Darin wurde eine Strafbarkeit für schwere Verstöße gegen das Humanitäre Völkerrecht in bewaffneten Konflikten und bei Besatzungen vorgesehen. Im Kap. 22 Art. 6 Abs. 1 Nrn. 1–7 BrB wurden exemplarisch Verstöße aufgelistet, die im Sinne des Gesetzes als schwer einzustufen sind.¹³³ Bei vor 2014 begangenen Taten setzten sich die Gerichte eingehend mit den einzelnen Konventionen auseinander, um das Vorliegen der geforderten Elemente festzustellen.¹³⁴ Seit der Reform 2014 finden sich die Kriegsverbrechen in §§ 3 ff. Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.¹³⁵

Im finnischen Strafgesetzbuch sind die Kriegsverbrechen in Kap. 11 § 5 ff. normiert. Es wird nicht zwischen internationalem und nicht-internationalem Konflikt getrennt, weshalb die Strafbarkeit teilweise über die des ICC-Statuts hinausgeht. In Finnland, ebenso wie in Schweden, ist die Besatzung als Kontextelement für Kriegsverbrechen vorgesehen.¹³⁶

a) Bewaffneter Konflikt

Ein bewaffneter Konflikt verlangt den Einsatz von Waffengewalt, der einer der beiden gegnerischen Parteien zugerechnet werden kann. Um Tumulte oder Unruhen auszuschließen,

müssen die Kampfhandlungen jedoch über einen gewissen Zeitraum andauern.¹³⁷

Zwischen der Tat und dem bewaffneten Konflikt, der für den Täter von besonderer Bedeutung sein muss, muss ein Zusammenhang bestehen. Der bewaffnete Konflikt darf nicht nur die Gelegenheit zur Begehung der Tat bieten, wobei eine laufende Kampfhandlung keine Voraussetzung ist. Indizien für das Vorliegen dieses funktionalen Zusammenhanges zwischen Konflikt und Täter sind u.a. die Art und Weise der Begehung, die Einstellung des Täters zur Tat und der mit der Tathandlung verfolgte Zweck.¹³⁸

In Schweden wurde bereits 1986 in Kap. 22 Art. 6 Abs. 1 BrB gefordert, dass es sich um einen bewaffneten Konflikt handeln und dass die Tat mit diesem im Zusammenhang stehen musste. Eine Unterscheidung zwischen internationalem und nicht-internationalem Konflikt wurde aber notwendig aufgrund der direkten Anwendung von internationalem humanitärem Völkerrecht durch die Gerichte.¹³⁹ Mit der Einführung des Gesetzes über die strafrechtliche Verantwortung für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen wurde die Trennung teilweise aufrechterhalten.¹⁴⁰ Die Verweigerung des Zugangs zum Gericht zur Durchsetzung der bürgerlichen Rechte gem. § 7 Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen fordert das Vorliegen eines internationalen Konflikts oder einer Besatzung. § 4 Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (Kriegsverbrechen gegen Personen) verlangt jedoch nur das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts oder einer Besatzung.¹⁴¹

Die finnische Rechtsprechung stellte bezüglich der Auseinandersetzungen im Irak mit dem IS fest, dass es sich um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt handelte. Eine tiefergehende Auseinandersetzung über die Art des Konflikts findet sich jedoch nicht im Urteil.¹⁴² Die Anwendung orientierte sich damit an Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. ii ICC-Statut. Kap. 11 § 5 finnStGB stellt explizit alle in Art. 8 ICC-Statut vorgesehenen Tatbegehungsvarianten unter den dort vorgegebenen Voraussetzungen unter Strafe.¹⁴³

b) Schwerwiegende Entwürdigung und Erniedrigung einer nach humanitärem Völkerrecht geschützten Person

¹³⁰ Z.B. BGH, Urt. v. 21.2.2001 – 3 StR 372/00, Rn. 26 = BGHSt 46, 292 = JR 2002, 79 = NJ 2001, 192 = NJW 2001, 2728 = NStZ 2001, 658 = NStZ 2001, 628, die Misshandlungen der Opfer durch den Angeklagten wurden als Folter i.S.d. Art. 1 Anti-Folter-Konvention und des Art. 147 IV. Genfer Konventionen eingeordnet. Der Täter wurde in der Folge für gefährliche Körperverletzung i.S.d. § 223a StGB (a.F.) verurteilt.

¹³¹ BT-Drs. 14/8524, S. 23 (24); *Ambos* (Fn. 33), VStGB Vorbemerkung zu § 8 Rn. 27.

¹³² SFS 1986:645.

¹³³ *Cornils*, in: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 2, 2003, S. 183 (200 ff.), ebenso LG Blekinge, Urt. v. 4.1.2023 – B 2759-21, S. 12.

¹³⁴ Z.B. LG Blekinge, Urt. v. 4.1.2023 – B 2759-21, S. 15 f.; das Gericht stellte ausführlich die Anwendbarkeit des gemeinsamen Art. 3 Genfer Konventionen in einem Syrien betreffenden Fall dar.

¹³⁵ SFS 2014:406.

¹³⁶ Zur Entwicklung der Kriegsverbrechen seit 1974 im finnischen Strafgesetzbuch siehe *Heikkilä* (Fn. 95), S. 461 ff., insbesondere S. 463.

¹³⁷ BT-Drs. 14/8524, S. 25; BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, Rn. 31 = NJOZ 2010, 1736 (1739).

¹³⁸ BGH, Beschl. v. 17.11.2016 – AK 54/16, Rn. 31 = BeckRS 2016, 20892; BGH, Beschl. v. 25.9.2018 – StB 40/18, Rn. 22 = BeckRS 2018, 24755.

¹³⁹ LG Blekinge, Urt. v. 4.1.2023 – B 2759-21, S. 13 f.; LG Stockholm, Urt. v. 16.2.2017 – B 3787-16, S. 10 f.

¹⁴⁰ SFS 2014:406 v. 28.5.2014.

¹⁴¹ LG Göteborg, Urt. v. 29.3.2023 – B 7721-21, B 4663-22, S. 14 f.

¹⁴² LG Pirkanmaa, Urt. v. 18.3.2016 – R 16/1304, S. 2; kritisch hierzu *Heikkilä* (Fn. 95), S. 474.

¹⁴³ LG Helsinki, Urt. v. 10.1.2019 – R 18/6593, S. 8; durch die explizite Nennung des Art. 8 ICC-Statut sind alle Tatbestandsvarianten vollumfänglich erfasst.

§ 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB erfasst die Erniedrigung und Entwürdigung einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person. Nach Ansicht der Rechtsprechung umfasst der in § 8 Abs. 6 Nr. 3 VStGB geforderte Zustand der Wehrlosigkeit von Angehörigen der Streitkräfte und gegnerischen Kämpfern auch Verstorbene. Schutzobjekt in diesem Fall ist die Totenehre bzw. die über den Tod hinaus wirkende Ehre eines Menschen.¹⁴⁴ Damit folgt die Rechtsprechung der in den Verbrechenselementen zu Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxi ICC-Statut vertretenden Ansicht, dass auch erniedrigende und entwürdigende Handlungen mit Toten erfasst werden.¹⁴⁵

Unter Behandlung ist jedes auf das Opfer unmittelbar bezogene Verhalten zu verstehen, wobei eine physische Einwirkung nicht gefordert ist.¹⁴⁶ Sie muss auch nicht zwingend vom Betroffenen wahrgenommen werden.¹⁴⁷ Um die Schwelle zur Erheblichkeit zu überschreiten, muss die Handlung geeignet sein, die Würde des Opfers in einem solchen Ausmaß zu beeinträchtigen, dass sie sich für einen objektiven Betrachter unter Berücksichtigung der kulturellen Hintergründe des Opfers als Gräueltat darstellt.¹⁴⁸

Ein ähnlicher Ansatz wird auch in Schweden von der Rechtsprechung vertreten. Zu den nach § 3 Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen geschützten Personen gehören auch Verstorbene.¹⁴⁹ Nach Ansicht der Rechtsprechung könnte bei Betrachtung aller Umstände das bloße Posieren für später in sozialen Medien veröffentlichte Filme oder Fotos mit Leichen oder schwerverletzten Personen für eine Strafbarkeit gem. § 4 Nr. 7 Gesetz über die Bestrafung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ausreichen. Das Machen von Siegeszeichen, begleitet von beleidigenden und herabsetzenden Äußerungen über das Opfer, verbunden mit der Veröffentlichung der Filme und Fotos auf Facebook, ist eine Verletzung der persönlichen Würde der Person sowie eine erniedrigende und

entwürdigende Behandlung, die geeignet ist, die persönliche Würde schwer zu verletzen.¹⁵⁰

Die finnische Rechtsprechung bezieht sich ebenso auf die Verbrechenselemente zu Art. 8 Abs. 2 lit. c Nr. ii ICC-Statut und verlangt nicht, dass das Opfer die erniedrigende und herabwürdigende Behandlung persönlich wahrnimmt, weshalb auch Leichen mit einbezogen sind.¹⁵¹ Das Stellen des Fußes auf den abgetrennten Kopf eines gegnerischen Kämpfers, dessen Identität problemlos ermittelt werden konnte, in Verbindung mit der Veröffentlichung des Fotos auf dem allgemein zugänglichen Facebook-Account des Täters, erfüllt die Voraussetzungen an eine erniedrigende und herabwürdigende Behandlung.¹⁵²

Strittig wurde diskutiert, ob der Schutz auch für Personen gelte, die nicht Teil einer regulären Armee seien. Das Opfer war IS-Kämpfer. Die Rechtsprechung machte deutlich, dass auch diese zum geschützten Personenkreis gehören, sobald sie hors de combat seien, also an den Gefechten nicht mehr aufgrund Verwundung oder Gefangenschaft teilnehmen konnten. Die Rechtfertigung des Angeklagten, er habe die Fotos nur deshalb öffentlich gemacht, da der IS dies ebenfalls getan habe, wurde vom Gericht zurückgewiesen, denn Verletzungen des internationalen humanitären Rechts durch die gegnerische Seite haben keinen Einfluss auf die Strafbarkeit des Einzelnen für seine eigenen Taten.¹⁵³

IV. Resümee

Die Reichweite des nationalen Strafrechtsanwendungsrechts für Verbrechen nach internationalem Strafrecht ist der wichtigste Ausgangspunkt für die nationale Strafverfolgung. Das Weltrechtsprinzip findet sich in allen Prozessordnungen, jedoch in unterschiedlicher Ausprägung. Die Zuständigkeit von finnischen und schwedischen Gerichten ist hierbei am umfassendsten. Frankreich, Deutschland und Spanien fordern einen mehr oder minder ausgeprägten legitimierenden Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der nationalen Gerichtsbarkeit. Einschränkungen sind grundsätzlich nicht abzulehnen, da die Mitgliedstaaten auch nicht zur Übernahme eines umfassenden Universalitätsprinzips verpflichtet sind. Jedoch sollte dabei das Ziel nicht aus den Augen verloren werden, jede Strafbarkeitslücke bei der Strafverfolgung der Täter von Makroverbrechen zu schließen.

Die Umsetzung der Tatbestände des internationalen Strafrechts erfolgt in den Beispielländern sehr unterschiedlich. Frankreich sieht z.B. den Völkermord nicht als eigenständiges Delikt, sondern als schwerste Form der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Diese gelten in der Rechtsprechung als

¹⁴⁴ U.a. BGH, Beschl. v. 8.9.2016 – StB 27/16, Rn. 22 = NJW 2016, 3604 (3606); BGH, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, Rn. 16 = NJW 2017, 3667 (3668); BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – AK 6/22, Rn. 31 = BeckRS 2022, 5720; BGH, Urt. v. 28.1.2021 – 3 StR 564/19, Rn. 91 = NJW 2021, 1326 (1334).

¹⁴⁵ Elements of Crimes, Fn. 49, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (17.9.2025).

¹⁴⁶ BGH, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, Rn. 37 ff. = NJW 2017, 3667 (3670); die Rspr. übernimmt hier die Auslegung des Begriffes „Behandlung“ von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, bei der die Körperverletzungshandlung mit einbezogen wird, nicht nur der Körperverletzungserfolg, *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2025, § 224 Rn. 41.

¹⁴⁷ BGH, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, Rn. 44 = NJW 2017, 3667 (3671).

¹⁴⁸ BGH, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, Rn. 50 = NJW 2017, 3667 (3671).

¹⁴⁹ Berufungsgericht Skåne und Blekinge, Urt. v. 11.4.2017 – B 3187-16, S. 2; LG Blekinge, Urt. v. 6.12.2016 – B 569-16, S. 7 ff.; LG Blekinge, Urt. v. 4.1.2023 – B 2759-21, S. 18.

¹⁵⁰ LG Blekinge, Urt. v. 4.1.2023 – B 2759-21, S. 16 f.; LG Göteborg, Urt. v. 29.3.2023 – B 7721-21, B 4663-22, S. 20 f.

¹⁵¹ LG Helsinki, Urt. v. 10.1.201 – R 18/6593, S. 6 f.; der Angeklagte hatte dem toten Opfer den Kopf abgeschnitten, ihn hochgehalten und dabei ein Siegeszeichen gemacht. Die Tat wurde gefilmt und von ihm selbst oder anderen auf die Facebook-Seite des Angeklagten hochgeladen.

¹⁵² LG Pirkanmaa, Urt. v. 18.3.2016 – R 16/1304, S. 3.

¹⁵³ LG Pirkanmaa, Urt. v. 18.3.2016 – R 16/1304, S. 4.

schwerstes internationales Delikt, wodurch eine Hierarchie gegenüber den Kriegsverbrechen entstanden ist.¹⁵⁴

Die Gruppen, die Ziel eines Völkermords sein können, sind in Frankreich, Spanien und Finnland erweitert. In Frankreich und Finnland wurden offene Formulierungen gewählt, die es nun möglich machen, z.B. auch Gruppen zu erfassen, die sich aufgrund der sexuellen Orientierung ihrer Mitglieder bestimmen. Deutschland und Schweden sind dem Ansatz des ICC-Statuts gefolgt und beschränken den Schutz ausschließlich auf religiöse, nationale, ethnische und rassische Gruppen.

Die späte Einführung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit führte in allen Beispielländern zur Auseinandersetzung mit dem Legalitätsprinzip. In Spanien wurde versucht, über die direkte Anwendung von internationalem humanitärem Recht das Problem zu lösen. Die höchstrichterliche Entscheidung machte jedoch deutlich, dass auch in diesen Fällen das Legalitätsprinzip zu beachten sei. Ebenso entschieden die Gerichte in Frankreich.

Eine Besonderheit ist im finnischen Strafgesetzbuch vorgesehen. Es wird u.a. für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit eine Qualifikation des Delikts vorgesehen. Sind z.B. eine erhebliche Anzahl von Personen betroffen oder wird die Tat auf besonders grausame Weise begangen, so wird dies nicht nur über die Strafzumessung geregelt, sondern es ist das qualifizierte Delikt gem. Kap. 11 § 4 finnStGB anzuwenden. Damit sind auch Delikte, die in anderen Ländern möglicherweise nicht die erforderliche Erheblichkeit erlangen, in Finnland strafrechtlich als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgbar.

In Schweden und Finnland wurde in Bezug auf die Kriegsverbrechen das Kontextelement „bewaffneter Konflikt“ um die „Besatzung“ erweitert. Damit geht die Strafbarkeit über die im ICC-Statut geforderte hinaus und erfasst auch Taten durch Besatzungsmächte als Kriegsverbrechen, die z.B. in Deutschland als Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich verfolgbar sind.

Bei der Tatbegehungsvariante des Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxi ICC-Statut, der schwerwiegenden Entwürdigung und Erniedrigung von völkerrechtlich geschützten Personen, wird in allen Ländern der gleiche Ansatz verfolgt. Zu den völkerrechtlich geschützten Personen gehören auch Verstorbene. Die nationalen Rechtsprechungen folgen damit den in den Verbrechenselementen zum ICC-Statut enthaltenen Vorgaben, d.h. dass das Opfer selbst die entwürdigende und erniedrigende Behandlung nicht wahrnehmen muss. Gerade in Bezug auf in sozialen Netzwerken gepostete Fotos und Videos mit Toten bzw. Körperteilen von diesen wurde das Vorliegen dieser Voraussetzung durch die Gerichte bejaht.

Jedes Strafrechtssystem in Europa hat seine Besonderheiten. Dies wird auch in der Umsetzung von internationalem Strafrecht in den nationalen Strafgesetzen und deren Anwendung durch die Gerichte deutlich. Das übergreifende Ziel sollte immer sein, keine Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen und damit Tätern die Möglichkeit zu geben, sich ihrer strafrechtlichen Verantwortung zu entziehen. Den Beispielländern scheint dies gelungen zu sein. Jedoch ist zu einigen

Tatbestandsvarianten noch keine Rechtsprechung ergangen und es bleibt abzuwarten, wie diese von nationalen Strafgerichten unter Einbeziehung des Allgemeinen Teils des nationalen Strafrechts ausgelegt werden.

¹⁵⁴ Cour de Cassation, Urt. v. 7.9.2021 – 2019-87-367, Rn. 64.

Besondere persönliche Merkmale und Sonderdelikte: Rückkehr zum Ursprung als Weg nach vorne*

Von Dr. Felipe Belmar Todorovic, LL.M. (Hamburg), Hamburg**

Im Aufsatz geht es um die Behandlung von zwei verbundenen Fragen: Einerseits um die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 28 StGB und die Auslegung des Begriffs der besonderen persönlichen Merkmale und andererseits um die Begründung und Struktur der Sonderdelikte, die die wichtigste – wenn nicht ausschließliche – Fallgruppe der besonderen persönlichen Merkmale darstellen.

I. Einleitung

Die Frage über die Auslegung der besonderen persönlichen Merkmale und den Anwendungsbereich des § 28 StGB wird in der Strafrechtsdogmatik seit langem immer wieder aufgeworfen und kontrovers diskutiert. Der Aufsatz fasst die wichtigsten diesbezüglich entwickelten Theorien zusammen und setzt sich kritisch mit ihnen auseinander.

Es werden zunächst die Theorien behandelt, die derzeit die meisten Vertreter haben: Zum einen die Auffassungen, welche die besonderen persönlichen Merkmale und die Regeln des § 28 StGB als eine Ausnahme der allgemeinen Täterschafts- und Teilnahmeregeln interpretieren, da diese Merkmale eher den „Täter“ als die „Tat“ selbst beschreiben würden. Zum anderen werden die Überlegungen der sog. Pflichtdeliktslehre analysiert. Ihre Vertreter sind der Ansicht, dass es bestimmte Delikte gibt, bei denen Täterschaft und Teilnahme nicht durch das Kriterium der Tatherrschaft bestimmt werden, sondern durch die Innehabung einer vorstrafrechtlichen bzw. institutionellen Sonderpflicht. Bei diesen Delikten existiere eine direkte Beziehung zwischen dem Täter und dem geschützten Rechtsgut, was zu ihrer unterschiedlichen Behandlung berechtige. Die Prämissen dieser beiden Theorien werden im Folgenden grundlegend kritisiert und abgelehnt.

Angesicht der Schwächen dieser Theorien wird eine alternative Charakterisierung dieser Merkmale und des Anwendungsbereichs des § 28 StGB vorgeschlagen: nämlich das Verständnis der besonderen persönlichen Merkmale als ein Hinweis auf Positionen, die entweder ein (echtes) Sonderdelikt – § 28 Abs. 1 StGB – oder ein unechtes Sonderdelikt – § 28 Abs. 2 StGB – begründen. Diese Auffassung stellt eine Rückkehr zu den grundlegenden Überlegungen *Johannes Naglers* dar, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts das moderne Verständnis von Sonderdelikten in Gang gesetzt hat.

* Der Beitrag basiert auf meiner 2024 bei Duncker & Humblot erschienenen Dissertation „Normwidrigkeit und Zurechnung bei Sonderdelikten“, insbesondere dem zweiten Kapitel derselben. Ich danke *Alexander Frantz* herzlich für seine sprachlichen Korrekturen bei der Erstellung des Manuskripts.

** Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerius Law School, Hamburg.

II. Konkurrierende Theorien über den Anwendungsbereich des § 28 StGB

1. Besondere persönliche Merkmale als höchstpersönliche täterbeschreibende Merkmale

a) Tatbezogene und täterbezogene Merkmale

aa) Argumente der herrschenden Meinung

Die derzeit herrschende Auslegung des § 28 StGB begreift die Vorschrift als eine Sonderlösung für eine spezielle Unterart von Merkmalen, nämlich die besonderen persönlichen Merkmale, die von den allgemeinen Regeln zur Täterschaft und Teilnahme abweicht. In diesem Sinne wird darauf hingewiesen, dass die im Paragraphen enthaltenen Regeln eine „Lockerung“ (§ 28 Abs. 1 StGB) oder eine vollständige „Durchbrechung“ (§ 28 Abs. 2 StGB) des Akzessorietätsgrundsatzes darstellen würden.¹ In diesem Aufsatz soll es weniger um die Probleme gehen, die durch diese Interpretation beider Absätze entstehen,² sondern vielmehr um die Auslegung und Begründung des Begriffs der besonderen persönlichen Merkmale selbst.

Bei der Einordnung dieser Merkmale unterscheiden und klassifizieren die höchstrichterliche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur die Tatbestandsmerkmale zuerst in zwei große Kategorien, nämlich die sog. „tatbezogenen“ Merkmale und die „täterbezogenen“ Merkmale. Was genau mit diesen Bezeichnungen gemeint ist, kann je nach Darstellung erheblich variieren.

Für den BGH ist ein Merkmal tatbezogen, wenn es die „Verwerflichkeit der Tat als solche[r]“ erhöhe³ oder wenn es das „äußere Bild der Tat“ präge, indem eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens gekennzeichnet oder die Ausführungsart des Delikts beschrieben werde.⁴ Täterbezogen seien dagegen Motive und Tendenzen, die „das besondere Gesinnungsunrecht kennzeichnen“⁵ oder die in erster Linie „die Person und die Persönlichkeit des Täters kennzeichnen“.⁶

¹ Beispielsweise: „§ 28 zielt darauf ab, die Akzessorietät der Teilnahme zu einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat weiter zu lockern, als es den §§ 26; 27 entspricht.“, *Hoyer*, in: *Wolter/Hoyer* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 28 Rn. 1; siehe auch *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 4.

² Siehe dazu ausführlicher *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 163 f. und 190 ff.

³ BGHSt 22, 380; 55, 232.

⁴ BGHSt 55, 232; BGH NJW 1994, 272; BayObLG StV 1999, 257; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; *Heine/Weißer*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 28 Rn. 16.

⁵ BGHSt 23, 39; 22, 375; BGH NSTZ-RR 2002, 139.

⁶ *Rengier* (Fn. 4), § 46 Rn. 13; ähnlich dazu BGH NJW 2024, 2268, was auch zeigt, dass der BGH an seiner Meinung festhält.

Auf dieser Grundlage erklärte sich, warum zwei unterschiedliche Regeln bei diesen verschiedenen Gruppen von Merkmalen anzuwenden sind: Der leitende Gedanke ist, dass nur die tatbezogenen Merkmale das strafrechtliche Verhalten selbst bzw. die Handlung prägen und näher bestimmen. Daher sollten die vom Täter verwirklichten tatbezogenen Merkmale dem Teilnehmer aufgrund des Akzessorietätsgrundsatzes auch zugerechnet werden, solange er davon Kenntnis genommen und daran mitgewirkt hat. Mit anderen Worten, sie unterfallen den allgemeinen Regeln der §§ 26, 27 StGB.⁷

Da sie nur die Person der Täter weiter kennzeichneten, hätten die täterbezogenen Merkmale hingegen einen „höchstpersönlichen Charakter“.⁸ Sie bildeten eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln bilden und beeinflussten nur das Unrecht bzw. die Strafbarkeit von denen, die sie persönlich verwirklichen. Sie könnten den anderen Beteiligten nicht, oder zumindest nicht in vollem Umfang, zugerechnet werden. Dies bedeute, dass hinsichtlich dieser Merkmale die Regeln des § 28 StGB anzuwenden seien. Der Begriff der täterbezogenen Merkmale wäre in diesem Sinne mit dem gesetzlichen Begriff der besonderen persönlichen Merkmale gleichzusetzen.

So würde beispielsweise das Merkmal der Tötung eines Menschen beim Totschlag (§ 212 StGB) das Unrecht der Handlung selbst prägen und nicht nur den Täter weiter charakterisieren. Dementsprechend wäre das Merkmal auch dem Teilnehmer zuzurechnen, der davon Kenntnis hatte, auch wenn er das Merkmal nicht selbst ausgeführt hat. Das Qualifikationsmerkmal des niedrigen Beweggrunds beim Mord, würde dagegen eher die besondere Besinnung bzw. die Persönlichkeit des Täters kennzeichnen und sollte deshalb nur die Verantwortlichkeit der Person, die es selbst erfüllt hat, beeinflussen.

bb) Schwachstellen der klassischen Unterscheidung

Auf den ersten Blick scheinen die obigen Überlegungen eine plausible Erklärung zu liefern. Bei näherer Betrachtung offenbaren sich jedoch bedeutsame Schwachstellen, die Anlass zu zahlreichen kritischen Einwänden gegen die herrschende Meinung geben. Ein erstes Problem liegt in der Unbestimmtheit des Kriteriums, aufgrund dessen das gleiche Merkmal je nach Autor entweder als tatbezogen oder als täterbezogen eingestuft werden kann. Zwar scheinen die oben genannten Beispiele sich leicht klassifizieren zu lassen, aber wie sollte ein anderes subjektives Element wie die Zueignungsabsicht bei einem Diebstahl (§ 242 StGB) oder die Bereicherungs-

absicht bei dem Betrug (§ 263 StGB) eingeordnet werden? Prägt etwa eine Absicht das „äußere Bild der Tat“ oder kennzeichnet sie eine Eigenschaft des Täters?

Da es sich um ein subjektives Element handelt, könnte man annehmen, dass es zur näheren Charakterisierung des Täters und seiner Stellung gegenüber einer Sachlage verwendet wird. Andererseits wird auch behauptet, dass Absichten zwar subjektiv wären, sich aber auf die Rechtsgutsverletzung bzw. das Tatumrecht beziehen würden und dementsprechend akzessorisch behandelt werden sollten. Oft wird diese Frage für jedes spezifische Merkmal im Rahmen der Auslegung seines Tatbestandes einzeln entschieden. So werden beispielsweise die Zueignungs- und Bereicherungsabsichten je nach Autor als tatbezogen bzw. akzessorisch,⁹ als täterbezogen bzw. nichtakzessorisch¹⁰ oder sogar – wiederum innerhalb der Zueignungsabsicht differenzierend – die Enteignungsabsicht als tatbezogen und die Aneignungsabsicht als täterbezogen angesehen.¹¹

Otto kritisiert zudem, dass der Begriff der Täterbezogenheit bestenfalls die Merkmale aus dem Bereich des § 28 StGB ausklammern würde, „die ausschließlich den Tathergang beschreiben“. Das eigentliche Problem, das in der Abgrenzung der unter § 28 StGB fallenden „besonderen“ persönlichen Merkmale von dem Rest der persönlichen Merkmale bestehe, werde aber nicht berührt.¹² Das heißt, dass – auch wenn es möglich wäre, zu sagen, dass die Tötung eines Menschen nur die Handlung beschreibt – das wahre Problem darin besteht, die besonderen persönlichen Merkmale – wie etwa die Eigenschaft, ein Richter zu sein bei der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) – von Merkmalen wie den vorher genannten Absichten, die die meisten akzessorisch behandeln, abzugrenzen.

Richtet man nun den Blick auf die besonderen persönlichen Merkmale selbst, und insbesondere auf die sog. strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale, wird die Unrichtigkeit der Prämissen der herrschenden Meinung noch deutlicher: bei diesen wird schon anhand der gesetzlichen Formulierung deutlich, dass die besonderen persönlichen Merkmale oft, wenn nicht immer, auch die Handlung und den Kern des Unrechts ihrer Tatbestände prägen. Denn die Eigenschaft, ein Richter zu sein bei der Rechtsbeugung – genauso wie die Amtsstellung bei anderen Amtsdelikten oder die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue (§ 266 StGB) – charakterisiert nicht nur die Persönlichkeit des Täters, sondern die Handlung selbst. Der Umstand, dass der Richter aufgrund seiner Stellung über Rechtssachen entscheiden kann, macht den Angriff auf das Rechtsgut überhaupt erst möglich.

⁷ Die herrschende Meinung begründet die Strafbarkeit der Teilnahme durch die sog. „akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie“. Für diese sei der „Strafgrund der Teilnahme die Verursachung fremden Unrechts durch Mitwirken an der Normverletzung des Täters“ (*Hervorhebungen* im Original), Scheinfeld, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vorbemerkung zu § 26 Rn. 10; siehe auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor. §§ 25 ff. Rn. 8 f.

⁸ Rengier (Fn. 4), § 46 Rn. 13.

⁹ Rengier (Fn. 4, § 46 Rn. 20) z.B. ordnet sie zum Tatumrecht zu; zustimmend Heine/Weißer (Fn. 4), § 28 Rn. 20.

¹⁰ Beide – genauso wie alle anderen subjektiven Tendenzen – werden von Schünemann (bei Grebing, ZStW 88 [1976], 176 f.) im Rahmen seiner „Einheitslösung“ nichtakzessorisch behandelt. Hoyer ([Fn. 1], § 28 Rn. 26) charakterisiert die Bereicherungsabsicht beim Betrug als ein Motiv des Täters, und dementsprechend täterbezogen.

¹¹ Hoyer (Fn. 1), § 28 Rn. 25 f.

¹² Otto, Jura 2004, 470.

Und trotzdem wird – mit Recht – ein Unterschied bei der Zurechnung zum Teilnehmer gemacht, der diese Eigenschaft nicht selbst besitzt. Der Grund für diese Unterscheidung muss aber dementsprechend woanders liegen.

Indes deuten diese Gedanken wiederum auf ein noch größeres Problem hin, das struktureller Natur ist und von *Armin Kaufmann* schon vor längerer Zeit erkannt wurde: Selten werden – wenn überhaupt – Merkmale gefunden, die nur die Handlung oder den Täter charakterisieren. So stellt er fest, dass es im Kernbereich des Strafrechts Delikte *reine* Tätermerkmale nicht zu geben scheine, „sondern nur ‚umdeutbare‘ in dem Sinne, daß Normsubjekt und Normmaterie, Täter und tatbestandliche Handlung oder Unterlassung gleichzeitig gekennzeichnet werden durch eine besondere Beziehung zwischen dem Subjekt und seiner Handlung oder durch die fehlende Ausführung oder Fehlausführung einer Funktion seitens des Funktionsträgers“.¹³

Diese letzte Tatsache ist aber nicht nur als ein Problem zu betrachten, auch wenn sie in diesem Zusammenhang die Identifizierung der besonderen persönlichen Merkmale erschwert. Denn es ist gleichzeitig positiv zu bewerten, dass das Strafrecht nicht reine Gesinnungen bestraft, sondern diese nur relevant werden, wenn sie sich in einem konkreten äußeren Verhalten materialisieren und, als Gegenstück, die „Persönlichkeit des Täters“ – wenn sie überhaupt eine Rolle spielt – durch seine Handlungen definiert wird.

Die letzten beiden Punkte zeigen deutlich, warum es besser ist, auf die Terminologie der Täter- und Tatbezogenheit zu verzichten. Wie *Otto* zutreffend aufzeigt, können diese Kritiken nicht durch die Abwägung von täter- und tatbezogenen Elementen innerhalb eines Merkmals vermieden werden. Im Gegenteil, diese Herangehensweise erhöht die Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse und gibt einen noch breiteren Raum, um Entscheidungen ohne rechtssichere Grundlage zu treffen.¹⁴ Diese Mängel erklären auch, warum in der Literatur versucht wurde, diese Unterscheidung in eine solche zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht rechtsgutsbezogenen bzw. besonderen persönlichen Merkmalen umzudeuten, wie im Folgenden erörtert wird. Andere bedeutende Charakterisierungen in der Literatur, die ebenfalls auf der Gegenüberstellung von zwei oder mehr gegenseitigen Gruppen von Merkmalen basieren, wie z.B. *Herzbergs* wertneutrale und wertbezogene Merkmale oder *Puppes* Unrechts-, Schuld- und gemischte Merkmale, werden hier der Übersichtlichkeit halber nicht behandelt.¹⁵

b) Rechtsgutsbezogene Merkmale und besondere persönliche Merkmale

aa) Gründe für die Umformulierung der Begriffe

Die vielleicht üblichste Umdeutung der Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen ist ihre Einordnung

in rechtsgutsbezogene Merkmale, die den Angriff auf das geschützte Rechtsgut charakterisieren, und in besondere persönliche Merkmale. Während die ersteren uneingeschränkt akzessorisch zu behandeln seien, unterfielen letztere der Regelung des § 28 StGB.¹⁶ Die Idee dahinter ist, dass, wenn der Teilnehmer für seine Mitwirkung an der Rechtsgutsverletzung durch einen anderen verantwortlich gemacht wird, alles, was für die Rechtsgutverletzung konstitutiv ist, auch für den Unwertgehalt der Teilnahmehandlung relevant wäre. Umgekehrt soll ein Merkmal die Verantwortlichkeit der anderen Beteiligten *nicht* modifizieren, wenn sie den Rechtsgutangriff nicht charakterisiert und nur die Verantwortlichkeit des Täters beeinflusst.¹⁷

Wie *Grünwald*, der diese Meinung vertritt, aber selbst feststellt, führt diese Einordnung schnell zu einer widersprüchlichen Lage bei einem der wichtigsten Bereiche der besonderen persönlichen Merkmale, nämlich bei den Amtsdelikten. Die Amtsträgereigenschaft – wie er richtig erkennt – ist unstrittig ein besonderes persönliches Merkmal und die Amtsdelikte gehören zum Kernbereich des § 28 StGB. Gleichzeitig entspricht aber die Amtsträgereigenschaft der Definition der tatbezogenen Merkmale, da sie die Rechtsgutsverletzung mitkonstituiert: Bei der Rechtsbeugung beispielsweise ist das Rechtsgut überhaupt nicht zu erreichen, wenn der Täter Richter, Amtsträger oder Schiedsrichter wäre.¹⁸ Laut diesem Autor gebe aber die Tatsache, dass die Anerkennung der Amtsträgereigenschaft als besonderes persönliches Merkmal nicht in Einklang mit der herrschenden Definition stehe, keine Veranlassung dazu, von der Definition abzugehen oder die Amtsträgereigenschaft aus dem Anwendungsbereich des § 28 StGB herauszunehmen. Sie wäre vielmehr als eine historisch bedingte Besonderheit zu verstehen.¹⁹

Anstatt aufzugeben und die Situation als ein innerhalb dieses Rahmens unlösbares Problem zu erkennen, versuchen manche Autoren wie *Geppert* die Klassifikation weiter zu präzisieren und somit auch die sog. „Mischfälle“, bei denen ein Merkmal zwar rechtsgutsbezogene Elemente innezuhaben scheint, aber eben auch nicht rechtsgutsbezogene Elemente, besser einzuordnen. Aus diesem Grund definiert er den Begriff der besonderen persönlichen Merkmale negativ durch die Ausklammerung aller (objektiven oder subjektiven) persönlichen Merkmale, die „auch irgendeinen Bezug zum jeweils geschützten Rechtsgut und damit zum Kern des in der Person des Haupttäters verwirklichten Unrechts aufweisen“.²⁰ Das heißt, dass bei den sog. Mischfällen, bei denen ein Tatbestandsmerkmal nicht nur die Rechtsgutsverletzung beschreibt, sondern auch höchstpersönliche Elemente enthält, diese Merk-

¹³ *Armin Kaufmann*, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1983, S. 277 (283 f.).

¹⁴ *Otto*, Jura 2004, 470.

¹⁵ Zur Darstellung und Kritik von *Herzbergs* Kategorisierung siehe *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 59 ff., zu *Schünemanns* Einheitslösung S. 61 ff., zu *Puppes* Gedanken S. 64 ff.

¹⁶ *Grünwald*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 555 (559).

¹⁷ *Grünwald* (Fn. 16), S. 559; *Geppert*, ZStW 82 (1970), 58 f.

¹⁸ Vgl. *Grünwald* (Fn. 16), S. 559.

¹⁹ *Grünwald* (Fn. 16), S. 562 f.

²⁰ *Geppert*, ZStW 82 (1970), 58 (65); vgl. auch *Blauth*, „Handeln für einen anderen“ nach geltendem und kommen dem Strafrecht, 1968, S. 107.

male als besondere persönliche Merkmale verstanden und nicht streng akzessorisch behandelt werden sollten.

In ähnlicher Weise und auch auf der Idee der Rechtsgutsverletzung basierend, meint *Gallas*, dass es zwei Grundsätze gebe, die für die Einordnung eines Merkmals als ein besonderes persönliches Merkmal notwendig seien: Einerseits sollten – wie bereits beschrieben – negativ vom Begriff alle diejenigen objektiv-täterschaftlichen oder subjektiven Tatbestandsmerkmale ausgeschlossen werden, die ausschließlich rechtsgutbezogen erscheinen und somit allein die „Sozialschädlichkeit“ der Tat betreffen, für die der Teilnehmer voll einzustehen habe. Andererseits fügt er aber positiv hinzu, dass auch alle diejenige Merkmale zu dieser Gruppe gehörten, die den Gesinnungswert der Tat und nicht den Handlungswert betreffen.²¹

Auch in diese Richtung gehen die Überlegungen *Hakes*. In Bezug auf *Grünwalds* Auffassung hinterfragt er, ob aus dem Strafgrund der Teilnahme als Mitwirkung an einer fremden Rechtsgutsverletzung folge, dass dem Teilnehmer das vom Haupttäter verwirklichte Unrecht in vollem Umfang vorgeworfen werden könne. Er ist dagegen der Meinung, dass es auch Unrechtsmerkmale geben könnte, deren unrechtssteigernde Wirkung auch oder ausschließlich auf persönlichen Umständen des Täters beruhe, ohne die rechtsgutsverletzende Wirkung seines Verhaltens zu beeinflussen, oder, wie er es weiter formuliert, dass es zu untersuchen sei, „ob Merkmale existieren, die zwar die Haupttat und somit damit den Anknüpfungspunkt für die Teilnahme strafbarkeit in ihrem ‚So-Sein‘ charakterisieren, deren Gehalt sich aber nicht darin erschöpft, die Rechtsgutsverletzung als solche näher zu beschreiben“.²²

Für die Identifizierung der besonderen persönlichen Merkmale sei somit entscheidend, ob die Funktion eines bestimmten Merkmals sich nicht darin erschöpfe, die Rechtsgutsverletzung als solche näher zu beschreiben. Solange es zumindest zum Teil ein höchstpersönliches Unrecht zum Ausdruck bringe, spiele es keine Rolle, ob das Merkmal auch die Rechtsgutsverletzung näher beschreibt. Diese Merkmale dem Teilnehmer in vollem Umfang zur Last zu legen, widerspreche aber auch dem Strafgrund der Teilnahme, da dadurch der Teilnehmer auch wegen der nichtrechtsgutsbezogenen Komponente bestraft würde.²³

bb) Kritische Auseinandersetzung mit der Unterscheidung von rechtsgutbezogenen und besonderen persönlichen Merkmalen

Es sind somit zwei Positionen zu identifizieren: Für die erste kann sich ein Merkmal entweder auf die Rechtsgutsverletzung beziehen oder auf persönliche Eigenschaften eines Beteiligten, aber (in der Theorie) nicht auf beides. Die Amtsdelikte seien aber (in der Praxis) eine historische bedingte Ausnahme, bei der genau dieses Phänomen stattfindet, und die Amtsträgereigenschaft sei als besonderes persönliches

Merkmal zu behandeln. Die zweite Position gibt dagegen zu, dass ein einziges Merkmal gleichzeitig das Unrecht und persönliche Eigenschaften eines Beteiligten kennzeichnen könne. Um als besonderes persönliches Merkmal zu gelten, reicht es ihr zufolge aus, wenn die Funktion des Merkmals sich nicht in der Beschreibung der Rechtsgutsverletzung erschöpft.

Wenn die Diskussion mit konkreten Merkmalen verbildlicht wird, ist wiederum klar, dass beide Ansichten die Amtsdelikte dem Anwendungsbereich des § 28 StGB unterstellen. Bei anderen Fällen ergeben sich hingegen Unterschiede: Wenn man etwa an die Untreue denkt, die normalerweise als Sonderdelikt verstanden wird,²⁴ müsste die erste Position – wenn sie wirklich nur die Amtsdelikte als Ausnahme versteht – annehmen, dass die Vermögensbetreuungspflicht ein akzessorisch zu behandelndes rechtsgutsbezogenes Merkmal sei, da sie die Rechtsgutsverletzung mitkonstituiert. Mit der zweiten Position könnte aber argumentiert werden, dass das Merkmal hier eine doppelte Rolle spiele und insoweit als besonderes persönliches Merkmal zu behandeln sei.

Wenn an andere subjektive Merkmale wie Absichten gedacht wird, ist die Lage aber noch unklarer: Definiert beispielsweise die Bereicherungsabsicht beim Betrug oder die Zueignungsabsicht beim Diebstahl die Rechtsgutsverletzung oder kennzeichnet sie den üblichen Tätertyp? Die meisten verstehen sie als rechtsgutsbezogene Merkmale. Wie wir vorhin gesehen haben, vertreten aber diesbezüglich die unterschiedlichen Autoren divergierende Meinungen.²⁵ Einer der Kritikpunkte von *Otto* an *Hakes* Modifizierung der Rechtsgutsbezogenheit ist, dass sie nicht aus dem Dilemma der irrtümlichen Einordnung von Merkmalen hinausführt. Mit Fällen von Absichten wie der Zueignungsabsicht bei einem Diebstahl oder Raub konfrontiert, müsse *Hake* das ungewollte Ergebnis der Anwendung der Strafmilderung des § 28 Abs. 1 StGB beim Teilnehmer dadurch vermeiden, dass er sie als ausschließlich rechtsgutbezogene Merkmale betrachte, was für *Otto* am Charakter dieser Merkmale vorbeigehe.²⁶

Die Zuordnung der einzelnen Merkmale bleibt somit umstritten und variiert je nach Autor. Aber diese Unterschiede deuten – vielleicht noch wichtiger – auch daraufhin, dass die Unterscheidung in rechtsgutsbezogenen und besonderen persönlichen Merkmalen keine weiteren Anhaltspunkte bietet, um festzustellen, ob ein Delikt im Bereich des § 28 StGB zu subsumieren ist oder nicht.

Dass die erste Prägung der Rechtsgutsbezogenheit scheitert, liegt auf der Hand. Das Problem bei den Amtsdelikten betrifft nicht nur diese „historisch bedingte Besonderheit“. Vielmehr ist diese Inkonsistenz bei allen strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen oder zumindest bei allen echten Sonderdelikten – wie der Untreue – festzustellen, bei der das Merkmal das Unrecht des Delikts begründet: Jedes dieser Merkmale wird zumindest zum Teil die Rechts-

²¹ *Gallas* bei *Grebing*, ZStW 88 (1976), 174 f.

²² *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“: Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 2001, S. 97 f.; siehe auch bei Fn. 7.

²³ *Hake* (Fn. 22), S. 98.

²⁴ Vgl. nur *Kindhäuser/Hoven*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 1.

²⁵ Siehe oben II. 1. a) bb); vgl. auch dazu *Grünwald* (Fn. 16), S. 559 f., einschließlich Fn. 24 und 29.

²⁶ *Otto*, *Jura* 2004, 470 (471).

gutsverletzung mitcharakterisieren. Die zweite Position kann zwar diesen Widerspruch teilweise vermeiden, aber ihre negative Definition – alles, was nicht ausschließlich die Rechtsgutsverletzung charakterisiert, ist ein besonderes persönliches Merkmal – bietet kaum eine Begründung dafür, *was* diese besonderen persönlichen Merkmale definiert und *warum* sie anders behandelt werden sollten.

Schon Grünwald – zwar in Bezug auf die Amtsdelikte, aber die Überlegungen können mit weniger Aufwand auf alle Sonderdelikte übertragen werden – hat die Möglichkeit erwogen, der Amtsträgereigenschaft eine „Doppelrolle“ bei den Amtsdelikten zuzuweisen, wie die Anhänger der zweiten Position vertreten: so, dass einerseits die Rechtsgutsverletzung den Unwertgehalt des Verhaltens aller Beteiligten präge, bei dem Verpflichteten selbst aber noch die Verletzung der ihn obliegenden Pflicht hinzutrete, die nur seine eigene Verantwortlichkeit beeinflusse.²⁷ Er hält dies aber letztendlich für unrichtig, „denn die Rechtsgutsverletzung und die Amtspflichtverletzung sind bei den Amtsdelikten überhaupt nicht von einander zu trennen. Der Extraneus verletzt zwar selbst keine Amtspflicht, aber er bewirkt eine Amtspflichtverletzung, er nimmt an ihr ebenso wie an der Rechtsgutsverletzung teil“.²⁸ Das heißt, dass seiner Meinung nach, indem diese unterschiedlichen Elemente nicht wirklich getrennt werden können, sie – soweit sie das Unrecht der Haupttat modifizieren – dennoch die Verantwortlichkeit des Teilnehmers modifizieren.

Diese zweite Auslegung der Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen Merkmalen und besonderen persönlichen Merkmalen birgt zudem die Gefahr, diesen letzten Begriff zu weit zu überdehnen. Denn, wenn die von Kaufmann festgestellte Umdeutbarkeit der Handlungs- und Tätermerkmale sowie die Tatsache berücksichtigt wird, dass die besonderen persönlichen Merkmale negativ durch den Ausschluss der *reinen* rechtsgutsbezogenen Merkmale charakterisiert werden, wäre es möglich zu vertreten, dass die meisten Merkmale keine reinen Handlungsmerkmale sind und dementsprechend in den Anwendungsbereich der Regeln des § 28 StGB fallen. Diese Umdeutbarkeit kann zur Erklärung beitragen, warum die Literaturmeinungen sich bei der Einordnung der einzelnen Absichten und anderen Merkmalen spalten und je nach Autor sie mal als rechtsgutsbezogene, mal als besondere persönliche eingeordnet werden: Sie fokussieren sich auf einen unterschiedlichen Aspekt des gleichen Merkmals.

Insoweit bringt uns die Idee der Rechtsgutsbezogenheit bestimmter Merkmale nicht viel weiter als die davor charakterisierte Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen, und entkommt nicht allen der dort geschilderten Einwände. In Anbetracht der obigen Ausführungen lohnt es sich zu prüfen, ob andere theoretische Rahmen, die weniger auf die Sortierung einzelner Merkmale ausgerichtet sind und eine allgemeinere Perspektive auf diese Art von Delikten einnehmen, zu harmonischeren Lösungen führen können.

2. Pflichtdeliktslehre: vorgelagerte Sonderpflicht als unmittelbare Verbindung

a) Pflichtdelikte als Charakterisierung der Zentralgestalt des Delikts

Einen anderen theoretischen Rahmen bezüglich dieser Fragen bietet die sog. Pflichtdeliktslehre. Diese Lehre wurde von Roxin in seiner Habilitationsschrift „Täterschaft und Tatherrschaft“ entwickelt, in welcher er am Begriff des Sonderdelikts, das er – irrtümlicherweise – als die Beschränkung des Täterkreises von vornherein auf bestimmte Berufsgruppen oder Stände versteht,²⁹ seine vermeintliche Unklarheit bemängelt und ihn zu ersetzen versuchte.³⁰ Jakobs greift diese Unterscheidung zwischen Herrschafts- und Pflichtdelikten ebenfalls auf. Er entwickelt sie aber in einer eigenen Weise weiter. Er unterscheidet zwischen einem weiteren und einem engeren Sinn der Sonderdelikte: Bei den Sonderdelikten im weiteren Sinne könne nicht jedermann Täter eines vollendeten Delikts sein, sondern nur eine Person mit bestimmten Eigenschaften oder in bestimmter Lage. Sonderdelikte im engeren Sinne seien hingegen Delikte, bei denen der Täter des betreffenden Delikts nur eine Person sein könne, die unabhängig von der Deliktsbegehung in einer Beziehung (Status) zu dem geschützten Gut stehe, im Gegensatz zu den Fällen, in denen eine Beziehung zum Gut nur durch das deliktische Verhalten vermittelt werde. Der Begriff der Pflichtdelikte ist der letzteren Kategorie vorbehalten.³¹

Roxin versteht die Pflichtdelikte als eine der Methoden, die der Gesetzgeber zur Charakterisierung der Zentralgestalt eines Delikts benutzt und damit als alternatives Täterkriterium zu dem von ihm vertretenen Kriterium der Tatherrschaft. Er definierte dieses Kriterium ursprünglich als „die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Pflicht, die sich nicht notwendig auf jeden Deliktsbeteiligten erstreckt, die aber für die Tatbestandserfüllung erforderlich ist“.³² Diese Pflicht unterscheide sich von der aus der Strafrechtsnorm entspringenden Pflicht, sei dieser logisch vorgelagert und soll im Allgemeinen anderen Rechtsgebieten entspringen.³³ Innerhalb dieser Delikte soll jede Mitwirkung des Intraneus seine Täterschaft

²⁹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 394. Schon Nagler (Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, S. 19) hat aber die „ungerechtfertigte Einengung des Begriffs“ der Sonderdelikte kritisiert, wenn man „die besonderen Kreise der jeweiligen unmittelbar Vinkulierten mit den Vertretern der Berufsstände identifizierte“. Insoweit ist Roxins Kritik unangebracht.

³⁰ Roxin (Fn. 29), S. 436.

³¹ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 2011, 6/91; Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 36 f.

³² Roxin (Fn. 29), S. 394.

³³ Roxin (Fn. 29), S. 394 f.

²⁷ Grünwald (Fn. 16), S. 561.

²⁸ Grünwald (Fn. 16), S. 561 f.

begründen, solange er seine Sonderpflicht verletzt, ungeachtet der Tatsache, ob ihm die Tatherrschaft fehlt.³⁴

In dieser ersten Vorstellung der Lehre *Roxins* wird schon deutlich, dass der Begriff sich für ihn auf eine täterschaftsbegründende Funktion beschränkt – und insoweit vom Begriff von Täterschaft abhängig ist –, aber es keinen wesentlichen Unterschied bei der Begründung dieser Delikte im Vergleich zu den Gemeindelikten bzw. Tatherrschaftsdelikten gäbe. Es bleibt aber noch die Frage offen, *warum* der Gesetzgeber hier die Zentralgestalt anders charakterisiert als im Normalfall. Der Unterschied läge – *Roxin* und seinen Anhängern zufolge – nicht in einem abweichenden Strafgrund, denn auch hier wäre die Rechtsgutsverletzung der Grund der Bestrafung.³⁵ *Roxin* meint, dass die Pflichtdelikte einen der zwei Wege darstellten, durch die der Gesetzgeber die Forderungen des *nul-lum-crimen*-Grundsatzes verwirklicht. Der Gesetzgeber könne entweder die Handlung möglichst präzise durch die Deskription äußerer und innerer Fakten (Tatherrschaftsdelikte) beschreiben oder den Tatbestand durch den Verstoß einer außerstrafrechtlichen Pflicht konkretisieren. Im letzteren Fall komme es nicht auf das äußere Verhalten des Täters an, sondern auf den Verstoß gegen eine Pflicht, die aus einer von ihm übernommenen sozialen Rolle entspringt.³⁶ Bei diesen Delikten gehe es um „rechtlich schon durchgeformte Lebensbereiche [...], deren Funktionsfähigkeit durch die Tatbestände geschützt werden soll“.³⁷

Wenn aber auf der Frage beharrt wird, *warum* der Gesetzgeber eine solche Entscheidung treffen sollte, antwortet *Roxin*, dass die Wahl zwischen den beiden Methoden schlicht eine gesetzgeberische Entscheidung sei, die davon abhängt, für wie bedeutsam der Gesetzgeber die Pflichtenstellung im Rahmen der Rechtsgutsverletzung ansieht. Werde „der Strafwürdigkeitsgehalt des Delikts durch sie nach seiner Meinung wesentlich beeinflusst, so wird er den Pflichtigen ohne Rücksicht auf den Handlungsverlauf im Zentrum des Geschehens sehen und die Strafbarkeit Außenstehender erheblich einschränken“.³⁸ Wenn er eine dieser fest geformten Vorgegebenheiten – Herrschaft und Pflicht – auswähle, müsse er die sich daraus ergebenden Folgen in Bezug auf die Teilnahmefragen in Kauf nehmen.³⁹

Als *Begründung* der Pflichtdelikte und als Darstellung der Kriterien, die den Gesetzgeber berechtigen oder berechtigen sollten, um ein Pflichtdelikt zu typisieren, bleiben *Roxins*

Ausführungen ungenau. Wenn die obigen Überlegungen wohlwollend interpretiert werden, wäre es möglich, die Entstehungsgründe dieser Pflichten und den Wert ihres Schutzes in der wesentlichen Rolle zu sehen, die diese rechtlich schon durchgeformten Lebensbereiche bzw. sozialen Rollen für die Rechtsordnung haben. Welche genauen Rollen Pflichtdelikte begründen, ist aber umstritten: *Roxin* inkludiert z.B. auch Tatbestände wie die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) und die Unfallflucht (§ 142 StGB), die von anderen Autoren aus dem Bereich der Sonderdelikte bzw. der besonderen persönlichen Merkmale ausgeschlossen werden⁴⁰.

Es sollte zuletzt erwähnt werden, dass *Roxin* seine Lehre im Laufe der Zeit in dreierlei Hinsicht modifiziert hat: Er hat erstens die Fahrlässigkeitstatbestände aus dem Bereich der Pflichtdelikte herausgenommen, zweitens eingestanden, dass die täterschaftsbegründende Pflicht nicht notwendig auf außerstrafrechtlichen Regeln beruhe, und drittens hat er *Jakobs'* Auffassung übernommen, dass die aus einer sozialen Rolle erwachsenden Sonderpflichten auch bei Jedermann-Delikten die Täterschaft begründen.⁴¹ Im Folgenden wird auf die Argumentation des letztgenannten Autors näher eingegangen, der die oben erwähnten Bedeutsamkeit der Ausübung einer sozialen bzw. institutionellen Rolle für die Begründung der Pflichtdelikte unterstreicht.

b) Pflichtdelikte als das Handeln gegen eine Institution

Jakobs ist deutlich klarer in der Behandlung der Frage der Begründung der Pflichtdelikte. In seiner Auffassung legt er einen beachtlichen Wert auf die Ausübung einer sozialen Rolle als Grundlage dieser Art von Delikten. So differenziert er in einer ersten Konturierung zwischen Delikten, bei denen Täter nur eine Person sein könne, „die unabhängig von der Deliktsbegehung in einer Beziehung (Status) zu dem geschützten Gut steht“ und solchen Delikten, bei denen „die Beziehung zum Gut nur durch das deliktische Verhalten vermittelt wird“, die nicht Sonder- bzw. Pflichtdelikte sind.⁴²

Ähnlich wie *Roxin* unterscheidet auch *Jakobs* zwischen zwei Deliktskategorien: Herrschaftsdelikte oder „Delikte kraft Organisationszuständigkeit“, bei denen der Haftungsgrund die „Zuständigkeit für die Schädlosigkeit der eigenen Organisation“ sei, und Pflichtdelikte, bei denen „bestimmte Personen überhaupt für den Bestand eines Guts einzustehen haben und nicht dafür, daß der eigene Organisationskreis ein Gut nicht schädigend tangiert“.⁴³ Bei den ersteren werde die Person verantwortlich gemacht, weil sie ihre Handlungsfreiheit in einer schädigenden Weise ausgeübt habe, weil sie ihren Organisationskreis in einer unerlaubten Maß ausgedehnt und die Handlungsfreiheit einer anderen Person dadurch beschränkt

³⁴ *Roxin*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 509; zust. *Heine/Weißer* (Fn. 4), Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. Rn. 82 f.

³⁵ Vgl. dazu *Pariona*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Botke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 853 (856 f.); *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964.

³⁶ *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, S. 16 ff.

³⁷ *Roxin* (Fn. 36), S. 17 f.

³⁸ *Roxin* (Fn. 29), S. 430.

³⁹ *Roxin* (Fn. 29), S. 430.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 34), S. 517.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 29), S. 884 ff. In Bezug auf den zweiten Punkt geht *Pariona* (Fn. 35, S. 857 ff.) sogar noch weiter, indem er den strafrechtlichen Charakter aller dieser Pflichten, sogar die vermeintlich außerstrafrechtlichen Pflichten, betont, da sie zuerst durch den Straftatbestand umgeformt werden müssten, um als Täterschaftskriterium zu wirken.

⁴² *Jakobs* (Fn. 31), 6/91.

⁴³ *Jakobs* (Fn. 31), 21/115 und 21/116.

habe. Bei den Zweiten haftet der Täter „wegen Verletzung von Pflichten zur besonderen, institutionellen abgesicherten solidarischen Sorge für ein Gut“. Während bei den Herrschaftsdelikten das Verhältnis zwischen Täter und Gut erst durch die Tat erzeugt werde und sich negativ zu einem Nicht-Verletzten beschränke, bestehe diese Beziehung bei den Sonderdelikten unabhängig von der Tat und werde positiv durch den Status des Täters im Verhältnis zum Gut bestimmt.⁴⁴

Obwohl es viele Gemeinsamkeiten mit der Auffassung *Roxins* gibt, zeigt sich schon hier ein wichtiger Unterschied in der Begründung dieser Delikte: Während für *Roxin* die Rechtsgutsverletzung als gemeinsamer Grund der Bestrafung aller Delikte dient und die Sonderpflicht (nur) für die Bestimmung der Täterschaft wichtig ist, gibt es für *Jakobs* und seinen Schüler *Sánchez-Vera* einen Unterschied im Haftungsgrund.⁴⁵ Hier werden die Pflichten, die eine unmittelbare Beziehung des Täters zum Gut herstellen sollen, konkret mit bestimmten Institutionen verknüpft, die von elementarem Gewicht für den gesellschaftlichen Bestand seien.⁴⁶ Es sei der an diesen Institutionen – das Eltern-Kind-Verhältnis, das sog. besondere Vertrauen, die genuin staatlichen Pflichten und ursprünglich auch die Ehe⁴⁷ – gebundene Status, der die unterschiedliche Behandlung dieser Delikte rechtfertige. Da diese Beziehung zwischen Beteiligten und Gut unmittelbar ist, sei jede Mitwirkung des Verpflichteten täterschaftlich, sie „überspringe“ die Akzessorität.⁴⁸

Diese neue Begründung soll gewichtige Folgen sowohl für die Unterlassungs- als auch für die Begehungsdelikte haben oder, besser gesagt, verliert diese Unterscheidung für *Jakobs* und *Sánchez-Vera* sogar ihren Sinn und tritt bei den Pflichtdelikten hinter der Differenzierung des Haftungsgrunds zurück.⁴⁹ In der zugespitzten Formulierung *Sánchez-Veras*:

„Ob der Gesetzgeber zufällig eine Norm als Verbot oder als Gebot ausformuliert hat, oder der Richter sie als Verbot oder als Gebot interpretiert, ist also normativ bedeutungslos“.⁵⁰

Aus diesem unterschiedlichen Haftungsgrund folgt auch das, was *Sánchez-Vera* als eine „Erweiterung“ und eine „Reduzierung“ des Bereichs der Pflichtdelikte bezeichnet. Bei den Begehungsdelikten hat diese Reduzierung zur Folge, dass nicht jede isolierte Pflicht einen Status begründe, sondern nur

die, die auf einer der oben genannten Institutionen basiert oder, mit anderen Worten, nur wenn der Täter Garant kraft institutioneller Zuständigkeit ist. So begründe z.B. die Leistungspflicht eines vermögensrechtlichen Schuldners kein Pflichtdelikt, ein Status liege dagegen vor, „wenn die strafrechtlich sanktionierte Pflicht Teil einer Institution sei (etwa beim Beamten, Soldaten, Vater etc.) oder aber den Pflichtigen in eine Institution hineinziehe“.⁵¹

Diese Reduzierung wirkt sich auch auf den Bereich der sog. unechten Unterlassungsdelikte aus. Laut diesen Autoren sind nicht alle sog. unechten Unterlassungsdelikte Pflichtdelikte, sondern nur die, die auf bestimmten Garantstellungen basieren. Sie versuchen die herkömmliche, auf *Kaufmann* zurückzuführende Unterscheidung zwischen Obhuts- und Überwachungsgarantenstellungen⁵² – die *Jakobs* kritisiert⁵³ – in ähnlicher Weise wie bei den Begehungsdelikten durch die unterschiedlichen Haftungsgründe zu ersetzen: Es soll somit Garant kraft institutioneller Zuständigkeit und Garant kraft Organisationszuständigkeit geben. Auch hier beschränken sich die Pflichtdelikte im Hinblick auf die erste Kategorie, die teilweise der der Obhutsgarantenstellungen entspreche. Nur bei diesen gehe es darum, den Bestand eines Guts überhaupt oder gegen bestimmte Gefahren solidarisch zu garantieren. So ist *Jakobs*' Meinung nach ein Polizist, der eine

⁵¹ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 35 f.; siehe auch *Jakobs* (Fn. 31), 25/46 und 7/70.

⁵² Es wird üblicherweise behauptet, dass der Obhutsgarant ein bestimmtes Rechtsgut gegen alle möglichen Angriffe bzw. Gefahren beschützen müsste, während der Überwachungsgarant eine bestimmte Gefahrenquelle überwachen und dafür sorgen müsste, dass keine Rechtsgüter durch diese Quelle beschädigt werden; siehe dazu *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff.; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 35 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 3 ff.; *Stein/Eckstein*, in: *Wolter/Hoyer* (Fn. 1), § 13 Rn. 23 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, S. 340; BGHSt 48, 77 (91 f.).

⁵³ Er wendet dagegen die Umdeutbarkeit dieser Unterscheidung ein: „Insbesondere lassen sich keine systematischen Konsequenzen an einer Unterscheidung von Beschützergaranten und Überwachergaranten festmachen, da die identische Aufgabe regelmäßig als Beschützeraufgabe sowie als Überwacheraufgabe formulierbar ist.“, *Jakobs* (Fn. 31), 29/27. Und tatsächlich stellt sich in der konkreten Situation, in der eine Handlungsgelegenheit vorliegt, die Garantbeziehung immer zwischen einem bestimmten Rechtsgut und einer bestimmten Gefahrenquelle ein. Wie *Mañalich* (Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 21 – N° 2, 2014, 225 [243]) aber feststellt, liegt der Unterschied vielmehr in der Frage, welche der beiden Variablen situativ konkretisiert werden soll: „Bei einer Überwachungs- oder Sicherungsgarantenstellung ist es die Identifizierung des Rechtsguts, dessen Beeinträchtigung der Garant verhindert werden soll, was situationsbedingt ist; bei einer Obhutsgarantenstellung hingegen ist es die Identifizierung der Gefahrenquelle, die die vom Garant zu verhindernde Beeinträchtigung potenziell auslösen könnte.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original).

⁴⁴ *Jakobs* (Fn. 31), 7/70.

⁴⁵ *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964; *Jakobs* (Fn. 31), 21/115 und 21/116; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 30.

⁴⁶ *Jakobs* (Fn. 31), 29/58.

⁴⁷ *Jakobs* (Fn. 31), 29/58 ff.; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 32. Diese Liste, und insbesondere das besondere Vertrauen als Institution, wird oft kritisiert. Vgl. dazu *Schünemann*, in: *Gimbernat Ordeig/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Ein spanischdeutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, 1995, S. 49 (60 ff.); *Roxin* (Fn. 34), S. 523 f.

⁴⁸ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116.

⁴⁹ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116 und 28/16.

⁵⁰ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 218.

Anstiftung zu einem Delikt nicht verhindere, Täter dieses Delikts; ferner seien Eltern, die ihr minderjähriges und ihrer Sorge unterstehendes Kind nicht von einer (tatbestandslosen) Selbsttötung abhalten, Täter eines – in ihrer Person tatbestandlichen – Tötungsdelikts.⁵⁴

Die Erweiterung des Bereichs der Pflichtdelikte – die, wie vorhin bemerkt wurde, auch von *Roxin* angenommen wurde⁵⁵ – bezieht sich auf die Tatsache, dass der Garant, der zur solidarischen Sorge für ein Schutzgut verpflichtet ist, auch Garant bleibt, wenn er durch ein Tun gegen eine Verbotsnorm verstößt: Insoweit würden im Fall der Begehung auch Jedermannsdelikte zu Pflichtdelikten umgedeutet, solange sie von einem Garant kraft institutioneller Zuständigkeit begangen werden.⁵⁶ So seien die Eltern des minderjährigen Sohnes, der Selbstmord begeht, trotz der äußeren Teilnahmehandlung auch Täter, wenn sie dem Kind das Mittel zur Selbsttötung geben, obwohl die Haupttat prinzipiell straflos sei.

„Nach denselben Regeln überlagert die Täterschaft des Pflichtdelikts auch eine eventuell gegebene Beihilfe durch Tun. Beispiel: Der Ehemann, der das Mittel zur Tötung seiner Frau hingibt, ist Täter“.⁵⁷

c) Kritik der Pflichtdeliktslehre

Diese Lehre⁵⁸ ist auf zwei Ebene zu kritisieren: einerseits aus der Perspektive ihrer Anpassung an die gegebene Gesetzeslage und andererseits auf einer allgemeineren theoretischen Ebene. In Bezug auf Ersteres bringt *Langer* das Wortlautargument gegen diese Theorie vor, das den § 28 Abs. 2 StGB und die Folgen, welche die Pflichtdeliktslehre für die Beteiligung eines Intraneus – der von der Sonderpflicht verpflichtet wird – hat, betrifft. In beiden Versionen dieser Lehre wird, wie wir gesehen haben, jede Mitwirkung eines Intraneus, der seine Sonderpflicht verletzt hat, als eine täterschaftliche Handlung wahrgenommen. Dieser Autor wendet ein, dass § 28 Abs. 2 StGB ausdrücklich die Möglichkeit anerkenne, dass

ein Intraneus (qua seiner Stellung als Träger eines besonderen persönlichen Merkmals) Teilnehmer sein könne, dass die Qualifikation nur beim Teilnehmer liegen kann.⁵⁹

Laut *Roxin* ist diese Behauptung eine *petitio principii*, weil § 28 Abs. 2 StGB nicht die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bestimme, sondern sie voraussetze und die Akzessorietät auf der Grundlage einer nach allgemeinen Lehren bestehenden Täter-Teilnehmer-Beziehung behandle.⁶⁰ Die Kritik ist aber nicht, dass § 28 Abs. 2 StGB selbst diese Abgrenzung durchführt, sondern dass die Vorschrift den Fall regelt, dass ein besonderes persönliches Merkmal beim Teilnehmer vorliegt, ohne dass er dadurch zum Täter würde, was innerhalb des Rahmens der Pflichtdeliktslehre aber unmöglich ist.⁶¹

Auch wenn er in seiner Formulierung weniger deutlich ist, ein ähnliches Argument kann § 28 Abs. 1 StGB entnommen werden: Diese Vorschrift bestimmt eine obligatorische Strafmilderung, wenn beim Teilnehmer besondere persönliche Merkmale fehlen. Es wäre möglich, daraus zu schließen, dass, wenn die Merkmale tatsächlich beim Teilnehmer vorliegen – das heißt, ohne dass er Täter ist –, diese Strafmilderung nicht anwendbar wäre.⁶²

Sánchez-Vera spricht sich aber ausdrücklich gegen eine solche Interpretation des § 28 Abs. 1 StGB aus. Er meint, dass diese Interpretation nur eine der vielen Auslegungsmöglichkeiten ist, die diese Vorschrift erlaubt. Es gebe freilich eine andere, die die Pflichtdeliktslehre bestätige. Die Regel des § 28 Abs. 1 StGB finde hiernach erst dann Anwendung, wenn die Frage der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme entschieden wurde. Die Regel solle deswegen die Pflichtdeliktslehre für diese Abgrenzung voraussetzen und beantworte lediglich die Frage, wie die Teilnahme am Pflichtdelikt zu behandeln ist. So könne man den Text so umdeuten:

„Unter der Voraussetzung, daß der Richter sich vor einen Fall der Teilnahme am Pflichtdelikt gestellt sieht, hat er die Strafe des Teilnehmers nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.⁶³

Zwar ist diese Auslegung tatsächlich möglich, es gibt aber gute Gründe, um die Interpretation zu bevorzugen, welche die Unterscheidung zwischen Teilnehmern, die besondere persönliche Merkmale aufweisen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, erlaubt. Zunächst kommt die hier bevorzugte Auslegung dem Wortlaut von beiden Absätzen des § 28

⁵⁴ *Jakobs* (Fn. 31), 29/106. Bei den anderen Garantenstellungen soll der Grund der Verantwortlichkeit in der Abschirmung von Gefahren, die die Entfaltung der eigenen Handlungsfreiheit erzeuge; siehe *Jakobs* (Fn. 31), 29/29 ff. und 29/46.; vgl. dazu auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 74.

⁵⁵ Siehe *Roxin* (Fn. 34), S. 524 ff.; *ders.* (Fn. 29), S. 888 ff.

⁵⁶ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 34; *Roxin* (Fn. 34), S. 516.

⁵⁷ *Jakobs* (Fn. 31), 29/106.

⁵⁸ Sei an dieser Stelle bemerkt, dass auch *Schünemann* eine eigene Version der Pflichtdeliktslehre entwickelt hat. Da seine Lehre sich nur in der Begründung, aber nicht in den Folgen von *Roxins* Version unterscheidet, wird sie hier der Übersichtlichkeit halber nicht ausführlich dargestellt. Siehe dazu aber *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 52 ff.; *Chen*, *Das Garanten-sonderdelikt, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte*, 2006, S. 108 ff.; *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 75 ff. Die Einwände im Haupttext richten sich entsprechend auch gegen diese Version.

⁵⁹ *Langer*, *Das Sonderverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1972, S. 224.

⁶⁰ *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964.

⁶¹ *Langer*, *Die Sonderstrafat, Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2. Aufl. 2007, S. 249 f.; *Deichmann*, *Grenzfälle der Sonderstrafat, Zum Problem der Subjektqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, 1994, S. 17.

⁶² Vgl. in diesem Sinne *Deichmann* (Fn. 61), S. 17 ff.; *Langer* (Fn. 61), S. 426.

⁶³ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 202 Fn. 55.

StGB näher als die von *Sánchez-Vera* vorgeschlagene Interpretation. Aber – viel wichtiger – auch die Gerechtigkeit seiner Lösung ist zu hinterfragen. Wenn man an einen konkreten Fall denkt, bei dem ein Teilnehmer einem Vater ein Messer reicht, um diesem bei der Tötung seines Sohnes zu helfen – was in beiden Versionen der Pflichtdeliktslehre als ein Pflichtdelikt wahrzunehmen wäre –, käme dem Teilnehmer sowohl die Milderung des § 27 Abs. 2 StGB als auch die des § 28 Abs. 1 StGB zugute. Wenn in einem modifizierten Fall diese familiäre Beziehung zwischen Täter und Opfer jedoch nicht besteht und der Teilnehmer genau den gleichen Beitrag leistet, käme ihm jetzt nur eine Strafmilderung zugute, nämlich die des § 27 Abs. 1 StGB, obwohl er an einer Handlung teilnimmt, die zumindest den gleichen Unwert – wenn nicht weniger – aufweist. Es leuchtet nicht ein, warum diese Unterscheidung Bestand haben sollte; ganz im Gegenteil scheint es Gerechtigkeitsvorstellungen zu widersprechen.

Auf einer theoretischen Ebene ist zunächst festzustellen, dass in einem vielleicht trivialen Sinne alle Delikte „Pflichtdelikte“ sind. Wie im nächsten Abschnitt weiter ausgeführt wird, werden alle Delikte, ungeachtet ob sie vollendet oder nur versucht sind, durch die Verletzung einer strafrechtlichen Pflicht gebildet, die wiederum aus einer Verhaltensnorm entspringt. In der Pflichtdeliktslehre wird freilich nicht von dieser „allgemeinen“ Pflicht gesprochen, sondern von einer zweiten, täterschaftsbegründenden vorgelagerten bzw. einer institutionellen Pflicht. Wie aber weiter unten deutlich wird, ist die für das Strafrecht relevante und als „besondere“ zu charakterisierende Pflicht nicht eine vorgelagerte Pflicht, sondern genau diejenige, die aus der strafrechtlichen Verhaltensnorm entsteht, weil *diese* Norm auch einen Sondercharakter hat. Ob diese unterschiedliche Begründung und Charakterisierung gelingen, kann erst nach dem nächsten Abschnitt festgestellt werden.

Was aber bemängelt werden kann, ist die Tatsache, dass die Vertreter der Pflichtdeliktslehre zwar abstrakt zwischen der strafrechtlichen Pflicht und einer täterschaftsbegründenden Pflicht unterscheiden, aber trotzdem die Möglichkeit nicht einsehen, dass die letztere verletzt werden könnte, ohne dass gleichzeitig die allgemeine Pflicht verletzt ist. Diese Tatsache zeigt, dass die Vertreter der Pflichtdeliktslehre die Tatbestandsmäßigkeit bei den sog. Pflichtdelikten nicht ernst genug nehmen.⁶⁴ Durch die Idee einer unmittelbaren Beziehung zum geschützten Rechtsgut, die alle Handlungen des Verpflichteten zu einer täterschaftlichen Handlung verwandeln würde, wird die Tatsache außer Acht gelassen, dass die Innehabung dieser vorgelagerten Pflicht und deren Verletzung nur *eines* der Merkmale des Tatbestandes ist. Wenn man Täterchaft als eine Kategorie der Zurechnung versteht, bei der eine Person für die zurechenbare Verwirklichung *aller* Tatbestandsmerkmale verantwortlich gemacht wird, wird klar, dass der Rest der Tatbestandsmerkmale auch erfüllt und dem Täter als eigene zugerechnet werden müssen.⁶⁵

Die Vorstellung der Vertreter der Pflichtdeliktslehre, dass jegliche Handlung eines Intraneus als eine täterschaftliche

Handlung gesehen werden darf, da er bei der Ausübung seiner Sonderrolle gescheitert ist, kommt einer strengen objektiven Haftung nahe. Wie es bei *Jakobs* deutlich wurde, kann sogar das Nicht-Hindern an einer Anstiftung zu einer täterschaftlichen Handlung innerhalb dieses Modells führen.

Die Weiterentwicklung der Pflichtdeliktslehre – insbesondere in der institutionellen Variante von *Jakobs* – hat überdies die paradoxe Folge, dass sie letztendlich einer Charakterisierung der Pflichtdelikte als Standesdelikte viel näherkommt als die von *Roxin* – irrtümlicherweise – so getadelte Auslegung der Sonderdelikte. Denn die Intranei wären wegen jeglichen Angriffs gegen eine für das Funktionieren der Gesellschaft als wesentlich wahrgenommene Institution, zu der sie gehören, bestraft und nicht wegen ihrer Verletzung einer konkret definierten strafrechtlich geschützten Verhaltensnorm.

Wenn diese Ideen konsequent weitergeführt werden, müsste gesehen werden, dass sie nicht in kohärenter Weise mit dem jetzigen strafrechtlichen Modell in Einklang zu bringen sind. Dies lässt sich anhand einiger konkreter Beispiele verdeutlichen: *Jakobs* erwähnte den Fall des Polizisten als einen, bei dem das Subjekt wegen seiner Sonderstellung innerhalb einer Institution – hier des Staates selbst – eine Sonderverantwortlichkeit habe, die zur Konstruktion von Pflichtdelikten benutzt werde. Und tatsächlich wird so eine Stellung benutzt, um beispielsweise das Delikt der Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) zu charakterisieren. Aber wenn die Amtsstellung bzw. der Schutz der Institution selbst im Vordergrund steht, warum sollte man dort aufhören? Wenn der Amtsträger einen Diebstahl im Amt begeht, wäre es gemäß den Grundlagen der Pflichtdeliktslehre zu erwarten, dass auch da seine Verantwortlichkeit qualifiziert wäre, da er auch so seine Institution beschädigt. Und das gleiche gilt für jedes andere Delikt.

Somit wären zwei mögliche Systeme der strafrechtlichen Haftung zu erwarten: Denkbar wäre eine Auslegung, bei der der Angriff gegen die geschützte Institution im Vordergrund steht und eine allgemeine (ungeschriebene) Verhaltensnorm begründet – etwa „es ist verboten, gegen den Staat rechtswidrig zu handeln“. Diese Verhaltensnorm wäre dann durch bestimmte Strafbarkeitsmerkmale in gesonderte Spezialtatbestände aufgeteilt, die letztendlich die einzelnen Delikte gegen den Staat bilden würden. Diese Alternative würde aber, wie *Nagler* schon vor langem festgestellt hat, dem positiven Recht widersprechen.⁶⁶ Die Alternative wäre ein strafrechtliches System, bei dem die Verletzung einer institutionellen Pflicht als allgemeiner Qualifikationsgrund für alle Gemeindelikte gälte. Auch dies entspricht offensichtlich nicht der gesetzlichen Lage.

Diese Schwierigkeiten sind Ausdruck eines allgemeineren Problems dieser Theorie: Das Problem besteht nämlich darin, dass diese Theorie sich nur schwer mit einem modernen Verantwortlichkeitssystem in Einklang bringen lässt. *Mañalich* bemerkt, dass ein wesentlicher Aspekt der modernen Ideen des Rechts die Vorstellung sei, dass neben der Möglichkeit der vertraglichen Selbstbindung die Verwirklichung des Rechts durch die Befolgung öffentlich verbindlicher Nor-

⁶⁴ Siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80.

⁶⁵ Siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 116 ff.

⁶⁶ *Nagler* (Fn. 29), S. 21 ff.

men stattfinden muss.⁶⁷ Somit wird die Frage danach, wie ein Grundsatz der Selbstbindung an das Recht durch einen solchen Mechanismus der heteronomen Bindung zu begründen wäre, zur zentralen Frage für ein modernes Verständnis der Rechtsgültigkeit.⁶⁸ Die Antwort auf diese Frage – also nach der Harmonisierung zwischen Selbstbindung und öffentlichen sozialen Normen – sei letztlich das, was in einer demokratischen Begründung des strafrechtlichen Schuldbegriffs zum Ausdruck komme.⁶⁹ Diese Normen würden durch die Legalität ihrer Herstellung insoweit den Anspruch erheben, dass die Befolgung der aus ihnen entspringenden Pflichten vom Normsubjekt nicht Ausdruck eines heteronomen externen Zwangs, sondern gleichzeitig Selbstverpflichtung ist.

Die Pflichtdeliktslehre, soweit sie die Grundlage der entsprechenden Pflichten „hinter“ der Norm in einer direkten Bezugnahme auf eine konkrete „Institution“ sucht, verzichtet diesen Grundsatz. Die Grundlage der Pflicht liege nicht in der Verhaltensnorm, die – zumindest in der Theorie – durch ein demokratisches Verfahren entstanden ist und einen Freiheitskonflikt zwischen einem bestimmten geschützten Rechtsgut und der Handlungsfreiheit des Trägers der Pflicht – selbst ein Rechtsgut – zugunsten des ersteren löst, sondern in der unmittelbaren Bindung an einer Institution. Wie *Mañalich* feststellt und die vorherigen Überlegungen und die Beispiele der Vertreter der Pflichtdeliktslehre zeigen, stellt dieser Gedanke eine Umkehrung der Beziehung zwischen Pflicht und Verhaltensnorm dar: Die Normwidrigkeit des Verhaltens gibt bei dieser Lehre nur *den Anlass* für die Auferlegung einer Strafe, erklärt aber nicht mehr *den Grund*. Die Verhaltensnormen würden lediglich Fälle aufzeigen, bei denen gegen die Institutionen in einer bedeutsamen Weise gehandelt wurde, aber was letztendlich bestraft würde, wäre das Handeln gegen die Institution selbst. Sie hätten somit nur einen indikativen Wert, wenn nicht einen nur anekdotischen Charakter, der überwunden werden sollte. Denn, wenn man feststellen könnte, dass das Subjekt maßgeblich gegen die Institution gehandelt hat, obwohl er keiner konkreten Norm widersprochen hat, wäre seine Handlung – im Rahmen der Pflichtdeliktslehre – genauso pflichtwidrig und tadelnswert.⁷⁰

⁶⁷ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.).

⁶⁸ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.).

⁶⁹ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.); siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80 f.

⁷⁰ Vgl. dazu *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80 f.; siehe auch *Mañalich* (*Política Criminal* 7 (14/2012), 357 [359 f.]), der behauptet: „Ein solches Prinzip der institutionellen Bindung ist, zumindest wenn es so verstanden wird, weit davon entfernt, eine präzise Grundlage für die Verhaltensanforderungen an die Träger der entsprechenden ‚institutionellen Rollen‘ liefern zu können. Dies ist insofern der Fall, als die Pflichtdeliktslehre die anzuerkennende Ableitungsbeziehung zwischen der Norm als abstraktem Satz des Sollens und der konkreten persönlichen Pflicht, deren Verletzung strafrechtlich relevant ist, umkehrt. Denn nach der Pflichtdeliktslehre geht es nicht darum, dass die abstrakte Norm – die sich als kontradiktorische Formulierung aus dem Tatbestand des entsprechenden Grunddelikts ableiten lässt – eine persönliche Pflicht für

Aus diesen Gründen bietet diese Theorie keinen zufriedenstellenden Rahmen für die Behandlung der Sonderdelikte und die Auslegung des § 28 StGB. Daher wird im Folgenden eine dritte Möglichkeit untersucht, die auf der Wiederbelebung der ursprünglich von *Nagler* entwickelten Ideen der Sondernormen und Sonderdelikte beruht.

3. Sonderdelikte und Sondernormen

a) Verhaltensnormen, Sanktionsnormen und Normen als Grund für Handlungen

Um die Funktionsweise der Sondernormen und Sonderdelikte und ihre Unterschiede von dem Rest der Normen und Delikte angemessen erörtern zu können, ist es unerlässlich, zumindest kursorisch etwas über die allgemeinen Regeln zu sagen, von denen sie sich unterscheiden. In diesem Abschnitt wird daher – ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit – auf die Art und Weise eingegangen, in der die strafrechtlichen Normen im Allgemeinen strukturiert sind.

In Anlehnung an *Binding* ist im Strafrecht zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen zu unterscheiden. Beide Gruppen stehen in einer direkten Verbindung miteinander, aber erfüllen unterschiedliche Funktionen: Als Verhaltensnormen sind diejenigen Normen zu verstehen, die ein bestimmtes Verhalten gebieten oder verbieten; beispielsweise:

„Es ist verboten, jemanden zu töten“.⁷¹

Die Verhaltensnormen werden durch den Schutz eines bestimmten Rechtsguts vor seiner Gefährdung oder Verletzung legitimiert. Die Normen bewirken diesen Schutz durch die Anordnung oder das Verbot eines bestimmten Verhaltens der Person, die diese Norm zu befolgen hat und die deshalb auch als Normadressat benannt werden kann. Das heißt, dass die Verhaltensnorm die Handlungsfreiheit des Normadressaten beschränkt, um die Rechtsgüter vor möglichen schädigenden Verhaltensweisen dieser Person zu schützen. Die Handlungsfreiheit selbst ist aber auch ein vom Recht positiv bewertetes Handlungsinteresse und könnte somit auch als ein Rechtsgut

ihren Adressaten begründet, aufgrund ihrer eigenen Fähigkeit das zu tun oder zu unterlassen, was die Norm gebietet bzw. verbietet; sondern vielmehr, dass die Norm nach einem Prinzip der phänomenologischen Selektion die Instanzen der Pflichtverletzungen enthalten würde, die strafrechtliche Relevanz beanspruchen würden.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original). Genau in diese Richtung gehen die Behauptungen von *Sánchez-Vera* ([Fn. 31], S. 218 f.), der behauptet, dass die äußere Form des Rechtssatzes noch nichts für die Bestimmung des materiellen Gehalts besage: ob der Gesetzgeber etwas als Verbot oder Gebot formuliert oder als sog. Herrschaftsdelikt oder sog. Pflichtdelikt, wäre normativ bedeutungslos und würde keine Beschränkung bedeuten.

⁷¹ *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1, Neudruck der 4. Aufl. 1965, S. 3 ff., 35 ff.; vgl. auch *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, S. 3 ff. und 36 ff.

konzeptualisiert werden. Die Rechtsordnung versucht, diese Handlungsfreiheit nicht in unnötiger Weise zu beschränken und ihre Beschränkungen werden dementsprechend im Allgemeinen restriktiv ausgelegt. Insoweit wird durch den Erlass einer Verhaltensnorm ein konkreter Freiheitskonflikt zwischen zwei geschützten Interessen autoritativ gelöst, sodass die Grenzen von beiden Rechtsgütern in einer konkreten Situation festgesetzt werden.⁷²

Aus einer pragmatischen Perspektive liefern die Verhaltensnormen den Normadressaten Gründe für die Unterlassung (bei Verbotsnormen) und die Durchführung (bei Gebotsnormen) von Handlungen. Eine wesentliche Eigenschaft von Verbots- und Gebotsnormen liegt aber darin, dass sie eine besondere Art von Gründen liefern. In der Terminologie von *Hart* und *Raz*, geben sie nicht nur Gründe erster Ordnung, sondern auch eine spezielle Art von Gründen zweiter Ordnung, nämlich *ausschließende* oder *zwingende* Handlungsgründe: Das heißt, sie sind nicht Gründe, die mit den anderen Gründen dafür oder dagegen abgewogen werden sollten, nicht einmal mit einer besonderen Überzeugungskraft. Vielmehr schließen sie die Berücksichtigung von eventuell konfligierenden Gründen aus.⁷³

Diese Verhaltensnormen entsprechen jedoch nicht den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Das Verhalten, das der Verhaltensnorm widerspricht, erfüllt den Tatbestand. Die Verhaltensnormen sind dementsprechend vielmehr durch die kontradiktorische Formulierung der Tatbestandseite dieser Vorschriften zu gewinnen.⁷⁴ Es ist dann naheliegend, zu fragen, wozu diese letzten dienen.

Die zweite Art von Normen, Sanktionsnormen, sind sekundäre Regeln, die eine Strafe als institutionelle Reaktion auf eine Straftat einrichten, um die Geltung der primären Verhaltensnormen angesichts ihrer Enttäuschung zu sichern.⁷⁵

⁷² *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S. 30 und 149 ff.; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, 2009, S. 33 f.; *Vogel* (Fn. 52), S. 29 und 46 ff.

⁷³ *Hart* (in: *Hart*, *Essays on Bentham*, 1982 [Neuausgabe 2001], S. 253 ff.) spricht von „content-independent peremptory reasons for action“ und betont die Inhaltsunabhängigkeit als eine der definitorischen Merkmale dieser Art von Gründen. Zur Gebotsnormen als ausschließende Gründe siehe *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, 1999 (Neuausgabe 2002), S. 58 f., 70 f., 74 f.; zur Erklärung des Begriffs der ausschließenden Gründe siehe S. 39 ff. In der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft siehe *Grosse-Wilde*, *ZIS* 2011, 83 (84 f.); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser*, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, 2021, S. 437 ff.; *Mañalich* (Fn. 72), S. 29 ff.; *Renzikowski*, in: *Saliger u.a.* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 335 (338 f.); *Silva Olivares*, *RphZ* 2/2008, 115 (117 f.).

⁷⁴ *Kindhäuser* (Fn. 72), S. 29; *Mañalich*, *RphZ* 3/2015, 288 (298 f.); *Silva Olivares*, *RphZ* 2/2008, 115 (117); *Vogel* (Fn. 52), S. 33 f.

⁷⁵ *Kindhäuser* (Fn. 72), S. 30.

Das heißt, dass sie die Voraussetzungen enthalten, unter denen der Rechtsanwender die Nicht-Befolgung der Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen hat; sie richten sich somit primär an die staatlichen Rechtsdurchsetzungsorgane.⁷⁶ Durch sie wird die Verhängung einer Strafe als eine symbolische Reaktion auf die Verletzung einer Verhaltensnorm legitimiert, die über eine bloß faktische Übelzufügung hinausgeht und den Anspruch hat, eine legitime Antwort auf ein Unrecht zu sein und nicht eine zweite Form von Gewalt. Sowohl Strafe als auch Straftat werden durch sie als institutionelle Tatsachen konstituiert.⁷⁷

Auf dieser Grundlage wird im Folgenden die Art und Weise untersucht, wie sich die Sondernormen der Sonderdelikte von den restlichen Verhaltensnormen unterscheiden.

b) Sonderdelikte als Übertretungen von Sondernormen

aa) Sonderdelikte, Sondernormen und ihre Begründung

Wie wir bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 28 StGB gesehen haben, bereiten sowohl die Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen als auch die Unterscheidung zwischen Herrschaftsdelikten und Pflichtdelikten erhebliche praktische und theoretische Probleme. Es wird daher die Auffassung vertreten, dass ein besserer Ausweg aus dieser verzwickten Situation eine Rückkehr zur ursprünglichen Konzeptualisierung dieser Delikte ist.

So hat *Nagler* festgestellt, wie die anderen Theorien seitdem, dass es eine große Anzahl von Verbrechenstatbeständen gebe, die so formuliert seien, dass sie nicht von jedem dem Recht Unterworfenen unmittelbar verwirklicht werden könnten.⁷⁸ Diese Beschränkung bezieht sich laut dem Autor auf eine Frage nach den Adressaten der Norm: Nur die Personen, von denen das Gesetz Gehorsam fordere, könnten sich dagegen auflehnen.⁷⁹ Während die allgemeinen Verhaltensnormen sich an alle richten, fände bei den Sondernormen eine Beschränkung ihres Adressatenkreises statt: Nur die Personen, die sich in einer bestimmten Stellung befinden und bestimmten Merkmale erfüllen, kämen als unmittelbare Adressaten dieser Normen in Betracht. Nur die wären in erster Linie von diesen Normen verpflichtet. Wenn sie diesen Sonderpflichten

⁷⁶ Dies schließt aber nicht aus, dass sie sich gleichzeitig *auch* an die Handelnde richten können. Zur Auslegung der Sanktionsnormen als Handlungsgründe erster Ordnung siehe *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 178 ff.

⁷⁷ Vgl. *Mañalich* (Fn. 72), S. 25 f.; zur Unterscheidung zwischen rohen und institutionellen Tatsachen siehe *Searle*, *Making the Social World*, 2010, S. 10 f.

⁷⁸ *Nagler* (Fn. 29), S. 1. Schon vor ihm hat *Binding* (*Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, 1885, S. 185 und 333) zwischen allgemeinen und besonderen Normen und Delikten unterschieden; *ders.* (Fn. 71), S. 126 f.; *ders.*, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1902, S. 72 f. Die ausführliche Begründung dieser Unterscheidung und ihren Folgen wurden aber dann erst von *Nagler* entfaltet.

⁷⁹ *Nagler* (Fn. 29), S. 7 f.

nicht nachkommen, würden sie dementsprechend ein Sonderdelikt begehen.⁸⁰

Schon an dieser Stelle können manche Ähnlichkeiten und Unterschiede zu den anderen zwei Theorien festgestellt werden: In Bezug auf die erste Auffassung spielen auch hier die besonderen persönlichen Merkmale eine wesentliche Rolle bei der Charakterisierung und Identifizierung der Sonderdelikte und der Beschränkung des Adressatenkreises. Nagler sieht diese Merkmale – von ihm spezielle persönliche Tatumstände genannt – als das rechtstechnische Mittel an, durch welche die kennzeichnenden Eigenschaften der Sonderverpflichteten im Tatbestand zum präzisen Ausdruck kommen.⁸¹ Es ist die Aufnahme dieser persönlichen Qualitäten in einen Tatbestand durch besondere persönliche Merkmale, die einerseits die Verantwortlichkeit dieser Normadressaten mitbegründet und andererseits den Kreis der Verpflichteten beschränkt. Dies unterscheidet sich somit von der Vorstellung der Pflichtdeliktslehre von einer unmittelbaren Beziehung zu einem Rechtsgut oder einer Institution.

Zusätzlich unterscheidet sich diese Begründung signifikant von der Idee der Täterbezogenheit. Hier werden die besonderen persönlichen Merkmale nicht für sich genommen betrachtet oder vereinzelt „nichtakzessorisch“ behandelt und von den anderen Merkmalen abgetrennt: Die Tatbestände, die Sondernormen und die Sonderdelikte werden als ein Ganzes betrachtet. Zwar werden Sonderdelikte mithilfe von besonderen persönlichen Merkmalen „vertatbestandlicht“, aber es ist die Verhaltensnorm selbst und nicht nur ein Teil des Tatbestands, die sich an den besonderen Kreis richtet. Insoweit ist die Tatsache, dass ein Merkmal die Sonderstellung und die Handlung gleichzeitig charakterisiert, nicht per se problematisch.

Diese Theorie unterscheidet sich von der Idee der Täterbezogenheit auch dadurch, dass sie einen kategorialen Unterschied danach erkennt, ob eine persönliche Qualität verbrechensbegründend oder strafändernd wirkt: Während im ersten Fall die Merkmale als Begriffsmerkmale eine straflose Handlung zur Straftat erheben und in der Verhaltensnorm selbst enthalten sind, würden sie im zweiten Fall bloße Strafbarkeitsmerkmale darstellen, die einen schon existierenden

Strafrahmen verengen oder erweitern⁸². Da sie sich auf zwei unterschiedlichen Ebenen – die Ebene der Verhaltensnorm und die der Sanktionsnorm – beziehen und unterschiedliche Phänomene charakterisieren, wäre es möglich – aber nicht verpflichtend – eine unterschiedliche Behandlung der Sonderdelikte – bzw. strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale – und der unechten Sonderdelikte – bzw. strafändernden besonderen persönlichen Merkmale – zu begründen.

Im Vergleich zur Pflichtdeliktslehre wird hier auch von einer Sonderpflicht gesprochen, aber die Pflicht, die einen beschränkten Adressatenkreis hat, ist nicht eine dem Strafrecht vorgelagerte institutionelle oder außerstrafrechtliche Pflicht, sondern die strafrechtliche Pflicht selbst, die aus der Verhaltensnorm entspringt. Insoweit handelt sich nicht um eine zweite Pflicht, die als ein täterschaftsbegründendes Kriterium dient, sondern es geht darum, ob das Normsubjekt überhaupt durch die Norm verpflichtet ist.⁸³

Zwar wird die Idee der Sonderdelikte dadurch im Verhältnis zu anderen Lehren charakterisiert, es beantwortet aber noch nicht die Frage nach ihrer *Begründung* oder, anders gesagt, *warum* die Rechtsordnung diese Delikte überhaupt enthält, wenn es weder in einer näheren Charakterisierung der Täter noch in der Verletzung einer vorherigen institutionellen Pflicht liegt. Diese Limitierung des persönlichen Geltungsbereiches einer Norm liege zwar im Ermessen des Gesetzgebers,⁸⁴ aber stelle eine Ausnahme zu den allgemeinen Regeln der generellen Gültigkeit der Rechtsvorschriften dar und dementsprechend dürften Sondernormen nur da unterstellt werden, wo sich ihre Limitierung auf die Angehörigen spezieller Lebenskreise mit hinreichender Bestimmtheit ergibt.⁸⁵

Es gebe zwei Gründe, aus denen die Rechtsordnung diese Beschränkung des Adressatenkreises vollzieht. Der erste ist nicht besonders problematisch: Er betrifft die Fälle, in denen das zu respektierende Rechtsgut, dessen Verletzung oder Gefährdung der strafrechtlichen Reaktion unterstellt werden soll, nur für eine besondere Gruppe der Untertanen erreichbar ist. Hier würde sich die Beschränkung der rechtlichen Verpflichtung auf die Personen, deren Obhut das Rechtsgut überantwortet ist, aus der Logik der Sachlage ergeben.⁸⁶ Als Beispiel dafür stellt er das Rechtsinteresse der unparteiischen Rechtspflege, das durch die Typisierung der Rechtsbeugung geschützt wird: Nur jemand, der dazu ermächtigt wurde, Rechtskonflikte unparteiisch zu entscheiden, kann durch parteiische Handlungen dieses Rechtsgut verletzen. Da die Handlungen eines Laien, der versucht, eine Rechtsbeugung zu begehen, überhaupt keine rechtlichen Entscheidungen sind, würde es auch keinen Sinn ergeben, sie mit diesem Verbot zu erfassen.

⁸⁰ Nagler (Fn. 29), S. 7 f.; vgl. auch Belmar Todorovic (Fn. *), S. 41 ff. Eine ähnliche Charakterisierung bietet übrigens Kaufmann (Fn. 71, S. 134 ff.), der von „Normen mit näher gekennzeichneten Subjekten“ spricht; er will damit betonen, dass die Beschränkung der Norm nur den Täter aber nicht den Teilnehmer erreicht. Diese Idee wird aber ausdrücklich auch von Nagler vertreten, der deshalb von „unmittelbar“ oder „in erster Linie“ verpflichtet, spricht. Eine richtige Begründung der Teilnahme führt zum Schluss, dass die Beschränkung der Adressaten bei diesen Delikten die Möglichkeit einer Teilnahme *nicht* ausschließt, bei deren Begründung keine wesentlichen Unterschiede mit der Begründung der Teilnahme bei Gemeindelikten gibt. Siehe dazu Belmar Todorovic (Fn. *), S. 155 ff.; vgl. auch Nagler (Fn. 29), S. 113 ff.; Sánchez-Vera (Fn. 31), S. 167 ff.; Beling, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, S. 420 ff.; in der chilenischen Literatur schon Mañalich, *Política Criminal* 14 (27/2019), 296 (360).

⁸¹ Nagler (Fn. 29), S. 26.

⁸² Nagler (Fn. 29), S. 2 f.

⁸³ Diese Beschränkung der Normadresse kann aber wohl als logische Folge eine Beschränkung der Möglichkeit haben, Täter bei diesem Delikt zu sein.

⁸⁴ Nagler (Fn. 29), S. 8.

⁸⁵ Nagler (Fn. 29), S. 11.

⁸⁶ Nagler (Fn. 29), S. 9.

Der zweite Grund – der öfter kritisiert wird – betrifft die Fälle, in denen die Rechtsordnung glaubt, zur Erreichung ihrer Aufgaben, *nicht* die *Allgemeinheit* der Rechtsgenossen in Bewegung setzen zu müssen.⁸⁷ Mit anderen Wörtern entscheidet sich der Gesetzgeber für den Erlass einer Norm, die nur einen bestimmten Kreis verbindet, weil er feststellt, dass die Verpflichtung dieser beschränkten Gruppe ausreicht, um das Rechtsgut angemessen zu schützen.

Dem hält *Langer* entgegen, dass diese Beschränkung des Adressatenkreises dann keinen *inneren Grund* in der Verhaltensnorm finde, sondern dies vielmehr eine unzulässige Übertragung eines gültigen Prinzips vom Bereich des Strafgesetzes auf den Bereich der Norm wäre, nämlich von Zweckmäßigkeitssichtspunkten in der Unterscheidung eines bestimmten Personenkreises, der typischerweise das betreffende Gut verletzt. Da die Verhaltensnormen durch den Schutz von Rechtsgütern gerechtfertigt werden, gebe es keinen gerechtfertigten Zweck, der durch eine Begrenzung der Normadressaten erreicht werden kann. Eine solche Beschränkung wäre dementsprechend reine Willkür der Rechtsordnung.⁸⁸

Aus dem Umstand, dass die Verhaltensnormen durch den Schutz von Rechtsgütern legitimiert werden, folgt jedoch nicht, dass dieser Schutz verabsolutierend oder ohne weitere Überlegungen erfolgt. Vielmehr bedeutet jede Hinzufügung eines neuen Merkmals, und nicht nur die Einschränkung des Adressatenkreises, in gewissem Sinne eine „Reduzierung“ des Schutzes des betreffenden Rechtsguts. So könnte beispielsweise bezüglich des Betrugs davon ausgegangen werden, dass das dadurch geschützte Rechtsgut des Vermögens einen noch breiteren Schutz genieße, wenn das Merkmal der Bereicherungsabsicht gestrichen würde. Diese Bestimmungen und Begrenzungen dienen aber dem wertvollen Ziel, die Handlungsfähigkeit der Normadressaten in einer nicht übermäßigen Weise zu beschränken und Delikten klare Grenzen zu geben.⁸⁹

Jede Norm ist ein Kompromiss zwischen den beiden Interessen oder, wie zuvor formuliert wurde, eine bestimmte

autoritative Lösung eines Freiheitskonfliktes zwischen zwei Rechtsgütern. Die Beschränkung des Adressatenkreises der Norm bietet eine neue oder weitere Alternative, um eine Entscheidung über diese zwei Rechtsgüter zu treffen: Anstatt den allgemeinen Schutz des Rechtsguts durch die Streichung bzw. Hinzufügung von Merkmalen, die alle betreffen, zu bestärken oder beschränken, wird es in erster Linie nur vor denen geschützt, die in einer besseren Lage sind, es zu verletzen. Diese selektive Beschränkung der Handlungsfreiheit von einem bestimmten Personenkreis wird durch ihre Innehabung einer Sonderstellung gerechtfertigt, die ihnen den Angriff gegen das ihnen anvertraute Schutzobjekt erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht. In diesem Sinne ist der innere Grund für die Beschränkung in beiden von *Nagler* geschilderten Fallkonstellationen der gleiche; bei den ersteren würde die Anbindung aller Normadressaten nur weniger Sinn ergeben.

Zwar sind die vorgeschlagene Begründung und Charakterisierung der Sondernormen und -delikte damit klarer. Wie aber zuvor erwähnt wurde und wie *Nagler* selbst erkennt, führt nicht jede positivrechtliche oder gesetzliche Einengung der Täterschaft auf eine geringere Anzahl von Personen zu einer Sondernorm.⁹⁰ Es ist auch möglich, dass die Verhaltensnorm sich selbst an alle richtet, die unmittelbare Täterschaft aber auf eine bestimmte Gruppe eingeschränkt wird. So wird oft in diesem Zusammenhang der Fall der exhibitionistischen Handlungen (§ 183 StGB) erwähnt, bei dem der Tatbestand nur die Belästigung einer anderen Person durch die exhibitionistische Handlung eines Mannes bestraft.⁹¹ Wenn die Beschränkung aber nicht die Norm selbst betrifft, sondern nur das Strafgesetz, bleibt die Möglichkeit offen, das Merkmal in einer anderen Weise auszulegen: beispielsweise als eine Beschränkung der unmittelbaren Täterschaft, die aber nicht die Möglichkeit ausschließt, dass eine Frau in mittelbarer Täterschaft tätig sein könnte.

bb) Soziale Übertragung des Schutzes eines Rechtsguts als materielles Hilfsmittel für die Identifizierung von Sonderstellungen

Für die Identifizierung der Fälle, in denen ein Sonderdelikt und nicht ein bloßes andersgestaltetes Strafbarkeitsmerkmal vorliegt, sind die Überlegungen von *Langer* und *Gerl* hilfreich. Ersterer führt das materielle Kriterium der Überantwortung eines Gemeinschaftswertobjekts an ein Sondersubjekt an:

⁸⁷ *Nagler* (Fn. 29), S. 9.

⁸⁸ *Langer* (Fn. 61), S. 276 f. Er kritisiert auch die ungleiche Behandlung, die aus dieser Theorie für die (echten) Sonderdelikte und die unechten Sonderdelikte folgen würde. Zu diesem Einwand und einer Antwort dazu siehe *Langer* (Fn. 61), S. 241 und 279 f. und *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 45 f.

⁸⁹ Vgl. *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 45; vgl. auch in der chilenischen Literatur schon *Mañalich* (Política Criminal 14 [27/2019], 296 [358]), der behauptet: „Aber das übersieht, dass jede strafrechtlich gesicherte Verhaltensnorm eine autoritative Lösung einer bestimmten auf eine Verteilung (des Genusses oder der Nutzung) der Rechtsgüter bezogenen Freiheitskonflikt darstellt. Die Tatsache, dass jede Verhaltensregel ex definitione den (rechtlich anerkannten) Handlungsspielraum ihrer Adressaten umschreibt, kann ohnehin als ein Grund angesehen werden, der es im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut rechtfertigt, den Kreis ihrer Adressaten durch das Erfordernis einer bestimmten persönlichen Qualifikation abzugrenzen.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original).

⁹⁰ *Nagler* (Fn. 29), S. 3.

⁹¹ *Langer* (Fn. 61), S. 342, ist der Meinung, dass das besondere persönliche Merkmal weder das deliktstypische Unrecht noch die deliktstypische Schuld charakterisiert, sondern lediglich einen selbständigen Strafwürdigkeitsgehalt. *Herzberg*, GA 1991, 145 (171), charakterisiert es als ein funktionell sachliches personales Merkmal bzw. „personal gefaßtes, seinen Sinn nach aber sachliches Merkmal“. Vgl. auch *Heger* (Fn. 7), § 183 Rn. 1a; *Hörnle* (in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 183 Rn. 5 und 15) bezeichnet es zwar als Sonderdelikt, aber behauptet gleichzeitig, dass eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB nicht angebracht wäre.

Damit würde die Rechtsgemeinschaft einem Sondersubjekt aufgrund einer konkreten Situation, in der es sich willentlich oder unwillentlich befindet, den Sonderschutz eines bestimmten Objekts übertragen.⁹² Diese intensivierte Beziehung sei selbst kein zusätzliches Schutzobjekt, sondern modifiziere den Unwertgehalt der vom Sondersubjekt vorgenommenen Verletzung eines vorher bestehenden „allgemeinen“ Rechtsguts.⁹³ Die Rechtsgemeinschaft verwirkliche diese Übertragung, wenn das Objekt sich im besonderen sozialen Einflussbereich des Sondersubjekts befindet, sodass dieses in spezifischer Weise darauf einwirken können.⁹⁴ Anders gesagt, das Subjekt befinde sich in einer Schlüsselstellung in Bezug auf das betreffende Rechtsgut, kraft welcher dessen Unversehrtheit primär von ihm abhängt.⁹⁵

In ähnlicher Weise sieht auch *Gerl* den Sonderunwert in der Sonderbeziehung, die eine Person zu einem Rechtsgut hat. Diese Sonderstellung oder -beziehung sei eine besondere soziale Stellung, in der der Täter sich in Bezug auf das Rechtsgut – qua elementarer Funktionseinheit des sozialen Systems – befindet. Diese „muß dabei so beschaffen sein, daß der Täter durch sie in eine besondere Beziehung zum Rechtsgut tritt. Die Verletzung des Rechtsguts durch denjenigen, der aufgrund seiner sozialen Position in einer besonders intensivierte Beziehung zum Rechtsgut steht, bedeutet einen verstärkten Angriff auf die Funktionseinheit des sozialen Systems, also eine Tat mit erhöhtem Unrechtsgehalt“.⁹⁶

Diese Ideen bieten nutzbare Kriterien für die Identifizierung derjenigen Fälle, in denen die Rechtsordnung eine Sondernorm erlässt bzw. ein Sonderdelikt typisiert: nämlich, wenn eine Person sich in einer Sonderstellung befindet, die ihr ermöglicht, auf ein Rechtsgut in einer spezifischen Weise einzuwirken. Diese Einwirkung durch einen besonderen sozialen Einflussbereich kann entweder die Möglichkeit bedeuten, das Rechtsgut überhaupt beschädigen zu können, oder die Eröffnung eines neuen Angriffswegs gegen ein sonst geschütztes Rechtsgut. Dem ist auch insoweit zuzustimmen, als dieser Einflussbereich weder das Vorhandensein einer bestimmten bereits bestehenden Institution noch eine zweite (vorstrafrechtliche) Pflicht voraussetzt. Vielmehr ist es die strafrechtliche Pflicht selbst, die dadurch charakterisiert bzw. modifiziert wird. Somit können die Fälle besser begründet werden, bei denen die Überantwortung nicht auf festen vorstrafrechtlichen oder institutionellen Pflichten basiert. Ein Beispiel hierfür liefert etwa der Treubruchtatbestand bei der Untreue (§ 266 StGB), wobei ein Treuverhältnis als Grundlage des Delikts dienen kann.⁹⁷

⁹² *Langer* (Fn. 61), S. 309.

⁹³ *Langer* (Fn. 61), S. 312 ff.

⁹⁴ *Langer* (Fn. 61), S. 301 f.

⁹⁵ *Langer* (Fn. 61), S. 308.

⁹⁶ *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, 1975, S. 89. Für eine weitere Analyse der Charakterisierung dieses und des vorherigen Autors siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 83 ff.

⁹⁷ Die genaue Bedeutung und der Umfang dieses Merkmals werden mit Recht diskutiert. An dieser Stelle wird nicht für eine extensive Auslegung desselben plädiert. Hierfür reicht es

Wo hier aber, anhand *Naglers* Überlegungen, ein wesentlicher Unterschied zu diesen zwei Autoren gemacht wird, liegt in der Art und Weise, wie die Rechtsordnung diese Überantwortung normativ operationalisiert: Nicht durch eine Intensivierung der Dringlichkeit einer allgemeinen Norm, wenn das Delikt von einem Sondersubjekt begangen wird, sondern durch den Erlass einer Sondernorm, der in erster Linie nur von diesen Subjekten überhaupt widersprochen werden kann. Diese Theorie kann besser erklären, warum die Handlungen eines Extraneus gegen das Rechtsgut straflos bleiben und bleiben sollen: in ihnen liegt schlicht kein Delikt und kein rechtliches Unrecht, weder „Gemeinunrecht“ noch „Sonderunrecht“. Die konsequente Weiterentwicklung der Überlegungen dieser Autoren würde zur Umwandlung aller Sonderdelikte in unechte Sonderdelikte führen: Es gäbe nur besondere persönliche Merkmale, die ein bereits existierendes Gemeinunrecht modifizieren, und keine echte Begründung des Unrechts. So ein System ist zwar möglich, aber – genauso wie bei der Pflichtdeliktslehre – nicht das geltende Strafrechtssystem.⁹⁸

III. Fazit

Es wurde versucht, den Hauptanwendungsbereich – wenn nicht den einzigen – des § 28 StGB und den rechtstechnischen Begriff der besonderen persönlichen Merkmale anhand unterschiedlicher rechtstheoretischer Überlegungen näher zu charakterisieren. Wegen der Probleme in der Begründung und den Folgen der herrschenden Meinung und der Pflichtdeliktslehre wurde eine alternative Charakterisierung vorgeschlagen, die hauptsächlich auf den grundlegenden Ideen *Naglers* sowie auf den materiellen Begründungen *Langers* und *Gerls* basiert.

Zusammenfassend lassen sich somit Sonderdelikte als Verletzungen einer Sondernorm charakterisieren. Eine Sondernorm kann wiederum – und im Vergleich zu einer Gemeinnorm – als eine Verhaltensnorm mit einem beschränkten Adressatenkreis von in erster Linie Verpflichteten verstanden werden. Diese Sondersubjekte befinden sich in einer Sonderstellung, die es ihnen ermöglicht oder zumindest erleichtert, das von der Norm geschützte Rechtsgut anzugreifen, da das Rechtsobjekt innerhalb ihres besonderen sozialen Einflussbereichs steht. Genau aus diesen Gründen verlangt die Rechtsordnung von diesen Subjekten mehr als von den anderen und beschränkt gezielt ihre Handlungsfreiheit: entweder weil sie die Einzigen sind, die das Rechtsgut erreichen können, oder weil sie in einer besseren Ausgangslage sind, dies zu tun. Durch das Werkzeug der Sondernormen kann die Rechtsordnung bei der Abwägung der Handlungsfreiheit der Normadressaten als Rechtsgut und des geschützten Rechtsguts eine neue Entscheidung treffen: Nämlich die selektive Beschrän-

aus, dass es zumindest Positionen gibt, die zum Zeitpunkt der Begehung des Delikts zivilrechtlich nicht gültig sind und dennoch als Grundlage für das Delikt dienen; vgl. dazu nur *Schünemann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 14, 13. Aufl. 2025, § 266 Rn. 75 ff.

⁹⁸ Vgl. auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 94.

kung der Handlungsfreiheit der Personen, die in einer besseren Position sind, das Rechtsgut zu beschädigen. Insoweit tragen Sondernormen zur Maximierung und Kompatibilität von zwei positiv bewerteten Eigenschaften bei.

Aus diesem Verständnis folgen wesentlichen Schlüsse für die Behandlung dieser Delikte, die Regeln der Täterschaft und Teilnahme bei ihnen, die richtige Behandlung der unechten Sonderdelikte und für die Auslegung des § 28 StGB. Aus Platzgründen können sie hier nicht näher erläutert werden, es sei aber gestattet, die wichtigsten Aspekte zu erwähnen: Aus der Beschränkung des Adressatenkreises folgt zwar als Reflexwirkung eine negative Beschränkung der Täterschaft auf die Sondersubjekte, es besteht aber kein positives Kriterium der Täterschaft, wie die Pflichtdeliktslehre irrtümlicherweise behauptet; auch hier müssen alle Tatbestandsmerkmale mit Vorsatz bezüglich aller Tatumstände erfüllt werden.⁹⁹ Aus dieser Tatsache und einer angemessenen Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme folgt, dass sowohl Extranei als auch Intranei Teilnehmer bei den Sonderdelikten sein können. Genau diesen Unterschied versucht der Strafmilderungsgrund des § 28 Abs. 1 StGB zu erkennen und wertzuschätzen.¹⁰⁰ Die unechten Sonderdelikte ihrerseits – wie es bei *Naglers* Überlegungen zu sehen war – sind eigentlich Qualifizierungen von Gemeindelikten aufgrund einer Sonderstellung, aber basieren auf keinen Sondernormen.¹⁰¹ Dieser strukturelle Unterschied trägt zur Erklärung bei, weshalb ihre Behandlung im § 28 Abs. 2 StGB von der Regel des Abs. 1 abweicht, obwohl dennoch eine Modifizierung der Vorschrift erforderlich ist, welche die Qualifizierungen aufgrund einer Sonderstellung mit der Behandlung der Sonderdelikte harmonisiert.¹⁰²

⁹⁹ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 128 ff.

¹⁰⁰ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 148 ff.

¹⁰¹ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 169 ff.

¹⁰² *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 198 ff.

Entscheidungsanmerkung

K.O.-Tropfen als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB

Sog. K.O.-Tropfen stellen weder für sich genommen noch bei Verabreichung in einem Getränk, in das sie vorher mit einer Pipette hinein getropft wurden, ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB dar. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 177 Abs. 8 Nr. 1

BGH, Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24¹

I. Einleitung

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit der in der Instanzgerichtsbarkeit und im Schrifttum viel diskutierten Frage, ob es sich bei sog. K.O.-Tropfen (genauer Gamma-Butyrolacton [GBL]), die mit einer Pipette in ein Getränk getropft und sodann getrunken werden, um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB handelt. Die Entscheidungsbegründung nimmt dabei eine gleichlaufende Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs auch in den § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB an. Der Entscheidung kommt daher eine über das Sexualstrafrecht hinausreichende Bedeutung zu und zieht – entgegen vereinzelter instanzgerichtlicher Rechtsprechung – klare Wortlautgrenzen bei der Auslegung des Werkzeugbegriffs.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte und seine Verlobte kannten das Opfer und ihre Lebensgefährtin aus der Swinger-Szene, ohne dass es in der jüngeren Vergangenheit zu sexuellen Handlungen kam. Auch für den Tatabend war lediglich eine Übernachtung, aber keine sexuellen Handlungen vorgesehen. Der Angeklagte wollte deswegen seine Verlobte und das Opfer sexuell enthemmen und in einem Bewusstseinszustand bis zur Bewusstlosigkeit versetzen, um mit ihnen sexuelle Handlungen zu vollziehen, und tropfte in dem Bewusstsein erheblicher gesundheitlicher Risiken bis zur Todesgefahr daher seiner Verlobten und dem bereits stark angetrunkenen Opfer GBL mittels einer Pipette in ihr nicht alkoholisches Getränk, welches das Opfer (und sehr wahrscheinlich auch die Verlobte) trank. Das GBL zeigte die vom Angeklagten anvisierte, enthemmende Wirkung. Der Angeklagte erkennt, dass das Opfer nicht mehr in der Lage war, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern; trotzdem küsste er sie und streichelte sie an ihrer mit einem BH bedeckten Brust und über die mit einem Slip bedeckten Vulva. Das Opfer war danach nicht mehr auffindbar und wurde später stark bewusstseins-

getrübt und in der Gefahr des Erstickens durch Erbrechen leicht bekleidet im Garten aufgefunden.²

III. Einordnung der Rechtsfrage

Der Bundesgerichtshof hatte hier über die Frage zu entscheiden, ob sich K.O.-Tropfen dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB subsumieren lassen.

Jedem Einsatz von sog. K.O.-Tropfen (teilweise auch unter dem Begriff Liquid Ecstasy bekannt) oder anderen narkotischen Mitteln³ zur Vornahme späterer sexueller Handlungen gegen oder ohne den Willen des Opfers ist gemein, dass es sich dabei um die den Grundtatbestand des stets verwirklichten § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB qualifizierende „Gewalt“ i.S.d. § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB handelt und ferner die K.O.-Tropfen ein Mittel sind, „um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“, § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB.⁴ Die in Abs. 7 gegenüber der Verwendung des gefährlichen Werkzeugs in § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB niedrigere Strafandrohung (Freiheitsstrafe nicht unter drei gegenüber nicht unter fünf Jahren), lässt der Einordnung als gefährliches Werkzeug entsprechend trotzdem eine praktische Bedeutung zukommen. In Fällen ohne einer der Verabreichung nachgelagerten sexuellen Handlung handelt es sich um gefährliche Körperverletzungen durch Beibringung von Gift (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB), die Einordnung als anderes gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB ist daher eher theoretischer Natur. Im Kontext des Raubs ist gleichlaufend mit § 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB verwirklicht. Aufgrund der höheren Strafandrohung des Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 kommt der Einordnung als gefährliches Werkzeug wiederum praktische Relevanz zu, wobei der Variante des Beisichführens wegen des verwirklichten Abs. 1 Nr. 1 lit. b und damit dem Streit um die Bestimmung der Gefährlichkeit des Werkzeugs in dieser Variante des Beisichführens⁵ in diesen Fällen keine Bedeutung zukommt.

IV. Analyse der Entscheidung

1. Einheitliche Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs (?)

In seiner Entscheidung geht das Gericht davon aus, dass die Begriffsverwendung des gefährlichen Werkzeugs zumindest

² BGH NSStZ 2025, 150 (150 Rn. 6 ff.).

³ Die Differenzierung der verschiedenen Mittel ist für die Beantwortung der vorliegenden Rechtsfragen weit überwiegend nicht relevant und wird daher hier nicht weiter vertieft. In Bezug auf die Bewertung der konkreten Lebensgefahr (§ 177 Abs. 8 Nr. 2 lit. b StGB) kann diese Bedeutung erlangen, wie das Gericht in seinen abschließenden Ausführungen zur konkreten Wirkweise und Gefahrenlage im vorliegenden Fall aufzeigt, BGH NSStZ 2025, 150 (151 Rn. 19 f.).

⁴ BGHSt 14, 81; BGH StV 1991, 149; BGH NSStZ-RR 1999, 323.

⁵ Eingehend Sander, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar, StGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2025, § 250 Rn. 17 ff.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=137633&pos=0&anz=1368> sowie veröffentlicht u.a. in NSStZ 2025, 150 und BeckRS 2024, 10686.

in § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB gleichlaufe, weil keine Gründe für eine unterschiedliche Behandlung ersichtlich seien und dies dem Willen des Gesetzgebers entspreche.⁶ Daraus leitet es ab, dass die Suche nach der Bedeutung des gefährlichen Werkzeugs bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB beginnen müsse.⁷ Für den Begriff des Werkzeugs selbst ist dieser Ansatz überzeugend; zumindest ist kein Grund ersichtlich, warum das Werkzeug anders als in seinem allgemeinen Sprachgebrauch in den jeweiligen Tatbeständen ausgelegt werden sollte.

Anderes muss aber gelten für die Bestimmung der Gefährlichkeit dieses Werkzeugs. Wie schon die unterschiedliche Verwendung in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB aufzeigt, ist die Gefährlichkeit abhängig von der das Werkzeug betreffenden Handlung zu bestimmen. Wird es lediglich bei sich geführt, erübrigt sich das in der Verwendungsvariante überzeugende Abstellen auf die konkrete Gefährlichkeit, sodass die abstrakte Gefährlichkeit heranzuziehen ist. Der Begriff der Gefährlichkeit, genauso wie seine Definition, lassen die Frage offen, wofür das Werkzeug genau gefährlich ist. Dem allgemeinen Sprachgebrauch lässt sich das ebenfalls nicht entnehmen, da auch hier immer ein (explizierter oder konkludenter) Kontext erforderlich ist. Die Bestimmung der Gefährlichkeit muss deswegen immer in Abhängigkeit vom Schutzgut erfolgen, ansonsten fehlt die notwendige Bezugsgröße.⁸ Das beweist auch ein erneuter Blick auf § 250 StGB: Das Beisichführen oder Verwenden eines elektromagnetischen Impulsgeräts bei einem Diebstahl dürfte, weil es die Erfolgswahrscheinlichkeiten der unbeobachteten Wegnahme erheblich erhöht, ein umgangssprachlich gefährliches Werkzeug in Bezug auf das Schutzgut Eigentum darstellen, dennoch wird es kaum dem schweren Raub zu subsumieren sein, weil die Gefährlichkeit des Werkzeugs sich hier auf das Schutzgut Leib und Leben beziehen soll.

Demnach überzeugt die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht, in der das Gericht ausführt, der Einsatz einer K.O.-Tablette erfülle nicht den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (und diese sei damit kein gefährliches Werkzeug), weil dieses Tatmittel nicht mit erheblichen Gesundheitsrisiken für das Opfer einhergehe.⁹ Die Gabe von Schlafmitteln falle ebenfalls nicht unter § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, weil weder die Gesundheit noch das Leben des Opfers gefährdet sei.¹⁰ Auch das Landgericht Saarbrücken¹¹ und das Landgericht Augsburg¹² verwiesen ausschließlich auf die Gefährlichkeit der Substanz. Dieser Ansatz vermischt die Bestimmung der Gefährlichkeit mit der (zwingend voranzu-

stellenden) Einordnung als Werkzeug, wodurch die Wortlautgrenze mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot in verfassungsrechtlich zweifelhafter Weise verschwimmt. Auch die vielfach angeführten¹³ Erwägungen des historischen Gesetzgebers zum Gleichlauf der Werkzeugbegriffe wird damit Rechnung getragen. Denn er verweist lediglich darauf, dass „auf die Rechtsprechungsgrundsätze zum gefährlichen Werkzeug bei der gefährlichen Körperverletzung zurückgegriffen werden“ könne.¹⁴ Da das gefährliche Werkzeug im Rahmen der Körperverletzung aber ebenfalls rechtsgutspezifisch verstanden wird, spricht die Historie nicht gegen eine differenzierte Auslegung.

Ausgehend von dieser schutzgutsbezogenen Interpretation bestimmt sich die Gefährlichkeit in § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB nach dessen Schutzrichtung. Dass die Qualifikation zumindest auch die körperliche Integrität schützen soll, dürfte angesichts ihres Wortlauts außer Frage stehen.¹⁵ Darüber hinaus ist aber zu berücksichtigen, dass der Grundtatbestand die sexuelle Selbstbestimmung schützt und die Gefährlichkeit des Werkzeugs daher auch vor diesem Hintergrund auszulegen ist. Die Grenzen der Gefährlichkeit sind dabei im Einzelfall also ggf. weiter zu ziehen als jene im Rahmen der Körperverletzung.

2. K.O.-Tropfen als „Werkzeuge“

a) Wortlaut(grenze)

Auf diese schutzgutsbezogene Gefährlichkeit von K.O.-Tropfen kommt es schon gar nicht an, wenn sie gar keine „Werkzeuge“ im Sinne der Norm darstellen. Das Gericht zieht zur Bestimmung des Werkzeugbegriffs den allgemeinen Sprachgebrauch heran, nach dem es sich um einen für bestimmte Zwecke geformten Gegenstand handeln soll, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet wird, wobei Gegenstände gemeinhin nur feste Körper sein sollen.¹⁶ Tatsächlich widerspricht es dem allgemeinen Sprachgebrauch, Flüssigkeiten oder Gase als Werkzeuge zu verstehen. Die hiesige Entscheidung reiht sich ein in die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur fehlenden Werkzeugqualität einer K.O.-Tablette i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.¹⁷ Die insoweit ohne Begründung daherkommende Entscheidung aus dem Jahre 2017 bejahte zwar die Werkzeugeigenschaft von K.O.-Tropfen, mangels instanzgerichtlicher Feststellungen fehlten hier aber notwendige Angaben zum Tatgeschehen zur weiteren Subsumtion.¹⁸ Das Landgericht Saarbrücken fand für diesen Ansatz ein Argument in der synonymen Verwendung von „Werkzeug“ und „Gegenstand“, wobei unter letzteres auch betäubende Substanzen zu fassen seien.¹⁹ Für die letzte Annahme fehlt es indes an einer weiterführenden Begründung. Zumindest drängt es sich im

⁶ BGH NStZ 2025, 150 (150 Rn. 15).

⁷ BGH NStZ 2025, 150 (151 Rn. 17).

⁸ So auch *Pschorr/Gmelin*, ZfIStw 5/2024, 318 (323), ohne jedoch die konsequente Trennung zwischen Werkzeug und Gefährlichkeit, die auch nicht begründet wird.

⁹ BGH NStZ-RR 2018, 141.

¹⁰ BGH StV 1998, 660.

¹¹ LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22, Rn. 45 (juris).

¹² LG Augsburg, Urt. v. 28.4.2023 – 3 KLS 201 Js 109552/22.

¹³ *Krüger*, NStZ 2019, 273 (274 f.); *Ruppert*, JR 2025, 193 (194); BGH NStZ 2025, 150 (150 Rn. 15).

¹⁴ BT-Drs. 13/9064, S. 9.

¹⁵ Herleitung bei *Ruppert*, JR 2025, 193 (194).

¹⁶ BGH NStZ 2025, 150 (150 Rn. 14).

¹⁷ BGH NStZ-RR 2018, 141.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2017, 251.

¹⁹ LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22, Rn. 44 (juris).

allgemeinen Sprachgebrauch nicht auf, flüssige oder gasförmige Substanzen als Gegenstand zu bezeichnen (so dürfen etwa Wasser oder Abgase auch nicht als Gegenstände empfunden werden).

Dass alle Aggregatzustände (also feste, flüssige und gasförmige) aus Materie bestünden und sie daher gegenständlich sein müssen²⁰ und ihnen deswegen eine Gemeinsamkeit zukäme, ist eine Annahme, die das physikalische Begriffsverständnis von Materie fälschlicherweise mit dem allgemeinen Verständnis eines Gegenstands gleichsetzt. Materie im physikalischen Sinne ist alles, was nicht Vakuum und Kraftfeld ist,²¹ und damit kaum ein geeigneter Maßstab für eine strafrechtliche Begriffsbestimmung. Der ebenfalls angeführte Hinweis auf die vergleichbare Gefährlichkeit von gefährlichen Werkzeugen und narkotisierenden Mitteln trägt zwar,²² kann aber die Wortlautgrenze i.R.d. Art. 103 Abs. 2 GG nicht überwinden. Derartige Erwägungen, die das Telos in den Mittelpunkt der Auslegung stellen, verkennen, dass der Wortlaut nicht nur Beginn, sondern auch Grenze der Auslegung ist.²³

Teilweise wird dem allgemeinen Sprachgebrauch entgegengehalten, das gefährliche Werkzeug sei technisch zu verstehen, weil etwa auch der beschuhte Fuß nicht dafür geeignet sei, mit ihm etwas im Sinne des Wortverständnisses zu bearbeiten.²⁴ Ein solches argumentatives Vorgehen lässt aber die geltenden Auslegungskriterien außer Acht: Denn ein Begriff bestimmt sich nicht danach, welche Sachverhalte ihm schon einmal subsumiert wurden, sondern aus sich heraus. Die Richtigkeit anderer Subsumtionen müsste sonst zumindest in Frage gestellt werden – zwar sind Vergleiche möglich, sie eignen sich aber nicht als alleiniges Argument für eine bestimmte Auslegung eines Begriffs.

b) Systematische Erwägungen

Sodann zieht das Gericht die Systematik des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB und den Vergleich zwischen einem gefährlichen Werkzeug und dem Gift bzw. anderen gesundheitsschädlichen Stoffen heran.²⁵ Obschon nach den bisherigen Ausführungen die Gefährlichkeit eines Werkzeugs tatbestandsspezifisch ausgelegt werden sollte, spricht nichts gegen die gleichlaufende Auslegung des Begriffs Werkzeug im systematischen Vergleich zu anderen, vom Gesetzgeber als gefährlich eingestuften Tatmitteln, wie zum Beispiel dem Gift, da diese das Begriffsverständnis im Sinne der Einheit der Rechtsordnung schärfen können. Denn anders als bei der Unterscheidung verschiedener Gefährlichkeitsbegriffe liegt es nicht nahe, dass das Gesetz an einer Stelle Werkzeug und Gift (bzw. andere gesundheitsschädliche Stoffe) nebeneinanderstellt und an anderer Stelle, namentlich in § 177 Abs. 8 Nr. 1

StGB, ein Werkzeug zugleich ein Oberbegriff für jene Werkzeuge des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und für gesundheitsschädliche Stoffe sein soll. Dass das gefährliche Werkzeug in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB kein Oberbegriff für das Gift und andere gesundheitsschädliche Stoffe in Nr. 1 sei, zeigt das Gericht anhand des Wortlauts und der historischen Überlegungen des Gesetzgebers,²⁶ der den Vergiftungstatbestand des § 229 StGB a.F. in § 224 StGB integrierte, ohne diesen damit der Tatvariante des Einsatzes eines Werkzeugs unterordnen zu wollen.²⁷ Das ist überzeugend, zeigt sich auch über diese Argumentation hinaus kein Grund dafür, dass ein übergeordneter Begriff dem ihm untergeordneten systematisch nachfolgen und zeitgleich mit drei anderen Begehungsweisen, die sodann in keinem Verhältnis zu dem vermeintlichen Oberbegriff stehen, gleichgeordnet sein sollte, zumal der Gesetzgeber an anderer Stelle gezeigt hat, dass solche Konstellation durchaus mit einer weiteren Unterordnungsebene geregelt werden können (beispielweise durch Hinzufügen des Wortes „insbesondere“, vgl. § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB).

c) Conclusio

Die Wortlautgrenze der Auslegung lässt eine Subsumtion von K.O.-Tropfen dem Begriff eines (gefährlichen) Werkzeugs angesichts der vorangegangenen Ausführungen mithin nicht zu. Auf die (kaum zu verneinende) Gefährlichkeit von narkotisierenden Mitteln kommt es dabei nicht an, vielmehr lässt der Begriff des Werkzeugs alle flüssigen und gasförmigen Stoffe außen vor.²⁸

3. Verabreichungsart

In tatsächlicher Hinsicht unterscheiden sich die Sachverhalte vor allem in der Verabreichungsart. Dabei ist stets zu unterscheiden zwischen dem verabreichten Mittel und dem Gegenstand, mit dem die Verabreichung vorgenommen wurde – beides ist getrennt voneinander zu prüfen. Die Frage, ob es sich bei den K.O.-Tropfen selbst um ein gefährliches Werkzeug handelt, spielt dann eine untergeordnete Rolle, wenn der Verabreichungsgegenstand aufgrund seiner Beschaffenheit selbst als gefährliches Werkzeug einzuordnen ist.

Dosierungshilfen jeder Art, zu der etwa auch ein Löffel zählen würden, fallen unter den oben erläuterten Begriff des Werkzeugs, sodass es auf die schutzgutsbezogene Gefährlichkeit, genauer auf die konkrete Beschaffenheit und die Art der Verwendung im konkreten Einzelfall ankommt. In Bezug auf die vorliegend verwendete Pipette führt das Gericht aus, dass der Angeklagte die Pipette lediglich als Dosierungshilfe verwende und das Instrument eine für sich genommen in der konkreten Verwendungsart ungefährliche Verwendung gefunden hat.²⁹ Ferner stellt es darauf ab, dass die Tropfen nicht unmittelbar dem Körper der Nebenklägerin beigebracht und

²⁰ Pschorr/Gmelin, ZfIStw 5/2024, 318 (320).

²¹ Penrose, The mass of the classical vacuum, in: Saunders/Brown (Hrsg.), The Philosophy of Vacuum, 1991, S. 21–26.

²² LG Saarbrücken, Urt. v. 31.3.2023 – 3 KLS 35/22, Rn. 46 (juris).

²³ So auch Ruppert, JR 2025, 193 (195).

²⁴ Gräbener, jurisPR-StrafR 21/2023 Anm. 2.

²⁵ BGH NSTZ 2025, 150 (151 Rn. 21 ff.).

²⁶ BGH NSTZ 2025, 150 (151 Rn. 21 ff.).

²⁷ BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.

²⁸ Andere Ansicht Hörnle, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 305; Pschorr/Gmelin, ZfIStw 5/2024, 318.

²⁹ BGH NSTZ 2025, 150 (151 Rn. 19).

die Pipette auch sonst keinen Kontakt zum Körper hatte.³⁰ Bereits die Mittelbarkeit des Einsatzes schließt die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs mithin aus; das gilt auch für solche Werkzeuge, die in ihrer Beschaffenheit gefährlich sind, aufgrund ihrer Verwendung aber keinen Kontakt zum Körper haben, etwa wenn die K.O.-Tropfen nicht mit einer Spritze in das Getränk gegeben worden wären. Anders wiederum, wenn die K.O.-Tropfen mit der Spritze unmittelbar in den Körper eingeführt worden wären, dann nämlich wäre auch die Verwendung ihrerseits gefährlich, da sie sich unmittelbar gegen den Körper richtet. So entschied der Bundesgerichtshof in einem anderen Fall, dass es sich bei der Verabreichung mittels Katheter in die Blutbahn um die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs handle, weil bereits der Katheter selbst ein gefährliches Werkzeug sei und es auf die Eigenschaft der K.O.-Tropfen deswegen nicht ankomme.³¹ Wenn (ungewöhnlicherweise) mit dem Katheter die K.O.-Tropfen in ein Getränk gefüllt worden wären, dann gilt gleichermaßen, dass zwar das Werkzeug Katheter in seiner Beschaffenheit als gefährlich einzustufen ist, die konkrete Verwendung dann aber wiederum nicht gefährlich und der Katheter nicht dem Merkmal des gefährlichen Werkzeugs zu subsumieren gewesen wäre.

V. Reaktionen auf die Entscheidung

Das Gericht deutet selbst an, dass die unterschiedliche Behandlung von K.O.-Tropfen gegenüber gefährlichen Werkzeugen dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen dürfte, wenn es darauf hinweist, dass allein auf Gerechtigkeits Erwägungen die Wortlautgrenze und damit der Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht außer Acht gelassen werden dürfe.³² Die Entscheidung erfuhr auch im Schrifttum überwiegende Zustimmung.³³ Schon vor Veröffentlichung der hier besprochenen Entscheidung hatten der Fall von Gisèle Pelicot und eine Reportage von STRG_F über Online-Netzwerke, in denen man sich zu Sexualstraftaten unter Einsatz von K.O.-Tropfen verabredet und austauscht,³⁴ sowie die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der er K.O.-Tropfen nicht als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB subsumierte,³⁵ öffentliche Forderungen nach einer Gesetzesänderung laut werden lassen. Die empirischen Daten lassen zudem den Schluss zu, dass die Zahl der Straftaten, die unter Einsatz von K.O.-Tropfen begangen werden, ansteigen: Eine entsprechende Auswertung der Polizeilichen Kriminal-

statistik aus den Jahren 2014 bis 2023 zeigt einen Anstieg von 6,9 Prozent auf.³⁶ Entsprechende Dunkelfeldstudien fehlen bisher noch, aufgrund der schwierigen Nachweisbarkeit der unter dem Begriff K.O.-Tropfen vereinten Stoffe ist aber davon auszugehen, dass der Einsatz von K.O.-Tropfen häufig unentdeckt bleibt.

Daher hat der Bundesrat im Juni diesen Jahres einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, der vorsieht die Tatvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB in den § 177 Abs. 8 StGB und § 250 Abs. 2 Nr. 2 StGB aufzunehmen, und verweist zur Begründung auf die besondere Gefährlichkeit der Stoffe.³⁷ Der Entwurf ist vor dem Hintergrund der vergleichbaren Gefährdungssituation des jeweiligen Opfers zu begrüßen. Es ist nicht sachgerecht, dass zwar im Rahmen der Körperverletzungsdelikte eine solche Begehungsweise in der Strafhöhe einer Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gleichgestellt ist, nicht aber im Rahmen der Qualifikationen von Raub- und Sexualdelikten, die ebenfalls (zumindest auch) die körperliche Unversehrtheit schützen wollen. In Bezug auf die schlechte Nachweisbarkeit von K.O.-Tropfen (vor allem aufgrund des schnellen Abbaus im Körper) dürfte die praktische Anwendung aber Schwierigkeiten begegnen: Da die Gesundheitsschädlichkeit (nicht: Gefährlichkeit, wobei die Begriffe gleichlaufen³⁸) konkret für das einzelne Mittel festgestellt werden muss, die Konstellationen aber häufig mit dem Konsum von Alkohol einhergehen, muss der einzelne Stoff entweder bestimmt worden sein, oder die körperlichen Auswirkungen lassen sich eindeutig darauf zurückführen. Bei einer Beweislage wie im besprochenen Fall tritt dieses Problem selbstverständlich nicht auf.

Das Gesetzesvorhaben scheint vor dem Hintergrund der ebenfalls angestrebten Änderung des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes, die ein Erwerbs- und Besitzverbot von Lachgas, GBL und 1,4-Butandiol (BDO) für Kinder und Jugendliche einführen soll,³⁹ gewisse Chancen zu haben, bald Gesetz zu werden. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

*Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafé, Tübingen**

³⁰ BGH NStZ 2025, 150 (151 Rn. 19).

³¹ Wobei das Gericht in der weiteren Begründung wiederum auf die Gefährlichkeit der Dosis des narkotisierenden Mittels und nicht die des Katheters feststellt, BGH NStZ 2019, 273 (Rn. 4).

³² BGH NStZ 2025, 150 (151 Rn. 26).

³³ Blum, Kriminalistik 2025, 110; Jäger, JA 2025, 79; Jahn, JuS 2025, 276; Müller, jM 2025, 88 (89); Ruppert, JR 2025, 193 (196).

³⁴ STRG_F, Das Vergewaltiger-Netzwerk auf Telegram, YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=GLrzyOLJUtk> (17.8.2025).

³⁵ BGH NStZ 2009, 505.

³⁶ LT-Drs. 17/7535, S. 4, dort finden sich auch weitere Auswertungen, etwa zu den Opfern; das Phänomen ist indes nicht neu, vgl. schon *Missliwetz*, Kriminalistik 1991, 56; *Steinecke/Hein/Stein/Klein/Hentschel*, Rechtsmedizin 12 (2002), 375.

³⁷ BT-Drs. 21/551.

³⁸ Vgl. hierzu schon *Pschorr/Gmelin*, ZfIStw 5/2024, 318 (320).

³⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/N/NpS_GAEndG_RefE.pdf (17.8.2025).

* Die Verf. ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Buchrezension

Maximilian Nussbaum, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Anbietern (innerhalb) sozialer Netzwerke, Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts, Duncker & Humblot, Berlin, 2025, 583 S., € 129,90.

1. Virtuelle Räume eröffnen Chancen; sie erleichtern die Kommunikation und ermöglichen den Zugriff auf ein mannigfaltiges Informationsangebot. Zugleich bergen sie aber auch erhebliche Risiken und befördern kriminelle Strukturen. Das Themenfeld der Straftaten im Internet hat in den vergangenen Jahren großes Interesse erfahren. Einen wesentlichen Beitrag an dieser Entwicklung haben die sog. sozialen Netzwerke, mittels derer jeden Tag unzählige Menschen miteinander in Verbindung treten. In der Menge an ausgetauschten Meinungen, Bildern und Videos finden sich stets auch strafrechtsrelevante Inhalte. Zu denken ist an ehrverletzende Beiträge, pornographische Aufnahmen oder Urheberrechtsverletzungen. Der Nutzer, der solche Inhalte ins Netz stellt, macht sich zweifelsohne – etwa wegen Beleidigung gem. § 185 StGB oder Verbreitung pornographischer Inhalte gem. § 184 StGB – strafbar. Und auch das Verhalten derjenigen Rezipienten, die auf strafbare Beiträge reagieren, indem sie diese „ liken“ oder „ teilen“, lässt sich weitgehend voraussehbar bewerten,¹ obschon sich über den exakten Aussagegehalt dieser digitalen Ausdrucksweisen trefflich streiten lässt.

Deutlich komplexer fallen die Fragestellungen aus, wenn man die Perspektive erweitert und die Strafbarkeit der Betreiber digitaler Plattformen untersucht. Zwar stellt der Anbieter eines sozialen Netzwerks als sog. Host-Provider die Infrastruktur bereit und ist schon allein deshalb – untechnisch gesprochen – nicht gänzlich unbeteiligt. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass der strafbare Inhalt nicht von ihm selbst herrührt, sondern von einem eigenverantwortlich agierenden Nutzer.

Freilich ist auch dieser Themenkreis nicht gänzlich neu, sondern in einigen Bereichen wissenschaftlich bereits gut ausgeleuchtet.² Zuletzt lag der Fokus der Diskussion – angesichts des 2021 neu in das Strafgesetzbuch eingefügten § 127 StGB nachvollziehbar – zwar auf den Betreibern digitaler Handelsplattformen;³ allerdings treten strukturelle Gemeinsamkeiten zutage, sodass sich einige der ausgetauschten Gedanken auch für die Anbieter sozialer Netzwerke fruchtbar machen lassen. Schon wegen des rasanten technischen Fortschritts lohnt sich eine fortwährende Diskussion, die für neue Entwicklungen offen ist.

Im Kontext der Social-Media-Betreiber gelingt es *Maximilian Nussbaum*, mit der Differenzierung verschiedener

Räume im Raum (S. 34) eine bislang weitgehend übersehene Facette der strafrechtlichen Verantwortlichkeit herauszuarbeiten. Schon der Titel der von *Susanne Beck* betreuten und weit über 500 Seiten starken Dissertation verrät, dass sich diese nicht auf die Verantwortlichkeit von Anbietern sozialer Netzwerke beschränkt. Vielmehr geht *Nussbaum* auch auf Anbieter *innerhalb* solcher Netzwerke ein. Gemeint sind Nutzer des sozialen Netzwerks, die in diesem selbst einen weiteren virtuellen Raum – beispielsweise in Form von Gruppen – eröffnen.

2. Die Arbeit gliedert sich in drei Teile (Phänomenologische Grundlagen; (Außer-)Strafrechtliche Vorfragen; Die Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke nach strafrechtlichen Grundsätzen), die jeweils zwei Kapitel enthalten und zu denen eine Einleitung sowie ein Schluss mit zusammenfassenden Thesen und einem Ausblick hinzukommen. Bereits in der Einleitung bringt *Nussbaum* zum Ausdruck, dass er den Fokus auf die nähere „Analyse der medienstrafrechtlichen Zurechnungskomplexe“ legt (S. 34). Dabei bemüht er die schon erwähnte „Raum-Metapher“, um die bislang eingenommene Perspektive zu erweitern (S. 35). Durch diesen Ansatz, der einen echten Fortschritt für die medienstrafrechtliche Zurechnungsdogmatik bewirkt, gelingt es, die faktischen Strukturen sozialer Netzwerke strafrechtlich abzubilden. Weitgehend ausgeklammert bleiben Verantwortlichkeitsfragen außerhalb sozialer Netzwerke – das gilt allen voran für Handelsplattformen – sowie das Strafanwendungsrecht (S. 36 f.), das angesichts der grenzüberschreitenden Natur der Cyber-Kriminalität eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt.⁴ Dieser bewusste Zuschnitt mindert den Erkenntnisgewinn aber keineswegs, sondern ist angesichts des ohnehin bemerkenswerten Anliegens der Arbeit geradezu zielführend.

3. Im ersten Kapitel des ersten Teils untersucht *Nussbaum* das Wesen sozialer Netzwerke („Begriff, Funktionen und Ordnung sozialer Netzwerke“, S. 41 ff.). Den größten Umfang nimmt dabei die Suche nach der Begriffsbestimmung ein, wobei sich der *Verf.* für ein funktionales Verständnis ausspricht und in diesem Kontext auch das Bild der verschiedenen Kommunikationsräume weiter ausdifferenziert (S. 50 ff.). Er benennt charakteristische Merkmale, die einen (Unter-)Raum in einem Kommunikationsraum prägen und die für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der jeweiligen Anbieter, deren exakte Untersuchung dem dritten Teil vorbehalten ist, entscheidend sein können (S. 53). Hiervon ausgehend unterscheidet *Nussbaum* Anbieter und Angebote verschiedener Ordnung (S. 54): Als Anbieter erster Ordnung sind die Betreiber sozialer Netzwerke einzustufen, als Angebote zweiter Ordnung etwa Gruppen oder Profilseiten und als Angebote dritter Ordnung eigenständige kommentierungsfähige Posts. Auf diese zentrale und überzeugende Kategorisierung kommt die Arbeit immer wieder zurück.

4. Im zweiten Kapitel illuminiert *Nussbaum* die Besonderheiten der Kommunikation in sozialen Netzwerken (S. 69 ff.), die sich vom Gedanken- und Meinungsaustausch in der analogen Welt in verschiedener Hinsicht unterscheidet. Das

¹ Statt aller *Krischker*, JA 2013, 488.

² Vgl. hierzu statt aller *Ceffinato*, JuS 2017, 403; *Hoven*, ZWH 2018, 97; *Zieschang*, GA 2020, 57.

³ *Greco*, ZIS 2019, 435; *Weber*, Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet, 2022, passim; *Wüst*, Die Underground Economy des Darknets, 2022, passim; *Bäcker*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betreibers einer Plattform im Darknet, 2024, passim.

⁴ Siehe nur *Hoven*, ZWH 2018, 97 (103 ff.).

Hauptaugenmerk liegt dabei auf den sozialen Netzwerken als Ort einer aggressiven Kommunikation (S. 73 ff.), wobei der *Verf.* zwischen den Ursachen einer „verrohten Kommunikation“ (S. 75 ff.) und den Wirkungen auf die Betroffenen sowie die sonstigen Nutzer differenziert (S. 80 ff.). Die beiden wohl bedeutsamsten Faktoren sind hinlänglich bekannt: zum einen die (empfundene) Anonymität sowie die Distanz zwischen Täter und Opfer und zum anderen die Breitenwirkung, die aus der (welt)weiten und dauerhaften Abrufbarkeit gespeicherter Inhalte herrührt. Schließlich führt Nussbaum mit dem Kommunikationsdelikt einen weiteren Begriff ein, den er sodann in der mittlerweile üblichen Diktion in Inhaltsverbreitungs- und persönliche Äußerungsdelikte untergliedert (S. 83 ff.).

In der insgesamt sehr sorgfältigen Analyse im ersten Teil nimmt Nussbaum – nicht nur in terminologischer Hinsicht – zentrale Weichenstellungen vor und unterstreicht dabei an den relevanten Stellen stets, wie sich diese auf die aufgeworfene Fragestellung der strafrechtlichen Anbieterverantwortlichkeit auswirken. Gerade hierdurch erlangt die Arbeit eine überzeugende und nachvollziehbare Struktur.

5. Der zweite Teil betrifft (außer-)strafrechtliche Vorfragen (S. 86 ff.), wobei zunächst die telemedienrechtlichen Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Mittelpunkt stehen. Die Lektüre dieses dritten Kapitels ist auch deshalb äußerst lesenswert, weil die im Jahr 2024 in Kraft getretenen Regelungen des Digital-Services-Acts (DSA) bislang monographisch kaum erschlossen sind. Im Abschnitt über die Grundlagen der telemedienrechtlichen Providerprivilegierung befasst sich Nussbaum unter anderem mit dem altbekannten Disput um die systematische Einordnung der Privilegierungsvorschriften in den strafrechtlichen Verbrechensaufbau (S. 97 ff.). Während die Verfechter des sog. Vorfilter-Modells für eine eigenständige und dem Tatbestand vorgelagerte Prüfung plädieren, sprechen sich die Anhänger sog. Integrationslösungen dafür aus, die Haftungsprivilegierung in den Verbrechensaufbau zu integrieren.⁵ Nussbaum spricht sich unter Rekurs auf die üblicherweise ausgetauschten Argumente für das Vorfilter-Modell aus (S. 102). Wünschenswert wäre dabei eine noch deutlichere Ableitung dieser zutreffenden Erkenntnis aus dem Charakter des DSA als europäische Verordnung gewesen. Denn diese gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar, sodass eine direkte Verzahnung mit den dogmatischen Vorstellungen der deutschen Strafrechtswissenschaft (nicht mehr) zu überzeugen vermag.⁶

Den Ausführungen zum Anwendungsbereich der Art. 4 ff. DSA, in denen es vor allem um den Umgang mit den Anbietern der unterschiedlichen Ordnungen geht (S. 104 ff.), schließt sich ein sehr präziser Überblick über die einzelnen Voraussetzungen des Art. 6 DSA an (S. 116 ff.), der die Haftungsprivilegierung von Host-Providern regelt. Äußerst lehrreich und innovativ sind die sodann folgenden Erwägungen zum Privilegiausschluss (S. 136 ff.). Insoweit geht es um

Kriterien, die einer (zu weitgehenden) Haftungsprivilegierung nach Art. 6 DSA entgegenstehen, sich aber nicht *expres- sis verbis* aus dem gesetzlich beschriebenen Prüfprogramm ergeben. Nachdem Nussbaum die vor allem von der deutschen Rechtsprechung bemühte Figur des „Sich-Zueigenmachens“ fremder Inhalte berechtigterweise als unionsrechtswidrig einstuft (S. 142), wendet er sich in feinsten Detailarbeit der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle zu (S. 144 ff.). Hervorzuheben ist die umfassend begründete und in der bisherigen Diskussion noch nicht vollständig ausbuchstabierte Systematisierung der Erwägungsgründe 18 und 20 zum DSA (S. 159 ff.). Auf dieser Grundlage spricht sich Nussbaum dafür aus, die bislang vorherrschende „synonyme Verwendung der aktiven und der nicht-neutralen Rolle aufzugeben“ (S. 165). Er plädiert für „eine medienrechtsdogmatische Ordnung unter dem Begriff des Neutralitätsgebots“ (S. 165), in der drei Fallgruppen aufgehen: die aktive Rolle, das bewusste Zusammenwirken mit einem Nutzer sowie die rechtswidrige Zweckausrichtung des Angebots (S. 165 ff.). Durch einleuchtende Beispiele werden die durchaus komplexen Gedankengänge plastisch und es entsteht ein in sich stimmiges Konstrukt des Privilegiausschlusses. Das dritte Kapitel schließt mit einer Konkretisierung von Erwägungsgrund 20 S. 2 zum DSA, der die rechtswidrige Zweckausrichtung betrifft (S. 170 ff.). Interessant ist dabei vor allem die Diskussion solcher Szenarien, in denen der Diensteanbieter (ursprünglich) eine neutralen Zwecken dienende Plattform bereitstellt, die Nutzer zunehmend für ihre kriminellen Machenschaften missbrauchen.

6. Das knapper gehaltene vierte Kapitel („Selektion strafrechtlich relevanten Verhaltens“) leistet essenzielle Vorarbeit für den dritten Teil und dient sonach „einem Übergang zum strafrechtsdogmatischen Hauptteil der Untersuchung“ (S. 184). Mit Blick auf die Suche nach denkbaren Anknüpfungspunkten für den strafrechtlichen Vorwurf ist bemerkenswert, dass Nussbaum hier einen Konnex zum telemedienrechtlichen Vorfilter herstellt (S. 184 ff.). Diese instruktive Überlegung hilft dabei, den strafrechtlichen Vorwurf präzise zu benennen. Noch deutlicher könnte man wohl sagen: Die Art und Weise, auf die ein spezifisches Verhalten den Vorfilter passiert, prägt den Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf und beeinflusst sonach auch die viel diskutierte Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen. Ein solches Verständnis hängt mit der Konzeption des Vorfilters zusammen: Strafrechtlich relevant kann überhaupt nur eine solche Verhaltensweise sein, die die Hürde des Vorfilters reißt.

Bei der Verhaltensformfrage selbst legt Nussbaum einen naturalistischen Ansatz zugrunde, der auf die Kausalität eines aktiven Energieeinsatzes für den Erfolg abstellt (S. 193 ff.). Zu Beginn der Abgrenzung steht dabei die Frage im Vordergrund, ob das digitale Angebot insgesamt rechtswidrig ausgerichtet ist (vgl. die Abb. auf S. 198). Wenn eine Begehungsstrafbarkeit – etwa wegen eines erlaubten Risikos – nicht in Betracht kommt, soll nach Maßgabe der Konkurrenzlösung subsidiär ein Unterlassen zu prüfen sein (S. 198 f.).

7. Der über 300 Seiten starke dritte Teil der Arbeit betrifft die zentrale Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Nussbaum unterteilt die Untersuchung in „Strafrechts-

⁵ Instrukтив – indes noch zum TMG – Altenhain, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, TMG Vor. § 7 Rn. 4 ff.

⁶ So Malek/Popp/Nadeborn, Strafsachen im Internet, 3. Aufl. 2024, Rn. 42.

widrig ausgerichtete Angebote“ (S. 200 ff.) und „Strafrechtswidrige Inhalte als digitale Altlasten in neutral ausgerichteten Angeboten“ (S. 353 ff.). Oder mit anderen Worten: Im fünften Kapitel geht es um eine etwaige Begehungsstrafbarkeit, während im sechsten Kapitel der Fokus auf der unterlassenen Löschung rechtswidriger Inhalte liegt.

Sub specie der strafrechtswidrig ausgerichteten Angebote wendet sich *Nussbaum* zunächst den Organisationsdelikten der §§ 127, 129 StGB zu (S. 200 ff.). Betreffend die Bildung einer kriminellen Vereinigung erhebt er insbesondere, inwieweit Anbieter zweiter Ordnung – etwa die Betreiber einer Gruppe innerhalb eines sozialen Netzwerks – dem Vereinigungsbegriff des § 129 StGB zu subsumieren sind (S. 206 ff.). Dabei benennt er verschiedene Streitpunkte (namentlich die hinreichende Organisation) und zeigt (erste) denkbare Lösungswege auf. Deutlich wird insoweit: Die konkreten Umstände des Einzelfalls spielen eine erhebliche Rolle. Im Abschnitt über § 127 StGB untersucht der *Verf.*, inwieweit die Strafnorm auch Anbieter von Unter- und Substrukturen zu erfassen vermag oder stets auf das Gesamtangebot abzustellen ist (S. 224 ff.). Für das von ihm zugrunde gelegte Ordnungsmodell ist dies von entscheidender Bedeutung. Während er sich dabei mit guten Gründen dafür ausspricht, Anbieter nachgelagerter Ordnung in den tatbestandlichen Anwendungsbereich einzubeziehen (S. 229 f.), lehnt er hinsichtlich der von ihm untersuchten Angebote innerhalb sozialer Netzwerke eine Strafbarkeit gem. § 127 StGB schlussendlich überzeugend ab. Gegen die Strafbarkeit sprächen „die Normüberschrift, das Tatbestandsmerkmal der Handelsplattform sowie die gesetzgeberischen Erwägungen, dass gerade nur typische Handelsdelikte erfasst werden sollten“ (S. 233).

Der Schwerpunkt des fünften Kapitels liegt in der „Strafbarkeit der Anbieter nach den einzelnen Kommunikationsdelikten“ (S. 246 ff.). Hier zeichnet *Nussbaum* ein vollständiges und sehr detailliertes Bild, das sich aus folgenden Bestandteilen zusammensetzt: der objektiven Zurechnung (S. 247 ff.), der subjektiven Zurechnung (S. 254 ff.), der Beteiligungsform bei strafrechtswidrig ausgerichteten Angeboten (S. 281 ff.) und einem konkurrenzrechtlichen Blick auf die Figur des Organisationsdelikts (S. 334 ff.).

In der Passage über die objektive Zurechnung erhebt *Nussbaum* das Verhältnis des erlaubten Risikos zu den Privilegierungsvorgaben der Art. 6 ff. DSA und der neutralen Beihilfe (S. 247 ff.). Insgesamt schärfen die Erwägungen die Konturen der objektiven Zurechnung erheblich. Weiterführend ist vor allem die klare Aussage, wonach es fehlgehen würde, von einem Passieren des Vorfilters auf ein rechtlich missbilligtes Risiko zu schließen (S. 249). *Nussbaum* gelingt es dabei, den Aussageinhalt von Vorfilter und materiell-rechtlicher Strafbarkeitsprüfung überzeugend in Beziehung zueinander zu setzen und die divergierenden Aufgaben – negativ auf der einen und positiv auf der anderen Seite – für die Verantwortlichkeit offenzulegen. Mit Blick auf die neutrale Beihilfe und die viel diskutierte Frage, inwieweit die von *Roxin* entwickelten Kriterien auf den Plattformbetrieb übertragbar sind, distanziert sich der *Verf.* von einer früheren eigenen

Stellungnahme⁷ und lehnt einen Transfer nunmehr weitgehend ab (S. 252 f.).

Entgegen der h.M. spricht sich *Nussbaum* im Abschnitt über die subjektive Zurechnung dafür aus, die Mindestanforderungen, die an den Vorsatz anzulegen sind, beteiligungsformunabhängig und rein tatbestandsbezogen zu bestimmen (S. 262). Die Anknüpfung des Gehilfenvorsatzes an den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung stuft er als zu vage und letztlich nicht überzeugend ein (S. 259 ff.). Im zwischentatbestandlichen Bereich rekurriert er auf die Figur des *dolus alternativus* (S. 272 ff.), um Unschärfen und Abweichungen im Vorstellungsbild der Anbieter in den Griff zu bekommen. Auch wenn dieser eingeschlagene Weg in praxi durchaus (Feststellungs-)Schwierigkeiten bereiten könnte, muss doch insgesamt konstatiert werden: *Nussbaum* löst spezifische und darüber hinaus sehr komplexe Probleme der medienstrafrechtlichen Zurechnung in bemerkenswerter dogmatischer Gründlichkeit.

Die sodann folgende Stellungnahme zur Beteiligungsform bei strafrechtswidrig ausgerichteten Angeboten knüpft an die im zweiten Kapitel eingeführte Unterscheidung zwischen Inhaltsverbreitungsdelikten, die gemeinhin ein öffentliches Zugänglichmachen voraussetzen, und persönlichen Äußerungsdelikten an (S. 281 ff.). In Bezug auf die zuerst genannte Deliktskategorie spricht sich *Nussbaum* unter Rekurs auf den Tatherrschaftsgedanken weitgehend gegen eine täter-schaftliche Stellung der Anbieter aus (S. 291 f.). Als Begründungshilfe dienen ihm dabei Gedanken aus dem Pressestrafrecht (S. 285 f.). Nachdem er für die typischen Sachverhaltskonstellationen der automatischen Veröffentlichung – für Fälle mit Freigabevorbehalt könnte etwas anderes gelten – auch eine Mittäterschaft (S. 292 ff.), eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (S. 299 ff.) sowie eine Anstiftung und eine öffentliche Aufforderung zu Straftaten ablehnt (S. 310 ff.), gelangt er schlussendlich zur Beihilfe (S. 314). Seine Gedanken entfaltet der *Verf.* dabei stets auf einem stabilen dogmatischen Fundament, auf dem er zentrale Streitfragen des allgemeinen Strafrechts in bemerkenswerter Begründungstiefe ausbreitet. Die Ergebnisse werden gerade nicht bloß mit Besonderheiten im medienstrafrechtlichen Kontext erklärt, sondern mit Lehren des Allgemeinen Teils verzahnt.

In Bezug auf die persönlichen Äußerungsdelikte macht *Nussbaum* für die Beteiligungsformfrage eine Ausnahme vom Tatherrschaftsdenken und stellt auf die persönliche Identifikation mit dem Inhalt ab (S. 314 ff.): „Wer eine originär fremde Äußerung übermittelt, ist daher nicht Täter des persönlichen Äußerungsdelikts, außer er macht sich die Äußerung erkennbar zu eigen“ (S. 324).

Beschlossen wird das fünfte Kapitel durch einen kriminalpolitischen Exkurs, in dem es um die Frage geht, „ob eine Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte kriminalpolitisch geboten sein könnte“ (S. 347 ff.). Die kritische Stellungnahme gegenüber einer Ausdehnung ist begrüßenswert.

⁷ Beck/Nussbaum, HRRS 2020, 112 (115).

8. Das sechste Kapitel betrifft die Strafbarkeit wegen einer unterlassenen Löschung nutzergenerierter strafrechtswidriger Inhalte durch die Anbieter (S. 353 ff.). Seine scharfsinnige Analyse unterteilt *Nussbaum* in vier Abschnitte: Einer näheren Auseinandersetzung des Erfolgsbegriffs i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB und der Entsprechungsklausel im Lichte der Kommunikationsdelikte (S. 354 ff.) folgt die (bekannte) Diskussion um die „Erfolgsverhinderung nach Erfolgseintritt und die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung“ (S. 381 ff.). Anschließend wirft der *Verf.* ein Schlaglicht auf die vielbeachteten Probleme um die Garantenstellung und die hieraus erwachsende Garantenpflicht der Anbieter (S. 434 ff.), bevor er die Beteiligungsformfrage für das Unterlassen stellt (S. 486 ff.). Dabei bemüht er in einleuchtender Weise an verschiedenen Stellen Parallelen zum Abfallstrafrecht. Er rekurriert dabei auf sog. Altlast-Konstellationen, in denen ein „Grundstückseigentümer die von Dritten abgelagerten Abfälle nicht beseitigt“ (S. 354).

Zu Beginn des sechsten Kapitels steht die – im medienstrafrechtlichen Kontext der Plattformverantwortlichkeit eher selten *expressis verbis* bemühte – Überlegung im Vordergrund, ob die betrachteten Kommunikationsdelikte überhaupt einen abwendbaren Erfolg i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB aufweisen. *Ceffinato* lehnt dies unter anderem für § 185 StGB unter Verweis auf die Eigenschaft als abstraktes Gefährdungsdelikt ab.⁸ *Nussbaum* begnügt sich auch an dieser Stelle nicht mit einer knappen Stellungnahme, sondern legt nach einer intensiven sowie kritischen Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lösungskonzeptionen und der Kategorie des Tätigkeitsdelikts einen engen, formell orientierten Erfolgsbegriff zugrunde (S. 355 ff.). Hiernach sei ein Erfolg in der von der Handlung trennbaren Veränderung der Außenwelt zu sehen (S. 365). Für die Kommunikationsdelikte führt dieses Verständnis dazu, dass diese „nicht prinzipiell aufgrund des von § 13 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Erfolges vom Anwendungsbereich des unechten Unterlassens ausgeschlossen [sind]“ (S. 376).

Dieser Erfolgsbegriff strahlt dann auch auf die Folgerwägungen dazu aus, inwieweit eine Beteiligung der Anbieter noch nach Vollendung eines nutzerseitig verwirklichten Kommunikationsdelikts in Betracht kommt (S. 381 ff.). Dabei differenziert *Nussbaum* zwischen dem Problemkreis der teilnahmefähigen Haupttat nach Vollendung und der Erfolgsabwendungspflicht nach Erfolgseintritt. Zunächst untersucht er ganz generell den Vollendungszeitpunkt der Kommunikationsdelikte (S. 382 ff.), wobei die Gedankengänge zielführend mit etwaigen Besonderheiten sozialer Netzwerke angereichert werden. Paradigmatisch sind etwa die Überlegungen dazu, wann ein öffentliches Zugänglichmachen bei geschlossenen Nutzergruppen anzunehmen ist (S. 386 ff.). Die nachfolgenden Erwägungen beziehen sich sodann auf die oben schon erwähnte Beteiligungsfrage nach einem vollendeten Kommunikationsdelikt. In diesem Kontext erfolgt eine Revision des oftmals bemühten Erklärungsmusters der Dauerdelikte (S. 394 ff.). *Nussbaum* geht davon aus, dass das Dauerdelikt als Deliktskategorie unbrauchbar sei (S. 398). Zudem

deckt er hinsichtlich der Internetbeleidigung in sorgfältigster Kleinarbeit verschiedene Schwächen der Figur der durativen Tatbegehung auf, die zugleich zu einer Verengung der Zurechnungsmöglichkeit als auch zu einer Modifikation des Zurechnungsgegenstands führen könnte (S. 398 ff.).

Nach dieser kritischen Bestandsaufnahme arbeitet *Nussbaum* die Mindestanforderungen heraus, die an die Abwendbarkeit des Erfolgs und die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung zu stellen sind (S. 413 ff.). Zentrale Voraussetzung ist dabei seiner Konzeption nach – und zwar sowohl für die Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) als auch die Beihilfefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) – eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung. Für eine Beihilfe nach Vollendung verlangt er zusätzlich, dass die Nachphase von einem tatbestandlichen Verhalten geprägt sein müsse (S. 416). Es komme auf formeller Ebene darauf an, dass sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand durch den Haupttäter verwirklicht werde (S. 419). Die gefundenen Ergebnisse bewertet *Nussbaum* sodann *sub specie* der untersuchten Kommunikationsdelikte, wobei er die fortgeführte Rechtsgutsbeeinträchtigung ins Zentrum rückt (S. 420 ff.). Für die §§ 185 ff. StGB konstatiert er dabei plausibel, „dass die Verletzung der Ehre in Form des äußeren Achtungsanspruchs mit der sukzessiven Erweiterung des Adressatenkreises ansteigt“ (S. 420). Das bedeutet also: Je länger ein beleidigender Inhalt online abrufbar ist, desto mehr Personen nehmen von diesem Kenntnis und desto intensiver fällt die Rechtsgutsverletzung aus. Hinsichtlich der weiteren Rechtsgutsbeeinträchtigung bei abstrakten Gefährdungsdelikten greift der *Verf.* auf Erklärungsansätze aus dem Abfallstrafrecht zurück (S. 427 ff.). Im Ergebnis sieht er die weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung bei den Gefährdungsdelikten „(schon) in einem Aufrechterhalten des Gefährdungszustands“ (S. 433). Die Gefahr ende erst dann, wenn der Inhalt gelöscht worden sei (S. 429).

Bei den nachfolgenden Ausführungen zu einer Beseitigungsverpflichtung durch die Anbieter differenziert *Nussbaum* zwischen der Garantenstellung (S. 435 ff.) und der hieraus erwachsenden Garantenpflicht, bei der dann Zurechnungsprobleme eine entscheidende Rolle spielen (S. 454 ff.). Zu Beginn seiner Darstellung weist er richtigerweise und in Übereinstimmung mit der h.M. darauf hin, dass sich eine Garantenstellung nicht aus den telemedienrechtlichen Vorschriften ableiten lässt (S. 436 ff.). Das ergibt sich letztlich schon aus der ausschließlich privilegierenden Wirkung der Art. 4–6 DSA, die gerade nicht zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit führen sollen.⁹ Nachdem *Nussbaum* – auf der Grundlage der herrschenden Funktionenlehre – eine Beschützergarantenstellung der Anbieter sozialer Netzwerke in den typischen Sachverhaltskonstellationen abgelehnt (S. 439 ff.) und den (schmalen) Anwendungsbereich einer Ingerenzgarantenstellung abgesteckt hat (S. 442 ff.), wendet er sich einer möglichen Überwachergarantenstellung aus Sachherrschaftsgesichtspunkten zu (S. 444 ff.). Die wissenschaftliche Diskussion scheint sich mit Blick auf diesen zuletzt genannten Aspekt zwischenzeitlich in einer „Patt-Situation“ zu befinden. Umso bemerkenswerter ist es, dass sich der *Verf.* nicht

⁸ *Ceffinato*, JuS 2017, 403 (406).

⁹ Statt aller *Malek/Popp/Nadeborn* (Fn. 6), Rn. 66.

darauf beschränkt, die vielfach ausgetauschten Argumente – von denen einige bewusst erst bei der konkreten Handlungspflicht erhellt werden – zu rekapitulieren, sondern diese auf das von ihm verfochtene Ordnungsmodell überträgt. Wichtige Begründungselemente sind dabei das technische Beseitigungs- und das faktische Kontrollmonopol aufseiten der Anbieter hinsichtlich der nutzergenerierten Inhalte (S. 450 ff.).

Mit Blick auf die Garantenpflicht der Anbieter nimmt Nussbaum völlig zurecht das Verantwortungsprinzip in den Fokus, denn die Gefahr resultiert nicht unmittelbar aus der beherrschten Sache selbst, „sondern erst auf dem Verhalten Dritter“ (S. 455). An den Beginn seiner Analyse stellt er dabei eine nähere Auseinandersetzung mit dem vielfach komparativ herangezogenen Themenkreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Räume (S. 456 ff.). Insoweit stellt sich nämlich die ähnlich gelagerte Frage, ob der Wohnungsinhaber dazu verpflichtet ist, fremde Straftaten zu verhindern.¹⁰ Nussbaum identifiziert den Zusammenhang von Gefahrenquelle und Erfolgsunrecht als maßgebliches Kriterium (S. 464). Die Frage lautet, ob die Gefahrenquelle selbst einen Einfluss auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts habe. Dann sei sie nicht mehr nur Tatort, sondern Tatmittel. Für die Angebote (innerhalb) sozialer Netzwerke bedeutet dies: „Diese Gefährlichkeit liegt in der Speicherung und der technischen Verbreitung des Inhalts“ (S. 472).

In Bezug genommen ist die spezifische Verbreitungswirkung sozialer Netzwerke. Überall dort, wo der Verbreitungsgrad in einem Zusammenhang mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung stehe, lasse sich ein Zurechnungszusammenhang zwischen spezifischer Gefährlichkeit der Gefahrenquelle und dem Erfolg bejahen. Insgesamt fällt diese Begründung – gerade im Vergleich zu anderen Passagen der Arbeit – etwas knapp aus.

Besonders innovativ sind die Gedankenanstöße zu einer gestuften Sonderverantwortlichkeit (S. 480 ff.), bei denen es um den konkreten Inhalt der Garantenpflicht geht. Insoweit treffen das von Nussbaum implementierte Ordnungsmodell, das zwischen Anbietern verschiedener Ordnung unterscheidet, und die Frage nach dem jeweiligen Pflichtenumfang aufeinander. Der Verf. tendiert – jedenfalls vorläufig – dazu, die Anbieter nachgelagerter Ordnung nicht zu einer Löschung rechtswidriger Inhalte zu verpflichten, sondern lediglich zu einer Meldung bei den Anbietern erster Ordnung (S. 481 f.).

Insgesamt kann man die Frage nach einer Beseitigungsverpflichtung der Anbieter freilich mit guten Gründen – allen voran wegen der originären Verantwortlichkeit der Nutzer für den strafrechtswidrigen Inhalt – auch anders beantworten. Schon deshalb ist der Ruf Nussbaums nach einer klaren gesetzlichen Regelung nachvollziehbar (S. 485).

Betreffend die Beteiligungsform der Anbieter erfolgt – wie schon im Rahmen der Begehungsstrafbarkeit – eine Differenzierung zwischen den Inhaltsverbreitungs- und den persönlichen Äußerungsdelikten (S. 486 ff.). Die durchaus ernüchternde Ausgangslage wird gleich zu Beginn beschrieben: „Ob der Anbieter [...], der eine Löschung unterlässt, als Täter

oder Teilnehmer zu behandeln ist, ist bislang kaum hinreichend geklärt“ (S. 487).

Nach einem Streifzug durch die verschiedenen Theorien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt spricht sich Nussbaum für die auf Gallas zurückzuführende Lehre vom Tatherrschaftswechsel aus (S. 501 ff.). Im Kern geht es darum, die potenzielle Tatherrschaft des Garanten gleichsam negativ aus der Tatherrschaft des Begehungstäters abzuleiten (S. 502). Hinsichtlich der digitalen Sachverhalte benennt Nussbaum den neuralgischen Punkt, der ihn sodann zu einem normativen Ausbau des Gedankens des Tatherrschaftswechsels veranlasst: „Die aktive Handlung des Content-Providers ist mit dem Eingabebehehl abgeschlossen. [...] Ab diesem Zeitpunkt trifft den Content-Provider die identische potenzielle Tatherrschaft wie den Anbieter“ (S. 505).

Es befremde daher, von einem Tatherrschaftswechsel zu sprechen. Denn: Ein Tatherrschaftswechsel brauche einen Kipppunkt, einen Moment, in dem die potenzielle Tatherrschaft des zuvor handelnden gegenüber dem des nur Unterlassenden abfalle; ansonsten verstelle die gewandelte Herrschaft des Content-Providers weiterhin den Weg zur Täterschaft (S. 506). Diese Erwägungen sind vor allem deshalb interessant, weil sie das Verhältnis des Nutzers zum Anbieter – und damit die faktische Struktur der digitalen Plattformen – in den Mittelpunkt stellen. Im Ergebnis führt diese Betrachtung zu einer weitgehenden Gehilfenstrafbarkeit der Anbieter hinsichtlich der Inhaltsverbreitungsdelikte.

9. In der Gesamtschau verwundert es nicht, dass die Arbeit von Nussbaum mit dem Fakultätspreis der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover ausgezeichnet wurde.¹¹ Die äußerst detaillierte Herangehensweise legt innovative Lösungsansätze offen, die gewissermaßen „frischen Wind“ in die mitunter etwas festgefahrene Diskussion bringen. Dies gilt allen voran mit Blick auf das zugrunde gelegte Ordnungsmodell, das die digitale Wirklichkeit auch strafrechtlich greifbar macht. Ein Gesichtspunkt sei schließlich hervorgehoben: Die Untersuchung verknüpft allgemeine strafrechtliche Fragen in eindrucksvoller Weise mit den Besonderheiten sozialer Netzwerke und zeichnet gerade deshalb ein in sich stimmiges Gesamtbild. Wer sich intensiv mit der strafrechtlichen Plattformverantwortlichkeit befasst, wird um das Buch nicht herumkommen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Samuel Strauß, Konstanz*

¹⁰ Vgl. insoweit BGH NJW 1982, 1235.

¹¹ Promotionsfeier 2025: Die Fakultät verleiht 19 Promovenden und Promovenden die Doktorwürde, abrufbar unter <https://www.jura.uni-hannover.de/de/news-veranstaltungen/neuigkeiten/aktuelles-detailansicht/news/promotionsfeier-2025-die-fakultaet-verleiht-19-promovendinnen-und-promovenden-die-doktorwuerde> (8.8.2025).

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, IT-Strafrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Andreas Popp, M.A., an der Universität Konstanz.