

<b>Herausgeber</b>
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
<b>Schriftleitung</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Redaktion (national)</b>
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
<b>Redaktion (international)</b>
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
<b>Webmaster</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung</b>
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Lektorat fremdsprachiger Beiträge</b>
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
<b>Internetauftritt</b>
René Grellert
<b>ISSN</b>
2750-8218

1/2025

4. Jahrgang

S. 1-124

## 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

Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse  
Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle (Saale) 1

Die sog. rechtfertigende Pflichtenkollision  
Von Prof. Dr. Andreas Hoyer, Kiel 11

Aufgeben nach Gefahrschaffung?  
Prozessuale oder materiell-rechtliche Begrenzungen des unbeendeten Versuchs  
Von Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen 17

Freiwilliger Rücktritt vom Versuch trotz Handelns unter „Schock“?  
Oder: Wie der Bundesgerichtshof es den Tatgerichten schwer macht  
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng, Erlangen 24

Strafrahmen in Gesetz und Praxis  
Von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster 29

#### Strafprozessrecht

Das Selbstleseverfahren – sinnvoll oder gesetzliche Fehlleistung?  
Von Prof. Dr. Frank Zieschang, Würzburg 38

#### Kriminologie

„Neotribale“ Vergemeinschaftung aus der Perspektive einer Kriminologie des Digitalen  
Von PD Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M. (Berlin), Leipzig 47

#### Europäisches Strafrecht

Gerichtlicher Rechtsschutz gegen die Europäische Staatsanwaltschaft  
Von Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Mitarbeiterin Sophia Lobinger, Bonn 54

#### Internationales Strafrecht

Criminal Liability of Deepfake Pornography under Turkish and German Criminal Law  
By Prof. Dr. Jörg Eisele, Tübingen, Dr. iur. Irmak Duman, Istanbul 69

### AUFSÄTZE

#### Strafrecht

Der freiwillige Rücktritt als schuldhafter Rücktritt  
Zur Deutung der „Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch“ (§ 24 StGB) nach einem kausalen,  
alltagspsychologischen Schuldbegriff  
Von Gunnar Spilgies, Hemmingen 83

<b>Herausgeber</b>
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
<b>Schriftleitung</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Redaktion (national)</b>
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
<b>Redaktion (international)</b>
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
<b>Webmaster</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung</b>
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Lektorat fremdsprachiger Beiträge</b>
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
<b>Internetauftritt</b>
René Grellert
<b>ISSN</b>
2750-8218

1/2025

4. Jahrgang

S. 1-124

## Inhalt (Forts.)

### AUFSÄTZE (Forts.)

#### Verschiedenes

Literarische Giftmordfallen aus strafrechtlichem Blickwinkel  
Von Prof. Dr. Konstantinos Vathiotis, Komotini

113

## 20 Jahre Open Access im Strafrecht

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen\*

Im Januar 2026 feiert die ZfIStw ihren 20. Geburtstag. Aus diesem Anlass werden wir – wie bereits zum fünf- und zehnjährigen Bestehen<sup>1</sup> – 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](http://www.zjs-online.com)), sowie Begründer und geschäftsführender Herausgeber der ZfIStw ([www.zfistw.de](http://www.zfistw.de)), die – damals noch als ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) – am 15. Januar 2006 an den Start ging.

<sup>1</sup> 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.

# Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse\*

Von Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Halle (Saale)\*\*

*Wenige Ansichten erscheinen in der Strafrechtswissenschaft so gefestigt zu sein wie die von Claus Roxin begründete Tatherrschaftslehre. Kaum diskutiert werden ihre methodischen Grundlagen, die nicht unproblematisch sind, zumal ihre Herkunft kontaminiert ist.*

## I. Einleitung

Es dürfte einmalig sein, und man kann es nur mit Bewunderung zur Kenntnis nehmen, wenn eine Habilitationsschrift im Laufe von 60 Jahren in elf Auflagen erscheint. *Roxins* „Täterschaft und Tatherrschaft“ aus dem Jahr 1963 hat nicht nur die deutsche Beteiligungsformendogmatik nachhaltig geprägt, sondern kann, wenn man so will, durchaus als ein Exportschlager deutscher Strafrechtsdogmatik angesehen werden.<sup>1</sup> Ein Grund unter anderen liegt darin, dass die „Tatherrschaft“ kein Begriff des positiven Rechts ist, sondern ein grundlegendes Prinzip sein soll, welches man auch in andere Rechtsordnungen übertragen kann. Das hebt auch *Roxin* hervor:

„Daß der Täterbegriff lediglich ein ‚technisches Problem‘ sei und mit dem jeweiligen positiven Gesetz stehe und falle, kann also nicht zugegeben werden.“<sup>2</sup>

Ein weiteres Verdienst von *Roxins* Lehre liegt darin, dass er als Erster die Bezüge zwischen den Beteiligten anhand des Verbrechensbegriffs systematisch beschrieben und in ein Fallsystem eingeordnet hat. Dahinter führt kein Weg zurück. Bis heute trägt *Roxin* selbst zur Vertiefung und Fortentwicklung seiner Lehren bei, indem er in dem ständig aktualisierten Schlussteil seines Buches die neuesten Entwicklungen vorstellt und kommentiert. Auf der anderen Seite ist die Zahl kritischer Stimmen angewachsen.<sup>3</sup>

---

\* Der Verf. bedankt sich bei seinem Freund *Alexander Aichele* (Halle [Saale]) für wertvolle Hinweise. Ohne sein permanentes Privatissimum in den Grundzügen der Logik wäre dieser Beitrag in der vorliegenden Form nicht entstanden.

\*\* Der Verf. ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> Vgl. *Muñoz Conde*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1415 ff.; zur Rezeption im Völkerstrafrecht siehe etwa *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 17 ff.; siehe ferner die Nachweise bei *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 13.

<sup>2</sup> *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Aufl. 2022, S. 500. Im folgenden Absatz spricht er von der „Transpositivität“ des Täterbegriffs.

<sup>3</sup> Um nur einige zu nennen: *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008; *Marlie*, *Unrecht und Be-*

Das eine Theorie, und sei sie noch zu altherwürdig, immer wieder neu diskutiert werden und Widerspruch herausfordern muss, gehört zum Selbstverständnis jeder kritischen Wissenschaft. Im Folgenden soll es weniger um divergierende Ergebnisse bei einzelnen Sachverhaltskonstellationen gehen als um das Grundsätzliche: die Methode der Tatherrschaftslehre, d.h. die Ausarbeitung des Begriffs der „Tatherrschaft“ – von der *Roxin* freilich meint:

„Eine weitergehende Darlegung dieser Verfahrensweise, an der nichts zu korrigieren ist und deren Ergebnisse sich weitgehend durchgesetzt haben, erübrigt sich daher.“<sup>4</sup>

Bei diesem Selbstverständnis kann es auch nicht überraschen, dass *Roxin* seinen Kritikern vorhält, sie hätten schlicht die richtige Rechtsfindungsmethode nicht verstanden.<sup>5</sup> Umso mehr Anlass besteht dazu, seine Konzeption einer Methodenkritik zu unterziehen.

## II. Zur „Dialektik“ des Täterbegriffs

Zum Wesen einer Wissenschaft gehört, dass sie systematisch vorgeht und bestrebt ist, Selbstwidersprüche zu vermeiden. Gegenstand der Rechtswissenschaft sind Normen, welche sich auf menschliches Verhalten beziehen. Dazu muss dieses Verhalten analysiert und in eine bestimmte Ordnung gebracht werden. Mittel zur Beschreibung der Welt und ihrer Vorgänge sind Begriffe. Ein Begriff ist die Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks, mit dem auf einen Gegenstand der jeweiligen Wissenschaft referiert werden soll. Ein sprachlicher Ausdruck wird erst dadurch zu einem Begriff, indem sein Anwendungsbereich definiert wird. Bis hierher ist alles banale Selbstverständlichkeit. Wirklich?

*Roxin* hält die Suche nach einem Oberbegriff für verschiedene Formen der Täterschaft für grundfalsch. Ein derartiger Täterbegriff sei angesichts der Mannigfaltigkeit der Lebensgestaltungen eine verfehlte „schematisierende Abstraktion“.<sup>6</sup> Stattdessen schlägt er die „Zentralgestalt des deliktischen Geschehens“ als eine Art Oberbegriff vor, aus der sich die einzelnen Formen der Täterschaft nicht deduzieren ließen. „Das Merkmal der ‚Zentralgestalt‘“, so schreibt er, „ist zunächst ein ganz leerer, inhaltloser Begriff, aus dem sich keinerlei positiv-inhaltliche Bestimmungen der Täterschaft ableiten lassen.“ Vielmehr sei die „Zentralgestalt“ ein „dialektischer, ‚konkreter‘ Begriff“, der erst beim „Durchschreiten des Rechtsstoffes durch die ständig zunehmende Fülle

---

teilung, 2009, *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009.

<sup>4</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 799 (Rn. 276).

<sup>5</sup> Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 2), S. 787 f. (Rn. 254 f.), S. 799 f. (Rn. 277 f.); ebenso *Schünemann*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 799 (807 ff.).

<sup>6</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 134 f.

seiner Ausprägungen“ allmählich „Form und Inhalt erhält“.<sup>7</sup> Der Begriff der Täterschaft sei „insofern dialektischer Art, als er sich durch Gegensätze hindurch entfaltet“. So stehe etwa die „Handlungsherrschaft“ der „Willensherrschaft“ antithetisch gegenüber.

„Während im ersten Fall die selbständige Verwirklichung der Tatbestandshandlung vorausgesetzt wird, beruht der zweite auf dem Fehlen dieses Kriteriums“.

Diese „dialektische Struktur“ lasse sich bis in die Verästelungen des Täterbegriffs hinein verfolgen. So ließen sich etwa bei der „Willensherrschaft“ drei Gestaltungsweisen unterscheiden, die alle Gegensätze bildeten:

„Bei der Nötigungsherrschaft handelt das Werkzeug gezwungen, aber sehend, bei der Irrtumsherrschaft ist der Ausführende umgekehrt frei, aber getäuscht; und bei der Organisationsherrschaft schließlich führt der Mittler im Gegensatz zu beiden anderen Formen die Tat frei und sehend aus, während das Merkmal der Fungibilität die Antithese bildet. [...] Auf diese Weise erhebt sich die Täterlehre durch immer neue Gegensätze hindurch zu immer höheren Synthesen.“<sup>8</sup>

„Die Synthese hebt sie auf eine höhere Stufe [...], negiert sie in ihrer Absolutheit [...] und bewahrt sie als Teile des Ganzen [...]“. So stelle sich schließlich die Zentralgestalt als Inbegriff sämtlicher Momente der Täterschaft dar, als eine Synthese, in der „nichts vernichtet wird, sondern alles so zueinander und gegeneinander „gefügt“ wird, daß es zusammen bestehen kann. Sie nimmt in aller Form das Widersprechende in sich auf, A und non-A koexistieren in ihr“.<sup>9</sup>

An anderer Stelle nennt *Roxin* dieses Verfahren induktiv im Sinne einer „mehrfach geschichtete[n] Synthese von Sinnerfassung und teleologischer Begriffsformung“.<sup>10</sup>

Hier zeigt sich eine ganz Fülle von Missverständnissen. Zunächst zur „Zentralgestalt“. Ein Wort, dessen Anwendungsbereich in keiner Weise bestimmt werden kann, ist kein Begriff. „Leere, inhaltslose Begriffe“ sind ein Selbstwiderspruch, oder noch schärfer: ein bloßes Geräusch.<sup>11</sup> Man

<sup>7</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 591.

<sup>8</sup> Alle Zitate bei *Roxin* (Fn. 2), S. 592.

<sup>9</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 593.

<sup>10</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 601.

<sup>11</sup> Es hilft auch nicht weiter, sondern ist eher ein Ärgernis, wenn *Roxin* (Fn. 2), S. 800 (Rn. 278), zitiert, was *Arthur Kaufmann*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966, S. 79 (87), zum Handlungsbegriff geschrieben hat: „Bei den höchsten Gattungsbegriffen ist eine logische Begriffsdefinition überhaupt unmöglich.“ Als ob über 2.000 Jahre praktische Philosophie nichts Vernünftiges zum Begriff der Handlung hervorgebracht hätten!

könnte sie durch jede beliebige Ansammlung von Vokalen und Konsonanten ersetzen. Diese Konsequenz würde *Roxin* sicher nicht ziehen wollen.<sup>12</sup> Das Problem liegt nämlich darin, dass man nicht begründen kann, weshalb irgendwelche Unterformen der Täterschaft Ausprägungen der „Zentralgestalt“ sein sollten, wenn man in keiner Weise angeben kann, was dieser Kunstausdruck<sup>13</sup> bezeichnen soll. Es ist auch nicht ersichtlich, dass man bei einer notwendig sehr abstrakt gehaltenen Definition der Täterschaft nicht irgendetwas Gehaltvolleres sagen könnte. *Schünemann* etwa verwendet die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ als Sammelbezeichnung für alle Erscheinungsformen der Täterschaft.<sup>14</sup> *Jakobs* spricht von „Zuständigkeit“.<sup>15</sup> Beide Ausdrucksweisen legen immerhin nahe, dass es normative Gründe sein müssen, auf denen Täterschaft beruht. Die entscheidende Frage jeder Theorie ist nun, ob und inwieweit diese Gründe widerspruchsfrei sind. Eine weitere Alternative, die auf eine lange Tradition in der Geschichte der praktischen Philosophie zurückblicken kann, ist der Begriff der Zurechnung:

„Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das *Urtheil*, wodurch jemand als *Urheber* (causa libera) einer Handlung, die alsdann *That* (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird.“<sup>16</sup>

*Kants* Formulierung ist keineswegs originell, sondern lediglich die präziseste Zusammenfassung eines Begriffs, dessen Wurzeln sich bis auf Aristoteles zurückführen lassen.<sup>17</sup> Dieser Zurechnungsbegriff gilt heutzutage freilich als überholt und wird nicht mehr zur Kenntnis genommen. Stattdessen ist der Begriff der Zurechnung durch die sog. „Lehre von der

<sup>12</sup> Zumal die Tatherrschaft gerade nicht nur eine bloße Sammelbezeichnung für verschiedene Problemlösungsvorschläge sein soll, siehe *Roxin* (Fn. 2), S. 132 ff.

<sup>13</sup> Das Gesetz verwendet den Ausdruck „Zentralgestalt“ nicht, und auch in einem der üblichen Wörterbücher zur Deutschen Sprache findet er sich nicht. Wenn man, was grundsätzlich zulässig ist, in einer Fachsprache Kunstworte einführt, muss man sie auch in irgendeiner Weise definieren.

<sup>14</sup> *Schünemann*, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolgs, 2020; siehe auch *ders./Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 20.

<sup>15</sup> Vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/7, 21/3 et passim, wobei er weiter zwischen Zuständigkeit kraft Organisation (7/56 ff., 29/29 ff.) und institutioneller Zuständigkeit (7/70 f., 21/115 f., 29/57 ff.) differenziert.

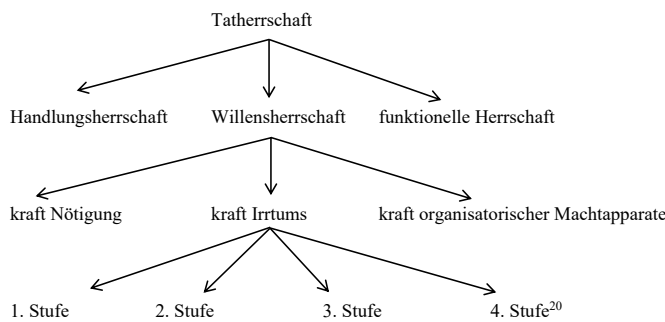
<sup>16</sup> *Kant*, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 6, 1907, S. 203 (227 – *Hervorhebung* im Original). Eine auf dem Zurechnungsbegriff aufbauende Beteiligungsformenlehre hat etwa *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988, S. 30 ff., 88 ff., entworfen.

<sup>17</sup> Näher dazu *Aichele*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2017, S. 454 ff.

objektiven Zurechnung“ seiner eigentlichen, auch noch bei Hegel vorfindbaren Bedeutung weitgehend entleert worden.<sup>18</sup>

Ferner ist die Vorstellung, man könne aus einem Oberbegriff sämtliche Merkmale eines Unterbegriffs ableiten, eine grobe Verzerrung. Ein deduktiver Schluss ermöglicht lediglich, einen Unterbegriff einem Oberbegriff zuzuordnen. Der Unterbegriff enthält dabei immer mehr Merkmale als der Oberbegriff. Diese zusätzlichen Merkmale folgen nicht logisch aus dem Oberbegriff, sie müssen lediglich mit den Merkmalen des Oberbegriffs kompatibel sein. – Beispiel: Aus der Definition einer Kugel als Körper, auf dessen Oberfläche jeder Punkt dieselbe Distanz zum Mittelpunkt aufweist, folgt keineswegs, welche Farbe oder welches Gewicht bestimmte Kugeln haben oder aus welchem Material sie bestehen. Eine weiße Billardkugel ist aber ebenso eine Kugel wie eine Roulettekugel, weil sie dieselben Merkmale aufweist, die diese Körper zur Kugel machen. Und eine Kugel ist deshalb ein Körper, weil sie Masse und Raum einnimmt, ebenso wie ein Quader oder ein Zylinder. Welche Eigenschaften nun die verschiedenen Körper haben können, folgt wiederum nicht logisch aus dem Begriff des Körpers. Daraus folgt lediglich, dass es sich um Raumgebilde aus einer bestimmten Masse handeln muss und dass deren Eigenschaften wie Farbe und Material damit vereinbar sein müssen.

Roxin ordnet die verschiedenen Formen der Tatherrschaft zu einer Begriffspyramide:<sup>19</sup>



<sup>18</sup> Die „objektive Zurechnung“ soll aus der Uferlosigkeit der äquivalenten Kausalität die strafrechtsrelevanten Verhaltensweisen normativ herausfiltern, vgl. statt vieler Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 46 ff.; zur Kritik siehe nur Haas, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, S. 193 (202 ff.); Aichele, ZStW 123 (2011), 260 (271 f.).

<sup>19</sup> Roxin (Fn. 2), S. 590.

<sup>20</sup> Die vier Stufen beziehen sich auf verschiedene Gegenstände des Irrtums des Vordermannes, der die „Irrtumsherrschaft“ des Hintermannes begründen soll, vgl. Roxin (Fn. 2), S. 257: Tatumstände, materielle Rechtswidrigkeit, Vorwerfbarkeits-elemente, konkreter Handlungssinn. Umstritten ist, ob und warum alle diese Irrtümer die Tatherrschaft des Hintermannes begründen können, vgl. dazu Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 17 ff. m.w.N.

Es ist leicht zu sehen, dass die einzelnen Ausprägungen der Tatherrschaft nicht aus dem Begriff der Tatherrschaft abgeleitet werden können, sondern zu dem Begriff der „Herrschaft“ hinzutreten müssen. Dabei kann man durchaus induktiv vorgehen, d.h. man versucht, bestimmte Sachverhalte gewissermaßen auf den Punkt zu bringen, indem man gemeinsame Strukturen herausarbeitet. So funktioniert schließlich jede empirische Begriffsbestimmung. Engisch hat dieses Verfahren mit der berühmten Metapher vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ bezeichnet.<sup>21</sup> Damit ist kein Ableitungszusammenhang gemeint, sondern ein hermeneutischer Zirkel, eine Art „Stimmig-machen“ der Begriffe, aber letztlich in einem System.<sup>22</sup>

Mit Dialektik im hegelschen Sinn, deren Bedeutung unklar ist und die auch von Roxin nicht näher erläutert wird, hat diese Methode dagegen nichts zu tun. So steht etwa die „Handlungsherrschaft“ der „Willensherrschaft“ ebenso wenig antithetisch gegenüber wie der Begriff einer roten Holzkugel dem Begriff einer schwarzen Metallkugel oder wie der Begriff eines Zylinders dem Begriff eines Würfels.<sup>23</sup> Dass die Begriffe, mit denen man Klassen von Sachverhalten bezeichnet, wesentlich komplexer sein dürften als die Begriffe von Kugeln und Zylindern, ist unerheblich. Da und soweit es sich bei „Handlungsherrschaft“ und „Willensherrschaft“ um verschiedene Begriffe handeln soll, ist völlig klar, dass der eine Begriff Merkmale enthalten muss, die der andere gerade nicht aufweist – sonst wären beide identisch, d.h. ein und derselbe Begriff.<sup>24</sup> Wiederum ist die Frage, was „Handlungsherr-

<sup>21</sup> Vielmehr mit dem „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“, siehe Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15, 216 mit Fn. 54.

<sup>22</sup> Siehe dazu Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 394 f., 468 ff.

<sup>23</sup> Bei Roxin ist genau dieselbe Verwechslung von Kontradiktorizität und Kontrarietät zu konstatieren, die Trendelenburg, Logische Untersuchungen. Erster Band, 2. Aufl. 1862, S. 42 ff., 105 ff., schon bei Hegel kritisiert hat.

<sup>24</sup> Vgl. erneut Roxin (Fn. 2), S. 592, zur Willensherrschaft: „Die Willensherrschaft etwa, die ihrerseits nur als Teilmoment eines Teilmoments (nämlich der Tatherrschaft als Erscheinungsform der Zentralgestalt) auftritt, legt sich doch selbst wieder in drei Gestaltungsweisen auseinander, die alle Gegensätze bilden: Bei der Nötigungsherrschaft handelt das Werkzeug gezwungen, aber sehend, bei der Irrtumsherrschaft ist der Ausführende umgekehrt frei, aber getäuscht, und bei der Organisationsherrschaft schließlich führt der Mittler im Gegensatz zu beiden anderen Formen die Tat frei und sehend aus, während das Merkmal der Fungibilität die Antithese bildet.“ In welcher Weise die Fungibilität, was auch immer man darunter verstehen mag, eine Antithese zu dem Umstand bilden soll, dass der Tatmittler weder im Irrtum, noch genötigt handelt, ist unverständlich. Ebenso wenig stehen Wissen und Zwang bei der Nötigungsherrschaft sowie Abwesenheit von Zwang und Irrtum bei der Irrtumsherrschaft in einem antithetischen Gegensatz zueinander. Vielmehr handelt es

schaft“ und „Willensherrschaft“ gemeinsam haben, sodass man sie unter die Tatherrschaft subsumieren kann. Mit anderen Worten: Was ist „Herrschaft“? Die Merkmale, die die „Handlungsherrschaft“ und die die „Willensherrschaft“ charakterisieren, müssen dann ihrerseits mit dem wie auch immer zu bestimmenden Begriff der „Herrschaft“ vereinbar sein.

Interessant ist hier, was *Roxin* im Rahmen seiner Replik auf die Methodenkritik von *Haas*<sup>25</sup> erwidert. Die Tatherrschaftslehre, so heißt es, mache „in all ihren Erscheinungsformen den real dominierenden Einfluss auf die Tatbestandsverwirklichung zum Kriterium der Täterbestimmung“.<sup>26</sup> Ausschlaggebend für die Tatherrschaft soll also ein faktisches Kriterium sein. Zwei Absätze später bekräftigt *Roxin* die Äußerung *Schünemanns*, wonach „bei Bestimmung der verschiedenen Herrschaftsformen normative und empirische Argumente miteinander verknüpft werden“.<sup>27</sup> Demnach soll es also nicht nur auf die Fakten ankommen – ein klarer Selbstwiderspruch.

Betrachtet man die einzelnen Ausprägungen der Tatherrschaft – Handlungsherrschaft, Willensherrschaft und funktionelle Herrschaft –, dann werden die Unklarheiten und Inkonsistenzen deutlich. Handlungsherrschaft ist die „vorsätzlich-freie eigenhändige Tatbestandsverwirklichung“.<sup>28</sup> Die Selbstverständlichkeit, dass derjenige Täter ist, der sämtliche Merkmale eines Tatbestands in eigener Person erfüllt, musste *Roxin* damals noch gegen die subjektive Täterlehre der Rechtsprechung verteidigen. Ihr zufolge entschied nicht die Äußerlichkeit der Tatbestandsverwirklichung, sondern der Täterwille (*animus auctoris*) über die Einordnung als Täter oder als Teilnehmer.<sup>29</sup> Was „reale Dominanz“ in diesem Zusammenhang bedeutet, erklärt *Roxin* nicht näher, sondern setzt es anscheinend als evident voraus. Gemeint ist wohl, dass der Ausführende selbst darüber bestimmt, ob er die tatbestandsmäßige Handlung vornimmt oder unterlässt. In diesem Sinne ist allgemein anerkannt, dass eine Handlung Willentlichkeit impliziert.<sup>30</sup> Von einem „real dominierenden Einfluss auf die Tatbestandsverwirklichung“ kann man nun dann sprechen, wenn man die Willensfreiheit als metaphysisch vorausgesetztes Faktum jedes Zurechnungsurteils an-

nimmt. Dabei wird deutlich, wie die „Verknüpfung von normativen und empirischen Argumenten“ funktioniert. Beobachten lässt sich etwa der Sachverhalt, dass A mit einem Knüppel den Kopf des B traktiert, und dieser darauf an einem eingeschlagenen Schädel stirbt. Zu einer Tötungshandlung wird dieses Geschehen erst unter der Annahme, dass A den Schlag mit dem Knüppel auch hätte unterlassen können oder mit anderen Worten: dass der Schlag mit dem Knüppel seinem freien Willen entsprungen ist. Hierbei aber handelt es sich nicht mehr um einen empirisch überprüfbaren Zusammenhang, sondern um die „Zurechnung im moralischen Sinn“, d.h. um eine normative Bewertung. Statt von „Handlungsherrschaft“ könnte man hier auch von „Zurechnung“ in ihrem klassischen Sinne sprechen.

Normativ ist aber auch die Bestimmung der Täterschaft im Fall der Willensherrschaft kraft Nötigung. Hier operiert *Roxin* mit dem „Verantwortungsprinzip“. Danach führt der vom Hintermann ausgeübte Druck dann und nur dann zu seiner Tatherrschaft, wenn er den Voraussetzungen des § 35 StGB entspricht. Die Tatherrschaft des Hintermannes gründet also darauf, dass das Gesetz den Vordermann von der strafrechtlichen Verantwortung befreit.<sup>31</sup> Ähnlich verhält es sich mit der Willensherrschaft kraft Irrtums. *Roxin* erblickt das für alle Irrtumskonstellationen einheitliche Leitprinzip in der „sinnsetzende(n) Überdetermination eines vom Ausführenden frei gewählten Verhaltens“ oder in einer „gestaltenden Überdetermination“.<sup>32</sup> Soweit damit eine wie auch immer zu konkretisierende empirische Überdetermination gemeint sein soll, handelt es sich um einen Selbstwiderspruch. Es ist logisch ausgeschlossen, ein Handeln zugleich als (empirisch) determiniert und als frei aufzufassen. Vielmehr können determinierte Geschehensabläufe überhaupt nicht als Handlungen begriffen werden.<sup>33</sup> Stattdessen dürfte etwas anderes gemeint sein: Wer einen Umstand nicht kennt, der für seine Willensbildung relevant ist, kann die nach seinen eigenen Präferenzen richtige Entscheidung nicht treffen. Diese (partielle) Unfreiheit kann von einem anderen für seine Zwecke ausgenutzt werden. Die Frage aber, welche Irrtümer des Vordermannes für die mittelbare Täterschaft des Hintermannes relevant sind, ist nicht nur sehr umstritten,<sup>34</sup> sondern kann auch nur normativ beantwortet werden.

Der „funktionellen Tatherrschaft“, die sich zur Bezeichnung der Mittäterschaft eingebürgert hat, fehlt dagegen ihre normative Fundierung. *Roxin* zufolge besteht das Wesen der

sich bei Irrtum und Zwang um Umstände, die auf verschiedene – und keineswegs geheimnisvoll dialektische – Weise die Zurechnung ausschließen können.

<sup>25</sup> *Haas* (Fn. 3), S. 26, zieht folgendes Fazit: „Die Tatherrschaftslehre oszilliert in durchaus inkohärenter [...] Weise zwischen Normativität und Faktizität.“ Vgl. dazu auch jüngst *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292.

<sup>26</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 787 (Rn. 254).

<sup>27</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 788 (Rn. 255) zitiert *Schünemann* (Fn. 5), S. 812.

<sup>28</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 141 ff.

<sup>29</sup> Klassiker sind der „Badewannen-Fall“, RGSt 74, 85 ff., und der „Staschynskij-Fall“, BGHSt 18, 87 ff.; vgl. dazu *Renzikowski* (Fn. 20), § 47 Rn. 43 ff. m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 37; ähnlich *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 8 Rn. 44.

<sup>31</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 145 ff.; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 48; siehe auch *Schünemann* (Fn. 5), S. 811: „logisch zwingend“. Logisch zwingend ist daran jedoch überhaupt nichts, vgl. auch *Renzikowski* (Fn. 20), § 48 Rn. 10.

<sup>32</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 257.

<sup>33</sup> *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 581 (587). Der Kompatibilismus, der die Annahme eines freien Willens mit der Annahme einer vollständig determinierten Welt für vereinbar hält, so z.B. *Frankfurt*, The Journal of Philosophy 68 (1971), 5 ff., enthält einen Selbstwiderspruch, siehe *van Inwagen*, Philosophical Studies 25 (1975), 185 ff.

<sup>34</sup> Siehe dazu *Roxin*, AT-2 (Fn. 31), § 25 Rn. 61 ff.

Mittäterschaft darin, „daß jeder einzelne durch das Zusammenwirken mit den anderen das Gesamtgeschehen beherrscht“.<sup>35</sup> Da die Mittäter nur durch ihr gemeinsames Zusammenwirken die Tat realisieren können, würde jeder Einzelne von ihnen durch einen Rückzug das gesamte Unternehmen gefährden. Daher soll das eigene Tun des Mittäters ihm ganz ohne die Zurechnung von Fremdverhalten die Mitherrschaft über die Gesamttat verschaffen.<sup>36</sup> Indes ist zweifelhaft, auf welche Weise ein Mittäter allein durch seinen eigenen Tatbeitrag einen „real dominierenden Einfluss“ über das „Ob“ der Tatbestandsverwirklichung ausübt, da doch jeder Komplize selbst frei bestimmen kann, ob er seinen Tatbeitrag erbringt.<sup>37</sup> Nun könnte man die funktionelle Tatherrschaft negativ danach bestimmen, ob ein Mittäter durch die Verweigerung seines Einsatzes den Deliktsplan zum Scheitern bringen könnte.<sup>38</sup> *Roxin* hat diese Erwägung entschieden zurückgewiesen.<sup>39</sup> Inkonsequent ist dann jedoch die Forderung, dass der Tatbeitrag des Mittäters so wesentlich sein muss, dass von ihm das Gelingen der Tat abhängt.<sup>40</sup> An anderer Stelle betont er wiederum, dass es für die Abgrenzung zwischen (Mit-)Täterschaft und Beihilfe nicht darauf ankommen soll, ob ein Beitrag für eine Rechtsgutsverletzung unerlässlich ist.<sup>41</sup> Abgesehen von diesen Inkonsistenzen beschreibt *Roxin* zwar die Merkmale des Sachverhalts, die er als Mittäterschaft bewertet wissen will, gibt aber keine normativen Prinzipien an, weshalb gerade dieses oder jenes Sachverhaltsmerkmal für die Mittäterschaft relevant sein soll. Der bloße Hinweis auf § 25 Abs. 2 StGB genügt jedenfalls nicht, wenn man die Tatherrschaft, wie *Roxin*, als überpositives Prinzip versteht. Letztlich bleibt so die Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe, bei der zumeist ebenfalls irgendeine Form von Verhaltenskoordinierung erforderlich ist, offen.<sup>42</sup>

Die Vernachlässigung einer normativen Begründung findet sich schließlich auch bei der sog. „Herrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“. Diese Unterform der Willensherrschaft unterscheidet sich von den anderen Formen der mittelbaren Täterschaft dadurch, dass die ausführende Person weder einer nötigen Zwangslage nachgibt noch sich in einem

relevanten Irrtum befindet, noch auf irgendeine sonstige Weise in der Zurechnungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Die umfassende Handlungsherrschaft des Vordermannes soll jedoch in der entsprechenden Konstellation nicht, wie sonst, die Tatherrschaft des Hintermannes ausschließen. Vielmehr entwickelt *Roxin* eine Ausnahme für „Schreibtischtäter“, die einen hierarchisch geordneten Machtapparat lenken. Wenn der vollverantwortlich Handelnde in Ausführung eines Befehls eine Straftat begeht, soll der die Organisation beherrschende Hintermann mittelbarer Täter sein, da die Organisationsstruktur des Apparates den regelmäßigen Vollzug von Befehlen garantiert.<sup>43</sup> Der „real dominierende Einfluss auf die Tatbestandsverwirklichung“ wird hier im Sinne einer hohen Wahrscheinlichkeit für die Ausführung des befohlenen Delikts verstanden. Maßgeblich für diese Erwartung ist die „Fungibilität des Tatmittlers“: Der konkret Ausführende ist lediglich ein „auswechselbares Rädchen im Getriebe“. Da er jederzeit durch andere Mitglieder der betreffenden Organisation ersetzt werden kann, kommt es auf ihn und seine Verantwortlichkeit nicht weiter an. Vielmehr stellt die Organisationsstruktur die Ausführung von Befehlen sicher, gerade weil die individuelle Person des Ausführenden jederzeit substituiert werden kann.<sup>44</sup> Bemerkenswert dabei ist, dass *Roxin* der Wahrscheinlichkeit der Befehlsausführung oder der Höhe der Verwirklichungschance für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme sonst keine Bedeutung zumisst. So dürfte beispielsweise die Chance eines Anstifters, seinen Mordplan zu verwirklichen, höher einzuschätzen sein, wenn er einen Profikiller beauftragt, als wenn ein Hintermann ein unzurechnungsfähiges oder irrendes Werkzeug benutzt. Gleichwohl bezweifelt kein Anhänger der Tatherrschaftslehre, dass im ersten Fall Anstiftung und im zweiten Fall mittelbare Täterschaft gegeben ist. *Schroeder* hat dieses Beispiel zum Anlass genommen, mittelbare Täterschaft in derartigen Fällen auf die „Tatgeneigntheit“ des Ausführenden zu stützen.<sup>45</sup> Demgegenüber verzichtet *Roxin* auf dieses Kriterium, weil er als weitere Voraussetzung die Rechtsgelöstheit der Organisation verlangt<sup>46</sup> – als ob sich einzelne Personen (zumal wenn sie Profikiller sind) nicht vom Recht lösen würden. Das weitere Argument, dass die Zurechnung bei der Organisationsherrschaft im Gegensatz zur Anstiftung auf regelhafte Abläufe in einer Hierarchie zugeschnitten sei,<sup>47</sup> ignoriert, dass man aus statistischen Rela-

<sup>35</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 309.

<sup>36</sup> Siehe *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 188 und 257; *ders.*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 613 (630 f.).

<sup>37</sup> Siehe etwa *Cramer*, in: A. Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 389 (400 ff.).

<sup>38</sup> In diesem Sinne *Conceição Valdágua*, ZStW 98 (1986), 839 (862); *Küper*, JZ 1979, 775 (786).

<sup>39</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 316.

<sup>40</sup> *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 211; *ders.* (Fn. 2), S. 313.

<sup>41</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 42 f.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (532 ff.); *Kindhäuser*, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser/Lege/Rinken/Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (632). Beide *Autoren* entwickeln eigene Konzeptionen der Mittäterschaft, über die man dann – immerhin – streiten kann.

<sup>43</sup> Siehe *Roxin*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387 (388, 391 f., 398 f.); *ders.* (Fn. 31), § 25 Rn. 107; ebenso *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 142 f. m.w.N.

<sup>44</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 271 ff.

<sup>45</sup> *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 168.

<sup>46</sup> *Roxin*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010, 2010, S. 449 (462 ff.); die Tatbereitschaft des Vordermannes ist demnach eine Folge der fehlenden Bindung an das Recht und hat keine eigenständige Bedeutung.

<sup>47</sup> So *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 119.



tionen kein singuläres (Zurechnungs-)Urteil ableiten kann.<sup>48</sup> Es ist schließlich auch nicht einzusehen, weshalb es für die Organisationsherrschaft darauf ankommen soll, ob der unmittelbar Ausführende ein unersetzlicher Spezialist ist – dann keine „Fungibilität“ – oder nur ein jederzeit auswechselbares Rädchen im Getriebe.<sup>49</sup> Letztlich beschreibt *Roxin* nur die Abläufe in einer kriminellen Organisation, ohne eine normative Begründung der von ihm genannten Kriterien der „Organisationsherrschaft“ anzugeben.<sup>50</sup>

Hierbei geht es in Wahrheit um Folgendes: Die Steuerungsmacht des Hintermannes folgt aus seiner Stellung in der Hierarchie; er ist der „Boss“, nach dessen Anweisungen sich alle zu richten haben. Der normative Grund der Zurechnung liegt also in der Anweisung selbst, die gegebenenfalls mit einer Sanktion bei Nichtbefolgung verknüpft ist. Darauf beruht die „Steuerungsmacht“ des Hintermannes. Ausführlich hat *Haas* diesen Aspekt unter Verweis auf die gemeinrechtliche Lehre vom *mandatum* begründet. Die Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die Ausführung seines Befehls ergibt sich aus dem Auftrag. Indem der Tatmittler sich dem Willen des mittelbaren Täters unterwirft, besorgt er „stellvertretend für diesen gleichsam dessen Geschäft“.<sup>51</sup> *Roxin* wirft *Haas* in seiner Erwiderung vor, dass die Lehre vom Mandat mit den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen sei.<sup>52</sup> Diese Bemerkung trifft zu, ist aber für jemanden, der vorgibt, eine überpositive Täterlehre zu begründen, ein dürftiger Einwand, bleibt es doch dem Gesetzgeber unbenommen, die „Organisationsherrschaft“ gesetzlich zu regeln. Eine entsprechende Vorschrift findet sich etwa in Art. 26 CCP (Portugal), wonach Täter u.a. ist, „wer vorsätzlich einen anderen zur Begehung der Straftat bestimmt (determinar), sofern die Tat vollzogen oder eingeleitet worden ist“. Nachdem das portugiesische Strafrecht die Anstiftung (*Instigação*) früher als eigenständige Beteiligungsform behandelt hatte, gilt sie heute als eine Form der Täterschaft.<sup>53</sup> Art. 28 CP (Spanien) sieht als Täter an, „wer einen anderen oder andere unmittelbar zur Ausführung anstiftet“. Das polnische Strafgesetzbuch kennt in Art. 18 § 1 StGB eine Täterschaft durch Beauftragung. Alle diese Vorschriften lassen sich mit der Lehre vom Mandat erklären. Für die Tatherrschaftslehre dagegen müssen sie als

unbegründete Produkte einer verfehlten Gesetzgebung erscheinen, womit sie entgegen ihrem eigenen Anspruch zu einer bloßen Erklärung des positiven deutschen Rechts herabsänke<sup>54</sup> – eine weitere Inkonsistenz.

Woher rühren die angesprochenen methodischen Defizite der Tatherrschaftslehre? Sie stammen aus einer Tradition, in der die Lebenswirklichkeit die Rechtsbegriffe bereits in sich trägt. Zur Rechtserkenntnis gelangt man dann durch die richtige Betrachtung der Lebenssachverhalte. Das Beharren auf einer normativ begründeten Auswahl der maßgeblichen Elemente, die einen Sachverhalt kennzeichnen, die dem Sein das Sollen als grundverschieden gegenüberstellt,<sup>55</sup> erscheint als verkürzte Abstraktion. In dieser vom Rechtshegelianismus geprägten Tradition sieht sich auch *Roxin*.

### III. Der „konkret-allgemeine Begriff“

*Roxin* verweist in seinen Ausführungen zur Methode auf die Juristische Methodenlehre von *Karl Larenz*.<sup>56</sup> *Larenz* wendet sich, wie auch *Roxin*, gegen eine Verabsolutierung des abstrahierenden Denkens, weil diesem eine Tendenz zur Sinnentleerung innewohne. So würden die einzelnen Merkmale eines Begriffs den gemeinten Lebenstypus, Verhaltenstypus oder rechtlichen Sinnzusammenhang nicht erschöpfen.<sup>57</sup> Ein auf der „Bildung abstrakter Begriffe beruhendes äußeres System“ besäße daher nur einen ganz geringen Wert für die Erkenntnis der Sinnzusammenhänge des Rechts.<sup>58</sup> Damit stellt sich die Frage, wie Sinn und Bedeutung anders als durch logisches Denken gewonnen werden können. Unter Bezugnahme auf *Hegel* propagiert *Larenz* das Denken in „konkret-allgemeinen Begriffen“, mittels derer Sinnzusammenhänge erfahrbar würden. Begriffe in diesem Sinne seien nicht lediglich ein Gedankenprodukt, sondern ein „dem Wirklichen zugrunde liegendes die Wirklichkeit gestaltendes Prinzip“, ein „dem Sein immanenter Gedanke“.<sup>59</sup> Bei *Hegel* selbst heißt es, der Begriff sei „das wahrhaft Erste“ und „die Dinge sind das, was sie sind, durch die Tätigkeit des ihnen innewohnenden und in ihnen sich offenbarenden Begriffes“.<sup>60</sup> Demnach ist der konkret-allgemeine Begriff kein Produkt des menschlichen Denkens, sondern offenbart sich in der Wirk-

<sup>48</sup> Siehe dazu in einem anderen Zusammenhang *Keil*, Handeln und Verursachen, 2000, S. 213 ff.

<sup>49</sup> So die Einschränkung von *Roxin* (Fn. 46), S. 461; abw. *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 147.

<sup>50</sup> Deswegen darf man sich auch nicht darüber wundern, dass die deutsche Rechtsprechung die „Organisationsherrschaft“ dankbar zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität aufgegriffen hat, vgl. BGHSt 43, 219 (231 f.); 48, 331 (342); 4, 147 (163 f.) – gegen die Intention ihres Erfinders, siehe *Roxin* (Fn. 43), S. 396 f.; *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 150 f.

<sup>51</sup> *Haas* (Fn. 3), S. 85.

<sup>52</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 788 (Rn. 256).

<sup>53</sup> Eingehend *Figueiredo Dias*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Fn. 36), S. 633 ff., der die portugiesische Regelung indes für vereinbar mit der Tatherrschaftslehre hält – ein weiterer Beleg für die Flexibilisierung und Beliebigkeit dieser Konzeption.

<sup>54</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 2), S. 500: „Daß der Täterbegriff lediglich ein ‚technisches Problem‘ sei und mit dem jeweiligen positiven Gesetz stehe und falle, kann also nicht zugegeben werden.“

<sup>55</sup> Beispielhaft *Hume*, A Treatise of Human Nature, 1739/40, III. 1.; *G.E. Moore*, Principia Ethica, 1903, Chap. I, §§ 10 ff.

<sup>56</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 593 mit Fn. 9.

<sup>57</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 327 ff. et passim.

<sup>58</sup> *Larenz* (Fn. 57), S. 353, 362 f.

<sup>59</sup> *Larenz* (Fn. 57), S. 356 f.; dabei ist etwa gegen *Larenz*’ Entfaltung des Eigentumsbegriffs (a.a.O., S. 359 und 365) nichts einzuwenden, aber man muss gewiss kein Hegelianer sein, um zu diesem Ergebnis zu gelangen.

<sup>60</sup> *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 3. Aufl. 1830, § 163 Zusatz 2; näher dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 304 ff.

lichkeit. Mit anderen Worten: Begriffe referieren nicht auf die Wirklichkeit, sondern umgekehrt bildet die Wirklichkeit den ihr innewohnenden Begriff ab.

Sieht man zunächst von sämtlichen Unklarheiten ab, die mit der Redeweise vom konkret-allgemeinen Begriff verbunden sind, so ist diese „Methode“ historisch kontaminiert. *Larenz* entwickelte seine Lehre von den konkret-allgemeinen Begriffen während des Dritten Reichs. In seinem Aufsatz „Zur Logik des konkreten Begriffs“ aus dem Jahr 1940 schreibt er:

„Der konkret-allgemeine Begriff ist nicht, wie der abstrakte, inhaltlich ärmer als der von ihm umfaßte ‚besondere‘ Begriff [...], sondern ebenso reich oder reicher.“<sup>61</sup>

Der Vorteil dieser „Begriffsbildung“ war ihre Offenheit und Elastizität, die es ermöglichte, die neuen politisch-ideologischen Wertvorstellungen des Nationalsozialismus für das Recht und die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen.<sup>62</sup> Dem – eigentlich für jede Rechtswissenschaft *als Wissenschaft* selbstverständlichen – Streben nach formaler und systematischer Einheit und Berechenbarkeit des Rechts wurde vorgeworfen, es ignoriere den Reichtum und die gegliederte Fülle des wirklichen Lebens. Das ist das genaue Gegenteil der von *Roxin* mit seiner Tatherrschaftslehre angestrebten Kontrollierbarkeit der Rechtsanwendung.<sup>63</sup> Das ist auch wenig erstaunlich, denn wenn die Lebenswirklichkeit die Begriffe auf mysteriöse Weise hervorbringt, ist eine rational überprüfbare Kritik nicht mehr möglich. Wer abweichende Begriffe vorschlägt, hat eben die Wirklichkeit – wie immer sie auch aussieht – nicht verstanden. Im Endeffekt erschöpft sich darin *Roxins* Replik auf die methodischen Einwände seiner Kritiker. Ganz abgesehen davon ist die Vorstellung, die Lebenswirklichkeit trage ihre Rechtsbegriffe in sich, eine unzulässige Vermengung von Sein und Sollen.

*Larenz* hat seine Methodenlehre in den 60er Jahren zunächst fortgeführt, als ob nichts gewesen sei. Ab der dritten Auflage tritt der „Typus“ als besondere Begriffs- und Denk-

form den sog. abstrakten Klassenbegriffen gegenüber.<sup>64</sup> Diese Typusbegriffe seien offen und nicht definierbar. Daher könnten Sachverhalte nicht unter sie subsumiert, sondern ihnen nur mehr oder weniger zugeordnet werden.<sup>65</sup> Diese Entgegensetzung von juristischer Subsumtion und Zuordnung mittels eines Ähnlichkeitsvergleichs ist schon deshalb falsch, weil ein Subsumtionsschluss kein logisch zwingender Schluss, sondern immer fallibel ist. Die Anwendung von Begriffen – ob man sie nun Typusbegriffe nennt oder nicht – auf Sachen, d.h. auf Einzeldinge ist immer und ausnahmslos ein Ähnlichkeitsvergleich, bei dem nicht mehr erreicht werden kann als praktische Gewissheit.<sup>66</sup>

Diese Entwicklung ist hier deshalb von Bedeutung, weil *Schünemann* in seiner Weiterentwicklung der Tatherrschaftslehre auf den Typus verweist. Die Tatherrschaft könne als Typusbegriff „nur durch fallgebundene Ähnlichkeitsregeln konkretisiert werden [...], bei denen die unterschiedlichen Dimensionen mit jeweils unterschiedlichen Ausprägungen vertreten sind und also etwa die schwache Ausprägung eines Merkmals durch die besonders starke Ausprägung eines anderen Merkmals in dem Sinne kompensiert werden kann, dass der konkrete Fall immer noch als eine Erscheinungsform des Typus anzusehen ist“.<sup>67</sup> Nun sind vage Begriffe keine Besonderheit.<sup>68</sup> Die Vagheit von Begriffen ist daher kein Argument für einen Verzicht auf Logik.<sup>69</sup> Ein exklusiver Zugang zu Erkenntnis außerhalb jeglicher Logik, wie ihn etwa die sog. Wertungsjurisprudenz propagiert, als deren Begründer ebenfalls *Larenz* gilt,<sup>70</sup> ist nicht ersichtlich.<sup>71</sup> Wertungen abseits von Logik – oder simpler: unter dem Schlagwort der Dialektik vertretene Inkonsistenzen – sind vielmehr

<sup>61</sup> *Larenz*, Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940), 279 (285); zuvor bereits *ders.*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 43 ff.; siehe auch die eingehende Darstellung bei *Rüthers*, Entartetes Recht, 2. Aufl. 1989, S. 76 ff.

<sup>62</sup> So ausdrücklich auch *Larenz*, in: Dahm/Huber/Larenz/Michaelis/Schaffstein/Siebert (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.; *ders.* (Fn. 61), S. 52: „Das völkische Rechtsdenken bekennt sich zu seinen weltanschaulichen Grundlagen gerade auch in seinem konkret-allgemeinen Grundbegriffen“; *ders.*, Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940), 279 (294): „Der konkret-allgemeine Begriff ist nicht abgeschlossen, sondern weist – durch die ihm immanente Bewegung – über sich hinaus auf andere Begriffe und auf einen übergeordneten Zusammenhang, dem er selbst als ein Moment sich einordnet.“ Dieser übergeordnete Zusammenhang war dann, wie *Larenz* am Eigentumsbegriff expliziert, der Typus der „volksgenössischen Rechtsstellung“. Einzelheiten bei *Rüthers* (Fn. 61), S. 88 ff.

<sup>63</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 2), S. 597.

<sup>64</sup> In der 3. Auflage der Methodenlehre der Rechtswissenschaft aus dem Jahr 1975 wird der Abschnitt über „Die Sinnentfaltung durch den konkret-allgemeinen Begriff in der Rechtsphilosophie“ ersetzt durch „Das ‚innere‘ System“ (S. 458 ff.). Der „konkret-allgemeine Begriff“ kommt nur noch in einem Exkurs zu Hegel vor (a.a.O., S. 439 ff.). *Larenz* hat übrigens den Ausdruck „Typus“ auch schon früher verwendet, siehe (Fn. 61), S. 45 ff., sowie in den Voraufgaben seiner Methodenlehre.

<sup>65</sup> *Larenz*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1975, S. 447 ff.; krit. dazu *Puppe*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 221 (226).

<sup>66</sup> Sog. „Applikationsaporie“, eingehend *Wieland*, Aporien der praktischen Vernunft, 1989, S. 13 ff.; siehe dazu die knappen Hinweise bei *Aichele*, ZStW 123 (2011), 260 (281 ff.).

<sup>67</sup> *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 49.

<sup>68</sup> Vgl. etwa *Williamson*, Vagueness, 1994; siehe auch *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 2001, §§ 66 ff., der immerhin eine Definition von Familienähnlichkeitsprädikaten für möglich hält (§ 68); siehe dazu auch *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 136 ff.

<sup>69</sup> *Lege* (Fn. 22), S. 422.

<sup>70</sup> Siehe *Larenz* (Fn. 57), S. 123 ff.

<sup>71</sup> *Lege* (Fn. 22), S. 421 ff.

nichts anderes als Scheinbegründungen, die die eigene Normsetzung ihres Verwenders kaschieren sollen.<sup>72</sup>

#### IV. „Tat“herrschaft ohne „Tat“

Im Eingangskapitel über die „methodischen Ansatzpunkte“ fordert *Roxin*:

„Der Täterbegriff ist primär zu bestimmen!“<sup>73</sup>

Genau besehen geht es jedoch nicht um den Begriff des Täters, sondern vordringlich um den Begriff der Tat im Sinne des gesetzlichen Unrechtstatbestands. Will man verschiedene Beteiligungsformen voneinander unterscheiden, so sind die „Taten“, die der Täter, der Anstifter und der Gehilfe begehen, nicht identisch. Daher beginnt jede Beteiligungslehre beim Tatbestand. Nur ein enger Tatbegriff wirft überhaupt das Problem auf, wie die Handlungen der Personen zu bewerten sind, die zwar zum Verbrechen in irgendeiner Weise beigetragen, aber die tatbestandsmäßige Handlung nicht selbst vorgenommen haben.

Da in *Roxins* Konzeption die Tatherrschaft den Täter im Gegensatz zum Teilnehmer kennzeichnet, wird sie für die sog. „Herrschaftsdelikte“ zu einem – ungeschriebenen – Tatbestandsmerkmal, denn sie begründet das spezifische Handlungsunrecht des Täters.<sup>74</sup> Demzufolge ist die Tatherrschaft ein Relationsbegriff; sie wird auf eben die Tat im Sinne der Tatbestandsverwirklichung bezogen, die vom Täter beherrscht wird. Die mit der näheren Bestimmung der Tat verbundene Problematik nehmen die Vertreter der Tatherrschaftslehre jedoch bis heute nicht zur Kenntnis. Mehr noch: Gerade die von *Roxin* maßgeblich geprägte Lehre von der objektiven Zurechnung ist mit einer Unterscheidung von Beteiligungsformen nicht vereinbar, sondern läuft in Konsequenz auf einen Einheitstäterbegriff hinaus.

Der objektive Tatbestand eines einfach gelagerten Erfolgsdelikts<sup>75</sup> wie etwa des Totschlags (§ 212 StGB) enthält nach herkömmlicher Ansicht drei Elemente: die Handlung, den Erfolg sowie eine Beziehung zwischen Handlung und Erfolg derart, dass der Erfolg als Resultat der tatbestandsmäßigen Handlung erscheint, oder anders ausgedrückt: Kausalität und objektive Zurechnung.

Als kausal gilt eine Handlung nach der nahezu unangefochtenen Äquivalenztheorie der Kausalität dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfielen.<sup>76</sup> Dieser Kausalitätsbegriff enthält zwei Komponenten: Zum einen wird die Ursache als *condicio sine qua non* definiert; zum anderen ist jedes Ereignis,

welches diesen Test erfüllt, gleichermaßen Ursache („äquivalent“). Eine Differenzierung zwischen Ursachen und bloßen Bedingungen wird ausdrücklich abgelehnt.<sup>77</sup> Die so verstandene Kausalität reicht außerordentlich weit. Nicht nur der Mörder ist demnach ursächlich für den Tod des Opfers, sondern auch das Opfer selbst, ferner Produzent und Verkäufer der Tatwaffe, die Vorfahren dieser Personen (durch Zeugung und Geburt) usw.; kurz: Alles ist für alles (mit-)ursächlich. Darin soll gerade der Vorzug dieses Kausalbegriffs liegen.<sup>78</sup> Diese Uferlosigkeit der äquivalenten Kausalität wird durchaus als Problem gesehen. Ihre Korrektur erfolgt jedoch nicht durch eine angemessenere Fassung des Kausalitätsbegriffs, sondern mit Hilfe von normativen Gesichtspunkten durch die sog. „objektive Zurechnung“. Da die Rechtsordnung nicht jede Verursachung schlechthin verbietet – was etwa für die Zeugung des späteren Mörders und seines Opfers sofort einleuchtet –, setzt die objektive Zurechnung eines Erfolges voraus, dass der Täter mit seiner Handlung ein unerlaubtes Risiko für ein Rechtsgut geschaffen und dass sich gerade dieses unerlaubte Risiko in dem eingetretenen Erfolg niedergeschlagen hat.<sup>79</sup> So verstanden handelt es sich bei der objektiven Zurechnung um ein allgemeines Zurechnungsprinzip für alle – vorsätzlichen oder fahrlässigen – Erfolgsdelikte.<sup>80</sup>

Der Begriff der äquivalenten Kausalität ermöglicht keine Unterscheidung zwischen Tätern und Teilnehmern. Da die h.L. Interaktionen zwischen verschiedenen Beteiligten kausal erklärt und da alle Bedingungen gleichermaßen als Ursachen anzusehen sind, kann das (vorsätzliche oder fahrlässige) Verhalten eines anderen – oder des Täters selbst – den Kausalzusammenhang nicht „unterbrechen“. Vielmehr soll die Kausalität dadurch gerade erst vermittelt werden.<sup>81</sup> Vor die-

<sup>77</sup> Vgl. RGSt 66, 181 (184); 69, 44 (47); BGHSt 39, 195 (197 f.); *Eisele* (Fn. 30), Vor §§ 13 ff. Rn. 76.

<sup>78</sup> So ausdrücklich *Puppe*, ZIS 2015, 426; ebenso *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 11 Rn. 27 – eines Kausalbegriffs wohlge-merkt in seiner „vorjuristischen, philosophisch-naturwissenschaftlichen Bedeutung“ (a.a.O., Rn. 7). Damit kontrastiert der Umstand, dass insbesondere Studienanfänger in Halle massive Verständnisschwierigkeiten haben, wenn man ihnen nahe zu bringen versucht, dass die Großmutter von *Thomasius* eine Ursache dafür ist, dass sie jetzt gerade in der Vorlesung „Strafrecht I“ sitzen.

<sup>79</sup> Siehe *Roxin*, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig, Zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, 1970, S. 133 (135 ff.); *Eisele* (Fn. 30), Vor §§ 13 ff. Rn. 92 m.w.N.; aus der Rspr. vgl. BGHSt 11, 1 (7); 21, 59 (61); BGH NJW 2000, 2754 (2757).

<sup>80</sup> *Schünemann*, GA 1999, 207 (219 ff.); *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 11 Rn. 49.

<sup>81</sup> RGSt 61, 318 (320); ebenso BGHSt 4, 360 (361 f.); 7, 112 (114); 39, 322 (324); BGH NJW 1989, 2479 (2480); BGH NStZ 2001, 143 (145); *Eisele* (Fn. 30), Vor §§ 13 ff. Rn. 77 m.w.N.; eingehend *Roxin*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 177 ff.

<sup>72</sup> Siehe auch *Rüthers* (Fn. 61), S. 208.

<sup>73</sup> *Roxin* (Fn. 2), S. 31.

<sup>74</sup> Vgl. *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 123 f., 204 f. et passim; siehe ferner *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 29; *Schünemann/Greco* (Fn. 1), Vor § 25 Rn. 15: „materieller Begriff der Tatbestandserfüllung.“

<sup>75</sup> Diese Delikte bezeichnet *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 13, als „Herrschaftsdelikte“, weil für sie das Täterschaftskriterium der Tatherrschaft gelten soll.

<sup>76</sup> Vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 11 Rn. 6 ff. m.w.N.

sem Hintergrund hat schon das RG eine Verkäuferin als ursächlich für den Tod des Opfers angesehen, weil sie ihrem Geliebten – ohne seine Absicht zu kennen – Rattengift überließ, mit dem dieser seine Ehefrau ermordete.<sup>82</sup> Ebenso hielt der BGH den Messerstecher für ursächlich, dessen tödlich verletztem Opfer von einem Dritten der „Gnadenstoß“ versetzt wurde.<sup>83</sup> Und so sollen auch die objektiven Voraussetzungen der Tatherrschaft gerade nicht in irgendwelchen Besonderheiten des Kausalverlaufs liegen, da die Ursächlichkeit für den tatbestandsmäßigen Erfolg den Beiträgen aller Beteiligten gemeinsam sei.<sup>84</sup>

Aber auch eine tatbestandsmäßige Handlung lässt sich nicht identifizieren. Verbindet man nämlich die willkürliche Körperbewegung als Mindestvoraussetzung<sup>85</sup> mit der äquivalenten Kausalität, dann entsteht ein Handlungsbegriff, der kein Ende kennt. Genau genommen kann ein Handlungsbegriff überhaupt nicht gebildet werden, wenn jedes Ereignis die notwendige Folge anderer Ereignisse ist.<sup>86</sup> Da die Ursächlichkeit für den tatbestandsmäßigen Erfolg den Beiträgen aller Beteiligten gemeinsam ist, können die objektiven Voraussetzungen der Tatherrschaft folgerichtig nicht in irgendwelchen Besonderheiten des Kausalverlaufs liegen.<sup>87</sup>

Die zur Einschränkung der uferlosen Kausalität erfundene „objektive Zurechnung“ ändert daran nichts, denn sie ersetzt die Äquivalenz der Ursachen durch die Äquivalenz der unerlaubten Risiken. Kriterien, die Verantwortlichkeit individualisieren, gibt sie nicht an, denn zwischen verschiedenen unerlaubten Gefahren wird nicht unterschieden. Wer das Opfer ermordet, hat ebenso ein unerlaubtes Risiko für seinen Tod geschaffen wie derjenige, der den Anschlag in Auftrag gegeben, und derjenige, der die Tatwaffe beschafft hat. Mit anderen Worten: Das Verhalten der Teilnehmer ist nicht nur ebenso normwidrig wie das des Haupttäters, sondern im Hinblick auf die Verletzung der Norm identisch. Alle an einer Straftat Beteiligten verletzen dieselbe Verhaltensnorm.<sup>88</sup> Alles ist ein

und dieselbe Tat.<sup>89</sup> Zwar hat *Maiwald* vorgeschlagen, die Beteiligungsformenlehre in die objektive Zurechnung zu integrieren.<sup>90</sup> Immerhin wird bereits unter dem Schlagwort „Eigenverantwortlichkeit“ diskutiert, ob und inwieweit die objektive Zurechnung des Erfolgs für den Hintermann ausgeschlossen ist, wenn die Rechtsgutsverletzung unmittelbar auf dem Verhalten eines Dritten oder des Opfers selbst beruht. Dementsprechend könnte man etwa ein „Verantwortungsprinzip“ fruchtbar machen, um die Beteiligungsformen zu systematisieren.<sup>91</sup> Man könnte ferner zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verursachung unterscheiden, aber es ist nicht zu sehen, auf welche Weise diese Ansätze in das Konzept der objektiven Zurechnung integriert werden könnten. Man kann einfach nicht die rechtliche Gleichwertigkeit der unerlaubten Risiken und zugleich einen objektiven Unterschied, nämlich das Vorliegen oder Fehlen von Tatherrschaft, behaupten.<sup>92</sup> Das ist ein Selbstwiderspruch, der zudem auch deshalb bemerkenswert ist, weil die Äquivalenztheorie gerade die Basis der von der Tatherrschaftslehre bekämpften subjektiven Tätertheorie bildet. Da schließlich der Begriff der Tat nicht weiter definiert wird als eben durch die allen Beteiligten gemeinsame unerlaubte Risikoschaffung, bleibt fraglich, worauf sich die Herrschaft letztlich beziehen soll.<sup>93</sup> Der Täterbegriff der Tatherrschaftslehre ist damit nur scheinbar restriktiv, während er in objektiver Hinsicht tatsächlich das Verhalten des Teilnehmers mit einschließt.

Es wird nicht besser, wenn *Greco* in seiner neuen Kommentierung von § 25 StGB auf die Kritik erwidert, es gebe „keine von der ‚Herrschaft‘ losgelöste ‚Tat‘. Tatherrschaft ist nicht anders als die (materielle) Tatbestandsverwirklichung selbst.“<sup>94</sup> Er behauptet damit, dass die Begriffe Tat und (Tat-) Herrschaft identisch sind. Aber die Tatherrschaft soll gar nicht das einheitliche Täterkriterium für alle Delikte sein (so etwa nicht für die Unterlassungs- und die Sonderdelikte), und wenn man stattdessen weiter auf die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ abstellt,<sup>95</sup> so fallen immer noch die Fahrlässigkeitsdelikte nicht unter den Begriff der Herrschaft, denn bei ihnen soll es gerade keine geben. Mit anderen Worten: Fahrlässige Straftaten sind alles Mögliche, aber Taten (oder

<sup>82</sup> RGSt 64, 370 ff.; zustimmend *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 11 Rn. 28.

<sup>83</sup> BGH NSTZ 2001, 29 (30).

<sup>84</sup> Vgl. *Bloy* (Fn. 74), S. 202; *Roxin* (Fn. 2), S. 32, 34, 364 f.

<sup>85</sup> Vgl. etwa *Eisele* (Fn. 30), Vor §§ 13 ff. Rn. 37 m.w.N.

<sup>86</sup> Siehe auch v. *Wright*, Erklären und Verstehen, 2. Aufl. 1984, S. 136 f.

<sup>87</sup> Vgl. *Bloy* (Fn. 74), S. 202; *Roxin* (Fn. 2), S. 28, 30, 327 f.; die Strafbarkeit der Teilnahme ergibt sich nach der „akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie“ ja gerade daraus, dass er die Rechtsgutsverletzung durch den Haupttäter mitverursacht hat, so *Roxin*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365 (380 f.); *Schünemann/Greco* (Fn. 1), Vor §§ 26, 27 Rn. 14 f., 18.

<sup>88</sup> So auch trotz Unterschieden im Detail *Bloy* (Fn. 74), S. 160 f., 191 f., 249 f., 291 f.; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 197 ff.; *Schmidhäuser*, in: Küper/Welp (Fn. 87), S. 343 (347); *Robles Planas*, GA 2012, 276 (278); *Frister*, in: Degener/Hegmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 124 ff.

<sup>89</sup> Siehe auch – krit. – *Aichele*, ZStW 123 (2011), 260 (269 f.); vgl. bereits RGSt 21, 76 (77): Täterschaft ist die Herbeiführung derjenigen Bedingungen, „unter welchen der mit Strafe bedrohte Tatbestand eintritt“.

<sup>90</sup> *Maiwald*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 465 (480 f.).

<sup>91</sup> So etwa *Puppe*, GA 2013, 514 ff.; dagegen aber *Roxin* (Fn. 31), § 25 Rn. 177; weitere Kritik bei *Greco*, ZIS 2011, 9 (11 ff.).

<sup>92</sup> *Haas* (Fn. 3), S. 41 ff.; siehe auch *Kindhäuser*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 129 (133 ff.).

<sup>93</sup> *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 48 und 67; *Haas*, ZStW 119 (2007), 526 ff.

<sup>94</sup> *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 50.

<sup>95</sup> *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 20, 52.

materielle Tatbestandsverwirklichung) sind sie jedenfalls nicht.<sup>96</sup>

Zutreffend moniert *Hamdorf* in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung, die deutsche Lehre sei immer noch im kausalen Denken verhaftet und könne sich vor dem Einheitstätersystem nur durch einen Hinweis auf das Gesetz retten.<sup>97</sup> Folgerichtig meint auch *Rotsch*, dass ein auf der objektiven Zurechnung basierendes „normativ-funktionales Straftatmodell“ auf einen Einheitstäterbegriff hinausläuft.<sup>98</sup>

## V. Fazit

Die Methodik der Tatherrschaftslehre ist inkonsistent. Ihre Bezugnahme auf den Rechtshegelianismus kann man kaum anders als den zweifelhaften Versuch einer Selbstimmunisierung betrachten: Wenn das Leben die Konkreta vorgibt, darf sich jeder aussuchen, was ihm wichtig erscheint. Es gewinnt die Person, die die Definitionsmacht usurpiert. Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung ist dann nicht mehr möglich.

---

<sup>96</sup> Siehe auch *Schünemann/Greco* (Fn. 1), § 25 Rn. 48: „Wer von der eigenen Tatbestandserfüllung [...] nichts weiß, kann auch keine Herrschaft über das Geschehen ausüben und kommt als Täter nicht in Betracht.“

<sup>97</sup> *Hamdorf*, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, S. 268.

<sup>98</sup> *Rotsch* (Fn. 3), S. 421 ff. et passim. Scharfe Kritik bei *Schünemann* (Fn. 5), S. 814 ff.

# Die sog. rechtfertigende Pflichtenkollision

Von Prof. Dr. Andreas Hoyer, Kiel\*

*Inwieweit und aus welchem rechtsdogmatischen Grund eine sog. Pflichtenkollision die Strafbarkeit ausschließt, ist in den letzten Jahren rechtswissenschaftlich verstärkt diskutiert worden, nachdem unter dieses Rechtsinstitut subsumierte Fallkonstellationen aufgrund von Triage-Situationen während der Corona-Pandemie sowie der technisch möglichen Auflösung derartiger Situationen bei der Programmierung autonomer Fahrzeuge zunehmend praxisrelevant wurden. Der folgende Beitrag versucht zu zeigen, dass die rechtsdogmatische Besonderheit dieser Fallkonstellationen gar nicht darin besteht, dass verschiedene Pflichten miteinander kollidieren, sondern dass es in ihnen um die tatbestandsausschließende Konkurrenzbeziehung zwischen einem Verhaltensgebot bzw. -verbot einerseits sowie der Erlaubnis zu einem nur alternativ möglichen sonstigen Verhalten andererseits geht.*

## I. Historische Entwicklung und gegenwärtige Aktualität

Das Rechtsinstitut der sog. Pflichtenkollision ist bis heute im deutschen Strafrecht weder in seinen Voraussetzungen noch in seinen Rechtsfolgen gesetzlich geregelt. Der deutsche Gesetzgeber hat, als er 1975 den von der Rechtsprechung bereits im Jahr 1927 entwickelten, ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des sog. „Gutsnotstands“<sup>1</sup> in Gestalt des § 34 StGB positiviert, bewusst davon abgesehen, einen entsprechenden Rechtfertigungsgrund auch für den sog. „Pflichtennotstand“ auszubuchstabieren. Zwar hatte sich das Reichsgericht in derselben Entscheidung von 1927, in der es den „Gutsnotstand“ als Rechtfertigungsgrund anerkannte, auch „für die Fälle des Widerstreits von Pflichten – des Pflichtennotstandes – [...] zu dem Grundsatz bekannt, dass die höhere Pflicht auf Kosten der minder hohen zu erfüllen [...] nicht rechtswidrig“ sei,<sup>2</sup> bei der näheren Ausformulierung dieses Grundsatzes sollte der Rechtsprechung aber seitens des Gesetzgebers „nicht vorgegriffen werden“.<sup>3</sup>

Dementsprechend ist bis heute positivrechtlich ungeklärt und rechtswissenschaftlich umstritten, ob bei Nichterfüllung der niederrangigen Pflicht durch den Umstand, dass dies zwecks Erfüllung der höherrangigen Pflicht erforderlich war, der Tatbestand ausgeschlossen,<sup>4</sup> die Pflichtverletzung gerechtfertigt<sup>5</sup> oder der Täter ihretwegen entschuldigt wird.<sup>6</sup>

\* Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> RGSt 61, 242 (254).

<sup>2</sup> RGSt 61, 242 (254).

<sup>3</sup> BT-Drs. IV/650, S. 159.

<sup>4</sup> So *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 71, § 6 Rn. 96 ff.; *Schlehofer*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 251.

<sup>5</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 122; *Rönnau*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 118.

Ebenso wenig ist durch eine gesetzliche Regelung bislang festgelegt worden, nach welchen Kriterien der Rang zweier einander widerstreitender Pflichten gegeneinander abzuwägen ist und ob es sich dabei jeweils ausschließlich um Rettungsgebote handeln darf,<sup>7</sup> wie in dem klassischen Beispielfall des Vaters, der nur entweder sein eines oder sein anderes Kind vor dem Ertrinken bewahren kann, oder auch um eine Kollision eines Rettungsgebots mit einem Verletzungsverbot handeln darf,<sup>8</sup> wie bei der eigenmächtigen Blutabnahme bei einem Patienten durch dessen behandelnden Arzt zwecks Rettung eines darauf angewiesenen anderen Patienten, oder schließlich auch zwei Verletzungsverbote miteinander kollidieren können,<sup>9</sup> wie bei der Notwendigkeit, wahlweise entweder den einen oder den anderen von zwei siamesischen Zwillingen töten zu müssen, um so jedenfalls das Leben des Geretteten vor dem sonst beiden drohenden Ende bewahren zu können.

Mögen die genannten Beispielfälle auch eher selten vorkommende Extremsituationen betreffen, so ist die Pflichtenkollision doch in den letzten Jahren durch aktuelle Entwicklungen verstärkt in den rechtswissenschaftlichen Fokus gerückt: So hat die Corona-Pandemie zu lebhaften Diskussionen darüber geführt, nach welchen Maßstäben bei knappen medizinischen Ressourcen darüber entschieden werden sollte, wem unter den verschiedenen gesundheitlich gleichermaßen existenziell gefährdeten Patienten die benötigten Ressourcen zugeteilt werden sollen.<sup>10</sup> Vor ähnliche Allokationsprobleme sieht sich im Übrigen auch schon seit Langem die Stiftung „Eurotransplant“ gestellt, die in acht europäischen Staaten für die Verteilung posthum gespendeter Organe an die verschiedenen nationalen Transplantationszentren und deren Patienten zuständig ist.<sup>11</sup>

Schließlich mag es in nicht allzu ferner Zukunft auch Strafprozesse geben, in denen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Programmierers eines autonomen Fahrzeugs zu bewerten ist, das von ihm so eingestellt wurde, dass es im

<sup>6</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, Vor § 32 Rn. 11b; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 174.

<sup>7</sup> So *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 16 Rn. 117; *Rönnau* (Fn. 5), Vor § 32 Rn. 115.

<sup>8</sup> *Hruschka*, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 189 (192 f.); *Gallas*, in: Engisch/Maurach (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953, 1954, S. 311 ff.

<sup>9</sup> *Otto*, Jura 2005, 470 (473); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 15 a.E.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 76.

<sup>10</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 11a m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. *Hoyer*, in: Igl/Welti (Hrsg.), Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2022, 12. Kap. Rn. 28 ff.

Falle einer unausweichlich bevorstehenden Kollision entweder mit einer kleineren oder mit einer größeren Gruppe an Fußgängern gemäß dem Prinzip der Schadensminimierung stets die kleinere ansteuert und der größeren ausweicht – wäre eine solche Programmierung des Fahrzeugs rechtlich erlaubt oder gar geboten oder bedeutete sie eine menschenwürdigkeitswidrige und daher schlechthin rechtswidrige Abwägung von zahlenmäßig überlegenem gegenüber zu dessen Rettung aufzuopferndem minderen Leben?<sup>12</sup> Und wäre ein solcher Fall überhaupt nach den ungeschriebenen Grundsätzen der Pflichtenkollision zu entscheiden<sup>13</sup> oder vielmehr nach den gesetzlich in § 34 StGB positivierten Regeln des rechtfertigenden Notstands,<sup>14</sup> denen zufolge eine Programmierung des autonomen Fahrzeugs dahingehend, dass es im Konfliktfall auf die quantitativ geringere Gruppe umsteuert, als rechtswidrig beurteilt werden müsste? In welcher Weise unterscheiden sich die sog. Pflichtenkollision und der rechtfertigende Notstand abgesehen von einzelnen Fallkonstellationen überhaupt grundsätzlich in ihren Anwendungsvoraussetzungen sowie in ihren jeweiligen Anforderungen an einen Strafbarkeitsausschluss?

## II. Überblick über den derzeitigen Meinungsstand

Wie die angeführten Beispielfälle zeigen, ist die Beantwortung dieser Fragen alles andere als praktisch bedeutungslos oder rechtsdogmatisch trivial und es lohnt sich daher, einen Blick auf den derzeitigen Meinungsstand zum Anwendungsbereich der Pflichtenkollision in Abgrenzung zu jenem des rechtfertigenden Notstands zu werfen: Nach heute überwiegender Auffassung greift der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision zugunsten eines Täters ein, den mindestens zwei verschiedene Handlungspflichten treffen, von denen er aber nur alternativ jede von ihnen und nicht kumulativ sämtliche erfüllen kann und angesichts derer er immerhin das ihm mögliche Maximum an Pflichterfüllung leistet.<sup>15</sup> Träfen den Verpflichteten beispielsweise zwei gleichwertige Handlungspflichten, von denen er wahlweise nur die eine oder die andere erfüllen könne, so sei er (abweichend von dem für den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB geltenden Erfordernis eines wesentlichen Überwiegens des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Interesse) infolge einer Pflichtenkollision bereits dann gerechtfertigt, wenn die erfüllte gegenüber der verletzten Pflicht lediglich (mindestens) gleichwertig sei.

Bei der Abwägung unterschiedlicher Handlungspflichten gegeneinander ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des § 323c Abs. 1 StGB, dass die dort strafrechtlich abgesicherten allgemeinen Rettungspflichten nur beständen, wenn Hilfe

„ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten“ geleistet werden könne, und somit (unter sonst gleichen Bedingungen) eine Garantenpflicht nach § 13 StGB vorgehe.<sup>16</sup> Könne ein Vater also nur alternativ entweder sein eigenes oder ein Nachbarskind vor dem Angriff eines weißen Hais in sein Boot retten, so sei er nur bei Rettung seines eigenen Kindes, nicht bei der des Nachbarskindes wegen seines Unterlassens im Hinblick auf das dem Hai preisgegebene Kind gerechtfertigt.

Bei dieser kurzen Repetition der herrschenden Auffassung zur „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ möchte *Verf.* es hier allerdings nicht bewenden lassen, wie bereits das vorangestellte Adjektiv „sog.“ im Titel seines Aufsatzes zum Ausdruck bringen soll. Vielmehr soll im Folgenden gezeigt werden, dass die rechtsdogmatische Besonderheit der unter der Bezeichnung „Pflichtenkollision“ thematisierten Fallkonstellation erstens gar nicht darin liegt, dass ihre Rechtsfolgen unter Abwägung verschiedener „Pflichten“ ermittelt werden müssen,<sup>17</sup> dabei zweitens erst recht nicht nur „Handlungspflichten“ gegeneinander abzuwägen sind,<sup>18</sup> die Notwendigkeit zu einer solchen Abwägung sich zudem drittens nicht aus einer „Kollision“ einander widersprechender Normbefehle ergibt<sup>19</sup> und diese Abwägung schließlich viertens auch nicht erst im Rahmen der Subsumtion unter einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund erfolgt, sondern bereits auf Tatbestandsebene durchgeführt werden muss.<sup>20</sup>

## III. Eigene statt fremde Gegeninteressen in der Abwägung

Die erstgenannte These, dass die Auflösung einer sog. Pflichtenkollision gar nicht auf einer Abwägung verschiedener Pflichten gegeneinander beruht, wird bereits durch den oben schon erwähnten § 323c Abs. 1 StGB nahegelegt. Dieser Norm zufolge ist die dort geregelte allgemeine Hilfeleistungspflicht nämlich nicht nur gegenüber der „Verletzung anderer wichtiger Pflichten“ nachrangig, sondern auch, wenn mit ihrer Erfüllung „erhebliche eigene Gefahren“ verbunden wären. Niemanden trifft aber eine Rechtspflicht, Gefahren für sich selbst zu vermeiden, und seien es auch Gefahren für das eigene Leben, wie sich a maiore daraus ergibt, dass sogar ein vom Bundesverfassungsgericht anerkanntes Grundrecht auf Suizid existiert.<sup>21</sup>

Statt einer Pflicht hat aber jeder ein Recht darauf, das Eingehen erheblicher eigener Gefahren zu vermeiden bzw. sich angesichts bereits eingetretener Gefahren zu schützen. So würde es beispielsweise einen Eingriff in das Grundrecht auf Leben darstellen, wenn der Staat es dem Grundrechtsträger unter Strafantrohung auferlegte, sein eigenes Leben zwecks Rettung des Lebens eines Dritten zu gefährden oder

<sup>12</sup> So *Joerden*, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität*, 2017, S. 73 (82 ff.).

<sup>13</sup> So *Weigend*, ZIS 2017, 603.

<sup>14</sup> So *Erb*, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 785 (796).

<sup>15</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 16 Rn. 116, 118; *Rönnau* (Fn. 5), Vor § 32 Rn. 115.

<sup>16</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 16 Rn. 123; *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 75; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S. 445 f.; *Rönnau* (Fn. 5), Vor § 32 Rn. 122.

<sup>17</sup> Vgl. unter III.

<sup>18</sup> Vgl. unter IV.

<sup>19</sup> Vgl. unter V.

<sup>20</sup> Vgl. unter VII.

<sup>21</sup> BVerfGE 153, 182 (259).

gar aufzuopfern. Ein solcher Eingriff mag unter Umständen rechtfertigungsfähig sein, insbesondere wenn die Eigengefährdung, die bei Erfüllung der drittbezogenen Hilfeleistungspflicht drohte, im Vergleich zu der damit verbundenen Rettungschance relativ gering wiegt. Grundsätzlich gilt aber zunächst einmal, dass es erlaubt ist, seine eigenen Rechtsgüter nicht zu gefährden bzw. vor bestehenden Gefahren zu schützen.

Lassen sich die grundsätzlich erlaubte Eigenrettung und die ebenfalls grundsätzlich gebotene Fremddrettung im Einzelfall nur alternativ, aber nicht kumulativ durchführen, so müssen die widerstreitenden Interessen eben gegeneinander abgewogen werden. Erschienen dann die Interessen des sich selbst Rettenden relativ zu denen des Dritten, dem gegenüber ihm eine Hilfeleistungspflicht oblag, als mindestens gleich schutzwürdig, so fehlte dem Staat die Legitimation, trotzdem auf jener Hilfeleistungspflicht zu bestehen und ihre Verletzung als rechtswidrig zu brandmarken. Das Verhältnis zwischen realisierter Eigenrettung und unterlassener Fremddrettung ist insofern nach denselben Maßstäben zu beurteilen wie das Verhältnis zwischen zwei Handlungspflichten, von denen nur die eine erfüllt wurde.

Veranschaulicht werden kann diese Erkenntnis durch Variation des oben bereits herangezogenen Beispielsfalls eines Vaters, der nur alternativ eines seiner beiden Kinder rechtzeitig vor der Attacke des weißen Hais in sein Boot ziehen kann. Angenommen, jener Vater könnte nur entweder sich selbst vor dem weißen Hai retten, indem er rasch ans Ufer schwimmt, sein ebenfalls im Wasser befindliches Kind aber dem weißen Hai überlässt, oder aber sich opferbereit zwischen den Hai und sein Kind werfen und diesem dadurch die nötige Zeit zum Erreichen des Ufers verschaffen. Sowohl im Ausgangsfall als auch in dessen Abwandlung stehen sich hier das Interesse des Kindes, dem gegenüber der Täter seine Rettungspflicht verletzt hat, und das Interesse desjenigen gegenüber, den zu retten dem Täter ebenfalls erlaubt war, nämlich sein anderes Kind bzw. sich selbst. Abgewogen wird jeweils die Pflicht zu der einen Handlung gegen die Erlaubnis zu einer anderen Handlung und je nach dem Ergebnis dieser Abwägung begründet entweder die verletzte Handlungspflicht, dass die Tat auch rechtswidrig war, oder die genutzte Handlungserlaubnis, dass die Tat eben doch als rechtmäßig anzusehen ist.

Um die Verletzung einer Handlungspflicht rechtskonform erscheinen zu lassen, bedarf es daher nicht unbedingt der Erfüllung einer mindestens gleichwertigen Handlungspflicht auf der anderen Seite, sondern es genügt, dass der Täter mit seiner anstelle der Pflichterfüllung vorgenommenen Handlung ein dieser Pflicht gegenüber mindestens gleichwertiges Handlungsrecht wahrgenommen hat. Dementsprechend handelt der Täter etwa auch rechtmäßig, wenn er, statt die ihm durch § 323c Abs. 1 StGB auferlegte allgemeine Hilfeleistungspflicht zu erfüllen, eine gleichwertige, für ihn aber riskantere Hilfeleistungshandlung zugunsten eines Dritten vornimmt, zu der er infolge „erheblicher eigener Gefahr“ zwar eigentlich nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt war. Ebenso ordnet § 323c Abs. 1 StGB zwar an, dass keine allgemeine Hilfeleistungspflicht entsteht, wenn deren Erfüllung nur unter

„Verletzung anderer wichtiger Pflichten“ möglich wäre; auch unter dieser Voraussetzung bleibt aber das Recht zu einer allgemeinen Hilfeleistungshandlung durch § 323c Abs. 1 StGB unberührt, sodass die Interessen, denen eine Nutzung dieses Rechts zugutekäme, gegen die Interessen abzuwägen sind, die durch Erfüllung der „anderen wichtigen Pflicht“ gewahrt werden könnten.

#### **IV. Interesse an Unterlassungen statt an Handlungen in der Abwägung**

Gegeneinander abzuwägende Pflichten und Rechte müssen sich dabei auch nicht notwendig jeweils auf die Vornahme einer Handlung, d.h. auf ein aktives Tun zur Rettung vor einer bestehenden Gefahr beziehen. Ebenso lassen sich vielmehr auch Beispiele denken, in denen sich sowohl die Pflicht als auch das dagegen abzuwägende Recht des Täters jeweils auf ein Unterlassen beziehen, etwa in folgendem Fall:<sup>22</sup> In einem Fußballstadion bricht eine Massenpanik unter den Zuschauern aus, die allesamt von ihren Stehplätzen aus nach vorne auf das Spielfeld zu gelangen versuchen. Einige Zuschauer stürzen auf den Tribünenstufen und drohen, von nachdrängenden Zuschauern zertreten zu werden. Auch Zuschauer Z wird nach vorne gedrückt, sodass ihm schließlich nur die Wahl bleibt, entweder mit seinem linken Fuß den einen oder mit seinem rechten Fuß den anderen vor ihm liegenden Zuschauer zu verletzen. Unabhängig davon, für die Verletzung welcher Unterlassungspflicht sich der Täter hier entscheidet, kann er sich dem gegenüber auf sein Recht berufen, auch den anderen gestürzten Zuschauer nicht verletzen zu müssen. An dem Ergebnis der dann erforderlichen Interessenabwägung würde sich auch dann nichts ändern, wenn dem Täter gegenüber einem der Gestürzten etwa eine Garantspflicht obläge oder wenn auch eigene Rechtsgüter des Täters von dessen Entscheidung betroffen wären, etwa wahlweise entweder seine eigene oder eine fremde, ebenfalls vor ihm stehende Bierflasche zu Bruch zu gehen droht, je nachdem, mit welchem Fuß er nach vorne tritt.

#### **V. Abgrenzung von Normenkollision und Normenkonzurrenz voneinander**

In den vorgenannten Beispielsfällen verletzt der Täter keine Handlungspflicht, sondern ganz im Gegenteil ein Handlungsverbot und damit eine Unterlassungspflicht. Ein Unrechtsausschluss wegen rechtfertigenden Notstands kommt für derartige Fälle gem. § 34 StGB nur in Betracht, wenn die Interessen, die der Täter durch Inanspruchnahme eines ihm zustehenden Rechts bzw. einer Erlaubnis wahr, wesentlich gegenüber den durch die Pflichtverletzung berührten überwiegen. Bei bloßer Gleichwertigkeit der geschützten mit den beeinträchtigten Interessen lässt sich die Verletzung eines Handlungsverbots also nicht durch § 34 StGB rechtfertigen. Kann die bloße Gleichwertigkeit der geschützten Interessen dann aber überhaupt noch ausreichen, um die Verletzung eines Handlungsverbots rechtmäßig erscheinen zu lassen, insbesondere wenn den Täter nicht einmal die grundsätzliche

<sup>22</sup> Dieser Fall ist den Ereignissen im Brüsseler Heysel-Stadion am 29. Mai 1985 nachgebildet.



Pflicht trifft, jene Interessen zu schützen, sondern er dazu lediglich berechtigt ist? Drohen die Wertungen des § 34 StGB für das Verhältnis zwischen Handlungsverbot und Erlaubnis dadurch nicht überspielt zu werden?<sup>23</sup>

### 1. Abgrenzungskriterium zum rechtfertigenden Notstand

Um der Gefahr einer Umgehung gesetzlicher Wertungen durch die Entwicklung ungeschriebener Unrechtsausschlussgründe zu entgehen, bedarf es einer klaren Abgrenzung zwischen den Verletzungen eines Handlungsverbots, zu deren Rechtfertigung es gem. § 34 StGB eines wesentlichen Überwiegens der geschützten Interessen bedarf, und jenen, bei denen bereits bloße Gleichwertigkeit der Interessen zu einem Unrechtsausschluss führt. Zwecks dieser Abwägung ist darauf hinzuweisen, dass sich im obigen Beispielfall des Tritts mit dem linken Fuß auf einen gestürzten Fußballfan die damit begangene Verletzung eines Handlungsverbots auf ein anderes Verhalten bezieht als das dem Täter zustehende Recht, nicht mit dem rechten Fuß auf einen ebenfalls gestürzten weiteren Fußballfan treten zu müssen. Verbot und Erlaubnisatz betreffen hier also unterschiedliche Verhaltensweisen, während es in den durch § 34 StGB geregelten Fallkonstellationen dasselbe Verhalten ist, das einerseits ein Handlungsverbot verletzt und andererseits mit Rücksicht darauf zugleich auch erlaubt ist, dass es zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr geeignet und erforderlich erscheint:

Die Erlaubnis, einen in fremdem Eigentum stehenden Hund zu treten, um ihn am Zubeißen zu hindern, könnte beispielsweise einen rechtfertigenden Defensivnotstand begründen, die Erlaubnis, eine in fremdem Eigentum stehende Bierflasche zu zerbrechen, um mit den Trümmerteilen einen rechtswidrig angreifenden Dritten abwehren zu können, einen Aggressivnotstand. Jeweils beziehen sich Handlungsverbot und -erlaubnis hier auf dasselbe Verhalten, hinsichtlich dessen also jedenfalls eine Normenkollision vorliegt, die es mithilfe einer Abwägung der einander widerstreitenden Interessen aufzulösen gilt. Ebenfalls um einen Fall, der nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstands zu lösen ist, handelt es sich demnach im bereits oben erwähnten Beispiel der eigenmächtigen Blutabnahme bei einem Patienten zugunsten eines anderen, der zu seiner Rettung auf die Bluttransfusion angewiesen ist.

Bei der sog. Pflichtenkollision bezieht sich dagegen die verletzte Pflicht auf ein anderes Verhalten als jenes, zu dem der Täter ebenfalls berechtigt bzw. darüber hinausgehend sogar verpflichtet ist. Da die verletzte Pflicht und die Erlaubnis den normativen Status unterschiedlicher Verhaltensweisen betreffen, kann es zwischen ihnen gar nicht zu einer Normenkollision in dem Sinne kommen, dass die Rechtsordnung in Bezug auf denselben Regelungsgegenstand inhaltlich kontradiktorische Anforderungen formuliert. Statt um einander schon auf theoretischer Ebene ausschließende Normdirektiven für dasselbe Verhalten geht es bei der sog. Pflicht-

tenkollision um eine im Einzelfall bestehende praktische Unmöglichkeit, kumulativ sowohl die für das eine als auch die für das andere Verhalten geltende Normdirektive zu befolgen. Da es auch insoweit aber um die Frage geht, welche der beiden nur alternativ befolgbaren Normdirektiven vorrangig ist und welche demgegenüber zurücktritt, ließe sich eine solche Fallkonstellation am treffendsten vielleicht als „Normenkonzurrenz“ bezeichnen und dadurch auch terminologisch von einer wirklichen „Normenkollision“ abheben, wie sie zur Feststellung eines rechtfertigenden Notstands aufgelöst werden muss.

Normenkonzurrenzen im angesprochenen Sinne können sich praktisch nur in zwei Fallkonstellationen ergeben: Wenn entweder ein Handlungsverbot sich nicht mit dem Recht des Täters vereinbaren lässt, statt der verbotenen die einzige ihm alternativ mögliche andere Handlung zu unterlassen, wie im Beispielfall des Tritts nach vorne im Fußballstadion – oder wenn ein Handlungsgebot sich nicht mit dem Recht des Täters vereinbaren lässt, statt der gebotenen eine andere, ihm alternativ ebenfalls mögliche Handlung vorzunehmen, wie im klassischen Beispielfall des Vaters, der nur eines seiner beiden Kinder vor dem Ertrinken retten kann, oder bei einer ex-ante-Triage während der Corona-Pandemie. Keine Normenkonzurrenz kommt dagegen in Betracht zwischen einem Handlungsverbot und dem Erlaubtsein einer anderen als der verbotenen Handlung sowie zwischen einem Handlungsgebot und der Erlaubnis, eine andere als die gebotene Handlung zu unterlassen.

### 2. Abgrenzung bei der Programmierung eines autonomen Fahrzeugs

Ob es dabei überhaupt um eine Normenkonzurrenz und nicht vielmehr um eine Normenkollision geht, ist auch für den oben bereits herangezogenen Beispielfall des autonomen Fahrzeugs fraglich, das nach dem Prinzip der Schadensminimierung darauf programmiert ist, stets vor einer größeren Menschengruppe auszuweichen, auch wenn dies den Tod einer kleineren Anzahl an stattdessen angesteuerten Menschen bedeutet. Hierzu wird zum Teil vertreten, es sei doch dasselbe Verhalten, nämlich das Ausweichen des Fahrzeugs, das einerseits gegen das Verletzungsverbot in Bezug auf die schließlich vom Überfahren betroffenen Menschen verstößt und andererseits die Gefahr von der größeren Anzahl sonst vom Überfahren betroffener Menschen abwendet. Eine solche Kollision zwischen Verbot und Erlaubtsein derselben Handlung müsse nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstands aufgelöst werden und nicht nach denen der sog. Pflichtenkollision.<sup>24</sup> Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass ein aktives Umsteuern des Fahrzeugs in Richtung auf die dadurch zum Tode kommenden Menschen deren Leben zugunsten derjenigen aufopfert, die ohne das Umsteuern ums Leben gekommen wären, Erstere also zu ihnen fremden (Rettungs-)Zwecken instrumentalisiert und damit in ihrer Menschenwürde verletzt.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Roxin/Greco, (Fn. 5), § 16 Rn. 116, sehen die Gefahr, dass „der Begriff der Pflichtenkollision in einem [...] von der Interessenkollision des § 34 StGB überhaupt nicht mehr abgrenzbaren Sinn verstanden“ werde.

<sup>24</sup> Erb (Fn. 14), S. 796; Joerden (Fn. 12), S. 90.

<sup>25</sup> So konsequent Joerden (Fn. 12), S. 82 ff.

Eine solche Argumentation beruhte jedoch von Anfang an auf einem falschen Ausgangspunkt, indem sie nämlich an den Vorgang des Umsteuerns anknüpft, so als ob ein menschlicher Fahrer den Kausalverlauf durch sein Umsteuern aktiv auf ein anderes Objekt abgelenkt hätte, als es bei Hinwegdenken dieser Handlung von dem Fahrzeug getroffen worden wäre.<sup>26</sup> Tatsächlich ist das autonome Fahrzeug aber schon vor seiner Inbetriebnahme so programmiert worden, dass es in Situationen wie der beschriebenen nach dem Prinzip der Schadensminimierung ausweicht, d.h. es wird nicht die für das eine Objekt bestehende Gefahr auf ein anderes umgelenkt, sondern es wird schon mit dem Programmieren entschieden, dass in einer solchen Situation überhaupt nur der vom vorprogrammierten Ausweichen Betroffene in Gefahr gerät. Zum Zeitpunkt des Programmierens entspricht die Situation des Programmierers derjenigen des oben geschilderten Fußballfans, der allein darüber entscheiden kann, ob er mit einem Tritt seines linken oder seines rechten Fußes jemanden verletzt – analog zu der Entscheidung, die der Programmierer in seinem Binärsystem zwischen den Codes 0 und 1 trifft.

Jeweils handelt es sich also um Fallkonstellationen, in denen der Täter einerseits ein Verletzungsverbot übertritt, sich aber andererseits auf sein Recht berufen kann, eine ebenfalls verletzungsursächliche andere Handlung unterlassen zu dürfen. In einer derartigen Normenkonkurrenzlage begründet jede Verletzungshandlung so lange noch kein Unrecht, wie die durch sie beeinträchtigten Interessen zumindest nicht schwerer wiegen als diejenigen, die sonst durch die alternativ mögliche Verletzungshandlung beeinträchtigt worden wären. Eine Programmierung des autonomen Fahrzeugs zum Ausweichen, soweit dadurch die Anzahl der voraussichtlichen Todesopfer im Rahmen des Möglichen minimiert wird, wäre also rechtmäßig, während umgekehrt eine Programmierung, die das Fahrzeug im Falle einer Normenkonkurrenz stets auf die größtmögliche Interessenverletzung ausrichtete, als rechtswidrig gelten müsste.

Offen bleibt damit nur noch, wie eine Programmierung zu beurteilen wäre, der zufolge ein Zufallsgenerator in einer Normenkonkurrenz über die Fahrtrichtung eines autonomen Fahrzeugs bestimmen soll.<sup>27</sup> Da der Programmierer hier jedoch zwangsläufig zumindest *dolus eventualis* hinsichtlich einer Entwicklung aufweisen würde, in deren Rahmen es durch die Anbindung an die Vorgaben des Zufallsgenerators im Einzelfall zu einer über das erforderliche Maß hinausgehenden Interessenverletzung käme, könnte er sich auch durch ein derartiges Vorgehen nicht aus seiner rechtlichen Verantwortung stehlen. Bewirkt der Zufallsgenerator beispielsweise, dass nicht ein, sondern zwei Fußgänger durch das autonome Fahrzeug zu Tode gebracht werden, so tritt damit eine über das erforderliche Maß hinausgehende Interessenverletzung ein. Anders als beim rechtfertigenden Notstand wird hier nicht das Leben eines zuvor Ungefährdeten in menschenwürdevolliger Weise dazu instrumentalisiert, Dritte vor einer

ausschließlich für sie bestehenden Gefahr zu retten, sondern sämtliche Beteiligten befanden sich schon vor der Weichenstellung durch den Zufallsgenerator gleichermaßen in Gefahr und bedurften der Rettung aus dieser mit gleichem Recht. Wenn es in einer derartigen Situation keine Verletzung der Menschenwürde darstellt, eine an der Anzahl der Rettungsberechtigten orientierte Entscheidung zu treffen, dann wird deren Menschenwürde auch nicht dadurch verletzt, dass eine solche Entscheidung dem potenziellen Retter nicht nur rechtlich erlaubt, sondern sogar geboten wird.

## VI. Normenkonkurrenz bei gleichzeitiger Normenkollision

Damit harrt nur noch der letzte oben angeführte Beispielfall einer Erörterung, in dem zwei siamesische Zwillinge zur Rettung ihres Lebens auf eine operative Trennung unter Tötung des jeweils anderen angewiesen waren. Anders als im Fall des unvermeidlichen Tritts auf einen der beiden Gestürzten im Fußballstadion existiert für den Chirurgen im Fall der siamesischen Zwillinge noch eine dritte Verhaltensalternative, nämlich auf jede Operation zu verzichten und nichts gegen den kumulativen Tod beider Zwillinge zu unternehmen. Es bestand für den Chirurgen also die praktische Möglichkeit, sowohl das Tötungsverbot gegenüber dem einen Zwilling einzuhalten als auch sein Recht auszuüben, auch den anderen Zwilling nicht aktiv töten zu müssen. Es bestand für ihn aber nicht die praktische Möglichkeit, sowohl das Rettungsgebot gegenüber dem einen Zwilling einzuhalten als auch sein Recht auszuüben, auch den anderen Zwilling retten zu dürfen. In einer solchen Normenkonkurrenzlage kann die Nichtbefolgung eines Rettungsgebots allenfalls dann rechtmäßig sein, wenn der Täter stattdessen von seinem Recht zur Rettung eines Dritten oder seiner selbst Gebrauch macht.

Die Rettung jedes der beiden siamesischen Zwillinge wäre aber nur durch aktive Tötung des jeweils anderen möglich, verstieße also gegen ein Handlungsverbot, das gem. § 34 StGB grundsätzlich vorrangig gegenüber einem Rettungsgebot zugunsten nicht wesentlich überwiegender Interessen wäre. Rechtmäßig verhielte sich der Täter dann also allein, wenn er untätig den Tod beider siamesischer Zwillinge zulässt, während die alternative Rettung eines von ihnen auf Kosten des anderen ein rechtswidriges und darüber hinaus auch schuldhaftes Tötungsdelikt begründete.<sup>28</sup>

### 1. Eigene statt fremde Gegeninteressen in der Abwägung

Dieses Ergebnis läge im Interesse keines der beiden Zwillinge und vermag erst recht nicht zu überzeugen, wenn man nach denselben Grundsätzen einen Parallellfall löst, in dem lediglich der zur Rettung des anderen zu tötende Zwilling durch den Täter selbst ersetzt wird: Angenommen also, zwei Bergleute seien infolge eines Grubenunglücks in einem unterirdischen Hohlraum eingeschlossen worden, in dem der Sauerstoff mittlerweile so knapp geworden ist, dass er nur noch alternativ den einen oder den anderen so lange am Le-

<sup>26</sup> Kritisch dazu auch *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 16 Rn. 125o.

<sup>27</sup> Sogar als rechtlich geboten bezeichnen dies *Weigend*, ZIS 2017, 603; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 16 Rn. 125q.

<sup>28</sup> So für einen ähnlichen Fall aus dem Jahr 1987 *R. Merkel*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 603 (638), der einräumt, dass „dies alles andere als eine befriedigende Lösung“ sei.

ben zu erhalten vermag, bis die Rettungsbohrung von außen zu ihnen vordringt. Hier wäre zweifelsfrei jeder der beiden Bergleute zur Untätigkeit und damit zur Hinnahme ihrer beider Ersticken berechtigt. Ebenso wäre jeder der beiden dazu berechtigt, sich selbst beispielsweise mit einem Messer zu töten und dadurch das Leben des anderen zu retten. Den jeweils anderen dürfte aber keiner der beiden zwecks Rettung des jeweils eigenen Lebens töten, da er sonst gegen das Tötungsverbot verstieße, das gegenüber dem Recht zur Rettung des eigenen oder fremden Lebens gem. § 34 StGB vorrangig ist.

Meines Erachtens stellte es aber eine im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung dar, wenn jeder in einer solchen Gefahrenlage Befindliche, um zumindest das Leben eines von ihnen zu retten, zwar sich selbst, aber keinesfalls den anderen töten dürfte. Da eigenes und fremdes Leben vor der Rechtsordnung gleichwertig sind, müsste es in einer Lage, in der von zwei in Lebensgefahr Befindlichen jeder nur durch aktive Tötung des jeweils anderen gerettet werden kann, nicht nur erlaubt sein, sich selbst zu töten und so den anderen zu retten, sondern auch umgekehrt den anderen zu töten und so sich selbst zu retten.

## 2. Interessenabwägung bei der Trennung siamesischer Zwillinge

Wenn aber demjenigen, der sich selbst in Lebensgefahr befindet, in einer solchen Lage die aktive Fremdtötung erlaubt ist, dann muss eine ebensolche aktive Fremdtötung auch einem Dritten erlaubt sein, der die bestehende Normenkollision auf dieselbe Weise auflöst. Im Ergebnis stehen dem Chirurgen im Fall der siamesischen Zwillinge somit drei erlaubte Optionen zur Verfügung: erstens den einen Zwilling unter aktiver Tötung des anderen von diesem abzutrennen und dadurch dessen Leben zu retten, zweitens das umgekehrte Vorgehen durch aktive Tötung des einen Zwilling zugunsten des dadurch geretteten anderen und drittens das Unterlassen jeglicher Trennung der Zwillinge unter Hinnahme ihrer beider Tod.

Weder dieser noch der zuvor gebildete Bergwerksfall lassen sich unter dem Begriff der „Pflichtenkollision“ adäquat erfassen: Es geht nicht darum, welche von zwei kollidierenden Pflichten sich durchsetzt, sondern darum, welche Erlaubnis zu dem einen Verhalten der grundsätzlich bestehenden Pflicht zu einem anderen Verhalten entgegengesetzt werden kann, wenn beide Verhaltensweisen einander praktisch ausschließen. Gerade diese auf verschiedene Verhaltensweisen aufgeteilte Bezogenheit von Pflicht und Erlaubnis unterscheidet die Normenkollision von einer Normenkollision, wie sie beispielsweise dem rechtfertigenden Notstand zugrunde liegt.

## VII. Auflösung einer Normenkollision auf Tatbestandsebene

Demzufolge muss die Auflösung einer Normenkollision im Gegensatz zu einer Normenkollision bereits auf Tatbestandsebene statt erst auf der Ebene der Rechtfertigungsgrün-

de erfolgen.<sup>29</sup> Positivrechtlich spricht dafür bereits der Wortlaut des § 323c Abs. 1 StGB, wonach die allgemeine Hilfeleistungspflicht überhaupt erst entsteht, wenn ihre Erfüllung „ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist“, d.h. wenn etwa keine Garantenstellung zu einer nur alternativ durchführbaren Hilfeleistungshandlung zugunsten eines Dritten verpflichtet. Ebenso ist bereits der Tatbestand des § 323c Abs. 1 StGB nicht erfüllt, wenn die zugunsten eines Verunglückten erforderliche Hilfeleistungshandlung unterbleibt, weil stattdessen mit einer nur alternativ möglichen anderen Handlung „erhebliche eigene Gefahren“ abgewendet werden sollen.<sup>30</sup>

Überhaupt bildet es praktisch eher die Regel, dass die Auferlegung einer Hilfeleistungspflicht zugunsten Dritter zugleich in das Recht des Verpflichteten eingreife, eine der diversen anderen Betätigungsmöglichkeiten zu nutzen, die ihm sonst in der für die Hilfeleistung benötigten Zeitspanne zur Verfügung stünden. In dieser erhöhten Eingriffsintensität, die mit einem Handlungsgebot relativ zu einem Handlungsverbot verbunden ist, liegt gerade der Grund dafür, dass § 323c Abs. 1 StGB eine allgemeine Hilfeleistungspflicht nur sehr zurückhaltend anordnet und an ihre Verletzung auch nur einen sehr geringen Strafraum knüpft, während es zur Auslösung desselben Strafraums wie für ein Begehungsdelikt gem. § 13 Abs. 1 StGB einer besonderen Garantenstellung bedarf.<sup>31</sup>

Die Abwägung zwischen den Interessen desjenigen, der auf eine Rettungshandlung angewiesen ist, und desjenigen, in dessen Recht, andere Handlungen anstelle der Rettungshandlung vornehmen zu dürfen, durch die Auferlegung einer Rettungspflicht eingegriffen würde, findet also stets bereits auf Tatbestandsebene statt und entscheidet darüber, ob überhaupt eine Rettungspflicht entsteht, und nicht erst darüber, ob ihre Verletzung gerechtfertigt werden kann.

## VIII. Schluss

Bei der sog. rechtfertigenden Pflichtenkollision handelt es sich somit in Wahrheit um eine tatbestandsausschließende Konkurrenzbeziehung zwischen zwei Normen: der einen, die ein bestimmtes Verhalten grundsätzlich gebietet oder verbietet, sowie einer zweiten, die grundsätzlich zu einem bestimmten nur alternativ möglichen anderen Verhalten berechtigt – wobei die Interessen, denen die zweite (Erlaubnis-)Norm dient, im Verhältnis zu den von der ersten (Verpflichtungs-)Norm geschützten mindestens gleichwertig erscheinen müssen.

<sup>29</sup> So auch *Freund/Rostalski* (Fn. 4), § 3 Rn. 71, § 6 Rn. 96 ff.; *Schlehofer* (Fn. 4), Vor § 32 Rn. 251.

<sup>30</sup> *Wolters*, in: *Wolter/Hoyer* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 323c Rn. 32; *Heger* (Fn. 9), § 323c Rn. 7; *Pawlik*, GA 1995, 360 (372); *Frellesen*, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, 1980, S. 211.

<sup>31</sup> *Arm. Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, S. 86.

# Aufgeben nach Gefahrschaffung?

## Prozessuale oder materiell-rechtliche Begrenzungen des unbeendeten Versuchs

Von Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen\*

*Die Rechtsprechung lässt einen Rücktritt vom unbeendeten Versuch auch nach Schaffung einer objektiv gefährlichen Lage zu, wenn der Täter aufgrund vager Anhaltspunkte auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung vertraut. Es ist nicht viel mehr als eine Floskel, dass der BGH „strenge Anforderungen“ an die Beweiswürdigung der Instanzgerichte stellt, wenn sie dem Angeklagten zugutehalten wollen, dass er die tatsächlich bestehende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung (möglicherweise) verkannt hat. Abweichend davon ist die Annahme eines beendeten Versuchs praktikabel und entspricht vor allem der ratio von § 24 StGB, wenn der Täter seine Obliegenheit, sich um die Folgen seiner Handlung zu kümmern, verletzt und deshalb sorgfaltswidrig untätig bleibt.*

### I. Einleitung

Im Spiegel der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung erscheint kaum ein Bereich so fehleranfällig, wie der Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB. Häufig rügt der BGH Mängel bei der Beurteilung der Rücktrittsfähigkeit des sogenannten vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs. Damit sind Konstellationen gemeint, in denen der Täter bereits eine Ausführungshandlung vorgenommen hat, die nach der unmittelbar anschließend gewonnenen Einschätzung des Täters zur Tatbestandserfüllung nicht geeignet ist, er nun aber weitere Möglichkeiten der Tatbegehung sieht.<sup>1</sup>

Die Diskussion kreist meist um die Frage der Abgrenzung von fehlgeschlagenem und unbeendetem Versuch, deren Beantwortung nach der in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Gesamtbetrachtungslehre davon abhängt, ob die bereits vorgenommene Ausführungshandlung und die vom Täter im Anschluss hieran (aus dem sogenannten Rücktrittshorizont) erkannte weitere Option der Tatbestandsverwirklichung eine „Tat“ i.S.v. § 24 StGB bilden würden.

Weniger im Fokus steht die Beschäftigung mit der vorgelegten Frage, ob der Täter nach Vornahme der Ausführungshandlung mit der Tatbestandsverwirklichung ohne weiteres eigenes Zutun rechnet (beendeter Versuch) oder nicht (unbeendeter Versuch, sofern der Täter fortbestehende Optionen zur Tatbestandsverwirklichung sieht). Das geringe wissenschaftliche Interesse an dieser Frage ist insofern nicht überraschend, als diese Abgrenzung in materiellrechtlicher Hinsicht keine besonderen Probleme aufweist.<sup>2</sup> Schwierigkei-

ten treten in der Praxis aber in prozessualer Hinsicht auf, nämlich bei der Feststellung des Vorstellungsinhalts. Im Folgenden soll es um diese (erste) Weichenstellung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch gehen. Dabei steht die Frage im Fokus, ob es tatsächlich berechtigt ist, die Grenzziehung mit Rechtsprechung und h.L. ausschließlich auf der Grundlage der Vorstellung des Täters vom Nichtbestehen oder Bestehen der Gefahr der Tatbestandsverwirklichung vorzunehmen.

Aus § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ergibt sich, dass die Orientierung an dem Vorstellungsbild des Täters geboten ist, wenn er sich – ggfs. auch: irrtümlich – die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung (nur) vorstellt. Ist der Versuch – vom Täter unerkannt – untauglich oder fehlgeschlagen, so liegt subjektiv ein beendeter Versuch vor und der Täter muss Verhinderungsbemühungen entfalten. Das ist auch in der Sache geboten, weil der Täter nur auf diese Weise seine Distanzierung von der Versuchstat demonstrieren kann.

Hat der Täter eine tatsächlich bestehende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung zutreffend erkannt, so liegt der unproblematische Fall des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB vor: der Täter muss auf der Grundlage eines Verhinderungsvorsatzes den Eintritt des Erfolges verhindern. Ein vom Täter nicht wahrgenommener Wegfall der Gefahrenlage, etwa aufgrund einer Rettung von dritter Seite, führt wieder zur Konstellation einer nur vorgestellten Gefahr und damit zur Rücktrittsmöglichkeit nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.

Damit bleibt eine Konstellation, für die das Gesetz keine klare Vorgabe enthält, nämlich der Fall der objektiv bestehenden, aber vom Täter nicht erkannten Gefahrenlage. Diese Konstellation steht in einem Spannungsverhältnis zwischen dem in § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB normierten objektiven Erfordernis des Verhinderns bei Bestehen einer Gefahrenlage einerseits und der Maßgeblichkeit der Tätervorstellung andererseits. Letztere hat in § 24 Abs. 2 S. 2 StGB ihren Niederschlag gefunden und muss nach h.M. auch in materieller Hinsicht den Ausschlag geben, weil sich der psychische Impuls zur Vornahme von Verhinderungshandlungen nur bei dem einstellen kann, der eine bestehende Gefahr erkennt oder sich zumindest vorstellt. Diese Konstellation, in welcher der Täter die objektive Gefährlichkeit seines Verhaltens nicht erkennt, verdient nähere Betrachtung. Im ersten Schritt (II.) wird die Lösung des BGH anhand des praktischen Fallmaterials vorgeführt und kritisch analysiert; im zweiten Schritt (III.) wird ein Ansatz dargestellt, der zwischen einer strikt subjektiven und einer strikt objektiven Lösung hindurchführt.

\* Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Eingehend Murmann, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 80 ff.

<sup>2</sup> Die Frage, mit welchem Gewissheitsgrad der Täter die Gefahr realisiert haben muss, wird ganz überwiegend im Sinne einer Möglichkeitsvorstellung gelöst. Normativ trefender ist es zu verlangen, dass das vom Täter vorgestellte

Risiko die Qualität eines rechtlich missbilligten Risikos hat; dazu Murmann (Fn. 1), § 24 Rn. 151.

## II. Die Grenzziehung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch als Tatsachenfrage: Rücktrittshorizont und „strenge Anforderungen“ an die Beweiswürdigung

Wie bereits erwähnt, macht der BGH – ebenso wie die überwiegende Lehre – die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch nach Vornahme einer Ausführungshandlung vom Rücktrittshorizont abhängig:<sup>3</sup> Geht der Täter zu diesem Zeitpunkt davon aus, die bereits vorgenommene Ausführungshandlung werde noch nicht zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen und sieht er zugleich die Möglichkeit, die Tat durch weitere Handlungen zur Vollendung zu bringen, so ist der Versuch unbeendet; geht er davon aus, der Erfolg könne aufgrund der bereits vorgenommenen Handlung eintreten, so ist er beendet. Es sind also zwei Stufen, die zum unbeendeten Versuch führen: zum einen die Vorstellung des Täters, noch nicht alles Erforderliche getan zu haben, und zum anderen die Vorstellung, innerhalb des gleichen Geschehens noch zur Tatbestandsverwirklichung in der Lage zu sein.

In zahlreichen Entscheidungen, vor allem aus dem Bereich der Tötungsdelikte, hatte sich der BGH zunächst mit der ersten Stufe, also mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Täter die Gefährlichkeit der von ihm geschaffenen Lage für das Opfer erfasst hat. Diese Frage wirft in rechtlicher Hinsicht keine nennenswerten Probleme auf: Der Täter hat die gefährliche Lage erfasst, wenn er die Möglichkeit des Eintritts des tatbestandlichen Erfolgs erkannt hat. Dafür reicht es – trotz gelegentlich missverständlicher Formulierungen des BGH – nicht aus, wenn der Täter die gefahrbe gründenden Umstände erkannt hat. Vielmehr muss er auch

die daraus resultierende Gefährlichkeit gedanklich nachvollzogen haben.<sup>4</sup> Ein gesteigerter Wahrscheinlichkeitsgrad ist dafür nicht erforderlich. Ohne nennenswerte Unterschiede, aber normativ präziser, wäre es zu formulieren, dass der Täter ein Risiko erfasst haben muss, welches über dem erlaubten liegt.

In der Konsequenz dieses Ausgangspunktes liegt es freilich, dass die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch ganz von den Vorstellungen und vor allem von den Einschätzungen des Täters abhängt. Zur Illustration bieten sich vor allem solche Fälle an, in denen der Täter nur mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat und nun auf ein Ausbleiben des Erfolgs hofft: Je nach individuellem Naturell mag der Täter ängstlich und vorsichtig mit dem Schlimmsten rechnen oder aber optimistisch und womöglich unbegründet leichtsinnig darauf vertrauen, dass der Erfolg nicht eintreten wird. Rationalität ist kein notwendiges Kennzeichen des menschlichen Entscheidungsprozesses, schon gar nicht, wenn ein gravierender Konflikt verbunden mit Gewalthandlungen unmittelbar vorausgegangen ist und eine Person womöglich das Gefühl hat, vor den Trümmern ihrer Existenz zu stehen. Mit diesen Faktoren muss die Praxis umgehen, wenn sie Vorstellungen und Einschätzungen des Täters zur Grundlage der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch macht. Der damit eröffnete weite Rahmen denkbarer (Fehl-)Einschätzungen ist im Prozess dann auch das Feld, in dem sich schwer widerlegbare Einlassungen bewegen und innerhalb dessen das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht sogar ohne entsprechenden Vortrag mögliche Inhalte des Rücktrittshorizonts bei seiner Überzeugungsbildung zu berücksichtigen hat.

Es ist freilich nichts Ungewöhnliches, liegt vielmehr in der Natur der notwendigen Schlussfolgerung von äußeren Umständen auf innere Einstellungen verbunden mit der Komplexität und Verschiedenheit der menschlichen Vorstellungswelt, dass im Bemühen um eine Aufklärung der Gedanken des Täters das Gericht eine Überzeugung von einer täterungünstigen inneren Einstellung nicht zu gewinnen vermag und damit zu einer in-dubio-pro-reo-Entscheidung kommen muss. Im Kontext des Rücktritts scheint sich die Rechtsprechung damit etwas schwerer zu tun als üblich. Das mag an der skizzierten besonders hohen Fehleranfälligkeit liegen und möglicherweise auch daran, dass es beim Rücktritt nicht um die Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit geht, sondern um die Entlastung dessen, der nach Überzeugung des

<sup>3</sup> Aus der Rechtsprechung etwa BGHSt 31, 170 (176); 34, 53 (55 ff.); 35, 90 (91 ff.); (GS) 39, 221 (227 ff.); 39, 244 (246 ff.); 40, 75 (76 f.); BGH NSTz 2017, 149 (151); BGH NSTz 2020, 82. Aus der Literatur etwa *Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 24 Rn. 7; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 46; *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 24 Rn. 18 ff.; *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 19; *Jäger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2017, § 58 Rn. 78; *Heger*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 15; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 61; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, § 51 II 3, 6; *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 24 Rn. 19; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 27 f.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 28 Rn. 120 ff.; *Otto*, JURA 2001, 341 (343); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 46 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 77; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1022.

<sup>4</sup> So heißt es zwar in BGH NSTz 1999, 299 (im Anschluss an BGHSt 39 [GrS], 211 [231]) zunächst, dass „den Erfolgseintritt auch für möglich hält, wer die tatsächlichen Umstände erkennt, die diesen nach der Lebenserfahrung nahelegen“. Schon im nächsten Satz wird aber klargestellt, dass damit nicht schon die Kenntnis der Umstände für ausreichend gehalten wird, sondern eine beweiswürdigungsrelevante Selbstverständlichkeit behauptet wird, wonach es „bei gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, deren Wirkungen der Täter wahrgenommen hat“, „auf der Hand“ liege, „dass er die lebensgefährdende Wirkung und die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt“.

Gerichts bereits verschuldetes Unrecht verwirklicht hat. Jedenfalls stellt der BGH – zumindest verbal – hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung der Tatgerichte: an deren Feststellung, der Angeklagte habe angenommen, der Erfolgseintritt drohe nicht, seien „strenge Anforderungen“ zu stellen.<sup>5</sup> Das ist freilich auf den ersten Blick eine erstaunliche Vorgabe, weil schwerlich gemeint sein kann, dass sonst auch die Erfüllung „laxer Anforderungen“ genüge.

Es kann deshalb nicht erstaunen, wenn der BGH zur Konkretisierung seiner „strengen Anforderungen“ über Selbstverständlichkeiten nicht hinauskommt: Bei „gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, deren Wirkungen der Täter wahrgenommen hat, liegt es auf der Hand, dass er die lebensgefährdende Wirkung und die Möglichkeit des Erfolgesintritts erkennt“.<sup>6</sup> Die damit postulierte „Beweisregel“, die es ausschließt, dem Täter ohne besondere Anhaltspunkte die Möglichkeit eines irrationalen Vertrauens auf einen guten Ausgang zugute zu halten, entspricht den üblichen Anforderungen an die Überzeugungsbildung. Denn auch sonst fordert der BGH tatsächliche Anhaltspunkte und lässt den theoretischen Zweifel als Grundlage für die Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes nicht ausreichen.<sup>7</sup> Besteht dagegen die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass der für den Angeklagten günstige Sachverhalt zutrifft, kann dies nicht durch „strenge Anforderungen“ an die Beweiswürdigung unterlaufen werden. Das gilt auch dann, wenn dem Angeklagten damit ein irrationaler Umgang mit der Wirklichkeit zugutegehalten werden muss.

Entsprechend diesen Grundsätzen hat der BGH bei Vorannahme schwerer Gewalthandlungen mit unübersehbar schweren Verletzungen die Annahme eines beendeten Versuchs eines Tötungsdelikts z.B. gebilligt, wenn der Täter aus kürzester Entfernung auf die Schläfe des Opfers schießt und das Projektil für den Täter erkennbar in die Schädelhöhle eindringt<sup>8</sup> oder das Opfer nach einem Schuss aus einer großkalibrigen Waffe erkennbar getroffen wird und sofort zusammenbricht.<sup>9</sup> Zahlreiche Entscheidungen zu Fällen, in denen die Annahme eines beendeten Versuchs zumindest nahe liegt, betreffen Messerstiche in Bauch, Brust oder Hals.<sup>10</sup>

Es liegt in der Logik der BGH-Rechtsprechung, dass die Annahme, der Täter habe die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt, entkräftet werden kann. Anhaltspunkte, welche auch bei gefährlichen Gewalthandlungen und

vom Täter wahrgenommenen schweren Verletzungen die Überzeugung in Frage stellen können, dass der Täter das Risiko eines tödlichen Ausgangs als solches erkannt hat, können sich nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere aus dem Verhalten des Opfers nach der Verletzungshandlung ergeben. Auch wenn der Täter bei und unmittelbar nach der Ausführungshandlung von deren Lebensgefährlichkeit ausgeht, wird im Rahmen der Gesamtbetrachtungslehre eine Korrektur des Rücktrittshorizonts in engen zeitlichen Grenzen zugelassen,<sup>11</sup> sodass dem nachfolgenden Opferverhalten für die Vorstellungen des Täters noch Bedeutung zukommen kann.<sup>12</sup> So hat der BGH die Annahme eines unbeendeten Versuchs akzeptiert, nachdem der Täter zunächst tötungsvorsätzlich mit einer Armbrust auf sein Opfer geschossen hatte. Das Opfer zog sich den Pfeil aus der linken Brusthälfte und fiel dann zu Boden. Anschließend stand es auf und warf sich gegen den Täter; bei dem Zusammenprall erlitt das Opfer einen Unterleibsstich durch ein vom Täter geführtes Messer. Nachdem das Opfer stöhnend zusammengesackt war, versetzte der Täter ihm einen tiefen Messerstich in die Brust und einen weiteren in den Bauch. Die Möglichkeit, dass der Täter trotz der brachialen Gewalt und der offenkundig erheblichen Verletzungen einen tödlichen Ausgang nicht ins Kalkül gezogen haben könnte, soll sich daraus ergeben, dass sich das Opfer anschließend „ohne für den Angeklagten erkennbare körperliche Beeinträchtigungen in Richtung auf sein Haus fortbewegt habe“.<sup>13</sup> Tatsächlich konnte das Opfer nur durch die sofort durchgeführte ärztliche Versorgung gerettet werden.

Zahlreiche ähnliche gelagerte Fälle ließen sich aufzählen. So soll ein unbeendeter Versuch zumindest zu erwägen sein, wenn sich das Opfer nach einem Stich mit einem Messer mit 17 cm Klingenlänge in den Rücken zu Fuß zu einer etwa 700 Meter entfernten Gaststätte begibt<sup>14</sup> oder nach einem Stich mit einem Fleischermesser mit 23 cm Klingenlänge in den Bauch noch „zu körperlichen Reaktionen fähig ist, die geeignet sind, Zweifel daran aufkommen zu lassen, das Opfer sei bereits tödlich verletzt, etwa wenn das Opfer noch in der Lage ist, sich vom Tatort wegzubewegen“.<sup>15</sup> Die Annahme eines unbeendeten Versuchs hat der BGH auch in einem Fall gebilligt, in dem der Täter mit seinen mit Stahlkappen verstärkten Arbeitsschuhen mindestens zweimal „von oben stampfend auf den Hinterkopf“ seines Opfers trat und dabei mögliche tödliche Folgen billigend in Kauf nahm. Der Umstand, der die Wertung zulasse, „er habe nach Beendigung

<sup>5</sup> BGHSt (GS) 39, 221 (231) unter Bezugnahme auf BGHSt 35, 90; BGH NStZ 1999, 299; BGH StV 1996, 23.

<sup>6</sup> BGH NStZ 1999, 299 unter Bezugnahme auf BGHSt 39 (GrS), 211 (231). Auch BGH StV 1996, 23.

<sup>7</sup> Z.B. BGH, Urt. v. 26.8.2020 – 2 StR 587/19, Rn. 8.

<sup>8</sup> BGHSt 33, 295 (300) mit Anm. Hassemer, JuS 1986, 237; Puppe, NStZ 1986, 14; Roxin, JR 1986, 424; Weidemann, GA 1986, 409.

<sup>9</sup> BGH NStZ 1993, 279 f.

<sup>10</sup> BGHSt 14, 75; 22, 230; BGH NStZ 1986, 214; BGH NStZ 1994, 76; BGH NStZ 1999, 299 mit Anm. Eisele, JA 1999, 922; BGH NStZ 1999, 300 (301); BGH NStZ 2005, 263 (264); BGH JR 2005, 382 (383) mit Anm. Puppe, NStZ 2012, 206 (207); BGH NStZ 2012, 688 (689).

<sup>11</sup> BGHSt 36, 224 (225 f.); (GS) 39, 221 (230 f.); BGH StV 2023, 320; BGH StV 2021, 90 (91), dazu Hinz, JR 2022, 510 ff.; BGH NStZ-RR 2020, 272; BGH StV 2020, 80 (81); BGH StV 2020, 114 (115 f.).

<sup>12</sup> Z.B. BGH NStZ 2017, 459; BGH NStZ 2014, 569.

<sup>13</sup> BGH StV 1996, 23.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2014, 569 mit. Anm. Nestler. Dazu Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 17c: „kaum nachvollziehbar“.

<sup>15</sup> BGH StV 2020, 114 (115). Vgl. auch BGH NStZ-RR 2023, 105; BGH NStZ 2023, 673; BGH, Beschl. v. 24.10.2002 – 4 StR 369/02.

der Tathandlung den tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten“, sah das Tatgericht „in wahrnehmbaren, lauten Atemgeräuschen“ des Opfers, die es in seine Gesamtwürdigung zum Rücktrittshorizont einbezogen hatte. Ganz glücklich ist der BGH mit diesem Ergebnis offenbar nicht, bewegt sich aber in den Bahnen seiner Rechtsprechung zur richterlichen Beweiswürdigung, wenn es heißt:

„Dies ist vom Revisionsgericht hinzunehmen, selbst wenn andere Schlüsse näher gelegen hätten.“<sup>16</sup>

In der praktischen Anwendung bleibt offenbar von den „strengen Anforderungen“ an die Beweiswürdigung wenig übrig. Letztlich erscheinen nahezu alle Lebenszeichen, die das Opfer nach der Verletzungshandlung noch zeigt, zur Begründung richterlichen Zweifels daran geeignet, dass der Angeklagte den Tod seines Opfers noch für möglich gehalten hat.

Zusammenfassend: Die Rechtsprechung führt dazu, dass der Täter auch nach schwersten Gewalthandlungen und wahrgenommenen gravierenden Verletzungen durch bloße Untätigkeit vom unbeendeten Versuch zurücktreten kann, wenn er das Glück hat, dass das lebensgefährlich verletzte Opfer, etwa durch die Intervention Dritter, überlebt. Erforderlich ist lediglich, dass das Tatgericht Anhaltspunkte dafür findet, dass der Täter auf einen guten Ausgang vertraut haben könnte, auch wenn dieses Vertrauen bei nüchterner Betrachtung irrational bleibt. Dieses Ergebnis ist konsequent und durch eine „strenge Beweiswürdigung“ auch nicht zu korrigieren, wenn man den Ausgangspunkt akzeptiert, nämlich die Maßgeblichkeit der psychischen Befindlichkeit des Täters. Genau hier liegt der Fehler!

### III. Materiellrechtliche Korrektur statt „strenger Anforderungen“ an die Beweiswürdigung

Für eine angemessene Lösung des Problems ist daran zu erinnern, dass die Begriffe „unbeendeter“ und „beendeter“ Versuch gesetzlich nicht geregelte Hilfsbegriffe sind, deren materialer Gehalt sich danach richten muss, welche Anforderungen an ein Rücktrittsverhalten zu stellen sind. Anders gesagt: Wenn ein „Aufgeben“ nach Wortlaut und ratio von § 24 StGB zur Gewährung des Rücktrittsprivilegs ausreicht, so liegt ein unbeendeter Versuch vor. Kann der Täter dagegen mit Blick auf den drohenden Erfolgseintritt seine Rückkehr zum Recht nur dadurch demonstrieren, dass er verhin-dernd eingreift, liegt ein beendeter Versuch vor.

Über alle unterschiedlichen Auffassungen zur ratio der Strafbefreiung beim Rücktritt hinweg besteht in der Sache Einigkeit, dass jedes Rücktrittsverhalten eine Umkehrleistung des Täters voraussetzt. Ob diese Umkehrleistung den rechtserschütternden Eindruck beseitigt, eine spezialpräventive Einwirkung verzichtbar erscheinen lässt, die Normgeltung bestätigt oder das rechtliche Anerkennungsverhältnis wiederherstellt, stets muss sich der Täter von seinem Versuchsverhalten distanzieren. Damit ist immer ein Entscheidungsverhalten des Täters gefordert, weshalb es auch im Ansatz zu-

treffend ist, dass die h.M. dem Kenntnisstand des Täters Relevanz für die zu fordernde Rücktrittsleistung zukommen lässt.

Beim „Verhindern“ ist die Distanzierungsleistung besonders plastisch: nimmt der Täter an, dass die Tatbestandsverwirklichung aufgrund der bereits vorgenommenen Ausführungshandlung ohne weiteres Zutun eintreten kann (beendeter Versuch), so kann er nur – aber dafür mit besonderem Nachdruck – durch ein Eingreifen in den von ihm initiierten Verlauf demonstrieren, dass er mit der Tatbestandsverwirklichung und der dieser zugrundeliegenden Unrechtsmaxime nicht (mehr) einverstanden ist. Im Grundsatz nichts anderes gilt, wenn der Erfolgseintritt in Wahrheit nicht droht: Der Täter muss in den vorgestellten Verlauf eingreifen, weil er nur so zu seinem Versuchsverhalten auf Distanz gehen kann („Bemühen“ i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB).

Der Sinngehalt eines „Aufgebens“ liegt dagegen nicht ohne Weiteres auf der Hand.<sup>17</sup> Untätigkeit ist für sich genommen ohne Aussagewert; geht es um das Unterlassen eines deliktischen Angriffs ist Untätigkeit rechtlich und tatsächlich zu erwarten und damit eine Selbstverständlichkeit, die nicht als besonders honorierungswürdig anzusehen ist. Der Erklärungsgehalt eines Nichtstuns als „Aufgeben“ kann sich erst aus dem Kontext ergeben, also mit Blick auf das vorausgegangene Versuchsverhalten, dessen Aussagegehalt durch das Aufgeben entkräftet werden soll. Setzt der Täter auf der Grundlage seines Tatentschlusses unmittelbar zur Tat an, so impliziert dies die Bereitschaft, auch zur Ausführungshandlung überzugehen. Nichts anderes gilt, wenn er bereits eine aus seiner Sicht erfolglose Ausführungshandlung vorgenommen hat: Solange sich der Täter in der Lage sieht, unmittelbar weitere Ausführungshandlungen zur Realisierung seines Entschlusses anzuschließen, ist empirisch zu erwarten, dass er sich dieser Möglichkeiten auch bedient. Vor diesem Hintergrund entfaltet erwartungswidrige Untätigkeit (trotz normativer Erwartbarkeit) einen Aussagegehalt. Verfolgt der Täter das in seinem Tatentschluss vorgezeichnete Projekt nicht weiter, so lässt sich dies als Distanzierung von der im Versuch manifestierten Unrechtsmaxime verstehen. Diese Überlegungen bilden den Hintergrund der Gesamtbetrachtungslehre.

Da Untätigkeit die Abkehr von der Versuchstat nur zum Ausdruck bringen kann, wenn der Täter darin bereits die Gewähr für das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung sieht, setzt der Rücktritt vom unbeendeten Versuch voraus, dass der Täter einen Erfolgseintritt aufgrund seines bisherigen Tuns ausschließt. Eine Tätervorstellung dieses Inhalts ist damit jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für einen Rücktritt vom unbeendeten Versuch. Stimmt die Tätervorstellung mit der Wirklichkeit überein, droht also auch objektiv nicht die Tatbestandsverwirklichung, so ist es nach Wortlaut und Sinn von § 24 StGB sachgerecht, in der Untätigkeit ein Rücktrittsverhalten i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zu sehen. Insoweit ist der Rechtsprechung also zuzustimmen.

Problematisch bleibt aber die Konstellation, in welcher tatsächlich die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung droht

<sup>16</sup> BGH StV 2020, 83 (85); dazu *Hinz*, JR 2022, 510 ff.

<sup>17</sup> Zum Folgenden *Murmann* (Fn. 1), § 24 Rn. 93, 100 ff.

und ihr Ausbleiben schließlich dem rettenden Zufall zu verdanken ist.<sup>18</sup> In diesem Fall haften dem Geschehen zwei Risikodimensionen an: Objektiv besteht das im Geschehen bereits angelegte Risiko des Erfolgsintritts. Daneben besteht das Risiko, dass der von einem Fehlschlag seiner bisherigen Bemühungen ausgehende Täter der empirischen Erwartung entsprechend weitere Ausführungshandlungen vornimmt und damit an seiner Unrechtsmaxime festhält.<sup>19</sup>

Hinsichtlich des letztgenannten Risikos, dass also der Täter nach der ersten – aus seiner Sicht: erfolglosen – Ausführungshandlung zur Vornahme weiterer Ausführungshandlungen übergeht, liegt im Verzicht hierauf eine überzeugende Distanzierung von der Unrechtsmaxime. Dagegen ist die bloße Untätigkeit hinsichtlich des Risikos, dass die bereits vorgenommene Ausführungshandlung zur Tatbestandsverwirklichung führt, weniger aussagekräftig. Blickt man auf die Tätervorstellung, so lässt sich geltend machen, dass der Täter sich auf das Ausbleiben des Erfolgs verlässt und darin eine Distanzierung liegt. Das ist die Haltung der Rechtsprechung. Blickt man dagegen auf die objektive Sachlage, so lässt sich darauf verweisen, dass Untätigkeit nicht ausreicht, weil der Täter den drohenden Erfolgsintritt verhindern müsse.

Nach dem Wortlaut von § 24 Abs. 1 S. 1 StGB liegt die zuletzt genannte objektive Betrachtungsweise tatsächlich nicht fern: Das Erfordernis des „Verhinderns“ impliziert eine objektiv bestehende Gefahrenlage und damit eine Pflicht, den drohenden Erfolgsintritt abzuwenden.<sup>20</sup> Überzeugen könnte eine solche rein objektive Bestimmung nach den bisherigen Überlegungen jedoch nicht: Die Abkehr von der Unrechtsmaxime ist eine personale Entscheidung; das Rücktrittsverhalten kann in seinem spezifischen Sinngehalt also nicht ohne Rücksicht auf das Entscheidungsverhalten des konkreten Täters bestimmt werden.

Das führt aber noch nicht ohne Weiteres dazu, dass, wie der BGH meint, der rechtlich relevante Sinngehalt des Täterverhaltens nur durch die vom Täter aktualisierten Vorstellungen gestiftet wird. Individuelle Verhaltensanforderungen werden auch sonst nicht nur in Orientierung an den Tätervorstellungen begründet, sondern auch und sogar vor allem anhand der an den Täter gerichteten rechtlichen Erwartungen, für deren Nichterfüllung er die Verantwortung trägt. Das prägnanteste Beispiel dafür bildet die unbewusste Fahrlässigkeit, die einen Unrechts- und Schuldvorwurf nur zu tragen vermag, wenn der die Gefahr verkennende Täter damit gleichwohl eine individuelle Stellungnahme zum geschützten Rechtsgut abgibt. Es ist also keineswegs ausgemacht, dass

sich der Erklärungswert des Nichtweiterhandelns aus der vom BGH eingenommenen psychologisierenden Perspektive erschöpfend erfassen lässt. Die nicht weiter hinterfragte, sondern lediglich zum Gegenstand einer strengen Beweiswürdigung gemachte Basis der Distanzierungsleistung, ist für den BGH der Rücktrittshorizont des Täters, also die tatsächliche Tätervorstellung. Damit wird inzident behauptet, dass die Qualität des Rücktrittshorizonts für die Stellungnahme des Täters zu seiner Versuchstat irrelevant sei. Dem ist zu widersprechen!

Die Relevanz des Rücktrittshorizonts für das Rücktrittsverhalten zeigt sich besonders deutlich dort, wo er fehlt. Die wohl erste Entscheidung des BGH zu einer solchen Konstellation betraf den Fall, dass sich der Täter nach zwei objektiv lebensbedrohlichen Messerstichen in den Oberbauch seines Opfers „überhaupt keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns“ gemacht hatte.<sup>21</sup> Es besteht weitgehend Einigkeit, dass der aus Gleichgültigkeit gedankenlose Täter das Rücktrittsprivileg nicht verdient. So sieht es auch der BGH, der aber in der Begründung an den psychischen Sachverhalt eines Rücktrittshorizonts anknüpfen will, indem er behauptet, dass der Täter, der sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht, sowohl mit der Möglichkeit rechne, dass der Erfolg eintritt, als auch damit, dass er ausbleibt.<sup>22</sup> Das trifft aber nicht den psychischen Sachverhalt: Wer sich überhaupt keine Vorstellungen macht, rechnet mit nichts.<sup>23</sup> Der BGH rettet gewissermaßen den subjektiven Ausgangspunkt, indem er eine Vorstellung und damit einen Rücktrittshorizont fingiert.

Der BGH setzt mit seiner Lösung also auf der Ebene der Sachverhaltsfeststellung an und stellt insofern ganz zu Recht fest, dass die Auffassung des Landgerichts, wonach im Fall fehlender Vorstellungen in dubio pro reo ein unbeendeter Versuch anzunehmen sei, nicht zutrifft. Das folgt aber nicht daraus, dass der Täter in diesem Fall auch mit dem Erfolgsintritt rechnet, sondern daraus, dass er weder das Ausbleiben noch den Eintritt des Erfolgs als mögliche Folge seines Verhaltens in Erwägung zieht. Ein Sachverhalt, der nach den Feststellungen des Gerichts gar nicht vorliegen kann, kann auch nicht in dubio pro reo unterstellt werden. Ebenso unzulässig ist es freilich, wenn der BGH aus den Feststellungen des Landgerichts die Schlussfolgerung zieht, der Täter habe den Eintritt des Erfolgs für möglich gehalten.

Die Begründung dafür, dass der Täter hier nicht durch bloßes Nichtweitermachen zurücktreten kann, ist also nicht, dass sich der Täter im Stadium des beendeten Versuchs befindet, sondern dass er die Obliegenheit verletzt, sich Gedan-

<sup>18</sup> Kommt ihm dieser Zufall nicht zugute, so haftet er wegen Vollendung.

<sup>19</sup> Klarstellend: „Risiko“ heißt in diesem Zusammenhang nicht notwendig, dass es bei einem Weiterhandeln tatsächlich zu Gefahren für Rechtsgutsobjekte kommt. Das Risiko besteht vielmehr, wie sich an untauglichem Versuchsverhalten deutlich zeigt, für die Rechtmäßigkeit der interpersonalen Verhältnisse.

<sup>20</sup> In diesem Sinne etwa *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 65 ff., 85 f., 89 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 58 Rn. 28 ff.

<sup>21</sup> BGHSt 40, 304 (306); dazu *Murmann*, JuS 1996, 590 ff.

<sup>22</sup> BGHSt 40, 304 (306). Anders liegt es, wenn der Täter seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Erfolgsintritt psychisch realisiert, vgl. BGH NStZ-RR 2019, 368.

<sup>23</sup> *Heckler*, Die Ermittlung der beim Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr, 2002, S. 212 f.; *ders.*, NJW 1996, 2490 (2491); *Murmann*, JuS 1996, 590 (593); *ders.*, JuS 2021, 1001 (1004); *Puppe*, NStZ 1995, 403 (404); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 171.



ken über mögliche Gefahren zu machen, die aus seinem Verhalten erwachsen sein könnten. Der Sinngehalt eines Aufgebens wird nicht schon dadurch begründet, dass der Täter erkannte weitere Ausführungshandlungen nicht vornimmt, sondern er muss erfassen, dass der Tatbestand nur durch weitere Ausführungshandlungen verwirklicht werden kann, also nicht etwa die Situation eines beendeten Versuchs vorliegt. Nur vor dem Hintergrund einer solchen Festlegung kann der Täter seine Untätigkeit als zuverlässige Methode interpretieren, um ein Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung zu gewährleisten. Die Bildung eines Rücktrittshorizonts ist mithin der erste Schritt des Täters zum Rücktritt. Erst der Rücktrittshorizont kann dem Täterverhalten Sinn spenden. Anders formuliert: Der Rücktrittshorizont ist Teil der Stellungnahme, die der Täter zu seinem vorangegangenen Versuchsverhalten abgibt!

Damit ist nicht nur die Bedeutung eines fehlenden Rücktrittshorizonts für die Interpretation des Täterverhaltens thematisiert, sondern generell die Frage eröffnet, ob Defizite bei der Bildung des Rücktrittshorizonts bei der Qualifizierung des Täterverhaltens als Rücktrittsleistung zu berücksichtigen sind. Die Bedeutung des Rücktrittshorizonts für den Sinngehalt des (potentiellen) Rücktrittsverhaltens bedarf also auch dort der Erörterung, wo der Täter zwar davon ausgeht, dass sein bisheriges Verhalten nicht zur Tatbestandserfüllung führt, diese Einschätzung aber nicht der objektiven Sachlage gerecht wird. Zu dieser Kategorie gehören sämtliche oben aus der Rechtsprechung des BGH genannten Beispiele: Auch wenn sich das tatsächlich lebensgefährlich verletzte Opfer noch eine gewisse Strecke fortbewegen konnte oder seine Atemgeräusche zu hören waren, gab es bei objektiver Betrachtung angesichts der zuvor zugefügten Verletzungen allen Anlass, zumindest die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs ins Kalkül zu ziehen.

Freilich kann die fehlende Einsicht in das Gefahrenpotential der vorgenommenen Ausführungshandlung und der daraus resultierende Verzicht auf Verhinderungshandlungen nur dann mit negativen Konsequenzen für den Täter verbunden werden, wenn seine Untätigkeit eine Pflichtverletzung darstellt. Es stellt sich damit die Frage, ob es dem Täter nach der vorgenommenen Versuchshandlung oblag, sorgfältig alle erkennbaren Umstände in seine Überlegungen einzubeziehen oder auch die Entscheidungsbasis durch eine weitere Sachverhaltsaufklärung zu verbreitern, etwa indem er das Opfer näher untersucht oder es weiter beobachtet. Das Bestehen einer solchen Obliegenheit liegt auf der Hand: Wer einen anderen rechtswidrig verletzt, darf sich nicht aufgrund zweifelhafter Anhaltspunkte darauf verlassen, dass die Verletzungen nicht lebensgefährlich sein werden und deshalb auf Hilfe zugunsten des Verletzten verzichten. Die damit angesprochene Ingerenzgarantenpflicht ist bei den unechten Unterlassungsdelikten anerkannt, stellt aber keine spezifisch strafrechtliche, auf diesen Deliktstyp begrenzte Pflicht dar. Die Sonderpflicht zur Hilfeleistung nach pflichtwidrig zugefügten Verletzungen ist vielmehr der dem Strafrecht vorgelagerten Primärordnung zuzuordnen. Sie trifft selbstverständlich auch den Versuchstäter.

Vor diesem Hintergrund ist nun die Frage zu stellen, ob seine Untätigkeit eine überzeugende Distanzierung von der im Versuch manifestierten Unrechtsmaxime darstellen kann. Zwar bleibt es dabei, dass der Täter sich für Untätigkeit entscheidet und damit von seinem ursprünglichen Vorhaben auf Abstand geht. Damit hat er sich aber, wie schon gezeigt, nur von der Option distanziert, weitere Ausführungshandlungen vorzunehmen. Hinsichtlich der zweiten Gefahrendimension, also dem aufgrund der Versuchshandlung bereits drohenden Erfolgseintritt, liegt in der Untätigkeit schon deshalb kein Widerspruch, weil sich der Täter dieser Gefahr überhaupt nicht bewusst war. Die entscheidende Frage ist, ob sich die zu erwartende Rücktrittsleistung am Kenntnisstand des Täters bemisst, sodass es genügt, wenn der Täter das ihm bewusste Risiko ausschließt, oder ob die den Rücktritt tragende Distanzierungsleistung auch von der sorgfältigen Bildung des Rücktrittshorizontes abhängt, sodass sich die Rücktrittsleistung danach bemisst, was von dem Täter bei sorgfältiger Beurteilung der Lage zu verlangen ist.

Sachgerecht ist nur Letzteres: Gewinnt der Täter sorgfaltswidrig die Überzeugung, es bestehe keine Gefahr für das von ihm zuvor vorsätzlich angegriffene Rechtsgut, so liegt bereits in der Bildung des Rücktrittshorizonts die Grundlage zu einer Missachtung des geschützten Rechtsguts, wobei dem Täter freilich die Erfüllung der geforderten Sorgfalt auch individuell möglich sein muss. Nimmt der Täter also etwa nach einem Tötungsversuch nachlässig an, es bestehe aufgrund seiner Tathandlung keine Lebensgefahr, so objektiviert die daran anschließende Untätigkeit eine Geringschätzung des Lebensrechts des Opfers. Diese Untätigkeit kann danach keine überzeugende Abkehr von der im Versuch manifestierten Unrechtsmaxime zum Ausdruck bringen. Von dem Täter ist vielmehr zu verlangen, dass er den drohenden Erfolg verhindert (oder darauf gerichtete Bemühungen entfaltet, wenn die Rettung unbemerkt von anderer Seite erfolgt).

Diese Überlegungen lassen sich mit einem Gerechtigkeitsargument verstärken, das der BGH in den Fällen des fehlenden Rücktrittshorizonts (siehe oben) vorgebracht hat. Der BGH hat seine psychologisierende Lösung nämlich mit einem normativen Argument flankiert, welches die Richtigkeit des Ergebnisses zwar nicht begründen, aber doch bestätigen soll: der Gleichgültige dürfe nicht gegenüber dem „Bedächtigen, der sich Gedanken über die Folgen seines Tuns macht“, bevorteilt werden.<sup>24</sup> Zu einer solchen Bevorzugung des tendenziell Gleichgültigen kommt der BGH auf der Grundlage seiner psychologisierenden Lösung aber auch, wenn objektiv eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut droht, welche der Täter aus Nachlässigkeit verkennt. Denn auch wenn bei einem solchen Täter die Gleichgültigkeit nicht so groß ist, dass er an die Lage des Opfers keinen Gedanken verschwendet, so ist ihm das zuvor angegriffene Rechtsgut doch so wenig bedeutsam, dass er die Möglichkeit einer lebensgefährlichen Verletzung leichtfertig beiseiteschiebt. Ein Täter, dem der Schutz des Rechtsguts wichtig ist, wird sich nicht aufgrund vordergründiger Anhaltspunkte darauf verlassen, dass er das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt habe.

<sup>24</sup> BGHSt 40, 304 (306).

Letztlich führt der vom BGH eingenommene Standpunkt also zur Privilegierung solcher Täter, denen das Schicksal des Opfers nicht besonders wichtig ist.

Die Verwehrung eines Rücktritts durch bloßes Aufgeben stellt auch Harmonie zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte her. Denn die nachlässige Fehleinschätzung begründet den Handlungsunwert eines Unterlassungsdelikts. Freilich scheidet die Haftung bei ausbleibendem Erfolg an einem entsprechenden (Fahrlässigkeits-)Tatbestand (während bei Eintritt des Erfolges die Strafbarkeit aus dem vorsätzlich begangenen vollendeten Delikt folgen würde). Aber das bedeutet – entgegen *Roxin* – nicht, dass der Täter letztlich für ein fahrlässiges Fehlverhalten aus einem Vorsatztatbestand bestraft wird.<sup>25</sup> Die Frage ist doch vielmehr, ob das sorgfaltswidrige Nachtatverhalten dazu geeignet ist, die Strafbarkeit wegen der zweifellos vorsätzlich begangenen versuchten Tat aufzuheben. Die Begründung der Strafbarkeit aus einem Vorsatztatbestand setzt nicht voraus, dass auch das Rücktrittsverhalten vorsätzlich unterbleibt. Die Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt richten sich nach § 24 StGB und dessen ratio – und hier genügt es eben nicht, wenn der Täter nicht mehr an seinem Verletzungswillen festhält, sondern er muss sich überzeugend von dem bereits manifestierten Verletzungswillen distanzieren.

Lediglich erwähnt sei schließlich, dass diese Lösung nicht nur ohne Weiteres mit dem Gesetz in Einklang steht, sondern dem Gesetzeswortlaut deutlich besser gerecht wird als die h.M. Denn § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB verlangt vom Täter, dass er den Eintritt des Erfolgs verhindert. Genau diese Leistung erbringt der die Gefahr verkennende Täter nicht. Er verdankt es dem Zufall oder einer Rettung von dritter Seite, dass ihm nicht nur die Vollendungsstrafbarkeit erspart bleibt, sondern ihm nach der Rechtsprechung auch noch ein strafbefreiender Rücktritt zugutegehalten wird.

#### IV. Schluss

Die Abkehr von der psychologisierenden Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch in Konstellationen, in denen der Täter die aufgrund einer bereits vorgenommenen Ausführungshandlung bestehende Gefahrenlage sorgfaltswidrig erkennt, zugunsten einer normativen und gleichwohl am individuellen Vermögen des Täters orientierten Betrachtung, bietet eine ganze Reihe Vorteile:

- Die prozessuale Klärung der Abgrenzungsfrage wird deutlich vereinfacht. Es ist nicht maßgeblich, ob der Täter aufgrund gewisser Anhaltspunkte möglicherweise zu der unzutreffenden Annahme gelangt sein könnte, es bestehe keine Gefahr der Tatbestandsverwirklichung. Maßgeblich ist zum einen die – regelmäßig durch Sachverständige zu klärende – Frage, ob die Tatbestandsverwirklichung objektiv drohte und zum anderen, ob der Täter dazu in der Lage war, dies zumindest als Möglichkeit zu erfassen. Bezogen auf die im Vordergrund stehenden Fälle ver-

suchter Tötungsdelikte ist das bei gravierenden Gewalttaten und schweren Verletzungen in aller Regel der Fall. Der Täter kann den Fahrlässigkeitsvorwurf z.B. schwerlich mit dem Hinweis entkräften, das Opfer habe sich trotz der zugefügten Messerstiche in den Oberkörper noch über eine gewisse Strecke fortbewegen können.

- Wenn das vom BGH häufig strapazierte – in der Sache freilich sehr zweifelhafte<sup>26</sup> – Argument des Opferschutzes in Anschlag gebracht wird, so lässt sich für den BGH zwar geltend machen, dass die Rücktrittsmöglichkeit einen Anreiz bietet, von weiteren Ausführungshandlungen abzusehen. Zugleich findet sich der BGH aber damit ab, dass es der Täter aus Nachlässigkeit dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert. Erhofft man sich von dem Rücktrittsprivileg Opferchutz, so muss vom Täter ein sorgfältiger Umgang mit den Rechtsgütern des Opfers erwartet werden. Dazu gehört, dass der Täter nicht vorschnell auf einen guten Ausgang vertrauen darf und bei einer unklaren Sachlage weitere Prüfungen anstellen bzw. im Zweifelsfall Verhinderungsbemühungen entfalten muss.
- Schließlich und vor allem führt die materiellrechtliche Einordnung der Fälle einer fahrlässig verkannten Gefahr der Tatbestandsverwirklichung in die Rubrik des beendeten Versuchs zu wortlautgerechten und der ratio von § 24 StGB entsprechenden Ergebnissen. Unabhängig davon, welcher Erklärungsansatz für die Strafbefreiung beim Rücktritt geltend gemacht wird, ist stets zu verlangen, dass sich der Täter überzeugend von der Versuchstat distanziert. Untätigkeit wegen nachlässiger Verkennung der tatsächlich bestehenden Gefahr beseitigt weder den rechtzerschütternden Eindruck noch spezialpräventive Einwirkungsbedürfnisse, noch den Bedarf nach Normstabilisierung oder nach einer Wiederherstellung des verletzten Anerkennungsverhältnisses.

<sup>25</sup> *Roxin* (Fn. 23), § 30 Rn. 174. Zustimmend *Knörzer*, Fehlvorstellungen des Täters und deren „Korrektur“ beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 Abs. 1 StGB, 2008, S. 162.

<sup>26</sup> Eingehend *Murmann* (Fn. 1), § 24 Rn. 10 ff.

# Freiwilliger Rücktritt vom Versuch trotz Handelns unter „Schock“? Oder: Wie der Bundesgerichtshof es den Tatgerichten schwer macht

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng, Erlangen\*

*Das dem Deliktsaufbau im engeren Sinne nicht angehörende Institut des Rücktritts vom Versuch ist in erheblichem Maße durch dogmatischen Meinungsstreit geprägt. Etwa bezüglich der gem. § 24 Abs. 1 StGB vorauszusetzenden Freiwilligkeit des Aufgebens der Tatausführung bzw. der Vollendungsverhinderung besteht Dissens hinsichtlich der Geltung einer mehr psychologisch-deskriptiven oder einer mehr normativen Begriffsinterpretation. In einer neueren Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs deutet sich nun eine Annäherung der psychologisch argumentierenden Rechtsprechung an die in der Lehre vertretene normativierende Betrachtung an. Im Folgenden werden Grundfragen des Meinungsstreits sowie die zu erwartenden Folgen der neueren Rechtsprechung erörtert.*

## I. Einleitung

Eine neuere Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs veranlasst zu erneuter Beschäftigung<sup>1</sup> mit dem Freiwilligkeitserfordernis des § 24 StGB. Es geht darum, ob „auch ein nur durch innere Vorgänge bewirktes, mithin psychisches Unvermögen als der Freiwilligkeit des Rücktritts entgegenstehender Umstand in Betracht [...] kommt“, was der Senat in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung letztlich bejaht.<sup>2</sup> Bemerkenswerterweise stellt er auf dieser Grundlage dann aber sehr hohe Anforderungen an die Annahme einer unwiderstehlichen inneren Hemmung des Weiterhandelns, also für Unfreiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB, und hebt die Verurteilung wegen versuchten Totschlags auf. Moniert wird dabei ein Begründungsfehler seitens des Schwurgerichts. Es verstehe sich „nicht von selbst, dass eine mit dem (abrupten) Ende einer hochgradigen affektiven Erregung einhergehende seelische Erschütterung die weitere Tatausführung unwiderstehlich hindert“ und damit eine Unfreiwilligkeit des Abstandnehmens von der Tat bedeutet.<sup>3</sup>

Die hier sehr hohen Anforderungen an eine Bejahung von Unfreiwilligkeit in Konstellationen innerer Hemmungen führen zu der Frage, ob sich darin etwa eine Distanzierung zu der in der Rechtsprechung vertretenen psychologischen Auslegung des Freiwilligkeitsbegriffs immerhin andeutet.

---

\* Der Verf. ist Professor (em.) für Strafrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Es wird an Ausführungen des Verf., in: Ruch/Singelnstein (Hrsg.), Auf neuen Wegen, Kriminologie, Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaft aus interdisziplinärer Perspektive, Festschrift für Thomas Feltes zum 70. Geburtstag, 2021, S. 519, angeknüpft.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 14.2.2023 – 4 StR 442/22 = NStZ 2023, 599 f. = StV 2024, 95 ff.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2023, 599 (600).

## II. Psychologische oder normative Auslegung des Freiwilligkeitsbegriffs?

Das Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit erscheint offen für entweder eine psychologisierende oder für eine normativierende Interpretation. Während die wohl herrschende Lehre solch normativierenden Ansätzen zuneigt,<sup>4</sup> setzen die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre auf ein – jedenfalls im Grundsatz – psychologisches Freiwilligkeitsverständnis. In letzterem Sinne sollen psychische Hemmungen oder seelischer Druck die Freiwilligkeit ausschließen – jedenfalls dann, wenn sie für den Täter einen zwingenden Grund darstellen.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. A.P. Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, S. 151 ff.; Roxin, in: Lüttger/Blei/Hanau (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, 1972, S. 251 (255 ff.); Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 306 ff.; Botke, JR 1980, 441 (443 f.); Schönemann, GA 1986, 293 (323 f.); Herzberg, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 325 (360 ff.); Bloy, JR 1989, 70 (71 f.); Schäfer, Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S. 126 ff.; Streng, NStZ 1993, 582 (583); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 61; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 56; Ambos, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 24 Rn. 31 ff.; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 26 ff., 29; Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 24 Rn. 40.

<sup>5</sup> Vgl. RGSt 68, 288; BGHSt 7, 296 (299); 21, 216 (217); 35, 184 (186); BGH NStZ 1994, 428 (429); BGH NStZ-RR 2003, 199; BGH NStZ 2004, 324 (325); BGH NStZ 2011, 454 (455); BGH NStZ 2014, 202; BGH StV 2018, 715 (716); BGH NStZ 2022, 94 (95); BGH NStZ 2024, 537 f.; in diesem Sinne auch Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 544 f.; Kudlich, JuS 1999, 349 (349 ff., 352); Lilie/Albrecht, in: Laufhütte/Rissig-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 263 f.; Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 191; Heger/Petzsche, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 26; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 811; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17 f.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 24 Rn. 19 ff., 23; Kudlich/Schuh, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 24 Rn. 66; Rengier, Straf-

Für das Freiwilligkeitsverständnis i.S.v. § 24 StGB auf einen derart psychologisierenden Ansatz abzustellen, erscheint zunächst mit Blick auf die Interpretation von § 20 StGB durch die Rechtsprechung konsequent. Gemäß einer vielzitierten Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes ist für die Schuldfähigkeitsfrage das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Willensfreiheit entscheidend:

„Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden [...]“<sup>6</sup>.

Diese Position findet auch in Teilen der strafrechtlichen Lehre in unterschiedlichen Varianten Zustimmung.<sup>7</sup> In großen Teilen der Strafrechtslehre vertritt man hingegen einen Schuldbegriff, welcher den Erkenntnissen der empirischen Wissenschaften – insbesondere der forensischen Psychowissenschaften – über die Unmöglichkeit einer empirischen Feststellung von Willensfreiheit gerecht wird. Im Rahmen eines derartigen „sozialen“ bzw. „funktionalen“ Schuldbegriffs wird die Freiheitsfrage zumindest relativiert und mit Blick auf die Verhaltenserwartungen der Bürger an ihre Mitbürger normativiert.<sup>8</sup> Angesichts dieses offenen Streitstands

recht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 91, 107 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1072 f.

<sup>6</sup> BGHSt 2, 194 (200); in diesem Sinne auch BVerfGE 123, 267 (413); 133, 168 (197 f.).

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Kaufmann*, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 208; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 39 f.; *Otto*, GA 1981, 481 (485 ff.); *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982, S. 181 f., 188 f.; *Schünemann*, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 (163 ff.); *Griffel*, ZStW 98 (1986), 28 (41); *Dreher*, Die Willensfreiheit, Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, 1987, S. 396 f.; *Alwart*, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005, S. 357 (359 f.); *Rath*, Aufweis der Realität der Willensfreiheit, Eine retrosive Reflexion zur Möglichkeit von Verantwortlichkeit in Ethik und (Straf-)Recht, 2009, S. 73 ff., 153 f.; *Koriath*, GA 2011, 618 (629); *Walter*, ZIS 2011, 636 (646); *Jäger*, GA 2013, 3 ff.; *Ebert*, in: Heger (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 137 (149 f.); *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 20 Rn. 110.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Roxin*, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171 (174 f.); *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 31 ff.; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 10 ff.; *Krümpelmann*, GA 1983, 337 (343 ff.); *Lackner*, in: Gössel (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 245 (250 ff.); *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (287 ff.); *Schöch*, in: Hilgendorf/Kudlich/

hilft der Blick auf das für die Schuldfähigkeitsfrage relevante Freiheitsverständnis auch für die Rücktrittsfrage letztlich nicht weiter.

Gleichwohl beharrt die Rechtsprechung mit einem Teil der Lehre auf einem psychologisierenden Ansatz, der auch innerpsychische Hemmungen oder seelischen Druck für die Begründung von Unfreiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB akzeptiert. Allerdings müsste man auf Basis dieses Ansatzes einen im Zustand der Schuldunfähigkeit Agierenden als unfrei Handelnden einstufen und von daher dessen Rücktritt mangels freiwilligen Aufgebens der Tat ablehnen.<sup>9</sup> Freilich zieht die Rechtsprechung diese Konsequenz aus ihren Basisannahmen nicht und bejaht auch für den Schuldunfähigen eine Rücktrittsmöglichkeit.<sup>10</sup> Im Ergebnis erscheint diese rücktrittsfreundliche Linie zwar durchaus zutreffend.<sup>11</sup> Begründen

Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 44 Rn. 13 ff.; *Schreiber/Rosenau*, in: Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 7. Aufl. 2021, S. 85 (88 ff.); *Verrel/Linke*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 4), StGB § 20 Rn. 15; *Heger* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 23; ferner *Hörnle/v. Hirsch*, GA 1995, 261 (270 ff.); *Zaczyk*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 103 (112 ff., 114); *Ida*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 271 (282); *Jahn/Schmitt-Leonardy*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (a.a.O.), S. 499 (506 ff.); *Schild/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 20 Rn. 16 ff.

<sup>9</sup> So im Ergebnis etwa *Deiters*, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit, Entscheidungshilfen für Ärzte und Juristen, 2002, S. 121 (135 f.); so noch *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 76; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 34; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 37; differenzierend *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17/68 und 26/42; *Jäger*, ZStW 112 (2000), 783 (798 f.); *ders.*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 24 Rn. 79.

<sup>10</sup> Vgl. BGHSt 23, 359 f.; BGH NSTZ-RR 1999, 8; BGH NSTZ 2004, 324 (325); zu Widersprüchlichkeiten dieser Position auch *Schumann*, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert, 2006, S. 133 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (315); *Linke*, Der Rücktritt vom Versuch bei mehreren Tatbeteiligten gemäß § 24 Absatz 2 StGB, Eine Bestandsaufnahme, 2010, S. 205 f.; *Gössel* (Fn. 5), § 41 Rn. 198; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 62a; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 46; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 66; *Murmann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 283 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 46; *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger

lässt sich das aber nur mittels eines normativen Verständnisses von Schuldunfähigkeit und/oder mittels eines – jedenfalls auch – normativen Verständnisses von Freiwilligkeit i.R.v. § 24 StGB.

Normativ geprägte Freiwilligkeitsdefinitionen verzichten darauf, die Entscheidungsfindung des seine Tat Aufgebenden quasi tiefenpsychologisch rekonstruieren zu wollen. Sie entgehen damit spezifischen und folgenreichen Problemen der psychologischen Begriffsbestimmung. Das Miteinander und Gegeneinander von Gewissen (Über-Ich), Entscheidungsinstanz (Ich) und Antriebsebene (Es) in die rechtliche Sphäre überführen zu wollen, wie in den obergerichtlichen Entscheidungen zu inneren Hemmungen anklingend, überstrapaziert die Tragfähigkeit dieses heuristischen Modells.<sup>12</sup> Auch belegen Fallanalysen zur Nutzbarkeit psychologisch ansetzender Freiwilligkeitsargumente i.R.v. § 24 StGB, dass der empirisch verstandene Freiwilligkeitstopos vielfach kein eindeutiges Ergebnis zu erbringen vermag.<sup>13</sup> Hinzu kommt, dass auf Basis eines Abstellens auf innere Hemmungen der von seinem starken Gewissen zur Tataufgabe „gezwungene“ Moralist schlechter behandelt würde als der wendige Opportunist.<sup>14</sup>

Zu klären bleibt, ob der Wortlaut von § 24 StGB bei einem Abstellen auf die – für das Strafrecht maßgebliche – Alltagssprachliche Nutzung der Begriffe<sup>15</sup> einem wesentlich auch normativen Verständnis von Freiwilligkeit entgegensteht. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass man auf Grundlage eines derartigen Begriffsverständnisses von Freiwilligkeit auf die *autonome*, d.h. nicht durch externe Gründe vor-

gegebene Entscheidung, bezüglich des Rücktrittsverhaltens abstellt.<sup>16</sup> Im Sinne solcher Betrachtung kann als allgemeins-ter Begriffsinhalt gelten, dass der Täter den Rechtsgutsangriff „aus freien Stücken“, „aus eigenem Antrieb“ aufgegeben hat, also ohne durch äußere Umstände dazu gezwungen worden zu sein.<sup>17</sup> Unfreiwilligkeit läge hingegen dann vor, wenn die Tataufgabe wegen zuvor nicht einkalkulierter äußerer Erschwernisse – etwa solcher mit gravierend gesteigertem Risiko für den Täter – erfolgt ist.<sup>18</sup> Hingegen haben innerpsychische Hemmungen von vorneherein keine Begründungskraft für die Annahme von Unfreiwilligkeit.<sup>19</sup>

Konsequenter Weise gilt dies auch für Fälle eines Entsetztseins über das bisher Getane oder Fälle eines „lähmenden Schocks“ mit anschließender Tataufgabe. Denn brauchbare Kriterien für eine Abgrenzung von normalen inneren Hemmnissen, die der Täter für ein Weiterhandeln hätte überwinden können, von solchen extremer bzw. zwingender Ausprägung lassen sich anhand des Kriteriums des „freien Willens“ nicht finden. Auch die Überlegung, es liege in der Schock-Konstellation schon kein eigentliches Handeln im Sinne des Aufgebens der Tat vor,<sup>20</sup> modifiziert die höchst unklare Grenzziehung lediglich, ohne sie aber besser handhabbar zu machen.

Eine Überprüfung dieser Linie anhand der Gesetzgebungsgeschichte ergibt Folgendes: § 46 Abs. 1 StGB a.F. hatte für ein mit Rücktritt begründetes Ausscheiden von

(Fn. 8), § 24 Rn. 63; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 1072; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 5), § 24 Rn. 67; tendenziell auch *Jäger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 58 Rn. 150 f.

<sup>12</sup> Vgl. zur psychoanalytischen Fundierung dieses Ansatzes *Freud*, Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, 1940 (1973), S. 62 (74 ff.).

<sup>13</sup> Dazu näher *Maiwald*, in: Gössel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 255 (258 ff., 263 ff.); ferner *Roxin* (Fn. 4), S. 266; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 43; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 31; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 26 ff.; *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 30.

<sup>14</sup> Vgl. schon *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 214; ferner *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 281 f.; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62.

<sup>15</sup> Zur hervorgehobenen Relevanz des allgemeinen Sprachgebrauchs auch mit Blick auf die Garantiefunktion des Gesetzes vgl. BVerfGE 126, 170 (197); *Streng*, in: Bouffier/Horn/Poseck/Radtke/Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa, Liber amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, 2016, S. 471 (472 ff.); *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 3 Rn. 6 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 302 f.; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 8), § 1 Rn. 106 ff.

<sup>16</sup> Vgl. für eine derart zurückgenommene Freiheitsidee im Rahmen des Freiwilligkeitsmerkmals *Lilie/Albrecht* (Fn. 5), § 24 Rn. 244; *Gössel* (Fn. 5), § 41 Rn. 188; *Zaczyk* (Fn. 9), § 24 Rn. 68; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 62 f.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 157; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 117 ff.; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1302 f.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Rn. 152; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 29; *Rengier* (Fn. 5), § 37 Rn. 91; ferner *Streng*, NStZ 1993, 582 (583); *Linke* (Fn. 11), S. 197 f.

<sup>17</sup> Vgl. für einen entsprechenden Freiheitsbegriff etwa *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, S. 201 ff.

<sup>18</sup> Zu Unfreiwilligkeit wegen „ungünstiger Risikoerhöhung“ vgl. BGH NStZ 1992, 536 (537); BGH NStZ 1993, 279; BGH NStZ 2007, 265 f.; BGH NStZ-RR 2014, 9 (10); *Puppe* (Fn. 13), § 21 Rn. 32; *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 19b; ausführlich *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 289 ff.; ferner *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 1303.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Jakobs* (Fn. 9), 26 Rn. 45; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 481; *Botke*, in: Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 135 (170 ff.); *Zaczyk* (Fn. 9), § 24 Rn. 73; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 3. Aufl. 2018, Rn. 559; *Freund/Rostalski* (Fn. 16), § 9 Rn. 62 f.; *Jäger* (Fn. 11), § 58 Rn. 152; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 281; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62; ferner *Amelung*, ZStW 120 (2008), 205, 227 f.; *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 1304.

<sup>20</sup> Differenzierend noch *Streng* (Fn. 1), S. 519 (523).

Straflosigkeit speziell auf eine Tathinderung durch Umstände abgestellt, „welche von seinem (des Täters/*F.S.*) Willen unabhängig waren“. Und an dieser Konzentration auf den Täterwillen sollte die neue Freiwilligkeitsformel des § 24 StGB, wie sie zunächst durch § 28 E 1962 ausformuliert worden war, auch nichts ändern; vielmehr sollten etwaige Umstände mit Hinderungspotential, die dem Täter aber nicht bekannt waren, einem freiwilligen Aufgeben der Tat nun nicht mehr im Wege stehen.<sup>21</sup> Der Vorrang des Täterwillens für das Bejahen von Rücktritt wurde dadurch bekräftigt, ohne aber ein bestimmtes Begriffsverständnis von Freiwilligkeit vorzugeben.

### III. Die normativierende Rücktrittsentscheidung im System des Strafrechts

Angesichts des oben anhand des Gesetzeswortlauts begründeten Freiwilligkeitsverständnisses, welches inneren Hemmnissen keine Bedeutung zuweist, bleibt zu klären, welche Elemente dem Freiwilligkeits-Begriff angesichts seiner Funktion im Delikttaufbau immanent sind. Dass in die Begriffsdefinition wertende Dimensionen einfließen, kann jedenfalls nicht überraschen.<sup>22</sup> So zurückhaltend man im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes auf der Ebene der Tatbestandsverwirklichung einer wertenden Betrachtung gegenübersteht, so vergleichsweise offen sind hierfür die Ebenen der Rechtswidrigkeit und vor allem der Schuld. Denn es geht dort sehr weitgehend um Abwägungen, die begrifflich zwar angesprochen sind, die über den Gesetzeswortlaut allein aber nicht entschieden werden. Und das Rücktrittsprivileg als – gemäß herrschender Meinung – persönlicher Strafaufhebungsgrund<sup>23</sup> oder als Schuldauflösungsgrund<sup>24</sup> bewegt sich gleichfalls auf einer Ebene der Zurechnung verschuldeten Unrechts, in welcher Wertungen unabweisbar zentrale Bedeutung zukommen.<sup>25</sup> Die Behauptung, dass der Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG eine psychologisierende Interpretation des Freiwilligkeitsmerkmals erzwingt,<sup>26</sup> geht demnach fehl.<sup>27</sup> Die Judikatur verstrickt sich überdies in unauflösbare Widersprüche, wenn sie mit der

Rechtsfigur des „fehlgeschlagenen Versuchs“<sup>28</sup> sogar einen außergesetzlichen Rücktrittshinderungsgrund anerkennt.<sup>29</sup>

Eine Interpretation von „freiwillig“ als deskriptives bzw. strikt psychologisches Merkmal gäbe mit Blick auf die Garantiefunktion des Gesetzes immerhin dann Sinn, wenn man das Freiwilligkeitserfordernis als eine Art Tatbestandsmerkmal im engeren Sinne auffassen würde.<sup>30</sup> Tatsächlich hatten die älteren „Rechtstheorien“ den Rücktritt im Sinne einer Einheitsbetrachtung als rückgängigmachen wesentlicher Elemente des Versuchs-Tatbestands verstanden und derart bei Rücktritt bereits das Versuchsunrecht bzw. den Schuld-tatbestand verneint.<sup>31</sup> Jedoch werden diese Ansätze mit guten Gründen heute kaum mehr vertreten.<sup>32</sup>

Der Weg für ein – zumindest auch – normatives Verständnis des freiwilligen Aufgebens in § 24 StGB ist demnach frei. Dass eine derartige Normativierung – in einem ersten Schritt – stets am Wortlaut des Gesetzes zu orientieren ist, versteht sich dabei von selbst. Eine Orientierung am alltagssprachlichen bzw. sozialen Freiwilligkeitsbegriff wird einem dabei eine bessere Leitlinie bieten als eine betont psychologisierende Betrachtung.<sup>33</sup> Im Weiteren ist zu beachten, dass der Gesetzgeber nicht etwa formuliert hat „ohne Zwang“, sondern mit „freiwillig“ einen offeneren Begriff gewählt hat, der zusätzliche normative Begrenzungen nachgerade herausfordert.<sup>34</sup> Absichern lässt sich das durch die Überlegung, dass der Freiwilligkeitsbegriff des § 24 StGB nicht isoliert platziert ist, sondern adverbial zum Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat steht. Er bezieht damit seinen spezifischen Sinn gerade aus dem Zusammenhang mit der Rücknahme eines Rechtsgutsangriffs. So bleibt ein normatives Freiwilligkeitsverständnis durchaus im Rahmen

<sup>21</sup> Vgl. den „Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962“, BT-Drs. IV/650, S. 15, 145; dazu ausführlich *Gutmann* (Fn. 4), S. 112 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Gutmann* (Fn. 4), S. 151 ff.; *Maiwald* (Fn. 13), S. 258 ff., 269 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 4 f.; *Heger/Petzsche* (Fn. 5), § 24 Rn. 3; *Hoffmann-Holland* (Fn. 16), § 24 Rn. 7; *Heger* (Fn. 5), § 24 Rn. 1; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 2; dazu krit. etwa *Schumann*, ZStW 130 (2018), 1 (8 f.).

<sup>24</sup> Vgl. *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (324 f.); *Köhler* (Fn. 19), S. 469 f.; ähnl. *Roxin* (Fn. 4), S. 273 ff.; *Schumann* (Fn. 10), S. 143 ff.; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 2.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Lampe*, JuS 1989, 610 (612 f.).

<sup>26</sup> So BGHSt 35, 184 (187); vgl. auch BGHSt 42, 158 (161); *Lackner*, NStZ 1988, 405 f.; *Amelung*, ZStW 120 (2008), 205 (242); *Rengier* (Fn. 5), § 37 Rn. 99.

<sup>27</sup> Vgl. auch *Freund/Rostalski* (Fn. 16), § 9 Rn. 58 f.

<sup>28</sup> Vgl. *Roxin*, JuS 1981, 1 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 5), S. 542 f.; BGHSt 34, 53 (56); BGHSt (GS) 39, 221 (228); BGHSt 41, 368 (369); BGH NStZ 2015, 26 f.; BGH NStZ 2017, 147 (151); BGH NStZ-RR 2019, 137 f.

<sup>29</sup> Krit. dazu etwa *Feltes*, GA 1992, 395 (398 ff., 426); *Streng*, NStZ 1993, 257 (258); *ders.*, in: *Hettinger/Zopf/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 629 (640); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (33 ff.); *Scheinfeld*, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, S. 23 f., 46; *Schroeder*, NStZ 2009, 9 ff.; *Wörner*, NStZ 2010, 66 ff.; *Gössel*, GA 2012, 65 ff.; *Fahl*, GA 2014, 453 ff.

<sup>30</sup> In diese Richtung argumentiert *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 20, wenn er Bedenken dagegen äußert, im Sinne der normativen Betrachtung „rechtspolitische Begründungen der Rücktrittsregelung zu tatbestandlichen Voraussetzungen“ zu machen (*Hervorhebungen* im Original).

<sup>31</sup> Dazu ausführlich *Schumann* (Fn. 10), S. 20 ff., 87 ff., 164 f.; *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (239 ff.).

<sup>32</sup> Dazu etwa *Jäger*, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, S. 3 f.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 11 ff.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 16), § 24 Rn. 4 f.; anders *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (247 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. auch oben Fn. 15.

<sup>34</sup> Vgl. *Streng*, NStZ 1993, 257 (259).

dessen, was für die Auslegung einer Zurechnungsnorm zulässig ist.

Nicht zuletzt angesichts der Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs ist unübersehbar, dass der Versuchsstrafbarkeit ganz wesentlich eine generalpräventive Idee zugrunde liegt.<sup>35</sup> In der Konsequenz spielt für die Rücktrittsprivilegierung der Gesichtspunkt einer Rücknahme der Auflehnung gegen die Rechtsordnung bzw. eine Rückkehr zum Recht eine zentrale Rolle.<sup>36</sup> Über eine Orientierung zunächst am Gegensatzpaar „autonom – heteronom“ hinausgehend erscheint das etablierte Freiwilligkeitsverständnis durchaus mit der für Strafbefreiung vorauszusetzenden Anforderung kompatibel, dass das Aufgeben der rechtsbrecherischen Tat auf einem anzuerkennenden Motiv beruhen muss. Denn erst dann macht das Aufgeben der Tat eine Strafe entbehrlich.

Im Sinne solch normativierender Auslegung von „freiwillig“ ergeben sich konsequenterweise Rücktritts-Einschränkungen gegenüber einer strikt psychologisierenden Auslegung. Etwa in Fällen, in welchen der Täter von einer Tat Abstand nimmt, um eine andere Tat begehen zu können, fehlt es an einer „Rückkehr zum Recht“<sup>37</sup>. Und Entsprechendes gilt für bestimmte Fallgruppen einer außertatbestandlichen Zielerreichung, in denen die Fortführung der Tat ohnehin sinnlos wäre.<sup>38</sup>

Auf der anderen Seite ebnet ein normativer Freiwilligkeitsbegriff den Weg zur Bejahung von Strafflosigkeit in Fällen, in denen man ein Vorliegen von Entscheidungsfreiheit in einem genuin psychologischen Sinne durchaus bezweifeln oder ablehnen müsste. Denn Freiwilligkeit als Rechtsbegriff wird durch die kriminalpolitische Aufgabe des Strafrechts mit definiert. Wenn die Tataufgabe eine autonome und definitive Abkehr von aktueller rechtsbrecherischer Intention erkennen lässt, ist Strafe auch dann entbehrlich, wenn

der Täter die bestehende innere Hemmung gegenüber einem Weiterhandeln (vermutlich) nicht hätte überwinden können, die Tataufgabe insoweit also „erzwungen“ war. Mit dem normativen Verständnis eines freiwilligen Aufgebens der Tat erscheint dies durchaus vereinbar.

#### IV. Zum Ausgangsfall: Unfreiwilligkeit infolge psychischer Erschütterung?

Wie beschrieben, bleibt der 4. *Strafsenat* in seiner neuen Entscheidung<sup>39</sup> der psychologischen Auslegung des Freiwilligkeitserfordernisses im Grundsatz treu. Allerdings wird in den hohen Anforderungen an die Begründung von fehlender Freiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB deutlich, dass der *Senat* sich von der psychologischen Auslegung zugleich auch distanziert. Der Bereich der Fähigkeit zu willensfreier Steuerung und damit zu strafbefreiendem Rücktritt wird möglichst weit auch in extreme Bereiche psychischer Krisen, Überforderungen und Schockerlebnisse hinein erweitert, um normativ sinnvolle Ergebnisse zu ermöglichen. Diese uneingestandene Normativierung mutet dem jeweiligen Tatgericht allerdings zu, willensfreies Handeln nach Möglichkeit zu unterstellen und mit pseudo-psychologischen Argumenten abzusichern. Ein Vorgehen, das besonders dann auf Grenzen stoßen wird, wenn ein herbeigezogener forensischer Gutachter auf Grundlage seiner Kompetenz keine Spielräume des Täters zu freier Entscheidung über das Aufgeben der Tathandlung angenommen hat. Die Tatgerichte werden bei der Anwendung der vom Bundesgerichtshof nun vorgegebenen pseudo-psychologischen Freiwilligkeitsdefinition in steter Gefahr der Überforderung agieren, wie sich im Ausgangsfall gezeigt hat. Entgegenen lässt sich dem nur auf dem Weg eines Vermeidens ungesicherten Psychologisierens durch Abstellen auf ein alltagssprachlich-normatives Verständnis von Freiwilligkeit i.R.v. § 24 StGB. Auch der durch sein eben getätigtes deliktisches Verhalten schockierte Täter, der sich darob entsetzt zu einer Fortführung seines Tuns außerstande sieht, handelt autonom, soweit seinem Weiterhandeln keine äußeren Hindernisse im Wege stehen würden. Er verdient die Zuerkennung des Rücktrittsprivilegs – man möchte meinen: gerade er!

<sup>35</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 5), S. 530 ff.; *Streng*, in: *Streng/Kett-Straub* (Hrsg.), *Strafrechtsvergleich als Kulturvergleich*, 2012, S. 1 (8 ff.); *Heger/Petzsche*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 22 Rn. 9 ff.; *Zaczyk* (Fn. 9), § 22 Rn. 11 f.; anders *Scheinfeld* (Fn. 29), S. 71.

<sup>36</sup> Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 4), S. 256; *Bottke*, JR 1980, 441 (443 f.); *Bloy*, JR 1989, 70 (72); *Lampe*, JuS 1989, 610 (615 f.); *Schall*, JuS 1990, 623 (630); *Roxin* (Fn. 32), § 30 Rn. 379 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 87; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 61; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62; *Puppe* (Fn. 13), § 21 Rn. 30 f.; *Cornelius* (Fn. 4), § 24 Rn. 40.

<sup>37</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 4), S. 262; *Streng*, NStZ 1985, 359 (360); *Bloy*, JR 1989 70 (72); *Kühl* (Fn. 4); *Streng* (Fn. 1), S. 523 f.; *Jäger* (Fn. 11), § 58 Rn. 11; anders etwa BGHSt 35, 184 (186 f.); *Lackner*, NStZ 1988, 405 f.; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 279; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 64.

<sup>38</sup> Vgl. *Joecks/Jäger*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 28 ff.; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 202 ff.; differenzierend *Streng*, JZ 1990, 212 (215 ff.); vgl. auch *Schall*, JuS 1990, 623 (629 f.); *Rudolphi*, JZ 1991, 525 (527); anders etwa BGHSt (GS) 39, 221 (230 f.); *Ame-lung*, ZStW 120 (2008), 205 (239 ff.); *Gropp/Sinn* (Fn. 16), § 9 Rn. 144.

<sup>39</sup> BGH NStZ 2023, 599 f.

*Eine oftmals große Weite der Strafrahmen des StGB wurde schon in der Vergangenheit beklagt. Die Studie analysiert zum einen die Häufigkeit von Strafrahmen, die den Gerichten größere Strafzumessungsspielräume eröffnen, nach aktueller Rechtslage. Zum anderen wird anhand der Strafzumessungsstatistik bei ausgewählten Delikten gezeigt, dass insbesondere bei Vergehen wie dem Diebstahl, dem Betrug und der vorsätzlichen Körperverletzung die oberen Bereiche der Grundstrafrahmen in der Praxis gar nicht benötigt werden. Diese Straftaten könnten daher mit Höchstfreiheitsstrafen von zwei bzw. drei Jahren ausgestattet werden, ohne dass präventive oder repressive Verluste zu befürchten stünden.*

## I. Worum es geht

Zu weite Strafrahmen im deutschen Strafrecht werden seit langem beklagt,<sup>1</sup> ohne dass der Gesetzgeber bislang hierauf reagiert hätte. Allerdings bieten Grundtatbestände, Qualifikationen und besonders oder minder schwere Fälle für die Strafzumessung den Gerichten höchst unterschiedliche Spielräume. Das Phänomen weit reichender Strafrahmen tritt insbesondere dann auf, wenn neben einem Grundstrafrahmen unbenannte oder allenfalls qua Regelbeispielstechnik, d.h. nicht abschließend beschriebene minder schwere oder besonders schwere Fälle existieren. In solchen Konstellationen kann auch schon einmal das gesamte Spektrum von Geld- und zeitiger Freiheitsstrafe zur Verfügung stehen, wie das Beispiel von § 253 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 StGB zeigt. Angesichts der Funktion der Strafrahmen steht in Frage, ob dies zulässig und ob es überhaupt notwendig ist, d.h. die Praxis die sich ihr bietenden Spielräume auch ausnutzt. Frühere eingehendere Untersuchungen zu diesem Themenfeld liegen bereits Jahrzehnte zurück und verfolgten außerdem andere Primärinteressen.<sup>2</sup> Aus neuerer Zeit ist vor allem *Kaspars* Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag zu erwähnen,<sup>3</sup> für den der Zuschnitt der Strafrahmen allerdings auch nur ein Randaspekt war.

Der folgende Text wird sich vor diesem Hintergrund darauf konzentrieren, wie es heute mit dem Zustand und dem Nutzen weit reichender Strafrahmen bestellt ist. Er nähert sich dem Thema auf mehreren Wegen an: Zunächst erfolgt eine abstrakte Betrachtung der Funktion von Strafrahmen,

---

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

<sup>1</sup> *Verrel*, JZ 2018, 811; *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2765); *Th. Vormbaum*, ZStW 107 (1995), 734 (754); *Kaspar*, Gutachten C zum 72. DJT 2018, S. C 47; *Zipf/Dölling*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 62 Rn. 12 f.

<sup>2</sup> Vgl. insb. *Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994; *Götting*, Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis, 1997.

<sup>3</sup> *Kaspar* (Fn. 1).

sodann eine Bestandsaufnahme ihrer Verwendung im deutschen Strafrecht. In Anschluss wird eine Einschätzung ihres Nutzens anhand ausgewählter Delikte und ihrer praktischen Anwendung unternommen. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf einige charakteristische Straftatbestände des StGB und daneben auf solche des StVG und des BtMG, d.h. diejenigen Gesetze des Nebenstrafrechts, die zahlenmäßig mit Abstand am häufigsten zur Anwendung gelangen.<sup>4</sup> Im Hinblick auf die Begrenzung der Geldstrafen in § 40 Abs. 1 S. 2 und § 54 Abs. 2 S. 2 StGB auf 360 bzw. 720 Tagessätze, d.h. dem Äquivalent zu einem bzw. zwei Jahren Freiheitsstrafe, bleiben zudem Geldstrafen außerhalb der Betrachtung. Den Abschluss bilden kursorische Überlegungen zur Neugestaltung exemplarischer Strafbestimmungen.

## II. Die Rolle der Strafrahmen

Strafvorschriften weisen stets eine (kausale) Grundstruktur von Tatbestand und Rechtsfolge auf, wobei der Begriff des Tatbestandes insoweit irreführend sein mag, als es zusätzlicher Rechtswidrigkeits- und Schuld voraussetzungen bedarf und ferner noch Verfolgungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Rechtsfolge einer Strafe auszulösen. Alle diese Strafbarkeitsvoraussetzungen sind Klassifikationsmerkmale:<sup>5</sup> Sie überlassen dem Richter keinen Entscheidungsspielraum, sondern liegen vor oder tun dies eben nicht. Die Rechtsfolge mit einer Reihe von Klassifikationsmerkmalen exakt festzulegen, ist der Gesetzgeber (sieht man von den hochproblematischen absoluten Strafdrohungen ab, die sich heute aber nur noch in § 211 StGB sowie verschiedentlich im VStGB<sup>6</sup> finden) jedoch nicht befähigt. Vielmehr verwendet er dazu in § 46 StGB eine Art Ordnungsbegriff<sup>7</sup> des Schuldmaßes unter Berücksichtigung präventiver Folgenerwägungen und überlässt es im Übrigen notgedrungen den Gerichten, die gebotene Strafe festzulegen. Deren Aufgabe ist es dem-

---

<sup>4</sup> Die Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-05, weist Verurteilungen erwachsener Beschuldigter nach dem StGB von 332.470 Personen (ohne Verkehr) zuzüglich 103.321 Personen (Verkehr), nach dem StVG von 53.051 und nach dem BtMG von 52.120 Personen aus; das danach am häufigsten angewendete Gesetz ist das PflVG mit nur noch 14.381 Verurteilten. Inwieweit das neue KCanG praxisrelevant werden wird, bleibt noch abzuwarten.

<sup>5</sup> Dazu näher *Radbruch*, in: *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, Nachdruck 1967, S. 167 (167, 170); *Hassemer*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 281 (282 f.).

<sup>6</sup> Eine absolute Strafdrohung lebenslanger Freiheitsstrafe (ohne Milderungsmöglichkeiten über minderschwere Fälle) enthalten zurzeit noch § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (Völkermord), § 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (Verbrechen gegen die Menschlichkeit), § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB (Kriegsverbrechen gegen Personen) und § 13 Abs. 1 VStGB (Aggression).

<sup>7</sup> Vgl. *Radbruch* (Fn. 5), S. 167; *Hassemer* (Fn. 5), S. 285.



gemäß, den abzuurteilenden Einzelfall zwischen den Extremen – dem denkbar leichtesten und denkbar schwersten Fall – einzureihen.<sup>8</sup> Dem Strafraumen kommt dabei die Funktion einer Begrenzung des strafrichterlichen Ermessens zu.<sup>9</sup> Idealtypisch sollte seine Untergrenze dem denkbar leichtesten, seine Obergrenze dem denkbar schwersten Fall entsprechen.<sup>10</sup> Mit *Hassemer* wäre ein solches Ideal freilich „utopisch; der Gesetzgeber kann die zulässigen und zutreffenden Argumentationen zur Strafzumessung unter einem bestimmten Tatbestand nicht exakt prognostizieren.“<sup>11</sup> Eine gewisse Annäherung sei ihm jedoch möglich, und zwar durch Beobachtung der Rechtsprechung zu den einzelnen Tatbeständen.<sup>12</sup> Selbst wenn demnach das Ideal eine Utopie sein sollte, so bleibt dem Gesetzgeber doch die Aufgabe (und die Möglichkeit), sich diesem Ideal anzunähern. Andernfalls verlöre der Strafraumen seine wichtigste Funktion der Orientierung für den Richter. Denn dieser wird vom Gesetz im Übrigen weitgehend allein gelassen; die (zwar immer zahlreicheren) Hinweise in § 46 Abs. 2 StGB, was alles im Einzelfall zu bedenken sei, verraten ja bestenfalls etwas darüber, wie methodisch innerhalb des Strafraumens vorzugehen ist. Selbst das tun sie zudem höchst unvollkommen, weil sie festzustellen, zu bewerten, zu gewichten sind und das Resultat mit den Strafzwecken in Einklang zu bringen ist. Es muss nicht verwundern, wenn angesichts dieses hochkomplexen Vorganges bislang noch keine einigermaßen operationalisierbare Methodik des Strafzumessungsvorganges entwickelt werden konnte, die über einen Vergleich zu ähnlichen Fällen hinausgekommen wäre (was aber dann im Grunde kaum noch etwas mit den Parametern in § 46 Abs. 2 StGB zu tun hat).<sup>13</sup> Der Strafraumen liefert mithin die einzige anwendungssichere gesetzliche Begrenzung, die eine eindeutige Klassifikation einer richterlichen Zumessungsentscheidung als richtig oder falsch erlaubt. Weitergehende Zugriffe der Revisionsgerichte auf die Strafmaßentscheidungen der Tatgerichte lassen sich zwar im Einzelfall mit Begründungsdefiziten rechtfertigen;<sup>14</sup> darüberhinausgehende Zweifel an der tatrichterlichen Entscheidung bleiben freilich subjektiv-wertend, wenn beispielsweise einer Strafe, die der Tatrichter offensichtlich als

schuldangemessen angesehen hatte, ebendiese Qualität vom Revisionsgericht abgesprochen wird.<sup>15</sup>

### III. Strafraumen de lege lata

Angesichts ihrer soeben skizzierten Bedeutung soll nunmehr untersucht werden, was das Gesetz derzeit dazu leistet, mittels seiner Bestimmungen zu den Strafraumen den richterlichen Entscheidungsvorgang zu determinieren. Die Regelungen des Allgemeinen Teils erweisen sich dabei als kurios: Die Mindeststrafen betragen fünf Tagessätze für Geldstrafen (§ 40 Abs. 1 S. 2 StGB) und einen Monat für Freiheitsstrafen (§ 38 Abs. 2 StGB). Die Höchststrafenregelung für Geldstrafen (§ 40 Abs. 1 S. 2 StGB) bleibt für die Gestaltung der Strafraumen ohne Belang, weil keine Straftatbestände mehr existieren, die ausschließlich Geldstrafen vorsehen.<sup>16</sup> Die Regelung zum Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe von 15 Jahren (§ 38 Abs. 2 StGB) hingegen wird überall dort relevant, wo Straf- oder Qualifikationstatbestände<sup>17</sup> keine entsprechenden Regelungen aufweisen, was hauptsächlich<sup>18</sup> bei Verbrechen der Fall ist (vgl. § 249 Abs. 1 StGB). Aber selbst unter ihnen finden sich fast ebenso viele Strafvorschriften, die den Strafraumen nach oben hin unterhalb der Fünfzehnjahresgrenze enden lassen (z.B. § 244 Abs. 4 StGB).<sup>19</sup>

Betrachtet man die Weite der Strafraumen, so ergibt sich naturgemäß ein sehr uneinheitliches Bild. Auf der einen Seite existieren extrem enge Rahmen, was sich aber schlicht durch eine niedrige Höchststrafe bei etlichen der Bagatelvergehen erklärt. Beispielfhaft sei auf die Fälschung von Wahlunterlagen (§ 107b StGB) oder die Verleitung zur uneidlichen Falschaussage (§ 160 Abs. 1 Var. 2 StGB) hingewiesen, die jeweils Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten bzw. Geldstrafen bis zu 180 Tagessätzen androhen. Aber auch die zahlreichen Tatbestände mit Höchstfreiheitsstrafen von einem Jahr oder zwei Jahren bieten den Gerichten noch vergleichsweise geringe Handlungsspielräume. Auf der anderen Seite können – unter Einbeziehung minder schwerer oder besonders schwerer Fälle – auch einmal Strafraumen mit einer Spannweite von bis zu fünfzehn Jahren auftreten (z.B. der Angriff gegen Organe und Vertreter ausländischer Staaten nach § 102 StGB mit einem Grundstrafrahmen von bis zu fünf Jahren

<sup>8</sup> *Radbruch* (Fn. 5), S. 171.

<sup>9</sup> *Schneider*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, vor § 46 Rn. 10; *Hassemer* (Fn. 5), S. 284, 286; *Wolters*, in: *Wolter/Hoyer* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 46 Rn. 51, 97; BGH NStZ 1983, 217.

<sup>10</sup> *Schneider* (Fn. 9), vor § 46 Rn. 10; *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 46 Rn. 5; *Hassemer* (Fn. 5), S. 288 f.; *Dreher*, in: *Frisch/Schmid* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, S. 141 (150).

<sup>11</sup> *Hassemer* (Fn. 5), S. 289.

<sup>12</sup> *Hassemer* (Fn. 5), S. 289.

<sup>13</sup> In diese Richtung auch *Wolters* (Fn. 9), § 46 Rn. 105.

<sup>14</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2023, 409; BGH StV 2024, 561; BGH NStZ-RR 2024, 289.

<sup>15</sup> Vgl. BGH StV 1987, 530; BGH NStZ 1993, 538; BGH NStZ-RR 1996, 84.

<sup>16</sup> *Zipf/Dölling*, in: *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 1), § 59 Rn. 31; *Dreher* (Fn. 10), S. 143. Für das Landesrecht steht dem Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 EGStGB entgegen.

<sup>17</sup> Qualifikationstatbestände werden hier als eigene Straftatbestände eingeordnet, während minder schwere und besonders schwere Fälle als bloße Modifikationen der Grundstrafrahmen hier zunächst außerhalb der Betrachtung bleiben.

<sup>18</sup> Im Kernstrafrecht bilden einige besonders schwere Fälle von Vergehen eine Ausnahme (§ 100a Abs. 4 StGB, §§ 102, 107, 177 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 StGB, § 253 Abs. 4 StGB).

<sup>19</sup> 42 Straf- oder Qualifikationstatbestände reichen dabei von einem bis zehn Jahre Freiheitsstrafe, drei bieten einen Strafraumen von einem bis fünf Jahre (§§ 184b Abs. 3, 339, 356 Abs. 2 StGB); demgegenüber nennen 61 Straftatbestände nur eine Strafuntergrenze.

Freiheitsstrafe, der im unbenannten besonders schweren Fall auf bis zu fünfzehn Jahre ansteigt).

Will man sich ein vollständigeres Bild mittels einer empirischen Bestandsaufnahme verschaffen, ist dazu vorab die Einordnung bestimmter Gesetzeskonstellationen festzulegen. Folgende Regeln wurden dabei aufgestellt:

- Minder schwere und besonders schwere Fälle werden nicht gesondert erfasst, sondern erweitern den Grundtatbestand,<sup>20</sup> die §§ 242, 243 StGB beispielsweise werden zusammen als ein einziges Strafgesetz gewertet.
- Verschiedene Tatbestände innerhalb eines Absatzes mit gleicher Strafdrohung werden als ein Gesetz gezählt (z.B. § 121 Abs. 1 StGB).
- Verschiedene Tatbestände innerhalb eines Absatzes mit ungleicher Strafdrohung zählen hingegen separat (z.B. § 160 Abs. 1 StGB).
- Verschiedene Tatbestände in verschiedenen Absätzen desselben Paragraphen werden – auch bei gleicher Strafdrohung – separat erfasst (z.B. zählen § 109e Abs. 1, 2 und 5 StGB als drei Strafgesetze). Das gilt selbst dann, wenn eine gemeinsame Vorschrift zu minder schweren oder besonders schweren Fällen existiert. So wurden § 109e Abs. 1 und 2 StGB trotz § 109e Abs. 4 StGB als zwei Gesetze mit Strafrahmen von jeweils drei Monaten bis zehn Jahren Freiheitsstrafe gezählt.
- Bloße Ausdehnungen der Strafbarkeit auf weitere Personengruppen gelten nicht als eigene Strafbestimmungen (z.B. §§ 115 Abs. 1 und 2, 129b StGB), wohl aber, wenn sie in der Tathandlung abweichen (§ 115 Abs. 3 StGB).

Naturgemäß lässt sich wie über fast jede, so auch über die hier gewählte Methodik der Erfassung streiten. So könnte man benannte besonders schwere Fälle auch selbstständig in Rechnung stellen. Im Hinblick auf den nach h.M. nicht abschließenden Charakter der Regelbeispiele<sup>21</sup> vermag der Rechtsanwender jedoch in jedem einzelnen Fall das Ausschöpfen des gesamten Strafrahmens zu erwägen, weshalb eine gesonderte Betrachtung schwerer oder leichter Fälle nicht angezeigt erscheint. Ebenso ließe sich bezweifeln, ob die Differenzierung zwischen einzelnen Tatvarianten innerhalb eines bzw. mehrerer Absätze angemessen ist. Der Gesetzgeber scheint allerdings hierbei kein starres System zu verwenden, wie ein Blick auf die Grundtatbestände in §§ 267, 268 StGB oder auf die unterschiedliche Behandlung von Fahrlässigkeitsvarianten in §§ 315b Abs. 4 und 5, 315c Abs. 3 StGB zeigt. Dementsprechend existiert insoweit kein ideales Ordnungskriterium. Die hier gewählten Regeln können indessen immerhin für sich in Anspruch nehmen, der äußeren Gestalt der Strafgesetze Rechnung zu tragen. Legt man sie zu Grunde, so ergibt sich das in Tabelle 1 dargestellte Bild.

<sup>20</sup> Pointiert *Zieschang*, Jura 1999, 561 (564).

<sup>21</sup> *Schneider* (Fn. 9) vor § 46 Rn. 21 ff.; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, vor §§ 38 ff. Rn. 48 ff.; BGHSt 23, 254 (257); 24, 248 (249); 29, 319 (322).

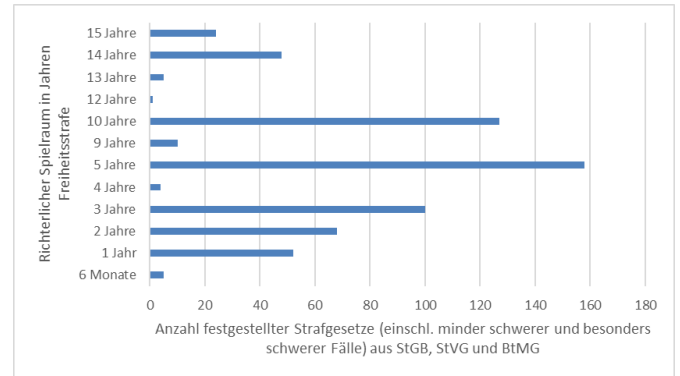


Tabelle 1: Anzahl von Strafgesetzen mit bestimmten Strafrahmen

In Tabelle 1 wurde neben einem Spielraum für zeitige Freiheitsstrafe nicht gesondert berücksichtigt, wenn ein Straftatbestand alternativ zugleich eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Verfügung stellt (wie etwa bei § 251 StGB). Insoweit findet man (neben dem Ausnahmefall des § 211 StGB) zwei Modelle: Neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe steht in 14 dieser Straftatbestände noch zeitige Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren zur Verfügung, mithin ein Spielraum von fünf Jahren. Die übrigen acht Straftatbestände billigen sogar einen zusätzlichen Strafrahmen zwischen einem und fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe zu (z.B. der Landesverrat nach § 94 StGB mit einem Grundstrafrahmen nicht unter einem Jahr in Abs. 1 mit einem besonders schweren Fall in Abs. 2, der auch die Möglichkeit einer lebenslangen Freiheitsstrafe anbietet).

Soweit sich in Tabelle 1 Spielräume von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe finden, liegen dem ausschließlich unmodifizierte Grundstrafrahmen bei Straftaten des Bagatellbereichs zu Grunde, zu denen der Gesetzgeber zwar möglicherweise noch Qualifikationsbestimmungen geschaffen hat, aber keine Strafrahmenerweiterungen über besonders schwere Fälle. Derart geringe Spielräume stehen dem Richter also nicht im Bereich mittlerer oder gar schwerer Kriminalität zur Verfügung. Anders liegt es schon bei den (nur) vier Fällen mit einem Spielraum von vier Jahren. Diese ungewöhnlichen Fälle betreffen ausschließlich Verbrechen, die aber durch eine Höchststrafe von fünf Jahren gedeckelt sind (§§ 184b Abs. 3, 184e Abs. 1 S. 1 StGB, §§ 339, 356 Abs. 2 StGB). Bei den maximal fünfjährigen Spielräumen finden sich ebenfalls noch ganz überwiegend normale Vergehen wie § 257 StGB, aber auch schon Straftaten, die einen solchen Spielraum in höheren Strafregionen anbieten, nämlich neben der lebenslangen Freiheitsstrafe wie in § 306c StGB. Bei den noch ausgedehnteren Strafrahmen ist das Bild sehr heterogen: Einerseits handelt es sich um Vergehen (z.B. § 224 StGB), oft mit Erweiterungen durch besonders schwere Fälle (wodurch sich die zahlreichen Spielräume im Bereich bis zu zehn Jahren erklären, z.B. § 242 StGB i.V.m. § 243 StGB). Andererseits kann es sich um Verbrechen (z.B. § 129a Abs. 1 StGB oder die Nachstellung mit Todesfolge in § 238 StGB) oder sogar um Schwerverbrechen wie den besonders schweren Raub oder die besonders schwere Brandstiftung (§ 250 Abs. 2 StGB, § 306b Abs. 2 StGB) handeln. Die vierzehn Jahre weiten Spielräume würde man bei gewöhnlicheren, mit einem Jahr Mindeststrafe bedrohten Verbrechen vermuten.

Diese existieren zwar tatsächlich (z.B. § 176 Abs. 1 StGB). Die meisten dieser Verbrechen werden jedoch zugleich durch minder schwere Fälle relativiert, wodurch sich der Strafraumen sogar über vierzehn Jahre hinaus erweitert (z.B. §§ 154, 226, 226a, 249 StGB, um nur einige zu nennen). Sie sowie die umkehrten Erweiterungen von Vergehen um besonders schwere Fälle (z.B. §§ 102, 107, 177 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6, 253 StGB) stellen diejenigen Tatbestände, welche die fast fünfzehnjährigen Spielräume aufweisen.

Insgesamt zeigt sich also ein äußerst heterogenes Bild. Auf der einen Seite sieht man „unverdächtig“ geringe Spielräume, wozu man sicherlich alle Straftaten zählen kann, deren Strafraumen bei drei Jahren Freiheitsstrafe endet. Aber auch bei Verbrechen wie § 339 StGB mit einem auf vier Jahre begrenzten richterlichen Entscheidungsspielraum stellen sich jedenfalls auf den ersten Blick keine Bedenken ein, die vorgesehenen Rechtsfolgen seien zu unbestimmt. Einer genaueren Betrachtung bedarf aber alles, was darüber liegt, angefangen bei gewöhnlichen Vergehen, aber auch bei Verbrechen, die wie der einfache Raub dem Richter die Wahl zwischen sechs Monaten (§ 249 Abs. 2 StGB) und fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe (Abs. 1) eröffnen.

#### IV. Zur Ausschöpfung der Strafraumen in der Rechtsprechung

Angesichts der zum Teil sehr weitreichenden Strafraumen – bei denen man eigentlich kaum noch von einem „Rahmen“ sprechen kann<sup>22</sup> – stellt sich die Frage, ob diese Weite notwendig ist, also eine dementsprechende Spannbreite des Unrechts- und Schuldgehaltes jener Straftaten existiert, wie es die Konzeption eines einigermaßen konkreten Strafraumens voraussetzt.<sup>23</sup> Da sich die für die Strafzumessung spezifische Tatschwere aus einer Vielzahl von objektiven (z.B. der Tatfolgenschwere) und subjektiven Faktoren (z.B. der persönlichen Vorwerfbarkeit des Normbruchs) generiert, fällt eine abstrakt-generelle Antwort schwer. Allerdings ließe sich aus dem tatsächlichen Ergebnis dieses komplexen Vorgangs, nämlich den tatsächlich ausgeurteilten Strafhöhen, eine zumindest annähernde Klärung erzielen.

Der Verdacht, insbesondere die oberen Regionen der Strafraumen würden in der praktischen Anwendung kaum genutzt, wurde schon verschiedentlich geäußert.<sup>24</sup> Ältere Untersuchungen haben diesen Verdacht bereits partiell belegt, so etwa *H.-J. Albrecht* in einer Auswertung von Urteilen aus den Jahren 1979–1981 zu schweren Straftaten (Raub, Vergewaltigung und Einbruchsdiebstahl).<sup>25</sup> Die wohl bisher

eingehendste Untersuchung hat *Götting* anhand der statistischen Daten zu Verurteilungen aus den Jahren 1987–1991 unternommen,<sup>26</sup> allerdings mit dem Fokus auf der Herausarbeitung von Regelstrafmaßen und dem Abgleich zwischen einzelnen Delikten. Die Ausschöpfung der Strafraumen bildete dabei nur eines von etlichen Erkenntnisinteressen seiner Untersuchung.<sup>27</sup> Zudem ist die fragliche Datenbasis inzwischen rund 35 Jahre alt und stammt aus der Zeit vor dem 6. StrRG 1998 mit seinen zahlreichen Strafraumenveränderungen.

Wie schon *Götting* vorgegangen ist, so kann auch an dieser Stelle nur auf statistisch bereits existente Daten zurückgegriffen werden, und zwar in Gestalt der Strafverfolgungsstatistiken des Statistischen Bundesamtes.<sup>28</sup> Sie haben den Vorteil, tatsächlich die gesamte Breite der Praxis zu erfassen, weisen jedoch den Nachteil auf, dies nicht sonderlich exakt zu tun. Verfügbar ist dort nämlich allein das Endergebnis des Strafzumessungsvorganges im Ganzen. Eine Verurteilung wegen Diebstahls nach § 242 StGB zu beispielsweise sechs Monaten Freiheitsstrafe bedeutet letztlich nur, dass der fragliche Verurteilte als schwerste Straftat ebendiesen Diebstahl begangen hat. Nicht ersichtlich ist, ob die ausgeworfene Strafe das Produkt einer Tateinheit mit weiteren, mit geringerer oder derselben abstrakten Strafdrohung versehenen Straftaten ist, oder ob es sich um eine Gesamtstrafe nach §§ 53 f. StGB handelt, die aus mindestens zwei, möglicherweise aber auch aus einer Vielzahl von Einzelstrafen wegen weiterer Diebstähle oder anderer, leichterer oder gleich schwerer Straftaten gebildet wurde. Klar ist lediglich, dass eine Verurteilung wegen zumindest *eines* Diebstahls nach § 242 StGB erfolgt ist und dieses Delikt vom Gericht als die schwerste bzw. prägende Straftat eingeordnet wurde. Nicht ausgewiesen werden zudem etwaige Strafmilderungen wegen Versuchs, Teilnahme oder verminderter Schuldfähigkeit.<sup>29</sup> Um eine fehlerfreie Analyse zu erreichen, bedürfte es einer Sichtung der schriftlichen Urteile, die hier nicht zu leisten ist und künftigen Ansätzen vorbehalten bleiben muss.

Gleichwohl lässt sich anhand der statistischen Daten zumindest ermessen, inwieweit die oberen Regionen eines Strafraumens überhaupt genutzt werden. Zu erwarten wäre jedenfalls, dass sich bei Massendelikten wie besagtem Diebstahl eben auch eine nennenswerte Anzahl von Verurteilungen in der oberen Hälfte des Strafraumens bewegt. Denn selbst wenn man die Auffassung der Rechtsprechung zu Grunde legt, Straftaten, die aus statistischer Warte von mittlerer Art und Güte sind, seien im unteren Drittel des Strafraumens

<sup>22</sup> *Dreher* (Fn. 10), S. 141.

<sup>23</sup> *Dreher* (Fn. 10), S. 145, 149; BVerfG NJW 1977, 1525 (1531 f.).

<sup>24</sup> *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 294 f.; *Kaspar* (Fn. 1), S. C 49, 107 f.; *Verrel*, JZ 2018, 811 (813); *Zieschang*, Jura 1999, 561 (568); *Montenbruck* (Fn. 2), S. 70, mit dem Hinweis, der Gesetzgeber habe z.T. die hohen Strafreionen vor allem für die Fälle des – damals noch gebräuchlichen – Fortsetzungszusammenhangs vorgesehen.

<sup>25</sup> *H.-J. Albrecht* (Fn. 2), S. 277 ff.; *ders.*, ZStW 102 (1990), 596 (608 ff.).

<sup>26</sup> *Götting* (Fn. 2).

<sup>27</sup> *Götting* (Fn. 2), S. 20 f.

<sup>28</sup> Gesamtberichts 2022 mit allen verfügbaren Tabellen, abrufbar unter

[https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/statistischer-bericht-strafverfolgung-2100300227005.xlsx?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/statistischer-bericht-strafverfolgung-2100300227005.xlsx?_blob=publicationFile) (11.12.2024).

<sup>29</sup> Siehe dazu die Informationen zur Statistik des Jahresberichts (Fn. 28).

mens anzusiedeln,<sup>30</sup> so liegt der Konzeption eines Strafrahmens jedenfalls zugleich die Vorstellung zu Grunde, es kämen im Rahmen einer tatbestandlichen Deliktsbeschreibung realiter auch solche Straftaten vor, die sich im oberen Drittel wiederfinden müssten.<sup>31</sup>

Betrachtet werden in der folgenden Untersuchung einige ausgesuchte Delikte, die einerseits häufig begangen werden (um zufällige Ergebnisse zu vermeiden) und die andererseits für repräsentative Kriminalitätsbereiche stehen (Eigentum, Vermögen, Gewalt). Ausgewählt und in Tabelle 2 dargestellt wurden §§242, 243, 263, 223 und 249 StGB. Als Kontrast dazu wurden ergänzend § 21 StVG und § 303 StGB wegen ihrer sehr engen Strafrahmen herangezogen. Im Unterschied zu Tabelle 1 wurden die besonders schweren Fälle jetzt separat erfasst, weil die richterliche Festlegung für oder gegen einen besonders schweren Fall zuvor ja erfolgt ist und damit eine abschließende richterliche Entscheidung für einen konkreten Strafrahmen vorliegt.

Straftaten (StGB)	§ 242 <sup>32</sup>	§ 243 <sup>33</sup>	§ 263 Abs. 1 <sup>34</sup>	§ 263 Abs. 3, 5 <sup>35</sup>	§ 249 <sup>36</sup>	§ 250 Abs. 1, 2	§ 223	§ 303 <sup>37</sup>	§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG <sup>38</sup>
<b>Bestrafungen (= 100 %)</b>	59.945	10.190	57.928	5.424	556	439	25.651	8.716	41.476
<b>darunter Freiheitsstrafen (in %, gerundet)</b>	6.598 (11,0)	6.719 (65,9)	3.925 (6,7)	5.046 (93,0)	534 (96,0)	436 (99,0)	3.620 (14,1)	369 (4,2)	4.057 (9,8)
<b>&lt; 6 Monaten</b>	3.566 (5,9)	827 (8,1)	1.136 (2,0)	27 (0,5)	4 (0,7)	-	848 (3,3)	212 (2,4)	2.212 (5,3)
<b>6–9 Monate</b>	2.130 (3,6)	2.376 (23,3)	1.578 (2,7)	789 (14,5)	74 (13,3)	5 (1,1)	1.690 (6,6)	115 (1,3)	1.554 (3,7)
<b>9 Monate–1 Jahr</b>	573 (1,0)	1.481 (14,5)	631 (1,1)	1.338 (24,6)	83 (14,9)	7 (1,6)	605 (2,4)	24 (0,3)	231 (0,6)
<b>1–2 Jahre</b>	300 (0,5)	1.624 (15,9)	497 (0,9)	2.174 (40,0)	247 (44,4)	113 (25,7)	410 (1,6)	18 (0,2)	57 (0,1)
<b>2–3 Jahre</b>	22 (0,04)	310 (3,0)	56 (0,1)	410 (7,6)	74 (13,3)	63 (14,4)	53 (0,2)	-	1 (0,002)
<b>3–5 Jahre</b>	5 (0,008)	88 (0,9)	25 (0,04)	247 (4,6)	49 (8,8)	127 (28,9)	9 (0,04)	-	1 (0,002)
<b>5–10 Jahre</b>	2 (0,003)	13 (0,1)	2 (0,003)	61 (1,1)	2 (0,4)	115 (26,2)	4 (0,02)	-	1 (0,002)
<b>10–15 Jahre</b>	-	-	-	-	1 (0,2)	6 (1,4)	1 (0,004)	-	-

Tabelle 2: Verurteilungen lt. Strafverfolgungsstatistik 2022

Bei der Betrachtung der in Tabelle 2 wiedergegebenen Zahlen sind die beschriebenen Eigenheiten der statistischen Erfassung zu berücksichtigen. Wenn also (in Tabelle 2 grau unterlegt) Strafen jenseits der theoretischen Höchststrafe zu finden sind (bei §§ 242 Abs. 1, 263 Abs. 1 StGB und besonders eklatant bei § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG mit seiner nur einjährigen Höchstfreiheitsstrafe), so beruht das zweifellos auf der gleichzeitigen Aburteilung mehrerer solcher Taten oder der gleichzeitigen Aburteilung weiterer, mit gleicher oder noch niedrigerer Strafdrohung versehener Straftaten, weil im Falle der Tatmehrheit nach § 54 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 StGB der Gesamtstrafrahmen nicht mehr durch die gesetzlichen Höchststrafen der einzelnen Straftatbestände, sondern durch die Summe der tatsächlich verwirkten Einzelstrafen begrenzt wird.<sup>39</sup> Wenn bei der Sachbeschädigung solche Ausreißer nicht zu beobachten sind, so könnte das eventuell auf einem geringeren Anteil von Serientaten im Vergleich etwa zum Fahren ohne Fahrerlaubnis beruhen.<sup>40</sup>

Blendet man diese jenseits der Strafrahmenobergrenzen liegenden Fälle aus, so bleiben bei den einfachen Vergehen nach §§ 242, 263 Abs. 1, 223 StGB zwar noch Verurteilungen im oberen Bereich des Strafrahmens jenseits der Zwei-Jahres-Marke übrig, dies allerdings in recht geringer Zahl. Bezogen auf alle Verurteilungen der jeweils fraglichen Delikte handelt es sich um 0,051 % (einf. Diebstahl), 0,14 % (einf. Betrug) und 0,24 % (Körperverletzung). Diese Zahlen ähneln den seinerseits von *Götting* ermittelten (0,048 % beim Diebstahl) bzw. liegen sogar darunter (0,77 % beim Betrug),<sup>41</sup> soweit sie vergleichbar sind (der Strafrahmen für § 223 StGB endete seinerseits noch bei drei Jahren Freiheitsstrafe). Zudem darf man vermuten, dass sich unter den Verurteilungen in diesen Regionen etliche – wenn nicht sogar durchweg – Fälle befinden, die tatmehrheitliche Verurteilungen betreffen.<sup>42</sup> Um dies sicher sagen zu können, bedürfte es zwar weiterführender rechtstatsächlicher Untersuchungen derartiger Verurteilungsfälle. Gestützt wird die hier gehegte Vermutung allerdings, wenn man sich einmal überlegt, ob bzw. wie derart hohe Strafen bei einer einzelnen Tat zustande kommen könnten.

<sup>30</sup> BGHSt 27, 2 (4); BGH NStZ 1983, 217; BGH StV 1994, 182.

<sup>31</sup> BGHSt 27, 2 (3).

<sup>32</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeile 616.

<sup>33</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeilen 619, 622 addiert.

<sup>34</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeile 718.

<sup>35</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeile 721. Hier war die an sich wünschenswerte Differenzierung zwischen den beiden Absätzen von § 263 StGB bzw. zwischen besonders schweren und Qualifikationsfällen wegen der zusammenfassenden Darstellung in der Statistik nicht möglich.

<sup>36</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeile 652.

<sup>37</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeilen 889, 892 addiert.

<sup>38</sup> Strafverfolgungsstatistik 2022, Tabelle 24311-13, Zeile 1315.

<sup>39</sup> *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 729; *Rissing-van Saan/Scholze*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 9), § 54 Rn. 7 f.; *Jäger*, in: *Wolter/Hoyer* (Fn. 9), § 54 Rn. 8; kritisch *Frister*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 10), § 54 Rn. 5.

<sup>40</sup> Soweit Mindeststrafen unterschritten werden (wie bei den §§ 249, 250 StGB zu beobachten), dürften hierfür Strafmilderungen wegen Versuchs, Beihilfe, § 21 StGB u.a. verantwortlich sein. Diese Fälle brauchen an dieser Stelle jedoch nicht näher betrachtet zu werden.

<sup>41</sup> *Götting* (Fn. 2), S. 142 ff.

<sup>42</sup> Vgl. beispielhaft BGH wistra 2024, 420: Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in acht Fällen und gewerbs- und bandenmäßigen Computerbetrugs in 22 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten, die in der Strafverfolgungsstatistik als eine Verurteilung nach § 263 Abs. 5 StGB gezählt werden dürfte.



Ein erheblicher, bei zahlreichen Erfolgsdelikten zudem der maßgebende Strafzumessungsfaktor ist unzweifelhaft die jeweilige Schwere der Tatfolgen. Für Betrugstaten lassen sich hier zwanglos erhebliche Werte fabulieren. Allerdings begrenzt § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB diese Erwägungen auf 50.000 € Vermögensverlust, weil regelmäßig ab diesem Wert gerade nicht mehr der Strafraumen von § 263 Abs. 1 StGB einschlägig ist.<sup>43</sup> Beim einfachen Diebstahl existiert zwar keine derartige normative Begrenzung; allerdings dürfte nach der Rechtsprechung bei erheblichen Werten von Stehlgütern ein unbenannter besonders schwerer Fall nach § 243 Abs. 1 StGB anzunehmen sein,<sup>44</sup> womit gleichfalls nicht mehr der Strafraumen des Grunddeliktes zu Grunde zu legen wäre. Abgesehen davon erscheint es kaum vorstellbar, dass höhere Werte durch ihre Eigentümer nicht in einer Weise gesichert sein sollten, die zur Verwirklichung von § 243 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB führt. Selbst bei der Körperverletzung liegen bei schweren Verletzungen die Qualifikationstatbestände entweder des § 226 StGB oder des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nahe.

Ein in der Praxis bestimmender Strafzumessungsfaktor ist ferner das kriminelle Vorleben des Täters, insbesondere einschlägige Vorstrafen. Allerdings hat die Rechtsprechung schon mehrfach betont, dass hierdurch – was vor allem in Bagatellsachen relevant wird – das Maß schuldangemessenen Strafens nicht überschritten werden darf,<sup>45</sup> weshalb die strafschärfende Wirkung dieses Faktors ebenfalls begrenzt ausfallen dürfte. Auch subjektive Elemente – wie etwa die Motiv- und Gesinnungsmerkmale in § 46 Abs. 2 StGB – mögen im Einzelfall die verwirkte Strafe schärfen; sie werden indessen ungeeignet sein, sie in gänzlich andere Dimensionen zu heben, die vom konkret verwirklichten Erfolgsonrecht nicht mehr gedeckt sind.

Unter Beachtung dieser Aspekte fehlt jedenfalls dem *Verfasser* dieser Zeilen die Phantasie, sich beispielsweise eine singuläre Tat des einfachen Diebstahls vorzustellen, die eine Strafe oberhalb von drei Jahren Freiheitsstrafen „verdienen“ könnte.<sup>46</sup> Anschaulich schon *Dreher* 1978, seinerseits sicherlich nicht für besondere Nachsicht gegenüber Straftätern bekannt:

„Ich möchte den Richter sehen, der für einen ‚einfachen‘ Diebstahl 5 Jahre Freiheitsstrafe verhängt.“<sup>47</sup>

Insgesamt besteht deshalb die starke Vermutung, dass die Grundstrafrahmen der drei häufigsten „einfachen“ Vergehen des Diebstahls, des Betruges und der Körperverletzung eine

Weite aufweisen, die weder in der Praxis angenommen wird noch theoretisch erforderlich wäre. Aber auch bei den Strafraumen der untersuchten schweren bzw. Qualifikationsfälle (§§ 243, 263 Abs. 3 und 5 StGB) sticht die extrem geringe Inanspruchnahme hoher Strafregionen ins Auge. Oberhalb von fünf Jahren Freiheitsstrafe scheint hier ebenfalls kaum noch ein tatsächlicher Bedarf zu existieren.

Ein vergleichbares Bild zeigt sich selbst beim Raub. Auch hier bleibt die Zahl der Verurteilungen nach § 249 Abs. 1 StGB oberhalb von fünf Jahren Freiheitsstrafe unter 1 % aller einschlägigen Verurteilungen, wobei erneut die Vermutung besteht, dass die fraglichen drei Urteile nicht nur einen einzigen einfachen Raub zum Gegenstand gehabt haben dürften. Diese faktische Obergrenze bei fünf Jahren entspricht den Befunden von *H.-J. Albrecht* über die Strafzumessungspraxis bei schweren Straftaten in Deutschland und Österreich aus den Jahren 1979–1981.<sup>48</sup> Für schwere und besonders schwere Raubstrafaten nach § 250 StGB, die zu einem guten Viertel in dem Strafbereich oberhalb von fünf Jahren Freiheitsstrafe anzutreffen sind, ergibt sich offenbar im Gegensatz dazu ein praktischer Bedarf auch für die oberen Strafraumenregionen.

Legt man nun die untersuchten Sachbeschädigungen und Vergehen nach § 21 StVG daneben, so zeigt sich ein nur wenig anderes Bild. Bei der Sachbeschädigung wird das obere Drittel des Strafraumens ebenfalls kaum genutzt, beim Fahren ohne Fahrerlaubnis immerhin in nicht ganz geringer Zahl. Allerdings ist es im Unterschied zu den bisher untersuchten Straftatbeständen plausibel, entsprechende Strafregionen vorzuhalten. Bei beiden Vergehen fehlen besonders schwere Fälle oder Qualifikationen,<sup>49</sup> die alternativ zur Anwendung gelangen könnten. Jedenfalls bei der Sachbeschädigung (Vernichtung hochwertiger Gegenstände, z.B. eines Diamantcolliers im Privatbesitz) kann man sich zudem Fälle vorstellen, deren Unrechtsgehalt eine über zwei Jahre hinausgehende Bestrafung vertretbar erscheinen ließe. Für das Fahren ohne Fahrerlaubnis wäre ein Absenken des Strafraumens auf maximal neun Monate zwar denkbar, würde aber eine neue, bislang unbekannte Strafraumenkategorie einführen, während eine Reduktion auf sechs Monate Höchststrafe möglicherweise zu weit ginge.

## V. Zur theoretischen Legitimierung weiter Strafraumen

Fassen wir diese Erkenntnisse zusammen, so darf man mit aller gebotenen Vorsicht eine faktische Überdimensionierung jedenfalls einiger, möglicherweise sogar etlicher Strafraumen jenseits des Bagatellbereichs vermuten.<sup>50</sup> Das lässt sich ohne

<sup>43</sup> BGHSt 48, 360; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 263 Rn. 215a.

<sup>44</sup> BGHSt 29, 319 (322).

<sup>45</sup> OLG Stuttgart NJW 2002, 3188; OLG Stuttgart NJW 2006, 1222 (1223); OLG Frankfurt StV 2014, 486 (487); OLG Hamm, Beschl. v. 1.3.2018 – III-5 RVs 129/17, Rn. 25 ff. (juris); vgl. auch *Dreher* (Fn. 10), S. 148.

<sup>46</sup> Ebenso schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (799); *Kaspar* (Fn. 1), S. C 49.

<sup>47</sup> *Dreher* (Fn. 10), S. 152.

<sup>48</sup> *H.-J. Albrecht* (Fn. 2), S. 479 („die oberen Bereiche, mindestens jedoch das obere Drittel aller in die Untersuchung einbezogenen Strafraumen können ohne weiteres als redundant bezeichnet werden“); *ders.*, ZStW 102 (1990), 596 (610).

<sup>49</sup> § 304 StGB erfasst keine Sachbeschädigungen an Alltagsgegenständen von hohem Wert.

<sup>50</sup> Anders hingegen *Götting* (Fn. 2), S. 224, in seinem Fazit, allerdings nur mit der Begründung, die hohen Regionen seien nicht „völlig bedeutungslos“. Das dürfte – zumindest heute – angesichts der vorstehenden Überlegungen wohl eher fragwürdig sein.

weitere Untersuchungen sicherlich nicht verallgemeinern, wie das Beispiel von § 250 StGB zeigt. Für den einfachen Diebstahl, den einfachen Betrug und die einfache Körperverletzung mit ihren jeweils fünfjährigen Höchstfreiheitsstrafen ist eine solche Überdimensionierung jedoch plausibel. Dies anzunehmen, mögen auch die Zahlen zu § 243 StGB nahelegen; jedoch wird sich für besonders schwere Diebstahlsfälle vor allem im Hinblick auf mögliche Beutewerte – man denke etwa an einen nicht als Tat nach § 244 StGB zu qualifizierenden Diebstahl der Nofretete-Büste aus dem Neuen Museum in Berlin – ein zumindest theoretischer Bedarf nicht von der Hand weisen lassen, den bis in hohe Regionen reichenden Strafrahmen des § 243 StGB vorzuhalten.

Die Frage bleibt, ob sich Strafrahmen, die partiell faktisch leerlaufen, eventuell anderweitig legitimieren oder wenigstens erklären ließen. Kein expliziter Hinweis ist dazu von früheren Gesetzgebern zu erwarten. Denn dezidierte Erwägungen dazu, für welchen schwersten Fall eine bestimmte Höchststrafe vorzusehen ist, haben bislang in den Gesetzgebungsverfahren keine Rolle gespielt.<sup>51</sup> Andernfalls wären ab dem mittleren Vergehensbereich feinere Differenzierungen im gesetzlichen Höchstmaß als die bisher üblichen fünf, zehn und fünfzehn Jahre mit ihren doch eher grobschlächtigen Abstufungen zu erwarten gewesen.<sup>52</sup> Eine gewisse Erklärung mag jedoch – insbesondere bei traditionellen, in ihrem Kern lange Zeit unverändert gebliebenen Strafgesetzen – in einer historischen Überalterung infolge gewandelter gesellschaftlicher Bewertungen bestimmter Güter liegen.<sup>53</sup> Eine andere Erklärung liefern gelegentlich nicht hinlänglich abgestimmte Reformen im Deliktgefügte, etwa infolge des Hinzutretens schwerer Fälle. Beispielsweise war für den Betrug in § 263 RStGB ursprünglich eine Gefängnisstrafe von höchstens fünf Jahren vorgesehen. Außer einer Rückfallvorschrift (§ 264 RStGB) kannte das Gesetz daneben aber weder Qualifikations- noch Strafschärfungsbestimmungen. Folglich musste der Strafrahmen auch die schwersten Tatformen erfassen, also insbesondere Fälle mit Millionenschäden. Das Bild änderte sich 1933 mit der erstmaligen Einführung eines (unbenannten) besonders schweren Falles mit einer Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Zuchthaus.<sup>54</sup> Der Grundstrafrahmen erfuhr hingegen – bis heute – keinerlei signifikante Modifikation, obschon sein Anwendungsfeld seither keine schwereren Deliktverwirklichungsformen mehr umfasste. Aber auch die typischen Begehungsweisen können sich bei einzelnen Delikten geändert haben. So sind Ladendiebstähle – mit ihrem in der Regel geringen Schuldgehalt – im heutigen Ausmaß sicherlich im Wesentlichen ein Produkt der Etablierung von Selbstbedienungsgeschäften. Ohne sie aber wäre das durchschnittliche Tatbild eines Diebstahls vermutlich ein solches mit höherem Unrechts- und Schuldgehalt.

Dass zu weit in hohe Strafregionen reichende Strafandrohungen der Idee und der Aufgabe von Strafrahmen zuwider-

laufen, wurde bereits oben unter II. aufgezeigt. Bedenken ergeben sich zudem im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, dessen Bestimmtheitsgebot sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auf die Rechtsfolgenseite erstreckt und schon anhand des Gesetzes die größtmögliche Bestimmbarkeit der im Einzelfall verwirkten Strafe fordert.<sup>55</sup>

Gleichwohl mag es – zumal angesichts des Umstandes einer bestenfalls annähernden Bestimmbarkeit der erforderlichen Höchststrafdrohung im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit denkbarer Aburteilungssachverhalte – Gründe geben, warum der Gesetzgeber eine in ihrem Ausmaß zweifelhafte Ausweitung eines Strafrahmens wählt. So kann man den Strafrahmen und insbesondere seine Höchststrafe als Wertschätzung des jeweils einschlägigen Rechtsgutes begreifen, vor allem in Relation zu anderen strafrechtlich geschützten Rechtsgütern.<sup>56</sup> Ein unmittelbar einleuchtendes Beispiel liefern die grundsätzlich höheren Strafdrohungen für Tötungen im Verhältnis zu Körperverletzungen, die zwanglos auf die unterschiedliche Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter zurückgeführt werden können. Aus diesem Grund könnte man zögern, eine Körperverletzung mit ihrer offenbar unnötig hohen Strafdrohung dem Strafniveau der Sachbeschädigung anzunähern, zumal sich beide Delikte in ihrer Begehungsweise (Gewalt) strukturell ähneln. Vielmehr müsste eine Körperverletzung deutlich höher zu gewichten sein als eine Sachbeschädigung, weil die körperliche Unversehrtheit gemeinhin einen höheren Stellenwert genießt als das Eigentum. Bei einer solchen Erwägung wäre allerdings der Strafschutz in seiner gesamten Dimension zu sehen: Während § 303 StGB bei einer Höchststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe endet und mangels Qualifikationstatbeständen<sup>57</sup> schlicht kein qualifizierterer Eigentumsschutz selbst für schwerste Schädigungen verfügbar ist, sanktionieren die §§ 224–226a StGB erheblichere Formen körperlicher Misshandlung und Gesundheitsschädigung mit Strafen, die teilweise bis zum Höchstmaß zeitiger Freiheitsstrafe reichen. Der Gesetzgeber hat hier also in der Gesamtschau durchaus eine angemessene unterschiedliche Wertschätzung der beiden Rechtsgüter zum Ausdruck gebracht. Ein Argument, warum gleichwohl auch die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB eine höhere Strafdrohung aufweisen müsste als § 303 StGB, lässt sich daraus jedenfalls nicht gewinnen.

Wenn also in gewissem Maße eine höhere Strafdrohung in Relation zur Rechtsgutsqualität durchaus plausibel zu machen wäre, darf jedoch daraus nicht der Schluss gezogen

<sup>55</sup> BVerfG NJW 1972, 1059 (1061); BVerfG NJW 1992, 2947 (2948); BVerfG NJW 2002, 1779 (1780); BVerfG NJW 2005, 2140 (2141); BVerfG NJW 2019, 2837 (2839); Schier, Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen, 2011, S. 3 ff.; Kaspar (Fn. 1), S. C 11, 86 f.

<sup>56</sup> Wolters (Fn. 9), § 46 Rn. 51; Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765); BVerfG NJW 1969, 1059 (1061).

<sup>57</sup> Man mag zwar hier an die Brandstiftungsdelikte oder an die Baugefährdung nach § 305 StGB denken, muss aber berücksichtigen, dass diese Delikte neben der Beeinträchtigung des Eigentums zugleich eine Gemeingefährlichkeit sanktionieren.

<sup>51</sup> Kaspar (Fn. 1), S. C 47 f.

<sup>52</sup> Kaspar (Fn. 1), S. C 47 f.

<sup>53</sup> Frank, NJW 1977, 686; Dreher (Fn. 10), S. 161 f.

<sup>54</sup> Art. 1 Nr. 17 des Gesetzes zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26.5.1933, RGBl. I 1933, S. 295.

werden, die Bedeutung eines Rechtsgutes könne es erfordern, eine Höchststrafe festzulegen, die rein theoretischer Natur ist, weil eine Deliktsbegehung mit entsprechendem Unrechts- und Schuldgehalt schlicht utopisch wäre. Denn damit signalisierte der Gesetzgeber den Gerichten genau das Gegenteil, nämlich für die denkbar schwersten Fälle eben jene Höchststrafe für angemessen halten zu dürfen, obwohl er das gar nicht ernst meinen könnte und dürfte. Das Schuldstrafrecht verlangt zwar nach dem Unrechts- und Schuldgehalt der jeweiligen Tatengruppe gestaffelte Strafandrohungen.<sup>58</sup> Damit besteht eine Korrelation zwischen der Einschätzung des Gesetzgebers über die Wertigkeit eines Rechtsgutes und dem Unrechts- und Schuldgehalt entsprechender Rechtsgutsverletzungen. Eine überschießende Strafandrohung – etwa zur generalpräventiven Abschreckung, zur Beruhigung des verunsicherten Wählervolkes oder aus populistischen Motiven heraus – lässt sich gleichwohl nicht rechtfertigen. Oder, wie *Kaspar* es treffend zugespitzt hat, hohe Strafandrohungen dürfen keine „Potemkinschen Dörfer“ bilden.<sup>59</sup>

Im Übrigen bleiben freilich supranationale Bindungen zu berücksichtigen, die im Einzelfall zu hohen Strafandrohungen zwingen können. Erinnert sei hier an die kürzlich in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 11.4.2024,<sup>60</sup> die in ihrem Art. 5 Abs. 2 differenzierte Mindesthöchststrafen für bestimmte Delikte vorsieht, z.B. von acht Jahren Freiheitsstrafe für Umweltstraftaten, die einen Lebensraum innerhalb eines geschützten Gebiets zerstören.<sup>61</sup> Vergleichbare Regelungen enthalten u.a. die Menschenhandelsrichtlinie<sup>62</sup>, die Richtlinie zur Bekämpfung sexuellen Missbrauchs von Kindern<sup>63</sup> oder der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des illegalen Drogenhandels.<sup>64</sup> Jedenfalls bei

<sup>58</sup> *Dreher* (Fn. 10), S. 146.

<sup>59</sup> *Kaspar* (Fn. 1), S. C 108.

<sup>60</sup> ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1203; vgl. dazu näher *Heghmanns*, *ZfStw* 4/2024, 256.

<sup>61</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 3 Abs. 3 lit. a, Abs. 2 der genannten Richtlinie.

<sup>62</sup> Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (ABl. EU 2011 Nr. L 101/1) i.d.F. der Richtlinie (EU) 2024/1712 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Änderung der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer (ABl. EU 2024 Nr. L v. 24.6.2024).

<sup>63</sup> Art. 2–5 der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. EU 2011 Nr. L 335/1).

<sup>64</sup> Art. 4 des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates v. 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen

den genannten Normmaterien sind die entsprechenden Höchststrafen auf den ersten Blick allerdings adäquat, weil die tatbestandlichen Schädigungen bzw. Tatobjekte theoretisch auch eine solche Strafverhängung rechtfertigende Ausmaße erreichen können. Sollte dies bei künftigen Harmonisierungsbestrebungen der EU einmal zweifelhaft erscheinen, wäre die Bundesregierung im Vorfeld aufgerufen, sich über die Anwendung des Art. 83 Abs. 3 AEUV der Geltung entsprechender Rechtsakte zumindest partiell zu entziehen.

## VI. Realistischerer Zuschnitt von Strafraumen?

Ein Befund, bestehende Strafraumen seien zu weit geraten, führt zwangsläufig zu der Überlegung, ob eine Verengung möglich wäre, ohne ungewollte Kollateralschäden zu bewirken. Es bleibt nämlich zu bedenken, ob Strafraumenänderungen nicht zu Verschiebungen im Schweregefüge der Delikte führen. Dies kann einmal die Einordnung des statistischen Durchschnittsfalles im unteren Bereich des (dann ja nur einseitig verengten) Strafraumens betreffen.<sup>65</sup> Die Sorge, hierdurch könnte das Strafniveau für den statistischen Durchschnittsfall auf Werte sinken, die keine schuldgerechte Bestrafung mehr darstellen, dürfte indes unbegründet sein. So könnten entsprechende Reformen vom Gesetzgeber explizit mit der Erwartung verknüpft werden, das Strafniveau für den statistischen Normalfall nicht zu verändern. Im Übrigen darf das Beharrungsvermögen jahrzehntelang eingeschleifener Strafzumessungspraxis nicht unterschätzt werden. Die andere Sorge betrifft die Möglichkeit systematischer Verwerfungen im gesamten Strafrechtsgefüge. Würde beim Delikt X die bisherige Höchststrafandrohung von fünf Jahren auf drei Jahre reduziert, während das Delikt Y mit gleicher Höchststrafandrohung unverändert bliebe, so könnte der Eindruck entstehen, das von X geschützte Rechtsgut wäre nunmehr weniger wert als das von Y geschützte. Auch diese Sorge wäre freilich zu vernachlässigen, soweit ergänzende Strafraumenerweiterungen für (benannte) besonders schwere Fälle bestehen bleiben, weil die gesellschaftliche Wertschätzung des geschützten Gutes durch das Gesamtbild von Grunddelikt, schweren Fällen und Qualifikationen ausgedrückt wird, soweit die letzteren an Besonderheiten des *modus operandi* oder der Verletzungsintensität geknüpft werden (und nicht ihren materiellen Grund in der Verletzung weiterer Rechtsgüter fänden, wie etwa bei den Straftaten mit Todesfolge). Soweit es also nur um die Absenkung der Strafraumen von Grunddelikten ginge, das beschriebene Gesamtbild aber ansonsten unangetastet bliebe, sollte niemand vernünftigerweise auf die Idee kommen können, der strafrechtliche Schutz werde zurückgenommen.

## VII. Ein Modell

Zusammenfassend wäre es also zulässig und angezeigt, die vorhandenen Strafraumen einer noch präziseren Analyse zu unterziehen und ggf. daraus den Schluss zu ziehen, die

im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. EU 2004 Nr. L 335/1).

<sup>65</sup> *Dreher* (Fn. 10), S. 159.

Höchststrafen soweit abzusenken, dass sie tatsächlich den theoretisch schwersten Fall erfassen, mehr jedoch nicht.<sup>66</sup> Bei den hier als einschlägige „Verdachtsfälle“ identifizierten §§ 223, 242 und 263 Abs. 1 StGB könnte sich so letztlich ein neues Gefüge der Strafdrohungen ergeben.

Nehmen wir als Beispiel § 242 StGB, so wäre dieser vermutlich mit einem Strafrahmen von maximal zwei Jahren ausreichend ausgestattet.<sup>67</sup> Daneben bliebe der besonders schwere Fall nach § 243 StGB mit seinem bisherigen Strafrahmen zwischen drei Monaten und zehn Jahren Freiheitsstrafe bestehen. Der Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB wäre entsprechend zu gestalten; auch hier bestünden der besonders schwere Fall nach § 263 Abs. 3 sowie der Qualifikationstatbestand des § 263 Abs. 5 StGB mit ihren bisherigen Strafrahmen fort. Bei der Körperverletzung könnte die Höchststrafe auf drei Jahre reduziert werden, was zugleich die höhere Wertschätzung gegenüber der körperlichen Unversehrtheit im Vergleich zu Eigentum und Vermögen zum Ausdruck brächte. Auch hier blieben die Qualifikationen der §§ 224 ff. StGB unberührt. Auf diese Weise wäre ausreichend gewährleistet, dass in keinem praktisch vorkommenden Fall die Verhängung einer schuldangemessenen Strafe gehindert wäre. Zwar mag die große Diskrepanz zwischen einem bescheidenen Grundstrafrahmen und den Höchststrafen der schweren Fälle bzw. Qualifikationen auf den ersten Blick ungewohnt sein und befremdlich erscheinen. Dies trägt jedoch dem Umstand Rechnung, dass beim Fehlen einschlägiger Erschwerungsgründe der Unrechts- und Schuldgehalt dieser Delikte zwangsläufig sehr überschaubar bleibt. Macht man sich zudem klar, dass zum einen damit nur die Realität der Strafpraxis abgebildet wird und sich zum anderen die oft beklagten großen Überschneidungen zwischen Grundstrafrahmen und schweren Fällen bzw. Qualifikationen<sup>68</sup> deutlich reduzieren, so sollte das hier vorgestellte Modell durchaus realisierbar erscheinen. Es kann jedoch nur einen Ausschnitt veranschaulichen, denn eine Reform, die keine neuen Systembrüche nach sich ziehen soll, muss notwendigerweise im Rahmen einer Gesamtrevision der Strafrahmen erfolgen.<sup>69</sup> Eine Änderung der Bestrafungspraxis ist hierdurch alleine weder intendiert noch zu erwarten, sondern nur – aber immerhin – eine „ehrlichere“ Konzeption der Straftatfolgen. Sie ließe zudem dem Normadressaten deutlicher werden, wieviel ernster als die Begehung der hier in den Vordergrund gestellten Massenvergehen der Gesetzgeber die Verwirklichung der mit höheren Strafen bedrohten Taten der mittleren und schweren Kriminalität nimmt.

---

<sup>66</sup> Ebenso schon *Verrel*, JZ 2018, 811 (813).

<sup>67</sup> So schon *Streng* (Fn. 24), S. 294, auf der Basis der Verurteilungszahlen von 1981; ähnlich *Schier* (Fn. 55), S. 289, der allerdings für eine dreijährige Höchststrafe plädiert.

<sup>68</sup> *Verrel*, JZ 2018, 811 (811, 813); *Hettinger*, GA 1995, 399 (419); *Kaspar* (Fn. 1), S. C 54; *Dreher* (Fn. 10), S. 151 f.; *Gössel/Dölling* (Fn. 1), § 62 Rn. 12 f.; *Schier* (Fn. 55), S. 287 f.

<sup>69</sup> Vgl. *Hettinger*, GA 1995, 399 (427), anlässlich der isolierten Änderung des Strafrahmens von § 223 StGB a.F. (1994).



§ 249 Abs. 2 S. 1 StPO sieht die Möglichkeit vor, außer in den Fällen der §§ 253, 254 StPO, von der Verlesung von Urkunden abzusehen, wenn die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunden Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten. Dabei erhält diese Vorschrift eine zusätzliche besondere Bedeutung dadurch, dass das Gericht gem. § 257a StPO mit Ausnahme der in § 258 StPO bezeichneten Anträge den Verfahrensbeteiligten aufgeben kann, Anträge und Anregungen zu Verfahrensfragen schriftlich zu stellen, wobei § 249 StPO entsprechende Anwendung findet. Die Regelungen in den §§ 249 Abs. 2, 257a StPO unterliegen im Schrifttum teils heftiger Kritik. Die nachfolgenden Überlegungen gehen der Frage nach, ob diese negative Einschätzung berechtigt ist und es möglicherweise einer Reduktion des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften bedarf.

## I. Das Selbstleseverfahren gem. § 249 Abs. 2 StPO

### 1. Die gesetzliche Entwicklung

§ 249 Abs. 2 StPO wurde durch das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 5.10.1978<sup>1</sup> in die StPO inkorporiert.<sup>2</sup> Nach der Gesetzesbegründung soll durch die Möglichkeit einer vereinfachten Einführung von Urkunden eine Beschleunigung und Konzentration der Hauptverhandlung auf das Wesentliche erreicht werden.<sup>3</sup> Ihre eigentliche Bedeutung werde die Vorschrift in Großverfahren, so zum Beispiel in Wirtschaftsstrafsachen, gewinnen, aber auch in Verfahren wegen Beleidigung oder Verbreitung bestimmter Schriften, in denen häufig zahl- und umfangreiche Urkunden zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden müssten.<sup>4</sup> Nach der damaligen Fassung der Vorschrift war aber Voraussetzung, dass die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagte auf die Verlesung verzichteten. Insofern führte die Gesetzesbegründung aus, nur dieses Einverständnis gewährleiste die Effektivität der Vorschrift; anderenfalls müsste mit verfahrensverzögernden Erörterungen und Beweisritten insbesondere darüber gerechnet werden, ob die Urkunde gelesen worden sei und welchen Inhalt sie habe.<sup>5</sup>

Darüber hinaus war in § 249 Abs. 2 S. 2 StPO a.F. ausdrücklich bestimmt, dass der wesentliche Inhalt der Urkunden mitgeteilt werden soll. Damit sei gewährleistet, dass der „Kern der Sache“ vermittelt werde und der Angeklagte damit

erkennen könne, welche Passagen nach Auffassung des Gerichts offenbar entscheidend sein sollen.<sup>6</sup>

Das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27.1.1987<sup>7</sup> vereinfachte die Anwendung des Selbstleseverfahrens, indem es seitdem nicht mehr vom Verzicht auf die Verlesung seitens des Staatsanwalts, Verteidigers oder Angeklagten abhängig ist. Dadurch sollte erreicht werden, dass „in weiterem Umfang als bisher von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, von der sehr zeitraubenden Verlesung von Urkunden abzusehen.“<sup>8</sup> Die Vereinfachung der Norm sei zur Entlastung der Strafgerichtsbarkeit dringend erforderlich.<sup>9</sup> Namentlich in Großverfahren mit umfangreichem Urkundenmaterial habe die Ersetzung der Verlesung offensichtliche, erhebliche prozessökonomische Vorteile und könne zu einer wesentlichen Verkürzung der Hauptverhandlung beitragen.<sup>10</sup>

Ebenfalls ist seit dem StVÄG 1987 der Passus entfallen, dass der wesentliche Inhalt der Urkunde mitgeteilt werden soll, da dies – so die Gesetzesbegründung – zu dem Missverständnis Anlass geben könnte, als ob nur der Inhalt dieser Mitteilung Entscheidungsgrundlage für das erkennende Gericht sei. Auch könnten Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, was wesentlicher Inhalt ist.<sup>11</sup>

Ergänzt wurde § 249 Abs. 2 StPO aber im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses um seinen heutigen zweiten Satz, also um die Regelung zum Widerspruch, der unverzüglich zu erklären ist.

Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994<sup>12</sup> erweiterte das Selbstleseverfahren auf Protokolle nach § 251 StPO sowie auf die in § 256 StPO genannten Dokumente. Das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017<sup>13</sup> hat schließlich den Urkundenbegriff in § 249 StPO auf elektronische Dokumente, soweit sie verlesbar sind, ausgeweitet.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> BT-Drs. 8/976, S. 54.

<sup>7</sup> BGBl. I 1987, S. 475 (StVÄG 1987).

<sup>8</sup> BT-Drs. 10/1313, S. 12; siehe auch BGH NJW 2024, 2475 (2477).

<sup>9</sup> BT-Drs. 10/1313, S. 28.

<sup>10</sup> BT-Drs. 10/1313, S. 28; siehe auch BT-Drs. 10/6592, S. 22.

<sup>11</sup> BT-Drs. 10/1313, S. 29.

<sup>12</sup> BGBl. I 1994, S. 3186.

<sup>13</sup> BGBl. I 2017, S. 2208.

<sup>14</sup> Nach *Norouzi*, HRRS 2021, 255 (256), ist das Selbstleseverfahren aus dem Gerichtsalltag „heute nicht mehr fortzudenken“, was missverständlich erscheint, wenn man vor allem an die zahlreichen Hauptverhandlungen vor dem Strafgericht denkt, in denen es oftmals nicht zur Anwendung kommt.

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Julius-Maximilian-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> BGBl. I 1978, S. 1645 (StVÄG 1979).

<sup>2</sup> Siehe zur Historie etwa auch *Schlund*, Das Selbstleseverfahren – Grund und Grenzen, Unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive der Strafverteidigung, 2018, S. 22 ff.

<sup>3</sup> BT-Drs. 8/976, S. 23.

<sup>4</sup> BT-Drs. 8/976, S. 23; siehe auch BGH NJW 2024, 2475 (2477).

<sup>5</sup> BT-Drs. 8/976, S. 54.

## 2. Zur Bewertung der Norm

Im Schrifttum ist § 249 Abs. 2 StPO teilweise starker Kritik ausgesetzt. So bezeichnet man die Regelung als „gesetzliche Fehlleistung“.<sup>15</sup> Sie sei ein „(partieller) Rückfall in Zeiten von Geheimverfahren und Geheimjustiz“.<sup>16</sup> Das Selbstleseverfahren sei intransparent.<sup>17</sup> Was für das Gericht besonders relevant sei, wisse niemand.<sup>18</sup> Ob die Richter die Urkunden wirklich alle zur Kenntnis genommen haben, liege in einem unkontrollierbaren Dunkel. Der gleichgültige oder übermäßig belastete Staatsanwalt und Verteidiger könnten sich der Kenntnisnahme entziehen, ein unbeholfener Angeklagter könne die Urkunde unter Umständen trotz Lesens nicht einmal richtig verstehen.<sup>19</sup> Werde auf die Verlesung verzichtet, entfalle die Eindringlichkeit des mündlich Vorgetragenen, einem unter Umständen durchaus weiterführenden Rechtsgespräch über die Bedeutung der Urkunde sei von vornherein der Boden entzogen.<sup>20</sup> Ein Vorgehen nach § 249 Abs. 2 StPO entwerfe die Beweisaufnahme und damit die Hauptverhandlung insgesamt.<sup>21</sup> Mündlichkeits-, Öffentlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip würden Einbußen unterworfen.<sup>22</sup> Die objektive Beweisführung werde beschränkt.<sup>23</sup> Der „dialektische Prozess der Wahrheitsfindung“ finde nicht mehr statt.<sup>24</sup> Die Verteidigung habe weitaus geringere Möglichkeiten, durch Hinweise und Stellungnahmen auf das Verständnis des Inhalts der Urkunde und ihres sachlichen Kontextes bei den

anderen Verfahrensbeteiligten einzuwirken.<sup>25</sup>

Können diese Kritikpunkte überzeugen? Was zunächst das Mündlichkeitsprinzip anbetrifft, stellt § 249 Abs. 2 StPO tatsächlich eine Einschränkung dieses Prinzips im Vergleich zum Verlesen der Urkunden dar.<sup>26</sup> Dieser Grundsatz besagt, dass dem Urteil nur der Prozessstoff zugrunde gelegt werden darf, der in der Hauptverhandlung mündlich vorgetragen und erörtert wurde.<sup>27</sup>

In der Literatur wird ausgeführt, Zweck der Mündlichkeit sei, geheime Verhandlungen zu vermeiden und einen offenen, rechtsstaatlichen Strafprozess zu gewährleisten.<sup>28</sup> Wichtigste Vorteile des Prinzips seien eine bessere Nachvollziehbarkeit für den Beschuldigten sowie eine effektivere Kontrolle der Strafjustiz durch die Öffentlichkeit.<sup>29</sup> Im Ausgangspunkt ist dem zuzustimmen. Dennoch befreien diese Gesichtspunkte den Gesetzgeber nicht von der Prüfung, ob im Einzelfall möglicherweise ein Vorgehen angezeigt ist, das den Mündlichkeitsgrundsatz zwar einschränkt, dafür aber im Hinblick auf den Verfahrensablauf in anderer Hinsicht gewichtige Vorteile aufweist.<sup>30</sup> Hier ist nun in Bezug auf § 249 Abs. 2 StPO festzustellen, dass es nicht selten Konstellationen gibt, bei denen sich das vom Gesetzgeber geschaffene Selbstleseverfahren anbietet, ohne dass dies mit einem Verlust an Rechtsstaatlichkeit verbunden ist, auch wenn der Mündlichkeitsgrundsatz Einbußen erleidet. Dies soll an einem Beispiel veranschaulicht werden:

Dem sich in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten A wird vorgeworfen, über mehrere Jahre hinweg Betrügereien zu Lasten von Versandhändlern begangen zu haben. Ins-

<sup>15</sup> Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, § 39 III 6.

<sup>16</sup> Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 193.

<sup>17</sup> Dahs, NJW 1995, 553 (555); Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 683; Norouzi, HRRS 2021, 255 (258 f.); Schlüchter, GA 1994, 397 (425 f.).

<sup>18</sup> Norouzi, HRRS 2021, 255 (259); in diese Richtung etwa auch Kirchner, StraFo 2015, 52 (59); Meyer-Lohkamp, StV 2014, 121 (123).

<sup>19</sup> Peters (Fn. 15), § 39 III 6; auch bei Meyer-Lohkamp, StV 2014, 121 (122), werden Zweifel angedeutet, ob die Urkunden denn tatsächlich von den Richtern gelesen werden; siehe zudem BGH NStZ-RR 2011, 20 f.: Der BGH meint, durch die Einführung des Selbstleseverfahrens habe der Gesetzgeber diese potenziellen Einbußen der Qualität des Urkundenbeweises in Kauf genommen; dies sei von den Gerichten und Verfahrensbeteiligten zu akzeptieren.

<sup>20</sup> Peters (Fn. 15), § 39 III 6.

<sup>21</sup> Krahl, GA 1998, 329 (337).

<sup>22</sup> Siehe Hamm/Pauly, JR 2021, 375 (377 ff.).

<sup>23</sup> Peters (Fn. 15), § 39 III 6; vgl. auch Knierim/Rettenmaier, StV 2006, 155.

<sup>24</sup> Meyer-Lohkamp, StV 2014, 121 (123); ähnlich Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, § 249 Rn. 55; Kurth, NStZ 1981, 232 (233); siehe auch Salditt, StraFo 2015, 1 (6): Die das Selbstleseverfahren kennzeichnende „verführerische Lautlosigkeit [...] schläfert die Kommunikation in der Hauptverhandlung ein.“

<sup>25</sup> Krause, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 7 Rn. 323.

<sup>26</sup> Überzogen aber Joecks/Jäger, Strafprozessordnung, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, § 249 Rn. 12: Das Selbstleseverfahren gebe „praktisch den Mündlichkeitsgrundsatz für den Urkundenbeweis auf“; ebenso Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 21 Rn. 39; Pauly, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, 2011, § 249 Rn. 31: „Für diesen Teil der Beweisaufnahme werden damit das Mündlichkeitsprinzip und der Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung außer Kraft gesetzt“; Hellmann (Fn. 17), Rn. 682: Der Mündlichkeitsgrundsatz sei „faktisch beseitigt“; siehe auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 2034 ff.

<sup>27</sup> Etwa Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 53; Eisenberg (Fn. 26), Rn. 64; Krahl, GA 1998, 329 (336).

<sup>28</sup> Beulke/Swoboda (Fn. 27), Rn. 53; Krahl, GA 1998, 329 (337).

<sup>29</sup> Beulke/Swoboda (Fn. 27), Rn. 53.

<sup>30</sup> Auch ein schriftlicher Strafbefehl ohne Hauptverhandlung (§ 407 StPO) führt dazu, dass die Aspekte der Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung verdrängt werden; dennoch hat das Strafbefehlsverfahren andere Vorzüge, etwa denjenigen, dass das private und berufliche Umfeld des Betroffenen nicht unbedingt etwas davon erfahren. Es wahrt zudem rechtsstaatliche Grundsätze.

gesamt handelt es sich um 800 Fälle. A bestreitet die Vorwürfe. Zu seiner Entlastung legt er ca. 2.000 Dokumente vor, aus denen sich ergeben soll, dass er die Ware entweder nicht erhalten oder bezahlt oder erst gar nicht bestellt hat. Ein Großteil dieser Dokumente enthält umfangreiche Kontodaten und Zahlungsinformationen. Hinzu kommt eine Vielzahl von E-Mails. Das Verlesen sämtlicher Dokumente würde für sich genommen zahlreiche Verhandlungstage und eine Dauer von mehreren Monaten einnehmen.

Aufgrund des § 249 Abs. 2 StPO muss nun keine Verlesung dieser Urkunden in der Hauptverhandlung stattfinden. Vielmehr können Richter und Schöffen durch das Lesen der Unterlagen Kenntnis nehmen und die übrigen Beteiligten erhalten dazu die Gelegenheit. Dieses Vorgehen weist nun aber mehrere bedeutsame Vorzüge gegenüber der Verlesung auf: So ermöglicht das Selbstlesen regelmäßig im Vergleich zum bloßen Verlesen weitaus besser, den jeweiligen Aussagegehalt des Dokuments geistig aufzunehmen.<sup>31</sup> Gerade auch Juristen wissen, dass eine exakte Erfassung des Textes eines Dokuments sehr viel besser gelingt, wenn man es selbst intensiv liest und nicht lediglich vorgelesen bekommt. Der Einzelne kann zu einem von ihm gewählten Zeitpunkt den – umfangreichen – Inhalt verinnerlichen, seine persönliche Lesegeschwindigkeit wählen, vor- und zurückblättern, Texte abgleichen, markieren oder wiederholt lesen und jederzeit das Studium der Unterlagen durch Pausen unterbrechen.<sup>32</sup> Das gesprochene Wort ist bekanntlich flüchtig, das exakte Selbstlesen des Textes dagegen mag der Wahrheitsfindung im Prozess weitaus stärker dienen.<sup>33</sup> Dies gilt umso mehr, als Geschwindigkeit, Lesefluss, Betonung und Lautstärke der Verlesung durchaus stark variieren können. Dem Aspekt der „Eindrücklichkeit des mündlich Vorgetragenen“ ist daher im Einzelfall durchaus mit gewissen Zweifeln zu begegnen. Die Mündlichkeit hat also nicht nur Vorteile. Im Gegenteil ist damit vor allem auch die Gefahr des Überhörens und Vergessens verbunden.<sup>34</sup> Viele oder auch inhaltlich komplexe Urkunden können beim Verlesen kaum sinnvoll und in den Details erfasst werden.<sup>35</sup> Es überzeugt daher nicht, von einer Entwertung der Beweisaufnahme durch das Selbstleseverfahren zu sprechen. Selbst dann, wenn es im Prozess um nur wenige Urkunden geht, kann sich das Selbstlesen anbieten

und für die Wahrheitsfindung geeigneter sein als das Verlesen.

Das Selbstleseverfahren ist als echte Alternative zu verstehen und nicht nur als bloßes Hilfskonstrukt für Ausnahmekonstellationen. Das Verlesen gem. § 249 Abs. 1 StPO ist daher zutreffend vom BGH in Einklang mit der Gesetzesbegründung<sup>36</sup> nicht als gegenüber § 249 Abs. 2 StPO vorzugswürdigere Form der Erhebung des Urkundenbeweises eingestuft worden, sondern es geht um gleichwertige Alternativen.<sup>37</sup> Es handelt sich nicht um eine „gesetzliche Fehlleistung“, sondern um ein für den Verfahrensablauf sinnvolles Instrument, das die objektive Beweisführung sogar verbessern kann und rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt.<sup>38</sup> Treffend formuliert der BGH:<sup>39</sup>

„Die Einführung eines Urkundeninhalts im Wege des Selbstleseverfahrens ist gegenüber dem Verlesen weder im Hinblick auf den Beweiserhebungsvorgang noch in Bezug auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten defizitär.“

Die von Kritikern des § 249 Abs. 2 StPO angesprochene Gefahr, dass die Urkunden von Prozessbeteiligten gar nicht gelesen werden, besteht in ähnlicher Hinsicht beim Verlesen, falls ein Prozessbeteiligter nicht gewillt ist, konzentriert zuzuhören.<sup>40</sup> Über etwaiges mangelndes Interesse eines Prozessbeteiligten kann auch die Verlesung nicht hinweghelfen. Der Vorwurf der Intransparenz des Selbstleseverfahrens, da man nicht wisse, welche Dokumente für das Gericht besonders relevant sind, spricht im Übrigen auch nicht gegen dieses Vorgehen: Diese Kritik könnte nämlich ebenso gut im Fall der Verlesung erhoben werden; auch dann muss das Gericht nicht kundtun, welche Urkunden es für besonders bedeutsam hält. Eine derartige Hinweispflicht seitens des Gerichts besteht nicht.<sup>41</sup>

Das Selbstlesen ermöglicht es oftmals weitaus stärker als die Verlesung, eventuelle Unstimmigkeiten aufzudecken oder aus dem Inhalt der Unterlagen bestimmte Schlussfolgerungen

<sup>31</sup> Siehe auch BT-Drs. 10/1313, S. 28; BGHSt 65, 155 (160); *Habetha*, NZWiSt 2021, 256 (257); *Julius/Engelstätter*, in: Gercke/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2023, § 249 Rn. 15; *Mosbacher*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 6, 27. Aufl. 2019, StPO § 249 Rn. 53.

<sup>32</sup> Siehe BGHSt 65, 155 (160); *Arnoldi*, NStZ 2013, 474 (475).

<sup>33</sup> In diese Richtung auch *Schneider*, NStZ 2022, 276.

<sup>34</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 16 Rn. 1; siehe auch *Norouzi*, HRRS 2021, 255 (258).

<sup>35</sup> *Kreicker*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 249 Rn. 51.

<sup>36</sup> BT-Drs. 10/1313, S. 28.

<sup>37</sup> BGHSt 65, 155 (157) unter Aufgabe von BGHSt 57, 306; siehe etwa auch BGH NJW 2024, 2475 (2478); *Ganter*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2024, § 249 Rn. 23; *Kreicker* (Fn. 35), § 249 Rn. 51; *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 249 Rn. 16, 17; *Mosbacher*, NStZ 2013, 199 (202 f.); *Ventzke*, StV 2014, 114 (118); dagegen von einem Ausnahmecharakter ausgehend etwa *Diemer*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 249 Rn. 33; *Frister* (Fn. 24), § 249 Rn. 57; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2022, § 21 Rn. 100; *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2023, § 249 Rn. 39.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Ventzke*, StV 2014, 114 (118); *ders.*, NStZ 2021, 249.

<sup>39</sup> BGHSt 65, 155 (159 f.).

<sup>40</sup> Vgl. auch BGH NStZ-RR 2011, 20 (21).

<sup>41</sup> Siehe BGH NStZ-RR 2008, 180 (181).

zu ziehen. Das einschränkungslose Beharren auf der Verlesung wäre Prinzipienreiterei. Es würde sogar dem Strafverfahren mehr schaden als nützen, wenn man die Mündlichkeit als unantastbar erachtet. So kann dem Beschleunigungsgrundsatz durch das Selbstlesen weitaus mehr Rechnung getragen werden, denn § 249 Abs. 2 StPO bewirkt eine Verfahrenskonzentration.<sup>42</sup> Es ist zu bedenken, dass ein Text im Normalfall viel schneller selbst gelesen als vorgelesen ist.<sup>43</sup> Die Sprechgeschwindigkeit ist nicht unerheblich langsamer als jene, die beim Selbstlesen möglich ist.<sup>44</sup> In der Praxis bedeutet dies, dass die Hauptverhandlung unterbrochen wird, um den Inhalt der Urkunden außerhalb der Hauptverhandlung zu verinnerlichen. Es macht eine unter Umständen wochen- oder gar monatelange Verlesung<sup>45</sup> entbehrlich.<sup>46</sup> Dieser Aspekt ist umso bedeutsamer, falls sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet. § 249 Abs. 2 StPO ist damit eine legitime Regelung, die der Prozessökonomie und dem Beschleunigungsgebot dient.<sup>47</sup> Einer langwierigen Verlesung kann man im Übrigen auch nicht dadurch entgehen, dass nur „besonders exemplarische, besonders ‚knallende‘ [...] Urkunden im Einzelnen“ verlesen werden,<sup>48</sup> denn nicht selten ist jeder einzelne Beleg für die Frage, ob der Anklagevorwurf zutrifft, von Bedeutung. Zudem widerspricht ein solches Vorgehen § 244 Abs. 2 StPO.

Da die Prozessbeteiligten die Gelegenheit erhalten, von dem Inhalt der Urkunden Kenntnis zu nehmen und sie insbesondere ihr Erklärungsrecht nach § 257 StPO wahrnehmen und in ihren Schlussvorträgen Stellung nehmen können, ist im Übrigen das Prinzip des rechtlichen Gehörs hinreichend beachtet.<sup>49</sup> Der Verteidigung obliegt es, im intensiven Selbststudium vom Inhalt der Urkunden Kenntnis zu nehmen; zu diesem kann sie sich dann im Hauptverfahren dezidiert äußern. Insoweit vermag das Vorgehen nach § 249 Abs. 2 StPO sogar der Verteidigung strategische Vorteile zu bieten, indem sie eine entsprechende Stellungnahme zu (bestimmten) Ur-

kunden frühzeitig vorbereiten kann.<sup>50</sup> Die Belange der Verteidigung bleiben so gewahrt.<sup>51</sup> § 249 Abs. 2 StPO führt damit nicht zu einem geheimen, rein schriftlichen Verfahren. Auch ändert sich durch das Selbstleseverfahren nichts daran, dass die Urkunden selbst unmittelbares Beweismittel bleiben und kein Beweissurrogat benutzt wird. Für den Unmittelbarkeitsgrundsatz spielt es keine Rolle, welche Form (§ 249 Abs. 1 StPO oder § 249 Abs. 2 StPO) der Erhebung gewählt wird.<sup>52</sup> Da zudem sämtliche erkennenden Richter vom Wortlaut der Urkunde Kenntnis nehmen müssen, wird sowohl dem Prinzip der formellen als auch der materiellen Unmittelbarkeit Rechnung getragen.

Schon vor der Einführung des § 249 Abs. 2 StPO hat es der BGH zugelassen, dass keine wörtliche Verlesung eines Schriftstücks erfolgt, sondern der Inhalt eines Schriftstücks vom Vorsitzenden in anderer Weise festgestellt und bekannt gegeben wird.<sup>53</sup> Verfahrensmäßig wurde dies also vom BGH für zulässig erachtet. Ein solches Vorgehen dränge sich vor allem dann auf, wenn es sich um Eintragungen in Bücher oder Listen oder Ähnliches handelt, wo die einzelnen Worte erst durch ihre Anordnung oder das Einrücken in bestimmte Spalten einen besonderen Sinn erhalten.<sup>54</sup> Das bedeutet: Die wörtliche Verlesung wird schon damals nicht verabsolutiert, sondern es werden Abweichungen zugelassen, die für den Ablauf des Verfahrens sinnvoll sind.<sup>55</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Selbstleseverfahren gegenüber der inhaltlichen Wiedergabe durch den Vorsitzenden sogar noch vorzugswürdiger erscheint, kann sich doch dadurch jeder Verfahrensbeteiligte unmittelbar selbst ein Bild vom Inhalt der Urkunde machen, sodass nicht die Gefahr besteht, dass allein aus der Sicht des Vorsitzenden bestimmt wird, was wesentlicher Inhalt der Urkunde ist oder vermeintlich sein soll.

Im Selbstleseverfahren liegt zudem kein Verstoß gegen die Pflicht zur Erforschung der Wahrheit, denn es ändert nichts daran, dass auch dann die Beweisaufnahme i.S.d. § 244 Abs. 2 StPO auf alle für die Entscheidung bedeutsamen Beweismittel erstreckt wird. Es bleibt dabei, dass der exakte Wortlaut durch sämtliche Richter geistig aufgenommen werden kann. Andererseits gilt auch für das Selbstleseverfahren, dass die darüber einzuführenden Urkunden sorgfältig zusammenzustellen sind und dabei ihre Erheblichkeit und Verles-

<sup>42</sup> Zu beachten ist aber, dass der Anklagesatz nicht nach § 249 Abs. 2 StPO eingeführt werden darf, denn die Anklageschrift ist nicht Gegenstand der Beweisaufnahme; BGHSt 56, 109 (113 f.).

<sup>43</sup> Siehe auch BGHSt 65, 155 (160); *Mosbacher* (Fn. 31), § 249 Rn. 57; anderer Ansicht *Kirchner*, *StraFo* 2015, 52 (58).

<sup>44</sup> ORF Salzburg v. 14.12.2021, abrufbar unter <https://salzburg.orf.at/stories/3134360/#:~:text=Das%20hat%20ein%20Forschungsteam%20der,als%20sie%20je%20sprec hen%20könnten> (14.1.2025).

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch die Schilderungen von *Meyer-Lohkamp*, *StV* 2021, 784.

<sup>46</sup> *Krause*, (Fn. 25), § 7 Rn. 323, weist im Übrigen auf die nicht unerhebliche Senkung der Verfahrenskosten hin, da gesonderte Hauptverhandlungstage für die Verlesungen entfallen.

<sup>47</sup> *Krey/Heinrich*, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. 2019, Rn. 1414.

<sup>48</sup> So aber – idealtypisch – *Norouzi*, *HRRS* 2021, 255 (259).

<sup>49</sup> *BT-Drs.* 10/1313, S. 28; siehe auch BGHSt 65, 155 (160 f.); *Friester* (Fn. 24), § 249 Rn. 56.

<sup>50</sup> *Habetha*, *NZWiSt* 2021, 256 (261); *Julius/Engelstätter* (Fn. 31), § 249 Rn. 15; vgl. auch *Feldmann*, *wistra* 2018, 1 (3).

<sup>51</sup> Siehe auch *Mosbacher*, *NStZ* 2013, 199 (202); *Schneider*, *NStZ* 2022, 276 (277); *Ventzke*, *StV* 2014, 114 (118).

<sup>52</sup> *Mosbacher*, *NStZ* 2014, 1 (8).

<sup>53</sup> BGH BeckRS 1950, 101061 (in BGHSt 1, 4 insoweit nicht abgedruckt); jedenfalls sei dies so lange nicht zu beanstanden, wie die wörtliche Verlesung von keinem Prozessbeteiligten beantragt ist; siehe auch BGHSt 1, 94 (96); BGHSt 30, 10. Zudem dürfe die Aufklärungspflicht nicht entgegenstehen; kritisch zu dieser Möglichkeit aber etwa *Schlüchter*, *Kernwissen Strafprozeßrecht*, 3. Aufl. 1999, S. 205.

<sup>54</sup> BGH BeckRS 1950, 101061.

<sup>55</sup> Auch nach Einführung des § 249 Abs. 2 StPO gilt diese Möglichkeit fort; BGHSt 30, 10 (12 ff.); kritisch etwa *Hellmann*, *StV* 1995, 121 (123); *Wagner*, *StV* 1981, 217 (219 f.).

barkeit zu prüfen ist.<sup>56</sup> Es dient nicht dem Zweck, ohne vorherige Würdigung ihrer Beweisbedeutung große Teile der Akten in die Hauptverhandlung einzuführen.<sup>57</sup>

Richtig ist, dass durch § 249 Abs. 2 StPO der Öffentlichkeitsgrundsatz eine Einschränkung erfährt. Aber auch dieses Prinzip gilt nicht ausnahmslos, wie bereits §§ 171a ff. GVG, § 48 JGG verdeutlichen. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit kann also hinter andere für das Verfahren bedeutsame Prinzipien zurücktreten.<sup>58</sup> Das zeigt gerade der Beispielfall, in dem das Selbstleseverfahren dazu führt, dass der zugunsten des Angeklagten wirkenden Beschleunigungsmaxime hinreichend Rechnung getragen wird. Insoweit sind Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Interesse von Prozessbeteiligten gerechtfertigt.<sup>59</sup> Im Übrigen gebietet der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht, dass Zuschauer die gesamte Beweisaufnahme inhaltlich miterleben und verstehen.<sup>60</sup> Hinzu kommt, dass wie erwähnt insbesondere über § 257 StPO und in den Plädoyers zu den Beweismitteln Stellung genommen werden kann, was wiederum die Beschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes relativiert.

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass § 249 Abs. 2 StPO ein Instrument darstellt, mit dem das Hauptverfahren sinnvoll und effektiv gestaltet werden kann, ohne dass dadurch Prozessmaximen und rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren ausgehöhlt werden. Vor allem in Fällen, in denen es um eine Vielzahl von Urkunden geht, aber auch in anderen Konstellationen – etwa bei einem umfangreichen Urkundentext – bietet sich das Vorgehen über das Selbstleseverfahren als gleichwertige Alternative zur Verlesung an. Dabei muss der Umstand, dass möglicherweise viele Urkunden in Rede stehen, keineswegs aus einem missbräuchlichen Verhalten seitens der Verteidigung herrühren, wie der obige Beispielfall zeigt, bei dem die große Zahl der Vorwürfe die Anzahl der Dokumente bedingt. Es wäre daher auch verfehlt, § 249 Abs. 2 StPO teleologisch zu reduzieren, indem dessen Anwendung von der Feststellung oder dem konkreten Verdacht einer Absicht der Prozessverschleppung abhängig gemacht wird. Zweck der Vorschrift ist es nicht, Rechte der Verteidigung einzuschränken, sondern maßgeblich soll ein alternativer, gleichwertiger und unter den geschilderten Aspekten oftmals vorzugswürdiger Weg der Beweisverwertung

<sup>56</sup> BGH NStZ 2022, 504 (505).

<sup>57</sup> BGH NStZ 2022, 504 (505).

<sup>58</sup> Siehe auch BT-Drs. 10/1313, S. 28: Das Öffentlichkeitsprinzip gewährleiste nicht, dass den Zuhörern alle Wahrnehmungen ermöglicht werden, die den Prozessbeteiligten möglich sind.

<sup>59</sup> Anders *Krahl*, GA 1998, 329 (330); siehe auch *König/Harrendorf*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, StPO § 249 Rn. 30: Der Grundsatz der Öffentlichkeit sei mittelbar tangiert, wenn auch nicht verletzt, weiterhin *Mosbacher* (Fn. 31), § 249 Rn. 58: Das Selbstleseverfahren sei ein „rechtsstaatlich vertretbarer Kompromiss zwischen nicht absolut geltenden Verfahrensprinzipien.“; siehe auch *Frister* (Fn. 24), § 249 Rn. 56.

<sup>60</sup> *Kreicker* (Fn. 35), § 249 Rn. 51.

stattfinden, der gerade auch dem Angeklagten, man denke nur an den Gedanken der Beschleunigung, nutzen kann.

Vielleicht ist es auch an der Zeit, dass sich die Kritiker des Selbstleseverfahrens noch stärker bewusst machen, dass der Strafprozess des 21. Jahrhunderts in vielen Fällen nicht mehr ohne Weiteres vergleichbar ist mit dem des 19. Jahrhunderts und daher gewisser Anpassungen bedarf. So finden vermehrt umfangreiche Verfahren statt, die erstinstanzlich Wochen, Monate oder gar Jahre andauern und in denen eine große Anzahl an Dokumenten eine maßgebliche Rolle spielen. Es handelt sich vornehmlich um Wirtschaftsstrafverfahren, aber auch andere Bereiche sind erfasst.<sup>61</sup> Hinzu kommt, dass sich aufgrund der rasanten technischen Entwicklung neue strafrechtsrelevante Begehungsarten entwickelt haben. Es geht etwa um Online-Betrug, Phishing-Mails oder Volksverhetzung und Beleidigungen über zahllose E-Mails oder in WhatsApp-Chatgruppen. Insofern erfordern neue Formen der Kriminalität auch prozessual ein Überdenken der herkömmlichen Strukturen, ohne dabei rechtsstaatliche Kernelemente zu missachten. Hier erscheint eine vorsichtige Einschränkung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Öffentlichkeit über das Selbstleseverfahren ein akzeptabler und sinnvoller Weg, um große Dokumentenmengen sinnvoll in das Verfahren einzubeziehen; das Verlesen von Chat-Verläufen, Kontobewegungen und Bilanzen, das sich über Wochen oder gar Monate zieht, ist dazu ungeeignet. Das Selbstleseverfahren hingegen vermag eine Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens herbeizuführen. Die Kritik an § 249 Abs. 2 StPO vermag daher nicht zu überzeugen. Das dort geregelte Vorgehen stellt eine zumindest gleichwertige Alternative zum Verlesen dar. Die Regelung ist sinnvoll.

## II. Die Vorschrift des § 257a StPO

### 1. Die gesetzliche Entwicklung

§ 257a StPO ermöglicht dem Gericht gegenüber den Verfahrensbeteiligten die Anordnung, dass Anträge und Anregungen zu Verfahrensfragen schriftlich zu stellen sind. Zugleich kann das Gericht über den Weg des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO von der Verlesung dieser Anträge und Anregungen absehen. Unberührt von der Regelung bleiben ausweislich des Gesetzestextes die Schlussvorträge und das Recht des letzten Wortes gem. § 258 StPO. Zudem gilt § 257a StPO nicht in Bezug auf Anträge auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit.<sup>62</sup> Auch sind insbesondere die Erklärungsrechte nach § 257 StPO nicht von der Regelung betroffen.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Um nur zwei eklatante Beispiele zu erwähnen: Der NSU-Prozess dauerte vor dem OLG München über fünf Jahre. Der Prozess um das Loveparade-Unglück vor dem Landgericht Duisburg endete nach knapp zweieinhalb Jahren.

<sup>62</sup> Siehe § 26 Abs. 1 S. 2 StPO sowie BT-Drs. 12/6853, S. 34.

<sup>63</sup> *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 3; *Franke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 37), § 257a Rn. 4; *Niehaus*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Fn. 35), § 257a Rn. 10; *König/Seitz*, NStZ 1995, 1 (5).

Die Regelung des § 257a StPO ist durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994<sup>64</sup> in die StPO eingeführt worden. In der Gesetzesbegründung ist angeführt, aus Hauptverhandlungen in Umfangssachen werde „in letzter Zeit zunehmend berichtet“, dass die Verfahrensbeteiligten für die Begründung von Anträgen „viel Zeit benötigen“.<sup>65</sup> Insbesondere Beweisanträge, Einstellungsanträge, Vertagungsanträge u.a. würden – nach schriftlicher Vorbereitung außerhalb der Hauptverhandlung – mündlich vorgetragen. Es liege „nahe, bei einer Straffung der Hauptverhandlung hier anzusetzen“.<sup>66</sup> Aus diesen Erwägungen heraus wurde § 257a StPO geschaffen, der vorrangig der strafferen Durchführung von Umfangsstrafverfahren dienen soll.<sup>67</sup>

## 2. Zur Bewertung der Norm

Die Regelung des § 257a StPO ist außerordentlich scharf kritisiert worden. So spricht man u.a. von einem „Maulkorb-Paragrafen“<sup>68</sup> und einem „Einfallstor für richterliche Willkür“.<sup>69</sup> Das Gericht könne „Grabesstille im Gerichtssaal“ herbeiführen.<sup>70</sup> Die Vorschrift führe zu „wahre(n) Geisterverhandlungen“, in denen kein Zuschauer, kein Pressevertreter und wahrscheinlich auch kein Laienrichter wesentliche Vorgänge mehr mitbekomme.<sup>71</sup> Künftig stehe jede Hauptverhandlung unter der latenten Drohung, dass derjenige, der zu oft und zu lange spricht, „die rote Karte“ gezeigt bekomme.<sup>72</sup> Der Beschluss nach § 257a StPO habe „disziplinierende(n) Sanktionscharakter“.<sup>73</sup> Die Norm sei ein „Angriff des Gesetzgebers auf eine selbstbewusste forensische Verteidigung“.<sup>74</sup> Es handele sich um eine „exotisch“ anmutende Vorschrift,<sup>75</sup> um „Brachialmethoden“.<sup>76</sup>

Derartige unsachliche Äußerungen disqualifizieren sich selbst. Es gibt aber abgesehen von solchen Formulierungen auch Kritik, die hinreichend sachlich ausfällt und erhebliche Bedenken gegen § 257a StPO formuliert. Darauf ist näher einzugehen: So wird vorgetragen, das rechtliche Gehör werde in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise entwertet, denn rechtliches Gehör im wörtlichen Sinne werde durch die Anhörung von Angeklagtem und Verteidiger gewährleistet.<sup>77</sup>

<sup>64</sup> BGBl. I 1994, S. 3186.

<sup>65</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34.

<sup>66</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34.

<sup>67</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34.

<sup>68</sup> Scheffler, NJW 1994, 2191 (2194); in diese Richtung auch Bandisch, StV 1994, 153 (158); Hamm, StV 1994, 456 (458).

<sup>69</sup> MünchHalfften, in: Bandisch (Hrsg.), Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, mit Beiträgen von Praktikern zu Ehren des Praktikers und für die Praxis, 1997, S. 139.

<sup>70</sup> Scheffler, NJW 1994, 2191 (2194).

<sup>71</sup> Hamm, StV 1994, 456 (457).

<sup>72</sup> Hamm, StV 1994, 456 (457).

<sup>73</sup> Hamm, StV 1994, 456 (458); siehe auch Velten, in: Wolter (Fn. 24), § 257a Rn. 1: „Disziplinierungsinstrument“.

<sup>74</sup> König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 1.

<sup>75</sup> Krahl, GA 1998, 329 (330).

<sup>76</sup> König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 2.

<sup>77</sup> Krahl, GA 1998, 329 (334); siehe auch Bär, in: Gercke/Temming/Zöllner (Hrsg.), Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2023,

Auch der Mündlichkeitsgrundsatz spreche gegen § 257a StPO.<sup>78</sup> Dies gelte ebenfalls im Hinblick auf den Öffentlichkeitsgrundsatz; Zuhörer würden von dem so durchgeführten Teil der Hauptverhandlung de facto ausgeschlossen.<sup>79</sup> § 257a StPO laufe dem rechtsstaatlichen Strafprozess zuwider.<sup>80</sup> Die Norm sei mangels hinreichender Gesetzesbestimmtheit verfassungswidrig.<sup>81</sup> Die Rechtsstellung des Angeklagten als Subjekt des Strafverfahrens sei verletzt.<sup>82</sup> Die Vorschrift sei nicht mit dem Fairnessgrundsatz vereinbar.<sup>83</sup> Zudem sei die Vorschrift unpraktikabel und ungeeignet, denn die Hauptverhandlung müsse gegebenenfalls unterbrochen werden, damit die Verfahrensbeteiligten ihre Anträge schriftlich niederlegen könnten. Sodann müssten die anderen Verfahrensbeteiligten den Antrag lesen.<sup>84</sup> Es stehe sogar zu befürchten, dass die Hauptverhandlung zeitlich aufwendiger wird.<sup>85</sup>

Zur Bewertung der Norm ist zu bedenken, dass § 257a StPO in einer Vielzahl von Fällen in der alltäglichen Praxis gar keine Anwendung findet.<sup>86</sup> Das hat seinen guten Grund, denn für den Ablauf des Prozesses kann eine derartige Anordnung eher schaden als nutzen und damit ungeeignet sein. Verlangt etwa ein Verteidiger, dass eine bestimmte Person Z als Zeuge zu einer konkreten Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, gehört wird, und begründet er diesen Antrag, dann besteht im Regelfall kein hinreichender Grund für das Gericht, nach §§ 257a, 249 Abs. 2 StPO vorzugehen. Den Kritikern ist darin beizupflichten, dass es dadurch sogar zu einer Verzögerung des Verfahrens kommen mag, da die Hauptverhandlung zu unterbrechen ist, damit der Verteidiger die Gelegenheit erhält, zunächst seinen Beweis Antrag schriftlich zu formulieren.

§ 257a Rn. 1; Bandisch, StV 1994, 153 (158); König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 37), § 257a Rn. 1a.

<sup>78</sup> Siehe Forkert-Hosser, in: Radtke/Hohmann (Fn. 26), § 257a Rn. 1; Krahl, GA 1998, 329 (335 ff.); König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 1; Niehaus (Fn. 63), § 257a Rn. 2; Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7, 27. Aufl. 2019, § 257a Rn. 2.

<sup>79</sup> Krahl, GA 1998, 329 (337 ff.); siehe auch König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 1; Niehaus (Fn. 63), § 257a Rn. 2.

<sup>80</sup> Krahl, GA 1998, 329 (342).

<sup>81</sup> Velten (Fn. 73), § 257a Rn. 2; ebenso König/Harrendorf (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 3; Unbestimmtheit rügt auch Eschelbach, in: Graf (Fn. 37), § 257a Rn. 1 f.

<sup>82</sup> Krahl, GA 1998, 329 (345); siehe auch Joecks/Jäger (Fn. 26), § 257a Rn. 1: Die Einschränkung von Verteidigungsrechten sei zu besorgen.

<sup>83</sup> Eschelbach (Fn. 81), § 257a Rn. 1.

<sup>84</sup> Niehaus (Fn. 63), § 257a Rn. 3; vgl. auch Dahs, NJW 1995, 553 (556).

<sup>85</sup> Krahl, GA 1998, 329 (343); siehe auch Eschelbach (Fn. 81), § 257a Rn. 1; MünchHalfften, StraFo 1995, 20 f.; Wesemann, StV 1995, 220.

<sup>86</sup> Siehe auch Franke (Fn. 63), § 257a Rn. 2; Niehaus (Fn. 63), § 257a Rn. 5; vgl. ferner Senge, NStZ 2002, 225 (232).

Man muss sich aber auch darüber im Klaren sein, dass es bestimmte Konstellationen gibt, bei denen sich die Anwendung des § 257a StPO für das Verfahren insgesamt eignet und von Vorteil ist, ohne dass man davon sprechen kann, dass dadurch die Rechtsstaatlichkeit des Prozesses verloren geht. Nicht nur als theoretisches Gedankenkonstrukt, sondern auch in der Praxis kommt es vor, dass Verfahren stattfinden, in denen insbesondere seitens der Verteidigung hunderte, jeweils über mehrere Seiten begründete Beweisanträge schon vor dem eigentlichen Verfahren schriftlich ausformuliert wurden, die dann sämtlich – gäbe es §§ 257a, 249 Abs. 2 StPO nicht – in der Hauptverhandlung über Tage oder gar Wochen verlesen werden müssten. Das war schon vor der Einführung des § 257a StPO in der Praxis nicht selten.<sup>87</sup> Insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren kann dies der Fall sein, aber auch in anderen Materien – zum Beispiel im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität oder in Staatsschutzsachen – ist dies nicht ausgeschlossen.

§ 257a StPO i.V.m. § 249 Abs. 2 StPO ist in diesen und vergleichbaren Konstellationen ein zur Beschleunigung des Verfahrens geeignetes Instrument,<sup>88</sup> indem der mündliche Vortrag der Anträge entbehrlich wird.<sup>89</sup> Das ist dann tatsächlich der schnellere Weg gegenüber dem Verlesen, der zudem im Verhältnis zum mündlichen Vortrag Verständigungsfehlern vorbeugt.<sup>90</sup> Zudem ist damit der Vorteil verbunden, dass der Antrag im Selbststudium noch einmal intensiver verinnerlicht werden kann.<sup>91</sup> Natürlich führt der Weg über § 257a StPO wiederum zu einer Einschränkung des Mündlichkeitsgrundsatzes. Aber mit diesem Prinzip ist eben keine Absolutheit verbunden; es kann – insbesondere auch vor dem Hintergrund der Beschleunigungsmaxime, die ja auch zugunsten des Angeklagten wirkt – Einschränkungen erfahren. Das Beschleunigungsgebot wiegt nicht weniger als der Mündlichkeitsgrundsatz.<sup>92</sup> Wenn im Zusammenhang mit dem Mündlichkeitsgrundsatz der Vorteil der besseren Nachvollziehbarkeit durch den Angeklagten hervorgehoben wird,<sup>93</sup> ist im Übrigen zu bedenken, dass die Anträge regelmäßig gerade seitens der Verteidigung gestellt werden. Dann ist aber davon auszugehen, dass der Angeklagte diese Anträge – gegebenenfalls über eine Nachfrage bei seinem Verteidiger – hinreichend versteht, sodass ein Verlesen dann nicht noch weiter zu einem besseren Verständnis beiträgt.

<sup>87</sup> *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 1; *Krahl*, GA 1998, 329 (331 f.).

<sup>88</sup> Dass § 257a StPO eine das Beschleunigungsgebot konkretisierende Vorschrift ist, nimmt auch der BGH an; BGH BeckRS 2005, 3996.

<sup>89</sup> *König*, Kriminalistik 1995, 471 (477).

<sup>90</sup> Darauf weist sogar *Krahl*, GA 1998, 329 (331 f.), hin, der ja im Übrigen ein Gegner des § 257a StPO ist. Zudem führt er aus, dass die Dokumentation der Hauptverhandlung gefördert werde.

<sup>91</sup> Siehe zu diesem Aspekt bereits oben den Text bei Fn. 31.

<sup>92</sup> *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 2; *Senge*, NStZ 2002, 225 (232).

<sup>93</sup> *Beulke/Swoboda* (Fn. 27), Rn. 53.

Es ist zutreffend, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz eine Einschränkung erfährt. Aber insoweit ist bereits im Zusammenhang mit § 249 Abs. 2 StPO ausgeführt worden, dass Einschränkungen dieses Grundsatzes durchaus in Betracht kommen, ohne rechtsstaatliche Standards auszuhöhlen.<sup>94</sup> Dass Anträge schriftlich formuliert werden müssen, ändert auch nichts daran, dass rechtliches Gehör gewährt wird. Dieser in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Aspekt bedeutet nämlich nicht, dass stets Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme bestehen muss. Vielmehr ist dem Betroffenen lediglich die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen, was auch der Fall ist, wenn dies im Wege einer schriftlichen Stellungnahme erfolgt.<sup>95</sup> Schriftliche und mündliche Stellungnahmen sind als gleichwertig im Sinne des rechtlichen Gehörs zu erachten. Im Übrigen gilt ohnehin § 33 Abs. 1 StPO. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass über die mündlichen Äußerungsrechte vor allem aus §§ 243, 257, 258 StPO der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gewährt wird. Damit ist auch der Subjektstellung des Angeklagten und dem Fairnessgebot Rechnung getragen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG im Verfahrensrecht gar keine Anwendung findet;<sup>96</sup> unabhängig davon kann der Norm mit ihrem Zweck, eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen, hinreichende Bestimmtheit verliehen werden. Dass sie dem Gericht Ermessen einräumt, spricht nicht gegen ihre Bestimmtheit.

§ 257a StPO stellt damit für manche Verfahrenskonstellationen ein sinnvolles und zu befürwortendes Instrument zur Gestaltung des Ablaufs des Hauptverfahrens dar. Es trägt – korrekt angewendet – dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung. Auch bei einem Vorgehen nach dieser Vorschrift bleibt ein rechtsstaatliches Verfahren gewahrt.

### 3. Bedarf es einer teleologischen Reduktion des § 257a StPO?

Teile des Schrifttums sind der Auffassung, § 257a StPO sei teleologisch zu reduzieren, indem er nur dann zur Anwendung kommen dürfe, wenn von einem Missbrauch von Verfahrensrechten auszugehen ist.<sup>97</sup> Mitunter wird aber auch die Feststellung eines solchen Missbrauchs nur dann verlangt, wenn die Anordnung sich auf sämtliche Anträge und Anregungen bezieht; in den sonstigen Fällen sei erforderlich, dass der Verfahrensablauf bei mündlichem Vortrag erheblich um Stunden oder Tage verzögert würde.<sup>98</sup> Weiter wird vertreten, dass zwar ein Missbrauch zur Anwendung des § 257a StPO nicht zu fordern sei, aber eine Vielzahl von Anträgen oder Anregungen oder solche ungewöhnlichen Umfangs gestellt

<sup>94</sup> Siehe den Text oben bei Fn. 58.

<sup>95</sup> Vgl. dazu auch *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozeß, 2004, S. 398; *Stuckenberg* (Fn. 78), § 257a Rn. 3.

<sup>96</sup> *Niehaus* (Fn. 63), § 257a Rn. 7.

<sup>97</sup> *König/Harrendorf* (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 3; *Niehaus* (Fn. 63), § 257a Rn. 6; *Roxin/Schünemann* (Fn. 34), § 46 Rn. 2; siehe auch *Eschelbach* (Fn. 81), § 257a Rn. 2.

<sup>98</sup> *Bär* (Fn. 77), § 257a Rn. 4; *Forkert-Hosser* (Fn. 78), § 257a Rn. 4 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 37), § 257a Rn. 2 f.; in diese Richtung auch *Stuckenberg* (Fn. 78), § 257a Rn. 12 ff.



werden sollen und ihr mündlicher Vortrag zu einer erheblichen Verzögerung führen würde.<sup>99</sup> Demgegenüber lehnen andere Autoren derartige Einschränkungen ab.<sup>100</sup>

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob § 257a StPO dahingehend zu reduzieren ist, dass ein Fall des Missbrauchs von Verfahrensrechten vorliegen muss. Hierbei ist festzustellen, dass der Wortlaut des § 257a StPO eine solche Voraussetzung nicht aufstellt. Auch ist in systematischer Hinsicht zu bedenken, dass insbesondere §§ 138a Abs. 1 Nr. 2, 239 Abs. 1 StPO i.V.m. § 241 Abs. 1 StPO den Missbrauchsgedanken enthalten und u.a. §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 6 S. 2 StPO<sup>101</sup> den Gesichtspunkt der Prozessverschleppung ansprechen. Wenn dies in § 257a StPO nicht geschieht, spricht das im Umkehrschluss dafür, eine solche Voraussetzung mit der Vorschrift nicht zu verbinden. Auch in der Gesetzesbegründung ist im Zusammenhang mit § 257a StPO das Erfordernis eines Rechtsmissbrauchs nicht erwähnt. Vielmehr ist von „geeigneten Fällen“ die Rede, zudem davon, dass § 257a StPO „vorrangig der strafferen Durchführung von Umfangsstrafverfahren dienen“ soll.<sup>102</sup> Auch das spricht dagegen, mit der Norm die Voraussetzung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu verbinden. § 257a StPO bezweckt eine Konzentration und Beschleunigung des Hauptverfahrens. Das ist aber nicht nur maßgeblich in Fällen des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens von Verfahrensbeteiligten, sondern auch bei sonstigen Verfahren, in denen insbesondere zahlreiche Anträge und Anregungen erfolgen, ohne dass damit, da es sich etwa um ein Großverfahren handelt, ein Rechtsmissbrauch verbunden ist. Müsste das Gericht zunächst einen Rechtsmissbrauch oder die Absicht dazu feststellen, könnte dies sogar dem mit § 257a StPO verbundenen Zweck der Verfahrensbeschleunigung zuwiderlaufen, da unter Umständen zunächst das Verhalten der jeweiligen Prozessbeteiligten abzuwarten wäre, um daraus erst hinreichende Schlüsse ziehen zu können, ob ein derartiger Rechtsmissbrauch oder der Verdacht dazu anzunehmen ist.<sup>103</sup> Festzuhal-

ten ist damit, dass § 257a StPO nicht teleologisch auf Fälle des Missbrauchs von Verfahrensrechten zu reduzieren ist. Das Telos des § 257a StPO spricht im Gegenteil dafür, die Vorschrift unabhängig von einem Rechtsmissbrauch zur Anwendung kommen zu lassen. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass § 257a StPO eben nicht dazu dient, Verfahrensbeteiligte zu sanktionieren.<sup>104</sup>

Weiterhin stellt sich die Frage, ob für die Anwendung der Norm zumindest erforderlich ist, dass beim mündlichen Vortrag eine erhebliche Verzögerung eintreten würde. Auch hier ist festzustellen, dass eine solche Voraussetzung im Wortlaut des § 257a StPO nicht zu finden ist. In systematischer Hinsicht ist § 243 Abs. 5 S. 4 StPO zu beachten. Dort ist bestimmt, dass der Vorsitzende dem Verteidiger aufgeben kann, die weitere Erklärung schriftlich einzureichen, „wenn ansonsten der Verfahrensablauf erheblich verzögert würde“.<sup>105</sup> Da § 257a StPO eine derartige Formulierung nicht enthält, spricht dies dafür, im Umkehrschluss ein solches Erfordernis nicht zu verlangen.

Andererseits ging es dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 257a StPO ausweislich der Gesetzesbegründung um die straffere Durchführung von Verfahren, also um die Verfahrensbeschleunigung.<sup>106</sup> Das ist der Zweck des § 257a StPO. Dann wird man aber, obwohl der Wortlaut dazu nichts sagt, entsprechend dem Telos des § 257a StPO zu verlangen haben, dass ein Vorgehen nach § 257a StPO zur Voraussetzung hat, dass prognostisch betrachtet damit eine Beschleunigung des Verfahrens verbunden ist. Mit anderen Worten muss aus der Sicht ex ante bei einem mündlichen Vortrag mit einer Verzögerung zu rechnen sein.

Insofern ist zu beachten, dass zwischen der Regelung des § 257a StPO und § 249 StPO ein wesentlicher Unterschied besteht. Bei § 249 StPO geht es darum, dass im Rahmen der Beweisaufnahme die Frage zu beantworten ist, wie *bereits vorhandene Urkunden* in das Verfahren eingeführt werden. Hierbei ist die Vorgehensweise nach § 249 Abs. 2 StPO wie erläutert derjenigen nach § 249 Abs. 1 StPO gleichwertig. Das Selbstleseverfahren weist dabei sogar die beschriebenen Vorteile auf, insbesondere geht mit ihm auch eine Verfahrensbeschleunigung einher. § 257a StPO hingegen führt nicht automatisch zu einer Beschleunigung, insbesondere kann das Vorgehen nach dieser Norm sogar eine Verzögerung bedingen, etwa dann, wenn die Anregungen und Anträge der Verfahrensbeteiligten noch gar nicht verschriftlicht sind, also erst noch verfasst werden müssen. Eine Verzögerung des Verfahrens steht aber nun genau dem Zweck des § 257a StPO entgegen.

Das Gericht hat daher im Einzelfall unter Abwägung mit den sonstigen Verfahrensgrundsätzen und der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Ermessensentscheidung

---

HRRS 2024, 352; *Habetha*, NJW 2024, 1547; *Kudlich/Göken*, JR 2024, 612.

<sup>104</sup> Siehe auch *Pfeiffer* (Fn. 99), § 257a Rn. 2.

<sup>105</sup> Siehe auch die §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 6 S. 2 StPO, wo der Gesichtspunkt der Prozessverschleppung ausdrücklich angesprochen wird.

<sup>106</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34.

---

<sup>99</sup> *Pfeiffer*, Strafprozeßordnung, 5. Aufl. 2005, § 257a Rn. 2; vgl. auch *Fahl* (Fn. 95), S. 398 ff.

<sup>100</sup> Etwa *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 2, 5; *Franke* (Fn. 63), § 257a Rn. 2 (aber Anwendung nur auf „extreme Ausnahmefälle“); *König/Seitz*, NStZ 1995, 1 (5); siehe auch *Senge*, NStZ 2002, 225 (231), der jedoch meint, es „empfiehlt sich, auch um der Vorschrift bei Strafverteidigern mehr Akzeptanz zu verschaffen“, von § 257a StPO nur Gebrauch zu machen, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorliegen.

<sup>101</sup> Siehe auch §§ 245 Abs. 2 S. 3, 266 Abs. 3 S. 1 StPO.

<sup>102</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34. Nicht überzeugend, da den Gesetzesmaterialien so nicht zu entnehmen, daher *Eschelbach* (Fn. 81), § 257a Rn. 1, der meint, nach der „gesetzgeberischen Vorstellung“ diene die Vorschrift einer präventiven Missbrauchsabwehr.

<sup>103</sup> Vgl. auch BGH NJW 2024, 1122 (1124), zu § 244 Abs. 6 S. 3 StPO; siehe dazu u.a. die Anm. von *Börner*, NStZ 2024, 319; *Habetha*, NStZ 2024, 385; *Schork*, NJW 2024, 1127; *Stuckenberg*, JR 2024, 556; siehe ebenfalls BGH NJW 2024, 1594 (1596) mit Anm. *Georg*, NStZ 2024, 444; *Gerson*,



dahingehend zu treffen, ob es vor dem Hintergrund der Beschleunigung des Verfahrens von einem Vorgehen nach § 257a StPO Gebrauch macht. Dabei kann sich die Anordnung auf einzelne Anträge beziehen, aber auch auf sämtliche zukünftigen Anträge und Anregungen.<sup>107</sup> Ist mit dem Weg über § 257a StPO prognostisch im Einzelfall eine Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten, ist das Gericht befugt, eine entsprechende Anordnung zu treffen, es sei denn, die schriftliche Antragstellung ist den Verfahrensbeteiligten nicht zumutbar oder nicht möglich.<sup>108</sup> Es geht bei der Vorschrift nicht um eine Disziplinierungsmaßnahme, sondern um die Förderung der Hauptverhandlung.<sup>109</sup> Die Vorschrift ist daher ebenso wie § 249 Abs. 2 StPO sinnvoll und mit einem rechtsstaatlichen Verfahren vereinbar.

---

<sup>107</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 34; *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 4; *Eschelbach* (Fn. 81), § 257a Rn. 3; *König/Seitz*, NStZ 1995, 1 (5); anders und unzutreffend *König/Harrendorf* (Fn. 59), StPO § 257a Rn. 5.

<sup>108</sup> Siehe zu letzterem Aspekt BT-Drs. 12/6853, S. 34; *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 37), § 257a Rn. 4.

<sup>109</sup> Siehe auch *Diemer* (Fn. 37), § 257a Rn. 5.

---

# „Neotribale“ Vergemeinschaftung aus der Perspektive einer Kriminologie des Digitalen\*

Von PD Dr. Georgia Stefanopoulou, LL.M. (Berlin), Leipzig\*\*

*In der soziologischen Forschung wird seit einiger Zeit ein Bedeutungszuwachs des sozialen Gebildes „Gemeinschaft“ als einer traditionellen Form der sozialen Ordnung konstatiert. Als entscheidender Katalysator dafür wird die Digitalisierung genannt. Der Beitrag befasst sich mit den kriminologisch relevanten Auswirkungen der beobachteten Entwicklung aus der Perspektive einer Kriminologie des Digitalen.*

## I. Einleitung

Seit einigen Jahren wird intensiv darüber diskutiert, ob die Kriminologie „ein digitales Upgrade“ braucht.<sup>1</sup> Damit wird vor allem die Etablierung einer sog. Cyberkriminologie als einer besonderen Fachausrichtung gemeint, um Kriminalitätsphänomene unter den Bedingungen der Digitalisierung zu erforschen.<sup>2</sup> Spätestens, nachdem im englischsprachigen Raum ein eigenes kriminologisches Journal zur Erforschung von Cybercrime-Delikten gegründet wurde – das International Journal of Cyber Criminology<sup>3</sup> – und im deutschsprachigen Raum mittlerweile drei umfangreiche Sammelbände unter dem Titel „Cyberkriminologie“ veröffentlicht worden sind,<sup>4</sup> kann man wohl sagen, dass die Notwendigkeit eines besonderen Forschungszweigs zur kriminologischen Aufarbeitung von Kriminalität im digitalen Zeitalter weitgehend anerkannt ist. Ungeachtet der teilweise gegen den Begriff und

gegen das Konzept von Cyberkriminologie vorgebrachten Kritik<sup>5</sup> scheint sich die neue Fachrichtung etabliert zu haben.

Die zentrale Säule des Konzepts „Cyberkriminologie“ liefert der Dualismus von analogem Raum und digitalem Raum, die zum Teil als selbständige Welten erfasst werden.<sup>6</sup> Dieser Dualismus geht auf den indischen Kriminologen *Karuppannan Jaishankar* zurück, der gemeinhin als Gründer der neuen Fachrichtung angesehen wird.<sup>7</sup> *Jaishankar* entwickelte die sog. Space Transition Theory (STT) und legte damit die Fundamente der neuen Disziplin „Cyber Criminology“.<sup>8</sup> Die wesentliche Aussage von STT ist, dass sich Menschen im Cyberraum bzw. der Cyberwelt anders als in der realen Welt verhalten:

„Space transition theory argues that people behave differently when they move from one space to another.“<sup>9</sup>

Er formuliert einige Grundannahmen, warum das der Fall ist, etwa: Personen mit unterdrücktem kriminellem Verhalten im physischen Raum haben eine Neigung, Verbrechen im Cyberspace zu begehen, die sie sonst aufgrund ihres Status nicht begehen würden. Oder: Dissoziative Anonymität und fehlende Abschreckungsfaktoren im Cyberspace bieten die Möglichkeit, Cyberdelikte zu begehen.<sup>10</sup>

Man sieht hier, dass der Cyberkriminologie ein Verständnis des digitalen Netzes als *Raum* zugrunde liegt, in dem sich die Person der analogen Welt mit ihren Eigenheiten und unterdrückten Dissozialitäten bewegt und der ihr die Gelegenheit zum abweichenden bzw. kriminellen Verhalten bietet. Das ist ein ziemlich enger Ansatz, vor allem mit Blick auf das Erkenntnispotenzial, das ein umfassender Forschungsansatz einer Kriminologie des Digitalen (Digital Criminology)<sup>11</sup> bietet. Die Kriminologie des Digitalen, die sich in den letzten Jahren als eigenes Forschungsfeld formt, sollte als Alternative zur Cyberkriminologie in Erwägung gezogen werden. Die Kriminologie des Digitalen lässt sich als eine interdisziplinäre Forschungsausrichtung verstehen, die über die herkömmlichen Themen der Cyberkriminalität und der Polizeiarbeit im Netz hinausgeht und kriminologisch relevante Auswirkungen der Digitalisierung auf der Makroebene mitberücksichtigt.<sup>12</sup>

\* Der vorliegende Text folgt im Wesentlichen einer Argumentation, die die *Verf.* in ihrer Habilitationsschrift (*Stefanopoulou*, Digitale Gesellschaft und Strafrecht, 2025) entwickelt hat. Die *Verf.* hat sie in der vorliegenden Fassung im Rahmen des XXVI. Deutschen Kongresses für Philosophie (Panel: Digital denken im Recht) am 23.9.2024 in Münster unter dem Titel „Digitaler Kommunitarismus und Neotribalismus“ zur Diskussion gestellt. Der Begriff des *Neotribalen* stammt von *Michel Maffesoli* (*Le temps des tribus*, 1988).

\*\* Die *Verf.* vertritt im Wintersemester 2024/2025 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> *Rüdiger/Bayerl*, in: dies. (Hrsg.), *Cyberkriminologie, Kriminologie für das digitale Zeitalter*, 2020, S. 3.

<sup>2</sup> Zur Diskussion *Mischkowitz*, *MschKrim* 2013, 212 (218); *Meier*, in: *Beck/Meier/Momsen* (Hrsg.), *Cybercrime und Cyberinvestigations, Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozess und Kriminologie*, 2015, S. 93; *Stefanopoulou*, *KrimJ* 2021, 294.

<sup>3</sup> <https://www.cybercrimejournal.com/> (13.1.2025); siehe auch die Sammelbände: *Jaishankar* (Hrsg.), *Cyber Criminology, Exploring Internet Crimes and Criminal Behavior*, 2011; *Anderson* (Hrsg.), *Cyber Criminology: Understanding Internet Crimes & Criminal Behavior*, 2015; *Jahankhani* (Hrsg.), *Cyber Criminology*, 2018.

<sup>4</sup> *Rüdiger/Bayerl* (Fn. 1); dies. (Hrsg.), *Handbuch Cyberkriminologie 1, Theorie und Methoden*, 2023; dies. (Hrsg.), *Handbuch Cyberkriminologie 2, Phänomene und Auswirkungen*, 2023.

<sup>5</sup> Siehe etwa *Meier* (Fn. 2), S. 96; *Stefanopoulou*, *KrimJ* 2021, 294 ff.

<sup>6</sup> Dazu *Plank*, in: *Rüdiger/Bayerl* (Fn. 1), S. 13 (44, 59).

<sup>7</sup> *Meško*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 26 (2018), 189.

<sup>8</sup> Vgl. *Rüdiger/Bayerl* (Fn. 1), S. 3.

<sup>9</sup> *Jaishankar*, in: *Schmallegger/Pittaro* (Hrsg.), *Crimes of the Internet*, 2008, S. 292; *ders.*, in: *Jaishankar* (Fn. 3), *Introduction*, xxviii; dazu *Plank* (Fn. 6), S. 59.

<sup>10</sup> *Jaishankar* (Fn. 9), 2011, xxviii.

<sup>11</sup> *Powell/Stratton/Cameron*, *Digital Criminology, Crime and Justice in Digital Society*, 2018.

<sup>12</sup> *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), Preface.

Auch soziale Aushandlungsprozesse von Kriminalität und subjektive Wahrnehmungen von Abweichung unter den Bedingungen der Digitalisierung lassen sich auf dem Boden einer Kriminologie des Digitalen besser erfassen.<sup>13</sup> Der Anspruch der Digitalen Kriminologie ist es, den interdisziplinären Dialog zwischen Kriminologie und weiteren Disziplinen wie Soziologie, Medien- und Kulturwissenschaft bei der Erforschung der Kriminalität zu vertiefen.<sup>14</sup> Sowohl für erklärende als auch für verstehende und kritische Analysen von Kriminalität und Kriminalisierung gibt es hier größere Spielräume.

Das Forschungspotenzial einer Kriminologie des Digitalen soll im Folgenden am Beispiel der Vergemeinschaftungsprozesse im digitalen Netz gezeigt werden. Eine weitere Grundannahme der Space Transitional Theory lautet:

„a) Strangers are likely to unite together in cyberspace to commit crimes in physical space, b) Associates in physical space are likely to unite to commit crimes in cyberspace.“<sup>15</sup>

In dieser cyberkriminologischen Aussage werden unterschiedliche Vergemeinschaftungsprozesse im Online- und Offline-Bereich nur angedeutet; eine echte Auseinandersetzung mit den kulturellen und sozialen Rahmenbedingungen, die die Digitalisierung für die Kollektivbildung schafft, erfolgt nicht. Auch hier wird das digitale Netz als Gelegenheitsraum zur synergetischen kriminellen Abweichung erfasst. Erkenntnisse darüber, wie Vergemeinschaftung unter Bedingungen der Digitalisierung entsteht und welche kriminologisch relevanten Effekte auf der Makroebene generiert werden, lassen sich auf dem Boden des cyberkriminologischen Ansatzes nicht gewinnen. Dies ermöglicht erst der interdisziplinäre Ansatz der Kriminologie des Digitalen.

## II. Digitaler Kommunitarismus als Neotribalismus

### 1. Singularisierungsdruck und „Kampf um Sichtbarkeit“

„[F]resh money and new information sind zentrale Motive der modernen Gesellschaftsdynamik“ diagnostizierte *Niklas Luhmann* in den neunziger Jahren.<sup>16</sup> Das „Bemühen um Neues“<sup>17</sup> nennt er als wesentliches Charakteristikum der modernen Gesellschaft. Das könne man in der Wirtschaft sehen, wo jede Geldzahlung den Bedarf nach neuen Geldzahlungen hervorrufe; vor allem aber lasse sich der Drang zum Neuen in der Funktionsweise der Massenmedien erkennen.<sup>18</sup> Massenmedien erzeugten den „geradezu neurotische[n] Zwang in Wirtschaft, Politik, Wissenschaft und Kunst, etwas Neues bieten zu müssen“, den Drang, Altes durch Neues zu ersetzen, neue Informationen zu suchen, Neues sagen zu können.<sup>19</sup> „Um [...] etwas Neues sagen zu können, spricht man schließ-

lich sogar von »Postmoderne«“, merkte *Luhmann* seinerzeit kritisch an.<sup>20</sup>

Ob *Luhmanns* Kritik an diesem Begriff berechtigt ist, kann hier offenbleiben. Eines lässt sich über die sog. Postmoderne jedoch durchaus sagen: Sie hat in der Tat etwas Neues hervorgebracht, nämlich ein neues Motiv gesellschaftlicher Dynamik. Zu den Beweggründen, die *Luhmann* mit Blick auf die moderne Gesellschaft nennt, ist ein weiterer hinzugekommen: der Bedarf nach mehr *Profilierung*. Für den Soziologen *Andreas Reckwitz* lässt sich der Bedarf nach mehr Profilierung als „Selbstsingularisierung“ erfassen, die wesentlich mit der Digitalisierung zusammenhängt.<sup>21</sup> Die Digitalgesellschaft ist eine „Gesellschaft der Singularitäten“, eine Gesellschaft, bei der das Besondere hoch geschätzt und angestrebt wird.<sup>22</sup> Im Gegensatz zur industriellen Gesellschaft, die Einförmigkeit und funktionale Mechanisierung durch Verdrängung des Subjekts vorantrieb, wird durch die Digitalisierung, so *Reckwitz*, eine Kultur des Besonderen hervorgebracht.<sup>23</sup> Twitter- bzw. X- und Instagram-Profile, WhatsApp- und Telegrammstatusmeldungen, Links und Likes sind in der Gesellschaft der Singularitäten allseits bekannte und verbreitete Techniken der Selbstprofilierung und Selbstinszenierung.<sup>24</sup>

Ob die von *Reckwitz* beschriebene Kultur des Besonderen tatsächlich individualitätsfördernd ist, lässt sich allerdings angesichts der Ubiquität und Gleichförmigkeit, mit der Selbstprofilierungen im digitalen Netz erfolgen, kritisch hinterfragen. Der Bedarf nach Selbstprofilierung scheint paradoxerweise nicht selten mit Uniformisierungstendenzen einherzugehen. Gleichwohl sind die Beobachtungen von *Reckwitz* von Bedeutung im Hinblick auf den empfundenen Druck nach Singularisierung, der sich in einem „Kampf um Sichtbarkeit“<sup>25</sup> äußert. An diesem Kampf beteiligen sich nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Netzwerke.<sup>26</sup> Auch deren Ziel ist es, sich zu profilieren und Einzigartigkeit aufzuweisen.

### 2. Anomische Netzwerkbildung

Netzwerke sind prinzipiell offene und flexible soziale Einheiten, die sich auf Verknüpfungen stützen.<sup>27</sup> Als Verknüpfungsphänomene mit instabilen Konturen können sie systemübergreifenden Dialog und synergetisches Handeln fördern.<sup>28</sup> Während das digitale Netz die Kooperation systemübergreifender Netzwerke prinzipiell unterstützen kann (indem es neue Partizipationsmöglichkeiten in einem breiten öffentli-

<sup>20</sup> *Luhmann* (Fn. 16), S. 45.

<sup>21</sup> *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten, Zum Strukturwandel der Moderne, 2020, S. 250, 264.

<sup>22</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 7.

<sup>23</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 226.

<sup>24</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 226.

<sup>25</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 239.

<sup>26</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 261.

<sup>27</sup> *Fuchse*, in: Weyer (Hrsg.), Soziale Netzwerke, Konzepte und Methoden der sozialwissenschaftlichen Netzwerkforschung, 2014, S. 291 (293).

<sup>28</sup> *Miller*, Erwachsenenbildung 2010, 180 (181).

<sup>13</sup> Vgl. *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), Preface.

<sup>14</sup> Vgl. *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), Preface.

<sup>15</sup> *Jaishankar* (Fn. 9 – Cyber Criminology), xxviii.

<sup>16</sup> *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 1996, S. 44.

<sup>17</sup> *Luhmann* (Fn. 16), S. 45.

<sup>18</sup> *Luhmann* (Fn. 16), S. 43.

<sup>19</sup> *Luhmann* (Fn. 16), S. 44.

chen Diskurs schafft), führt der Profilierungszwang nicht selten zu gegenteiligen Phänomenen.<sup>29</sup> Reckwitz spricht in diesem Zusammenhang von „Neogemeinschaften“, die sich einigeln und eruptiv auf Homogenität setzen.<sup>30</sup> Lassen sich Netzwerke auf den affektiven Kampf um Sichtbarkeit ein, entsteht die Gefahr, dass sie an Flexibilität und an synergetischer Heterogenität einbüßen. Ein solches Phänomen könnte man in Anlehnung an Durkheims Konzept der „anomischen Arbeitsteilung“<sup>31</sup> als „anomische Netzbildung“ bezeichnen.

Die Arbeitsteilung, die die Industrialisierung mit sich brachte, führt nach Durkheim nicht zwingend zur gesellschaftlichen Zersplitterung und zur Abnahme von Solidarität.<sup>32</sup> Vielmehr kann sozialer Zusammenhalt, indem einzelne Personen aufgrund ihrer Spezialisierung und Differenzierung aufeinander angewiesen sind, forciert werden.<sup>33</sup> Während vorindustrielle Gruppierungen ihren Zusammenhalt durch das Kollektivbewusstsein von Gleichheit erreichen konnten, d.h. durch das Gefühl, Gemeinsamkeiten zu teilen und Ähnlichkeiten aufzuweisen, erlaubt, Durkheim zufolge, die zunehmende Arbeitsteilung der Moderne eine neue Form der Solidarität, die auf Ungleichheiten im Sinne von Differenzen aufbaut.<sup>34</sup> Für die vormoderne „Solidarität aus Ähnlichkeiten“ verwendet er den Begriff der „mechanischen Solidarität“, für die moderne Form der Solidarität aus Differenzierung die Bezeichnung „organische Solidarität“.<sup>35</sup>

Soziale Konflikte und Klassenkämpfe entstehen erst, wenn die Arbeitsteilung anomisch wird, d.h. wenn soziale Vorgänge unorganisiert ablaufen und die Beziehungen zwischen den verschiedenen sozialen Bereichen und Einheiten defizitär reguliert sind:

„Wenn [...] die Arbeitsteilung nicht die Solidarität erzeugt, dann deshalb, weil die Beziehungen der Organe nicht geregelt sind, weil sie in einem Zustand der Anomie verharren.“<sup>36</sup>

Den Grund eines solchen Zustandes sieht Durkheim im fehlenden Austausch zwischen den einzelnen sozialen Einheiten:

„[Man kann] a priori sagen, daß der Anomiezustand überall dort unmöglich ist, wo die solidarischen Organe in hinreichendem und genügend langem Kontakt miteinander stehen. Da sie sich berühren, sind sie in jeder Lage leicht über ihre wechselseitigen Bedürfnisse unterrichtet

und haben folglich ein lebhaftes und beständiges Gefühl ihrer gegenseitigen Abhängigkeit.“<sup>37</sup>

Zwar können in der Digitalgesellschaft die positiven Effekte der Arbeitsteilung als allgemeines gesellschaftliches Prinzip der Moderne<sup>38</sup> verstärkt werden. Im digitalen Netz sind systemübergreifende Diskurse auf globaler Ebene möglich, „organische Solidarität“ und Kooperation können vorangetrieben und anomische Arbeitsteilung durch Netzwerkförderung und Austausch vermieden werden. In der Gestalt der digitalen „Neogemeinschaften“ lassen sich jedoch gerade auch gegenteilige Effekte beobachten.<sup>39</sup> Wir beobachten einen Bedeutungszuwachs von essentialistischen Größen wie Sitten, Traditionen, von Kultur und Nation, eine Zunahme kulturkommunitaristischer und kulturesentialistischer Einstellungen.<sup>40</sup> Um in Durkheims Terminologie zu sprechen: Zu beobachten ist eine Rückkehr in die „mechanische“ Solidaritätsform der vorindustriellen Gesellschaft, die eine „Solidarität aus Ähnlichkeiten“ darstellt.

Die anomische Netzbildung, von der hier die Rede ist, bezieht sich auf diese Rückwärtsentwicklung zu homogenen Formen der Solidarität, wenn Affekte kommunikativ aggressiv auf der Grundlage eines Freund-Feind-Denkens entladen werden und Meinungsaustausch nur in fragmentierten Communities stattfindet.<sup>41</sup> Online-Stammtische, Online-Foren und Echokammern des Netzes besitzen ein gesteigertes eruptives Potenzial, das sich in Phänomenen wie Radikalisierung, Extremismus und Hassrede kanalisiert.<sup>42</sup> Die Radikalisierung rechtsterroristisch motivierter Attentäter fand in den letzten Jahren, so in den Fällen von Halle, Christchurch, El Paso und Poway, auf sog. Imageboards wie 4chan oder 8kun statt.<sup>43</sup> Über solche Foren wird berichtet, dass sie durch Anonymität, kommunikative Enthemmung und Gesinnungsgleichheit der Kommunikationsbeteiligten gekennzeichnet sind.<sup>44</sup> Man trifft daher Zustände an, die nach Durkheim Anomie hervorrufen: Regellosigkeit, Unorganisiertheit und fehlender Austausch unter den sozialen Einheiten.

### 3. „Rückkehr in das Zeitalter der Stämme“

Die hier beschriebenen Phänomene lassen erkennen, dass das soziale Gebilde „Gemeinschaft“ als soziale Ordnungsstruktur

<sup>29</sup> Reckwitz (Fn. 21), S. 261.

<sup>30</sup> Reckwitz (Fn. 21), S. 261.

<sup>31</sup> Durkheim, in: ders., Über soziale Arbeitsteilung, Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 9. Aufl. 2022, S. 421 ff.

<sup>32</sup> Zu Durkheims Theorie Luhmann, in: Durkheim (Fn. 31), S. 19 (25, 31); Durkheim (Fn. 31), S. 45.

<sup>33</sup> Luhmann (Fn. 32), S. 25.

<sup>34</sup> Luhmann (Fn. 32), S. 25.

<sup>35</sup> Durkheim (Fn. 31), S. 118 ff., 162 ff.

<sup>36</sup> Durkheim (Fn. 31), S. 437.

<sup>37</sup> Durkheim (Fn. 31), S. 437.

<sup>38</sup> Die Arbeitsteilung ist kein rein ökonomisches Phänomen, sondern ein allgemeines gesellschaftliches Prinzip, so Büttner, in: Kraemer/Brugger (Hrsg.), Schlüsselwerke der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 47 (48); siehe Durkheim (Fn. 31), S. 85.

<sup>39</sup> Reckwitz (Fn. 21), S. 261, 267.

<sup>40</sup> Reckwitz (Fn. 21), S. 394.

<sup>41</sup> Zum Phänomen Reckwitz (Fn. 21), S. 268.

<sup>42</sup> Zur Auswirkung des Phänomens auf die Radikalisierung im Internet siehe Harrendorf/Müller/Mischler, ZIS 2020, 411 (413).

<sup>43</sup> Siehe den Tagungsbericht von Heuser/Wittig (KriPoZ 2021, 267 [271]) zur von Hoven veranstalteten Tagung „Das Phänomen ‚Digitaler Hass‘ – ein interdisziplinärer Blick“.

<sup>44</sup> Heuser/Wittig, KriPoZ 2012, 267 (271).

in der Digitalgesellschaft an Bedeutung gewonnen hat. Der französische Soziologe *Michel Maffesoli* hat auf diese Entwicklung bereits vor dem weltweiten Siegeszug der Digitalisierung aufmerksam gemacht.<sup>45</sup> *Maffesoli* beobachtet in der Postmoderne eine „Rückkehr“ in „das Zeitalter der Stämme“ („une sorte de «régrès» caractérisant le «temps des tribus»“), d.h. eine mit der technologischen Entwicklung zusammenhängende Tendenz zur affektiven Vergemeinschaftung.<sup>46</sup>

Das Gebilde „Gemeinschaft“ wird in der soziologischen Literatur als Teil einer dualistischen sozialen Ordnung diskutiert, deren zweites konstitutives Moment die „Gesellschaft“ ist.<sup>47</sup> Es handelt sich um eine Unterscheidung, die auf den deutschen Soziologen *Ferdinand Tönnies* zurückgeht. In seinem 1887 veröffentlichten Werk „Gemeinschaft und Gesellschaft“ konzipiert *Tönnies* Gemeinschaft als einen „lebendige[n] Organismus“, als „das dauernde und echte Zusammenleben“.<sup>48</sup> Anders als der Gemeinschaft fehlt nach *Tönnies* der Gesellschaft das organische Element, sie sei nur „ein mechanisches Aggregat und Artefakt“.<sup>49</sup> Entsprechend *Tönnies*' Unterscheidung steht das Konstrukt „Gemeinschaft“ in der Soziologie für die vorindustrielle und agrarische soziale Strukturierung. In positiver Hinsicht assoziiert man mit ihr Formen enger Verbundenheit und Vertraulichkeit, in negativer Hinsicht konservativistische, essentialistische, identitäre und diskriminierende Auffassungen von sozialer Ordnung.<sup>50</sup> Anders als Gemeinschaft wird „Gesellschaft“ mit Universalismus und Rationalisierung der sozialen Beziehungen in Verbindung gebracht.<sup>51</sup>

Für die Moderne wird ein Rationalisierungsprozess konstatiert, der mit dem Rückzug der Sozialisierungsform der Gemeinschaft einhergeht.<sup>52</sup> *Durkheims* Beschreibung der Entwicklung von der mechanischen hin zur organischen Solidarität, betrifft genau diesen Rationalisierungsprozess, den die Moderne von der Gemeinschaft zur Gesellschaft

durchlief.<sup>53</sup> Zu bemerken ist freilich, dass die Begriffe des Organischen und des Mechanischen bei *Durkheim* die Assoziation eines genau umgekehrten begrifflichen Verhältnisses aufkommen lassen.<sup>54</sup> Mechanisch sind (im Sinne von *Durkheim*) gerade die vormodernen Verhältnisse, organisch die wesentlich durch die gesellschaftliche Arbeitsteilung bedingten Verhältnisse der Moderne. Diese Klarstellung ist wichtig, weil die spontan assoziierten begrifflichen Gehalte zu Missverständnissen führen können.

Die Rückwärtsentwicklung zu Formen der „Solidarität der Ähnlichkeiten“ der vorindustriellen Zeit, auf die oben hingewiesen wurde, lässt sich zugleich als „Aufstieg des Kulturessenzialismus“<sup>55</sup> erfassen. Die kulturessenzialistischen Gemeinschaften gewinnen in der digitalen Gesellschaft an Attraktivität. Zwei Gründe sind hier zu nennen: 1. Das Individuum wird vom Valorisierungsdruck und den Sichtbarkeits-Anerkennungskämpfen weitgehend verschont, seine eigene „Einzigartigkeit“ leitet es von seiner Mitgliedschaft in einer „einzigartigen“ Gemeinschaft ab.<sup>56</sup> Den Sichtbarkeitskampf muss es nicht selber führen, den Leistungsdruck übernimmt das Kollektiv, zu dem es gehört.<sup>57</sup> 2. Unter den Bedingungen der Digitalisierung wird die gleichzeitige Beteiligung an verschiedenen Vergemeinschaftungsprozessen begünstigt. Man kann mehrere Mitgliedschaften parallel besitzen und von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft zu einer anderen wechseln, ein Phänomen, das *Maffesoli* als „nomadisme postmoderne“ bezeichnet.<sup>58</sup> In der Postmoderne lasse sich von „Stämmen“ zu „Stämmen“ wandern.

#### 4. Imaginationen von Gemeinschaft

Will man verstehen, wie anomische Netzwerkbildung im digitalen Netz entsteht, sollte man über die Filterbubbles, die Echokammern, die Verschlüsselungstechnologien des Darknets, Phänomene, die oft thematisiert werden, hinausgehen und eine grundsätzliche Frage stellen: Wie kommen Vergemeinschaftungsprozesse überhaupt zustande? Ein Rückgriff auf das Konzept der „vorgestellten Gemeinschaft“ des US-amerikanischen Politikwissenschaftlers *Benedict Anderson*, das er in seinem Werk „Die Erfindung der Nation“ entwickelt hat, könnte uns hierbei behilflich sein.<sup>59</sup> Alle Gemeinschaften, die größer sind als ein Dorf und bei denen keine Interaktionen face to face stattfinden können, sind nach *Anderson* imaginäre Gebilde.<sup>60</sup> Gemeinschaften sind „vorgestellt“, dies zeigt er am Beispiel der Nation:

<sup>45</sup> *Maffesoli*, *Les temps des tribus*, *Le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes*, 1988.

<sup>46</sup> *Maffesoli* (Fn. 45), S. XVII; dazu *Keller*, in: *Moebius/Quadflieg* (Hrsg.), *Kultur, Theorien der Gegenwart*, 2. Aufl. 2011, S. 251 ff.; vgl. auch *Hitzler*, in: *Hitzler/Honer/Pfadenhauer* (Hrsg.), *Posttraditionale Gemeinschaften, Theoretische und ethnografische Erkundungen*, 2008, S. 55 ff., der von „posttraditionale Vergemeinschaftungen“ spricht; zu *Hitzlers* „temporären Vergemeinschaftungen“ siehe *Prisching*, in: *Moebius/Quadflieg* (a.a.O.), S. 262 (267 f.).

<sup>47</sup> *Lüdemann*, *Metaphern der Gesellschaft, Studien zum soziologischen und politischen Imaginären*, 2004, S. 135; *Niekrenz*, in: *Junge* (Hrsg.), *Metaphern und Gesellschaft*, 2011, S. 15 (16).

<sup>48</sup> *Tönnies*, *Gemeinschaft und Gesellschaft, Abhandlung des Kommunismus und des Sozialismus als empirische Kulturformen*, 1887, S. 5; dazu *Niekrenz* (Fn. 47), S. 16.

<sup>49</sup> *Tönnies* (Fn. 48), S. 5.

<sup>50</sup> Vgl. *Niekrenz* (Fn. 47), S. 16 f., 21; vgl. auch *Lüdemann* (Fn. 47), S. 135

<sup>51</sup> Vgl. *Niekrenz* (Fn. 47), S. 21; *Reckwitz* (Fn. 21), S. 394.

<sup>52</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 394.

<sup>53</sup> Vgl. *Niekrenz* (Fn. 47), S. 18; vgl. auch *Keller* (Fn. 46), S. 259.

<sup>54</sup> Siehe dazu *Niekrenz* (Fn. 47), S. 18.

<sup>55</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 394.

<sup>56</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 396.

<sup>57</sup> *Reckwitz* (Fn. 21), S. 396.

<sup>58</sup> *Maffesoli*, *Du nomadisme, Vagabondages initiatiques*, 2006, S. 16; dazu *Keller* (Fn. 46), S. 259.

<sup>59</sup> *Anderson*, *Die Erfindung der Nation, Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts*, 1996, S. 16.; dazu auch *Greer*, in: *Ferrell/Hayward/Morrison/Presdee* (Hrsg.), *Cultural Criminology Unleashed*, 2004, S. 109 (114).

<sup>60</sup> *Anderson* (Fn. 59), S. 16.

„Schließlich wird die Nation als Gemeinschaft vorgestellt, weil sie, unabhängig von realer Ungleichheit und Ausbeutung, als ‚kameradschaftlicher‘ Verbund von Gleichen verstanden wird.“<sup>61</sup>

Sind Imaginationen von Verbundenheit und nicht reelle Gemeinsamkeiten konstitutiv für eine Gemeinschaft, drängen sich zwei Fragen auf. Wie kommen individuelle Vorstellungen von Einheit zustande? Und wie ergeben sich aus individuellen Imaginationen kollektive Vorstellungen von Gemeinschaft?<sup>62</sup>

Zur ersten Frage: Zentrale Bedeutung für die Entstehung solcher Vorstellungen misst *Anderson* den Massenmedien zu. Die Kommunikationsbeschleunigung und Kommunikationsverbreitung, die das Druckereiwesen ermöglicht, nehme Einfluss auf die Imaginationen sozialer Verbundenheit.<sup>63</sup> Er betont vor allem die Rolle der Zeitung, die er als „extreme Form des Buchs“, eine Art „Eintagsbestseller“ bezeichnet, der, indem er in die Alltagsrituale der Leserinnen und Leser einbezogen wird, Fiktionen von Gemeinschaft erzeugt.<sup>64</sup>

„Indem der Zeitungsleser beobachtet, wie exakte Duplikate seiner Zeitung in der U-Bahn, beim Friseur, in seiner Nachbarschaft konsumiert werden, erhält er ununterbrochen die Gewißheit, daß die vorgestellte Welt sichtbar im Alltagsleben verwurzelt ist.“<sup>65</sup>

Die Beobachtungen *Andersons* zu den medialen Auswirkungen auf die Imagination sozialer Verbundenheit lassen sich auf die digitale Technik übertragen, die im Hinblick auf Tempo, Ubiquität und Simultanität von Kommunikation das Potenzial der Druckerpresse bei weitem übertrifft.

Kommen wir zur zweiten Frage: Wie ergeben sich aus individuellen Imaginationen kollektive Vorstellungen von Gemeinschaft?<sup>66</sup> Durch gemeinsame Erregungszustände, sagt uns *Durkheim* in seiner Analyse der elementaren Formen des religiösen Lebens.<sup>67</sup> *Durkheims* Beobachtung bezieht sich auf kollektive Erregungszustände während religiöser Rituale indigener Völker Australiens. So unbefangen können wir heute nicht mehr beobachten, doch lassen sich die Beobachtungen – befreit man sie vom Zeitkolorit – durchaus in dem größeren Diskussionskontext um die Gemeinschaftsstiftung fruchtbar machen. Die Religion wird als eine Art von Solidaritätsgemeinschaft verstanden<sup>68</sup>:

„Eine Religion ist ein solidarisches System von Überzeugungen und Praktiken, die sich auf heilige, d.h. abgesonderte und verbotene Dinge, Überzeugungen und Praktiken

beziehen, die in einer und derselben moralischen Gemeinschaft, die man Kirche nennt, alle vereint, die ihr angehören.“<sup>69</sup>

Beschreibt *Durkheim* auf diese Weise die Entstehungsprozesse einer Religion, erklärt er zugleich damit die Bildung einer Gemeinschaft. Diese besteht darin, dass Affekte und Überreizungen gemeinsam erlebt und durch Symbole aktualisiert und materialisiert werden – das zeigt er am Beispiel des religiösen Totemzeichens.<sup>70</sup>

Beide Phänomene trifft man in den sozialen Netzwerken an. Gereizte Kommunikation, etwa Hassbotschaften, die, wie viele Befragungen zeigen, als Massenphänomen bezeichnet werden können<sup>71</sup> und zum Teil als kollektive Affektivität erlebt werden sowie Aktualisierung und Fixierung von kollektiven Gefühlen auf Bilder, Objekte und Geschehnisse. Visuelle Botschaften von Memes und GIFs sowie Bildern, etwa von in Live-Übertragung durchgeführten Terrorakten, aktualisieren und materialisieren imaginierte Zusammengehörigkeiten, aber auch sie begleitende „imaginierte Aversionen“<sup>72</sup>.

„Das Bild erinnert an sie und hält sie wach.“<sup>73</sup>

##### 5. Gemeinschaftsstiftung und Kriminalitätswahrnehmung

Diese Aspekte der Gemeinschaftsstiftung oder -bildung sind von hoher kriminologischer Relevanz und sollten im Rahmen einer umfassenden Kriminologie des Digitalen, die nicht nur Effekte der Digitalisierung auf der Mikroebene berücksichtigt, aufgearbeitet werden.<sup>74</sup> Ansätze dazu gibt es schon, empirisch etwa in der Radikalisierungsforschung<sup>75</sup> oder theoretisch im Bereich der Kulturkriminologie.<sup>76</sup> Vor allem auf diesem letzteren Feld der cultural criminology werden Kri-

<sup>69</sup> *Durkheim* (Fn. 67), S. 76.

<sup>70</sup> *Niekrenz* (Fn. 47), S. 24 f.; vgl. *Maffesoli*, in: Ramstedt (Hrsg.), *Simmel und die frühen Soziologen, Nähe und Distanz zu Durkheim, Tönnies und Max Weber*, Jahr, S. 163 (168).

<sup>71</sup> *Hestermann/Hoven/Autenrieth*, *KriPoz* 2021, 204 (205).

<sup>72</sup> *Niekrenz* (Fn. 47), S. 26, die in diesem Zusammenhang auf eine Bemerkung von *Simmel* hinweist: „Es ist eine Tatsache von der größten soziologischen Bedeutung, [...] daß die gemeinsame Gegnerschaft gegen einen Dritten unter allen Umständen zusammenschließend wirkt.“

<sup>73</sup> *Durkheim* (Fn. 67), S. 327.

<sup>74</sup> Zur Kriminologie des Digitalen *Stefanopoulou*, *KrimJ* 2021, 294 ff.; für eine makrosoziologische Betrachtungsweise auch *Struck/Wagner*, *KrimOJ* 2022, 179 ff.

<sup>75</sup> Etwa *RadigZ*-Projekt, siehe dazu *Harrendorf/Müller/Mischler*, *ZIS* 2020, 411 ff.; siehe auch *Harrendorf* zu der vom Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern geförderten Untersuchung „Qualitative und quantitative Analyse internetbasierter Kommunikationsprozesse von Preppern“ (InKoPrep), *Harrendorf*, in: *Kusche/Stefanopoulou* (Hrsg.), *Digitalisierung als total social fact der Kriminalwissenschaften*, 2024, im Erscheinen.

<sup>76</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 109 ff.

<sup>61</sup> *Anderson* (Fn. 59), S. 17.

<sup>62</sup> *Niekrenz* (Fn. 47), S. 24.

<sup>63</sup> *Anderson* (Fn. 59), S. 43.

<sup>64</sup> *Anderson* (Fn. 59), S. 41 ff.

<sup>65</sup> *Anderson* (Fn. 59), S. 41.

<sup>66</sup> *Niekrenz* (Fn. 47), S. 24.

<sup>67</sup> *Durkheim*, *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, 5. Aufl. 2020; siehe dazu auch *Niekrenz* (Fn. 47), S. 24.

<sup>68</sup> *Durkheim* (Fn. 67), S. 74.

minialitätswahrnehmung, Punitivität und Strafeinstellungen in der Bevölkerung im Zusammenhang mit digital bedingten Formen der Vergemeinschaftung erörtert.<sup>77</sup> Das digitale Netz ermöglicht nicht nur die Vorstellung von Gemeinschaft und Verbundenheit, sondern auch Imaginationen von einzelnen Personen, die selbst über Geschehnisse und Erfahrungen berichten oder über die berichtet wird.<sup>78</sup> So werden eigene Zuneigungen, Angstgefühle und Unsicherheiten auf einige Opfer projiziert.<sup>79</sup> Die „kollektive Bedeutung des Opferstatus“, die *David Garland* in der Spätmoderne diagnostiziert,<sup>80</sup> scheint sich unter den Bedingungen der Digitalisierung zu verstärken.<sup>81</sup> Auf diesem Weg lassen sich Phänomene der Empörung, der Wut und der Angst in Bezug auf bestimmte Verbrechenformen erklären sowie die Entstehung von Verschwörungsmethoden und Wahrnehmungsverzerrungen, die eine eingebilddete Kriminalität betreffen.<sup>82</sup> Der „Pizzagate“-Vorfall im Jahr 2016, bei dem ein junger Mann bewaffnet in eine Pizzeria in Washington stürmte, um dort angeblich festgehaltene Kinder vor dem Missbrauch zu retten, wird zu Recht als Folge der kollektiven Expressivität und Affektivität in Online-Foren gesehen.<sup>83</sup>

Mit Blick auf digitale Empörungswellen werden Akte der Selbstjustiz befürchtet, die unter dem Begriff des „digitalen Vigilantismus“ diskutiert werden.<sup>84</sup> Auch in Deutschland gibt es derartige Fälle, die durch sog. signal crimes bzw. durch „social disorders“ ausgelöst wurden,<sup>85</sup> d.h. durch Ereignisse, die als „warning signals“ für Viktimisierungsrisiken oder

gesellschaftliche Missstände wahrgenommen werden.<sup>86</sup> Einer der bekanntesten Fälle dürfte das Vorkommnis aus dem Jahr 2012 im niedersächsischen Emden sein, nachdem ein Siebzehnjähriger als Verdächtiger in Bezug auf den Tod eines 11-jährigen Mädchens festgenommen worden war.<sup>87</sup> Nachdem das Bild des jungen Mannes, von dessen Verhaftung Nachbarn Fotos gemacht hatten, bei Facebook hochgeladen wurde, versammelte sich ein aggressiver Mob vor dem Polizeikommissariat und wollte zu Lynchjustiz greifen.<sup>88</sup> Später stellte sich heraus, dass der Jugendliche unschuldig war. Auch bei medialen Empörungswellen, wie derjenigen, die das ausländischerfeindliche Sylt-Video im Mai 2024 auslöste,<sup>89</sup> kann man sehen, welche drastischen Formen kollektiver Expressivität in Online-Foren annehmen kann. Es kam zu massivem Doxing und starker Prangerwirkung in den sozialen Medien als Formen von „digitalem Vigilantismus“. Arbeitsplätze und Wohnorten der Beteiligten kursierten schnell im Netz und riefen Hasswellen hervor. „Deswegen liebe ich Social Media“, schrieb eine Frau auf Tiktok.<sup>90</sup>

„In weniger als 24 Stunden alle Personen von dem Sylt Video herausgefunden. Wir könnten alle Privatdetektive werden.“<sup>91</sup>

Die Möglichkeit, „crime in real time“ auf Social-Media-Plattformen zu verfolgen sowie Sicherheitsapps wie die App „Citizen“ zu verwenden, mit denen Kriminalitätswarnungen durch Bürgerinnen und Bürger gemeldet werden, befeuern die hier angesprochenen Phänomene.<sup>92</sup> Aus der Perspektive der Digitalen Kriminologie zeigen *Powell, Stratton* und *Cameron* dies anhand von Hashtags, die als unmittelbare Reaktion auf gewalttätige Ausschreitungen entstanden sind,<sup>93</sup> von denen Bilder und Informationen in real time im Netz das breite Publikum erreichten.<sup>94</sup> Sie beobachten ein Online-Engagement des Publikums, das mit Fehldeutungen und Wahrnehmungsverzerrungen, Irrationalität und Identifizierung mit den idealisierten Opfern einhergeht.<sup>95</sup> Dadurch können, so die *Autoren*, Kriminalitätsnarrative entstehen, die den kriminalpolitischen Diskurs eher populistisch und punitiv als sachlich

<sup>77</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 115 ff.

<sup>78</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 115 ff.

<sup>79</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 115 ff.

<sup>80</sup> *Garland*, in: *Klimke/Legnaro* (Hrsg.), *Kriminologische Grundagentexte*, 2016, S. 354 (362); zum sog. punitive turn in der Bevölkerung als Entwicklung seit den 1980er Jahren siehe *Singelstein/Kunz*, *Kriminologie*, 2. Aufl. 2021, § 23 Rn. 45 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 54. Dies bezweifeln allerdings *Baier/Fleischer* und *Hanslmaier* in ihrer häufig zitierten Untersuchung zur Entwicklung der Punitivität in der deutschen Bevölkerung in den Jahren 2004 bis 2014. Sie stellen keinen Zusammenhang zwischen Internetnutzung und punitiver Einstellung fest, *Baier/Fleischer/Hanslmaier*, *M Schr-Krim* 2017, 1. Sie fokussieren aber eher auf die Berichterstattung über Kriminalität im Netz, die, sofern sie über die Online-Portale der herkömmlichen Presse und Fernsehsender läuft, nicht weniger objektiv als Zeitungen und Fernsehnachrichten sind, und weniger auf die kollektive Expressivität in den verschiedenen digitalen Gemeinschaften. Daten zu den sozialen Netzwerken und die Informierung über Kriminalität innerhalb derselben liegen außerdem erst ab 2014 vor, *Baier/Fleischer/Hanslmaier*, *M Schr-Krim* 2017, 1 (17).

<sup>82</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 115 ff.; vgl. *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 4.

<sup>83</sup> *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 4.

<sup>84</sup> *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 4; *Arfsten*, in: *Rüdiger/Bayerl* (Fn. 1), S. 547 (552 ff.).

<sup>85</sup> Zu den Fallbeispielen sowie zu den auslösenden Taten *Arfsten* (Fn. 84), S. 552 ff., 556 f.

<sup>86</sup> *Innes*, *The British Journal of Sociology* 55 (3/2004), 335; dazu *Arfsten* (Fn. 84), S. 552 ff., 556.

<sup>87</sup> Dazu *Arfsten* (Fn. 84), S. 552 ff.

<sup>88</sup> *Arfsten* (Fn. 84), S. 552 ff.

<sup>89</sup> Zur medialen Debatte s. u.a. *Poulakos*, *Rassistisches Video aus Sylt: Gefahr einer „medialen Hetzjagd“?* WDR v. 25.5.2014, abrufbar unter

<https://www1.wdr.de/nachrichten/rassismus-sylt-konsequenzen-medienrecht-100.html> (24.1.2025).

<sup>90</sup> Zitiert in *Bovermann*, *Süddeutsche Zeitung* v. 28.5.2024.

<sup>91</sup> Zitiert in *Bovermann*, *Süddeutsche Zeitung* v. 28.5.2024.

<sup>92</sup> *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 54.

<sup>93</sup> Terroranschläge am 13.11.2015 in Paris, Ausschreitungen in England im Jahr 2011 sowie der Anschlag auf den Boston-Marathon am 15.4.2013.

<sup>94</sup> *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), S. 81.

<sup>95</sup> *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), S. 81.



gestalten.<sup>96</sup> In der Kulturkriminologie ist im Zusammenhang mit imaginierten Verbundenheiten bereits die Rede von „excessive online punitivism“.<sup>97</sup> Zwar ist die Zunahme von Strafbedürfnissen in der deutschen Bevölkerung, ein sog. punitive turn, keine empirisch gesicherte Entwicklung (es liegen gegensätzliche Forschungsergebnisse vor),<sup>98</sup> doch lässt sich die anwachsende legislative Punitivität durchaus als Zeichen für erhöhte Strafbedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger werten.<sup>99</sup>

Was die Imaginationen von Opfern betrifft, ist noch ein letzter Punkt anzusprechen: Die Aufmerksamkeit und die Zuneigung werden nicht allen Opfern gleich zugeteilt, sondern es kommt darauf an, ob sie der „richtigen“ Vorstellung vom Opfer entsprechen, merkt der britische Kulturkriminologe *Chris Greer* kritisch an:

„Imagined communities only emerge around particular types of victim. Those victims who cannot be ‚idealized‘ – because their image or background does not match the preferred profile – will generally attract neither sustained media attention nor widespread public and political outcry.“<sup>100</sup>

Damit macht *Greer* darauf aufmerksam, dass in den „imaginierten Gemeinschaften“ der digitalen Kommunikationsforen und in deren Vorstellungen von Kriminalität bestehende Diskriminierungen und soziale Benachteiligungen abgebildet und konsolidiert werden.

### III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich Folgendes sagen: Das digitale Netz hat neue Formen der affektiven imaginierten Vergemeinschaftung hervorgebracht. Zwei kriminologisch relevante Aspekte dieser Entwicklung wurden gezeigt: 1. Die digital angefeuerte Vergemeinschaftung geht zum Teil mit Prozessen anomischer Netzwerkbildung einher, die vor allem im Phänomen „Digitaler Hass“ zum Ausdruck kommen; 2. die vorgestellten Gemeinschaften des digitalen Zeitalters nehmen Einfluss auf die Kriminalitätswahrnehmung und die kriminalpolitischen Reaktionen. Es ist notwendig, dass die kriminalsoziologische Forschung sich mit dieser Entwicklung stärker befasst. Vor allem sollten Phänomene anomischer Netzwerk-

bildung genauer untersucht werden sowie die Rolle der neuen digitalen Gemeinschaften bei der Wahrnehmung und Konstruktion von Kriminalität. Dafür wäre eine „Kriminologie des Digitalen“ erforderlich, die über die herkömmliche Cyberkriminologie hinausgeht, die im Grunde nicht viel mehr als eine Folie für die Diskussion „Straftaten im Internet“ bietet.

---

<sup>96</sup> *Powell/Stratton/Cameron* (Fn. 11), S. 81.

<sup>97</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 115.

<sup>98</sup> *Singelstein/Kunz* (Fn. 80), § 23 Rn. 45 ff.

<sup>99</sup> *Drenkhahn/Habermann/Huthmann/Jobard/Laumont/Michel/Nickels/Singelstein/Zum-Bruch*, *KriPoZ* 2020, 104 (105). Erhöhte Strafbedürfnisse der Bevölkerung stellen *Hoven* und *Weigend* in ihrem Forschungsprojekt „Gerechte Strafzumessung“ fest, dazu *Hoven/Weigend*, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), *Strafen „im Namen des Volkes“?*, Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung, 2019, S. 263 ff.; siehe auch *Streng*, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel*, *Kriminalitäts- und berufsbezogene Einstellungen junger Juristen – Befragungen von 1989 bis 2012, 2014*, S. 73.

<sup>100</sup> *Greer* (Fn. 59), S. 117.



*Mit der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft wurde eine supranationale Strafverfolgungsbehörde der Union geschaffen, deren gerichtliche Kontrolle aber weitgehend den nationalen Gerichten übertragen. Ob eine solche Beschränkung der Zuständigkeit der Unionsgerichte mit dem primärrechtlichen Rechtssystem und dem Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf vereinbar ist, wird seitdem kontrovers diskutiert. Der folgende Beitrag nimmt die ersten Verfahren vor den Unionsgerichten zum Anlass, diese Frage aufzugreifen und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Übertragung der Zuständigkeit auf die nationalen Gerichte aufgrund der hybriden Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft sachlich gerechtfertigt ist.*

## I. Einleitung

Im Juni 2021 hat die Europäische Staatsanwaltschaft ihre Arbeit aufgenommen und seitdem bereits beachtliche Erfolge bei der Verfolgung von Straftaten zum Nachteil des Unionshaushalts erzielt. Allein im Jahr 2023 wurden 1371 neue Ermittlungsverfahren mit einem geschätzten Schadensvolumen von ca. 12 Milliarden Euro eröffnet und 54 erstinstanzliche Gerichtsverfahren abgeschlossen.<sup>1</sup> Diese Strafprozesse finden nicht vor einem europäischen Strafgericht, sondern vor Gerichten der Mitgliedstaaten statt, in denen die Europäische Staatsanwaltschaft die Aufgaben der Anklagebehörde wahrnimmt (Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV). Diese enge Anbindung an die Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten hat sich auch in der Entscheidung des Unionsgesetzgebers niedergeschlagen, dass der gerichtliche Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren ebenfalls weitgehend durch nationale Gerichte gewährleistet werden soll (Art. 42 EUStA-Verordnung, im Folgenden EUStA-VO<sup>2</sup>). Dies ist keineswegs selbstverständlich, denn Einrichtungen der Union unterliegen grundsätzlich der Kontrolle durch die Unionsgerichte, insbesondere im Rahmen der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV). Diese Modifikation des vertraglichen Rechtsschutzsystems steht in engem Zusammenhang mit der hybriden Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft, die eine unteilbare Einrichtung der Union ist, dabei aber als einheitliche Behörde mit einem dezentralen Aufbau handelt: Auf der zentralen Ebene agieren der Europäische Generalstaatsanwalt, dessen Stellvertreter und die übrigen Europäischen Staatsanwälte, während die eigentlichen Ermittlungen von Delegierten Europä-

schen Staatsanwälten in den jeweiligen Mitgliedstaaten durchgeführt werden (vgl. Art. 8 EUStA-VO). Die Neuregelung, mit der die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Unionsgerichten und den Gerichten der Mitgliedstaaten neu justiert wird, hat eine Reihe von Fragen aufgeworfen, die nicht nur die Auslegung des Art. 42 EUStA-VO, sondern auch dessen Vereinbarkeit mit dem Primärrecht betreffen und zu denen bereits erste unionsgerichtliche Entscheidungen vorliegen. Der folgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über den Stand der Entwicklung und widmet sich sodann der Frage, ob die mit Art. 42 EUStA-VO vorgenommene Einschränkung der Zuständigkeit der Unionsgerichte gegen Primärrecht verstößt, und geht sodann kurz auf die Konsequenzen für die Anwendung der sekundärrechtlichen Neuregelung ein.

## II. Stand der Entwicklung

### 1. Entstehung und Inhalt des Art. 42 EUStA-VO

Nach dem von der Kommission vorgelegten Verordnungsvorschlag<sup>3</sup> sollte die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft allein den nationalen Gerichten obliegen, denn dieser sah vor, dass die Europäische Staatsanwaltschaft in Bezug auf den gerichtlichen Rechtsschutz qua sekundärrechtlicher Fiktion als nationale Strafverfolgungsbehörde „gilt“ (Art. 36 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs).<sup>4</sup> Die Zuständigkeit der nationalen Gerichte wurde als sachgerechter angesehen, da die Ermittlungshandlungen und Verfahrensakte der Europäischen Staatsanwaltschaft in so engem Zusammenhang mit der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnung stehen, dass auch die gerichtliche Kontrolle dieser Maßnahmen dort stattfinden sollte.<sup>5</sup> Davon unberührt bleiben sollte allerdings die Zuständigkeit des EuGH für Vorabentscheidungen zur Gültigkeit und Auslegung von Unionsrecht (Art. 267 AEUV), insbesondere der Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft.<sup>6</sup> Diese Zuständigkeit sollte sich aber nicht auf die Auslegung nationaler Rechtsvorschriften erstrecken, auf welche in der Verordnung verwiesen wird (Art. 36 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs).

In den anschließenden Verhandlungen im Rat stieß die Position der Kommission auf grundsätzliche Zustimmung, allerdings wurde auch darauf hingewiesen, dass Entscheidungen der Europäischen Staatsanwaltschaft, die ihrer Natur nach „europäisch“ sind (z.B. die Bestimmung des Mitgliedstaates, in dem Anklage erhoben wird), der Kontrolle durch ein Unionsgericht unterliegen sollten.<sup>7</sup> Diese Bedenken führ-

\* Prof. Dr. Martin Böse ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Universität Bonn. Sophia Lobinger ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an ebendiesem.

<sup>1</sup> Jahresbericht 2023, S. 12 f. abrufbar unter <https://www.eppo.europa.eu/en/documents/2023-numbers> (16.1.2025).

<sup>2</sup> Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), ABl. EU Nr. L 283 vom 31.10.2017, S. 1.

<sup>3</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>4</sup> Alexandrova, in: Erkelens/Meij/Pawlik (Hrsg.), *The European Public Prosecutor's Office: An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2015, S. 11 (19).

<sup>5</sup> KOM (2013) 534 endg., S. 7 f.; vgl. auch Esser, StV 2014, 494 (499: „bürgernah“).

<sup>6</sup> KOM (2013) 534 endg., S. 8.

<sup>7</sup> Rats-Dok. 6490/14, S. 5; siehe auch Zeder, StraFo 2014, 239 (246).

ten zu einem Modell, wonach die Zuständigkeit für den gerichtlichen Rechtsschutz zwischen den nationalen und unionalen Gerichten aufgeteilt wird. Unter dem niederländischen Vorsitz wurden die Zuständigkeiten der Unionsgerichte präzisiert und um Bereiche ergänzt, über die erst am Ende der Ratsverhandlungen eine Einigung erzielt werden konnte (z.B. Datenschutz).<sup>8</sup> Aus diesen Beratungen ist die nunmehr geltende Regelung in Art. 42 EUStA-VO hervorgegangen, die mit dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission nicht mehr viel gemeinsam hat.<sup>9</sup>

Die endgültige Fassung hält zwar an dem Grundsatz fest, dass Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft mit Rechtswirkung gegenüber Dritten der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte der Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO). Dies schließt auch die Entscheidung darüber ein, in welchem Mitgliedstaat Anklage erhoben wird (Erwägungsgrund 87 Abs. 2 EUStA-VO). Abweichend von diesem Grundsatz soll jedoch der EuGH für Vorabentscheidungen (Art. 267 AEUV) über die Gültigkeit eines solchen Verfahrensaktes zuständig sein, soweit die Frage nach der Gültigkeit unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts gestellt wird (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO). Der EuGH soll also für die gerichtliche Kontrolle von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft auf der Grundlage von Unionsrecht zuständig sein, während die nationalen Gerichte deren Überprüfung nach Maßgabe des nationalen Rechts vornehmen (Erwägungsgrund 88 Abs. 2, Abs. 3 EUStA-VO). Außerdem entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts einschließlich der EUStA-Verordnung (Art. 42 Abs. 2 lit. b EUStA-VO) und der in den Art. 22, 25 EUStA-VO enthaltenen Zuständigkeitsregelungen (Art. 42 Abs. 2 lit. c EUStA-VO). Die letztgenannten Regelungen entsprechen damit der allgemeinen Zuständigkeit des EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. a, b AEUV.<sup>10</sup>

Art. 42 Abs. 3 EUStA-VO enthält eine weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Zuständigkeit der nationalen Gerichte, wonach Beschlüsse der Europäischen Staatsanwaltschaft über die Einstellung eines Verfahrens durch die Nichtigkeitsklage der unionsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, sofern diese unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts angefochten werden. Die Zuständigkeitsabgrenzung soll sich also auch an dieser Stelle danach richten, ob die Einstellung des Verfahrens auf der Grundlage von Unionsrecht (Unionsgericht) oder von nationalem Recht (Gericht des betreffenden Mitgliedstaates) angegriffen wird.<sup>11</sup>

Die übrigen Regelungen stellen klar, dass die Zuständigkeit der Unionsgerichte für Schadensersatzklagen (Art. 268 AEUV) und aufgrund einer Schiedsklausel (Art. 272 AEUV)

unberührt bleibt (Art. 42 Abs. 4 und Abs. 5 EUStA-VO). Für dienstrechtliche Streitigkeiten (Art. 270 AEUV) hält die Verordnung ebenfalls an den vertraglichen Regelungen fest (Art. 42 Abs. 6 EUStA-VO), sodass auch die unionsgerichtliche Zuständigkeit für Verfahren zur Entlassung des Europäischen Generalstaatsanwalts und Europäischer Staatsanwälte (Art. 42 Abs. 7 EUStA-VO) und Nichtigkeitsklagen gegen die Entlassung eines Delegierten Europäischen Staatsanwalts (Art. 42 Abs. 8 EUStA-VO) folgerichtig erscheint. Die Zuständigkeit der Unionsgerichte besteht schließlich für Nichtigkeitsklagen gegen Entscheidungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten, die Rechte der betroffenen Person berühren, und gegen andere (z.B. administrative) Entscheidungen, die keine Verfahrenshandlungen betreffen (Art. 42 Abs. 8 EUStA-VO). Bei diesen Entscheidungen richtet sich die Überprüfung nach Unionsrecht (vgl. zum Datenschutz Art. 47 ff. EUStA-VO), sodass auf eine Abgrenzung zur Zuständigkeit der nationalen Gerichte nach Maßgabe des anzuwendenden Rechts verzichtet werden konnte.

Der Überblick über die Regelung in Art. 42 EUStA-VO zeigt, dass diese die primärrechtliche Zuständigkeit der Unionsgerichte für Nichtigkeitsklagen (Art. 263 Abs. 1, Abs. 4 AEUV) einschränkt, indem sie den Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten den nationalen Gerichten überträgt (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO) und eine Nichtigkeitsklage gegen Einstellungsentscheidungen nur zulässt, soweit diese unmittelbar auf Unionsrecht gestützt wird (Art. 42 Abs. 3 EUStA-VO). Eine entsprechende Formulierung findet sich auch für Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), mit denen die Gültigkeit einer Verfahrenshandlung der Europäischen Staatsanwaltschaft geklärt werden soll (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO). Diese Regelungen werfen damit die Frage auf, ob und inwieweit sie mit der vertraglich geregelten Zuständigkeit der Unionsgerichte (Art. 19 Abs. 1 EUV, Art. 263 AEUV) und dem Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 GRC) vereinbar sind.

## 2. Die Entscheidungen des EuG in den Rechtssachen „Stan“ und „Brancusi“

Mit dieser Frage hatte sich das EuG in zwei Verfahren zu befassen, in denen die Kläger die Entscheidung der Europäischen Staatsanwaltschaft, vor dem zuständigen nationalen Gericht Anklage zu erheben, mit der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 1, Abs. 4 AEUV) angefochten hatten.<sup>12</sup> Nach Auffassung der Kläger sei effektiver Rechtsschutz i.S.v. Art. 47 GRC gegen Entscheidungen der Europäischen Staatsanwaltschaft nur zu gewährleisten, wenn diese vor den Unionsgerichten mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden könnten. Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten könne dies nicht vollständig gewährleisten, da die Überprüfung der Gültigkeit der angefochtenen Handlung am Maßstab des Unionsrechts dem EuGH vorbehalten sei (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO) und das befassende nationale Gericht weder befugt noch dazu fähig sei, festzustellen, dass die angefochtene

<sup>8</sup> Rats-Dok. 10266/16 – Annex, S. 3 f.

<sup>9</sup> Rats-Dok. 12774/1/16 REV 1, S. 57; siehe auch Rats-Dok. 11350/1/16 REV 1, S. 72.

<sup>10</sup> Herrnfeld, in: ders./Brodowski/Burchard (Hrsg.), *European Public Prosecutor's Office*, 2020, Art. 42 Rn. 50, 53 f.

<sup>11</sup> Herrnfeld (Fn. 10), Art. 42 Rn. 56; Art. 39 Abs. 1 EUStA-VO listet abschließend die Gründe für eine Einstellung des Verfahrens auf, vgl. Erwägungsgrund 81 der EUStA-VO.

<sup>12</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO); EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brancusi v. EPPO).

Entscheidung gegen Unionsrecht verstoße; die Entscheidung über eine Vorlage an den EuGH obliege dem nationalen Gericht, der Kläger könne die Stellung eines entsprechenden Ersuchens zwar beantragen, aber nicht erzwingen.<sup>13</sup> Die Vorlagepraxis der nationalen Gerichte sei zudem höchst unterschiedlich, sodass eine Diskriminierung zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu befürchten sei.<sup>14</sup> Die in Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO vorgesehene Zuständigkeitsverteilung zwischen Unionsgerichten und nationalen Gerichten führe dazu, dass eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts nicht mehr gewährleistet sei, wenn anstelle des EuGH die nationalen Gerichte Rechtsschutz gegen Verstöße gegen Unionsrecht gewährten; auf diese Weise werde den Klägern zugleich der nach Art. 47 GRC garantierte wirksame Rechtsbehelf entzogen.<sup>15</sup>

Eine Übertragung der Zuständigkeit der Unionsgerichte auf die nationalen Gerichte könne nicht über Art. 86 Abs. 2 AEUV begründet werden, denn diese Regelung betreffe allein die Zuständigkeit der nationalen Gerichte nach Erhebung der Anklage. Schließlich könne auch Art. 86 Abs. 3 AEUV nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass er es ermögliche, den Unionsgerichten die Zuständigkeit für die gerichtliche Kontrolle von Handlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft zu entziehen. Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO müsse daher primärrechtskonform so ausgelegt werden, dass er der Erhebung einer Nichtigkeitsklage gegen die angefochtene Entscheidung der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht entgegenstehe.<sup>16</sup>

Das Gericht folgte diesen Argumenten nicht und wies die Klagen als unzulässig ab. Eine primärrechtskonforme Auslegung scheidet nach Auffassung des Gerichts aus, wenn sie mit dem Wortlaut der auszulegenden Vorschrift unvereinbar sei und damit auf eine Auslegung *contra legem* hinausliefe.<sup>17</sup> Der Wortlaut des Art. 42 EUStA-VO lasse indes keinen Zweifel daran, dass den nationalen Gerichten die ausschließliche Zuständigkeit für die gerichtliche Überprüfung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft übertragen wird und nur bezüglich der in Art. 42 Abs. 3, Abs. 8 EUStA-VO genannten Entscheidungen an der unionsgerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 263 AEUV festgehalten

werden soll.<sup>18</sup> Das Gericht erkennt ausdrücklich an, dass der Kläger mit seinem Vorbringen nicht nur für eine primärrechtskonforme Auslegung des Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO eintritt, sondern – sofern eine solche Auslegung nicht möglich sein sollte – die Ungültigkeit dieser Regelung geltend macht; da die Klage unzulässig sei, könne das Gericht jedoch nicht über diesen Einwand entscheiden.<sup>19</sup> Stattdessen wird der Kläger darauf verwiesen, die Ungültigkeit im Rahmen eines Verfahrens vor einem nationalen Gericht geltend zu machen, das dem EuGH sodann die Frage nach der Gültigkeit des Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO vorlegen könne (Art. 42 Abs. 2 lit. b EUStA-VO, Art. 267 AEUV).<sup>20</sup>

Dass sich das Gericht nicht mit dem Einwand befasst, Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO verstoße gegen Primärrecht und sei daher ungültig, beruht auf der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 277 AEUV, wonach die Unzulässigkeit einer Nichtigkeitsklage auch zur Unzulässigkeit des im Rahmen dieser Klage gestellten Antrags auf eine inzidente Normenkontrolle führt.<sup>21</sup> Die inzidente Normenkontrolle ist keine selbstständige Klageart, sondern setzt ein anhängiges und zulässiges Verfahren voraus.<sup>22</sup> Ist der Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme unzulässig, entfällt damit auch die Notwendigkeit, eine für die Rechtmäßigkeit relevante Vorfrage zu klären. Diese Argumentation verfängt jedoch nicht, wenn die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit selbst von dieser Vorfrage abhängt; in diesem Fall wäre eine inzidente Normenkontrolle vielmehr geboten. Anderenfalls wird dem Kläger die Möglichkeit genommen, von einem vertraglich vorgesehenen Rechtsbehelf Gebrauch zu machen. Dies wird deutlich, wenn man die vom Gericht vorgeschlagene Vorgehensweise näher betrachtet, wonach der Kläger auf den Rechtsschutz vor einem nationalen Gericht und das Vorabentscheidungsverfahren verwiesen wird: Der Kläger soll die Maßnahme der Europäischen Staatsanwaltschaft also vor einem nationalen Gericht anfechten, dort geltend machen, dass Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO gegen Primärrecht verstoße, um das nationale Gericht zu einer Vorlage an den EuGH zu veranlassen, der dann die Ungültigkeit des Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO feststellt. Der Kläger müsste also eine Klage erheben, die nach seinem Vorbringen unzulässig ist, um über eine Vorabentscheidung des EuGH die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er eine Maßnahme der Europäischen Staats-

<sup>13</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 19 f.; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 16 f.

<sup>14</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 21; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 18.

<sup>15</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 22; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 19.

<sup>16</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 23; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 20.

<sup>17</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 30; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 26.

<sup>18</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 31; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 27.

<sup>19</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 33; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 29.

<sup>20</sup> EuG, Beschl. v. 15.12.2023 – T-103/23 (Stan v. EPPO), Rn. 34 f.; EuG, Beschl. v. 28.2.2024 – T-385/23 (Brâncuși v. EPPO), Rn. 30 f.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 28.6.1993 – C-64/93 (Donatab), Rn. 19 f.; EuGH, Urt. v. 5.5.2020 C-69/19 P (Credito Fondiario SpA), Rn. 64.

<sup>22</sup> *Karpenstein*, in: ders./Kotzur/Vasel (Hrsg.), Handbuch Rechtsschutz in der Europäischen Union, 4. Aufl. 2024, § 11 Rn. 1, 7.

anwaltschaft unmittelbar mit einer Nichtigkeitsklage anfechten kann. Dass ein solcher Mechanismus den Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelf entspricht (Art. 47 GRC), muss bezweifelt werden. In einem der genannten Verfahren wurde gegen die Abweisung der Klage Rechtsmittel eingelegt<sup>23</sup> und gerügt, dass das Gericht Art. 42 EU-StA VO angewendet habe, ohne dessen Vereinbarkeit mit den EU-Verträgen zu prüfen. Die Entscheidung des EuGH steht noch aus.<sup>24</sup>

### III. Vertragliche Zuständigkeit der Unionsgerichte (Art. 19 AEUV)

Ob ein Ausschluss der unionsgerichtlichen Zuständigkeit für Nichtigkeitsklagen gegen Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft gegen Primärrecht verstößt, ist daher nach wie vor offen. Art. 42 EUStA-VO begegnet zunächst insofern Bedenken, als der gerichtliche Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft ausschließlich den Unionsgerichten vorbehalten sein könnte (Art. 19 Abs. 1, Abs. 3 EUV). Diese Bedenken betreffen nicht nur den Ausschluss der Nichtigkeitsklage gegen Verfahrenshandlungen (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO), sondern auch die Modifikation des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO).

#### 1. Ausschluss der Nichtigkeitsklage (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO)

Wie das EuG festgestellt hat, hat der Unionsgesetzgeber die primärrechtliche Zuständigkeit der Unionsgerichte für Individualnichtigkeitsklagen gegen Maßnahmen von Einrichtungen der Union (Art. 263 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 AEUV) durchbrochen, indem er die Zuständigkeit für den Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft den nationalen Gerichten übertragen hat. Diese Zuständigkeitsübertragung und die damit verbundene Beschränkung der Unionsgerichtsbarkeit ist jedoch erheblichen Bedenken ausgesetzt, denn aus dem Vorrang der primärrechtlichen Grundlagen vor dem Unionssekundärrecht<sup>25</sup> folgt grundsätzlich, dass jeder Sekundärrechtsakt, der von Rat und Parlament erlassen wird, die vertragliche Zuständigkeitsverteilung zwischen nationaler und unionaler Gerichtsbarkeit zu respektieren hat. Eine Regelung, welche die Zuständigkeiten der Unionsgerichte einschränkt (oder sogar ausschließt), liefe auf

eine Vertragsänderung hinaus, mit welcher der Unionsgesetzgeber seine Kompetenzen überschreiten würde.<sup>26</sup>

So ist die Überprüfung der Gültigkeit von Handlungen der Organe und Einrichtungen der Union nach gefestigter Rechtsprechung ausschließlich den Unionsgerichten vorbehalten.<sup>27</sup> Diese ausschließliche Zuständigkeit ist ein elementarer Baustein des vertraglichen Systems unionsgerichtlichen Rechtsschutzes, mit dem die einheitliche und konsistente Auslegung des Unionsrechts gewährleistet wird.<sup>28</sup> So scheiterte der Beitritt der Union zur EMRK u.a. daran, dass die im Beitrittsübereinkommen enthaltenen Regelungen zur Koordination der Zuständigkeit von EuGH und EGMR die Autonomie und Effektivität des Vorabentscheidungsverfahrens nicht ausreichend berücksichtigten.<sup>29</sup>

Diese Bedenken wären allerdings unbegründet, wenn und soweit der Vertrag selbst den Unionsgesetzgeber zu einer Modifikation bzw. Einschränkung der unionsgerichtlichen Zuständigkeiten ermächtigt. So lässt Art. 263 Abs. 5 AEUV die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Bedingungen, unter denen Individualnichtigkeitsklagen erhoben werden können, ausdrücklich zu. Diese Bestimmung ermächtigt Rat und Parlament indes nicht, den Unionsgerichten die Zuständigkeit für Individualnichtigkeitsklagen vollständig zu entziehen und diese auf die Gerichte der Mitgliedstaaten zu übertragen.<sup>30</sup> Eine solche Ermächtigung könnte sich indes aus Art. 86 Abs. 3 AEUV ergeben. Danach legt die mit der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft zu erlassende Verordnung u.a. „die Regeln [...] für die gerichtliche Kontrolle der von der Europäischen Staatsanwaltschaft bei der Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommenen Prozesshandlungen fest“. Art. 86 Abs. 3 AEUV könnte somit als Grundlage herangezogen werden, um die Zuständigkeit der Unionsgerichte zu beschränken und den gerichtlichen Rechtsschutz stattdessen den nationalen Gerichten zuzuweisen.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> Rechtsmittel v. 30.4.2024 – C-328/24 P.

<sup>24</sup> Gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, Art. 56 Abs. 1 S. 1 Alt. 3, 58 EuGH-Satzung kann ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit eingelegt werden, auch wenn der EuG zu Unrecht seine Zuständigkeit verneint hat, *Schwarze/Wunderlich*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 256 Rn. 16; *Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 256 Rn. 7.

<sup>25</sup> *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 9; *Biervert*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Fn. 24), AEUV Art. 288 Rn. 11.

<sup>26</sup> *Esser*, StV 2014, 494 (499); siehe auch *Inghelram*, in: *Erkelens/Meij/Pawlik* (Fn. 4), S. 121 (132 f.).

<sup>27</sup> EuGH, Ur. v. 22.10.1987 – C-314/85 (Foto-Frost), Rn. 15 ff.; EuGH, Ur. v. 6.12.2005 – C-461/03 (Gaston Schul), Rn. 17 ff.

<sup>28</sup> EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 [ECLI:EU:C:2014:2454], Rn. 174; siehe auch zum Rechtsprechungsmonopol des EuGH in Bezug auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Einrichtungen der Union: Generalanwältin *Kokott*, Stellungnahme v. 13.6.2014 zum Gutachten 2/13 des EuGH (a.a.O.), Rn. 121.

<sup>29</sup> EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 [ECLI:EU:C:2014:2454], Rn. 174, 197 f.

<sup>30</sup> *Esser*, StV 2014, 494 (499); *Gärditz*, in: *Böse* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 24 Rn. 52; Stellungnahme 22/2013 der Bundesrechtsanwaltskammer (Oktober 2013), S. 9, abrufbar unter [https://www.brak.de/fileadmin/05\\_zur\\_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/oktober/stellungnahme-der-brak-2013-22-und-des-dav-2013-48.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2013/oktober/stellungnahme-der-brak-2013-22-und-des-dav-2013-48.pdf) (16.1.2025).

<sup>31</sup> So Erwägungsgrund 86 der EUStA-VO; *Brodowski*, StV 2017, 684 (692); *Wasmeier/Killmann*, in: von der Groeben/



Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass die bislang bestehenden Vertragsbestimmungen nur punktuelle Ergänzungen bzw. Abweichungen von der primärrechtlich geregelten Zuständigkeit der Unionsgerichte vorsehen (Art. 261, 263 Abs. 5 AEUV), aber keine Grundlage dafür bieten, eine primärrechtlich geregelte Zuständigkeit auszuschließen und den Rechtsschutz den Gerichten der Mitgliedstaaten zu übertragen.<sup>32</sup> So wird auch in anderen Vertragsbestimmungen (Art. 108 Abs. 2, 114 Abs. 9, 348 AEUV) ausdrücklich auf Abweichungen von den Vertragsbestimmungen über die Unionsgerichtsbarkeit hingewiesen.<sup>33</sup> Andererseits könnte für einen gerichtlichen Rechtsschutz durch die nationalen Gerichte sprechen, dass die Europäische Staatsanwaltschaft vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrnimmt (Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV).<sup>34</sup> Mit dieser Formulierung wird indes nur im Vertrag festgeschrieben, dass die Europäische Staatsanwaltschaft auch im anschließenden Hauptverfahren („vor“ dem nationalen Gericht) die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrnimmt; Art. 86 Abs. 2 AEUV lässt damit keine Rückschlüsse auf die gerichtliche Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zu.

Allerdings ist die Europäische Staatsanwaltschaft aufgrund ihres dezentralen Aufbaus bei den Ermittlungen, die von den Delegierten Europäischen Staatsanwälten geführt werden, so in die Strafrechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaats integriert, dass die dort vorgesehene gerichtliche Kontrolle zu Friktionen mit einer Nichtigkeitsklage vor den Unionsgerichten führen könnte.<sup>35</sup> Solange präventiver Rechtsschutz nicht durch ein Unionsgericht (einen europäischen Ermittlungsrichter) gewährleistet wird<sup>36</sup>, sondern für bestimmte Ermittlungseingriffe eine vorherige Genehmigung durch ein nationales Gericht einzuholen ist (vgl. Art. 31 Abs. 3 EU-StA-VO), wird auch über Rechtsmittel dagegen (z.B. eine Beschwerde gegen einen Beschlagnahmebeschluss) von nationalen Gerichten entschieden.<sup>37</sup> Ordnet ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt hingegen eine solche Maßnahme bei Gefahr im Verzug selbst an (vgl. § 98 Abs. 1 S. 1 StPO), so

wäre anstelle des im nationalen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfs (vgl. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO) gegen diese Entscheidung eine Nichtigkeitsklage zulässig, während die nachträgliche Bestätigung dieser Eilentscheidung vom nationalen Gericht zu treffen wäre (vgl. § 98 Abs. 2 S. 1 StPO). Diese Ungereimtheiten lassen sich vermeiden, wenn der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen insgesamt den nationalen Gerichten zugewiesen wird.<sup>38</sup>

Die primärrechtlichen Bedenken gegen eine Abweichung von den vertraglichen Zuständigkeiten der Unionsgerichte wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren in einem Gutachten des Juristischen Dienstes<sup>39</sup> erörtert. Das Gutachten gelangt zu dem Ergebnis, dass die Regelung zur gerichtlichen Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft so formuliert werden sollte, „dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs in Bezug auf Nichtigkeitsklagen nur ausgeschlossen wird bei

- Prozesshandlungen, die die Europäische Staatsanwaltschaft nach der Befassung des in der Sache zuständigen einzelstaatlichen Gerichts, bei dem die Europäische Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung ausübt, vorgenommen hat,
- Prozesshandlungen, die die Europäische Staatsanwaltschaft vor der Befassung des in der Sache zuständigen einzelstaatlichen Gerichts vorgenommen hat, z.B. Ermittlungsmaßnahmen, jedoch nur, sofern diese Prozesshandlungen sich auf das einzelstaatliche Recht stützen oder, falls sie sich nicht ausschließlich auf das einzelstaatliche Recht stützen, das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz und die Autonomie der Rechtsordnung der Union nicht beeinträchtigen.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs müsste also in Bezug auf die Aufhebungsklagen gegen Prozesshandlungen erhalten bleiben, mit denen die Verordnung angewandt wird, beispielsweise Handlungen betreffend die Bestimmung des sachlich und örtlich zuständigen Gerichts.<sup>40</sup>

Die erste Fallkonstellation bezieht sich auf das Verfahren nach Erhebung der Anklage, das vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geführt wird, deren Zuständigkeit in Art. 86 Abs. 2 AEUV angelegt ist.<sup>41</sup> Wie die Aufnahme der zweiten Fallkonstellation zeigt, kann es nach dem Gutachten aber auch in Bezug auf Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren sachlich gerechtfertigt sein, die Zuständigkeit für die gerichtliche Kontrolle auf die Gerichte der Mitgliedstaaten zu übertragen. Die unionsgerichtliche Zuständigkeit für die Nichtigkeitsklage müsse jedoch erhalten bleiben, soweit sich diese gegen Verfahrenshandlungen richten, bei denen ausschließlich oder hauptsächlich Unionsrecht angewandt wird (z.B. bei Entscheidungen

Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 86 Rn. 144 ff.; *Wirth*, Die Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, S. 399.

<sup>32</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union, Gutachten v. 17.9.2014 – 13302/1/14 REV 1, S. 10, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13302-2014-REV-1/de/pdf> (20.1.2025).

<sup>33</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 9.

<sup>34</sup> *Wasmeier/Killmann* (Fn. 31), AEUV Art. 86 Rn. 151; *Killmann/Hofmann*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 40, sehen eine ausschließliche Zuständigkeit des EuGH wegen Art. 86 Abs. 2 S. 2 AEUV ausgeschlossen.

<sup>35</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 16.

<sup>36</sup> Siehe dazu näher Böse, Rechtswissenschaft 2012, 172 ff.

<sup>37</sup> *Herrnfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 9.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Esser*, in: Herrnfeld/Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 12 Rn. 181.

<sup>39</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32).

<sup>40</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 20.

<sup>41</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 10 f.

über die sachliche und örtliche Zuständigkeit); demgegenüber könne die gerichtliche Kontrolle von Verfahrenshandlungen, die sich auf das nationale Recht stützten, auf die Gerichte der Mitgliedstaaten übertragen werden. Soweit in dem letztgenannten Fall auch Unionsrecht angewandt werde, müsse allerdings das Recht auf wirksamen Rechtsschutz (siehe dazu unten IV.) und die Autonomie des Unionsrechts durch das Vorabentscheidungsverfahren gewahrt werden.<sup>42</sup> In den folgenden Verhandlungen wurde dieser Ansatz aufgegriffen, indem die Nichtigkeitsklage auf bestimmte, auf die EUStA-VO gestützte Verfahrenshandlungen (einschließlich der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens) beschränkt und die gerichtliche Kontrolle im Übrigen den Mitgliedstaaten übertragen werden sollte.<sup>43</sup> Mit der finalen Fassung wurde die Nichtigkeitsklage nur gegen Verfahrenshandlungen zugelassen, mit denen das Verfahren eingestellt wird (Art. 42 Abs. 3 EUStA-VO).<sup>44</sup>

Den rechtlichen Bedenken des Juristischen Dienstes gegen einen Ausschluss der Nichtigkeitsklage wurde damit allenfalls ansatzweise Rechnung getragen. Dementsprechend wird im Schrifttum bezweifelt, dass Art. 86 Abs. 3 AEUV eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt, um die Zuständigkeiten der Unionsgerichte einzuschränken und die Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft den nationalen Gerichten zu übertragen.<sup>45</sup> Möglicherweise lassen sich diese Einwände aber durch das Vorabentscheidungsverfahren entkräften. So betont das Gutachten des Juristischen Dienstes in den Ausführungen zum Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen nach Anklageerhebung, dass ein Ausschluss der Nichtigkeitsklage nur unter der Voraussetzung zulässig sei, dass die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Verfahrenshandlung indirekt im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vom EuGH überprüft werden könne.<sup>46</sup> Der Ausschluss der Nichtigkeitsklage könnte also auch bei Verfahrenshandlungen vor Anklageerhebung dadurch kompensiert werden, dass den Unionsgerichten über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV die Letztentscheidungsbefugnis über die Gültigkeit und Auslegung von Rechtsakten der Union vorbehalten

ten bleibt.<sup>47</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass die in Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO vorgenommene Modifikation des Vorabentscheidungsverfahrens ihrerseits primärrechtskonform ist.

## 2. Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO)

### a) Klarstellung oder Einschränkung der Vorlagebefugnis nationaler Gerichte?

Die Frage nach einer Vereinbarkeit von Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO mit der vertraglichen Zuständigkeit der Unionsgerichte ist schnell beantwortet, wenn man in dieser Regelung nur eine Klarstellung bzw. Bestätigung der vertraglichen Zuständigkeit des EuGH nach Art. 267 AEUV sieht.<sup>48</sup> Soweit Art. 42 Abs. 2 lit. b und c EUStA-VO mit Vorlagen zur Gültigkeit und Auslegung von Unionsrecht einschließlich der EUStA-VO auf mögliche Gegenstände einer Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 1 lit. a, b AEUV Bezug nimmt, schränkt die sekundärrechtliche Regelung die primärrechtliche Zuständigkeit nicht ein, sondern ist lediglich deklaratorisch. Nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV entscheidet der EuGH außerdem „über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“. Eine Vorabentscheidung über die Gültigkeit einer Verfahrenshandlung der Europäischen Staatsanwaltschaft ist hingegen nur vorgesehen, „sofern einem Gericht eines Mitgliedstaats die Frage nach der Gültigkeit unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts gestellt wird“ (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO). Damit wird nicht nur die Auslegung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft vom Anwendungsbereich des Vorabentscheidungsverfahrens ausgenommen,<sup>49</sup> sondern auch die Überprüfung von deren Rechtmäßigkeit (Gültigkeit) der Unionsgerichtsbarkeit entzogen, soweit diese nicht (unmittelbar) am Maßstab des Unionsrechts erfolgt. Nationale Gerichte können dem EuGH also keine Fragen zur Gültigkeit von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft im Hinblick auf nationales Verfahrensrecht vorlegen (Erwägungsgrund 88 Abs. 3 EUStA-VO).

Der Wortlaut des Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV enthält keine derartige Einschränkung. Allerdings erfolgt die Prüfung der Gültigkeit von Handlungen der Organe und Einrichtungen der Union grundsätzlich nur am Maßstab des höherrangigen Unionsrechts, d.h. nationales Recht wird nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen.<sup>50</sup> Dafür spricht auch der Sinn

<sup>42</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 19 f.

<sup>43</sup> Rats-Dok. 11045/15 – Annex, S. 27; siehe auch Option 2 in Rats-Dok. 15862/1/14 REV 1 – Annex II, S. 48; vgl. ferner die Resolution des Europäischen Parlaments v. 29.4.2015 – P8\_TA(2015)0173, Nr. 24 f.

<sup>44</sup> Vgl. insoweit Rats-Dok. 10266/16 – Annex, S. 3 f.

<sup>45</sup> Ähnlich *Inghelram*, legal and institutional aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), 2011, S. 266 f.; *Meij*, in: Erkelens/Meij/Pawlik (Fn. 4), S. 101 (114); *Herrnfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 69 (zweifelnd); *Luchtman*, in: Geelhoed/Erkelens/Meij (Hrsg.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018, S. 155 (166); *Mitsilegas*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28 (2/2021), 245 (260).

<sup>46</sup> Juristischer Dienst des Rats der Europäischen Union (Fn. 32), S. 12, 13; in diesem Sinne auch *Wirth* (Fn. 31), S. 399.

<sup>47</sup> *Brodowski*, StV 2017, 684 (692); *Wasmeier/Killmann* (Fn. 31), AEUV Art. 86 Rn. 147.

<sup>48</sup> *Brodowski*, StV 2017, 684 (692); *Collins*, eucrim 2024, 64 (65 f.); *Herrnfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 37, 40; *Gräfin von Galen/Furtwängler*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, 2. Aufl. 2020, Rn. 1154.

<sup>49</sup> *Herrnfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 37; *Esser* (Fn. 38), § 12 Rn. 94.

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – C-11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel); EuGH, Urt. v. 13.12.1979 – C-44/79 (Hauer); EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Rn. 43; Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge

und Zweck des Art. 267 AEUV, denn das Vorabentscheidungsverfahren soll eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts (nicht des nationalen Rechts) gewährleisten.<sup>51</sup> Dementsprechend wird in Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO nur eine Klarstellung gesehen, die bestätigt, dass der EuGH bei der Überprüfung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft nationales Recht nicht berücksichtigt.<sup>52</sup>

Dass der EuGH es bislang im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren abgelehnt hat, Handlungen von Organen und Einrichtungen der Union am Maßstab des nationalen Rechts zu überprüfen<sup>53</sup>, beruht jedoch darauf, dass der Vorrang des Unionsrechts und dessen einheitliche Anwendung (einschließlich der zu überprüfenden Maßnahme) eine solche Prüfung grundsätzlich ausschließen.<sup>54</sup> Sofern diese Gründe einer solchen Prüfung jedoch nicht entgegenstehen, weil das Unionsrecht die ergänzende Heranziehung innerstaatlichen Rechts zulässt oder gebietet, wird es jedoch zum Teil als zulässig angesehen, dass der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die Gültigkeit der Handlung einer Einrichtung der Union (auch) am Maßstab des nationalen Rechts überprüft.<sup>55</sup> In diesem Sinne hatte auch die Generalanwältin in ihrer Stellungnahme zum Beitritt der Union zur EMRK auf das Monopol der Unionsgerichte hingewiesen, die Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.<sup>56</sup> Auch die bisherige Rechtsprechungspraxis zu Schadensersatzklagen (Art. 268 AEUV) und schiedsgerichtlichen Verfahren (Art. 272 AEUV) enthält mehrere Beispiele, in denen die Unionsgerichte nationales Recht ausgelegt und angewandt haben.<sup>57</sup> Folgt man diesem Verständnis, umfasst der Anwendungsbereich des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV die Gültigkeit und die Auslegung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft, ohne dass es darauf ankommt, ob die Bedenken in Bezug auf deren Rechtmäßigkeit auf Unionsrecht oder nationales Recht

gestützt werden. Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO schränkt bei dieser Lesart die vertragliche Zuständigkeit des EuGH ein.<sup>58</sup> Geht man mit der letztgenannten Auslegung des Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV davon aus, dass die dem EuGH vorbehaltenen Überprüfung der Gültigkeit von Handlungen der Unionsinstitutionen auch mögliche Verstöße gegen nationales Recht umfasst, so wäre in Art. 42 Abs. 1 lit. a EUStA-VO eine Beschränkung (bzw. ein Ausschluss) eben dieser Prüfungsbefugnis zu sehen.

#### b) Zulässigkeit sekundärrechtlicher Beschränkungen der Unionsgerichtsbarkeit

Eine solche Einschränkung der Unionsgerichtsbarkeit könnte aber primärrechtskonform sein, sofern sie von der vertraglichen Ermächtigung zur Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Handlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft gedeckt ist (Art. 86 Abs. 3 AEUV) und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts gewahrt bleibt. Dies ließe sich damit begründen, dass die unionsrechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft dem Vorabentscheidungsverfahren unterworfen werden und damit der EuGH über Art. 267 AEUV seine Aufgabe erfüllen kann, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts auch tatsächlich zu gewährleisten.

Soweit die Ungültigkeit von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft bei Verstößen gegen das nationale Recht hingegen von den nationalen Gerichten festgestellt werden kann, könnte die Einheitlichkeit indes gefährdet sein. Es geht also um die Frage, ob nicht nur das Unionsrecht im engen Sinne (also das Primärrecht und die Sekundärrechtsgesetzgebung), sondern auch Einzelmaßnahmen von Unionseinrichtungen ausschließlich von Unionsgerichten für ungültig erklärt werden können. Für Letzteres streitet der Grundsatz, dass ein Hoheitsakt nur von den Gerichten des Hoheitsträgers aufgehoben werden kann, dessen Exekutive diesen Hoheitsakt erlassen hat: Unionsgerichten ist die Aufhebung von Handlungen der Unionseinrichtungen, nationalen Gerichten die Aufhebung von nationalen Hoheitsakten vorbehalten.<sup>59</sup>

Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. So kann der Präsident einer nationalen Zentralbank gegen seine Entlassung den EuGH anrufen (Art. 14 Abs. 2 der Satzung des ESZB und der EZB), und dieser hat die Entlassung des lettischen Zentralbankpräsidenten auf dessen Klage hin nach

v. 21.3.2002 – C-50/00 P, Rn. 53; *Schwarze/Wunderlich* (Fn. 24), AEUV Art. 267 Rn. 23; *Ehricke*, in: Streinz (Fn. 24), AEUV Art. 267 Rn. 25; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 31), AEUV Art. 267 Rn. 35.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 6.12.2005 – C-461/03 (Gaston Schul), Rn. 21; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. Lfg., Stand: Mai 2024, AEUV Art. 267 Rn. 2.

<sup>52</sup> *Herrnfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 40 f.

<sup>53</sup> In Zukunft könnte diese Frage bei Nichtigkeitsklagen gegen Aufsichtsentscheidungen der Europäischen Zentralbank (EZB) relevant werden, denn diese werden (auch) auf der Grundlage des nationalen Rechts erlassen, siehe dazu unten IV. 3.

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.1979 – C-44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Rn. 14; EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Rn. 43.

<sup>55</sup> *Karpenstein* (Fn. 51), AEUV Art. 267 Rn. 26; siehe auch *Gaitanides* (Fn. 31), EUV Art. 19 Rn. 34 mit Beispielen.

<sup>56</sup> Generalanwältin *Kokott* (Fn. 28), Rn. 121.

<sup>57</sup> Böse, JZ 2017, 82 (85).

<sup>58</sup> Im Ergebnis ebenfalls eine Einschränkung sehend *Weyembergh/Briere*, Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), Study for the LIBE Committee, 2016, S. 38, abrufbar unter

[http://cde.ulb.be/wp-content/uploads/2017/01/IPOL\\_STU2016571399\\_EN.pdf](http://cde.ulb.be/wp-content/uploads/2017/01/IPOL_STU2016571399_EN.pdf) (16.1.2025);

*De Matteis*, New Journal of European Criminal Law 2023, 6 (17); *Bellacosa/De Bellis*, Common Market Law Review 2023, 15 (45); unklar *Esser* (Fn. 38), § 12 Rn. 102.

<sup>59</sup> Siehe dazu *Weinzierl*, EuR 2019, 434 (444 ff.).



Art. 263, 264 AEUV für nichtig erklärt.<sup>60</sup> Der EuGH erkennt dabei ausdrücklich an, dass eine Nichtigkeitsklage grundsätzlich nur gegen Rechtsakte der Union zulässig ist, weist aber zugleich auf den hybriden Status des Präsidenten einer nationalen Zentralbank hin, der zugleich im Europäischen System der Zentralbanken und innerhalb der Eurogruppe zudem Mitglied des Leitungsorgans der Europäischen Zentralbank ist.<sup>61</sup> Um das institutionelle Gleichgewicht und die Unabhängigkeit der nationalen Zentralbankpräsidenten zu sichern, müsse die unionsgerichtliche Kontrolle auch die Befugnis umfassen, die Entlassung des Präsidenten für nichtig zu erklären.<sup>62</sup>

Wenngleich diese Entscheidung – anders als Art. 42 EU-StA-VO – die Zuständigkeit der Unionsgerichte nicht einschränkt, sondern erweitert, ist sie im vorliegenden Kontext in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Zum einen macht sie deutlich, dass eine hybride Organisationsstruktur es rechtfertigen kann, von der allgemeinen Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen und unionalen Gerichten abzuweichen. Zum anderen wird die Rechtfertigung derartiger Ausnahmen (auch) auf teleologische Erwägungen gestützt, welche auf die Effektivität des Rechtsschutzes und die Durchsetzung des Unionsrechts abzielen. Im vorliegenden Kontext führt dies zurück auf die Gründe, auf die der EuGH sein Verwerfungsmonopol für Maßnahmen der Union begründet hat: Zum einen soll die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung gewährleistet und verhindert werden, dass unterschiedliche Entscheidungen nationaler Gerichte über die Gültigkeit eines Rechtsaktes zu Rechtsunsicherheit führen (siehe unten c).<sup>63</sup> Zum anderen hat der Vertrag mit der Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) und dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) ein vollständiges und kohärentes System für die gerichtliche Überprüfung von Rechtsakten der Unionseinrichtungen geschaffen, das für eine konkurrierende Zuständigkeit nationaler Gerichte keinen Raum lässt.<sup>64</sup>

Der zweite Punkt führt zurück auf die Frage, ob Art. 86 Abs. 3 AEUV den Unionsgesetzgeber dazu ermächtigt, von dem vertraglichen Rechtsschutzsystem abzuweichen. Verneint man diese Frage, bleibt es bei der in Art. 263 und 267 AEUV geregelten Zuständigkeit der Unionsgerichte.<sup>65</sup> Sofern man hingegen Art. 86 Abs. 3 AEUV eine Befugnis entnimmt, die vertraglichen Zuständigkeiten der Unionsgerichte einzuschränken, um der Verankerung der Europäischen Staatsanwaltschaft in den nationalen Strafrechtsordnungen Rechnung zu tragen (siehe oben II. 1.), so kann die Kohärenz und Vollständigkeit des primärrechtlichen Rechtsschutzsystems eine solche Abweichung nicht von vornherein ausschließen, sondern eine

Abweichung von der vertraglichen Zuständigkeitsverteilung wäre vielmehr daran zu messen, ob sie die Autonomie des Unionsrechts und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung hinreichend wahrt.

### c) Einheit der Unionsrechtsordnung

Die Sorge, dass es bei einem Rechtsschutz durch nationale Gerichte zu widersprüchlichen Entscheidungen in den Mitgliedstaaten kommen könnte, wird auch mit Blick auf die gerichtliche Kontrolle von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft geäußert. Dies wird insbesondere angenommen, soweit eine Entscheidung, die auf zentraler Ebene getroffen wird, Rechtswirkungen in mehreren Mitgliedstaaten entfaltet und dort jeweils gerichtlich angefochten wird.<sup>66</sup> Als weitere Beispiele werden grenzüberschreitende Ermittlungsmaßnahmen (vgl. Art. 31 EUSTa-VO)<sup>67</sup> genannt oder die Entscheidung, das Verfahren gegen mehrere Beschuldigte zu trennen und in unterschiedlichen Mitgliedstaaten Anklage zu erheben (vgl. Art. 36 Abs. 3 EUSTa-VO i.V.m. Art. 26 Abs. 4, Abs. 5 EUSTa-VO)<sup>68</sup>. Soweit die nationalen Gerichte die angefochtenen Entscheidungen auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht überprüfen, wird die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts durch das Vorabentscheidungsverfahren gewährleistet<sup>69</sup>, insbesondere bleibt die Feststellung der Ungültigkeit der Verfahrenshandlung insoweit dem EuGH vorbehalten.<sup>70</sup> Da die Auswahl des Mitgliedstaats, in dem Anklage erhoben wird, den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen muss (Art. 36 Abs. 3 EUSTa-VO), unterliegt sie insoweit der unionsgerichtlichen Kontrolle (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUSTa-VO). Ein nationales Gericht muss also von dem Vorabentscheidungsverfahren Gebrauch machen, wenn es der Auffassung ist, dass die Europäische Staatsanwaltschaft bei der Wahl des Gerichtsstands gegen Unionsrecht verstoßen hat und die Anklageerhebung daher „ungültig“ ist.<sup>71</sup> Dies gilt ebenso für Einstellungsentscheidungen (Art. 39 EUSTa-VO), die ebenfalls von Ständigen Kammern (also auf zentraler Ebene) getroffen werden, die aus dem Europäischen Generalstaatsanwalt (oder einem seiner Stellvertreter bzw. einem zum Vorsitzenden bestellten Europäischen Staatsanwalt) und zwei weiteren Europäischen Staatsanwälten bestehen (Art. 10 Abs. 1 EUSTa-VO). Unionsrechtliche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Verfahrenshandlungen des betrauten und des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts sind auch bei grenzüberschreitenden Ermittlungen (Art. 31 EUSTa-VO) zu beachten.

Soweit die Gerichte der Mitgliedstaaten Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft hingegen am Maßstab des nationalen Rechts überprüfen, beruht die Gefahr

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2019 – C-202/18, C-238/18 (Rimšēvičs), Rn. 76 f., 97.

<sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2019 – C-202/18, C-238/18 (Rimšēvičs), Rn. 69 f.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2019 – C-202/18, C-238/18 (Rimšēvičs), Rn. 72 f.

<sup>63</sup> EuGH, Urt. v. 22.10.1987 – C-314/85 (Foto-Frost), Rn. 15 ff.

<sup>64</sup> EuGH, Urt. v. 22.10.1987 – C-314/85 (Foto-Frost), Rn. 15 ff.

<sup>65</sup> In diesem Sinne noch Böse, JZ 2017, 82 (86 f.).

<sup>66</sup> Esser (Fn. 38), § 12 Rn. 45, 180 f.

<sup>67</sup> Zerbes, in: Niedernhuber (Hrsg.), Die neue Europäische Staatsanwaltschaft, 2023, S. 69 (85).

<sup>68</sup> Luchtman (Fn. 45), S. 166, 169.

<sup>69</sup> Brodowski, StV 2017, 684 (692); Wasmeier/Killmann (Fn. 31), AEUV Art. 86 Rn. 146, 149, 160; Wirth (Fn. 31), S. 399.

<sup>70</sup> Herrnfeld (Fn. 10), Art. 42 Rn. 37, 42.

<sup>71</sup> Siehe auch Luchtman (Fn. 45), S. 169.



widersprüchlicher Gerichtsentscheidungen nicht auf der Zuständigkeit nationaler Gerichte unterschiedlicher Mitgliedstaaten, sondern vielmehr auf den Unterschieden des nationalen Rechts, das der gerichtlichen Überprüfung zu Grunde gelegt wird. Mit anderen Worten, auch die gerichtliche Zuständigkeit der Unionsgerichte könnte nicht die Widersprüche vermeiden bzw. auflösen, die sich daraus ergeben, dass die mit dem Verfahren betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwälte auf der Grundlage des jeweils anwendbaren nationalen Rechts handeln.

Soweit die angefochtene Verfahrenshandlung auf nationalem Recht beruht, besteht auch aus anderen Gründen kein Interesse daran, diese Maßnahme der Europäischen Staatsanwaltschaft in der gesamten Union einheitlich anzuwenden und durchzusetzen, denn diese Verfahrenshandlung entfaltet nur in dem Mitgliedstaat unmittelbar Rechtswirkungen, in dem sie auf der Grundlage des dort anwendbaren Rechts ergangen ist.<sup>72</sup> Bei grenzüberschreitenden Ermittlungen löst zwar die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme durch den betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalt eine grundsätzliche Pflicht des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts aus (Art. 31 Abs. 4 EUStA-VO). Der EuGH hat indes kürzlich klargestellt, dass die gerichtliche Kontrolle der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme allein dem zuständigen Gericht in dem Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts obliegt, während die gerichtliche Überprüfung im Mitgliedstaat des unterstützenden Delegierten Europäischen Staatsanwalts auf Aspekte der Vollstreckung beschränkt ist.<sup>73</sup> Geht man also davon aus, dass die auf der Grundlage nationalen Rechts erlassene Verfahrenshandlung nur vor dem Gericht des betreffenden Mitgliedstaates angefochten werden kann, schließen sich die den Mitgliedstaaten übertragenen Zuständigkeiten für die gerichtliche Kontrolle der Europäischen Staatsanwaltschaft wechselseitig aus und die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit ist damit gebannt.

### 3. Zwischenergebnis

Nach alledem ist es zur Wahrung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts nicht geboten, die Feststellung der Ungültigkeit von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft den Unionsgerichten vorzubehalten, soweit diese auf einen Verstoß gegen nationales Recht gestützt wird. Soweit die Ungültigkeit hingegen wegen eines Verstoßes gegen Unionsrecht festgestellt werden soll, besteht hingegen weiterhin ein Verwerfungsmonopol der Unionsgerichte. Diese Zuständigkeit kann im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens ausgeübt werden (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO). Insoweit besteht daher keine zwingende Notwendigkeit, darüber hinaus die Möglichkeit zu

einer Individualnichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 AEUV) zu eröffnen, sondern die Übertragung dieser Zuständigkeit auf die nationalen Gerichte (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO) ist sachlich gerechtfertigt, um der hybriden Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft Rechnung zu tragen und auf nationaler Ebene ein kohärentes Rechtssystem zu schaffen.

### IV. Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 Abs. 1 GRC)

Art. 42 EUStA-VO hat nicht nur Bedenken mit Blick auf seine Vereinbarkeit mit der vertraglichen Zuständigkeit der Unionsgerichte hervorgerufen, sondern hat auch Zweifel geweckt, ob die Übertragung der gerichtlichen Kontrolle auf die Gerichte der Mitgliedstaaten mit dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 Abs. 1 GRC) vereinbar ist. Dass Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle durch die nationalen Gerichte auf die „Anforderungen und Verfahren des nationalen Rechts“ verweist, ändert nichts an der unionsrechtlichen Pflicht der Mitgliedstaaten, durch die entsprechende Ausgestaltung des nationalen Prozessrechts effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten (Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV). Das nationale Verfahrensrecht muss dabei dem Grundsatz der Gleichwertigkeit (von Rechtsbehelfen gegen Verletzungen von Unionsrecht und nationalem Recht) und dem Effektivitätsgebot genügen, d.h. die nationalen Verfahrensregeln dürfen die Geltendmachung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Erwägungsgrund 88 Abs. 1 EUStA-VO). Darüber hinaus lässt sich der engen Anlehnung an den Wortlaut des Art. 263 Abs. 1 AEUV („mit Rechtswirkung gegenüber Dritten“) entnehmen, dass die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle durch die nationalen Gerichte (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO) nicht hinter derjenigen der Nichtigkeitsklage (Art. 263 Abs. 4 AEUV) zurückbleiben darf.<sup>74</sup>

Die Übertragung der gerichtlichen Kontrolle von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft auf die nationalen Gerichte geht also mit unionsrechtlichen Mindestanforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz auf nationaler Ebene einher. Ob die Ausgestaltung der im nationalen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfe diesen Anforderungen genügt, ist für die Frage nach der Vereinbarkeit des Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO mit Art. 47 Abs. 1 GRC nicht von Bedeutung, da ein unionsrechtswidriges Rechtsschutzdefizit nicht auf Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO, sondern auf die Ausgestaltung des nationalen Verfahrensrechts zurückzuführen wäre. Dass Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO selbst gegen Art. 47 Abs. 1 GRC verstößt, lässt sich vielmehr nur dann begründen, wenn nationale Gerichte per se ungeeignet wären, effektiven Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft zu gewährleisten.

<sup>72</sup> Vgl. zur auf den jeweiligen Mitgliedstaat beschränkten Wirkung der Entscheidung eines nationalen Gerichts, mit der ein Rechtsakt einer Unionseinrichtung für nichtig erklärt wird, Generalanwalt *Mengozzi*, Schlussanträge v. 26.10.2006 – C-354/04 (Gestoras Pro Amnistia), Rn. 120.

<sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2023 – C-281/22, Rn. 71 ff.

<sup>74</sup> Generalanwalt *Collins*, Schlussanträge v. 4.10.2024 – C-292/23 (Europäische Staatsanwaltschaft gegen I.R.O., F.J.L.R.), Rn. 42, 45 ff.; *Herrfeld* (Fn. 10), Art. 42 Rn. 33.

### 1. Ineffektivität des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten?

Im Rahmen der bislang erhobenen Nichtigkeitsklagen wurde von Seiten der Kläger geltend gemacht, die nationalen Gerichte seien anders als die Unionsgerichte weder fähig noch befugt, festzustellen, dass die angefochtene Verfahrenshandlung gegen Unionsrecht verstößt (siehe oben II. 2.). Die Behauptung, es fehle den nationalen Gerichten die Fähigkeit, Unionsrecht ausulegen und anzuwenden, wird jedoch nicht näher begründet und dürfte angesichts der zunehmenden Bedeutung des Unionsrechts für die nationalen Rechtsordnungen die Realität kaum widerspiegeln. Die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts ist vielmehr auch Aufgabe der nationalen Gerichte (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV). Dabei ist einzuräumen, dass die Feststellung, dass die Maßnahme einer Einrichtung der Union gegen Unionsrecht verstößt, den Unionsgerichten vorbehalten ist (siehe oben III. 2.). Dieses Verwerfungsmonopol des EuGH lässt jedoch die Befugnis (und die Pflicht) der nationalen Gerichte unberührt, die Unvereinbarkeit einer solchen Handlung mit Unionsrecht zu prüfen und diese Frage erforderlichenfalls dem EuGH vorzulegen. Über das Vorabentscheidungsverfahren ist daher gewährleistet, dass die Rechtmäßigkeit bzw. Gültigkeit von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft in vollem Umfang überprüft werden kann.

Gleichwohl werden nationale Gerichte als ungeeignet angesehen, effektiven Rechtsschutz gegen eine supranationale Strafverfolgungsbehörde zu gewährleisten.<sup>75</sup> Ein Rechtsschutzdefizit wird dabei vor allem in Bezug auf die Festlegung des Mitgliedstaates gesehen, in dem schließlich Anklage erhoben wird, da die Wahl des Gerichtsstandes (forum choice) nicht nur eine, sondern mehrere nationale Rechtsordnungen berührt.<sup>76</sup> Demgegenüber könne ein nationales Gericht nur darüber entscheiden, ob ein inländischer Gerichtsstand besteht; es kann diese Frage verneinen, aber nicht zugleich positiv die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates feststellen (und dort die Anklage zulassen).<sup>77</sup> Dieses Problem ließe sich über die Zuständigkeit eines Unionsgerichts lösen, das den Mitgliedstaat, in dem Anklage zu erheben ist, für alle Mitgliedstaaten verbindlich festlegt.<sup>78</sup> Ein solches Instrument steht mit der Nichtigkeitsklage indes nicht zur Verfügung, denn die Wirkung des Urteils erschöpft sich darin, dass die Anklageerhebung für nichtig erklärt wird (Art. 264 Abs. 1 AEUV).

<sup>75</sup> Esser, StV 2014, 494 (501); Mitsilegas, Maastricht Journal of European and Comparative Law 28 (2/2021), 245 (262); Zivic u.a., New Journal of European Criminal Law 2022, 398 (412).

<sup>76</sup> Luchtman (Fn. 45), S. 159; Panzavolta, in: Winter (Hrsg.), The European Public Prosecutor's Office, The Challenges Ahead, 2018, S. 59 (80).

<sup>77</sup> Panzavolta (Fn. 76), S. 80; Wasmeier, in: Erkelens/Meij/Pawlik (Fn. 4), S. 139 (154).

<sup>78</sup> Vgl. den Vorschlag des European Law Institute, Eurojust eine entsprechende Entscheidungsbefugnis zu übertragen ELI report, S. 24 ff., abrufbar unter

[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Conflict\\_of\\_Jurisdiction\\_in\\_Criminal\\_Law\\_FINAL.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Conflict_of_Jurisdiction_in_Criminal_Law_FINAL.pdf) (20.1.2025).

Die Europäische Staatsanwaltschaft hat dann die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Nichtigkeitsurteil ergeben (Art. 266 Abs. 1 AEUV), d.h. erneut Anklage zu erheben und dabei zu vermeiden, dass diese wiederum mit dem festgestellten Rechtsverstoß behaftet ist.<sup>79</sup> Das Urteil verwehrt es der Europäischen Staatsanwaltschaft also, erneut in demselben Mitgliedstaat Anklage zu erheben, legt aber nicht den Mitgliedstaat fest, in dem das gerichtliche Verfahren zu führen ist. Das unionsgerichtliche Zuständigkeitsregime sieht also keine verbindliche Festlegung des Gerichtsstandes vor. Dabei ist einzuräumen, dass sich aus der Begründung des Nichtigkeitsurteils Hinweise für die Europäische Staatsanwaltschaft ergeben können, welchen Mitgliedstaat das Gericht als geeigneten Gerichtsstand ansieht; derartige Hinweise kann aber auch eine Vorabentscheidung enthalten, mit der auf Vorlage des nationalen Gerichts die Anklageerhebung für ungültig erklärt wird (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO).

### 2. Rechtsschutzdefizite des Vorabentscheidungsverfahrens?

Ein weiterer Einwand geht dahin, dass der betroffenen Person über das Vorabentscheidungsverfahren kein eigenständiger Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt wird: Diese kann zwar eine Vorlage an den EuGH anregen oder beantragen, das nationale Gericht entscheidet aber letztlich selbst, ob es dieser Anregung bzw. diesem Antrag folgt.<sup>80</sup> Die Vorlagepraxis ist in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgeprägt, sodass die fehlende Vorlagebereitschaft eines nationalen Gerichts dazu führen kann, dass der betroffenen Person eine Überprüfung der Verfahrenshandlung durch den EuGH versagt bleibt, da sie eine Vorlage an den EuGH nicht erzwingen kann.<sup>81</sup> Hinzu kommt, dass auch die Formulierung der Vorlagefragen dem nationalen Gericht obliegt und die Beteiligungsrechte der betroffenen Person deutlich hinter denen des Klägers bei der Nichtigkeitsklage zurückbleiben.<sup>82</sup> Die unterschiedliche Vorlagepraxis und die unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes vor den nationalen Gerichten führe daher – so die Kritik – zu einer Ungleichbehandlung der Beschuldigten in den einzelnen Mitgliedstaaten.<sup>83</sup> In dieser Ungleichbehandlung liegt jedoch keine unzulässige Diskriminierung (vgl. Art. 18 AEUV), da die Ungleichbehandlung nicht auf der Gesetzgebung eines dieser Mitglied-

<sup>79</sup> Vgl. allgemein Schwarze/Voet van Vormizeele, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 24), AEUV Art. 266 Rn. 5.

<sup>80</sup> Der Vorschlag, dem Beschuldigten über ein Antragsrecht die Möglichkeit zu geben, eine Vorlagepflicht des nationalen Gerichts auszulösen, konnte sich in den Verhandlungen nicht durchsetzen, siehe Herrfeld (Fn. 10), Art. 42 Rn. 72.

<sup>81</sup> Ramos, New Journal of European Criminal Law 2023, 43 (63); Zivic u.a., New Journal of European Criminal Law 2022, 398 (412 f.); siehe auch zu entsprechenden Erfahrungen von Strafverteidigern in Deutschland Esser, in: Niedermhuber (Fn. 67), S. 89 (96).

<sup>82</sup> Zivic u.a., New Journal of European Criminal Law 2022, 398 (413).

<sup>83</sup> Ramos, New Journal of European Criminal Law 2023, 43 (55 f., 63); siehe auch das entsprechende Vorbringen der Kläger (Fn. 14).

staaten, sondern auf den Unterschieden der nationalen Strafprozessordnungen beruht. Das Diskriminierungsverbot schützt nicht vor Unterschieden, die sich aus der Verweisung auf das nationale Recht (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO) und dem Verzicht auf eine Harmonisierung des Strafprozessrechts ergeben.<sup>84</sup>

Davon unberührt bleibt die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, durch die Ausgestaltung ihres nationalen Rechts wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten (Art. 47 Abs. 1 GRC). Der vorgesehene Rechtsbehelf muss es also der betroffenen Person ermöglichen, ihre Einwände in dem nationalen Ausgangsverfahren umfassend vorzubringen, und das nationale Gericht ist verpflichtet, die unionsrechtlichen Bedenken gegen die Gültigkeit der Verfahrenshandlung zu prüfen und erforderlichenfalls dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen (siehe oben III. 2.; vgl. auch Art. 267 Abs. 3 AEUV). Verstößt das nationale Gericht gegen seine Vorlagepflicht, so kann die gerichtliche Entscheidung in Deutschland wegen Verstoßes gegen die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden.<sup>85</sup> Bleiben das nationale Verfahrensrecht (oder die gerichtliche Vorlagepraxis) hinter den unionsrechtlichen Anforderungen zurück, so liegt es in der Verantwortung des betreffenden Mitgliedstaates, dieses Rechtsschutzdefizit zu beseitigen.<sup>86</sup> Defizite des nationalen Rechtsschutzregimes können also nicht dem Unionsgesetzgeber angelastet werden und dazu führen, dass die Übertragung der gerichtlichen Kontrolle auf die nationalen Gerichte gegen Art. 47 Abs. 1 GRC verstößt.

Dennoch ist der Kritik einzuräumen, dass die indirekte Kontrolle von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft über das Vorabentscheidungsverfahren den Rechtsschutz für die betroffene Person aufwändiger und schwieriger macht, denn sie kann diese Handlung auf der Grundlage von Unionsrecht nur über eine Vorlage an den EuGH erfolgreich anfechten. Das gerichtliche Verfahren wird dadurch nicht nur länger, sondern geht auch mit zusätzlichen Kosten einher, was den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz nicht unerheblich erschweren kann.<sup>87</sup> Die Nichtigkeitsklage vor den Unionsgerichten erscheint der indirekten unionsgerichtlichen Kontrolle unter diesem Aspekt überlegen; die direkte unionsgerichtliche Kontrolle birgt dafür aber andere Schwächen, auf die im folgenden Abschnitt eingegangen werden soll.

<sup>84</sup> Vgl. allgemein *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 25), AEUV Art. 18 Rn. 10; *Haloubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 24), AEUV Art. 18 Rn. 9 m.w.N.

<sup>85</sup> BVerfGE 73, 339 (366) – Solange-II.

<sup>86</sup> Vgl. zu den Anforderungen an das nationale Verfahrensrecht die Vorlage der spanischen Audiencia Nacional v. 3.5.2023 – C- 292/23 (Europäische Staatsanwaltschaft gegen I.R.O., F.J.L.R.).

<sup>87</sup> *Zivic u.a.*, New Journal of European Criminal Law 2022, 398 (413). In diesem Kontext wird jedoch auch auf das Eilvorabentscheidungsverfahren gem. Art. 107 ff. VerfO-EuGH hingewiesen *Collins*, eucrim 2024, 64 (65); *Esser* (Fn. 38), § 12 Rn. 107.

### 3. Die Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) als Alternative?

Bleibe es bei der vertraglichen Zuständigkeit der Unionsgerichte, könnte jede natürliche Person Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft, die ihr gegenüber Rechtswirkungen entfalten, mit der Nichtigkeitsklage anfechten (Art. 263 Abs. 1, Abs. 4 AEUV). Da für die Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht nur Unionsrecht, sondern auch nationales Recht maßgeblich ist (vgl. u.a. Art. 26 Abs. 1, 29 Abs. 1, 30 Abs. 2, Abs. 3, 31 Abs. 3, 36 Abs. 5 EUStA-VO), stellt sich in diesem Fall die Frage, ob die unionsgerichtliche Kontrolle sich auch auf mögliche Verstöße gegen das nationale Recht erstreckt.

Der Unionsgesetzgeber hat sich in Art. 42 Abs. 3 EUStA-VO gegen eine umfassende Prüfung durch die Unionsgerichte entschieden und die Nichtigkeitsklage gegen Einstellungsentscheidungen (Art. 39 EUStA-VO) – in Abweichung von der allgemeinen Regelung nach Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO – nur zugelassen, sofern die Entscheidung „unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts“ angefochten wird. Dies kann nur bedeuten, dass die gerichtliche Kontrolle von Einstellungsentscheidungen den nationalen Gerichten obliegt, soweit mit dem Rechtsbehelf ein Verstoß gegen nationales Recht geltend gemacht wird. Dementsprechend sieht § 3 Abs. 5 EUStAG ein (modifiziertes) Klageerzwingungsverfahren vor, soweit nicht über die Nichtigkeitsklage der Rechtsweg zu den Unionsgerichten eröffnet ist.<sup>88</sup> Überträgt man dieses Modell auf sämtliche Verfahrenshandlungen, deren Kontrolle bislang den nationalen Gerichten obliegt (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO), so kann die betroffene Person eine umfassende Überprüfung der jeweiligen Maßnahme am Maßstab des nationalen Rechts und des Unionsrechts nur erreichen, indem sie sowohl bei den Unionsgerichten Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) erhebt als auch von dem nach innerstaatlichem Recht statthaften Rechtsbehelf zum zuständigen nationalen Gericht Gebrauch macht. Dies führt angesichts der potentiellen Überschneidungen des Prüfungsmaßstabs (z.B. bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung) nicht nur zu einer Vergeudung von Ressourcen, sondern auch zu Verwerfungen, wenn die Verfahrenshandlung vom nationalen Gericht aufgehoben und vom Unionsgericht bestätigt wird (oder umgekehrt): Eine Verfahrenshandlung ist entweder rechtmäßig oder rechtswidrig; dies lässt sich abschließend nur feststellen, wenn sich die gerichtliche Überprüfung auf Unionsrecht und nationales Recht erstreckt. Die getrennte Prüfung von Unionsrecht und nationalem Recht ist für den Rechtsschutzsuchenden mit einem erheblichen Aufwand an Zeit und Kosten verbunden. Das Vorabentscheidungsverfahren folgt zwar einer ähnlichen Zuständigkeitsverteilung, bietet jedoch immerhin einen einheitlichen prozessualen Rahmen, der in vielen Fällen zu einer abschließenden Entscheidung des nationalen Gerichts führen dürfte, ohne dass eine Vorlage an den EuGH erforderlich ist.

Diese Nachteile lassen sich vermeiden, wenn man – im Gegensatz zu Art. 42 Abs. 3 EUStA-VO – den Unionsgerichten im Rahmen der Nichtigkeitsklage auch die Befugnis einräumt, die angefochtene Verfahrenshandlung auf ihre Ver-

<sup>88</sup> Siehe insoweit die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/17963, S. 52.

einbarkeit mit nationalem Recht zu überprüfen. Dagegen spricht allerdings die Aufzählung der möglichen Klagegründe (Art. 263 Abs. 2 AEUV), die nach allgemeiner Auffassung nur auf (höherrangiges) Unionsrecht Bezug nehmen.<sup>89</sup> Dementsprechend hat auch der EuGH bislang betont, dass die Zuständigkeit der Unionsgerichte im Rahmen der Nichtigkeitsklage nicht die Prüfung des nationalen Verfahrensrechts umfasst.<sup>90</sup> Insofern unterscheidet sich die Nichtigkeitsklage von Schadensersatzklagen (Art. 268 AEUV) und schiedsgerichtlichen Verfahren (Art. 272 AEUV), in denen die Unionsgerichte auch nationales Recht ausgelegt und angewandt haben (siehe oben III. 2. a); vgl. auch Art. 42 Abs. 4, Abs. 5 EUSTA-VO).

Die Frage nach der Reichweite der unionsgerichtlichen Kontrolle wird in jüngerer Zeit bei Aufsichtsmaßnahmen der Europäischen Zentralbank kontrovers diskutiert, soweit diese auch auf nationales Recht gestützt werden, das zur Umsetzung von Unionsrecht erlassen worden ist.<sup>91</sup> Im Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass die Unionsgerichte nicht zur Auslegung und Anwendung nationalen Rechts befugt sind; zur Begründung wird dabei auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV verwiesen, wonach dem Gerichtshof (nur) die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge obliegt.<sup>92</sup> Nach der Gegenauffassung erstreckt sich die unionsgerichtliche Überprüfung auch auf die Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht, da dieses über die unionsrechtliche Verweisung zum Bestandteil des Unionsrechts wird.<sup>93</sup> Mit dieser Begründung könnte man den Verstoß gegen eine nationale Vorschrift auch als Verletzung „einer bei ihrer [d.h. der Verträge] Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm“ ansehen (Art. 263 Abs. 2 AEUV).

Selbst wenn man mit der letztgenannten Auffassung eine Befugnis der Unionsgerichte annimmt, die gerichtliche Kontrolle im Rahmen der Nichtigkeitsklage auch auf das einschlägige nationale Recht zu erstrecken, lassen sich die gegen eine Zuständigkeit der nationalen Gerichte erhobenen Einwände zum Teil auch gegen eine unionsgerichtliche Kontrolle anführen: So bestehen Zweifel, ob die Unionsgerichte darauf vorbereitet sind, bei der Überprüfung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft das nationale Recht von zur Zeit 22 teilnehmenden Mitgliedstaaten ausulegen und anzuwenden.<sup>94</sup> Hinzu kommen Verwerfungen und innere Widersprüche, die in das nationale Rechtsschutz-

system hineingetragen werden, wenn präventiver Rechtsschutz (insbesondere Richtervorbehalte) weiterhin durch nationale Gerichte gewährleistet wird, Rechtsbehelfe gegen Anordnungen der Europäischen Staatsanwaltschaft hingegen bei den Unionsgerichten einzulegen sind (siehe oben III. 1.). Parallele Zuständigkeiten von nationalen und unionalen Gerichten werden sich daher auch dann nicht vollständig vermeiden lassen, wenn man den Unionsgerichten eine Befugnis zur Auslegung und Anwendung von nationalem Recht zugeht. Da im Verhältnis zu den nationalen Obergerichten kein dem Vorabentscheidungsverfahren vergleichbarer Mechanismus zur Verfügung steht, um Auslegungsfragen zum nationalen Recht zu klären, besteht insoweit die Gefahr, dass es bei der Auslegung von nationalem Recht zu widersprüchlichen Entscheidungen von Unionsgerichten und nationalen Gerichten kommt.

Diese Gefahr besteht nicht, wenn die Zuständigkeit für den Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft einheitlich auf die nationalen Gerichte übertragen wird (und die Unionsgerichte nur über das Vorabentscheidungsverfahren befasst werden). In diesem Fall ist für die Beschuldigten und betroffene Dritte klar und eindeutig erkennbar, bei welchem Gericht der statthafte Rechtsbehelf einzulegen ist. Dies gilt umso mehr, als diese Rechtsbehelfe in dem jeweiligen Mitgliedstaat an den bereits bestehenden strafprozessualen Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der nationalen Staatsanwaltschaft anknüpfen und damit bereits für die rechtsschutzsuchende Person (bzw. deren Verteidiger) grundsätzlich leichter zugänglich sind als ein in diesem Kontext neuer Rechtsbehelf vor den Unionsgerichten.<sup>95</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Nach alledem verstoßen der Ausschluss der Nichtigkeitsklage und die Übertragung der gerichtlichen Kontrolle auf die Gerichte der Mitgliedstaaten (Art. 42 Abs. 1 EUSTA-VO) nicht gegen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 Abs. 1 GRC). Dafür spricht nicht zuletzt, dass die Nichtigkeitsklage vor den Unionsgerichten – auch bei Annahme einer Zuständigkeit zur Auslegung und Anwendung nationalen Rechts – eine Reihe von Nachteilen und Unwägbarkeiten birgt, während für den Rechtsschutz durch nationale Gerichte der Umstand spricht, dass er für Beschuldigte und Drittbetroffene durch die Integration in die nationale Strafrechtspflege leichter zugänglich ist. Die Übertragung dieser Zuständigkeit auf die nationalen Gerichte ist daher in Verbindung mit dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV grundsätzlich geeignet, effektiven Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft zu gewährleisten.

#### V. Konsequenzen für das Vorabentscheidungsverfahren

Die Übertragung der gerichtlichen Kontrolle auf die nationalen Gerichte führt dazu, dass die Einheit des Unionsrechts beim Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen der Europäi-

<sup>89</sup> *Gaitanides* (Fn. 31), AEUV Art. 263 Rn. 139; *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 25), AEUV Art. 263 Rn. 96.

<sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – C-50/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores*), Rn. 43; Generalanwalt *Jacobs* (Fn. 50), Rn. 52.

<sup>91</sup> Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates v. 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (SSM-Verordnung).

<sup>92</sup> *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 177 (181); *Peuker*, JZ 2014, 764 (768).

<sup>93</sup> So *Tusch/Herz*, EuZW 2015, 814 (816); ähnlich *Berger*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2015, 2325 (2332).

<sup>94</sup> Vgl. die entsprechenden Bedenken des Generalanwalts *Jacobs* (Fn. 50), Rn. 52.

<sup>95</sup> *Esser* (Fn. 38), § 12 Rn. 181; *Rackow*, KriPoZ 2017, 295 (299); ebenso *Wirth* (Fn. 31), S. 399.



schen Staatsanwaltschaft nahezu ausschließlich (siehe aber Art. 42 Abs. 3, Abs. 8 EUStA-VO) über das Vorabentscheidungsverfahren gewährleistet wird. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass die Verfahrenshandlung „unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts“ angefochten wird (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO), sondern auch für andere Konstellationen, in denen die Gültigkeit der Maßnahme (mittelbar) von der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts abhängt (vgl. insoweit Art. 42 Abs. 2 lit. b, c EUStA-VO).

### 1. Ungültigkeit „unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts“

Wie bereits dargelegt wurde, ist die Feststellung, dass eine Verfahrenshandlung wegen Verstoßes gegen Unionsrecht ungültig ist, den Unionsgerichten vorbehalten. Soweit die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO), kann diese Feststellung damit nur im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens erfolgen (Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO). Das nationale Gericht darf die Ungültigkeit nicht selbst feststellen, sondern ist insoweit zur Vorlage verpflichtet. Ergibt sich die Rechtswidrigkeit bzw. Ungültigkeit der Verfahrenshandlung hingegen aus dem innerstaatlichen Recht, so kann das nationale Gericht diese selbst aufheben bzw. deren Rechtswidrigkeit feststellen. Aufgrund der fehlenden Zuständigkeit der Unionsgerichte für die Auslegung des nationalen Rechts besteht insoweit auch keine Vorlagebefugnis der nationalen Gerichte.<sup>96</sup>

Nach Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO ist das nationale Gericht zur Vorlage befugt (bzw. verpflichtet), wenn die Frage nach der Gültigkeit der Verfahrenshandlung „unmittelbar“ auf der Grundlage des Unionsrechts gestellt wird. Mit der Vorlage soll also geklärt werden, ob die Verfahrenshandlung gegen Unionsrecht verstößt und deshalb ungültig ist. Mit dem Wort „unmittelbar“ wird klargestellt, dass als Prüfungsmaßstab nur das unmittelbar anwendbare Unionsrecht herangezogen wird, also nationales Recht auch dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn es der Umsetzung von Richtlinien dient (Erwägungsgrund 88 Abs. 3 EUStA-VO).<sup>97</sup> Soweit den Vorschriften von Richtlinien jedoch unmittelbare Wirkung zukommt, können sie auch Gegenstand einer Vorlage nach Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO sein. Eine Verfahrenshandlung kann auch wegen Verstoßes gegen die Grundrechte-Charta ungültig sein.<sup>98</sup> Die Regelung hat damit einen recht weiten Anwendungsbereich.

Aus der in Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO angelegten Zuständigkeitsverteilung ergibt sich, dass eine Vorlage entbehrlich ist, wenn die angefochtene Verfahrenshandlung nach Auffassung des Gerichts sowohl gegen nationales Recht als auch gegen Unionsrecht verstößt, denn der Verstoß gegen nationales Recht ist für sich genommen ausreichend, um die Ungültigkeit der Verfahrenshandlung festzustellen, d.h. der Verstoß gegen Unionsrecht ist nicht entscheidungserheblich (Art. 267 Abs. 2 AEUV). Zum Teil wird dies nur für den Fall angenommen, dass der durch das Unionsrecht und nach nati-

onalem Recht unter einem bestimmten Aspekt (z.B. Verhältnismäßigkeit) garantierte Schutzstandard identisch ist; gewähre das Unionsrecht einen weitergehenden Schutz, sei zur Wahrung der Rechtseinheit hingegen eine Vorlage nach Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO geboten.<sup>99</sup> Diese Einschränkung wird augenscheinlich aus dem Vorrang des Unionsrechts abgeleitet, weil der strengere unionsrechtliche Maßstab den nationalen Schutzstandard verdrängt, sodass die Ungültigkeit nicht mehr auf den Verstoß gegen nationales Recht gestützt werden kann. Eine solche Begründung beruht jedoch auf einem unzutreffenden Verständnis des Anwendungsvorrangs, der eine Kollisionsregel für den konkreten Einzelfall aufstellt, wonach im Konfliktfall der vom Unionsrecht angeordneten Rechtsfolge gegenüber derjenigen nach nationalem Recht der Vorzug zu geben ist.<sup>100</sup> Ist eine Verfahrenshandlung sowohl nach nationalem Recht als auch nach Unionsrecht rechtswidrig und deshalb für ungültig zu erklären, fehlt es an einer Kollision von Unionsrecht und nationalem Recht, sodass der Anwendungsvorrang als Kollisionsregel nicht greift. Damit bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass das nationale Gericht nur Fragen zur Vorabentscheidung vorlegt, die aus seiner Sicht entscheidungserheblich sind (Art. 267 Abs. 2 AEUV). So wäre es gegenüber dem Rechtsschutzsuchenden kaum zu rechtfertigen, das nationale Gericht zu einer Vorlage an den EuGH anzuhalten und dadurch an der sofortigen Aufhebung einer Verfahrenshandlung zu hindern, weil das Unionsrecht die betroffene Person stärker schützt als die nationale Vorschrift, gegen welche mit der angefochtenen Verfahrenshandlung verstoßen wurde.

### 2. Gültigkeit „unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts“

Dessen ungeachtet sind Fälle denkbar, in denen die Verfahrenshandlung nicht gegen Unionsrecht verstößt, die Entscheidung über die Gültigkeit aber gleichwohl von der Auslegung des Unionsrechts abhängt. Eine solche Konstellation liegt insbesondere vor, wenn eine Verfahrenshandlung der Europäischen Staatsanwaltschaft gegen eine Vorschrift des nationalen Rechts verstößt, diese aber möglicherweise aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts nicht anwendbar ist. Exemplarisch: Nach Art. 30 Abs. 1 lit. b EUStA-VO ist dem Delegierten Europäischen Staatsanwalt die Befugnis einzuräumen, die Vorlage von Dokumenten zu verlangen. Ein Umkehrschluss aus Art. 30 Abs. 3 der EUStA-VO legt nahe, dass das nationale Recht die Ausübung dieser Ermittlungsbefugnis nicht von zusätzlichen Bedingungen abhängig machen kann. Demgegenüber wäre es nach deutschem Verständnis mit Blick auf den Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ unzulässig, vom Beschuldigten die Vorlage von Dokumenten zu verlangen (vgl. § 95 StPO), die als Beweismittel gegen ihn verwendet werden können.<sup>101</sup> Der deutsche Ermittlungsrichter könnte also grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der Maßnahme

<sup>96</sup> Esser (Fn. 38), § 12 Rn. 102.

<sup>97</sup> Wirth (Fn. 31), S. 397; Herrnfeld (Fn. 10), Art. 42 Rn. 41.

<sup>98</sup> Wasmeier/Killmann (Fn. 31), AEUV Art. 86 Rn. 133.

<sup>99</sup> Esser (Fn. 38), § 12, Rn. 106; Hustus, in: Karpenstein/Kotzur/Vasel (Fn. 22), § 34 Rn. 374.

<sup>100</sup> Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 51), EUV Art. 1 Rn. 79, 81 m.w.N.

<sup>101</sup> Vgl. zu diesem Beispiel bereits Böse, JZ 2017, 82 (84).

feststellen, es sei denn, der nach dem deutschen Recht zu gewährende Schutz vor erzwungener Selbstbelastung wird durch das vorrangige Unionsrecht verdrängt, sodass das gegen den Beschuldigten ergangene Vorlageverlangen rechtmäßig wäre. Ein solcher Konflikt ergibt sich immer dann, wenn der Schutz der Grund- und Verfahrensrechte durch das nationale (Verfassungs-)Recht mit der Pflicht kollidiert, eine effektive Verfolgung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union zu ermöglichen (vgl. Art. 325 Abs. 1 AEUV).<sup>102</sup>

Da sich die Frage nach der Gültigkeit in derartigen Fällen nicht beantworten lässt, ohne die unionsrechtlichen Vorgaben für das nationale Recht zu klären, könnte man auch diese Konstellation als von Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO erfasst ansehen, da die Frage nach der Gültigkeit auf der Grundlage des Unionsrechts gestellt wird.<sup>103</sup> Im Schrifttum wird dem der Einwand entgegengehalten, dass sie zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO und Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO führe, und für eine enge, am Wortlaut („unmittelbar“) orientierte Auslegung plädiert.<sup>104</sup> Das Wort „unmittelbar“ verlangt indes nicht mehr und nicht weniger, als dass die entscheidungserhebliche unionsrechtliche Norm unmittelbar anwendbar ist (siehe oben I.); es bezieht sich also weniger auf die Begründung der Gültigkeit (oder Ungültigkeit), sondern auf eine Eigenschaft der unionsrechtlichen Norm, die es erst ermöglicht, dass diese als Prüfungsmaßstab für die angefochtene Verfahrenshandlung herangezogen wird. Bei dieser Lesart dürfte Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO keine unlösbaren Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Letztlich kommt es für eine Vorlagebefugnis des nationalen Gerichts aber auch nicht auf die Auslegung des Art. 42 Abs. 2 lit. a EUStA-VO an, denn eine solche besteht jedenfalls nach Art. 42 Abs. 2 lit. b EUStA-VO. So könnte ein deutsches Gericht dem EuGH die Frage vorlegen, ob die Auslegung des Art. 30 Abs. 3 EUStA-VO der Anwendung einer deutschen Verfahrensvorschrift entgegensteht, wonach der Beschuldigte nicht zur Herausgabe belastenden Beweismaterials gezwungen werden darf (vgl. Art. 42 Abs. 2 lit. b EUStA-VO).

Ob darüber hinaus eine Vorlagepflicht des nationalen Gerichts besteht, lässt sich Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO für keine der dort genannten Konstellationen entnehmen. Eine solche Pflicht ergibt sich für letztinstanzliche Gerichte aus Art. 267 Abs. 3 AEUV und im Übrigen aus dem von der Rechtsprechung begründeten Verwerfungsmonopol des EuGH (siehe oben III. 1., 2. a). Aus der ausschließlichen Zuständigkeit der Unionsgerichte, Rechtsakte von Unionseinrichtungen für ungültig zu erklären, lässt sich keine Vorlagepflicht ableiten, wenn die Ungültigkeit auf einem Verstoß gegen nationales Recht beruht; die entsprechende Zuständigkeit der nationalen Gerichte ist primärrechtskonform (siehe oben III., IV.). Die aus dem Verwerfungsmonopol von Unionsrechtsakten resul-

tierende Vorlagepflicht könnte allerdings damit begründet werden, dass zur Wahrung der Einheit des Unionsrechts eine Vorlage an den EuGH auch dann geboten ist, wenn das Unionsrecht die Aufrechterhaltung der Maßnahme gebietet, weil die verletzte Vorschrift des nationalen Rechts gegen Unionsrecht verstößt und daher nicht anzuwenden ist. Mit anderen Worten, das nationale Gericht darf eine Verfahrenshandlung der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht wegen eines Verstoßes gegen nationales Recht für ungültig erklären, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht die Anforderungen an deren Rechtmäßigkeit vereinheitlicht hat und weitergehende nationale Regelungen verdrängt. Dass die angefochtene Verfahrenshandlung nur für ungültig erklärt werden kann, wenn dem EuGH zuvor Gelegenheit gegeben wurde, zu entscheiden, ob das Unionsrecht die verletzte innerstaatliche Vorschrift verdrängt und die Aufrechterhaltung der Maßnahme gebietet, trägt dem mit der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft verfolgten Ziel Rechnung, die Zersplitterung der nationalen Strafverfolgungsmaßnahmen mit einer eigenen (zentralen) Strafverfolgungsbehörde der Union zu überwinden (Erwägungsgrund 12 EUStA-VO).

Eine solche Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH würde also das nationale Gericht dazu anhalten, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, bevor es eine nationale Vorschrift, deren Anwendung zur Ungültigkeit der angefochtenen Handlung führen würde, aufgrund entgegenstehenden Unionsrechts nicht anwendet. Steht das Unionsrecht einer Anwendung dieser nationalen Vorschrift nach Auffassung des Gerichts nicht entgegen, so bestünde eine Vorlagebefugnis, aber – vorbehaltlich des Art. 267 Abs. 3 AEUV – keine Vorlagepflicht. Gegen diese Differenzierung ließe sich einwenden, dass die letztgenannte Konstellation, in der das nationale Gericht unionsrechtlichen Bedenken nicht folgt, eher geeignet ist, eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts zu gefährden. Insoweit folgt aber aus der mit Art. 42 Abs. 1, Abs. 2 EUStA-VO festgelegten Zuständigkeitsverteilung, dass das nationale Gericht selbstständig prüfen darf (und muss), ob die angefochtene Verfahrenshandlung wegen Verstoßes gegen nationales Recht aufzuheben ist. Wäre jeder denkbare Konflikt mit Unionsrecht geeignet, eine Vorlagepflicht auszulösen, würde dies nicht nur zu einer Überlastung des EuGH führen, sondern auch den Rechtsschutz vor nationalen Gerichten erheblich verzögern und damit kaum noch dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gerecht werden (vgl. oben IV. 2.). Einer Vorlagepflicht in Fallkonstellationen, in denen das nationale Recht durch den Vorrang des Unionsrechts verdrängt wird, lassen sich diese Bedenken nicht entgegenhalten, denn insoweit dürfte es sich um Ausnahmekonstellationen handeln. Gewichtiger erscheint der mögliche Einwand, dass nationale Gerichte grundsätzlich nicht verpflichtet sind, von dem Vorabentscheidungsverfahren Gebrauch zu machen, bevor sie eine Vorschrift des nationalen Rechts wegen vorrangigen Unionsrechts unangewendet lassen. Dieser Unterschied lässt sich allerdings darauf zurückführen, dass hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle einer Einrichtung der Union ein besonderes Interesse daran besteht, deren Handlungen nach einheitlichen Maßstäben zu überprüfen, soweit sich die

<sup>102</sup> Vgl. zum Effektivitätsgebot EuGH (GK), Urte. v. 5.12.2017 – C-42/17 (M.A.S. und M.B. – „Taricco II“), Rn. 36; EuGH (GK), Urte. v. 5.6.2018 – C-612/15 (Kolev), Rn. 55.

<sup>103</sup> Vgl. bereits Böse, JZ 2017, 82 (84).

<sup>104</sup> Rackow, KriPoZ 2017, 295 (299).

Rechtmäßigkeit nach Unionsrecht bestimmt.<sup>105</sup> Eine Vorlagepflicht nationaler Gerichte dient insoweit nicht nur der Wahrung der Rechtseinheit in der Union, sondern stärkt auch den Individualrechtsschutz, indem das nationale Gericht Verstöße gegen nationales Recht nur dann als unbeachtlich behandeln kann, wenn der EuGH die entsprechende Auslegung vorrangigen Unionsrechts zuvor bestätigt hat.

---

<sup>105</sup> Vgl. allgemein zur unionsgerichtlichen Kontrolle von Einrichtungen der Union: Generalanwältin *Kokott* (Fn. 28), Rn. 121.

*The EU Directive 2024/1385 on Combating Violence Against Women and Domestic Violence, dated 15.5.2024, introduces new obligations for member states, marking a significant step towards the criminalization of so-called “image-based sexual abuse.” Member countries are now expected to implement the directive and introduce criminal sanctions to address this issue. This paper focuses on the most prominent form of image-based sexual abuse: deepfake pornography, a product of rapidly evolving AI technology. The paper examines whether the Turkish and German criminal codes already provide adequate protection for the victims of deepfake pornography or whether the current situation, with the guidance of the new directive, calls for new criminalization.*

## I. Introduction

Deepfake pornography is a gendered phenomenon.<sup>1</sup> Not surprisingly, just as in sexual crimes in general, the majority of victims of deepfake pornography are women.<sup>2</sup> Being non-consensually featured in a synthetic pornographic image or video is linked to a myriad of consequences, including emotional distress, anxiety, and even suicide, in addition to social and career-related consequences such as job loss, leaving employment or school, or withdrawing from public discourse.<sup>3</sup> The issue is now a focal point of interest for criminal law all over the world, owing to its impact on the violation of an individual’s fundamental rights to dignity and privacy and their freedom of sexual expression and autonomy.<sup>4</sup>

This paper explores the phenomenon of deepfake pornography from two distinct perspectives: first, as a product of deep-fake technology (II.), and second, as a specific form of

“image-based sexual abuse” (III.). This is followed by the examination of Turkish and German criminal law provisions to assess whether adequate measures are currently in place to address this issue (IV.). The paper concludes with recommendations de lege ferenda for combating deepfake pornography (V.).

## II. Exploring deepfake pornography through the lens of deepfake technology

The term deepfake is a portmanteau of “deep learning” and “fake” referring to fake media such as fake photos, videos or recordings created through the employment of deep learning techniques of artificial intelligence.<sup>5</sup> Regulation (EU) 2024/1689 Art. 3 (60) defines the term as AI-generated or manipulated image, audio or video content that resembles existing persons, objects, places, entities or events and would falsely appear to a person to be authentic or truthful.

Deepfake technology is powered by Generative Adversarial Networks (GANs), which involve two models: a generator and a discriminator.<sup>6</sup> The generator is trained to generate fake data by incorporating feedbacks from the discriminator which capture the characteristics of the training set and which are indistinguishable from these.<sup>7</sup> The discriminator on the other hand is simply a classifier and tries to distinguish real data<sup>8</sup>, meaning real pictures, videos or sounds of real people from the fake data created by the generator.<sup>9</sup> This competitive process continues until the discriminator can no longer distinguish between real and fake data, when the so-called Nash Equilibrium is reached<sup>10</sup>

Pornographers have been early adopters of deepfake technology, since the term first emerged on the online platform Reddit in 2017.<sup>11</sup> Initially targeting female celebrities, the rise of apps like “Fakeapp”, “Deepfacelab”, and “Reface” has expanded the target range to ordinary individuals.<sup>12</sup> Accord-

---

\* Prof. Dr. Jörg Eisele is the Chair of German and European Criminal Law, Criminal Procedure Law, Commercial Criminal Law, and Computer Criminal Law at University of Tübingen. Dr. iur. Irmak Duman is a full-time lecturer of Criminal Law and Criminal Procedure at Koç University, Istanbul.

<sup>1</sup> Chesney/Citron, California Law Review 107 (2019), 1753 (1773); McGlynn/Rackley, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (542): “The harm suffered by victim-survivors are deeply gendered.”

<sup>2</sup> See Deeptrace, The State of Deepfakes, p. 2, available at [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf)

(18.1.2025); Hall/Hearn/Lewis, Encyclopedia 3 (2023), 327. Article 2 of EU-Directive 2024/1385 on combatting violence against women and domestic violence defines violence against women as: “All acts of gender-based violence directed against woman or a girl because she is a woman or a girl or that affect women or girls disproportionately.” According to this definition, deepfake pornography qualifies as an act of violence against women, as it is a gender-based offense that disproportionately impacts women.

<sup>3</sup> McGlynn/Rackley, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (543).

<sup>4</sup> McGlynn/Rackley, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (544).

<sup>5</sup> Chesney/Citron, California Law Review 107 (2019), 1753 (1774); Pascale, Syracuse Law Review 73 (2023), 335 (337).

<sup>6</sup> Ahirwar, Generative Adversarial Networks Projects, 2018, p. 7; Langr/Bok, GANs in action, 2019, p. 5.

<sup>7</sup> Langr/Bok (fn. 6), p. 5.

<sup>8</sup> Ahirwar (fn. 6), p. 7.

<sup>9</sup> Langr/Bok (fn. 6), p. 5–6: The authors further draw well-known comparisons to clarify the roles of the generator and the discriminator: the generator takes on the role of a forger who prints counterfeit money or an art forger attempting to deceive an art expert, while the discriminator assumes the role of a central bank distinguishing real money from counterfeit or an art expert determining the authenticity of an artwork.

<sup>10</sup> Ahirwar (fn. 6), p. 7; Yavuz, Deepfake (Derin Sahte), 2022, p. 50.

<sup>11</sup> Chesney/Citron, California Law Review 107 (2019), 1753 (1757); Yavuz (fn. 10), p. 80.

<sup>12</sup> See also Delfino, Fordham Law Review 88 (2019), 887 (893). Hall/Hearn/Lewis, Encyclopedia 3 (2023), 327 (328):



ing to a study conducted in 2019, pornographic deepfake videos account for the 96 % of all deepfake videos online.<sup>13</sup>

Once the network is trained, the technology can superimpose one person's face onto another person's naked body, resulting in the creation of nude images or videos of that person. For someone to be subjected to a deepfake pornography at the end, they don't have to have nude pictures online – or at all. Creators of the manipulated visual do not have to know the victim personally, they mostly gather images from social media like Facebook or Instagram.<sup>14</sup>

“Now anyone who has appeared in a digital image may ‘star’ in pornography against their will.”<sup>15</sup>

### III. Deepfake pornography as a form of IBSA (Image-based sexual abuse)

Deepfake pornography is also a form of image-based sexual abuse, which is a term that was conceptualized in response to advancements in technology. It is defined as the “non-consensual creation and/or distribution of private sexual images”<sup>16</sup> with the on-purpose description of the acts as sexual abuse.<sup>17</sup> The term is, furthermore, to be interpreted as part of the broader phenomenon of sexual violence and as a strategy in combating violence against women.<sup>18</sup> As per the definition, image-based sexual abuse does not only encompass the dissemination of the images but also their creation.<sup>19</sup>

“While the use of technology for sexual purposes is as old as the printing press, what differentiates the modern world is the near-universal availability of sex and sexual materials on the Internet and technological devices for accessing it.”

<sup>13</sup> See *Deeprace* (fn. 2), p. 1. As of 2019, deep-fake pornographies were viewed 134.364.438 times, and these statistics are pulled from only the top four dedicated deep-fake pornography websites.

<sup>14</sup> See also *Delfino*, *Fordham Law Review* 88 (2019), 887 (895).

<sup>15</sup> See also *Delfino*, *Fordham Law Review* 88 (2019), 887 (890).

<sup>16</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (536). In German, the term is referred to as “bildbasierte sexualisierte Gewalt”.

<sup>17</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (536): The authors claim that catchy names favored by the media such as “celebgate”, “peeping tom”, and “fapping” when describing the acts downplay the seriousness of these activities. Conversely, using the term “sexual abuse” directly communicates the gravity of the harm caused.

<sup>18</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (536); see also *Hall/Hearn/Lewis*, *Encyclopedia* 3 (2023), 327 (328): “IBSA can be understood as forms of and part of the broad range and continua of gender-based violence”.

<sup>19</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (538): Therefore, voyeurism and the recording of rapes or other sexual assaults, in both cases where the perpetrator is seen as the “creator” of the images, fall within the scope of image-based sexual abuse.

IBSA covers various phenomena such as sextortion, upskirting, downblousing and revenge-porn.<sup>20</sup>

At the crux of the matter lies the lack of consent. Private sexual images that are created or disseminated consensually are excluded from the term IBSA<sup>21</sup>, as they are considered part of an individual's sexual expression. Although in some cases determining the lack of consent is straightforward, in other cases, it may require a broader interpretation. For instance, taking a photo of someone without their knowledge is considered as non-consensual, just as sending a nude selfie under pressure is.<sup>22</sup> Even if the creation of a photo is consensual, the subsequent dissemination does not automatically imply the same consent.

“Consent to one course of action is not consent to another.”<sup>23</sup>

### IV. Exploring applicable regulations for deepfake pornography in Turkish and German criminal codes

The following will examine whether and to what extent acts regarding deepfake pornography are already criminalized under the current law in Germany and Türkiye.

#### 1. Deepfake Pornography as Part of the Pornography Offense: § 226 TCK and § 184 StGB

The primary rationale behind § 226 (1) (a) and (b) TCK<sup>24</sup> is to safeguard the physical, mental, moral, spiritual, and emotional integrity of children.<sup>25</sup> Additionally, the article aims to prevent adults from being undesirably exposed to obscene materials<sup>26</sup> and to uphold public morals<sup>27</sup>. The latter is clear,

<sup>20</sup> See *Greif*, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen*, 2023.

<sup>21</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (541).

<sup>22</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (542).

<sup>23</sup> *McGlynn/Rackley*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 534 (542).

<sup>24</sup> § 226 (1) TCK (Basic Pornography) reads:

“A person who a) gives a child material containing obscene images, writings or words or shows a child the content of such material, reads such material to a child or makes the child read them or listen to them b) makes the content of such material public in places accessible or visible to a child, or who exhibits such material in a visible manner or who reads or talks about such material, or who induces another to read or talk about such material c) offers such materials for sale or rent in a manner that reveals its content d) offers for sale, sells or rents such materials outside of places designated for the exclusive sale of these, e) gives or distributes such materials along with the sale of other products or services as a free supplement; or f) advertises such products shall be sentenced to imprisonment from six months to two years and a judicial fine.”

<sup>25</sup> *Özbek*, *Müstehcenlik Suçu*, 2009, p. 39.

<sup>26</sup> *Özbek* (fn. 25), p. 40.

as the offense is classified under offenses against public morals, rather than offenses against the sexual integrity or freedom of individuals.<sup>28</sup> With the exception of § 226 (1) (a) and (b) TCK and § 226 (3) TCK,<sup>29</sup> where the protection of children is the primary aim, the victim of the offense is typically considered to be society as a whole, rather than any individual.<sup>30</sup>

At this juncture, it is pertinent to question the position of the performers in pornographic material, who are, in fact, individuals. Does § 226 TCK solely protect consumers and potential consumers of pornographic content and societal morals, or does it also extend to shielding performers from taking part in pornographic visuals against their wills? The answer varies for adult performers and child performers: The protection of the performer<sup>31</sup> is only strived for the child performer, as evident in § 226 (3) TCK. No such regulation exists for the adult performer of pornographic content. Adults are, in the context of pornography offenses, only protected as to their capacities as consumers. This is solidified by the fact that § 226 TCK is structured as a crime of abstract-endangerment (abstraktes Gefährdungsdelikt), that is designed to safeguard the public and public morals rather than a specific victim. These constitute the biggest challenges in invoking § 226 TCK, since the victims of deepfake pornography are specific individuals who suffer firsthand from the actions of the perpetrator.

Invoking § 226 (2) TCK<sup>32</sup> also would not change the end result. Here, the “press or media” encompasses publications

disseminated via any form of written, visual, auditory, and electronic mass communication medium according to § 6 (1) (g) TCK. Undoubtedly, the internet falls within the purview of the aforementioned press or media, however, on the condition that it is utilized as a medium of mass communication. But still, taking into account all the information provided, the adequacy of § 226 TCK in safeguarding victims of deepfake pornography, can only be affirmed if the victim is a child. It cannot be claimed that either the sexual freedom or the right to privacy of the adult victim of non-consensual deepfake pornography falls within the protection scope of the provision, which is merely concerned with upholding public morals.

Shifting the focus to German law, at first glance, making such content available can relatively easily be covered by § 184 StGB. According to § 11 (3) StGB, content means that which is contained in writings, on audio or visual media, on data carriers, in images or other materialized content or which is also transmitted independently of any storage using information or communication technologies.<sup>33</sup> It should be noted that § 184 StGB does not only cover real images but also the so-called “realistic portrayals”<sup>34</sup> (wirklichkeitsnahe Geschehen) and “fictional pornography”. This is evident from the fact that not only images but also written texts and spoken words are within the scope of the article. Therefore, entirely or partially AI-generated content can also be encompassed by this provision.

However, two central limitations of the offense must be considered. On the one hand, the offense only covers the dissemination, meaning, making such content available, but not its creation. On the other hand, mere nude images and content depicting sexual acts are not covered by § 184 StGB. The key criterion is that the content must be classified as “pornographic”, which is not necessarily the case even with sexual acts. According to the prevailing opinion in legal literature, content is only to be classified as pornographic if it foregrounds sexual processes in a grossly intrusive or coarsening manner, to the exclusion of other human references and which, in its overall tendency is exclusively or predominantly intended for sexual stimulation, thereby clearly exceeding the limits drawn in accordance with general social values.<sup>35</sup> This

<sup>27</sup> *Özbek* (fn. 25), p. 40; *Taneri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13 (2018), 561 (586); Yargıtay, decision of 24.3.2015 – 14-306/66.

<sup>28</sup> The current Turkish regulation resembles the early German regulation until 1968, when sexual crimes were thoroughly reformed by the 4. Criminal Law Reform Act. Prior to these reforms, the pornography offense was referred to as the distribution of obscene material (Verbreitung unzüchtiger Schriften). The offense was also classified under offenses against morality (Straftaten gegen Sittlichkeit), similar to its classification in Turkish criminal law today.

<sup>29</sup> § 226 (3) TCK (Child pornography) reads:

“A person who uses children, representations of children, or individuals who appear to be children in the production of materials containing obscene images, writings, or words, shall be punished with imprisonment from five to ten years and a judicial fine of up to five thousand days [...]”.

<sup>30</sup> *Özbek* (fn. 25), p. 56; *Taneri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13 (2018), 561 (590), see *Hafizoğulları*, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, available at <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html> (20.1.2025) for the view that the obscenity offense is a victimless crime since the victim cannot be specifically identified.

<sup>31</sup> “Darstellungsschutz” in German.

<sup>32</sup> § 226 (2) TCK reads:

“Any person who publishes or facilitates the publication of obscene images, writings, or words through the press or media shall be sentenced to imprisonment for a term of six

months to three years and a judicial fine of up to five thousand days.”

<sup>33</sup> The technical translation of the articles and the terms of the German Penal Code is based on the translation available on the website of German Federal Office of Justice (Bundesministerium für Justiz), available at [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1793](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1793) (18.1.2025).

<sup>34</sup> Explicitly mentioned in § 184b (1) sentence 1 no. 3, sentence 2, § 184b (2) and § 184b (3) StGB.

<sup>35</sup> BVerfG BeckRS 2023, 5979; BGHSt 23, 40 (44); BGHSt 37, 55 (60); BGH NStZ-RR 2015, 74; BVerwGE 116, 5 (18); see also 2.2.1. of JuSchRiL; *Eisele*, in: Perron/Sternberg-Lieben/Eisele (eds.), *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31<sup>st</sup> ed. 2025, § 184 para. 8 (announced for March 2025).

requires an assessment of the entire content,<sup>36</sup> so that simple sexual acts are by no means necessarily pornographic in nature.

In addition to these loopholes, the provision also fails to adequately address the injustice inherent to deepfake pornography. This is because § 184 StGB was legislatively designed to primarily serve to protect minors.<sup>37</sup> § 184 (1) paragraph 6 also deals with protection against unwanted exposure to pornography.<sup>38</sup> However, it is the addressee of the pornographic content that is protected, not the performer whose sexual self-determination is affected. Therefore, for a criminal liability, it does not matter whether the victim is identifiable, as it is only the pornographic nature of the content with regard to the victim that matters.

## 2. Deepfake Pornography as Sexual Harassment: § 105 TCK and § 184i StGB

§ 105 (1) TCK<sup>39</sup> does not elucidate the term “sexual harassment”.<sup>40</sup> Although a consensus on the definition of sexual harassment lacks also within the scholars, a more defensible approach defines sexual harassment as behaviors that 1. occur without the consent of the victim 2. are conducive to violate the victim's sexual freedom and lastly 3. are conducted without physical touch.<sup>41</sup> The distinctive characteristic of the offense of sexual harassment is that physical contact between the victim and the perpetrator is not required.<sup>42</sup> In other words, it is in the Turkish Criminal Code, a hands-off offense. This highlights why § 105 TCK becomes relevant in the search of a norm that establishes criminal liability for creating or sharing of deepfake pornography: By the same token, no physical contact occurs between the perpetrator and

the victim of deepfake pornography, yet the act still violates the victim's sexual freedom. And since the offense of sexual harassment is not a crime of specific means (*verhaltensgebundenes Delikt*), there are no restrictions or specific requirements to the behaviors that can constitute the offense. In this sense, creating or sharing of deepfake pornography is fit to be regarded as one of the various forms the offense of sexual harassment can manifest in.

As the wording makes clear, for the acts of the perpetrator to constitute the sexual harassment offense, the perpetrator needs to act with “sexual purposes”.<sup>43</sup> This *mens rea* gives the offense its character and distinguishes it from other types of offenses such as defamation or the crime of disturbing the peace and tranquility of other people.<sup>44</sup> However, it should be noted that “acting with sexual purposes” does not necessarily need to be interpreted as the perpetrator satisfying their sexual feelings or desires.<sup>45</sup> The perpetrator should act with the knowledge that his actions carry a sexual implication and can hence sexually disturb the victim<sup>46</sup>.

It is not plausible to assert that the creators of deepfake pornography consistently operate with sexual intent. Numerous scenarios are conceivable: the perpetrator may be an ex-partner seeking revenge against the victim, a colleague engaging in personal rivalry to discredit them, or someone extorting the victim for personal gain.<sup>47</sup> These examples do not

<sup>43</sup> *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 422; *Taner* (fn. 40), p. 376.

<sup>44</sup> See *Ünver*, *Ceza Hukuku Dergisi* 4 (2009), 101 (124), that the lack of the specific purpose could give rise to another crime like defamation.

<sup>45</sup> *Baş*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65 (2016), 1135 (1173); *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 422; *Tezcan/Erdem/Önok*, *Ceza Özel Hukuku*, 21<sup>st</sup> ed. 2023, p. 423; *Ünver*, *Ceza Hukuku Dergisi* 4 (2009), 101 (124). *Gündel*, *Cinsel Saldırı Cinsel İstismar*, 2009, p. 161, further concretizes this purpose as “acting on thoughts and aims related to the sexual identity of the opposite party”; but see *Bayraktar et. al.* (fn. 40), p. 567 where the *authors* further require that the perpetrator acts on a feeling of lust towards the victim and that the perpetrator's act offends the sense of shame and honor and creates a discomfort.

<sup>46</sup> *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 423.

<sup>47</sup> *Chesney/Citron*, *California Law Review* 107 (2019), 1753 (1773): “Not all such fakes will be designed primarily, or at all, for the creator's sexual or financial gratification. Some will be nothing less than cruel weapons meant to terrorize and inflict pain”; *McGlynn et. al.*, *Female Legal Studies* 25 (2017), 25 (31): “The sexual motive requirement precludes those who perpetrate a myriad of other purposes including causing distress to the victim, to secure notoriety or bond with a friendship group or for financial gain”; *Salter et. al.*, *Current Issues on Criminal Justice* 24 (2012–2013), 301 (311): “Perceived injures to masculine pride in the aftermath of a relationship breakdown or generalized aggression towards girls and women can be expressed through the non-consensual circulation of compromising digital imagery of girls and women.” For a critique on requiring “sexual gratification” for sexual offenses as a whole see *McGlynn et. al.*,

<sup>36</sup> *Eisele* (fn. 35), § 184 para. 10; *Schumann*, in: *Eser/Schittenhelm/Schumann* (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 565 (575).

<sup>37</sup> *Erdemir*, *MMR* 2003, 628 (630); *Heinrich*, in: *Rotsch/Brüning/Schady* (eds.), *Strafrecht, Jugendstrafrecht, Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015*, 2015, p. 399 (406); *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 441.

<sup>38</sup> *BGH NStZ-RR* 2005, 309; *Erdemir*, *MMR* 2003, 628 (630); *Laubenthal*, *Sexualstraftaten*, 2012, para. 1016.

<sup>39</sup> § 105 (1) TCK (Sexual Harassment) reads:

“A person who harasses a person for sexual purposes shall, upon the complaint of the victim, be sentenced to imprisonment from three months to two years or to a judicial fine, and if the act is committed against a child, to imprisonment from six months to three years.”

<sup>40</sup> See *Bayraktar et. al.*, *Özel Ceza Hukuku, Cilt II*, 2017, p. 559; *Taner*, *Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2013, p. 361 for the critic that this constitutes a violation of the principle of legality.

<sup>41</sup> *Taner* (fn. 40), p. 364; *Ünver*, *Ceza Hukuku Dergisi* 4 (2009), 101 (122); see *Koca/Üzülmez*, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9<sup>th</sup> ed. 2023, p. 419 for a similar definition.

<sup>42</sup> *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 420; *Bayraktar et. al.* (fn. 40), p. 561; *Ünver*, *Ceza Hukuku Dergisi* 4 (2009), 101 (122).

involve sexual motives, meaning that not all instances of deepfake pornography automatically constitute a sexual harassment in terms of § 105 TCK.<sup>48</sup> § 105 TCK is only applicable to a portion of the cases and does not offer a universally applicable protection.

Unlike in Türkiye, criminal liability for sexual harassment is ruled out for German criminal law from the outset. This is because the offense, being a hands-on crime, always requires that the perpetrator physically touches the victim (“touches another person in a sexually determined manner”), which is not the case with the creation and dissemination of deepfake images.

### 3. Deepfake Pornography as an Act of Defamation: § 125 TCK and §§ 185 et seq. StGB

§ 125 TCK<sup>49</sup> is a common regulation for both defamation and insult, meaning that the crime can be either committed by attributing a concrete act or fact to a person (defamation) or swearing at someone (insult). The discussion on the relevance of § 125 TCK pertains to whether creating or sharing a deepfake pornography of an individual depicts an “attribution of a concrete act or a fact”, since it is evident that such actions clearly do not amount to an act of swearing.

Attributing a concrete act or a fact to a person is not sufficient per se to constitute the crime of defamation. The attributed act or fact must be capable of offending one’s honor, dignity or prestige.<sup>50</sup> When determining whether the act is of this nature, the evaluation should be based on the average customary rules and value judgments prevailing in Turkish society at the time the act is committed.<sup>51</sup> A pornographic image – regardless of it being deepfake or authentic – will pass the offensiveness test easily, considering its controversial characteristic among society.

In order to talk about attributing a concrete act or fact, the authenticity of the allegations must be verifiable and prova-

ble.<sup>52</sup> The attribution must contain complementary elements about the person, place, subject, time, and manner of the event, distinguishing it from others and showing it is linked to the victim.<sup>53</sup> Based on these criteria, creating a deepfake image of someone and implying their involvement in the pornographic content, should be seen as attributing a concrete act to that person.

If defamation occurs publicly, the imprisonment term increases by one sixth under § 125 (4) TCK. This applies when the defamatory content is disseminated via any medium that enables an indefinite number of people to access it.<sup>54</sup> The element of publicity is satisfied when the offense occurs through press or broadcasting,<sup>55</sup> which includes the internet. Thus, a person who shares a deepfake pornographic image or video, utilizing the internet’s broad reach, can indeed be held liable under § 125 (4) TCK.<sup>56</sup> However, this does not necessarily imply that § 125 TCK offers adequate protection for victims of deepfake pornography. § 125 TCK aims to protect the honor, dignity, reputation and prestige of individuals.<sup>57</sup> For the victims of deepfake pornography, the primary concerns are violations of privacy and sexual freedom.

A similar conclusion can be drawn regarding German criminal law. In individual cases, AI-generated images can constitute an offence under §§ 185 et seq. StGB, whereby public disclosure is designed as a qualification with an increased upper limit of the penalty range. It should first be noted that, according to the prevailing opinion in legal literature, § 185 StGB does not have a “gap-filling function” so that the so-called sexual insult is in principle not covered by the article.<sup>58</sup> However, this does not mean that sexually related images cannot fall under § 185 StGB, it is just not “automatically” applicable in cases of “classic” sexual acts involving an act of the perpetrator on the victim.<sup>59</sup> § 185 StGB should not be a catch-all offence (Auffangtatbestand) per se when the requirements of a sexual offence under Section 13 of the StGB have not been met. Such content can indeed be classified as “sexual insult” if it goes beyond a general and unspecific attack on dignity of persons or general personality

Female Legal Studies 25 (2017), 25 (37), that impetus to sexually offend can stem from the motivation for power and control or revenge; anger and punishment; recreation; adventure and sexual entitlement.

<sup>48</sup> See *Retornaz*, Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılmaz ve Üretme Suçu, 2021, p. 83.

<sup>49</sup> § 125 TCK (Defamation) reads:

“A person who offends someone’s honor, dignity or prestige by attributing an act or fact to a person or who attacks someone’s honor, dignity or prestige by swearing shall be sentenced to imprisonment from three months to two years or with judicial fine.”

<sup>50</sup> *Bayraktar et. al.*, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, 2018, p. 434; *Centel/Zafer/Çakmut*, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 5<sup>th</sup> ed. 2021, p. 249; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 534.

<sup>51</sup> *Centel/Zafer/Çakmut* (fn. 50), p. 249; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 535. See *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 423: The authors further employ the principles of a democratic and a secular state that respects human rights as a criterion for the offensiveness evaluation.

<sup>52</sup> *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 434; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 535.

<sup>53</sup> *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 434; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 535.

<sup>54</sup> *Centel/Zafer/Çakmut* (fn. 50), p. 267; *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 558.

<sup>55</sup> *Centel/Zafer/Çakmut* (fn. 50), p. 268; *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 559.

<sup>56</sup> See also *Babayiğit*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15 (2021), 655 (671).

<sup>57</sup> *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 426; *Centel/Zafer/Çakmut* (fn. 50), p. 243; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 529; *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 536.

<sup>58</sup> See e.g. BGHSt 16, 63.

<sup>59</sup> See also *Eisele/Schittenhelm*, in: Perron/Sternberg-Lieben/Eisele (fn. 35), §§ 185 et seq. para. 4.

rights and additionally expresses an assessment of the victim's inferiority, in the sense of a lack of honor.<sup>60</sup>

An insult under § 185 StGB is understood as an attack on another person's honor through the expression of one's own disrespect or contempt.<sup>61</sup> In cases where the perpetrator makes sexual insinuations – such as, “You want/need it!” – it is recognized that the act constitutes an insult, when the perpetrator implies that they view the victim as someone, “with whom such actions can be done without hesitation”, thus evaluating their personality in a derogatory manner and degrading their honor.<sup>62</sup> Nothing different can apply to deepfake images that depict the victim as someone willing to engage in sexual acts. This is to be assessed similarly in the context of §§ 186, 187 StGB, which, according to the dualistic concept of honor, can coincide with § 185 StGB.<sup>63</sup> If a deepfake creates the impression that the victim has engaged in sexual acts when this cannot be proven to be true (§ 186 StGB) or is outright untrue (§ 187 StGB), potential criminal liability arises if the asserted fact is suited to degrading that person or negatively affecting public opinion about that person.

However, the criminal law on defamation does not provide comprehensive protection. Mere AI-generated nude images, such as those of undressing or showering, are not covered by the insult articles, as they constitute an everyday activity and lack a defamatory character. The same applies to content featuring sexual acts, which may only be covered in specific cases – based on the depicted event –, as sexual acts are not considered negative in principle. From the perspective of protecting the honor of a specific person, it is also necessary for that individual to be identifiable in the image/video.

Additionally, it should be noted that the legal interest of “honor” protected in §§ 185 et seq. StGB,<sup>64</sup> does not accurately reflect the injustice inherent in deepfakes. In fact, in the case of deepfake images the general right of personality and, insofar as it concerns content with sexual acts, the right to sexual self-determination are the affected extents of protection. Ultimately, it is about the right to defend oneself against becoming an object of sexual assaults, including unwanted depictions.<sup>65</sup>

#### 4. Deepfake Pornography as an Act of Stalking: § 123A TCK and § 238 StGB

The distinguishing characteristic of the stalking offense<sup>66</sup> is the persistent nature of the actions. Hence a single, non-repetitive act does not give rise to the stalking offense<sup>67</sup>, even though it is not clearly established how many repetitions is needed to talk about persistency<sup>68</sup>. Persistence is, however, not a natural component of the acts related to deepfake pornography. Hereby a single instance is just as sufficient to jeopardize the legal interest of the victim.

The only bridge that can be built between stalking and acts related to deepfake pornography lies in the behavior of “attempting to contact the victim by using communication tools or information systems”. The wording reveals, however, that the act of using communication tools or information systems should be conducted with the intention to contact the victim.<sup>69</sup> For the creator of a deepfake pornography, it is difficult to argue that the aim is to establish contact with the victim.

Furthermore, the offense of stalking is a result-based offense (Erfolgsdelikt) in Turkish criminal law, where the consequences of the perpetrator's actions are explicitly foreseen.<sup>70</sup> With respect to the stalking offense, these manifest as significant distress or concerns about one's own safety or that of their close ones. In instances involving deepfake pornography, the victim may be unaware of the existence of the material for a really long time, which would exclude the onset of the specified consequences.

In Germany, with the Law to Amend the Criminal Code – More Effective Combating of Stalking and Better Detection of Cyberstalking, as well as Improvement of Criminal Protection Against Forced Prostitution of 10.8.2021, the statutory requirements of § 238 (1) StGB were relaxed, and additional stalking actions were included in section 1 to address the phenomenon of cyberstalking. Since then, deepfake images can be covered by § 238 (1) StGB, points 6 and 7. As outlined in point 6, the dissemination of an image or making an image accessible to the public is punishable. According to the legislator's view, the term image includes not only photographic images but also, inter alia, drawings intended to de-

<sup>60</sup> See e.g. BGHSt 36, 145 (150 et seq.); BGH NStZ 2007, 218; BGH NStZ 2018, 603 (604).

<sup>61</sup> See BGHSt 36, 145 (148); *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6<sup>th</sup> ed. 2021, para. 566.

<sup>62</sup> Cf. BGH NStZ 1992, 34; OLG Hamm NStZ-RR 2008, 108 (109); for more details see *Eisele/Schittenhelm* (fn. 59), §§ 185 et seq. para. 4.

<sup>63</sup> See BGHSt 11, 67 (70 et seq.); *Eisele* (fn. 61), paras. 558, 620.

<sup>64</sup> BGHSt 1, 288 (289); 36, 145 (148); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Commentary, 30<sup>th</sup> ed. 2023, Vorbem. § 185 para. 1.

<sup>65</sup> For more details see *Eisele*, KriPoZ 2023, 230 (231).

<sup>66</sup> § 123A TCK (Stalking) reads:

“The perpetrator who causes significant distress to a person or causes them to have concerns about one's own safety or that of their close ones by persistently following them physically or attempting to contact them using communication tools, information systems, or third parties shall be sentenced to imprisonment from six months to two years.”

<sup>67</sup> *Balcı/Çakır*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2022), 323 (325); *Bozbayındır/Önok*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (2022), 295 (304).

<sup>68</sup> *Özar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71 (2022), 1397 (1408); *Taşkın*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2023), 91 (111).

<sup>69</sup> *Taşkın*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 (2023), 91 (114).

<sup>70</sup> See *Özar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71 (2022), 1397 (1412).

pict the victim.<sup>71</sup> Therefore, the criminal liability does not depend on the authenticity of the image; AI-generated images are also covered. In reference to point 7, the dissemination or making accessible to the public of a content that is suitable to disparage or negatively affect public opinion about that person by feigning that person's authorship, is punishable. However, it should be noted that such images can also be disseminated under someone else's authorship, and disparagement is subject to the provisions of §§ 185 et seq. StGB.<sup>72</sup>

However, criminal liability for stalking will still come into question only in rare cases in German criminal law, where the additional typical characteristics of stalking are present. In this respect, a repeated act is required, so that one-off acts are excluded. Additionally, the action must be suited to not insignificantly impact the victim's lifestyle. This is particularly problematic in the case of deepfake pornography. Unlike secret shots or recordings, which the victim might be able to avoid in the future by adopting a more cautious lifestyle, changes in the victim's lifestyle have no impact on the actions of the perpetrator of deepfake pornography, as the perpetrator can create deepfake pornography without any involvement from the victim. Thus, only cases remain where the action is likely to cause the victim to withdraw from their social circle or public life due to shame. According to the structure of the offense, it is also important here that the victim is identifiable, as otherwise, the fulfillment of the requirement of the act being suited to not insignificantly impair the victim's lifestyle must be denied.

##### 5. Deepfake pornography as a Violation of Privacy: §§ 134; 136 TCK and § 201a StGB; § 33 KunstUrhG

Both, § 134 TCK and § 136 TCK are categorized under "Offences against privacy and confidentiality"<sup>73</sup> in the criminal code and hence protecting the same legal interest: right to privacy.<sup>74</sup> § 136 TCK is the *lex specialis*, regulating the violation of a particular aspect of individuals' privacy: personal data. On the other hand, § 134 TCK serves as the *lex generalis*, the blanket norm<sup>75</sup> that finds application when an act

violating the confidentiality cannot be addressed by a more specific provision.

Committing the offence of violation of privacy<sup>76</sup> requires more than just violating an individual's private life; it necessitates also breaching its confidentiality.<sup>77</sup> Turkish Supreme Court takes a broad approach to interpreting the confidentiality of the private life: The confidential part of the private life does not only mean a person's secluded, undisclosed life behind closed doors, that no one can know of, but all events and information that not everyone knows of or should know of, which can be disclosed only when the person desires.<sup>78</sup>

A more tailored solution seems to be § 134 (2) TCK<sup>79</sup> which is regarded as an independent offense within Turkish academic doctrine.<sup>80</sup> Here, the prohibited act is the disclosure, meaning making the images or sounds accessible to third parties.<sup>81</sup> The sounds or images do not necessarily have to be made public; disclosure to a single person is sufficient.<sup>82</sup> The material unlawfully disclosed may also have been obtained legally. However, even if a person has consented to being photographed or recorded, disclosing these images and sounds without their consent constitutes the of-

<sup>76</sup> 134 (1) TCK reads:

"A person who violates the confidentiality of the private lives of individuals shall be punished with imprisonment from one to three years. The penalty shall be increased by one-fold if the violation occurs through recording of images or sounds."

<sup>77</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 214; *Eker Kazancı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 131 (150). As it was mentioned supra note 74, such a distinction can be interpreted as the distinction between *Privatsphäre* (private sphere) and *Intimsphäre* (intimate sphere) in German law.

<sup>78</sup> In *Yargıtay*, decision of 3.4.2012 – 7345/8936, the supreme court refused to reduce the boundaries of the private life to four walls. See also *Akyürek* (fn. 73), p. 217 and *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 613 that today the protection of private life is recognized further in public places. But see *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 603: The *authors* dissent from the Supreme Court's interpretation, which deems photographing a woman's legs during window-shopping a violation of § 134 TCK. They limit the scope of the confidential part of the private life to activities that are kept secret, hidden from the gaze of other or not visible to others.

<sup>79</sup> 134 (2) TCK reads:

"Anyone unlawfully disclosing images and sounds related to the private lives of the individuals shall be punished with imprisonment from two to five years. The same penalty shall apply if the disclosed sounds or images are disclosed through the press or media."

<sup>80</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 230; *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 617; *Hafizoğulları/Özen*, *Ankara Barosu Dergisi* 67 (2009), 9 (19); *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 603; *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 616.

<sup>81</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 231; *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 618; *Eker Kazancı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 131 (151); *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 600; *Zafer* (fn. 73), p. 196.

<sup>82</sup> See *Zafer* (fn. 73), p. 197.

<sup>71</sup> BT-Drs. 19/28679, p. 12.

<sup>72</sup> See supra V. 3.

<sup>73</sup> *Akyürek*, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2011, p. 209, states that such a headline hints that the Turkish law is inspired by the three-spheres-theory (*Dreisphärentheorie*) of German law. The consistent referral to this theory in the criminal law textbooks is supportive of the *author's* argument, see for example *Zafer*, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, 2010, p. 13–16.

<sup>74</sup> *Akyürek*, (fn. 73), p. 210, defines the protected legal interest as the right to lead a comfortable and a free life safeguarded by the protection of one's private life and personal space; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 600 and 612; *Tezcan/Erdem/Önok* (fn. 45), p. 616.

<sup>75</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 221; *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 618; *Eker Kazancı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 131 (150); *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 603; *Zafer* (fn. 73), p. 3.

fense described in § 134 (2) TCK.<sup>8384</sup> Since the internet is regarded as a medium of press or media, incidents involving the disclosure of deepfake pornography would likely fall within the purview of § 134 (2) sentence 2 TCK.

Understanding what constitutes personal data in terms of § 136 TCK<sup>85</sup> requires weighing the articles of KVKK<sup>86</sup>. § 3 (1) (d) of KVKK defines personal data as any information relating to an identified or identifiable natural person, thereby establishing the two requirements that must be met for information to qualify as personal data. First, the data should be about natural persons, meaning that the term excludes data about legal persons.<sup>87</sup> Second, the data in question should be capable of fully or at least partially identifying the natural person.<sup>88</sup>

The central question yet to be answered concerning deepfake pornography is the following: Which of these two articles is applicable when photos or videos of a person are at stake, § 134 (2) TCK or § 136 TCK? Sharing a person's photos or videos can be considered as a violation of privacy, and no doubt, the photos and videos also constitute personal data.<sup>89</sup>

Decisions from the Turkish Supreme Court indicate that images showing people in their daily, regular, clothed state (meaning not naked) are not considered part of their private spheres and therefore cannot be evaluated under § 134 TCK. In such cases, § 136 TCK is to be invoked.<sup>90</sup> Frequently, creators source the facial photos needed for deepfake pornography from the selfies of the victims (usually found on the victims' public Instagram accounts) that depict the victims' everyday activities and states. Consequently, victims whose faces are superimposed on the deepfake pornography by this method cannot invoke § 134 (2) TCK.

Naked images, on the other hand, are considered part of the private lives of people by the Turkish Supreme Court, falling under the protection of § 134 (2) TCK.<sup>91</sup> Thus, in terms of the confidentiality, the naked images pass the test. But to come to a certain conclusion another question must be answered: Must the image or sound subject to § 134 (2) TCK also be "identifiable" akin to the requirement in § 136 TCK? Opinions vary on this. One opinion states that the person in the images or recording does not have to be identifiable for § 134 TCK to apply.<sup>92</sup> Another perspective regards the act of disclosing images that are not identifiable solely as an attempted violation of privacy.<sup>93</sup> A final opinion draws a distinction between the two paragraphs of § 134 TCK and claims that the recording or image does not have to be identifiable for § 134 (1) TCK; but identifiable for § 134 (2) TCK.<sup>94</sup> Turkish Supreme Court also adopts the last mentioned opinion.<sup>95</sup> As per the Turkish Supreme Court's standpoint, the applicability of § 134 (2) TCK to the person whose body is used, is generally limited, as identification is often hindered by the absence of facial features. Identification will be only occasionally possible if additional indicators, such as distinct birthmarks or tattoos on the body, are present.

As a result, the person, whose naked body is used, is particularly left without protection. § 136 TCK is inapplicable in cases involving naked images, and § 134 TCK is ruled out due to its requirement for identifiability. The protection provided for the victim whose face is used is also not noteworthy: A person whose face is used in deepfake pornography receives the same level of protection under § 136 TCK as someone whose face is shown in a regular photograph that is disseminated.

<sup>83</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 230; *Eker Kazancı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2007), 131 (151); *Tezcan/Ertem/Önok* (fn. 45), p. 623.

<sup>84</sup> Another relevant provision is § 86 (1) of the Turkish Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK): "Pictures and portraits cannot be presented to the public by demonstration or otherwise without the consent of the illustrated person". Violations are punishable under §§ 134, 139 and 140 TCK, as stated in § 86 (3) FSEK.

<sup>85</sup> § 136 TCK (Unlawful Obtaining and Giving Personal Data) reads:

"Any person who unlawfully gives personal data to another person or disseminates or obtains personal data shall be punished with imprisonment from two to four years."

<sup>86</sup> The Turkish Law On Protection of Personal Data.

<sup>87</sup> *Hafizoğulları/Özen*, Ankara Barosu Dergisi 67 (2009), 9 (19); *Kangal*, Kişisel Verilen Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, 2019, p. 28; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 614.

<sup>88</sup> *Hafizoğulları/Özen*, Ankara Barosu Dergisi 67 (2009), 9 (19); *Kangal* (fn. 87), p. 29; *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 614.

<sup>89</sup> *Koca/Üzülmez* (fn. 41), p. 627.

<sup>90</sup> See Yargıtay, decision of 12.4.2017 – 13582/3109; Yargıtay, decision of 1.2.2017 – 11112/637; Yargıtay, decision of 22.1.2020 – 13100/3721 that in such cases § 136 TCK finds application.

<sup>91</sup> For the decisions that § 134 TCK applies when nudity is involved see Yargıtay, decision of 11.9.2012 – 17703/18222; Yargıtay, decision of 19.1.2015 – 11530/584 (when the images are naked photos of the victim); Yargıtay, decision of 8.12.2014 – 5239/13911; Yargıtay, decision of 16.6.2010 – 2253/4531 (for recordings of sexual intercourse); Yargıtay, decision of 12.6.2012 – 21801/14797 and Yargıtay, decision of 12.6.2012 – 21801/14797 (for recording naked poses via web-cam); Yargıtay, decision of 17.6.2013 – 20606/16477 (when the perpetrator secretly takes photos of the victim's erogenous areas.)

<sup>92</sup> *Eker Kazancı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2007), 131 (149); *Tezcan/Ertem/Önok* (fn. 45), p. 624; *Zafer* (fn. 73), p. 196.

<sup>93</sup> *Bayraktar et. al.* (fn. 50), p. 618.

<sup>94</sup> *Akyürek* (fn. 73), p. 232.

<sup>95</sup> See Yargıtay, decision of 8.6.2022 – 1756/4593; Yargıtay, decision of 28.4.2014 – 25960/10207; Yargıtay, decision of 13.10.2014 – 4283/19486: "In order for the crime in § 134/1 to occur, it is not necessary for the person in the image to be identifiable or for the recorded voice to be clear. Secretly recorded sounds fall within the scope of private life, even if they are incomprehensible [...]. Unlike § 134 (1); in § 134 (2), the person whose private life is violated by the sound or image must be recognized or be recognizable, for the disclosure to be accepted."



In a similar vein, a criminal liability may be considered in German criminal law, under § 201a (2) StGB. According to this provision, whoever, without being authorized to do so, makes available a photograph or other image of another person to a third party, which is of such a nature as to significantly damage the reputation of the person depicted, is subject to punishment. This regulation aims to address the so-called cyberbullying via social media.<sup>96</sup> This offense may also be given in individual cases, but is subject to similar limits as criminal liability under §§ 185 et seq. StGB. The reputation of the depicted person must be significantly impaired in terms of nature, intensity, and duration, taking into account the surrounding circumstances.<sup>97</sup> Nude photographs, for this reason, are not automatically considered to meet the criteria, as indicated by a reverse conclusion of § 201a (3) StGB, which states that only nude images of individuals under 18 are covered. Only in conjunction with further circumstances can significant damage occur, for example, when images of sexual acts between married individuals in public spaces are disseminated.<sup>98</sup> Once again, however, there is the objection that the aim of the article is to protect honor as an aspect of general personal rights<sup>99</sup> and that the right to sexual self-determination is of no significance.

According to § 33 KunstUrhG, anyone who disseminates or publicly displays an image contrary to §§ 22, 23 KunstUrhG is punishable. The scope of the offence is very broad, as it is solely about protecting the right to one's own image<sup>100</sup> and therefore does not have to involve any damage to honor. An image is any representation of a person that depicts their external appearance in a way recognizable to others.<sup>101</sup> In terms of this article deepfakes also constitute an image of a person, as it is recognized that photomontages, drawings and computer animations also fall under the scope.<sup>102</sup> However, only public display is included as a punishable act, meaning that making it accessible to third parties, such as friends of the victim, does not constitute the given offense. Furthermore, the right to sexual self-determination does not gain significance in this context either.

<sup>96</sup> BT-Drs. 18/2601, p. 37.

<sup>97</sup> *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (315 et seq.).

<sup>98</sup> *Eisele* (fn. 35), § 201a para. 41.

<sup>99</sup> *Eisele* (fn. 35), § 201a para. 37; *Gercke*, CR 2014, 687 (690).

<sup>100</sup> For more details on this specific protective purpose of the article see *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (eds.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, as at 1.11.2024, KunstUrhG § 33 para. 1.

<sup>101</sup> See BGH NJW 2000, 2201 (2202); BGH NJW 2018, 2489 (2492).

<sup>102</sup> BGH NJW 2004, 596; LG München ZUM-RD 1998, 18 (19); *Valerius* (fn. 100), KunstUrhG § 33 para. 7.

## V. Perspective on Legal Reform – What should the future legislation look like?

### 1. Art. 5 of the EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence

EU has very recently introduced a legal framework addressing this topic: Directive 2024/1385 on Combating Violence Against Women and Domestic Violence of 15.5.2024. Given that both Germany and Türkiye currently lack adequate protection against the deepfake pornography phenomenon<sup>103</sup>, Art. 5 of the EU Directive should be considered, when answering the question of to what extent such deepfakes should be penalized in the future. While the Directive is particularly relevant for Germany as a member state, it provides content-related guidance and points of argumentation for a future regulation in Türkiye as well. The Parliament defines the criminalization of producing and sharing deepfake pornography as one of the goals to be achieved by the member states<sup>104</sup> and further outlines a template for criminalization, as follows:

#### Article 5 – Non-consensual sharing of intimate or manipulated material

1. Member States shall ensure that the following intentional conduct is punishable as a criminal offence:

(a) making accessible to the public, by means of information and communication technologies (“ICT”), images, videos or similar material depicting sexually explicit activities or the intimate parts of a person, without that person's consent, where such conduct is likely to cause serious harm to that person;

(b) producing, manipulating or altering and subsequently making accessible to the public, by means of ICT, images, videos or similar material making it appear as though a person is engaged in sexually explicit activities, without that person's consent, where such conduct is likely to cause serious harm to that person.

(c) threatening to engage in the conduct referred to in point (a) or (b) in order to coerce a person to do, acquiesce to or refrain from a certain act.<sup>105</sup>

(2) Paragraph 1, points (a) and (b), of this Article does not affect the obligation to respect the rights, freedoms and principles referred to in Art. 6 TEU and applies without prejudice to fundamental principles related to the freedom of expression and information and the freedom of the arts and sciences, as implemented in Union or national law.

<sup>103</sup> *Babayiğit*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15 (2021), 655 (689); *Dülger*, İnternet aracılığıyla işlenen suçlar, p. 26, available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3792316> (18.1.2025); *Greif* (fn. 20), p. 312; *Retornaz* (fn. 48), p. 84 and 142.

<sup>104</sup> EU Directive 2024/1385, Preamble 19.

<sup>105</sup> *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (552), mentioned back in 2017, prior to the EU draft, that the criminalized acts regarding IBSA should also cover threats to distribute images without consent.



Art. 5 (1) (b) of the EU Directive places deepfakes within the broader context of recordings involving sexual acts or intimate body parts, covered in Art. 5 (1) (a) of the EU Directive. The EU justifies the obligation for member states to impose penalties by stating that, due to the use of ICT, such harmful images, photos, and audio and video clips<sup>106</sup>, can now be easily, quickly, and widely disseminated.<sup>107</sup> Regarding deepfakes, the Directive states:<sup>108</sup>

“Such production, manipulation or altering should include the fabrication of ‘deepfakes’, where the material appreciably resembles an existing person, objects, places or other entities or events, depicts the sexual activities of a person, and would falsely appear to other persons to be authentic or truthful. In the interest of effectively protecting victims from such conduct, threatening to engage in such conduct should also be covered.”

## 2. The Basic Framework of Art. 5 of the EU Directive

a) Art. 5 (1) (a) of the EU Directive requires Member States to penalize the making accessible of images, videos, or similar material via information and communication technologies (ICT) that depict sexually explicit activities or intimate body parts of a person to the public, without that person’s consent. The conduct must be likely to cause serious harm to the person depicted. The subject of the recording is therefore sexual acts and intimate body parts of another person, neither of which is further defined in the Directive. In contrast to § 184 StGB and § 226 TCK, it is not necessary for sexually explicit activities to also be classified as pornographic. The prohibited act of Art. 5 (1) (a) of the EU Directive is limited to the unauthorized making accessible of the relevant material to the public, and does not include its production or making it accessible to a third party, such as friends. Moreover, the Directive only covers making accessible via ICT. The serious harm does not have to materialize as an actual result of the offense; it is sufficient that its occurrence is likely. The Directive does not specify what constitutes “serious harm”. Regarding the likelihood of serious harm occurring, it states that consideration should be given to “whether the act would typically cause harm to a victim”.<sup>109</sup>

b) The regulation on deepfakes in Art. 5 (1) (b) of the EU Directive represents an extension to Art. 5 (1) (a) of the EU Directive. It criminalizes unauthorized production, manipulation, or alteration of relevant material that makes it appear as though a person is engaged in sexually explicit activities. Furthermore, in this two-act offense, the perpetrator must subsequently make the content publicly accessible, and these conducts must be likely to cause serious harm to the person involved as in Art. 5 (1) (a) of the EU Directive. It is important to note that the content of the recording must involve sexually explicit activities, but not intimate body parts. The

reasoning behind this may be that purely AI-generated body parts, which do not depict a real person, cannot cause harm to a specific victim and, therefore, do not infringe upon the protected legal interest.

c) Additionally, Art. 5 (1) (c) of the EU Directive requires that the threat of engaging in conduct referred to in points (a) and (b), with the aim of coercing a person to do, acquiesce to or refrain from a certain act, must also be punishable. This paragraph is intended to cover, among other things, coercion involving the use of deepfakes.

d) Finally, Art. 5 (2) of the EU Directive points out that the rights, freedoms, and principles referred to in Art. 6 of the Treaty on European Union (TEU) must be respected. Therefore, the freedom of expression, freedom of information, and the freedom of arts and sciences may lead to the exclusion of criminal liability. Furthermore, the offense “should not cover the handling of material by authorities, in particular to conduct criminal proceedings or to prevent, detect or investigate crime”.<sup>110</sup> The Member States should also have the option to “exempt a person from responsibility under specific circumstances, for example where telephone or internet helplines handle material in order to report an offence to authorities.”

## 3. Fundamental Questions Arising

The directive which is adopted in accordance with general principles and especially Art. 83 (1) of TEU, establishes minimum requirements for the Member States, meaning that any already existing provision that is stricter may remain unaffected, and stricter provisions may also be introduced during implementation. When creating new provisions in Turkish and German criminal law, some fundamental questions must first be raised. First, it is important to discuss which legal interest is to be protected. Two main tendencies can be observed worldwide: protecting the images as part of privacy<sup>111</sup>, meaning, in the context of criminalized image recording or as part of an individual’s sexual autonomy<sup>112</sup>, within the framework of sexual criminal law. Then, there are two paths to choose from when it comes to the issue of punishable acts: a more liberal approach would only punish the sharing of such content, either by making it accessible to the public, or to third parties; a second and a stricter stance, on the other hand, would also punish the creation of such con-

<sup>110</sup> EU Directive 2024/1385, Preamble 20.

<sup>111</sup> See Article 226-2-1 of the French Criminal Code, which is classified under offences against privacy within Chapter VI, Section I; Article 197 (7) of the Spanish Criminal Code that is classified under criminal offences against privacy, the right to personal dignity and the inviolability of the dwelling in Title X Chapter I.

<sup>112</sup> See for example Article 162 (1) of the Canadian Criminal Code, titled “Publication, etc., of an intimate image without consent” which is classified under Sexual Offences within Part V; Article 208E of the Maltese Criminal Code, titled “Non-consensual taking or disclosure of private sexual photographs and films” which is classified under sexual offences in Part II, Title VII, Subtitle II.

<sup>106</sup> Audio clips are also included, EU Directive 2024/1385, Preamble 19.

<sup>107</sup> EU Directive 2024/1385, Preamble 18.

<sup>108</sup> EU Directive 2024/1385, Preamble 19.

<sup>109</sup> EU Directive 2024/1385, Preamble 22.

tent.<sup>113</sup> For instance, § 201a (1) no. 1 StGB penalizes also the creation of photographs or other images of another person in private premises, whereas § 201a (2) StGB penalizes only the making accessible to third parties of recordings that are likely to cause significant harm to the reputation of the person depicted. Turkish law, on the other hand, penalizes the creation in § 134 (1) TCK and both making it accessible to public and third parties in § 134 (2) TCK.<sup>114</sup> It must also be discussed whether the victim of the offense must be identifiable. In the case of deepfakes that combine the body and face of different individuals, the question arises whether there can be just one victim or possibly multiple victims. Identifiability is, for example, required under § 201a (1) StGB<sup>115</sup>; but not in the case of upskirting under § 184k StGB.<sup>116</sup> It has been explained above, that in line with the Turkish supreme court ruling, the identifiability criterion applies for Türkiye, within the framework of § 134 (2) TCK. Furthermore, the question arises as to which actions or body parts should be the subject of the recordings. Finally, it must be determined whether the offense should be classified as a conduct- or a result-based crime. In any case, for Germany, it should be noted that “serious harm” as defined in Art. 5 (1) of the EU Directive is excluded from constituting the result element of the offense. According to the Directive, it is sufficient that the actions “are likely to cause serious harm to the person concerned”. Therefore, only a crime of abstract endangerment, or in accordance with § 238 StGB, a suitability offense should be considered.<sup>117</sup>

The following will address the implementation of the Directive in Germany and the creation of a corresponding criminal offense in Türkiye. The goal of this paper is not to propose identical provisions for both countries, as this is also precluded by the fact that Germany is obligated to implement the Directive and is thus bound by its substantive requirements, while Türkiye is not. Above all, the aim is to create a consistent domestic regulation that fits into each country’s national legal framework and takes into account its specific legal principles and values. This will lead to differences, which will be addressed in the discussion of the implementa-

tion of the Directive in Germany and the proposal for a regulation in Türkiye.

#### 4. Addressing Deepfake Pornography in Turkish Criminal Code: Establishing a New Provision

The new regulation prohibiting the creation and sharing of deepfake pornography should be included under “Offences against sexual integrity”<sup>118</sup> of the Turkish Criminal Code as § 105/A.

##### a) Proposal for a new regulation as § 105/A TCK:

(1) A person who by means of information and communication technologies (ICT) produces, manipulates, alters or shares any form of visual of a person, without that person’s consent, which depicts the person as though the person is engaged in sexually explicit activities shall be punished with imprisonment from two to five years, when the aforementioned visual can be assigned to a real person. The same penalty shall apply if the visuals are disclosed through the press or media.

(2) The penalty shall be increased by one-fold if the offence is committed by a former or current partner or spouse or if any part of the depicted visual belongs to a child in terms of 226 (3).

##### b) Justification

aa) The new crime has been envisioned as a sexual offense § 105/A TCK to follow § 105 TCK “Sexual Harassment”, which regulates sexual behaviors without physical contact.<sup>119</sup> § 105/A envisions the protection of the sexual freedom of individuals.<sup>120</sup>

bb) Regarding the prohibited actions, Turkish law has adopted the stricter approach, envisioning not only the punishment for sharing the deepfake pornographic content, meaning making it accessible to the public or third parties,

<sup>113</sup> See *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (556): “Given the diverse forms of image-based sexual abuse, the law must cover the non-consensual creation as well as distribution of private sexual images, including images that have been manipulated”.

<sup>114</sup> See *Akyürek* (fn. 73), p. 205–206 where the forbidden act of “disclosing” under § 134 (2) TCK is used to mean sharing, which encompasses both sharing with the public and sharing with third parties.

<sup>115</sup> BGH NSTZ 2015, 391; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Commentary, 30<sup>th</sup> ed. 2019, § 201a para. 7; contra *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (340).

<sup>116</sup> BT-Drs. 19/20668; BT-Drs. 19/15825, p. 16 et seq.; *Eisele* (fn. 35), § 184k para. 8.

<sup>117</sup> As for the types of offenses see *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13<sup>st</sup> ed. 2021, § 6 paras. 49 et seq.

<sup>118</sup> See also *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (556) for the view that it is vital to see these forms of abuse as sexual offences. *Idem* (fn. 1), p. 557, that this will also encourage integration of preventive measures into broader efforts to tackle violence against women.

<sup>119</sup> See *Dülger* (fn. 104), p. 18–19: “Non-consensual pornography and revenge pornography should be included in criminal laws either as a variant or form of sexual harassment, or as an independent criminal offense, as they represent an attack on sexual integrity.”

<sup>120</sup> *Retornaz*, (fn. 48), p. 85 and 142, proposes the only concrete draft of a new offense so far in Turkish literature. Differing from the view advocated here, she calls for the addition of the new provision, § 136/A, under Offences Against Privacy and Confidentiality, as a continuation of the offense of Unlawfully Obtaining and Disclosing Personal Data in § 136 TCK.

but also for its production.<sup>121</sup> In this sense, a parallel has been established with § 134 TCK, which also penalizes the creation of the non-manipulated visual material (“recording of images or sounds”), ensuring consistency within the criminal code. With particular regard to the nature of conduct involving deepfake pornography, it is often observed that not only the sharing of such content is done without the victim’s consent, but also its creation—sometimes even without the victim’s awareness. Punishing only the sharing of a deepfake content would, therefore, overlook the aspect of involuntary creation.<sup>122</sup> Mere possession of the material is not punishable.

cc) The crime is a conduct-based crime under Turkish law. The completion of the offense does not require any harm or damage to occur to the victim.<sup>123</sup> The proposed draft under Turkish law deviates from the EU Directive in this regard which seeks to introduce a suitability offense, where the acts should be “likely to cause serious harm” to that victim.

dd) To ensure integrity within the Turkish criminal law system, identifiability of the victim is stated as a statutory element of § 105/A TCK, with respect to the discussions regarding § 134 (2) TCK. Hence, the victim of § 105/A TCK will be the person whose face is used in the first place. If additional markers, such as birthmarks or specific tattoos allow for the identification of a person’s identity, the person whose body is used can also be considered a victim.<sup>124</sup>

ee) The commission of a crime by current or former partners is considered an aggravating circumstance under Turkish criminal law. This is especially important given the prevalence of violence, including sexual violence, against women in Turkey, as well as the reduced protection opportunities following the country’s withdrawal from the Istanbul Convention. The EU Directive also recommends recognizing offenses committed by current or former partners as an aggravating circumstance.<sup>125</sup>

ff) With the specific aim of child protection, an additional aggravating circumstance is established: the use of the visuals of a child’s face or body in the production of deepfake pornography. In this case, the criterion of identifiability will also be waived, meaning that the visuals do not need to be attributable to a specific child.

gg) As repeatedly emphasized in the text, the crime can be committed intentionally, meaning that the perpetrator either directly intends to carry out the conduct or is almost certain of the consequences of their actions. The act does not need to be driven by any specific objective or motive, such as satisfying sexual desires<sup>126</sup>, seeking revenge, competition, gaining financial benefits or intending to harm the victim.<sup>127</sup> In offenses aimed at a person’s sexual freedom, the inclusion of a motive is unnecessary:

“Whatever the motivation of the perpetrator, the harm is similar and significant for the victim.”<sup>128</sup>

It is sufficient for the perpetrator to be aware of the consequences of their actions<sup>129</sup>. However, the perpetrator must know about the lack of consent in the creation and/or the sharing of the deepfake visual<sup>130</sup>, for the mens rea to be established.

hh) A specific provision for justifications related to artistic or scientific purposes is not required under Turkish law. § 26 TCK serves as a general justification clause here, when it can be claimed that pornographic content created using deepfake technology was produced for artistic or scientific purposes.

ii) In accordance with the Directive, the “yes means yes” principle is implemented. Only explicit consent from the victim excludes criminal liability; meaning that it is not sufficient for the act to be performed without the victim’s objection. Only explicit consent from the victim on creating or

<sup>121</sup> *Babayiğit*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15 (2021), 655 (691): “In the production of a pornographic product involving deepfake content, if the consent of the individuals whose appearances are used is lacking, there is no doubt that even merely producing such a content constitutes an injustice.”; *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (552): “The law must cover the non-consensual creation as well as distribution of private, sexual images, including images that have been manipulated”; *Retornaz* (fn. 48), p. 105; Cf. EU Directive 2024/1385, Preamble 19. Although the new EU-Directive punishes the non-consensual production, this is dependent on the condition that the material subsequently be made accessible to the public.

<sup>122</sup> *McGlynn*, Deepfake porn: why we need to make it a crime to create it, not just share it; available at <https://theconversation.com/deepfake-porn-why-we-need-to-make-it-a-crime-to-create-it-not-just-share-it-227177> (21.1.2025).

<sup>123</sup> See also *Retornaz* (fn. 48), p. 105.

<sup>124</sup> See also *Retornaz* (fn. 48), p. 101.

<sup>125</sup> EU Directive 2024/1385, Article 11 point k; *Retornaz* (fn. 48), p. 97 and 142: The *author* also drafts the acts of

former or current spouse or partner as an aggravating circumstance.

<sup>126</sup> *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (552): “The law should only require the intention to create and/or distribute private sexual images without consent, that is, there should be no additional element of maliciousness.”

<sup>127</sup> See *Yavuz* (fn. 10), p. 138.

<sup>128</sup> *McGlynn/Rackley*, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), 534 (552).

<sup>129</sup> See *Delfino*, Fordham Law Review 88 (2019), 887 (919), further emphasizes that subjective elements such as harm, fear or emotional distress as a result of the acts of perpetrator are hard to prove at trials. The author also highlights that requiring the existence of additional elements gives the message as if “the public display of victims’ bodies engaged in revealing or sexually explicit behavior without their consent is insufficient, standing alone, to warrant the law’s attention”; *Gieseke*, Vanderbilt Law Review 73 (2020), 1479 (1510).

<sup>130</sup> *Retornaz* (fn. 48), p. 117.

sharing the deepfake pornographic visual can negate the *actus reus*.<sup>131</sup>

jj) The need to implement Art. 5 (1) (c) of the EU-Draft does not arise for the Turkish provision. Threats, addressed at the sexual integrity of a person are already punishable under § 106 (1) TCK. § 105/A TCK, being envisioned as a sexual crime, falls within the scope of § 106 (1) TCK.

kk) The range of punishment is in accordance with § 134 TCK and complies with the requirements of the EU Directive.

### 5. Implementing the Directive into the German Criminal Code

#### a) The protected legal interest

First, the question arises as to which section of the StGB the guidelines should be implemented in. One possibility is implementing them in connection with § 201a StGB – violation of intimate privacy through taking photographs – could be considered, which violates the most intimate personal sphere. The focus of the protection of legal interests would then be on the general right of personality, so that the most intimate personal sphere would be protected.<sup>132</sup> However, a more convincing approach would be to implement the guidelines in connection with sexual offenses, as they explicitly tie to sexually explicit activities, which is further defined in § 184h StGB. Similar to the issue of upskirting under § 184k StGB, this would protect not only the right to one’s own image but also the right to sexual self-determination, which includes the right to decide to what extent the depiction of one’s intimate areas by others is permissible.<sup>133</sup>

#### b) Implementing solely the requirements of the directive (“Kleine Lösung”)

Looking solely at the requirements of Art. 5 of the EU Directive, these could be regulated in a separate criminal offense, without comprehensively addressing the issue of sexually related recordings in the sense of a “broader solution”.<sup>134</sup>

#### aa) Proposal for an implementation

(1) Whoever unlawfully disseminates or makes content available to the public that involves sexual acts, bare genitalia or buttocks, or the female breast of another person in a manner that is suited to cause significant harm to that person shall be punished with imprisonment of up to two years or a fine.

(2) Whoever unlawfully produces, alters, or modifies content that gives the impression that another person is performing sexual acts, and disseminates or makes it availa-

ble to the public in a manner that it suited to harm that person, incurs the same penalty.

(3) Whoever threatens another person with actions as described in paragraphs 1 and 2, in order to coerce them into performing, acquiescing or refraining from an action, incurs the same penalty.

(4) The offense will only be prosecuted upon complaint, unless the prosecuting authority deems it necessary to intervene *ex officio* due to the special public interest in prosecution.

(5) Paragraph 1 and paragraph 2 do not apply to acts done by way of exercising overriding legitimate interests, namely those serving the arts or science, research or teaching, to report about current or historical events, or for similar purposes.

(6) The image media and image recording devices or other technical means used by the offender or participant may be confiscated. § 74a StGB applies.

#### bb) Justification

(1) In line with the standard terminology of the StGB, disseminating and making available to the public are included as the forbidden acts. However, it would also be justifiable to go beyond what the Directive envisages and penalize the act of production in paragraph 1.<sup>135</sup>

Instead of using the word “image recording” (*Bilddaufnahmen*), the modern term of content is used as terminology, which fills the gaps left by ICT.<sup>136</sup> Another factor is that, the word “content” also covers audio recordings, which is explicitly required by Art. 5 of the EU Directive.<sup>137</sup> The term of “intimate parts” used in the Directive, is specified in accordance with § 184k StGB to include genitals, buttocks or the female breast, to take the principle of certainty enshrined in Art. 103 (2) GG into account. As with § 201a StGB and unlike § 184k StGB<sup>138</sup> – the “other person” must be identifiable, although this does not need to be explicitly regulated. This is already evident for deepfakes, as there would otherwise be no protectable victim in the case of purely AI-generated images. The extent to which intimate body parts can be identified depends on the individual case. This may be the case with specific tattoos. In the case of AI-generated compositions of head and body, the protectable victim would be the person whose face is recognizable.

Instead of requiring a probability of serious harm as an element of the offense, a suitability offense is established in accordance with § 238 StGB<sup>139</sup>. Given the vague concept of serious harm, which refers to professional or private disadvantages caused by the making accessible of the content (such as significant damage to reputation, as in § 201a (2) (d) StGB), it would also be justifiable to give up on a continuing result as in the proposal for Turkish criminal law. Because by

<sup>131</sup> *Retornaz* (fn. 48), p. 123.

<sup>132</sup> See BT-Drs. 19/17795, p. 12 regarding § 201a StGB; BGH NSTZ 2015, 391; *Eisele* (fn. 35), § 201a Rn. 3.

<sup>133</sup> BT-Drs. 19/20668, p. 15; Bay VGH BeckRS 2021, 41318; *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367 (370); *Eisele* (fn. 35), § 184k Rn. 3.

<sup>134</sup> See also *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367 et seq.

<sup>135</sup> Compare it with the proposal *infra* V. 5. c).

<sup>136</sup> BT-Drs. 19/19859, p. 26 et seq., 62; *Eisele* (fn. 35), § 184 para. 7.

<sup>137</sup> See *supra* V. 1 and 2.

<sup>138</sup> See *supra* V. 3.

<sup>139</sup> See *supra* V. 3.

making the content publicly available, the right to sexual self-determination is already violated, thus fulfilling the result element of the offense. As the directive contains only minimum requirements, this more extensive penalization would be permissible and would also ensure consistency with § 184k StGB. Accordingly, the penalty range is also aligned with § 184k StGB, making it significantly lower than in the proposal for the TCK.

(2) These considerations also apply to paragraph 2, which follows the directive closely. Since, in addition to the act of producing, altering or modifying the subsequent dissemination or making available to the public is required, it could also be justified here to forgo the classification as a suitability offense. In contrast to the proposal for the Turkish Criminal Code, producing deepfakes should not be penalized, as criminalizing this would extend too far into the preliminary stages of the conduct. Unlike real photos or recordings, deepfakes do not directly violate the right to sexual self-determination at that stage yet.

(3) Paragraph 3 merely closes the gaps left by §§ 240, 241 StGB. These are cases where coercion does not materialize as an actual result of the offense under § 240 StGB or when there is no threat of a sexual offense as § 241 (1) StGB describes. In accordance with § 184k StGB, paragraph 4 of the proposal establishes an offense that cannot be prosecuted without a complaint by the victim. In accordance with §§ 184k (3) and (4) StGB, as well as §§ 201a (4) and (5) StGB, paragraph 5 of the proposal introduces a justification for the protection of legitimate interests, and paragraph 6 establishes a provision on confiscation. The regulation in paragraph 5 also complies with the requirements of Art. 5 (2) of the Directive, which explains the difference compared to the proposal for the Turkish Penal Code.

#### c) Broader reform (“Große Lösung”)

In German criminal law, there is a rather fragmented regulation regarding nude images of children (§ 201a (3) StGB), violation of the intimate area through image recordings (§ 184k StGB), which are supplemented by § 33 KunstUrhG. Taking into account Art. 5 of the EU Directive, the following regulation, is proposed, which penalizes deepfakes in paragraph 2, point 4.

##### aa) Proposal

(1) Anyone who unlawfully creates content will be punished with imprisonment for up to two years or a fine, if the content

1. has sexual acts of another person as its subject,
2. depicts the uncovered genitals, uncovered buttocks, or uncovered female breast of another person,
3. depicts the genitals, buttocks, or female breast of another person covered by underwear, as long as these areas are protected from view.

(2) The same penalty incurs to whomever unlawfully,

1. disseminates or makes accessible to a third party content as described in paragraph 1.
2. disseminates or makes available to the public content that depicts the nudity of another person

3. creates or offers content that depicts the nudity of another person under the age of eighteen, with the intent to provide it to a third party for payment, or acquires it for themselves or a third party for payment.

4. creates, falsifies, or alters content in such a way that it creates the impression that another person is engaging in sexual acts and then distributes or makes this content publicly accessible.

(3) The offense will only be prosecuted upon complaint, unless the prosecuting authority deems it necessary to intervene ex officio due to the special public interest in prosecution.

(4) Paragraph 1 and paragraph 2 do not apply to acts done by way of exercising overriding legitimate interests, namely those serving the arts or science, research or teaching, to report about current or historical events, or for similar purposes.

(5) The image media and image recording devices or other technical means used by the offender or participant may be confiscated. § 74a applies.

##### bb) Justification

(1) In paragraph 1, numbers 1 and 2, the requirements of Art. 5 (1) of the EU Directive are implemented. Furthermore, the conduct of upskirting is integrated into the provision. For pictures or video recordings of underwear that are not regulated by the Directive, it is still required that these be protected from view, as § 184k (1) StGB stipulates. Due to the significant violation of the right to sexual self-determination, the creation of a photograph should always be punishable in this regard.

(2) Paragraph 2, number 1, extends the offenses in accordance with § 184k (1) no. 2 StGB. According to the newly established number 2, the dissemination and making available to the public of nude images of adults is now also punishable. Mere production is not to be included in this respect, unless the requirements of § 201a StGB are met.<sup>140</sup> In number 3, the previous § 201a (3) StGB has been adopted, which extends protection for nude images of minors. Finally, number 4 regulates deepfakes, for which, unlike in the Directive, no requirement for a “suitable result” is needed. However, the mere creation of such deepfakes should not be penalized in this regard.<sup>141</sup>

(3) For paragraphs 3 to 5, reference can be made to the comments regarding the “kleine Lösung”.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> For an insight see *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367 (373 et seq.).

<sup>141</sup> See supra V. 5. b) bb) point 2.

<sup>142</sup> See supra V. 5. b) aa).

# Der freiwillige Rücktritt als schuldhafter Rücktritt

Zur Deutung der „Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch“ (§ 24 StGB) nach einem kausalen, alltagspsychologischen Schuldbegriff

Von Gunnar Spilgies, Hemmingen\*

*Der freiwillige Rücktritt vom Versuch einer Straftat hat nach § 24 StGB strafbefreiende Wirkung. Die h.M. deutet die „Freiwilligkeit“ psychologisch, mit der Folge, dass die Antwort auf die Frage, ob Freiwilligkeit vorliegt, nicht vorhersehbar ist. Zusätzlich basiert die herrschende Rücktrittsdogmatik auf gesetzesfremden Begriffen (fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch), so dass mit Blick auf die Rücktrittsprüfung nur noch bedingt von einer „Rechts“-anwendung gesprochen werden kann. Im vorliegenden Beitrag wird für eine alternative, normative Deutung der Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch argumentiert, die zugleich mit einer gesetzesnahen Rücktrittsdogmatik einhergeht. Ausgehend von dem Verständnis der strafrechtlichen Schuldzuschreibung als alltagspsychologischer Kausalattribution ist der freiwillige Rücktritt in Umkehrung zur schuldhaften Tatbegehung als „schuldhafter Rücktritt“ zu deuten, für den folglich die Zuschreibungsregeln der Tatbegehung analog gelten.*

## I. Einleitung

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, „wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert.“ Die Deutung des Merkmals der Freiwilligkeit gehört seit je zu einem viel diskutierten Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik. Die h.M. sieht sich bis heute einer psychologisierenden, auf den jeweiligen Motivationsdruck zu rechtmäßigem Verhalten abstellenden Deutung der „Freiwilligkeit“ verpflichtet. Nach ständiger Rspr. des BGH ist zu fragen, ob „der Täter [...] noch Herr seiner Entschlüsse blieb und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich hielt [...], also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert, noch durch einen seelischen Druck unfähig wurde, die Tat zu vollbringen“<sup>1</sup>. Entscheidend sei, „ob es sich für den Täter um ein zwingendes Hindernis für einen freien Willensentschluss gehandelt hat“<sup>2</sup> und ob der Täter „noch ‚aus freien Stücken‘ handelt oder aber, ob äußere Umstände ihn zur Tataufgabe zwingen oder eine innere Unfähigkeit zur Tatvollendung auslösen“<sup>3</sup>. Auch in der Literatur ist die Ansicht verbreitet, ein freiwilliger Rücktritt müsse durch autonome Gründe

motiviert sein, während ein durch heteronome Gründe motivierter Rücktritt unfreiwillig sei.<sup>4</sup>

Die Kritik an diesem psychologischen Freiwilligkeitsbegriff ist bekannt: Die danach festzustellende indeterministische Willensfreiheit ist weder begrifflich kohärent noch empirisch beweisbar.<sup>5</sup> Vor allem steht die psychologische Deutung der Freiwilligkeit in offenem Widerspruch zu dem Willensfreiheitspostulat des herrschenden Schuldstrafrechts, nach dem der schuldfähige Täter die Tat qua indeterministischer Willensfreiheit unterlassen kann und damit stets „freiwillig“ (autonom) handelt. Obwohl das Festhalten an einem psychologischen Freiwilligkeitsbegriff, der offen eine Feststellung

<sup>4</sup> Vgl. jeweils m.w.N. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 43; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 24 Rn. 19; *Heger/Petzsche*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23 ff.; *Hoffmann/Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 116 ff.; *Kudlich/Schuhr*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 24 Rn. 64 f.; *Lilie/Albrecht*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 243 ff.; *Gössel*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 188; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 157; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 809 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 54; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 26; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 19 Rn. 37 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 91 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1071 ff.; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 562.

<sup>5</sup> Vgl. *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit, 2001, S. 165 ff.; *Beckermann*, Philosophie verständlich v. 3.10.2005, abrufbar unter

<http://www.philosophieverstaendlich.de/freiheit> (20.9.2024); *Honderich*, Wie frei sind wir?, 1995; *Pothast*, Freiheit und Verantwortung, 2011, S. 98 ff.; *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 177 f., 205 ff.; *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. 2014, S. 51 ff., 78 f.; *Frister*, JuS 2013, 1057 (1059 f.). Vgl. zur Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit z.B. *Roth/Grün* (Hrsg.), Das Gehirn und seine Freiheit, 2006; *Grün/Friedman/Roth* (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts, 2008; *Markowitsch/Siefer*, Tatort Gehirn, 2007; *Prinz*, Psychologische Rundschau 2004, 198 ff.; *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 494 ff., 536 ff.; *Singer*, Ein neues Menschenbild?, 2003, S. 9 ff., 24 ff., 65.

\* Der Verf. ist freier Autor.

<sup>1</sup> BGHSt 7, 296 (Rn. 13 – hier wie im Folgenden zitiert nach juris); vgl. BGHSt 21, 216 (Rn. 4); BGHSt 35, 184 (Rn. 7); BGH StV 1993, 189; BGH HRRS 2013 Nr. 1061 Rn. 11; BGH HRRS 2020 Nr. 280 Rn. 8; BGH HRRS 2023 Nr. 393 Rn. 8; BGH HRRS 2024 Nr. 509 Rn. 11 f.

<sup>2</sup> BGH HRRS 2015 Nr. 525 Rn. 11; vgl. BGHSt 35, 184 (Rn. 7); BGH HRRS 2024 Nr. 509 Rn. 11 f.

<sup>3</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 1207 Rn. 10.



der psychischen Fähigkeit zur Tatvollendung verlangt, daher einigermaßen erstaunlich ist,<sup>6</sup> hat der BGH schon früh im sog. „Lilo-Fall“ den Einwand, Beweggründe „nach ihrer Stärke so abzustufen, daß von einem bestimmten Stärkegrad des Beweggrundes an der Rücktritt als unfreiwillig gelte, sei willkürlich und verlange vom Tatrichter Feststellungen, zu denen er nicht in der Lage sei“<sup>7</sup>, mit dem apodiktischen Satz zurückgewiesen:

„Der Senat erkennt diese Bedenken nicht an.“<sup>8</sup>

Insofern könnte man jede weitere Kritik an der psychologischen Deutung der Freiwilligkeit als aussichtslos betrachten und jeden weiteren Vorschlag einer *normativen* Neubestimmung der Freiwilligkeit als sinnlos, wenn die psychologische Betrachtungsweise in der Rechtsanwendung nicht offenbaren würde, dass deren Ergebnisse tatsächlich „willkürlich“<sup>9</sup>, „zufällig und unkontrollierbar“<sup>10</sup> erscheinen. So verneint der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1994 eine freiwillige Tataufgabe, weil der Täter „durch ihn unwiderstehlich zwingende innere Hemmungen“ außerstande gewesen sei, vor den Augen seiner Kinder weiter auf seine Ehefrau einzustechen.<sup>11</sup> In einer aktuellen Entscheidung erinnert der BGH aber daran, dass der Gedanke an den Sohn des Tatopfers nicht automatische die Freiwilligkeit ausschließe, indem er die vorinstanzliche Verneinung der Freiwilligkeit mit dem Hinweis auf den versäumten Beweis des Unbeweisbaren kritisiert:

„Die Feststellung, der Angeklagte sei [...] psychisch derart erschüttert worden, dass er nicht mehr in der Lage ge-

wesen sei, sein Tun fortzusetzen, ist aber beweismäßig [...] nicht hinreichend unterlegt.“<sup>12</sup>

Die Kritik *Fristers* mit Blick auf das Merkmal der Steuerungsfähigkeit in § 20 StGB<sup>13</sup> lässt sich nach dem Gesagten auf das Merkmal der Freiwilligkeit in § 24 StGB übertragen und wie folgt umformulieren: Nicht die Subsumtion unter den Begriff der Freiwilligkeit entscheidet darüber, ob der Zurücktretende strafbefreiend zurücktritt, vielmehr bestimmt eine anhand eines intuitiven Vorverständnisses getroffene Entscheidung über den strafbefreienden Rücktritt, ob der Rücktritt als freiwillig definiert wird. Letztlich beruht die psychologisierende Betrachtungsweise der h.M. auf der intuitiven, alltagspsychologischen Vorstellung eines logisch unhaltbaren „relativen Indeterminismus“.<sup>14</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es daher durchaus lohnenswert, nach einer alternativen Deutung der Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch Ausschau zu halten. Dies auch deshalb, weil die herrschende Rücktrittsdogmatik insgesamt gesetzesfern ist und den Rechtsanwender zu einer Rücktrittsprüfung zwingt, die geprägt ist durch „die Ausrichtung der Prüfung an Begriffen, die das Gesetz nicht kennt.“<sup>15</sup> Betrachtet man die Diskussion um das Freiwilligkeitsmerkmal des Rücktritts, so fällt auf, dass einem wichtigen Umstand bisher zu wenig Beachtung geschenkt worden ist, dass nämlich der Rücktritt die *Umkehrung der Tatbegehung* darstellt.<sup>16</sup> Von

<sup>12</sup> BGH HRRS 2023 Nr. 393 Rn. 9.

<sup>13</sup> Vgl. *Frister*, JuS 2013, 1057 (1061); vgl. auch *ders.* (Fn. 6), S. 534; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 18 Rn. 11; zustimmend *R. Merkel*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 737 (759 f.).

<sup>14</sup> Vgl. näher mit eingehender Kritik *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 40 ff., 147 ff.; *ders.*, HRRS 2005, 43 (47 f.); vgl. auch *Bröckers* (Fn. 5), S. 145 ff.; *Markowitsch/Siefer* (Fn. 5), S. 225 f.; *Mosch*, Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht, 2018, S. 192 f.; *Grün*, in: Grün/Friedman/Roth (Fn. 5), S. 10 (48 f.).

<sup>15</sup> So die zutreffende Kritik von *Putzke*, ZJS 2013, 620 (621); vgl. z.B. auch *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 52; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 17 f., 32; v. *Heintzel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (33 ff.); *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 ff.

<sup>16</sup> Vertreter der sog. Einheitstheorie von Versuch und Rücktritt widersprechen freilich dieser Grundannahme überhaupt und ordnen den Rücktritt als Zurechnungshinderungsgrund in den Tatbestand ein (so z.B. *Reinhard v. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, S. 58 ff.; *Haas*, ZStW 123 [2011], 226 [239 ff., 245 ff.]) oder als Entschuldigungsgrund in die Schuld (so z.B. *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 90 ff.; *Schumann*, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau, 2006, S. 137 ff.; *dies.*, ZStW 130 [2018], 1 [11 ff.]; *Ahmed*, Rücktritt vom versuchten unechten Unterlassungsdelikt, 2007, S. 26 ff.;

<sup>6</sup> Vgl. mit Blick auf die Feststellung der Steuerungsfähigkeit zur Annahme von Schuldfähigkeit nach § 20 StGB auch *Frister*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 533 (534).

<sup>7</sup> BGHSt 9, 48 (50), mit Verweis auf *Welzel*, Strafrecht, 5. Aufl. 1956, S. 161 f.; *Graf zu Dohna*, ZStW 59 (1940), 541 (544); *Bockelmann*, NJW 1955, 1417 (1418).

<sup>8</sup> BGHSt 9, 48 (50). Dagegen hatte das Reichsgericht im Jahre 1905 in einem Urteil zur Frage des Rücktritts vom nicht beendigten Versuch zu § 46 Nr. 1 StGB a.F. noch erkannt, dass es nicht darum gehe, „ob im strengsten Sinne des Worts, im philosophischen Sinne ein zwingender Grund vorlag“, denn „so würde, schon wegen der Unlösbarkeit des Problems der Willensfreiheit, etwas Unmögliches von ihm gefordert sein“, vielmehr werde im Leben „die Frage, ob jemand ‚gezwungen‘, oder ‚frei‘ sich entschlossen hat, nur danach beurteilt, ob er gezwungen, oder frei sich gefühlt hat, ob er einer Notwendigkeit – so wie die Dinge lagen – zu gehorchen geglaubt hat, oder nicht“ (RGSt 37, 402 [405 f.]).

<sup>9</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 26/33.

<sup>10</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 20 Rn. 372.

<sup>11</sup> Siehe BGH NStZ 1994, 428 (429).

dieser Grundannahme des Rücktritts als *actus contrarius* ausgehend ergibt sich nämlich nicht nur, dass die „Freiwilligkeit des Rücktritts“ *normativ* zu bestimmen ist, sondern quasi auch von selbst, wie diese normative Bestimmung des Freiwilligkeitsmerkmals inhaltlich auszufüllen ist: Denn versteht man die strafrechtliche Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution (dazu II.), so lässt sich die „Schuld“ des Täters an der Tat (dazu III.), die schuldhaftige Tat, auch als „Freiwilligkeit der Tatbegehung“ bezeichnen (dazu IV.). Dementsprechend ist die „Freiwilligkeit des Rücktritts“ – da der Rücktritt die Umkehrung der Tatbegehung ist – gleichbedeutend mit einem *schuldhaften Rücktritt* und nur ein anderer Ausdruck für die „Schuld“ des Täters an dem Rücktritt. Das heißt, ein freiwilliger Rücktritt ist nach dieser normativen Betrachtungsweise ein vom Täter verschuldeter Rücktritt, für den folglich die Zuschreibungsregeln der Tatbegehung analog gelten (dazu V.). Hieraus ergeben sich dann die Zuschreibungsvoraussetzungen für die Tataufgabe nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB (dazu VI.), die Vollendungsverhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB (dazu VII.) sowie das ernsthaft Bemühen nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB (dazu VIII.).<sup>17</sup>

## II. Die strafrechtliche Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution

Ausgangspunkt der hier vertretenen These, ein freiwilliger Rücktritt sei ein schuldhafter Rücktritt, ist das Verständnis der strafrechtlichen Schuldzuschreibung als alltagspsychologischer Kausalattribution.<sup>18</sup>

### 1. Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution

Ein etymologischer Blick auf den Schuldbegriff offenbart ein ursprünglich kausales Verständnis der Schuld: Das griechische Wort für Ursache „αἰτία“ und die lateinische Übersetzung „causa“ bedeuten ursprünglich Schuld.<sup>19</sup> Ursache und Schuld meinen also ursprünglich dasselbe. Vor allem im alltäglichen Sprachgebrauch verwendet man „Schuld“ bis heute in diesem kausalen Sinne. Die sprachlichen Wendungen „etwas verschuldet haben“, „an etwas schuld sein“ oder

„Schuld haben“ heißen hiernach, etwas verursacht haben.<sup>20</sup> Die Schuldzuschreibung lässt sich daher als alltagspsychologische Kausalattribution verstehen. Mit dem Begriff „Kausalattribution“ ist in der Sozialpsychologie der Prozess der schlussfolgernden Zuschreibung der Ursachen für ein (eigenes oder fremdes) Verhalten im Alltag bezeichnet, also die alltagspsychologische Erklärung eines Verhaltens.<sup>21</sup>

Nach der für die Attributionsforschung richtungsweisen naiven Verhaltenstheorie des österreichischen Psychologen *Fritz Heider* schreibt man im Alltag ein anomales (unerwartetes) Verhalten entweder den dispositionalen Eigenschaften der handelnden Person zu (ihrem „Können“ oder „Wollen“), d.h. den internalen Faktoren, oder der Situation, d.h. den externalen Faktoren.<sup>22</sup> Dem liegt ein zweistufiger Zuschreibungsprozess zugrunde, der wiederum auf den beiden funktional unterschiedlichen Hirnsystemen des Unbewussten und Bewussten beruht<sup>23</sup> und letztlich den alltagspsychologischen Perspektivendualismus widerspiegelt:<sup>24</sup> Auf der ersten, intuitiven Stufe urteilt der Zuschreibende aus der Erster-Person-Perspektive als Teilnehmer der Situation und attribuiert intuitiv quasi automatisch grundsätzlich internal – denn die handelnde Person wird als sichtbare und kontrollierbare Ursache wahrgenommen (sog. Wahrnehmungssalienz). Auf der zweiten, rationalen Stufe urteilt der Zuschreibende dagegen aus der Dritte-Person-Perspektive als Beobachter der Situation und attribuiert rational external, wenn situative Faktoren sichtbar werden. Da diese zweite Stufe mit mehr geistiger Anstrengung verbunden ist und situative Faktoren auch schwieriger zu kontrollieren sind, neigen Personen aber zu personaler Überattribution. Das Milgram-Experiment<sup>25</sup> und Stanford-Prison-Experiment<sup>26</sup> haben eindrucksvoll ge-

*Roxin* [Fn. 10], § 30 Rn. 29 f.; *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 71). Missverständlich wäre jedoch, das Verhältnis zwischen Versuch und Rücktritt mit dem Bild der „Spiegelbildlichkeit“ zu beschreiben, denn das würde eine tatsächlich nicht vorhandene Symmetrie von Versuchs- und Rücktrittshandlung suggerieren (vgl. dazu *Bloy*, JuS 1987, 528 [533]).

<sup>17</sup> Die folgenden Ausführungen basieren auf meiner Arbeit „Über Schuld und Strafe auf deterministischer Grundlage“, 2021. Die darin in § 6 E. nur grob entworfene Skizze der Freiwilligkeit des Rücktritts wurde vorliegend weiter ausgearbeitet und teilweise korrigiert.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch *Spilgies*, KriPoZ 2022, 160 (162 f.).

<sup>19</sup> Vgl. *Traeger*, Wille, Determinismus, Strafe, 1895, S. 205 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 88; *Sachsse*, Kausalität, Gesetzlichkeit, Wahrscheinlichkeit, 1979, S. 12.

<sup>20</sup> Vgl. Deutsches Wörterbuch von *Jacob Grimm* und *Wilhelm Grimm*, digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities, Version 01/23, abrufbar unter <https://www.woerterbuchnetz.de/DWB>, „Schuld“, Sp. 1885 f. (20.9.2024).

<sup>21</sup> Vgl. *Aronson/Wilson/Sommers*, Sozialpsychologie, 10. Aufl. 2023, S. 144; *Bierbrauer*, Sozialpsychologie, 2. Aufl. 2005, S. 102 f.; *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019, Rn. 393; *Parkinson*, in: *Ullrich/Stroebe/Hewstone* (Hrsg.), Sozialpsychologie, 7. Aufl. 2023, S. 79 f.

<sup>22</sup> *Heider*, The Psychology of Interpersonal Relations, 1958, S. 82 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 31 ff.; *Roth* (Fn. 5), S. 236 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Aronson/Wilson/Sommers* (Fn. 21), S. 151 f.; *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 21), Rn. 405; *Oswald/Stucki*, in: *Oswald/Bieneck/Hupfeld-Heinemann* (Hrsg.), Social Psychology of Punishment of Crime, 2009, S. 173 (175 ff.); von philosophischer Seite auch *Pothast* (Fn. 5), S. 55 ff., 120 ff., 149 ff., der beide Perspektiven als ein „Vexierbild“ bezeichnet.

<sup>25</sup> Vgl. *Milgram*, The Journal of Abnormal and Social Psychology 1963, 371; *ders.*, Das Milgram-Experiment, 1974.

<sup>26</sup> Vgl. *Haney/Banks/Zimbardo*, International Journal of Criminology and Penology 1973, 69; <http://www.prisonexp.org> (20.9.2024).



zeigt, dass situative Einflüsse erheblich unterschätzt werden.<sup>27</sup> Personen schreiben aufgrund der Wahrnehmungssalienz ein beobachtetes Verhalten sogar wider besseres Wissen über dessen externale Ursachen der handelnden Person als „selbst gewollt“ zu (sog. fundamentaler Attributionsfehler).<sup>28</sup>

Die zweistufige Kausalattribution beschreibt die Schuldzuschreibung zugleich als zwei Arten der moralischen Urteilsbildung. Heider hat als Erster in Anknüpfung an Piagets Arbeit über die moralische Urteilsbildung bei Kindern<sup>29</sup> die Zuschreibung von Verantwortung als moralisches Urteil betrachtet und fünf moralische Stufen der Schuldzuschreibung unterschieden.<sup>30</sup> Fishbein/Ajzen haben die von Heider beschriebenen Stufen der Verantwortlichkeit unter (modifizierter) Verwendung der von Shaw/Sulzer<sup>31</sup> vorgenommenen Bezeichnungen wie folgt zusammengefasst:

„(1) *Association*: At the first and most primitive level, the actor is held responsible for all effects that are in any way associated with him. (2) *Commission*: At the next level he is held responsible if he was instrumental in producing the observed effects (even if he could not have foreseen them). (3) *Foreseeability*: At this level the actor is held responsible only if he could have foreseen the effects even though he might not have intended to produce them. (4) *Intentionality*: At the fourth level he is held responsible for effects he foresaw and intended. (5) *Justification*: Finally, at the fifth level he is held responsible only to the extent that his intended behavior was not justifiable, i. e., not caused by environmental factors beyond his control.“<sup>32</sup>

## 2. Die Relevanz der Zuschreibungsregeln der Alltagspraxis im Strafrecht

Auf die Relevanz der Alltagspraxis für die strafrechtliche Schuldzuschreibung ist in der Strafrechtswissenschaft vielfach hingewiesen und insoweit auch angemahnt worden, dass sich das Strafrecht von den Zuschreibungsregeln im Alltag nicht zu sehr entfernen dürfe, um auf allgemeine Akzeptanz

zu stoßen.<sup>33</sup> Es ist daher auf den ersten Blick überraschend, dass das Zuschreibungsmodell der alltagspsychologischen Kausalattribution bisher nicht als Grundlage für die strafrechtliche Schuldzuschreibung übernommen wurde. Ein wesentlicher Grund hierfür dürfte allerdings die Dominanz des freiheitsbasierten Schuldprinzips im Strafrecht sein, das man nicht nur ebenfalls als „unbezweifelbare Realität unseres sozialen und moralischen Bewußtseins“ auf die Alltagspraxis zurückführt,<sup>34</sup> sondern das dem kausalen Ansatz einer Schuldzuschreibung fundamental widerspricht. Das freiheitsbasierte Schuldprinzip steht einer Übernahme der Zuschreibungsregeln der Alltagspraxis jedoch nicht entgegen, denn indeterministische Willensfreiheit ist keine notwendige Bedingung strafrechtlicher Verantwortlichkeit.<sup>35</sup> Vielmehr ist die Freiheitsfrage von der Frage der Schuldzuschreibung zu trennen: „Die Frage, was Freiheit ‚bedeutet‘“, so der Rechtsphilosoph *Manfred Moritz*, „muß durch die Frage ersetzt werden, welche Bedingungen wir dafür aufstellen wollen, daß eine Person verantwortlich gemacht wird.“<sup>36</sup> Die Er-

<sup>33</sup> Vgl. z.B. *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 274 f., 286; *ders.*, ZStW 99 (1987), 567 (589 ff.); *Hassemer* (Fn. 30), S. 221; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 159 f.; *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, S. 33; *R. Merkel* (Fn. 5), S. 131; *Bröckers* (Fn. 5), S. 259 ff., 385; *Kargl*, GA 2017, 330 (339 ff.); *ders.*, Strafrecht, 2019, Rn. 215 ff.; *Streng*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 501 (502). Von philosophischer Seite hat zuletzt *Hallich*, Anders handeln können, 2022, S. 105 ff., für ein „Primat der sozialen Praxis von Zuschreibungen, Erwartungen und Zumutbarkeitskriterien“ (S. 108) plädiert; vgl. *ders.*, Strafe, 2021, S. 214 ff.

<sup>34</sup> So paradigmatisch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 412, wobei diese alltagspsychologische Fundierung auch von Kritikern des indeterministischen Schuldprinzips anerkannt wird, vgl. etwa *Burkhardt*, Analyse & Kritik 1981, 155 („im Alltagsdenken tief verwurzelt“); *R. Merkel* (Fn. 13), S. 760 (im „Alltagsverständnis des Begriffs meinen wir mit Schuld eben [...] höchstpersönliche Vorwerfbarkeit“); *Streng* (Fn. 33), S. 501 („Rückhalt im Rechtsdenken der Bevölkerung“); von philosophischer Seite *Keil*, Willensfreiheit, 3. Aufl. 2017, S. 11 ff., 250 ff., der „libertarische Freiheit“ als eine „gewöhnliche Auffassung des gesunden Menschenverstandes“ bezeichnet.

<sup>35</sup> Zur näheren Begründung siehe *Spilgies* (Fn. 17), § 5 A., S. 31 ff.

<sup>36</sup> *Moritz*, ARSP 1972, 13 (27); vgl. auch *Weinberger*, ZphF 1980, 607 (617 ff.); *ders.*, Rechtstheorie 2004, 149 (152 f.); *Singer*, in: Liessmann (Hrsg.), Die Freiheit des Denkens, 2007, S. 111 (141 f.); *Lotter*, Scham, Schuld, Verantwortung, 2012, S. 10 ff., 130, 150 ff., 207 ff. (246); *dies.*, in: Liessmann (Hrsg.), Schuld und Sühne, 2015, S. 67 (75 ff.). Auch neuere psychologische Studien kommen zu dem Ergebnis, dass die metaphysische Freiheitsfrage von der Frage moralischer Verantwortung zu trennen sei, vgl. *Hannikainen/Machery/Rose u.a.*, Front. Psychol. 10:2428 (2019); *Vier-*

<sup>27</sup> Vgl. *Bierbrauer* (Fn. 21), S. 15 ff., 120; zur kriminologischen Einordnung der Experimente vgl. *Neubacher*, Kriminologie, 5. Aufl. 2023, 11. Kap. Rn. 1 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Ross*, Advances in Experimental Social Psychology 1977, 173; *Gilbert/Malone*, Psychological Bulletin 1995, 21; *Aronson/Wilson/Sommers* (Fn. 21), S. 35, 147 ff.; *Bierbrauer* (Fn. 21), S. 119 ff.; *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 21), Rn. 397.

<sup>29</sup> Vgl. *Piaget*, Das moralische Urteil beim Kinde, 1973.

<sup>30</sup> Vgl. *Heider* (Fn. 22), S. 112 ff.; vgl. dazu *Bierbrauer*, in: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. 3, 1978, S. 130 (142 ff.); *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 219 f.; *Kuhlen*, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, S. 341 (350 ff.).

<sup>31</sup> *Shaw/Sulzer*, The Journal of Abnormal and Social Psychology 1964, 39 f.

<sup>32</sup> *Fishbein/Ajzen*, Journal of Experimental Social Psychology 1973, 148 (149 f. – Hervorhebungen im Original).

kenntnis, dass Verantwortlichkeit und Schuld nicht ontologisch „gefunden“, sondern zugeschrieben werden, ist dem Strafrecht aber keineswegs fremd,<sup>37</sup> ja diese Erkenntnis bildet den Ausgangspunkt aller funktionalen Schuldlehren<sup>38</sup>. Ihren Vertretern ist jedoch vorzuhalten, dass sie die Freiheitsprämisse des gegenwärtigen Schuldstrafrechts nicht radikal in Frage gestellt haben und der traditionellen Schuld(fähigkeits)dogmatik verhaftet geblieben sind.<sup>39</sup>

Legt man danach für die strafrechtliche Schuldzuschreibung die Schablone der alltagspsychologischen Schuldzuschreibung an, so erkennt man, dass sich die moralischen Stufen der Schuldzuschreibung im Alltag auch im Straftatensystem abbilden:<sup>40</sup>

1. Commission = Naturkausalität zwischen Tathandlung und Taterfolg
2. Foreseeability = Vorhersehbarkeit des Taterfolgs, Fahrlässigkeit, objektive Zurechnung des Taterfolgs
3. Intentionality = absichtliches bzw. vorsätzliches Verhalten
4. Justification = schuldausschließende anormale externe Notlagen, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Die Übernahme der Zuschreibungspraxis in die strafrechtliche Schuldzuschreibung schließt eine kritische Prüfung freilich nicht aus.<sup>41</sup> Das Strafrecht sollte das Alltagsurteil präzisieren und verallgemeinern<sup>42</sup> und das Straftatensystem wo nötig entsprechend weiter differenzieren – so wie im vorliegenden Fall der Strafbefreiung bei einem freiwilligen Rücktritt vom Versuch.

### III. Strafrechtliche Schuld im Lichte des kausalen, alltagspsychologischen Schuldbegriffs

Der skizzierte kausale, alltagspsychologische Schuldbegriff führt so zu einem grundlegenden Bedeutungswandel des Begriffs der strafrechtlichen Schuld. Strafrechtliche Schuld

*kant/Deutschländer/Sinnott-Armstrong/Haynes*, Front. Psychol. 10:1133 (2019).

<sup>37</sup> Vgl. *Beck*, in: Joerden/Hilgendorf/Petrillo/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde in der Medizin, 2012, S. 261 (270); *Weißer*, GA 2013, 26 (36 f.); *Bröckers* (Fn. 5), S. 385 ff.; *Hörnle* (Fn. 33), S. 8 f., 24; *Wohlers*, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht, Philosophie, Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 423 (434 f.).

<sup>38</sup> Dazu nur *Jakobs* (Fn. 9), 17/21 Fn. 46: „Schuldzuschreibung heißt nicht, eine vor der Zuschreibung schon irgendwo vorhandene Schuld werde verteilt [...], sondern daß durch die Zuschreibung die Schuld zur Entstehung gebracht wird“; *ders.*, in: Siller/Keller (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, 1999, S. 135 (137): „Schuld ist [...] das Ergebnis einer Zuschreibung“.

<sup>39</sup> Hierzu näher *Spilgies* (Fn. 17), S. 78 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Hassemer* (Fn. 30), S. 220 f.; *Kuhlen* (Fn. 30), S. 351 f.

<sup>41</sup> Vgl. *Hassemer* (Fn. 30), S. 221, sowie *Pothast*, Wie frei wir sind, ist unsere Sache, 2016, S. 226.

<sup>42</sup> Vgl. *Kuhlen*, ZStW 120 (2008), 140 (149).

stellt sich im Lichte der Schuldzuschreibung als alltagspsychologischer Kausalattribution als soziale Fremdzuschreibung strafrechtlicher Verantwortung dar und als Kausalität der anormalen Persönlichkeit des Täters für die Verletzung der Strafnorm. Ein solcher kausaler Schuld-begriff steht in der Tradition der Charakterschuldlehre.<sup>43</sup> Im Gegensatz zum herrschenden Begriff der Strafbegründungsschuld als eigenständigem Verbrechenmerkmal neben der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bezeichnet der kausale Schuld-begriff auf diese Weise den Inbegriff der Strafbarkeitsvoraussetzungen eines umfassenden Schuld-tatbestands.

Ein so umfassend bestimmter normativer Schuld-begriff führt den normativen Ansatz *Reinhard Franks* konsequent zu Ende. Dieser hat in seinem Festschriftenbeitrag „Über den Aufbau des Schuld-begriffs“ aus dem Jahre 1907 für eine Übernahme des prozessualen Schuld-begriffs, auf den § 263 StPO mit der „Schuldfrage“ verweist, „auf das Gebiet des gesamten Strafrechts“ plädiert<sup>44</sup> und den Schuld-begriff schlagwortartig treffend mit dem Ausdruck „Schuld ist Vorwerfbarkeit“<sup>45</sup> bezeichnet.<sup>46</sup> Mit *Frank* kann man daher sagen:

<sup>43</sup> Vgl. *Schopenhauer*, Zürcher Ausgabe, Werke in zehn Bänden, Bd. 6, 1977, S. 134 f.; *A. Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, § 26 (S. 66), § 27 (S. 70 ff.); *Traeger* (Fn. 19), S. 212 ff.; v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, § 36 IV. 1., S. 216 f.; *Robert v. Hippel*, ZStW 23 (1903), 396 (414); *Petersen*, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht, 1905, S. 196; *Graf zu Dohna*, MschrKrimPsych 1907, 513 (525 ff.); *ders.*, ZStW 66 (1954), 505 (508 f.); *Katz*, Das Problem der Willensfreiheit und das Strafrecht, 1910, S. 91 f.; *Heinitz*, ZStW 63 (1951), 57 (71 ff.); *Sarstedt*, Rechtsstaat als Aufgabe, 1987, S. 40, 170; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965, S. 44 ff.; mit metaphysischer Begründung *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), 220 (240 ff.). Neuestens *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 95 ff., 125; *ders.*, in: Schröder/Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 157 (184 ff.); *Beck* (Fn. 37), S. 271 ff.; vgl. auch *Herdegen*, in: Kempf/Jansen/Müller (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II, 2006, S. 233 (244); *Nasrin*, in: Vasella/Morand (Hrsg.), Werte im Recht – das Recht als Wert, 2018, S. 325 (351); vgl. zum herrschenden „charakterlogischen“ Schuld-begriff in Österreich zuletzt *Soyer/Pollak*, in: Hochmayr/Hinterhofer (Hrsg.), Festschrift für Kurt Schmoller, 2024, S. 83 (88 ff.); von philosophischer Seite auch *Guckes*, Ist Freiheit eine Illusion?, 2003, S. 206 ff.

<sup>44</sup> Siehe *Frank*, in: Frank (Hrsg.), Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, S. 519 (525 f.). Für diesen Verweis hat *Frank* seinerzeit heftige Kritik erfahren (vgl. die Nachw. bei *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 1 Fn. 4; ablehnend auch v. *Liszt/Schmidt* [Fn. 43], § 36 II., S. 208) und seither gilt ein solcher Verweis mit den Worten *Achenbachs* als „völlig unhaltbar“ (S. 103) – zu Unrecht.

<sup>45</sup> *Frank* (Fn. 44), S. 529.

„[S]chuldhaftes Handeln ist vorwerfbares Handeln, ein solches also, aus dem man dem Handelnden einen Vorwurf machen kann. [...] der Begriff der Vorwerfbarkeit tritt für uns nur als eine kurze Zusammenfassung der einzelnen Schulselemente auf.“<sup>47</sup>

Damit kann einer Person dann die strafrechtliche Schuld für die Tat und den Taterfolg zugeschrieben und gegen sie ein Schuldvorwurf erhoben werden, wenn sie 1. im Zustand der Schuldfähigkeit 2. durch ihr Verhalten 3. den tatbestandsmäßigen Erfolg 4. naturkausal, 5. vorhersehbar (fahrlässig), 6. ggf. vorsätzlich, 7. ohne rechtfertigende Gründe und 8. ohne sonstige entschuldigende Gründe herbeigeführt hat.<sup>48</sup> Der Begriff der „Entschuldigung“ ist hiernach im Vergleich zum herkömmlichen Straftatsystem in einem weiten Sinne zu verstehen, nämlich als Fehlen einer Zuschreibungsvoraussetzung.

#### IV. Die schuldhafte Tat als „Freiwilligkeit der Tatbegehung“

Zwar wurde gesagt, dass die Frage der Schuldzuschreibung als normativer Verantwortungszuschreibung von der Freiheitsfrage unabhängig ist (vgl. oben II. 2.), das heißt jedoch nicht, damit das „Sprachspiel der Willensfreiheit“ über Bord werfen zu müssen. Denn mit der Zuschreibung der Schuld an die handelnde anormale Person ist diese zum einen Zuschreibungsendpunkt, d.h. letztursächlich für ihr Handeln (und dessen Folgen), zum anderen wird ihr Handeln so betrachtet, als ob es selbst „unverursacht“, also „frei“ wäre. Mit den Worten *Kelsens*:

„Daß der einer Moral- oder Rechtsordnung unterworfenen Mensch ‚frei‘ ist, bedeutet, daß er Endpunkt einer nur auf Grund dieser normativen Ordnung möglichen Zurechnung ist. [...] der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird.“<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Ausgehend vom herrschenden normativen Schuldbegriff kommen auch diejenigen zu einem solchen umfassenden Schuldverständnis, die für eine Angleichung der Strafzumessungsschuld an die Straftatlehre auch hinsichtlich der „Strafbegründungsschuld“ plädieren, vgl. z.B. *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 190; *Gropp/Sinn* (Fn. 4), § 6 Rn. 41 ff. (44): „Schuld ist somit Unwertverwirklichung, wenn diese Unwertverwirklichung tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft erfolgt.“

<sup>47</sup> *Frank* (Fn. 44), S. 529 f.

<sup>48</sup> *Frank* selbst sieht den Schuldtatbestand dagegen nicht ganz so umfassend, schließt vielmehr das „rechtswidrige Verhalten“ aus und kommt damit zu den drei Schulselementen: 1. Zurechnungsfähigkeit, 2. Vorsatz und Fahrlässigkeit und 3. „die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt“ (Fn. 44, S. 530).

<sup>49</sup> *Kelsen* (Fn. 19), S. 97, 102. Die kürzlich von *Renzikowski* gegen *Kelsen* vorgetragene Polemik: „In a completely determined world, every legal norm is nonsense because it demands the theoretically impossible“ (ARSP 2023, 482 [491 ff.]), ist von vielen Philosophen mit dem Hinweis darauf

Willensfreiheit ist danach, so *Bröckers* treffend, „gewissermaßen nur eine allgemeine Metapher für die Voraussetzungen dieses Zuschreibungsakts“.<sup>50</sup> Damit lässt sich nach dem Verständnis der strafrechtlichen Schuldzuschreibung als alltagspsychologischer Kausalattribution die „Schuld“ des Täters an der Tat, also die schuldhafte Tat, auch als „Freiwilligkeit der Tatbegehung“ bezeichnen.

#### V. Der „freiwillige Rücktritt vom Versuch“ als schuldhafter Rücktritt

Da nun der Rücktritt quasi die *Umkehrung* der Tatbegehung ist, folgt aus dem Gesagten, dass die „Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch“ i.S.v. § 24 StGB gleichbedeutend ist mit der „Schuld“ des Täters an dem Rücktritt. Das heißt, ein freiwilliger Rücktritt ist ein schuldhafter Rücktritt, auf den die für die Tatbegehung geltenden Zuschreibungsregeln und Bewertungsmaßstäbe analog anzuwenden sind. Anstatt mit der h.M. das Merkmal der Freiwilligkeit des Rücktritts psychologisch zu bestimmen, ist also eine normative Deutung des Freiwilligkeitsmerkmals geboten.<sup>51</sup> Die Freiwilligkeit des

widerlegt worden, dass der Determinismus keinen Fatalismus impliziere, vielmehr jede Person in einer Entscheidungssituation ihre Entscheidung notwendig als epistemisch indeterminiert erlebe (vgl. *Spilgies* [Fn. 17], S. 37 f. m.w.N.; ausführlich hierzu zuletzt *Pothast* [Fn. 5], S. 29 ff., 55 ff.; vgl. zur Erste-Person-Perspektive der handelnden Person oben II. 1.). Hierin liegt auch, wie *Burkhardt* bemerkt, „das naturalistische Korrelat des berühmten Ausspruchs von *Kant*, dass der Mensch ein Wesen ist, ‚das nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann‘“ (in: *Arnold/Burkhardt/Gropp* [Hrsg.], *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 77 [98]).

<sup>50</sup> *Bröckers* (Fn. 5), S. 386 f. Fn. 1228.

<sup>51</sup> Vgl. für eine in ihrem Ansatz ganz ähnliche normative Betrachtung *Herzberg*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987*, S. 325 (353): „Was dem Täter im Bösen als Werk seiner Freiheit vorgeworfen wird, das muß man als freiwillige Leistung auch anerkennen, wo es Gutes bewirkt hat“; *ders.*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, § 24 Rn. 123: „Wie die ‚rechtswidrige Tat‘ dem Täter als schlechte, als ‚unverdienstliche‘, so muss ihm der Rücktritt als gute, als ‚verdienstliche‘ Leistung zugerechnet werden“; *Jakobs* (Fn. 9), 26/30: „die Erfüllung des Rücktrittstatbestands muß dem Zurücktretenden als seine Leistung zuzurechnen sein; daran fehlt es, wenn das Rücktrittsverhalten aus Bedingungen erklärt werden kann, für die der Zurücktretende nicht zuständig ist“; *Jäger*, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, S. 1: „Ausgangspunkt der Betrachtung ist dabei die Überzeugung, daß das Prinzip der Zurechnung, wie es die Diskussion in der strafrechtlichen Täterlehre beherrscht, auf die Rücktrittsvorschrift des § 24 entsprechende Anwendung finden muß“ (vgl. auch *ders.*, *ZStW* 112 [2000], 783 [794 ff.]; *ders.*, in: *Wolter* [Hrsg.], *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 10. Aufl. 2024, § 24 Rn. 70 ff.). *Jägers* prinzipielle Anleh-

Rücktritts ist damit das Ergebnis sozialer Fremdzuschreibung und bezeichnet die Kausalität der anormalen Persönlichkeit des Zurücktretenden für den Rücktritt (dazu 1.). Während die schuldhafte Tat Strafe begründet, befreit der freiwillige Rücktritt von Strafe (dazu 2.). Aus der analogen Anwendung der für die Begehungstat geltenden Zuschreibungsregeln lässt sich zunächst ganz allgemein ein umfassender Schuld tatbestand des Rücktritts gewinnen (dazu 3.). Schlüsselt man diesen mit Blick auf die Rücktrittsarten für den Einzeltäter nach § 24 Abs. 1 StGB auf, so ergeben sich die einzelnen Zuschreibungsvoraussetzungen für die Tataufgabe nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB (dazu VI.), die Vollendungsverhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB (dazu VII.) sowie das ernsthafte Bemühen nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB (dazu VIII.). Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (§ 24 Abs. 2 StGB) bleibt vorliegend außer Betracht.

### 1. Die Freiwilligkeit des Rücktritts als Kausalität der anormalen Persönlichkeit des Zurücktretenden

Die Freiwilligkeit des Rücktritts bedeutet aus attributions-theoretischer Sicht, dass die Schuld in der Kausalität der anormalen Persönlichkeit des Zurücktretenden liegt: Aus Sicht der Gesellschaft hat der Zurücktretende den Rücktritt verschuldet („verursacht“), d.h., die letzte Ursache des Rücktritts wird dem fehlenden „Können“ oder „Wollen“ des Zurücktretenden attribuiert, weil sein Rücktritt und seine Persönlichkeit als *anormal* (unerwartet) zu bewerten sind. Der Rücktritt findet in der anormalen Täterpersönlichkeit seine individuelle Erklärung. Ein normaler Täter wäre im Gegensatz zum Zurücktretenden in seiner Situation nicht zurückgetreten, sondern hätte anders gehandelt. Der Schuld als Kausalität der anormalen Persönlichkeit des Zurücktretenden entspricht umgekehrt das generelle Andershandeln im Sinne des Andershandelns eines Durchschnittstäters.

### 2. Begründung der Strafbefreiung bei freiwilligem Rücktritt

Die Strafbefreiung bei freiwilligem Rücktritt erklärt sich hiernach spiegelbildlich zur Strafbegründung bei schuldhafter versuchter Tatbegehung: So wie die schuldhafte Tatbegehung tadelnswert ist, mangelnde Rechtstreue offenbart und damit Strafe begründet, ist umgekehrt der freiwillige Rücktritt verdienstvoll, offenbart Rechtstreue und befreit damit von Strafe, sofern die Tat nicht vollendet wurde. Der Zurücktretende gleicht den durch die Versuchstat entstandenen Normgeltungsschaden durch seinen freiwilligen Rücktritt selbst wieder aus, so dass die Strafe zur emotionalen Befriedung und kognitiven Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung nicht mehr erforderlich ist.<sup>52</sup> Damit erfüllt er die durch den

nung an die Lehre von der mittelbaren Täterschaft greift jedoch zu kurz.

<sup>52</sup> Vgl. zum Inhalt der Strafe und ihren Zwecken *Spilgies* (Fn. 17), §§ 10–11. So in der Sache auch die herrschende „Strafzwecktheorie“, vgl. BGHSt 9, 48 (52); *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 2b; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 4 ff.; *Murmann*, JuS 2021, 385 (386 f.), jeweils m.w.N. Eine so bestimmte ratio legis des Rücktritts verlangt aber genauso wenig wie auf

Versuch begründete Strafschuld im Sinne einer obligatio ad poenam patendam, d.h. der Verpflichtung gegenüber dem Staat, die Strafe zu erdulden,<sup>53</sup> mittels des schuldhaften Rücktritts als eines Erfüllungssurrogats. Straftatsystematisch lässt sich der Rücktritt daher mit der h.M. als „Strafaufhebungsgrund“ einordnen.<sup>54</sup> Man könnte auch von einem „Straferlöschensgrund“ sprechen, wodurch ausgedrückt würde, dass durch den Rücktritt das Strafschuldverhältnis zwischen Staat und Täter erlischt.<sup>55</sup>

### 3. Der umfassende Schuld tatbestand des Rücktritts

Die analoge Anwendung der für die Tatbegehung geltenden Zuschreibungsregeln auf den Rücktritt führt zu einem umfassenden Schuld tatbestand des Rücktritts, der die allgemeinen Voraussetzungen eines schuldhaften und damit freiwilligen Rücktritts bestimmt. Danach hat der freiwillige Rücktritt vom Versuch folgende Voraussetzungen:

#### 1. Schuldfähigkeit des Zurücktretenden

Strafbegründungsseite die Rücktrittsvoraussetzungen (namentlich das „Freiwilligkeitsmerkmal“) selbst funktional bzw. teleologisch mit Blick auf den Wegfall des Strafbedürfnisses zu deuten, so aber etwa *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 10. Kap. Rn. 79; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 57 ff.; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 27; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 28 Rn. 106, 122, 131, 145, 150; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 7, 15; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 2; *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (335 ff.). Denn der Wegfall des Strafbedürfnisses ist lediglich die Folge eines freiwilligen Rücktritts, liefert aber keine sachliche Begründung für die Auslegung der einzelnen Rücktrittsvoraussetzungen. Vgl. auch die Kritik von *Herzberg* (Fn. 51), § 24 Rn. 18 f., 36 ff.; *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 5.

<sup>53</sup> Vgl. zu diesem Verständnis der Schuld als Strafschuld *Spilgies* (Fn. 17), S. 16, 131 f.; *Burkhardt*, in: Kick/Schmitt (Hrsg.), Schuld, 2011, S. 59, 65 f. In diesem Sinne auch *Herzberg* (Fn. 51), S. 350 („Der freiwillig Zurücktretende befreit sich von staatlicher Zwangsandrohung, weil er seine Schuld durch eine ihm zurechenbare Leistung erfüllt“), dessen „Schulderfüllungstheorie“ daher einer straftheoretischen Begründung des Rücktritts gar nicht widerspricht, sondern lediglich auf einen anderen Aspekt der Erklärung fokussiert, nämlich auf die Rechtsnatur der Strafe im Sinne einer Schuld (zutreffend *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 [511]). Vgl. auch *Otto* (Fn. 4), § 19 Rn. 4, der darauf hinweist, die Unterschiede der Rücktrittstheorien seien „durch die jeweilige Betonung einzelner Akzente begründet.“

<sup>54</sup> Vgl. RGSt 57, 272 (273); BGHSt 7, 296 (Rn. 13); *Murmann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 53; *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 11; *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 49; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 7; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1005, jeweils m.w.N.

<sup>55</sup> Vgl. *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 6 f.

2. Nichtvollendung der Tat
3. Rücktrittstat
4. „Pseudo-Kausalität“ der Rücktrittstat für die Nichtvollendung der Tat
5. Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat
6. Rücktrittsvorsatz
7. Keine „entschuldigenden“ Umstände

#### a) *Schuldfähigkeit des Zurücktretenden*

Der Rücktritt ist nur dann freiwillig, wenn der Zurücktretende im Zeitpunkt der Rücktrittstat schuldfähig gewesen ist.<sup>56</sup> Versteht man die strafrechtliche Schuldzuschreibung wie vorliegend als alltagspsychologische Kausalattribution, so ist die Schuldfähigkeit jedoch abweichend von der h.M. neu zu bestimmen.<sup>57</sup> Danach handelt es sich bei der Schuldfähigkeit nicht, wie die h.M. annimmt, um einen deskriptiven Begriff, also um eine ontische Fähigkeit einer Person (mag diese auch normativ zugeschrieben, ja fingiert werden), sondern um einen askriptiven Begriff. Eine Antwort auf die Frage, ob eine Person schuldfähig ist, findet man nicht in der Feststellung von psychischen Eigenschaften dieser Person, vielmehr wird die Schuldfähigkeit im Rahmen der alltagspsychologischen Kausalattribution aus Sicht der Gesellschaft normativ zugeschrieben. Sie ist auf Tatbegehungsseite als Fähigkeit (Geeignetheit) einer Person zu verstehen, Schuld (Ursache) an der Tat und der Verletzung einer Strafrechtsnorm sein zu können und offenbart sich alltagspsychologisch in der Kompetenz, die Normgeltung zu beschädigen.<sup>58</sup> Auf Rücktrittsseite entspricht dies der Tauglichkeit des Zurücktretenden zur Schuld an dem Rücktritt und zum Ausgleich des Normgeltungsschadens. Schuldfähigkeit bedeutet somit Zuschreibungsfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit)<sup>59</sup> und setzt ein zuschreibungsfähiges Wollen und eine zuschreibungsfähige

<sup>56</sup> So auch *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 79; *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 37; *Jakobs* (Fn. 9), 26/42; anders die h.M., nach der ein „natürlicher Wille“ des Schuldunfähigen für den Rücktritt genügen soll, auf die „Freiwilligkeit“ komme es nicht an, vgl. BGHSt 23, 356 (Rn. 17); BGH NStZ 2004, 324; *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 63; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 46; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 62a, jeweils m.w.N.; vgl. zur Widersprüchlichkeit der h.M. zuletzt *Streng*, in: Ruch/Singelstein (Hrsg.), Auf neuen Wegen, Kriminologie, Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaft aus interdisziplinärer Perspektive, Festschrift für Thomas Feltes zum 70. Geburtstag, 2021, S. 519 (522).

<sup>57</sup> Vgl. ausführlich dazu *Spilgies* (Fn. 17), S. 77 ff.; *ders.*, KriPoZ 2022, 160 (163 ff.); zustimmend *Pollak*, in: Soyer (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Wettbewerb und Menschenrechtsschutz, 2023, S. 49 (307 ff., 317 f., 336 f., 354, 357, 359 f.); *ders.*, JSt 2024, 13 ff. (20 f.); *Soyer/Pollak* (Fn. 43), S. 91 f., 100 f.

<sup>58</sup> Vgl. *Jakobs* (Fn. 9), 17/48, 18/1, 5; *Frister*, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“, 1993, S. 124, 146; *ders.*, JuS 2013, 1057 (1060); *ders.* (Fn. 13), § 3 Rn. 3, § 18 Rn. 1.

<sup>59</sup> Vgl. *Kelsen* (Fn. 19), S. 85: „Zurechnungsfähig ist, wer wegen seines Verhaltens bestraft, das heißt: dafür zur Verantwortung gezogen werden kann“.

Handlung voraus. Daraus ergeben sich zwei Arten der Schuldunfähigkeit: eine wollensbezogene Schuldunfähigkeit, die auf einer sichtbar anormalen Täterpsyche beruht (psychische Störungen, Rauschzustände, aber auch: Bewusstlosigkeit, Schlafwandeln, epileptische Krampfanfälle), und eine handlungsbezogene Schuldunfähigkeit, die auf einem sichtbar anormalen externalen physischen Zwang beruht (Reflexe, vis absoluta).

*Beispiele:* T schaut sich in der Wohnung des O nach stehenswerten Sachen um, betrinkt sich dabei maßlos und gibt die Tat schließlich volltrunken auf. – T greift in die Jackentasche des O, um dessen Geldbörse zu stehlen, und wird von F daran gehindert, indem dieser den Arm des T packt und ihn wegzerrt.<sup>60</sup> – T bedroht O mit einem Messer, um ihn zu berauben. O schlägt T das Messer aus der Hand und stößt ihn weg.<sup>61</sup>

#### b) *Nichtvollendung der Tat*

Alle Rücktrittsarten setzen im Normalfall die Nichtvollendung der Tat voraus, da § 24 Abs. 1 StGB allein die Strafbarkeit „wegen Versuchs“ aufhebt:

„Kommt die Tat zur Vollendung, so ist kein Raum für einen strafbefreienden Rücktritt, gleichgültig welche Bemühungen der Täter zuvor unternommen hat.“<sup>62</sup>

Genauso wie der Wille zur Tatbegehung noch kein Strafbedürfnis entstehen lässt, so lässt der Rücktrittswille allein das Strafbedürfnis nicht entfallen.<sup>63</sup>

#### c) *Rücktrittstat*

Ein freiwilliger Rücktritt setzt weiter eine Rücktrittstat voraus. Das Gesetz unterscheidet für den Einzeltäter drei Alternativen: die Aufgabe der weiteren Tatausführung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB), die Vollendungsverhinderungstat (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) und das ernsthafte Bemühen um die Vollendungsverhinderung, wenn die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet wird (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB).

#### d) *„Pseudo-Kausalität“ der Rücktrittstat für die Nichtvollendung der Tat*

Bei den Erfolgsdelikten setzt die Schuldzuschreibung an den Täter voraus, dass die Tathandlung eine notwendige empirische Bedingung für den Taterfolg gewesen ist. Dem Täter wird auf dieser Zuschreibungsstufe der Kausalität zwischen Tathandlung und Taterfolg die Schuld zugeschrieben, wenn seine Tathandlung naturkausal für den Eintritt eines Taterfolgs ist. Bei Unterlassungen kommt es auf die Quasi-Kausalität zwischen Unterlassen und Taterfolg an. Es geht

<sup>60</sup> Vgl. zu Fallgestaltungen dieser Art die Nachweise in Fn. 107.

<sup>61</sup> Vgl. zu Fallgestaltungen dieser Art die Nachweise in Fn. 108.

<sup>62</sup> *Otto* (Fn. 4), § 19 Rn. 54.

<sup>63</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 7.

hier also um die Feststellung eines empirischen Kausalzusammenhangs bzw. eines Quasi-Kausalzusammenhangs für den *Eintritt eines realen Ereignisses*.<sup>64</sup> Das ist im Falle des Rücktritts anders. Denn Gegenstand der Kausalitätsfrage ist hier stets die *Nichtvollendung* der Tat, also gerade *kein* reales Ereignis. Es geht damit im Rahmen des Rücktritts nicht um die Feststellung „echter“ Kausalität, sondern um die Feststellung einer „Pseudo-Kausalität“ zwischen der Rücktrittstat und der Nichtvollendung der Tat. Das heißt, der Rücktritt muss eine „pseudo-kausale“ Bedingung für die Nichtvollendung der Tat sein. Diese „Pseudo-Kausalität“ lässt sich freilich in „echte“ Kausalbeziehungen übersetzen: Bei der Tatabgabe ist dann nach der hypothetischen Kausalität des Weiterhandelns für die Tatvollendung zu fragen, bei der Vollendungsverhinderung nach der Kausalität der Verhinderungstat für die erfolgreiche Rettung eines Rechtsguts und bei dem ernsthaften Bemühen nach der hypothetischen Kausalität des Bemühens für die erfolgreiche Rettung eines Rechtsguts. Eingedenk dieser Klarstellung wird im Folgenden (unter VI.–VIII.) dennoch statt von „Pseudo-Kausalität“ schlicht von „Kausalität“ gesprochen, wenn auf die Kausalität zwischen Rücktrittstat und Nichtvollendung der Tat Bezug genommen wird.

*e) Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat*

So wie der Täter auf Begehungsseite nur für solche Taterfolge verantwortlich ist, die er durch seine Tat objektiv zurechenbar verursacht,<sup>65</sup> so ist er umgekehrt auch auf Rücktrittsseite nur für solche „Rücktrittserfolge“ verantwortlich, die er durch seinen Rücktritt objektiv zurechenbar verursacht. Auf dieser Zuschreibungsstufe geht es um die normative Korrektur der Zuschreibung einer rein kausal herbeigeführten Nichtvollendung der Tat an den Täter. Die Schuld an dem Rücktritt wird dem Täter nur dann zugeschrieben, wenn die Nichtvollendung der Tat als „sein Werk“ erscheint. Das verlangt, dass der Täter durch seinen Rücktritt pflichtwidrig eine Chance für die Nichtvollendung schafft, die sich in der Nichtvollendung verwirklicht. „Pflichtwidrig“ ist der Rücktritt, wenn der Täter die für alle Täter geltende „Gefährdungspflicht“ für ein Rechtsgut verletzt. Ein gewissenhafter, besonnener Täter wäre in der Rücktrittssituation nicht zurückgetreten. Als Maßstabsfigur zur Bestimmung eines solchen pflichtwidrigen Rücktritts fungiert somit ein „gefährlicher Täter“. In Abwandlung einer Beschreibung der Maßstabsfigur des „Sorgfältigen“ bei der Fahrlässigkeitstat durch *Armin Kaufmann*<sup>66</sup> lässt sich sagen: Der gefährliche Täter ist derjenige, der Gefahr entfaltet, weil er die Rechtsgüter und die Richtigkeit des Verhaltens gefährdet. Seine „Gewissenhaftigkeit“ resultiert aus rechtsfeindlichem Gewissen, seine

<sup>64</sup> Vgl. *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 35; *Kühl* (Fn. 4), § 4 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 2; vgl. auch *Spilgies*, ZIS 2020, 93 f. (96 f., 99 f.).

<sup>65</sup> Vgl. jeweils m.w.N. *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 90 ff.; *Murmann* (Fn. 52), § 23 Rn. 28 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 44 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Kaufmann*, ZfRV 5 (1964), 41 (51).

„Besonnenheit“ ist Besinnung auf das in der Sache Unge-rechte.

*f) Rücktrittsvorsatz*

Freiwillig ist der Rücktritt weiter nur dann, wenn der Täter vorsätzlich vom Versuch des jeweiligen Delikts zurücktritt. Dabei muss sich der Vorsatz im Zeitpunkt der Rücktrittstat auf die Nichtvollendung der Tat, die Rücktrittstat, die Kausalität des Rücktritts für die Nichtvollendung der Tat sowie auf die objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat beziehen.

*aa) Die Umstände des gesetzlichen Tatbestands als Bezugspunkt des Vorsatzes*

Wegen der Gleichheit der Bewertungsmaßstäbe für Tatbegehung und Rücktritt muss es auch im Rahmen des Rücktritts bei der Vorstellung des Täters von der „Tat“ allein auf den Vorsatz des Täters bzgl. der Umstände des gesetzlichen Tatbestands ankommen. Mit den Worten des BGH:

„Tat im Sinne von § 24 Abs. 1 StGB ist die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg“.<sup>67</sup>

Irrt der Zurücktretende über Tatumstände, so hat das in Abhängigkeit von der Rücktrittsart unterschiedliche Auswirkungen.

*bb) Irrelevanz der Motivation und Gesinnung des Täters*

Die außertatbestandlichen Beweggründe und Ziele des Täters sowie seine Gesinnung sind daher wie auf Tatbegehungsseite auch auf Rücktrittsseite irrelevant für die Feststellung des Vorsatzes (vgl. dazu noch unten VI. 2. c) ff). Welche Gründe den Täter motivieren, sich rechtstreu zu verhalten, ist für die Bejahung des Rücktrittsvorsatzes daher unerheblich. Nicht erforderlich ist, dass der Täter aus einem sittlich billigenwerten oder gar hochwertigen Motiv zurücktritt.<sup>68</sup>

*Beispiel:* T sieht durch eine in Aussicht gestellte Einwilligung der O in den Geschlechtsverkehr von der Vergewaltigung ab.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> BGHSt (GS) 39, 221 (Rn. 33); ebenso *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 191; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 42; *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 116; *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, S. 51; *ders.*, JuS 2002, 250 (253).

<sup>68</sup> Ständige Rspr., vgl. RGSt 37, 402 (404); BGHSt 7, 296 (Rn. 13); BGHSt 35, 184 (Rn. 7); BGH HRRS 2007 Nr. 48 Rn. 12; BGH HRRS 2020 Nr. 280 Rn. 9.

<sup>69</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit BGHSt 7, 296 (Rn. 14); BGH NStZ 1988, 550; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 102; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 10 Rn. 121; a.A., für Unfreiwilligkeit RGSt 75, 393 (394 f.); *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 56; *Jakobs* (Fn. 9), 26/44; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 361, 384.



Wie auf Tatbegehungsseite ist auch auf Rücktrittsseite insbesondere unerheblich, ob der Zurücktretende nunmehr von der Richtigkeit des Rechts überzeugt ist, er also das Unrecht der Tat (das Verbot) als „richtig“ einsieht. Das Recht setzt keine „innere“ Überzeugungsgeltung voraus.<sup>70</sup>

*Beispiel:* Der bereits zu einer Bewährungsstrafe verurteilte T gibt seine Tat aus Angst vor Strafe auf.<sup>71</sup>

Ein absichtlicher Rücktritt muss nicht notwendig von aufkeimenden moralischen Gefühlen motiviert sein (z.B. Scham, Reue, Mitleid, Schuldgefühle). Einzig zur Feststellung des *dolus eventualis* entscheidet nach der herrschenden Willens-*theorie*<sup>72</sup> letztlich die Gesinnung des Täters über die Bejahung des Rücktrittsvorsatzes, während nach der *Vorstellungstheorie*<sup>73</sup> dieses Gesinnungselement in Wahrheit schon im intellektuellen Element aufgeht.

#### g) Keine „entschuldigenden“ Umstände

Der Rücktritt ist schließlich unfreiwillig und der Täter „entschuldig“, wenn der Rücktritt an dem Täter vorbei durch anormale externale Umstände, die einen äußeren psychischen Zwang („Motivationsdruck“) auf den Täter ausüben, letztursächlich erklärt werden kann.<sup>74</sup> Das ist in den generellrücktrittserklärenden Notlagen nach den §§ 32, 34, 35 StGB der Fall (dazu aa), dagegen nicht bei einer nur individuellrücktrittserklärenden Nötigungslage nach § 240 StGB (dazu bb).

#### aa) Entschuldigung in Notlagen (§§ 32, 34, 35 StGB analog)

So wie im Falle der Tatbegehung rechtfertigende oder sonstige entschuldigende Umstände i.S.d. §§ 32, 34, 35 StGB die Schuld des Täters an der Tat ausschließen, so schließen solche Notlagen im Falle des Rücktritts die Schuld des Täters an dem Rücktritt aus. Sie wirken aufgrund der generellen Rücktrittserklärung „entschuldigend“: Auch ein Durchschnittstäter in der Rücktrittssituation des Täters wäre wie dieser wegen eines durch solche externen Umstände hervorgerufenen psychischen Motivationsdrucks zurückgetreten. Die Unfreiwilligkeit des Rücktritts beruht also auf der generellen Tatabgabe, Vollendungsverhinderung oder ernsthaften Vollendungsverhinderungsbemühung. Der Rücktritt und die Täter-

<sup>70</sup> Vgl. *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 246.

<sup>71</sup> Vgl. BGHSt 21, 319 (Rn. 2).

<sup>72</sup> Vgl. BGHSt 7, 363 (368 f.); BGHSt 36, 1 (Rn. 24); BGHSt 63, 88 (Rn. 17); BGH HRRS 2013 Nr. 636 Rn. 7; BGH HRRS 2019 Nr. 56 Rn. 11; BGH HRRS 2024 Nr. 283 Rn. 7; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 300; *Roxin/Greco* (Fn. 65), § 12 Rn. 27; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 334 ff., jeweils m.w.N.

<sup>73</sup> Vgl. z.B. *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241 (243 ff.); *Freund/Rostalski* (Fn. 52), § 7 Rn. 59 ff.; *Frister* (Fn. 13), § 11 Rn. 21 ff.; *Jakobs* (Fn. 9), 8/21 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 14 Rn. 27 ff.; *Schladitz*, ZStW 134 (2022), 97 (120 ff.).

<sup>74</sup> Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 9), 26/1: Der Rücktritt dürfe „nicht als ein Geschehen erscheinen, von dem der Täter distanziert werden kann.“

persönlichkeit sind insoweit als *normal* (erwartet) zu bewerten.<sup>75</sup>

*Beispiele:* Analog § 32 StGB unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der Räuber das Opfer seines Raubversuchs entwischen lässt, um seinen Komplizen davon abzuhalten, ein Mädchen sexuell zu belästigen.<sup>76</sup> Analog § 34 StGB unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der Täter die Sprengung eines leeren Gebäudes aufgibt, weil sich wider Erwarten Menschen im Gebäude befinden,<sup>77</sup> oder wenn ein Einbrecher den Diebstahl aufgibt, um sein brennendes Haus zu löschen<sup>78</sup> oder für den ohnmächtigen Hausherrn einen Arzt konsultiert<sup>79</sup>. Analog § 35 StGB unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der der Täter den Tötungsversuch aufgibt, um die drohende Selbsttötung seiner Ehefrau abzuwenden,<sup>80</sup> seinen besten Freund in einer akut lebensgefährlichen Notlage zu retten<sup>81</sup> oder seinen Bruder zu befreien<sup>82</sup>. Dagegen tritt der Bombenleger, der den Sprengsatz nicht zündet, weil er sieht, dass sich seine Eltern im mit Menschen gefüllten Saal befinden, freiwillig zurück,<sup>83</sup> denn § 35 StGB setzt strukturell ein geschütztes Interesse und ein davon verschiedenes beeinträchtigtes Interesse voraus. Das ist im Falle des Bombenlegers nicht erfüllt, vielmehr erkennt dieser lediglich einen *error in persona*, wodurch die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht ausgeschlossen wird (vgl. unten VI. 2. c) ff).

Der Annahme eines freiwilligen Rücktritts steht danach nicht von vornherein entgegen, wenn der Täter die Tat aufgibt, weil sich aus seiner Sicht die Gefahr einer Entdeckung der Tat erhöht, die Tat tatsächlich entdeckt oder die Polizei alar-

<sup>75</sup> In der Sache durchaus übereinstimmend *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 273.

<sup>76</sup> A.A., für Freiwilligkeit *Herzberg* (Fn. 51), § 24 Rn. 127.

<sup>77</sup> So im Ergebnis auch *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 400.

<sup>78</sup> So im Ergebnis auch *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 49; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 76; *ders.*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 58 Rn. 141 (mit Hinweis auf § 240 StGB); *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 261; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 401; a.A., für Freiwilligkeit *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 266.

<sup>79</sup> So im Ergebnis auch *Jakobs* (Fn. 9), 26/35.

<sup>80</sup> So auch unter Hinweis auf § 35 StGB *Herzberg* (Fn. 51), S. 352; *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 126; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 75; im Ergebnis auch *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 402.

<sup>81</sup> A.A., für Freiwilligkeit *Streng* (Fn. 57), S. 525.

<sup>82</sup> A.A., für Freiwilligkeit BGH HRRS 2024 Nr. 88 Rn. 5, wobei aus den Ausführungen des BGH in diesem Beschluss nicht hervorgeht, ob der Bruder des Täters rechtswidrig angegriffen worden ist. Sollte das der Fall sein, ergäbe sich die Unfreiwilligkeit schon aus § 32 StGB analog.

<sup>83</sup> A.A., für Unfreiwilligkeit unter Hinweis auf § 35 StGB *Herzberg* (Fn. 51), S. 352 f.; *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 126; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 75; im Ergebnis auch *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 400.

miert ist.<sup>84</sup> Die ständige Rspr. des BGH, nach der ein freiwilliger Rücktritt in solchen Fällen erst dann ausgeschlossen ist, „wenn unvorhergesehene äußere Umstände dazu geführt haben, dass bei weiterem Handeln das Risiko, angezeigt oder bestraft zu werden, unvertretbar ansteigen würde“<sup>85</sup>, ist dahin zu präzisieren, dass ein freiwilliger Rücktritt erst dann zu verneinen ist, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Festnahme des Täters „gegenwärtig“ i.S.d. §§ 34, 35 StGB ist.<sup>86</sup>

*Gegenbeispiele:* Eine solche gegenwärtige Gefahr liegt nicht schon dann vor, wenn das Diebstahlobjekt alarmgesichert ist, am Tatort zu viele Menschen anwesend sind, das Tatopfer nach Hilfe ruft oder das Vergewaltigungsopfer den Vergewaltiger erkennt<sup>87</sup>, – „es plötzlich im Haus laut wurde, weil ein Hund im Treppenhaus bellte und anschließend eine Wohnungstür laut ins Schloss fiel“<sup>88</sup> – oder ein Tatzeuge dem Täter gegenüber äußert, er habe die Polizei gerufen<sup>89</sup>.

*bb) Die strafbefreiende Wirkung von Nötigungslagen (§ 240 StGB)*

Liegt dagegen nur eine individuell-rücktrittserklärende Nötigungslage vor, weil der Motivationsdruck nur auf den Täter psychisch wirkt, ein Durchschnittstäter anstelle des Täters also nicht zurückgetreten wäre, ist der Rücktritt freiwillig. Die Freiwilligkeit beruht auf der individuellen Tataufgabe, Vollendungsverhinderung oder ernsthaften Vollendungsver-

hinderungsbemühung. Der Rücktritt und die Täterpersönlichkeit sind insoweit als *anormal* (unerwartet) zu bewerten.

Wer schon wegen einer einfachen Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.v. § 240 StGB eine Straftat begeht, verdient noch kein Verständnis und ist nicht entschuldigt, sondern offenbart seine fehlende Anerkennung der Strafrechtsnorm, weil ein Durchschnittsbürger erst im Falle eines Nötigungsdrucks i.S.d. §§ 34, 35 StGB die Tat begangen hätte, von ihm erst dann normgemäßes Verhalten nicht erwartet wird.<sup>90</sup> Wer aber umgekehrt schon wegen eines einfachen Nötigungsdrucks i.S.v. § 240 StGB zurücktritt (z.B. den Versuch einer schweren Körperverletzung aufgibt, um die angedrohte Tötung seines Hundes zu verhindern), verdient allemal Respekt, erweist sich als rechtstreu und handelt freiwillig, weil ein Durchschnittstäter erst im Falle eines Nötigungsdrucks i.S.d. §§ 34, 35 StGB zurückgetreten wäre, von ihm erst dann die Tataufgabe, Vollendungsverhinderung oder das ernsthafte Bemühen darum erwartet wird. Das ist auch aus dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes überzeugend: Wer sich schon durch eine einfache Nötigung zum Rücktritt bestimmen lässt, erweist sich als weniger gefährlich als derjenige, der sich erst durch eine Notstandslage nach den §§ 34, 35 StGB motivieren lässt. Danach ist ein freiwilliger Rücktritt erst recht nicht schon dadurch ausgeschlossen, „dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt.“<sup>91</sup>

*Beispiel:* T sticht mit Tötungsvorsatz auf O ein. Z versucht, T von O wegzuzerren, und fordert ihn energisch auf, O in Ruhe zu lassen. Schließlich lässt T von O ab.

<sup>84</sup> Vgl. *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 66 f.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 58, 78; so aber *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 49 ff.; *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 297.

<sup>85</sup> BGH HRRS 2017 Nr. 1193 Rn. 10; vgl. BGH HRRS 2019 Nr. 617 Rn. 10; BGH HRRS 2020 Nr. 280 Rn. 12; BGH HRRS 2023 Nr. 244 Rn. 10; vgl. auch *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 146; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 103; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 88.

<sup>86</sup> Vgl. auch *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 77; *ders.* (Fn. 78), § 58 Rn. 147. Eine analoge Anwendung der Zumutbarkeitsklausel des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB und damit die Annahme eines freiwilligen Rücktritts wegen selbstverursachter Notstandslage (Freiheitsgefahr) erscheint indes fraglich (dafür *Herzberg* [Fn. 51], § 24 Rn. 133). Dagegen spricht, dass die Verursachung der Freiheitsgefahr notwendig mit der Versuchstat verknüpft ist und diese wiederum notwendige Bedingung der Notstandstat, also des Rücktritts ist. Der Rücktritt beruht also letztlich auf der Versuchstat. Daher ist dem Täter „nach den Umständen“ die Hinnahme der Freiheitsgefahr nicht zuzumuten bzw. der Rücktritt vom Versuch zur Abwehr einer solchen Freiheitsgefahr nicht als Verdienst anzurechnen.

<sup>87</sup> A.A., für Unfreiwilligkeit BGHSt 9, 48.

<sup>88</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit BGH HRRS 2011 Nr. 536 Rn. 3.

<sup>89</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit BGH StV 1992, 224; BGH HRRS 2014 Nr. 404 Rn. 7; BGH HRRS 2018 Nr. 100 Rn. 13; BGH HRRS 2018 Nr. 382 Rn. 10; a.A. BGH HRRS 2007 Nr. 373 Rn. 13 („Angst vor der Polizei“ spricht gegen Freiwilligkeit).

<sup>90</sup> Die h.M. verwickelt sich ausgehend von ihrer indeterministischen Schuldauffassung bei der Begründung dieses Ergebnisses allerdings in arge Widersprüche: Denn obwohl sie einerseits die Nötigungsstrafbarkeit mit dem Ausschluss der Willensfreiheit des Nötigungsopfers begründet, verneint sie andererseits im Falle eines Nötigungsnotstands eine Entschuldigung des Nötigungsopfers sowie eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes in der Form der Willensherrschaft kraft Nötigung, weil die Willensfreiheit des Opfers gerade nicht ausgeschlossen sei, sondern entsprechend der alltagspsychologischen Vorstellung des „relativen Indeterminismus“ wegen des Motivationsdrucks nur eingeschränkt. Zur Begründung der Tatherrschaft des Hintermannes folgt die h.M. dann dem von *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 161 ff., 815 ff., entwickelten „Verantwortungsprinzip“, das dem Hintermann erst dann die Willensherrschaft zuschreibt, wenn ein Fall des § 35 StGB vorliegt. Näher zu diesen Widersprüchen *Spilgies* (Fn. 14), S. 136 ff.

<sup>91</sup> BGH HRRS 2022 Nr. 1069 Rn. 7; ständige Rspr., vgl. BGHSt 7, 296 (Rn. 13); BGH HRRS 2014 Nr. 603 Rn. 5; BGH HRRS 2018 Nr. 100 Rn. 12; BGH HRRS 2018 Nr. 382 Rn. 9; BGH HRRS 2019 Nr. 617 Rn. 9; vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 19a; *Jäger* (Fn. 78), § 58 Rn. 143; *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 276 f.

Es kann daher nicht überzeugen, wenn teilweise in der Literatur schon Nötigungslagen nach § 240 StGB als rücktrittsrelevant bewertet werden. So hat sich etwa *Küpper* für § 240 StGB als Maßstab für die Freiwilligkeit des Rücktritts ausgesprochen: „Unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der Täter sich einem drohenden empfindlichen Übel gegenüber sieht, das seinen Rücktrittsentschluß psychisch determiniert.“<sup>92</sup> Auch *Herrmann* plädiert dafür, dass der Rücktritt in Konstellationen ausgeschlossen sein sollte, „in dem die Entscheidung des Täters nicht mehr als seine eigene bezeichnet werden kann“, und meint, der „Maßstab des § 240 StGB ist hierfür der einzige, der als sachgerecht bezeichnet werden könnte.“<sup>93</sup> *Herzberg* ist der Ansicht, schon ein durch einen einfachen Nötigungsdruck nach § 240 StGB motivierter Rücktritt sei als unfreiwillig zu bewerten, und begründet dies wie folgt:<sup>94</sup> Der Nötigungsdruck dränge zusammen mit dem Normappell „in dieselbe Richtung, nämlich weg von der rechtswidrigen Tat“, und so komme „auch bei einem verhältnismäßig kleinen Übel insgesamt ein starker Druck heraus“, während im umgekehrten Fall der Tatbegehung die Tathemmung „gegen den Antrieb, durch Begehung der Tat das drohende Übel zu vermeiden,“ wirke „und darum muss das Übel schon ein sehr großes sein, damit das Gesetz dem Täter attestieren kann, er habe unfrei gehandelt.“ Doch der Rückgriff auf die psychologische Betrachtungsweise nach der Stärke des Motivationsdrucks überzeugt auch hier nicht. Ganz abgesehen davon, dass der Normappell individuell unterschiedlich stark auf die Motivation drückt, wäre es absurd, einen durch die Strafnorm motivierten Rücktritt als unfreiwillig zu bewerten, denn das ist ja der Sinn der Norm: den Bürger zu normgemäßem Verhalten zu motivieren. Schließlich nimmt auch *Jäger* Unfreiwilligkeit kraft Nötigung an, wenn der Täter aus Gründen zurücktritt, die für ihn ein empfindliches Übel darstellen, „weil der Gesetzgeber in § 240 geklärt hat, dass bei Handlungen, die keine Begehung einer Straftat betreffen, bereits bei Drohung eines empfindlichen Übels von einem Autonomieverlust auszugehen ist.“<sup>95</sup> Aber auch eine solche Aufspaltung der Bewertungsmaßstäbe für die Deliktsbegehung und Deliktsunterlassung leuchtet weder logisch noch in der Sache ein. Logisch nicht, weil Deliktsbegehung und Deliktsunterlassung zwei Seiten der gleichen Medaille sind. Und in der Sache nicht, weil es zwar stimmt, dass der Gesetzgeber „dem Täter nur in extremen Konfliktlagen Verständnis hinsichtlich der Deliktsbegehung entgegenbringt“<sup>96</sup>, daraus aber umgekehrt folgt, dass der Gesetzgeber dann dem Zurücktretenden nicht schon bei Nötigungen i.S.v. § 240 StGB, sondern auch

nur in extremen Konfliktlagen i.S.d. §§ 34, 35 StGB keinen Respekt hinsichtlich des Rücktritts entgegenbringt.

Aus dem Gesagten ergibt sich für die Lösung der eingangs erwähnten Fälle (siehe oben I.): Wer eine Tötung abbricht, weil er die Tat vor den Augen seiner eigenen Kinder (so im Fall BGH NSTZ 1994, 428) oder wegen der Gedanken an den Sohn des Tatopfers (so im Fall BGH HRRS 2023 Nr. 393) nicht weiter ausführen kann, tritt freiwillig zurück.<sup>97</sup> Eine Nötigungslage i.S.d. §§ 34, 35 StGB ist nicht gegeben, vielmehr sind es individuelle Gründe, die den Rücktritt erklären.

## VI. Tataufgabe (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB)

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, „wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt“. Zum Ausgleich des durch den Versuch entstandenen Normgeltungsschadens genügt danach die Tataufgabe, da es zumindest aus Sicht des Täters noch nicht zu einer Vollen- dung der Tat und damit einer Verletzung des Rechtsguts kommen muss. Strukturell handelt es sich bei der Tataufgabe um die direkte Umkehrung des Versuchs der Tatbegehung und einen Rücktritt durch Unterlassen der Tatbegehung. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB betrifft damit, „den die Tat nunmehr pflichtgemäß unterlassenden Täter“.<sup>98</sup> Die freiwillige Tataufgabe hat folgende Voraussetzungen:

1. Schuldfähigkeit des Zurücktretenden (dazu oben V. 3. a)
2. Objektiver Tatbestand: Aufgabe der weiteren Tatausführung (dazu 1.)
3. Subjektiver Tatbestand (dazu 2.)  
Tataufgabevorsatz bzgl.:
  - a) Aufgabe der weiteren Tatausführung
  - b) Kausalität der Tataufgabe für die Nichtvollendung der Tat
  - c) Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat
4. Keine Notlagen (§§ 32, 34, 35 StGB analog) (dazu oben V. 3. g)

### 1. Objektiver Tatbestand: Aufgabe der weiteren Tatausführung

Der objektive Tatbestand verlangt, dass der Täter „die weitere Ausführung der Tat aufgibt“. Beim Begehungsdelikt setzt das den Abbruch des noch unbeendeten Ausführungsakts voraus (dazu a). Nach h.M. soll eine Tataufgabe auch dann vorliegen, wenn der Täter nach Abschluss des letzten Ausführungsakts auf weitere Ausführungsakte verzichtet (dazu b). Beim Unterlassungsdelikt bedeutet die Tataufgabe dage-

<sup>92</sup> *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 190 ff. (192).

<sup>93</sup> *Herrmann*, Der Rücktritt im Strafrecht, 2013, S. 188.

<sup>94</sup> Siehe *Herzberg* (Fn. 51), § 24 Rn. 132; vgl. auch *Schlehofer/ Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 920 ff.

<sup>95</sup> *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 76; vgl. *ders.* (Fn. 78), § 58 Rn. 141; zustimmend *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 79; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 26 Fn. 121.

<sup>96</sup> *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 74.

<sup>97</sup> So im Ergebnis auch *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 364, 371; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 152. Die Vertreter der Ansicht, schon Nötigungslagen nach § 240 StGB seien rücktrittsrelevant, sind sich in der Bewertung der Freiwilligkeit im Fall BGH NSTZ 1994, 428, uneins: für Freiwilligkeit *Jäger* (Fn. 78), § 58 Rn. 142; für Unfreiwilligkeit *Schlehofer/ Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 922.

<sup>98</sup> *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 31.

gen umgekehrt die Vornahme der gebotenen, erfolgsabwendenden Handlung, also die Vollendungsverhinderungstat.<sup>99</sup>

a) Aufgabe als „Abbruch des noch unbeendeten Ausführungsakts“

Die Anforderungen an das Vorliegen einer Tataufgabebetat ergeben sich aus der Zusammenschau der Versuchs- und Rücktrittsvorschriften und der Annahme, dass die Tataufgabe die direkte Umkehrung des Versuchs der Tatbegehung darstellt: Während nach § 22 StGB eine Straftat versucht, „wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“, wird nach der ersten Rücktrittsalternative des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB derjenige von der Versuchsstrafe befreit, der „freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt“. Das bedeutet, dass der Täter die durch den Versuch begonnene Ausführung der Tat aufgeben und so den Versuch „stoppen“ muss. Der objektive Tatbestand der Tataufgabe setzt als Rücktrittstat somit voraus, dass der Täter seinen Versuch, den Tatbestand zu verwirklichen, sein auf die Tatvollendung gerichtetes Handeln, aufgibt. Erforderlich ist mit anderen Worten, dass der Täter den durch den Versuch begonnenen, aber noch unbeendeten Ausführungsakt abbricht.<sup>100</sup>

Dieses objektive Erfordernis des Abbruchs eines noch unbeendeten Ausführungsakts gilt dabei wohlgerne ganz unabhängig davon, ob man für die Begründung der Versuchsstrafbarkeit nur auf den einzelnen Ausführungsakt zur Verwirklichung des gesetzlichen Versuchstatbestands (so die Einzelakttheorie<sup>101</sup>) oder die vom Täter vor Tatbeginn geplanten Ausführungsakte (so die Tatplantheorie<sup>102</sup>) abstellt oder ob man alle Ausführungsakte berücksichtigt, die nach der Vorstellung des Täters in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang stehen und eine einheitliche Versuchstat („Versuchseinheit“) bilden (so die heute herrschende

Gesamtbetrachtungslehre<sup>103</sup>, die jedoch irrtümlich auch hypothetische, d.h. noch nicht begonnene Ausführungsakte in die Gesamtbetrachtung einbezieht [dazu sogleich]).

b) Aufgabe durch bloßen Verzicht auf weitere Ausführungsakte?

Nach h.M. ist dagegen mit der Forderung in § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, der Täter müsse die weitere Ausführung der Tat aufgeben, in Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre ein „Untätigsein“ nach Abschluss eines Ausführungsakts gemeint, d.h. „ein Unterlassen der weiteren Ausführungsakte“<sup>104</sup>. Schon das „bloße Aufgeben weiterer auf den Taterfolg gerichteter Handlungen“ sei also eine Tataufgabebetat.<sup>105</sup> Denn nach dem Scheitern einer Ausführungshandlung könne der Täter die für einen Rücktritt zu fordernde Abkehr von der Unrechtsmaxime „nicht anders zum Ausdruck bringen als dadurch, dass er [...] auf die Vornahme einer (weiteren) Ausführungshandlung verzichtet.“<sup>106</sup>

aa) Fälle

So soll insbesondere in den Fällen iterativer Tatbegehung noch kein endgültig fehlgeschlagener Versuch vorliegen, bei dem die Anwendung des § 24 StGB von vornherein ausgeschlossen wäre,<sup>107</sup> sondern ein unbeendeter Versuch, von dem der Täter durch das bloße Aufgeben weiterer Tathandlungen und Aufgeben des Tatvorsatzes zurücktreten kann, wenn der Täter nach Abschluss des letzten Ausführungsakts erkennt (sog. Rücktrittshorizont), dass die Tat (noch) nicht vollendet ist, er aber die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln im unmittelbaren Fortgang des Geschehens noch

<sup>99</sup> Strittig ist, ob sich der Rücktritt vom Unterlassungsdelikt stets nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 oder S. 2 StGB richtet (so BGHSt 48, 147 [Rn. 7]; Roxin [Fn. 10], § 29 Rn. 269 f.; § 30 Rn. 136 ff. m.w.N.) oder ob auch § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB anwendbar ist (so z.B. Eser/Bosch [Fn. 4], § 24 Rn. 27 ff.; Frister [Fn. 13], § 24 Rn. 24 f.; Kühl [Fn. 4], § 18 Rn. 153 ff.; Ahmed [Fn. 16], S. 84 ff.).

<sup>100</sup> Vgl. für ein anschauliches Beispiel BGH HRRS 2015 Nr. 190 Rn. 8 f. (Ausschalten einer Kochplatte, die letztlich ein Feuer und eine Gasexplosion auslösen sollte).

<sup>101</sup> Vgl. z.B. Burkhardt, Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgebestimmung, 1975, S. 47 f., 90 ff.; Bock (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 70 (anders ders., Wiederholungs- und Vertiefungskurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2023, S. 242 ff.); Freund/Rostalski (Fn. 52), § 9 Rn. 28 ff., 45 ff.; Rostalski, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 635 (640 ff.); Frister (Fn. 13), § 24 Rn. 17; Jakobs (Fn. 9), 26/14 ff.; Ulsenheimer (Fn. 16), S. 230 ff., 240 f.; Bergmann, ZStW 100 (1988), 329 (339 ff., 351 ff.); Geilen, JZ 1972, 335 (337 ff.).

<sup>102</sup> Vgl. BGHSt 10, 129 (Rn. 5); BGHSt 14, 75 (Rn. 19).

<sup>103</sup> Vgl. BGHSt 31, 170 (Rn. 20 ff.); BGHSt 33, 295 (Rn. 9 ff.); BGHSt 34, 53 (Rn. 7 f.); BGHSt 40, 75 (Rn. 4); BGH HRRS 2007 Nr. 373 Rn. 8; BGH HRRS 2023 Nr. 128 Rn. 11; Hoffmann-Holland (Fn. 4), § 24 Rn. 61 f.; Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 132 f.; Heinrich (Fn. 4), Rn. 821; Kühl (Fn. 4), § 16 Rn. 28; Kaspar (Fn. 16), § 8 Rn. 100 ff.; Rengier (Fn. 4), § 37 Rn. 46 ff., 50; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1022 ff.; Murmann, JuS 2021, 385 (388 f.).

<sup>104</sup> Murmann (Fn. 54), § 24 Rn. 213.

<sup>105</sup> So BGH HRRS 2011 Nr. 361 Rn. 8; vgl. auch Hoffmann-Holland (Fn. 4), § 24 Rn. 90; Kaspar (Fn. 16), § 8 Rn. 116; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 73), § 32 Rn. 33; Bales/Zimmermann, Ad Legendum 2023, 142 (146).

<sup>106</sup> Murmann (Fn. 54), § 24 Rn. 214.

<sup>107</sup> Vgl. zur Kritik an dieser gesetzesfremden Rechtsfigur des Fehlschlags z.B. Heger/Petzsch (Fn. 4), § 24 Rn. 12; Bock (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 67; Frister (Fn. 13), § 24 Rn. 20; Gössel (Fn. 4), § 41 Rn. 58 ff.; ders., GA 2012, 65 ff.; Grop/Sinn (Fn. 4), § 9 Rn. 167 ff.; Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 6 Rn. 46 ff.; ders., GA 2022, 618 (619 f., 631 f., 634 f.); Scheinfeld (Fn. 67), S. 23 ff.; Bürger, ZJS 2015, 23 (28 f.); Putzke, ZJS 2013, 620 (621 f.); Schroeder, NStZ 2009, 9 ff.

vollenden kann.<sup>108</sup> Neben diesen vorläufig fehlgeschlagenen Versuchen soll in den Fällen einer vorläufig unfreiwilligen Tataufgabe ein Täter, der von Dritten vom Tatopfer „weggezogen“ und dadurch an der weiteren Tatausführung gehindert wird, freiwillig die Tat aufgeben können, wenn er im Anschluss an diese (nach hier vertretener Ansicht mangels Schuldfähigkeit) unfreiwillige Tataufgabe seinen Tatvorsatz fallen lässt und auf weitere aus seiner Sicht mögliche Tat-handlungen verzichtet.<sup>109</sup> Das Gleiche soll für den Fall gelten, in dem der Täter vom Tatopfer selbst abgewehrt und weggedrängt wird.<sup>110</sup> Und schließlich soll auch ein Täter, der nach Abschluss eines Ausführungsakts nicht mehr weiterhandelt, weil sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht ist, durch bloßen Verzicht auf weitere Ausführungsakte freiwillig zurücktreten können.<sup>111</sup>

#### bb) Kritik

Eine solche Deutung des Aufgebens der weiteren Tatausführung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB führt die Rücktrittsregelung jedoch ad absurdum und kann nicht überzeugen. Der bloße Verzicht auf die Vornahme weiterer Ausführungsakte nach einem misslungenen Ausführungsakt drückt nur die selbstverständliche staatsbürgerliche Pflicht aus, sich rechts-treu zu verhalten und strafrechtlich geschützte Rechtsgüter

nicht zu verletzen.<sup>112</sup> Dieser Selbstverständlichkeit das Siegel der „Tataufgabe“ zu verleihen und zum Grund für eine Strafbefreiung zu erklären, wenn der Täter eine Straftat versucht, kann daher nicht richtig sein. Das Unterlassen weiterer Ausführungsakte ist keine „honorierfähige Umkehrleistung“<sup>113</sup>, offenbart nicht die Rechtstreue des Täters und gleicht den durch die Versuchstat entstandenen Normgeltungsschaden nicht wieder aus (vgl. oben V. 2.). Diesen prinzipiellen Einwand gegen die h.M. vermag auch *Murmann*, der dieses Begründungsproblem der h.M. klar sieht, nicht dadurch zu entkräften, wenn er meint, in Fällen iterativer Tatbegehung könne der Verzicht auf die Vornahme einer weiteren Ausführungshandlung dann als Distanzierung von der mit der Versuchshandlung manifestierten Unrechtsmaxime verstanden und die unterlassene Ausführungshandlung dann Teil einer einheitlichen „Tat“ i.S.v. § 24 StGB werden, „wenn sich der Täter nach Vornahme der letzten fehlgeschlagenen Ausführungshandlung bei unveränderter Motivationslage sogleich wieder im Stadium des unmittelbaren Ansetzens befände, wenn er seinen Tatentschluss auf die Vornahme einer weiteren Ausführungshandlung richten würde.“<sup>114</sup> Denn eine manifestierte Distanzierung von der mit der Versuchshandlung manifestierten Unrechtsmaxime liegt gerade nicht vor.

Die h.M. übersieht, dass die Tataufgabe als Umkehrung des Versuchs der Tatbegehung nicht losgelöst von diesem und unabhängig von § 22 StGB gedeutet werden kann.<sup>115</sup> Eine objektive Tataufgabebetat setzt danach notwendig einen im Rahmen des Versuchs begonnenen, aber noch unbeendeten Ausführungsakt voraus. In dem Abbruch dieses Ausführungsakts offenbart sich dann die „honorierfähige Umkehrleistung“ zum Recht.<sup>116</sup> Wer hingegen die Tat nach Abschluss des letzten Ausführungsakts gar nicht mehr ausführt, nicht mehr i.S.v. § 22 StGB zur Verwirklichung des Tatbestands ansetzt und sich nicht mehr im Versuchsstadium befindet, kann die weitere Ausführung der Tat auch entgegen

<sup>108</sup> Ständige Rspr., vgl. BGHSt 31, 170 (Rn. 22); BGHSt 33, 295 (Rn. 13); BGHSt 34, 53 (Rn. 9); BGHSt 35, 90 (Rn. 9 f.); BGH HRRS 2006 Nr. 865 Rn. 12 ff.; BGH HRRS 2010 Nr. 980 Rn. 15; BGH HRRS 2015 Nr. 1103 Rn. 6; BGH HRRS 2018 Nr. 506 Rn. 11 f.; BGH HRRS 2024 Nr. 158 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 17; *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 61; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 106 f.; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 824; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 32 Rn. 11; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 21 f., 26, 29; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 53 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1014, 1022; *Bürger*, ZJS 2015, 23 (24 f.); *Schladitz*, ZJS 2023, 1139 (1144 f.); für weitere Nachweise siehe *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 16. Aufl. 2023, 18. Problem, S. 156 ff.

<sup>109</sup> Ständige Rspr., vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.1988 – 2 StR 260/88, Rn. 16 f. (juris); BGH HRRS 2008 Nr. 73 Rn. 5 ff.; BGH HRRS 2013 Nr. 728 Rn. 3 ff.; BGH HRRS 2017 Nr. 1008 Rn. 6 ff.; BGH HRRS 2018 Nr. 382 Rn. 5 f.; BGH HRRS 2022 Nr. 1069 Rn. 4 ff.; BGH HRRS 2023 Nr. 528 Rn. 8 ff.

<sup>110</sup> Vgl. BGH HRRS 2015 Nr. 241 Rn. 7 ff.; BGH HRRS 2022 Nr. 134 Rn. 5 ff.

<sup>111</sup> Vgl. BGHSt (GS) 39, 221 (Rn. 23 f., 33); BGH HRRS 2008 Nr. 923 Rn. 4; BGH HRRS 2010 Nr. 980 Rn. 15; BGH HRRS 2022 Nr. 337 Rn. 8; BGH HRRS 2022 Nr. 695 Rn. 18 mit zustimmender Bespr. *Eisele*, JuS 2022, 978 ff.; BGH HRRS 2023 Nr. 886 Rn. 9 mit zustimmender Bespr. *Schladitz*, ZJS 2023, 1139 (1149 f.) und *Kudlich*, NStZ 2024, 31 f.; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 9 ff.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 86; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 190 ff., 202; *Gropp/Sinn* (Fn. 4), § 9 Rn. 139 ff.; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 111 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 62 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1051; *Zieschang* (Fn. 4), Rn. 557.

<sup>112</sup> A.A. *Scheinfeld* (Fn. 67), S. 84, der meint, aus § 22 StGB ergebe sich, „dass der Gesetzgeber ab dem Versuchsbeginn eine gewisse Eigendynamik des Geschehens und folglich eine Fortführungstendenz unterstellt.“ Hiergegen zutreffend *Murmann*, in: *Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 37), S. 727 (743).

<sup>113</sup> So aber *Puppe*, NStZ 1986, 14 (18); vgl. auch *dies.*, ZIS 2011, 524 (528).

<sup>114</sup> *Murmann*, JuS 2021, 385 (389 – *Hervorhebung* im Original); vgl. *ders.* (Fn. 54), § 24 Rn. 101; *ders.* (Fn. 52), § 28 Rn. 122; *ders.* (Fn. 112), S. 741 f.

<sup>115</sup> Zutreffend insoweit auch *Rostalski* (Fn. 101), S. 638 ff.

<sup>116</sup> Ebenso schon *Jäger* (Fn. 51), S. 122 ff., der für eine „modifizierte Gesamtbetrachtungslehre“ plädiert und für eine strafbefreiende Tataufgabe in den Fällen iterativer Tatbegehung verlangt, dass der Täter die Gefahr für das Rechtsgut nach außen manifestiere, weil nur so dem Wesen des Rücktritts als Gefährdungsumkehr Rechnung getragen werde: „Nur der Täter, der tatsächlich zum Würgen übergegangen ist, kann daher vom Versuch zurücktreten“ (S. 125); vgl. *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 38 ff.; *ders.* (Fn. 78), § 58 Rn. 79 ff.; zustimmend *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 195 ff.

der h.M. nicht mehr aufgeben.<sup>117</sup> Strafbefreiung kann der Täter in diesen Fällen des misslungenen Versuchs in Anwendung der Gesamtbetrachtung damit nur dadurch erlangen, dass er die Tat tatsächlich weiter ausführt, also zu einem neuen Ausführungsakt der einheitlichen Versuchstat unmittelbar ansetzt, und dann diese weitere Tatausführung freiwillig aufgibt.

Hiergegen wendet sich *Mitsch* anhand des folgenden Beispielsfalls:<sup>118</sup>

„T will den O erschießen. Er hat nur zwei Patronen. Der erste Schuss verfehlt den O knapp. T weiß, dass er noch einen zweiten Schuss abgeben könnte. Darauf verzichtet er aber.“

Dann führt *Mitsch* aus:

„Ein zweites ‚unmittelbares Ansetzen‘ liegt nicht vor und somit auch kein Rücktrittsverhalten. Das ändert aber nichts daran, dass [...] ein strafbefreiender Rücktritt vorliegt [...]. Denn der Täter, der sich von vornherein gegen den zweiten Schuss entscheidet, kann nicht schlechter stehen als der Täter, der mit Tötungsvorsatz die Waffe ein zweites Mal auf das Opfer richtet und im letzten Moment den Tötungsvorsatz fallen lässt.“

Wie leicht *Mitsch* hier das objektive Erfordernis einer Rücktrittstat beiseiteschiebt, ist erstaunlich, zumal er an anderer Stelle betont:

„Strafrechtlich relevant im Guten wie im Bösen ist stets [!] physisch manifestes Verhalten des Menschen. So wie böse Gesinnung allein keine Strafbarkeit begründet, vermag gute Gesinnung allein Strafbarkeit nicht aufzuheben. Rücktritt ist daher Energie- und Körpereinsatz des Zurücktretenden. Die bloße innerpsychische Aufhebung des Tatentschlusses reicht für die Strafbefreiung nicht aus.“<sup>119</sup>

Die Schlechterstellung hat also seinen Grund: Ohne objektive Rücktrittstat fehlt es an der für eine Strafbefreiung notwendigen Manifestation der Rechtstreue des Täters und sein Verzicht auf weitere Tatausführung bekundet lediglich die Selbstverständlichkeit, sich rechtstreu verhalten zu wollen. In dem von *Mitsch* gebildeten Beispielsfall hätte T also zum zweiten Schuss ansetzen müssen, aber nicht geschossen haben dürfen.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Das Gemeinte lässt sich durchaus treffend mit dem Gegensatz von „Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten“ beschreiben (so *Jakobs*, ZStW 104 [1992], 82 [88]; *ders.* [Fn. 9], 26/2), ohne dass man gezwungen ist, die Einzelakttheorie zu vertreten.

<sup>118</sup> Siehe *Mitsch* (Fn. 107), § 6 Rn. 49; vgl. auch *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 53, mit gleicher Argumentation.

<sup>119</sup> *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 21.

<sup>120</sup> So wie im Fall von BGH NStZ 1984, 453; vgl. auch BGH NStZ 1986, 264 (Abbruch des Würgens nach fehlgeschlagenem Anzünden des Tatopfers).

In den Fällen der außertatbestandlichen Zielerreichung lehnt ein großer Teil der Literatur daher im Ergebnis zu Recht eine strafbefreiende Tataufgabe ab, wenn der Täter nach Abschluss seines (letzten) Ausführungsakts auf weitere Ausführungsakte verzichtet.<sup>121</sup> Das Urteil von *Roxin*: „Ein Unterlassen weiterer deliktischer Handlungen nach Zielerreichung ist keine ‚Aufgabe‘“<sup>122</sup>, bedarf daher nur einer kleinen Korrektur: Ein Unterlassen weiterer deliktischer Handlungen ist keine „Aufgabe“.

Die beschriebene äußerst täterfreundliche Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre durch die h.M. hat zu Recht deutliche Kritik erfahren, insbesondere von Seiten der Vertreter der Einzelakttheorie.<sup>123</sup> Nach *Schroeder* gibt es „in der Rechtsprechung groteske Fälle, die man kaum glauben kann“ und die „bei den Studenten ungläubiges Gelächter“ hervorriefen.<sup>124</sup> Selbst *Rengier*, ein Vertreter der h.M., räumt mit Blick auf die Rücktrittsmöglichkeit in den Fällen der außertatbestandlichen Zielerreichung ein, „dass es vom Rechtsgefühl her eher schwerfällt, die Rücktrittsmöglichkeit zu akzeptieren.“<sup>125</sup> Dazu passt, dass auch die vorinstanzlichen Landgerichte regelmäßig eine strafbefreiende Tataufgabe durch Verzicht auf weitere Ausführungsakte nicht einmal erwägen.<sup>126</sup> Um die extreme Ausweitung der Rücktrittsmöglich-

<sup>121</sup> Vgl., für Fehlschlag *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 28; die Tat, ‚aufgabe‘ verneinend *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 835 ff.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 41; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 131; *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 10 ff.; *dies.*, ZIS 2011, 524 (529); *dies.*, ZJS 2020, 332 (333); *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 35, 47 ff., 58 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 85), § 11 Rn. 81; v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (31); die Aufgabe der einheitlichen Versuchstat verneinend *Scheinfeld* (Fn. 67), S. 125 ff. (127); *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 894; für Unfreiwilligkeit *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 86; *ders.*, NStZ 2020, 342 (343 f.); *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 79; *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 36; *Mitsch*, GA 2022, 618 (631 ff.); *diff. Streng*, JZ 1990, 212 (216 ff.).

<sup>122</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 62.

<sup>123</sup> Vgl. z.B. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 18a; *Freund/Rostalski* (Fn. 52), § 9 Rn. 31 ff.; *Ulsenheimer* (Fn. 16), S. 5 ff., 230 ff.; *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (337 ff.); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29; *Puppe*, JR 2000, 72; *dies.*, ZIS 2011, 524; *Paeffgen*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 791 ff.

<sup>124</sup> *Schroeder*, in: Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, 2014, S. 392 (396).

<sup>125</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 64.

<sup>126</sup> Vgl. für die Fälle iterativer Tatbegehung BGHSt 34, 53 (Rn. 5, 8); BGHSt 35, 90 (Rn. 7); BGH HRRS 2010 Nr. 980 Rn. 9 ff.; BGH HRRS 2015 Nr. 1103 Rn. 4; BGH HRRS 2018 Nr. 506 Rn. 10; BGH HRRS 2024 Nr. 158 Rn. 3; für die Fälle einer vorläufig unfreiwilligen Tataufgabe BGH HRRS 2013 Nr. 728 Rn. 6; BGH HRRS 2017 Nr. 1008



keiten zu beschränken, muss man sich nach dem Gesagten jedoch nicht notwendig auf die Einzelakttheorie besinnen.<sup>127</sup> Ein „Schlüssel für vernünftige Lösungen“ liegt auch nicht in der Auslegung des Merkmals „freiwillig“<sup>128</sup> oder darin, dass die Gesamtbetrachtungslehre „die Grenzen der Gesamtbetrachtung deutlicher und enger, als bisher geschehen, zieht.“<sup>129</sup> Vielmehr ist der Bestimmung der objektiven Tataufgabebetat als Abbruch des noch unbeendeten Ausführungsakts eine Beschränkung der Rücktrittsmöglichkeiten inhärent.

## 2. Subjektiver Tatbestand: Tataufgabevorsatz

Freiwillig ist die Tataufgabe nur dann, wenn der Täter vorsätzlich die Tat aufgibt. Der Tataufgabevorsatz (Aufgabeentschluss) beinhaltet, den Vollendungsvorsatz durch einen Gegenentschluss, den Nichtvollendungsvorsatz, zu ersetzen.<sup>130</sup> Der Täter muss im Zeitpunkt der Tataufgabe (dazu a) beabsichtigen, sicher wissen oder ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass er durch die Aufgabe der weiteren Tatausführung (dazu b) kausal (dazu c) und objektiv zurechenbar (dazu d) die Nichtvollendung der Tat herbeiführt.

### a) Maßgeblicher Zeitpunkt

So wie der Tatbegehungsvorsatz „bei Begehung der Tat“ (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) vorliegen muss, also nach § 8 S. 1 StGB zu dem Zeitpunkt, zu dem der Täter gehandelt hat, so muss der Tataufgabevorsatz „bei Aufgabe der Tat“ vorliegen, also zu dem Zeitpunkt, zu dem der Täter die weitere Ausführung der Tat, d.h. sein auf die Tatvollendung gerichtetes Handeln, abbricht. Nach diesem Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzip ist es irrelevant, ob ein Tataufgabevorsatz vor dem Unterlassen der Tathandlung (dolus antecedens) oder danach (dolus subsequens) gegeben ist. Ein Täter, der lediglich nachträglich das Unterlassen der weiteren Tatausführung und die Nichtvollendung der Tat billigt, tritt somit nicht vorsätzlich und damit nicht freiwillig zurück. In den oben unter 1. b) aa) beschriebenen Fällen, in denen die h.M. eine Tataufgabe i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB bejaht, fehlt daher nicht nur objektiv eine Tataufgabebetat, sondern es liegt zu-

gleich eine solche „dolus-subsequens-Konstellation“ vor. Kein dolus subsequens liegt dagegen vor, wenn der Täter die Tataufgabe an den Eintritt einer äußeren Bedingung knüpft.<sup>131</sup>

*Beispiel:* T will sich gerade Zutritt zur Wohnung des O verschaffen, um nach stehleiswerten Sachen zu suchen, da ruft K auf dem Handy des T an. T nimmt den Anruf entgegen, weil er vermutet, dass K ihm endlich die geschuldeten 10.000 Euro geben will und er dann ggf. sofort nach Hause zu F fahren kann. Genauso kommt es. – Anders wiederum, wenn T den Anruf entgegennimmt, ohne dass er an die Geldschulden des K denkt. Gibt T nach der freudigen Botschaft des K sein Diebstahlsvorhaben auf und fährt nach Hause zu F, liegt ein dolus subsequens und kein freiwilliger Rücktritt vor.

### b) Aufgabe der weiteren Tatausführung

Der Tataufgabevorsatz muss die Aufgabe der weiteren Tatausführung als Rücktrittstat selbst umfassen. Das heißt, der Täter muss im Zeitpunkt des Aufgebens der weiteren Tatausführung zumindest in Kauf nehmen, dass er die Tatausführung abbricht (siehe das Beispiel oben).

### c) Kausalität der Tataufgabe für die Nichtvollendung der Tat

Der Tataufgabevorsatz muss sich weiter auf die Kausalität der Tataufgabe für die Nichtvollendung der Tat beziehen. Das erfordert zumindest Möglichkeitsbewusstsein des Täters bzgl. der Kausalität der Tataufgabe für die Nichtvollendung der Tat (dazu aa). Maßgeblich für die Beurteilung der Kausalität ist die Sicht des Täters (dazu bb). Eine Korrektur der Kausalitätsvorstellung nach der Tataufgabe ist irrelevant (dazu cc). Die Tataufgabe ist nur dann kausal für die Nichtvollendung der Tat, wenn die Tatvollendung aus Tätersicht überhaupt objektiv möglich ist (dazu dd). Irrelevant für die Kausalitätsfrage und gerade schuld begründend ist, wenn der Täter selbst nicht in der Lage ist, die Tat zu vollenden (dazu ee), oder die Tatvollendung für ihn sinnlos erscheint, weil seine außertatbestandliche Motivation weggefallen ist (dazu ff).

### aa) Die notwendige Kausalitätsvorstellung des Täters

Der Täter muss es zumindest für möglich halten, dass die Tataufgabe eine notwendige Bedingung für die Nichtvollendung der Tat ist, die Tat also nicht vollendet wird, wenn er die weitere Tatausführung abbricht, bzw. umgekehrt, dass das Weiterhandeln eine notwendige Bedingung für die Vollendung der Tat ist, die Tat also nur dann vollendet wird, wenn er weiterhandelt. Fehlt dem Täter diese Kausalitätsvorstellung, so ist die Tataufgabe nicht freiwillig.<sup>132</sup> Lassen sich

Rn. 5; BGH HRRS 2018 Nr. 382 Rn. 4, 6; BGH HRRS 2022 Nr. 1069 Rn. 3; BGH HRRS 2023 Nr. 528 Rn. 10; für die Fälle der außertatbestandlichen Zielerreichung BGH HRRS 2008 Nr. 923 Rn. 4; BGH HRRS 2022 Nr. 337 Rn. 7 f.; BGH HRRS 2022 Nr. 695 Rn. 14; BGH HRRS 2023 Nr. 886 Rn. 4; BGH NSTz-RR 2024, 337.

<sup>127</sup> So aber etwa *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 21, die danach differenzieren, ob sich der Einzelakt noch „nicht verselbstständigt“, schon „relativ verselbstständigt“ oder „absolut verselbstständigt“ hat (vgl. in diesem Sinne schon *Burkhardt* [Fn. 101], S. 90 ff.); *Paeffgen* (Fn. 123), S. 817; vgl. schon *Ulsenheimer* (Fn. 16), S. 240 f.

<sup>128</sup> So *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 46.

<sup>129</sup> So *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 35; vgl. auch *Hinz*, JR 2022, 510 (516 ff.).

<sup>130</sup> Vgl. *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 35; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1052.

<sup>131</sup> Vgl. für die Versuchstat *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 31 Rn. 7; *Kühl* (Fn. 4), § 15 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 946.

<sup>132</sup> Da die Kausalität zwischen Tataufgabe und Nichtvollendung der Tat kein objektives Tatbestandsmerkmal der Tataufgabe ist, kommt es auf die Frage nicht an, ob für einen

keine zweifelsfreien Feststellungen zu der Kausalitätsvorstellung des Täters treffen, ist nach dem Zweifelssatz „in dubio pro reo“ davon auszugehen, dass der Täter die Nichtvollendung für möglich gehalten hat.

Ein überwiegender Teil der Literatur bejaht allerdings eine Garantenstellung des Täters, der vorsätzlich durch aktives Tun die Gefahr des Erfolgseintritts schafft. Danach ist z.B. der Täter eines Tötungsversuchs verpflichtet, den Tötungserfolg abzuwenden.<sup>133</sup> Folgt man dieser Ansicht, droht einem Täter, der lediglich mit *dolus eventualis* die Tat aufgibt, der somit auch mit der Möglichkeit der Tatvollendung als Nebenfolge seines Handelns rechnet und dem die Tatvollendung gleichgültig ist (z.B., wenn der Täter dem Tatopfer nur einen Denkkzettel erteilen will) oder gar erwünscht (z.B., wenn der Täter nur von dem Tatopfer ablässt, um eine andere Tat zu begehen), eine Strafbarkeit wegen Unterlassungsversuchs, wenn er nach der strafbefreienden Tataufgabe das Tatopfer seinem Schicksal überlässt und damit seine Garantenpflicht aus Ingerenz verletzt. Um eine solche Unterlassungsstrafbarkeit zu vermeiden, genügt es jedoch, wenn sich der Täter mit Rettungsabsicht bemüht, die Vollendung zu verhindern. Denn eine gegebene Rettungsabsicht ist sowohl nach der Willens-*theorie*<sup>134</sup> als auch nach der Vorstellungstheorie<sup>135</sup> mit *dolus eventualis* bzgl. der Tatvollendung unvereinbar (vgl. dazu unten VII. 1. e) aa), so dass der für die Strafbarkeit wegen Unterlassungsversuchs notwendige Vorsatz fehlte. Daher würde auch bei einem Täter, der absichtlich die Tat aufgibt und die Nichtvollendung der Tat lediglich für möglich hält,

Nachweis der Kausalität erforderlich wäre, dass die Tat durch die Tataufgabe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit oder nur möglicherweise nicht vollendet wird. Vgl. zu diesem Streit zwischen der sog. Vermeidungslehre und Risikoverminderungslehre jeweils m.w.N. *Kühl* (Fn. 4), § 18 Rn. 36 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 49 Rn. 13 ff.; *Roxin* (Fn. 10), § 31 Rn. 46 ff.; *Bock/Nicklaus*, ZJS 2023, 471 (474 ff.); *Greco*, ZIS 2011, 674 (675 ff.).

<sup>133</sup> Vgl. *Heger* (Fn. 121), § 13 Rn. 11; *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 13 Rn. 38; *Weigend*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 10; *Freund/Rostalski* (Fn. 52), § 6 Rn. 79 ff.; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 955a; *Kühl* (Fn. 4), § 18 Rn. 105; *Murmann* (Fn. 52), § 29 Rn. 67; *Puppe* (Fn. 121), § 21 Rn. 22; *dies.*, ZIS 2011, 524 (526); *dies.*, ZJS 2020, 332 (334); *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 75; *Roxin* (Fn. 10), § 32 Rn. 193 f.; *Stein*, JR 1999, 265 (267 ff.); vgl. auch die Nachweise in Fn. 198; a.A. BGH NStZ-RR 1996, 131; *Otto*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 291 (305 f.); *ders.*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 491 (512); *Hillenkamp*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 287 ff.; offengelassen von BGH NJW 2003, 1060 (1061).

<sup>134</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 72.

<sup>135</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 73.

eine Unterlassungsstrafbarkeit wegen Ingerenz mangels Vorsatz ausscheiden, wenn die Rettungsabsicht nach Tataufgabe fortbesteht.

Die nach h.M. für die Abgrenzung der Rücktrittsalternativen des § 24 Abs. 1 StGB für notwendig erachtete Unterscheidung zwischen „unbeendetem“ und „beendetem Versuch“<sup>136</sup> erscheint dagegen nicht nur überflüssig, sondern basiert in der Sache auf einem irrigen Unterscheidungskriterium. So soll nach h.M. ein beendeter Versuch vorliegen, von dem der Täter nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB oder § 24 Abs. 1 S. 2 StGB zurücktreten muss, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung den Erfolgseintritt bereits für möglich hält<sup>137</sup> oder er sich keine Vorstellungen über die Folgen seines bisherigen Tuns macht<sup>138</sup>. Richtigerweise schließt die Gedankenlosigkeit des Täters über die Folgen seines Tuns eine vorsätzliche Tataufgabe aus, da dem Täter die notwendige Kausalitätsvorstellung fehlt. Jedoch kommt es für die Frage einer strafbefreienden Tataufgabe weder auf den Zeitpunkt nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (vgl. oben a) noch ist ein Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit des Täters nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB im Falle des Möglichkeitsbewusstseins des Täters bzgl. des Erfolgseintritts vor dem Hintergrund einer analogen Anwendung der für die Tatbegehung geltenden Zuschreibungsregeln sachlich gerechtfertigt.<sup>139</sup> Will man terminologisch

<sup>136</sup> Vgl. *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 49, 71 ff.; *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 3 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 30 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1035 ff.; *Murmann*, JuS 2021, 1001 ff.

<sup>137</sup> Ständige Rspr., vgl. BGHSt 31, 170 (Rn. 20); BGHSt 33, 295 (Rn. 11 ff.); BGHSt (GS) 39, 221 (Rn. 35); BGH NStZ 1984, 453; BGH HRRS 2010 Nr. 980 Rn. 13 ff.; BGH HRRS 2011 Nr. 361 Rn. 8; BGH HRRS 2013 Nr. 393 Rn. 27; BGH HRRS 2019 Nr. 56 Rn. 8; BGH HRRS 2019 Nr. 476 Rn. 7; BGH HRRS 2019 Nr. 1196 Rn. 7; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 17a; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 15; *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 4; *Kudlich/Schuh* (Fn. 4), § 24 Rn. 32; *Herrmann* (Fn. 91), S. 37 ff.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 31; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 163 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1043; *Murmann*, JuS 2021, 1001 (1003 f.).

<sup>138</sup> Ständige Rspr., vgl. BGHSt 40, 304 (Rn. 7 ff.); BGH HRRS 2013 Nr. 393 Rn. 27; BGH HRRS 2013 Nr. 616 Rn. 7; BGH HRRS 2019 Nr. 476 Rn. 7; BGH HRRS 2019 Nr. 1196 Rn. 7; BGH HRRS 2022 Nr. 841 Rn. 5 f.; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 15a; *Kudlich/Schuh* (Fn. 4), § 24 Rn. 38; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 175; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 827; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1045; diff. *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 172. Wenn der BGH und Teile der Literatur die „gedankliche Indifferenz“ des Täters mit dessen „Gleichgültigkeit“ gegenüber der möglichen Tatvollendung und damit bedingtem Vorsatz gleichsetzen, so ist dies jedoch nicht zulässig (zutreffend die Kritik von *Roxin* [Fn. 10], § 30 Rn. 171 m.w.N.).

<sup>139</sup> Daher überzeugt auch die Ansicht von *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 870, 872, nicht, das Merkmal „aufgeben“ i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB sei einschränkend so auszulegen, dass der Versuchstäter bei „Bestehenlassen

zwischen „unbeendetem“ und „beendetem“ Versuch mit Blick auf die Rücktrittsalternativen des § 24 Abs. 1 StGB unterscheiden, so ist für diese Unterscheidung nach hier vertretener Ansicht danach zu fragen, ob der die weitere Ausführung der Tat aufgebende Täter die Nichtvollendung der Tat zumindest für möglich hält, ohne dass Gegenmaßnahmen ergriffen werden müssen. Wenn ja, liegt ein unbeendeter Versuch vor, wenn nein, dagegen ein beendeter Versuch.

*bb) Maßgeblichkeit der Tätersicht*

Der Täter muss die weitere Tatausführung nach seiner Vorstellung von der Tat (vgl. § 22 StGB) aufgeben. Für die Beurteilung der Kausalität der Tataufgabe ist danach die Tätersicht maßgeblich.<sup>140</sup> Bei Irrtümern des Täters bzgl. der Vollendung der Tat gilt Folgendes: Gibt der Täter die Tat auf und erkennt er nicht, dass seine Tathandlung bereits objektiv erfolgsgeeignet ist (unerkannt „beendetem“ Versuch), so berührt das die Kausalität der Tataufgabe für die Nichtvollendung nicht; der Täter wird straffrei, wenn die Tat nicht vollendet wird.<sup>141</sup>

*Beispiel:* T bricht die Giftgabe an O ab, irrt aber darüber, dass die dem O verabreichte Giftdosis bereits tödlich ist. O wird durch Rettungsmaßnahmen des R gerettet.

Umgekehrt ist die Kausalität der Tataufgabe zu verneinen, wenn der Täter irrig annimmt, die bisherige Tatausführung werde die Tat vollenden, sofern keine Gegenmaßnahmen ergriffen werden (irrtümlich „beendetem“ Versuch).

*Beispiel:* T bricht die Giftgabe an O ab und glaubt irrig, die dem O verabreichte Giftdosis sei bereits tödlich. Dann ist ein freiwilliger Rücktritt nur durch das ernsthafte Bemühen um eine Vollendungsverhinderung (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB) möglich.

Dies entspricht der Regelung bei der Strafbegründung, wie *Roxin* treffend bemerkt:

„So, wie eine nur vorgestellte Gefährdung für einen strafbaren (untauglichen) Versuch ausreicht, so genügt für den Rücktritt der (untaugliche) Versuch einer nur subjektiv für möglich oder nötig gehaltenen Gefährdungsumkehr.“<sup>142</sup>

---

einer Vollendungsgefahr“ nicht zurücktrete, „weil das Aufgeben ein sorgfaltswahrendes Rücktrittsverhalten voraussetzt.“

<sup>140</sup> Eine objektivierende Bestimmung der Versuchsstadien (vgl. z.B. *Ulsenheimer* [Fn. 16], S. 212 ff., 217 ff.; *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 429 ff.; *Feltes*, GA 1992, 395 [417 ff., 422 ff.]) ist nach der hier vertretenen analogen Anwendung der Zuschreibungsregeln der Tatbegehung nicht überzeugend.

<sup>141</sup> Vgl. *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 783, 799; *Mitsch* (Fn. 107), § 6 Rn. 60.

<sup>142</sup> *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 34.

Nimmt der Täter im Zeitpunkt der Tataufgabe irrig an, die Vollendung der Tat sei bereits eingetreten, so fehlt es mangels Kausalität der Tataufgabe am Aufgabebeschluss. Erkennt der Täter nachträglich seinen Irrtum,<sup>143</sup> kommt eine Strafbefreiung nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB in Betracht: Das heißt, der Täter kann in Anwendung der Gesamtbetrachtung entweder einen neuen Ausführungsakt beginnen und diesen freiwillig abbrechen oder, wenn er annimmt, die Tatvollendung werde ohne Gegenmaßnahmen eintreten, die Vollendung noch durch eine Vollendungsverhinderungstat verhindern<sup>144</sup>.

Gibt der Täter die Tat auf und tritt wider Erwarten Vollendung der Tat ein (sog. misslungener Rücktritt), gilt mit der h.M. Folgendes:<sup>145</sup> Grundsätzlich wirkt der Aufgabebeschluss nicht strafbefreiend, auch wenn der Täter im Zeitpunkt der Tataufgabe keine Kenntnis von der Tatvollendung hat, denn § 24 StGB ordnet nur eine Strafbefreiung wegen „Versuchs“ an. Das gilt jedoch nicht, wenn die Tatvollendung dem Täter ausnahmsweise nicht objektiv zurechenbar ist.

*Beispiel:* T verprügelt O mit bedingtem Tötungsvorsatz. Er gibt die Tat auf und rechnet irrtümlich nicht mit einer lebensgefährlichen Verletzung des O. Noch bevor O im Krankenhaus notoperiert werden kann, wird er von X erschossen.

*cc) Irrelevanz einer Korrektur der Kausalitätsvorstellungen (dolus subsequens)*

Erkennt der Täter nach Abschluss des letzten Ausführungsakts, dass seine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns irrig waren, so ist die korrigierte Tätervorstellung – entgegen der herrschenden Lehre vom sog. korrigierten Rücktrittshorizont<sup>146</sup> – für die Frage einer strafbefreienden Tataufgabe irrelevant. Da der Tataufgabevorsatz im Zeitpunkt der Tataufgabe vorliegen muss (vgl. oben a), liegt vielmehr ein *dolus subsequens* vor. Das heißt, erkennt der Täter nachträglich, dass die Tataufgabe doch kausal für die Nichtvollendung der

---

<sup>143</sup> Nach der herrschenden Gesamtbetrachtungslehre entsteht dann erstmals ein Rücktrittshorizont, vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 803 Rn. 12; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 126.

<sup>144</sup> Vgl. *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 284.

<sup>145</sup> Vgl. jeweils m.w.N. *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 53; *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 130; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 767 ff.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 79 ff.; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 115 ff.; a.A., fehlender Vollendungsvorsatz *Jakobs* (Fn. 9), 26/13; *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 38; *Gropp/Sinn* (Fn. 4), § 9 Rn. 130 ff.

<sup>146</sup> Vgl. BGHSt 36, 224 (Rn. 6); BGH (GS) 39, 221 (Rn. 23); BGH HRRS 2013 Nr. 393 Rn. 28; BGH HRRS 2017 Nr. 366 Rn. 9; BGH HRRS 2017 Nr. 615 Rn. 6 f.; BGH HRRS 2023 Nr. 528 Rn. 9; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 17c; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 15d f.; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 178 ff.; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 831 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 32 Rn. 12 f.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 32; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 13 f., 46; *ders.* (Fn. 107), § 6 Rn. 56 f.; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 36; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1046 f.

Tat ist, die Nichtvollendung der Tat also möglich erscheint, bleibt es bei der Versuchsstrafbarkeit. Erkennt der Täter umgekehrt nachträglich, dass die Tataufgabe doch nicht kausal für die Nichtvollendung der Tat ist, die Tatvollendung vielmehr ohne die Vornahme von Gegenmaßnahmen eintreten wird, so bleibt er wegen des Versuchs straffrei, sofern die Tat nicht vollendet wird. Um eine Strafbarkeit wegen Unterlassungsversuchs aus Ingerenz zu vermeiden, muss er sich aber der h.L. folgend wiederum um die Vollendungsverhinderung bemühen (vgl. oben aa).<sup>147</sup>

*dd) Physisch-reale Möglichkeit der Tatvollendung aus Tätersicht*

Die Tataufgabe kann nur dann kausal für die Nichtvollendung der Tat sein, wenn aus Sicht des Täters die Vollendung der Tat durch ein Weiterhandeln überhaupt physisch-real möglich ist.<sup>148</sup> Die Kausalität der Tataufgabe ist daher zu verneinen, wenn nach der Vorstellung des Täters wegen der Untauglichkeit des Tatmittels oder des Tatobjekts die Tatvollendung objektiv in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr herbeigeführt werden kann – im Sinne der *Frank*'schen Formel: „Ich kann nicht weiter handeln, selbst wenn ich es wollte.“

*Beispiele:* Das Einbruchsfenster ist aus einbruchssicherem Panzerglas, – die Geldkassette ist leer, – das anvisierte Tatopfer ist nicht anwesend oder bereits tot, – die Tatwaffe ist nicht funktionsfähig, – das Betrugsopfer durchschaut die Täuschung, – der Gewahrsamsinhaber ist mit der Wegnahme einverstanden oder das Vergewaltigungsopfer willigt in den Geschlechtsverkehr ein, auch wenn die Einwilligung vorgespült ist<sup>149</sup>.

Auch wenn der Täter einen Irrtum über das Tatobjekt (*error in persona vel in obiecto*) erkennt, der auf der tatbestandlichen Ungleichwertigkeit der Tatobjekte beruht, ist die Vollendung der Tat tatsächlich unmöglich.

*Beispiel:* Nach mehreren Schüssen erkennt T, dass es sich bei dem anvisierten Objekt gar nicht um O, sondern um eine Statue handelt.

Sind die irrumsbezogenen Tatobjekte dagegen gleichwertig, bleibt die Vollendung der Tat tatsächlich möglich.

*Beispiele:* T erkennt im letzten Moment, dass er nicht „sein“ Opfer A, sondern B anvisiert, – oder dass der Gummiball, der gestohlen werden soll, tatsächlich eine Holzkugel ist.<sup>150</sup>

*ee) Irrelevanz des Nicht-Weiterhandelnskönnens des Täters*

Nach h.M. soll die Tatvollendung darüber hinaus auch dann tatsächlich unmöglich sein, wenn der Grund in der „Person des Täters“ liegt,<sup>151</sup> dieser sich also „physisch nicht in der Lage sieht, die Tat zur Vollendung zu bringen.“<sup>152</sup> So gilt nach dem BGH ein Versuch auch dann als fehlgeschlagen, „wenn objektiv die Möglichkeit der Vollendung der Tat noch gegeben wäre, der Täter die Mittel, die er dazu benötigt, aber nicht kennt oder nicht verwenden kann, etwa weil er sie objektiv nicht beherrscht oder subjektiv zu ihrer Anwendung nicht in der Lage ist.“<sup>153</sup> Und ein fehlgeschlagener Versuch wird teilweise auch in den Fällen „psychischer Unmöglichkeit“ angenommen, in denen der Täter im Rahmen der Tatausführung meint, dass er sich infolge übermäßiger Angst, eines Schocks, einer psychischen Lähmung oder einer vergleichbaren seelischen Erschütterung praktisch außerstande sieht, die Tat weiter auszuführen.<sup>154</sup>

Aus der analogen Anwendung der für die Tatbegehung geltenden Zuschreibungsregeln ergibt sich jedoch, dass die dispositiven Fähigkeiten des Täters bei der Frage nach der Möglichkeit der Tatvollendung außer Betracht bleiben müssen, das Nicht-Weiterhandelnskönnen des Täters insoweit also irrelevant ist. Denn das Nicht-Weiterhandelnskönnen des Täters, sein individuell fehlendes „Können“ und „Wollen“ (individuelles Unvermögen), ist ja gerade der Grund der Schuldzuschreibung an den Täter. Individuell-rücktritts-erklärende Faktoren sind schuld begründend (vgl. oben V. 1.).

<sup>147</sup> So im Ergebnis auch *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 47.

<sup>148</sup> Die h.M. nimmt in diesen Fällen der physisch-realen Unmöglichkeit der Tatvollendung einen „fehlgeschlagenen Versuch“ an, vgl. BGHSt 34, 53 (Rn. 7); BGHSt (GS) 39, 221 (Rn. 24); BGH HRRS 2022 Nr. 695 Rn. 15; BGH HRRS 2023 Nr. 886 Rn. 5; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 9; *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 64 ff.; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 91 ff.; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 13 f.; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 20 ff.; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 85 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1026; *Murmann*, JuS 2021, 385 (390).

<sup>149</sup> So im Ergebnis auch die h.M., die auf die „rechtliche Unmöglichkeit“ der Tatvollendung abstellt, vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 9, 37; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 94; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 28 f.; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 89; die „Aufgabe der geplanten Tatausführung“ verneinend BGHSt 39, 244 (Rn. 11); *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 70; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 28; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 85), § 11 Rn. 81.

<sup>150</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 165, 166.

<sup>151</sup> So *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 14.

<sup>152</sup> *Murmann*, JuS 2021, 385 (390).

<sup>153</sup> BGHSt 34, 53 (Rn. 7); ständige Rspr., vgl. BGHSt (GS) 39, 221 (Rn. 24); BGHSt 39, 244 (Rn. 7); BGH HRRS 2008 Nr. 73 Rn. 7; BGH HRRS 2010 Nr. 620 Rn. 22; BGH HRRS 2019 Nr. 1328 Rn. 6.

<sup>154</sup> Vgl. BGH NSTZ 2003, 34; BGH HRRS 2012 Nr. 484 Rn. 13; *Heger/Petzsche* (Fn. 4), § 24 Rn. 19; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 17; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 125 f.; für eine „subjektive Unmöglichkeit“ auch *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 40; anders die h.M., für Unfreiwilligkeit BGH NSTZ 1994, 428 (429); BGH HRRS 2015 Nr. 701 Rn. 4; BGH HRRS 2023 Nr. 393 Rn. 8; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1028; *Murmann*, JuS 2021, 385 (390); vgl. auch BGH HRRS 2024 Nr. 88 Rn. 5.

*Beispiele:* T gibt die Tat auf, weil er ein Elektroschockgerät zur Tatausführung falsch einsetzt und darauf in Panik gerät.<sup>155</sup> – T will ein bestimmtes wertvolles Gemälde in der Villa des O stehlen, findet dieses aber nicht, weil er nicht alle Räume durchsucht.<sup>156</sup> – Der Vergewaltiger verliert seine Libido.<sup>157</sup> – T bricht den Tötungsversuch ab, weil die körperlichen Kräfte nicht ausreichen, die Tat zu vollenden,<sup>158</sup> oder weil das Opfer schneller laufen und fliehen kann.<sup>159</sup>

Solche Täter sind „selbst schuld“ an ihrem Misserfolg, stellen aufgrund ihrer Unfähigkeit keine Rechtsgutsgefahr dar und offenbaren dadurch Rechtstreue.

Das heißt: Die Tataufgabe ist schon dann kausal und damit freiwillig, wenn der Täter die aus seiner Sicht objektiv für irgendeinen Menschen mögliche Vollendung der Tat unterlässt. Es kommt also darauf an, ob die Vollendung der Tat durch ein Weiterhandeln nach dem Vorstellungsbild des Täters objektiv noch menschenmöglich ist. Zuschreibungsmaßstab ist damit das Menschenmögliche: Schon jedes menschenmögliche Weiterhandeln (nicht nur ein individuelles) wird dem Täter als schuldhaft zugeschrieben oder andersherum: nur ein dem Menschen unmögliches Weiterhandeln (nicht schon ein individuelles) schließt die Kausalität der Tataufgabe aus und wirkt schuldausschließend.

<sup>155</sup> Anders die h.M., für Unfreiwilligkeit BGH HRRS 2015 Nr. 701 Rn. 4 f.; *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 62; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1028. Vgl. aber auch den Sachverhalt nach BGH HRRS 2014 Nr. 552 Rn. 3, bei dem es dem Täter aus technischen Gründen nicht gelang, einen Stromstoß mit dem Elektroschocker auszulösen. In diesem Fall ist es Tatfrage, ob der Täter die Tat objektiv aufgab und wenn ja, ob die Tataufgabe kausal für die Nichtvollendung der Tat war.

<sup>156</sup> Anders die h.M., für Fehlschlag *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1014.

<sup>157</sup> Anders die h.M., für Fehlschlag *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 86; für Unfreiwilligkeit *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 46; die Tat„aufgabe“ oder den Rücktrittsentschluss verneinend *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 194.

<sup>158</sup> Vgl. hierzu z.B. BGH HRRS 2007 Nr. 373 Rn. 4, 12. In dem von der Literatur in diesem Zusammenhang angeführten Beispiel, dass der Räuber den Überfall abbricht, weil er sich dem Raubopfer gegenüber als körperlich unterlegen erweist, scheidet ein freiwilliger Rücktritt dagegen in der Regel schon an der Schuldfähigkeit (siehe oben V. 3. a) sowie die Nachweise in Fn. 110) oder aber der Rücktritt ist nach den §§ 34, 35 StGB analog entschuldigt. Anders die h.M., für Fehlschlag *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 9, 46; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 7a; *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 66; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 124; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 93; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 21; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 86; die Tat„aufgabe“ verneinend *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 132.

<sup>159</sup> A.A., für Fehlschlag BGH HRRS 2009 Nr. 789 Rn. 7.

#### *ff) Irrelevanz des Wegfalls der deliktischen Motivation wegen außertatbestandlicher Umstände*

Da sich der Vorsatz nur auf die Umstände des gesetzlichen Tatbestands beziehen muss und die außertatbestandliche Motivation des Täters zur Tatbegehung insoweit irrelevant ist (vgl. oben V. 3. f), berührt es die Möglichkeit der Tatvollendung und die Annahme des Tataufgabevorsatzes nicht, wenn der Täter die Tat aufgibt, weil die Motivation zur Tat wegen des Nichtvorliegens außertatbestandlicher Umstände wegfällt und die weitere Tatausführung daher sinnlos erscheint.<sup>160</sup> So wie auf Tatbegehungsseite die Motivation des Täters zur Tatbegehung schuldbe gründend ist, so auf Rücktrittsseite die Motivation des Täters zur Tataufgabe.<sup>161</sup> So wie auf Tatbegehungsseite außertatbestandliche Umstände „lediglich“ für die Strafzumessung, aber nicht für das „Ob“ der Strafbegründung relevant sind, so sind solche außertatbestandlichen Umstände auf Rücktrittsseite entsprechend auch nicht für das „Ob“ der Strafbefreiung relevant.

Solche für den Tataufgabevorsatz irrelevanten außertatbestandlichen Motivirrtümer können sich zum einen auf die Schwere des Taterfolgs, das Tatobjekt, die Tathandlung, Tatmittel oder sonstige Tatmodalitäten beziehen.

*Beispiele:* Die Geldkassette enthält nicht den erwarteten Geldbetrag.<sup>162</sup> – Die zu stehlenden Sachen entsprechen nicht den Erwartungen.<sup>163</sup> – Die Tötung verlangt eine nicht geplante Gewalteinwirkung auf das Tatopfer. – Der Räuber kann sich die Beute nicht durch Drohung, sondern

<sup>160</sup> Die h.M. diskutiert diese Fälle der Sinnlosigkeit des Weiterhandelns wegen des Wegfalls der außertatbestandlichen Motivation wiederum im Rahmen der Prüfung eines „fehlgeschlagenen Versuchs“, vgl. die Nachweise in den folgenden Fußnoten.

<sup>161</sup> Namentlich *Feltes*, GA 1992, 395 (409 ff.), hat in aller Klarheit herausgestellt, „daß individuelle Motive, die sich auf das Tatobjekt beziehen, bei der Beurteilung, ob ein Versuch fehlgeschlagen ist, nicht berücksichtigt werden dürfen“ (410). Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 9), 26/36, der jedoch – ausgehend von seinem Verständnis des Rücktritts als Tatänderung (vgl. 26/2) – Beweggründe, die durch äußere, unrechts- und schulderhöhende Umstände veranlasst werden, als schuldausschließend betrachtet.

<sup>162</sup> So im Ergebnis auch, einen Fehlschlag verneinend *Feltes*, GA 1992, 395 (409 f.); *Heger/Petzsch* (Fn. 4), § 24 Rn. 21; *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 74; anders die h.M., für Fehlschlag *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 8; *Jakobs* (Fn. 9), 26/9; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 32 Rn. 18; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 111; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 25; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 101 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1031; für Unfreiwilligkeit BGHSt 4, 56 (59); *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 35; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 85), § 11 Rn. 88.

<sup>163</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit RGSt 24, 222; einen Fehlschlag verneinend *Feltes*, GA 1992, 395 (409 ff.); *Heger/Petzsch* (Fn. 4), § 24 Rn. 21; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 25; anders die h.M., für Fehlschlag *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 111; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 103 ff.

nur durch Gewalt verschaffen. – Das Vergewaltigungsopfer menstruiert wider Erwarten.<sup>164</sup> – T gibt seine Tat auf, weil er erkennt, dass er nicht „sein“ Opfer A, sondern B anvisiert (error in persona),<sup>165</sup> oder dass der Gummiball, der gestohlen werden soll, tatsächlich eine Holzkugel ist (error in obiecto)<sup>166</sup>.

Zum anderen geht es um den Wegfall der Beweggründe und Ziele des Täters, die ihn zum Abbruch seiner Tathandlung veranlassen.

„Denn die Motive sind Anlass, aber kein Bestandteil der Tat.“<sup>167</sup>

<sup>164</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit *Jakobs* (Fn. 9), 26/46; anders die h.M., für Fehlschlag *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 65; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 107; für Unfreiwilligkeit BGHSt 20, 279 (Rn. 7); *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 21, 83; die Tat„aufgabe“ oder den Rücktrittsentschluss verneinend *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 194.

<sup>165</sup> So im Ergebnis auch, einen Fehlschlag verneinend *Feltes*, GA 1992, 395 (413); *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 74; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 777; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1031; vgl. auch bzgl. der Vollendungsverhinderung BGH HRRS 2024 Nr. 780 Rn. 11 ff.; anders die h.M., für Fehlschlag *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 8; *Murmann* (Fn. 55), § 24 Rn. 125; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 97; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 32 Rn. 18; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 15; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 23; *Rotsch* (Fn. 69), Fall 2 Rn. 47; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 94, 99; *Zieschang* (Fn. 4), Rn. 537, anders jetzt *ders.*, ZJS 2024, 848 (857); für Unfreiwilligkeit *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 22; *Frisster* (Fn. 13), § 24 Rn. 35; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 27. Die Aufgabe der einheitlichen Versuchstat verneinend *Scheinfeld* (Fn. 67), S. 98, 115; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 886 f., 892. Hiergegen ist einzuwenden, dass selbst wenn man konkurrenzrechtlich eine Tatmehrheit für gegeben hält, wenn es *tatsächlich* zu einer wiederholten (versuchten) Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen gekommen ist (z.B., wenn T nacheinander vier Menschen erschießt, vgl. hierzu *Heinrich* [Fn. 4], Rn. 1416), mit Blick auf den aufgegebenen Ausführungsakt die Identität des Tatopfers gerade kein vorsatzausschließender Tatumstand ist, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum.

<sup>166</sup> So im Ergebnis auch, für Freiwilligkeit RGSt 39, 37 (40 f.); einen Fehlschlag verneinend *Feltes*, GA 1992, 395 (409 f.); anders die h.M., für Fehlschlag *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 8; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 95; die Aufgabe der einheitlichen Versuchstat verneinend *Scheinfeld* (Fn. 67), S. 116 f.

<sup>167</sup> So zutreffend *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 111, der jedoch gleichwohl nicht nur die „Aufgabe“ der weiteren Tatausführung in den Fällen der außertatbestandlichen Zielerreichung entschieden verneint (siehe Fn. 121), sondern auch beim Wegfall von Motiven Unfreiwilligkeit des Rücktritts annimmt (vgl. Rn. 404).

Die Tatvollendung bleibt möglich und der Tataufgabevorsatz ist zu bejahen, wenn der Täter die Tat abbricht, weil er eine andere Tat dringender begehren will.

*Beispiel:* T bricht den Versuch, O zu töten, ab, weil es ihm wichtiger ist, A zu töten.<sup>168</sup>

Das Gleiche gilt, wenn der Täter die Tat abbricht, weil er sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat.

*Beispiele:* T bricht die mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommene körperliche Misshandlung des O ab, weil er meint, das bisher Zugefügte genüge als „Denkzettel“ für O. – Um vor Z zu flüchten, sticht T mit einem Messer in Richtung des Körpers von Z. Dieser weicht zurück. Den zweiten Stichversuch bricht T ab, weil er erkennt, dass Z sich nicht mehr an ihn heranwagt. T kann flüchten.

#### d) Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat

Die Weite der Schuldzuschreibung nach der Kausalität wird dadurch begrenzt, dass sich der Vorsatz des Täters auch auf die objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat beziehen muss. Die Tataufgabe ist nur dann freiwillig, wenn der Täter durch seine Tataufgabe die für die Maßstabsfigur des „gefährlichen Täters“ geltende Gefährdungspflicht für das Rechtsgut verletzt und so eine Chance für die Nichtvollendung der Tat schafft, die sich in der Nichtvollendung verwirklicht (vgl. oben V. 3. e). So wie bei der Fahrlässigkeitstat die Maßstabsfigur des „Sorgfältigen“ durch die Bestimmung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (vgl. § 276 Abs. 2 BGB) zu konkretisieren ist, also nach Verkehrskreisen,<sup>169</sup> so ist bei der Tataufgabe die Maßstabsfigur des „gefährlichen Täters“ (des Durchschnittstäters) durch die Bestimmung der „im Verkehr erforderlichen Gefährlichkeit“, also nach den jeweiligen Deliktsbereichen bzw. Täterkreisen zu konkretisieren. Da es an Rechtsnormen fehlt, können für die Konkretisierung dieser Gefährdungspflichten nur allgemeine normative Überlegungen mit Rücksicht auf das empirisch gezeigte Verhalten im jeweiligen Deliktsbereich entscheidend sein.

<sup>168</sup> So auch, die Tataufgabe und Freiwilligkeit bejahend BGHSt 35, 184 (Rn. 9); BGH HRRS 2020 Nr. 280 Rn. 9 f.; *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 64; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 67; *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 123, 126; *Herzberg* (Fn. 51), S. 353; *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 128; *Jakobs* (Fn. 9), 26/10, 35; *Murmann* (Fn. 52), § 23 Rn. 155; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 98; a.A., für Unfreiwilligkeit *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24, Rn. 56; *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 17; *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 79; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 61; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 27, 44; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 359, 384; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 85), § 11 Rn. 87, 90; *Bloy*, JR 1989, 70 (72); *Streng* (Fn. 56), S. 524.

<sup>169</sup> Vgl. BGH HRRS 2021 Nr. 1159 Rn. 14; BGH HRRS 2005 Nr. 263 Rn. 10; *Heger* (Fn. 121), § 15 Rn. 37; *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 25 f.; *Murmann* (Fn. 52), § 23 Rn. 37, jeweils m.w.N.



Dass hierbei Konkretisierungsspielräume bestehen, sei zugestanden.<sup>170</sup>

Das heißt: Die Nichtvollendung der Tat ist dem Täter objektiv zurechenbar und die Tataufgabe damit freiwillig, wenn der Täter aus seiner Sicht im Gegensatz zu einem normalen Durchschnittstäter die Vollendung der Tat unterlässt. Es kommt darauf an, ob nach dem Vorstellungsbild des Täters ein gewissenhafter, besonnener Täter weitergehandelt und die Tat vollendet hätte. Der Täter ist also nicht schon dann „selbst schuld“ an der Nichtvollendung der Tat, wenn die Vollendung der Tat menschenmöglich ist, sondern erst dann, wenn ein gefährlicher Täter des jeweiligen Deliktsbereichs die Tat vollendet hätte.

*Beispiel:* T gibt den Diebstahl auf, weil er unfähig ist, den Türfallengleiter zur Öffnung der Einbruchstür korrekt zu benutzen. Denn normale Diebstahlstäter sind im Umgang mit ihrem Tatwerkzeug vertraut. – Siehe daneben die Beispiele zum individuellen Nicht-Weiterhandelnkönnen (oben c) ee).

Mangels Pflichtverletzung nicht objektiv zurechenbar ist dem Täter dagegen die Nichtvollendung der Tat, wenn auch ein gefährlicher Täter die Tat aufgegeben hätte.

*Beispiel:* T gibt den Einbruch auf, weil die Haustür speziell gegen Einbruch gesichert ist und nur mit Hilfe von speziellen Türöffnungsfähigkeiten geöffnet werden kann.

Die objektive Zurechnung wäre auch dann zu verneinen, wenn T über spezielle Türöffnungsfähigkeiten verfügt, jedoch auf den Einsatz dieser überobligationsmäßigen Fähigkeit verzichtet.<sup>171</sup> Wer Sonderfähigkeiten nicht einsetzt, wird nicht mit Straffreiheit belohnt. Das Gleiche gilt für Sonderwissen.

*Beispiel:* T gibt den Diebstahl auf, weil er die Zahlenkombination des Tresors vergessen hat, die ihm ein Komplize verraten hat.<sup>172</sup> Die Vergesslichkeit des T gereicht ihm in diesem Fall nicht zur Strafbefreiung, da sich ein Tresor mit einem Zahlenkombinationsschloss nur mit Hilfe eines Tresoröffnungscomputers öffnen lässt, wenn die Zahlenkombination unbekannt ist.

<sup>170</sup> Vgl. hierzu mit Blick auf die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten beim Fahrlässigkeitsdelikt *Roxin/Greco* (Fn. 65), § 24 Rn. 35; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 101 ff.; *Zwiffelhofer*, Die Figur des Durchschnittsmenschen im Verwaltungsrecht, 2020, S. 20 ff.

<sup>171</sup> Für eine solche Individualisierung der Pflichten „nach oben“ im Rahmen der Bestimmung der Sorgfaltspflichten beim Fahrlässigkeitsdelikt aber z.B. *Murmann* (Fn. 52), § 23 Rn. 41; *Roxin/Greco* (Fn. 68), § 24 Rn. 57.

<sup>172</sup> Nach h.M. liegt hier schon ein subjektiver Fehlschlag vor, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 1027.

## VII. Vollendungsverhinderung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB)

Sind die Voraussetzungen einer Tataufgabe nicht erfüllt, so kann der Täter nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB strafbefreiend zurücktreten, wenn er die Vollendung der Tat freiwillig verhindert. Strukturell handelt es sich bei der Vollendungsverhinderung um die direkte Umkehrung der Begehungstat und einen Rücktritt durch Begehen. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB korrespondiert damit dem vollendeten Erfolgsdelikt, „indem die Rücktrittshandlung der Tathandlung und die Verhinderung der Vollendung dem Erfolg entspricht“.<sup>173</sup> Die freiwillige Vollendungsverhinderung hat folgende Voraussetzungen:

1. Schuldfähigkeit des Zurücktretenden (dazu oben V. 3. a)
2. Objektiver Tatbestand (dazu 1.)
  - a) Nichtvollendung der Tat
  - b) Vollendungsverhinderungstat
  - c) Kausalität der Vollendungsverhinderungstat für die Nichtvollendung der Tat
  - d) Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat
  - e) Optimale Vollendungsverhinderungstat?
3. Subjektiver Tatbestand: Vollendungsverhinderungsvorsatz (dazu 2.)
4. Keine Notlagen (§§ 34, 35 StGB analog) (dazu oben V. 3. g)

### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand der Vollendungsverhinderung setzt voraus, dass der Täter die Nichtvollendung der Tat (dazu a) durch die Vollendungsverhinderungstat (dazu b) kausal (dazu c) und objektiv zurechenbar (dazu d) herbeiführt. Eine ex ante optimale Vollendungsverhinderungstat ist nicht erforderlich (dazu e).

#### a) Nichtvollendung der Tat

Täterfolg ist die Nichtvollendung der Tat. Tritt trotz der Rücktrittsbemühungen des Täters Vollendung der Tat ein, kommt eine Strafbefreiung grundsätzlich nicht in Betracht, es sei denn, die Tatvollendung ist dem Täter objektiv nicht zurechenbar; in diesem Fall ist nach h.M. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB anzuwenden.<sup>174</sup>

#### b) Vollendungsverhinderungstat

Die Vollendungsverhinderungstat als Rücktrittstat besteht in einem aktiven Tun. Nach der Systematik des § 24 StGB kommt eine Vollendungsverhinderung durch „Unterlassen“ nicht in Betracht.<sup>175</sup> Das bloße Gewährenlassen des Tatopfers bei dessen Maßnahmen zur Eigenrettung genügt nicht.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> *Kudlich/Schuhr* (Fn. 4), § 24 Rn. 31.

<sup>174</sup> Vgl. *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 100 ff.; *Ebert* (Fn. 103), S. 137; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 148; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 125 ff.

<sup>175</sup> Zutreffend *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 158; vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 59a; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 280; a.A. *Maiwald*, in: *Zaczyk/Köhler/Kahlo* (Hrsg.), Festschrift

c) *Kausalität der Vollendungsverhinderungstat für die Nichtvollendung der Tat*

Die Vollendungsverhinderungstat muss kausal für die Nichtvollendung der Tat sein. Das ist der Fall, wenn sie aus objektiver Sicht zweifelsfrei eine notwendige Bedingung für die Nichtvollendung der Tat ist, also „eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat mit ursächlich wird“<sup>177</sup>. Da sich die „Nichtvollendung der Tat“ als Erfolg der Verhinderungstat real als Rettung eines Rechtsguts vor Verletzung darstellt, gründet die Kausalitätsfeststellung hier auf empirischen, naturgesetzlichen Kausalzusammenhängen. Auf dieser Zuschreibungsstufe der Kausalität genügt jede Mitwirkungshandlung des Zurücktretenden für die Nichtvollendung der Tat, also jedes „Zutun“: Möglich ist eine eigenhändige oder fremdhändige „täterschaftliche“ Vollendungsverhinderung, aber auch jede „Teilnahmehandlung“ des Zurücktretenden an Vollendungsverhinderungstaten des Tatopfers selbst oder Dritter genügt, wenn also der Zurücktretende Dritte zur Vollendungsverhinderung „anstiftet“ (z.B. durch Herbeirufen eines Notarztes) oder er dem Tatopfer dabei behilflich ist, die Vollendung zu verhindern (z.B. durch das Reichen des Telefonbuchs<sup>178</sup>).

d) *Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat*

Während die Rechtsprechung schon jedes mitursächliche Zutun für eine freiwillige Vollendungsverhinderung genügen lässt,<sup>179</sup> muss nach zutreffender Ansicht in der Literatur die Nichtvollendung der Tat dem Zurücktretenden analog den für die Tatbegehung geltenden Zuschreibungsregeln auch objektiv zurechenbar sein.<sup>180</sup> Das ist der Fall, wenn der Zurücktre-

tende „eine relevante Rettungschance für das gefährdete Rechtsgut begründet und diese Chance sich in der Nichtvollendung der Tat realisiert.“<sup>181</sup>

Streng genommen führt die Anwendung der für die Erfolgszurechnung maßgeblichen Zurechnungsregel, wonach die objektive Zurechnung auf den Eintritt oder das Ausbleiben des Taterfolgs zu beziehen ist, allerdings zu dem Ergebnis, dass, außer in Fällen der „täterschaftlichen“ Vollendungsverhinderung, die objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat zu verneinen wäre, wenn Dritte unmittelbar „täterschaftlich“ die Tatvollendung verhindern und der Zurücktretende nur als „Teilnehmer“ wirkt. Damit wäre etwa der typische Fall der Benachrichtigung von Rettungsexperten (z.B. von Ärzten, Polizisten, Feuerwehrleuten) keine freiwillige Vollendungsverhinderung.<sup>182</sup>

Dabei ist dieses attributionstheoretische Problem wohl-gemerkt kein rücktrittsspezifisches, sondern betrifft auch die Strafbegründung, wenn es darum geht, dem Unterlassungstäter den Taterfolg objektiv zuzurechnen. Hier muss *der Täter* es unterlassen haben, einen Erfolg abzuwenden (vgl. § 13 StGB). Das heißt, dem Täter ist nur dann der Taterfolg objektiv zuzurechnen, wenn die hypothetische Vornahme der Handlung des Täters eine Chance für die Nichtvollendung der Tat schafft, die sich hypothetisch in der Nichtvollendung der Tat verwirklicht. Unterlässt der Täter dagegen die Anstiftung Dritter zu deren „täterschaftlicher“ Erfolgsabwendung, wäre – genauso wie im Falle der Vollendungsverhinderung – die objektive Zurechnung des Taterfolgs an den Täter zu verneinen, weil die Erfolgsabwendung „das Werk“ des Dritten wäre. Freilich wird dieses Problem in der Literatur nicht thematisiert, sondern schlicht für selbstverständlich gehalten, dass die vom Unterlassenden „angestiftete“ Erfolgsabwendung Dritter, dem Unterlassenden als „sein Werk“ zugerechnet wird.<sup>183</sup>

Dem Dilemma, dass für die Schuldzuschreibung im Falle der Vollendungsverhinderung die bloße Kausalität zu weit und die an der Nichtvollendung der Tat orientierte objektive Zurechnung zu eng ist, lässt sich jedoch entkommen. Dazu

für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, 1998, S. 337 (351), für den Fall, dass der Täter „geflissentlich mit Eingriffsmöglichkeit ‚natürliche‘ Kausalverläufe [...] ablaufen läßt, die den Erfolg seines beendeten Versuchs verhindern“.

<sup>176</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 3219; a.A. Mitsch (Fn. 4), § 23 Rn. 38.

<sup>177</sup> BGHSt 33, 295 (Rn. 17); ständige Rspr., vgl. BGHSt 64, 80 (Rn. 15); BGH NJW 1985, 813; BGH HRRS 2018 Nr. 824 Rn. 8.

<sup>178</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 1001.

<sup>179</sup> Vgl. BGH StV 1981, 396; BGHSt 33, 295 (Rn. 17 f.); BGHSt 48, 147 (Rn. 9 ff.); BGHSt 64, 80 (Rn. 15, 18); BGH HRRS 2018 Nr. 1116 Rn. 11; BGH HRRS 2019 Nr. 478 Rn. 14; BGH HRRS 2021 Nr. 1207 Rn. 7.

<sup>180</sup> Vgl. Eser/Bosch (Fn. 4), § 24 Rn. 66; Jäger (Fn. 51), S. 93 ff.; ders. (Fn. 51), § 24 Rn. 97, 99; Kudlich/Schuh (Fn. 4), § 24 Rn. 45; Kühl (Fn. 4), § 16 Rn. 72; Kaspar (Fn. 16), § 8 Rn. 127; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 73), § 36 Rn. 51; Koch-Schlegelndal, Die Verhinderung der Vollendung beim strafbefreienden Rücktritt, 2012, S. 133, 138 ff., 221; Murrmann (Fn. 52), § 28 Rn. 144; Rengier (Fn. 4), § 37 Rn. 115 ff., 132; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 85), § 11 Rn. 92; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1059, 1062; Bloy, JuS 1987, 528 (533 ff.); Rudolphi, NStZ 1989, 508 (511 ff.); a.A. Lilie/Albrecht (Fn. 4), § 24 Rn. 307 f.; Gössel (Fn. 4), § 41

Rn. 160 ff., mit der Begründung, dass „strafbarkeitsbeschränkend wirkende Institute [wie die objektive Zurechnung] nicht umgekehrt strafbarkeitsbegründend [...] herangezogen werden können“ (Rn. 166). Aber ist nicht auch die „Kausalität zwischen Tat und Taterfolg“ ein die Strafbarkeit beschränkend wirkendes Institut? Auch den Vollendungsverhinderungsvorsatz dürfte Gössel dann nicht verlangen – was er tut (vgl. Fn. 217).

<sup>181</sup> Rudolphi, NStZ 1989, 508 (511).

<sup>182</sup> Vgl. hierzu auch Bloy, JuS 1987, 528 (534), sowie Herzberg, NJW 1989, 862 (866 f.), der hieraus jedoch folgert, der Zurücktretende müsse die Vollendungsverhinderung täterschaftlich beherrschen und sich letztlich „ernsthaft bemühen“ (dazu sogleich unter e).

<sup>183</sup> Vgl. nur Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 73), § 36 Rn. 9: „Ggf kann es erforderlich sein, die (wirksame) Hilfe Dritter, etwa eines Arztes, zu veranlassen“; Roxin (Fn. 10), § 31 Rn. 8: „die erwartete Handlung muß nicht persönlich vorgenommen werden“.

muss man sich den attributionstheoretischen Unterschied zwischen der (versuchten) Begehungstat und der Tataufgabe einerseits und der (versuchten) Unterlassungstat und der Vollendungsverhinderung andererseits mit Blick auf den Bezugspunkt der Erfolgszurechnung vergegenwärtigen: Während der Täter bei der (versuchten) Begehungstat und der Tataufgabe das kausale Geschehen insoweit selbst in der Hand hat, als er das Risiko der Tatvollendung bzw. die Chance der Nichtvollendung der Tat allein durch sein Verhalten schaffen kann, ist eine solche Steuerung des Geschehens bei der (versuchten) Unterlassungstat und Vollendungsverhinderung nicht (mehr) möglich, wenn die Vollendung der Tat nicht mehr „täterschaftlich“ durch den Täter verhindert werden kann, sondern nur durch Mitwirkung Dritter, insbesondere durch Rettungsexperten. In diesen Fällen kommt es für die Schuldzuschreibung somit entscheidend auf die „täterschaftliche“ Verursachung der fremden Erfolgsabwendung an. Unterlässt der nach § 13 StGB handlungspflichtige Täter „täterschaftlich“ die Einschaltung Dritter zur Erfolgsabwendung, so wird ihm aus Sicht der Gesellschaft dieses Unterlassen negativ angelastet und ihm als Erstverursacher mittelbar damit auch die Schuld an dem Taterfolg zugeschrieben. Ebenso bei der Vollendungsverhinderung, nur spiegelbildlich: Setzt der Zurücktretende „täterschaftlich“ Dritte für die Vollendungsverhinderung ein, so wird ihm aus Sicht der Gesellschaft dieses Tun positiv angerechnet und ihm als Erstverursacher mittelbar damit auch die Schuld an der Nichtvollendung der Tat zugeschrieben.

Aus dem Gesagten folgt, dass in Fällen der Vollendungsverhinderung durch Dritte (oder durch das Tatopfer selbst) der Bezugspunkt im Rahmen der objektiven Zurechnung von der „Nichtvollendung der Tat“ auf die *Vollendungsverhinderungstat* vorzuverlegen ist. Verhindert ein Dritter die Tatvollendung, so muss dem Zurücktretenden die Vornahme dieser fremden, nicht-tätereigenen Vollendungsverhinderungstat unmittelbar, letztursächlich, „täterschaftlich“ zuzurechnen sein und die Nichtvollendung der Tat, die der Dritte „täterschaftlich“ bewirkt, damit nur mittelbar. Erforderlich ist damit, dass der Zurücktretende eine Chance für die Vornahme der Vollendungsverhinderung durch den Dritten schafft, die sich in der Vollendungsverhinderungstat des Dritten verwirklicht.<sup>184</sup> Dann ist gewährleistet, so lässt sich *Rengiers* Formulierung lesen, dass „die Verhinderung des Taterfolges als Werk des Täters und nicht als Werk des Zufalls oder Dritter erscheint und demzufolge die strafbefreiende Wirkung angemessen ist.“<sup>185</sup>

Dem Zurücktretenden wird von der überwiegenden Lehre daher im Ergebnis zu Recht die Nichtvollendung der Tat nicht erst dann zugerechnet, wenn er die Vollendung der Tat

als „mittelbarer Täter“ oder „Mittäter“ verhindert, sondern jedenfalls schon dann, wenn er als „Anstifter“ (auch über Dritte als „Kettenanstiftung“) die Vollendungsverhinderungstat von Rettungsexperten veranlasst, grundsätzlich aber nicht, wenn er nur als „Gehilfe“ agiert.<sup>186</sup> Da es nur um die Chancenschaffung für die Erfolgsabwendung Dritter geht, bedarf es aber keiner „Anstiftung“ im Sinne der Teilnahmelehre, die den Dritten zu seinen Erfolgsabwendungsmaßnahmen „bestimmt“. Vielmehr genügt bei der Vollendungsverhinderung, dass der Zurücktretende eine Situation arrangiert, die Dritte zum Eingreifen anreizt.<sup>187</sup> Eine bloße Hilfeleistung des Täters reicht sogar aus, wenn sie als „letztursächlich“ für die Rettungshandlung Dritter zu bewerten ist (z.B. durch den Transport des Tatopfers zum Krankenhaus, wenn niemand sonst zum Transport bereit steht).<sup>188</sup> Ein Überwachen Dritter und ein Vergewissern durch den Zurücktretenden, ob Dritte der Mitwirkung bzw. Vollendungsverhinderung nachkommen, ist – anders als im Falle des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB<sup>189</sup> – als Nachtatverhalten irrelevant.<sup>190</sup>

*Beispiele:* Die objektive Zurechnung ist danach zu bejahen, wenn der Täter Dritte (im Sinne einer „Kettenanstiftung“) dazu auffordert, „alles Notwendige zu veranlassen“,<sup>191</sup> – die Täterin vom vergifteten Tatopfer energisch dazu aufgefordert wird, einen Krankenwagen herbeizurufen,<sup>192</sup> – der Brandstifter die Hausbewohnerin des brennenden Hauses telefonisch dazu auffordert, nach Hause zu kommen, ohne den Grund dafür zu nennen<sup>193</sup> – oder der Täter das lebensgefährlich verletzte Tatopfer 95 m vor dem Krankenhauseingang absetzt, dieses dann von Pas-

<sup>186</sup> Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 66; *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 19b; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 97, 99; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 73), § 36 Rn. 51; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 74 ff.; grundlegend *Bloy*, JuS 1987, 528 (534 f.); *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (513 f.).

<sup>187</sup> Zutreffend *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 19b; *Heger/Petzsche* (Fn. 4), § 24 Rn. 45; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 76; *Bloy*, JuS 1987, 528 (535). Zum Streitstand bei der Teilnahmelehre *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 108), 23. Problem, S. 201 ff.

<sup>188</sup> Zutreffend *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 74.

<sup>189</sup> Vgl. BGHSt 33, 295 (Rn. 20); a.A. BGHSt 31, 46 (Rn. 7): Im Vergewissern liegt „kein zu Ende führen (Ausschöpfen) der Verhinderungsmöglichkeit, sondern allenfalls der Wille dazu.“

<sup>190</sup> A.A. *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 295, 298 f.; vgl. auch BGH NJW 1985, 813 (814).

<sup>191</sup> So auch *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 97; *Bloy*, JuS 1987, 528 (535); *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (513); a.A. BGH bei Dallinger MDR 1972, 751.

<sup>192</sup> So auch *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 76; *Koch-Schlegtendal* (Fn. 180), S. 144; *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (514); a.A. BGH JR 1989, 472.

<sup>193</sup> So auch *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 76; *Bloy*, JuS 1987, 528 (535); im Ergebnis auch BGH NJW 1985, 813.

<sup>184</sup> Im Ergebnis ähnlich ist nach *Boß*, Der halberzige Rücktritt, 2002, S. 143 ff., 197, erforderlich, „daß der Täter eine objektiv ex-ante geeignete Rücktrittshandlung vornimmt, die den Eintritt des Rücktrittserfolges als voraussehbar erscheinen läßt“, wobei in „absoluten Ausnahmefällen“ überdies darauf abzustellen sei, „ob die Erfolgsverhinderung ‚als Werk des Täters‘ erscheint.“

<sup>185</sup> *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 115.

santen bewusstlos im Gebüsch gefunden und zur Rettung in das Krankenhaus verbracht wird<sup>194</sup>.

e) *Optimale Vollendungsverhinderungstat?*

Nach einem Teil der Literatur soll eine kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführte Vollendungsverhinderung nicht in jedem Fall für die Schuldzuschreibung an den Täter genügen. Denn eine strafbefreiende Vollendungsverhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB setze eine verhaltensbezogene Schuldzuschreibung an den Täter voraus. Der Täter müsse die aus seiner Sicht beste („optimale“) erfolgsverhindernde Maßnahme wählen, wie es § 24 Abs. 1 S. 2 StGB für das „ernsthafte Bemühen“ um die Vollendungsverhinderung verlange. Ein nur „halbherziger Rücktritt“ sei dagegen nicht ausreichend.<sup>195</sup>

Der Versuch dieser sog. Bestleistungstheorie, auf diese Weise eine Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeiten des Täters zu erreichen, kann jedoch nicht überzeugen. Denn abgesehen davon, dass der Gesetzgeber ein „ernsthafte Bemühen“ nur im Falle des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB verlangt,<sup>196</sup> ist ihre Begründung nicht nur von dem Irrtum getragen, *dolus eventualis* bzgl. der Tatvollendung sei mit der Rettungsabsicht des Täters vereinbar (dazu aa), sondern sie missachtet überdies, dass die unterschiedlichen Zuschreibungsregeln nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB und § 24 Abs. 1 S. 2 StGB nur Ausdruck einer unterschiedlichen erfolgsbezogenen Schuldzuschreibung sind und insoweit lediglich einen attributionstheoretischen Unterschied widerspiegeln (dazu bb).

<sup>194</sup> So auch *Heger/Petzsche* (Fn. 4), § 24 Rn. 45; *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 97; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 76; *Bloy*, JuS 1987, 528 (535); *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (514); a.A. BGHSt 31, 46 (Rn. 7); *Koch-Schlegtehdal* (Fn. 180), S. 143.

<sup>195</sup> Vgl. *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 54, 93, 95; *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 40 ff., 45; *Jakobs* (Fn. 9), 26/19a, 21 (de lege ferenda argumentierend); *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 40; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 145; *Puppe* (Fn. 121), § 21 Rn. 41; *dies.*, NStZ 1995, 403 (404); *dies.*, NStZ 2003, 308 (309); *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 92), Rn. 873 f., 901 f.; *Ahmed* (Fn. 16), S. 134 ff.; v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (52 f.); *Heghmanns*, ZJS 2020, 164 (167); *Herzberg*, NJW 1989, 862 (866 f.); *ders.*, JR 1989, 489 (451); *Ladiges/Glückert*, Jura 2011, 552 (557); *Römer*, MDR 1989, 945 (947); nur für die fremdhändige Erfolgsverhinderung *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 46; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 246 ff.; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 851; nicht für bestmögliche, aber erforderliche und verlässliche Verhinderungsmaßnahmen *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 282, 295 f. (vgl. zur Kritik an dieser Ansicht unten Fn. 230); für „berechenbare“ Verhinderungsmaßnahmen *Zieschang* (Fn. 4), Rn. 565, 567.

<sup>196</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 70; ausführlich *Boß* (Fn. 184), 2002, S. 100 ff. Dagegen meint *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 250, das sei „nicht schlüssig“, vielmehr sei „dies eine kriminalpolitische Frage, die der Gesetzgeber [!] im Sinne der Bestleistungstheorie gelöst hat“.

aa) *Die unzulässige Annahme von dolus eventualis bzgl. der Tatvollendung bei vorhandener Rettungsabsicht*

Die Vertreter der Bestleistungstheorie führen zur Begründung ihrer Ansicht insbesondere an, wer bewusst nur halbherzige Mittel zur Abwendung des Erfolges anwende, wie im „Krankenhausfall“ (BGHSt 31, 46), im „Brandfall“ (BGH NJW 1985, 813) oder im „Gashahnfall“ (BGHSt 48, 147), rechne mit der möglichen Tatvollendung, nehme diese in Kauf und erbringe daher keine für den Rücktritt zureichende Umkehrleistung (sog. *dolus-eventualis*-Argument).<sup>197</sup> Darin liege zugleich ein Versuch durch Unterlassen der sicheren Erfolgsabwendung aus Ingerenz, von dem der Täter durch seine suboptimale Verhinderungstat nicht strafbefreiend zurücktrete (sog. Unterlassungsargument).<sup>198</sup> Ein solcher Schluss aus der Möglichkeit der Tatvollendung durch die ex ante unsichere Verhinderungstat, also aus der bloßen Rechtsgutsgefährdung, auf den *dolus eventualis* des Täters bzgl. der Tatvollendung erweist sich jedoch bei näherem Hinsehen als in sich nicht stimmig, wenn der Täter mit Rettungsabsicht die Tatvollendung verhindert. Das gilt sowohl nach der Willenstheorie<sup>199</sup> als auch nach der Vorstellungstheorie<sup>200</sup>.

Zum einen verträgt sich vom Standpunkt der Willenstheorie aus die Annahme eines bedingten Tatvorsatzes nicht mit einer gegebenen Rettungsabsicht des Täters.<sup>201</sup> Ein Täter, der absichtlich die Tatvollendung verhindern will, wie im „Krankenhausfall“, „Brandfall“ und „Gashahnfall“, kann nicht gleichzeitig die Vollendung der Tat in Kauf nehmen, vielmehr findet sich ein solcher Täter ja gerade nicht mit dem Taterfolg ab. Die Annahme einer rechtsfeindlichen Gesinnung widerspricht dem in der Rettungsabsicht zum Ausdruck kommenden Gesinnungswandel des Täters.

Zum anderen ist aber auch nach der Vorstellungstheorie die Bejahung eines *dolus eventualis* bzgl. der Tatvollendung bei suboptimaler absichtlicher Verhinderungstat widersprüchlich.<sup>202</sup> Wie *Jakobs* hervorhebt, geht es beim bedingten Vorsatz „um die Erkenntnis des Täters, daß eine Nebenfolge sich selbst dann, wenn alle Hauptfolgen seines unbedingt gewollten Handelns eintreten, nur eventualiter verwirklicht“.<sup>203</sup> Mit anderen Worten: Die Nebenfolge kann möglicherweise eintreten, wenn die Hauptfolge eintritt. Hauptfolge und Nebenfolge hängen also zusammen. Nach *Jakobs* sind daher alle

<sup>197</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 237; *Ahmed* (Fn. 16), S. 137 ff., 158 f.; *Koch-Schlegtehdal* (Fn. 180), S. 128 f., die jedoch gleichwohl der Bestleistungstheorie nicht folgt (vgl. S. 137); *Ladiges/Glückert*, Jura 2011, 552 (557).

<sup>198</sup> Vgl. *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 45; *Jakobs* (Fn. 9), 26/21; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 242, 248; *Puppe*, NStZ 1984, 488 (489); *Römer*, MDR 1989, 945 (947); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (53).

<sup>199</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 72.

<sup>200</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 73.

<sup>201</sup> So schon *Puppe*, NStZ 1984, 488 (491); *Boß* (Fn. 184), S. 110; vgl. auch *Bloy*, JuS 1987, 528 (532 f.), mit allerdings zweifelhafter Begründung.

<sup>202</sup> Dagegen meint *Bloy*, JuS 1987, 528 (532), die Auffassung von *Jakobs* sei „in sich stimmig“.

<sup>203</sup> *Jakobs* (Fn. 9), 8/21.

Vorsatzformen gleich: „denn so, wie der Täter vorgeht, kann er das Zusammenhängende nur als ein Ganzes ins Werk setzen: So er sich überhaupt zum Tun oder Unterlassen entschließt, *beabsichtigt* er die Realisierung des gesamten Zusammenhangs, und er kann nur wählen zwischen *alles oder nichts*“.<sup>204</sup> Für die logische Konstruktion des *dolus eventualis* bei absichtlich suboptimaler Verhinderungstat bedeutet das: Die „Tatvollendung“ müsste sich als mögliche Nebenfolge mit der Hauptfolge „Nichtvollendung der Tat“ logisch verknüpfen lassen. Das ist aber logisch ausgeschlossen. Wer die Rettung des Tatopfers als Hauptfolge seines Handelns beabsichtigt, kann nicht zugleich annehmen, dass im Falle der Rettung die Nicht-Rettung als Nebenfolge möglicherweise eintritt. Daraus folgt allgemein, dass die bedingt vorsätzliche Nebenfolge von der beabsichtigten Hauptfolge gegenständlich verschieden sein muss, also nicht ihr bloßes Gegenteil sein darf. Als Ergebnis ist festzuhalten: Das Scheitern einer beabsichtigten Hauptfolge ist damit nicht zugleich vom Eventualvorsatz umfasst.<sup>205</sup>

*bb) Der attributionstheoretische Unterschied zwischen § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB und § 24 Abs. 1 S. 2 StGB*

Sofern man mit dem überwiegenden Teil der Literatur eine Garantenstellung des Täters wegen vorsätzlicher Ingerenz prinzipiell bejaht (vgl. oben VI. 2. c) aa), kommt ein Unterlassungsversuch bei „halbherzigem Rücktritt“ also allein dann in Betracht, wenn der Zurücktretende lediglich mit *dolus eventualis* die Tatvollendung verhindert. In diesem Fall wäre tatsächlich auch bzgl. des Unterlassungsversuchs ein *dolus eventualis* zu bejahen, und zwar nach der Vorstellungstheorie, weil der Täter die Vollendung der Tat als Nebenfolge seines Handelns für möglich hält, und nach der Willenstheorie, wenn dem Täter die mögliche Tatvollendung gleichgültig ist. Lässt sich jedoch schon die Annahme, dass eine nicht optimale Erfolgsabwendung ein versuchtes Unterlassungsdelikt darstellen soll, mit beachtlichen normlogischen Gründen bestreiten,<sup>206</sup> so erst recht die Annahme einer Strafbarkeit wegen eines solchen Unterlassungsversuchs. Denn aus § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ergibt sich, dass eine Strafbarkeit des Täters wegen Versuchs nur dann in Betracht kommt, wenn der Erfolg ohne Zutun des Täters nicht eingetreten ist. Hat der Täter also den Eintritt des Erfolgs durch aktives Tun verhindert, so scheidet auch eine Versuchsstrafbarkeit wegen Unterlassens aus.<sup>207</sup> „Eine Rechtsordnung“, so *Puppe*, „die den Versuchs-

täter freispricht, der den Erfolg nachträglich verhindert, [...] kann keinen Garanten wegen Versuchs bestrafen, der den Erfolg wann und wie auch immer selbst verhindert hat“<sup>208</sup>. Aber selbst wenn man hier anderer Ansicht ist, rechtfertigt auch dies nicht, deshalb die Zuschreibungsregeln des ernsthaften Bemühens i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB, d.h. deren erhöhte Handlungsanforderungen, auf die Vollendungsverhinderung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zu übertragen. Denn eine solche Angleichung der Zuschreibungsregeln übersieht, dass die unterschiedlichen Zuschreibungsregeln lediglich Ausdruck einer unterschiedlichen erfolgsbezogenen Schuldzuschreibung und daher attributionstheoretisch begründet sind:

Im Falle der Vollendungsverhinderung geht es um die Schuldzuschreibung für die Rettung des Rechtsguts vor Verletzung (z.B. der Rettung des Lebens des Tatopfers), d.h. für einen real eingetretenen Erfolg, durch aktives Tun. Hier wird dem Zurücktretenden die Schuld an dem Erfolg nur dann zugeschrieben, wenn sein Zutun zweifelsfrei kausal und objektiv zurechenbar den Erfolg herbeigeführt hat, also sicher mitursächlich für die Rettung ist. Im Falle des ernsthaften Bemühens geht es dagegen um die Schuldzuschreibung für eine nur hypothetische Rettung des Rechtsguts vor Verletzung, d.h. für einen hypothetischen Erfolgseintritt. Hier wird dem Zurücktretenden die Schuld an dem hypothetischen Erfolg nur dann zugeschrieben, wenn sein Bemühen aus seiner Sicht die Rechtsgutsverletzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, sein Bemühen insofern „ernsthaft“ = „optimal“ ist (vgl. unten VIII. 2.). In diesen Zuschreibungsregeln kommt zum Ausdruck, dass Personen nur dann für ein Ereignis verantwortlich sein sollen, wenn die Kausalität ihres Verhaltens für das Ereignis sicher festgestellt ist. Die Schuldzuschreibung setzt also allgemein „sichere Kausalzusammenhänge“ voraus. Weder genügt auf Tatbegehungsseite ein möglicher Kausalzusammenhang zwischen Tat und Taterfolg, d.h. eine bloße Risikoerhöhung mit der Folge einer Gefährdungshaftung,<sup>209</sup> noch auf Rücktrittsseite ein möglicher Kausalzusammenhang zwischen Rücktritt und Nichtvollendung der Tat, d.h. eine bloße Risikoverringerung mit der Folge ausufernder Strafbefreiung. Die unterschiedlichen Zuschreibungsregeln für die Vollendungs-

angebracht.“).

<sup>208</sup> *Puppe*, NStZ 1984, 488 (490). Jedoch würde *Puppe* diesem Satz heute nicht mehr zustimmen, da sie mittlerweile der Bestleistungstheorie folgt, siehe die Nachweise in Fn. 195.

<sup>209</sup> Ausreichend ist jedoch die Feststellung einer sog. generellen Kausalität, vgl. BGHSt 37, 106 (Rn. 27 f.); BGHSt 41, 206 (Rn. 39 ff.); *Frister* (Fn. 13), § 9 Rn. 38; *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1145); kritisch *Roxin/Greco* (Fn. 65), § 11 Rn. 16 ff. m.w.N. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob dem Täter auch dann die Schuld zuzuschreiben ist, wenn der Taterfolg bei rechtmäßigem Verhalten nur möglicherweise nicht eingetreten wäre, wie die sog. Risikoerhöhungslehre (zu Recht) annimmt, vgl. *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411; *Roxin/Greco* (Fn. 65), § 11 Rn. 88b ff.; a.A. BGHSt 11, 1; zum Streitstand *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 108), 31. Problem, S. 265 ff.

<sup>204</sup> *Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 41 (*Hervorhebung* im Original); vgl. auch *ders.*, ZfStw 11/2022, 576 (579 f.).

<sup>205</sup> Das verkennt *Jakobs* (Fn. 9), 8/24, wenn er etwa auch das Misslingen einer erkanntermaßen riskanten ärztlichen Operation als vom Vorsatz umfasst ansieht und hierzu bemerkt: „Wenn eine Handlung Leben wie Tod bringen kann, ist dem betroffenen Gut nicht mit gutem Willen gedient“.

<sup>206</sup> Vgl. *Bloy*, JuS 1987, 528 (531 f.); zustimmend *Boß* (Fn. 184), S. 118 f.; *Koch-Schlegte* (Fn. 180), S. 126 f.; vgl. auch *Hillenkamp* (Fn. 131), S. 292 ff.

<sup>207</sup> Vgl. auch *Jäger* (Fn. 78), § 58 Rn. 115; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 900 („Auch eine Bestrafung wegen Versuchs ist nicht

verhinderung und das ernsthafte Bemühen spiegeln also lediglich sachlich begründete Unterschiede der erfolgsbezogenen Schuldzuschreibung wider.<sup>210</sup>

Eine optimale Verhinderungstat auch im Falle der Vollendungsverhinderung zu verlangen, wäre danach eine Überobligation und stünde im Widerspruch zur analogen Anwendung der Zuschreibungsregeln für die Begehungstat, die auch nicht optimal sein muss.<sup>211</sup> So muss z.B. ein Täter nicht statt einer riskanten Tötung durch Vergiften eine solche durch Erschießen wählen, um schuldhaft zu handeln.<sup>212</sup> Auf eine optimale Gefährlichkeit bzw. Rechtstreue kommt es im Rahmen der Schuldzuschreibung für die Begehungstat bzw. den Rücktritt durch Begehen nicht an. Aus dem Gesagten folgt, dass daher auch kein Wertungswiderspruch besteht zwischen den Handlungsanforderungen bei der Vollendungsverhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB und den Handlungsanforderungen beim Unterlassungsdelikt wegen Ingerenz<sup>213</sup> sowie beim Rücktritt vom untauglichen Versuch<sup>214</sup> (für den § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gilt). Vielmehr ergeben sich die unterschiedlichen Anforderungen an die Schuldzuschreibung schlicht aus der unterschiedlichen erfolgsbezogenen Schuldzuschreibung, also letztlich aus dem Kausalitätserfordernis.

## 2. Subjektiver Tatbestand: Vollendungsverhinderungsvorsatz

Freiwillig ist die Vollendungsverhinderung weiter nur dann, wenn der Täter vorsätzlich die Vollendung verhindert. Der Täter muss im Zeitpunkt der Vollendungsverhinderungstat (dazu a) beabsichtigen, sicher wissen oder sich damit abfinden (dazu b), dass er die Nichtvollendung der Tat durch die Vollendungsverhinderungstat kausal und objektiv zurechenbar herbeiführt. Bei Umstandsirrümern gilt § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog (dazu c).

<sup>210</sup> Vgl. auch *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 133, 144; *Jäger* (Fn. 51), S. 96; *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 98 (letzter Absatz). Im Übrigen begnügt man sich in der Literatur häufig mit dem Hinweis, der Gesetzgeber verfare in § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB nach dem Prinzip „Ende gut, alles gut“, vgl. z.B. *Puppe*, NStZ 1984, 488 (490); *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (512); *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 70; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 132.

<sup>211</sup> Zutreffend *Boß* (Fn. 184), S. 103 f.; *Koch-Schlegel* (Fn. 180), S. 129, 139.

<sup>212</sup> Vgl. auch *Bloy*, JuS 1987, 528 (533), der darauf hinweist, dass der Versuchstäter „keineswegs die für das Rechtsgut ihm mögliche gefährlichste Angriffshandlung wählen muß, um nach §§ 22, 23 strafbar zu sein“.

<sup>213</sup> So aber *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 304, 343; *ders.*, JuS 2022, 193 (198); *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 248; *Ahmed* (Fn. 16), S. 142 ff.

<sup>214</sup> So aber *Puppe*, NStZ 1984, 488 (489); *Herzberg*, NJW 1989, 862 (863); *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 344; *ders.*, JuS 2022, 193 (198); *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 93; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 241, 249 f.; *Ahmed* (Fn. 16), S. 139 ff.

### a) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Verhinderungsvorsatz muss im Zeitpunkt der Begehung der Vollendungsverhinderungstat vorliegen (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB i.V.m. § 8 S. 1 StGB analog). Nicht erforderlich ist daher, dass der Rettungswille des Täters darüber hinaus fort-dauert.<sup>215</sup> Möglich ist wiederum, dass der Täter die Realisierung der Vollendungsverhinderung an den Eintritt einer äußeren Bedingung knüpft (sog. antizipierter Rücktritt).<sup>216</sup>

*Beispiel:* T ordnet an, dass ein Arzt während des Duells anwesend ist, um Verletzte ggf. ärztlich zu versorgen. Jedoch erscheint in einem solchen Fall schon der Tötungsvorsatz zweifelhaft.

### b) Dolus eventualis

Für den Vollendungsverhinderungsvorsatz genügt auch dolus eventualis, wenn also der Täter die Nichtvollendung der Tat als mögliche Nebenfolge seines Handelns erkennt und nicht mehr auf das Ausbleiben der Nichtvollendung vertraut, sich vielmehr mit ihr abfindet.<sup>217</sup>

*Beispiele:* T setzt die zuvor von ihm lebensgefährlich verletzte O an einer abgelegenen Straße aus und lässt dabei auch die Handtasche der O mit dem Mobiltelefon zurück. Mit der Möglichkeit, dass O dadurch möglicherweise gerettet und gerettet werden kann, findet sich T ab. O wird gefunden und gerettet. – T setzt ein denkmalgeschütztes Wohngebäude in Brand, in dem sich, wie T weiß, gerade O befindet. Dass O bei dem Brand sterben kann, nimmt T in Kauf. Dann bekommt T aber doch ein schlechtes Gewissen, weil es sich um ein so altes Gebäude handelt, und meldet den Brand bei der Feuerwehr, ohne auf O hinzuweisen. Die Rettung der O hält er für möglich, ist ihm aber gleichgültig. O wird gerettet.<sup>218</sup>

Nicht ausreichend ist, wenn der Täter die Tatvollendung fahrlässig verhindert, er also die Nichtvollendung nicht ernstlich für möglich hält, sondern auf die Tatvollendung vertraut. Das ist wohl auch gemeint, wenn es in Rechtsprechung und Literatur heißt, eine bewusste und gewollte Vollendungsver-

<sup>215</sup> So aber BGH JR 1989, 472.

<sup>216</sup> Vgl. BGHSt 44, 204 (Rn. 7); *Kudlich/Schuh* (Fn. 4), § 24 Rn. 46, 62; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 133; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 139; a.A. *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 48; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 64; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 146; *Herzberg*, NJW 1989, 862 (868 ff.).

<sup>217</sup> Vgl. *Heger/Petzsch* (Fn. 4), § 24 Rn. 52; *Gössel* (Fn. 4), § 41 Rn. 167; *Kaspar* (Fn. 16), § 8 Rn. 134; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 65; *Herzberg*, JR 1989, 449 (450); a.A., für Vollendungsverhinderungsabsicht *Kudlich/Schuh* (Fn. 4), § 24 Rn. 45; *Murmann* (Fn. 52), § 28 Rn. 150; *ders.*, JuS 2022, 193 (199); *Jäger* (Fn. 77), § 58 Rn. 121, anders *ders.* (Fn. 51), § 24 Rn. 86.

<sup>218</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt BGH HRRS 2019 Nr. 478.



hinderung sei ausgeschlossen, wenn die Tatvollendung lediglich aus „Versehen“ verhindert werde.<sup>219</sup>

Die Möglichkeit einer nur bedingt vorsätzlichen Vollendungsverhinderung ist im Übrigen ein weiteres Argument gegen die Bestleistungstheorie (vgl. oben I. e). Denn wer nur mit *dolus eventualis* die Vollendung der Tat verhindert, kann nicht gleichzeitig zu optimalen Verhinderungsleistungen verpflichtet sein. Da der Täter die „Nichtvollendung der Tat“ nicht als Hauptfolge seines Handelns beabsichtigt, sondern nur als Nebenfolge für möglich hält, ist es logisch ausgeschlossen, die Vollendungsverhinderungstat zu optimieren.<sup>220</sup> Der Widerspruch wird noch offensichtlicher, wenn man mit der Willenstheorie<sup>221</sup> im *dolus eventualis* ein Gesinnungsmoment verkörpert sieht: Ein Täter, der sich lediglich mit der möglichen Nichtvollendung der Tat als Nebenfolge seines Handelns abfindet, kann nicht zugleich die Nichtvollendung der Tat als beabsichtigte Hauptfolge seines Handelns optimieren wollen.

### c) Umstandsirrtümer

Ein analog § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließender Umstandsirrtum liegt vor, wenn der Täter nicht weiß, dass er durch seine Handlung die Tatvollendung verhindert, weil er Umstände nicht kennt, die seine Vollendungsverhinderungstat begründen.

*Beispiel:* Im obigen „Auto-Fall“ weiß T nicht, dass sich in der Handtasche das Mobiltelefon der O befindet, so dass sie geortet und gefunden werden kann.

Das Gleiche gilt, wenn der Täter irrtümlich annimmt, die Tatvollendung werde sicher eintreten.

*Beispiel:*<sup>222</sup> T zündet Heu an, das unter erheblicher Rauchentwicklung in Brand gerät. Daraufhin ruft T „Rettet, rettet!“, obwohl sie annimmt, dass der Brand nicht mehr gelöscht werden kann. Das Feuer wird von herbeieilenden Nachbarn gelöscht.

Ein *error in persona* schließt den Verhinderungsvorsatz dagegen nicht aus.<sup>223</sup>

<sup>219</sup> So z.B. RGSt 68, 381; BGH JZ 1986, 303; BGH HRRS 2019 Nr. 478 Rn. 16; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 59b; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 285; *Ebert* (Fn. 103), S. 137.

<sup>220</sup> Widersprüchlich ist daher die Ansicht von *Herzberg*, JR 1989, 449 (450 f.), der *dolus eventualis* bzgl. der Nichtvollendung der Tat genügen lässt, aber zugleich der Bestleistungstheorie folgt; ebenso *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 46 (pro Bestleistungstheorie), Rn. 47 (pro *dolus eventualis*). Auch muss verwundern, wenn *Mitsch* einerseits eine Vollendungsverhinderung durch Unterlassen befürwortet (vgl. oben Fn. 176), er andererseits aber für die Bestleistungstheorie argumentiert (Fn. 4, § 23 Rn. 40).

<sup>221</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 72.

<sup>222</sup> Vgl. RGSt 68, 381.

<sup>223</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 87a; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 24.

*Beispiel:* In dem Glauben, es handle sich um seinen verletzten Komplizen, fährt T den lebensgefährlich verletzten O in das Krankenhaus.

Im Falle einer *aberratio ictus*, die nach h.M. auf Tatbegehungssseite den Vorsatz bzgl. des getroffenen Zweitobjekts ausschließt und zu einer Strafbarkeit wegen Versuchs am Zielobjekt und ggf. einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit am Zweitobjekt führt, kann der Zurücktretende nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB Strafbefreiung erlangen.<sup>224</sup>

### VIII. Ernsthaftes Bemühen um Vollendungsverhinderung (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB)

Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so bedarf es nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB für die Strafbefreiung des ernsthaften Bemühens um die Verhinderung der Vollendung. Da der Zurücktretende keinen aktiven kausalen Beitrag zur Nichtvollendung der Tat leistet, sind die Anforderungen an die Schuldzuschreibung für seine Rücktrittstat erhöht (vgl. schon oben VII. 1. e) bb). Strukturell handelt es sich beim ernsthaften Bemühen um die direkte Umkehrung der versuchten Tatbegehung durch Unterlassen und einen Rücktritt durch eine versuchte Vollendungsverhinderung. Das freiwillige ernsthaftes Bemühen um die Vollendungsverhinderung hat folgende Voraussetzungen:

1. Schuldfähigkeit des Zurücktretenden (dazu oben V. 3. a)
2. Nichtvollendung der Tat ohne Zutun des Zurücktretenden (dazu 1.)
3. Subjektiver Tatbestand (dazu 2.)  
Absicht bzgl.:
  - a) Nichtvollendung der Tat
  - b) Ernsthaftes Bemühen: Vornahme der zur Vollendungsverhinderung gebotenen Handlung
  - c) Objektive Zurechnung der Nichtvollendung der Tat
4. Objektiver Tatbestand: ernsthaftes Bemühen um Vollendungsverhinderung (dazu 3.)
5. Keine Notlagen (§§ 32, 34, 35 StGB analog) (dazu oben V. 3. g)

*1. Nichtvollendung der Tat ohne Zutun des Zurücktretenden*  
§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB findet in drei Fällen Anwendung:<sup>225</sup>

1. Der Zurücktretende rechnet bei Tataufgabe oder nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung nicht mit der Möglichkeit der Nichtvollendung der Tat, er hat also die Vorstellung, die Vollendung der Tat werde eintreten, sofern keine Gegenmaßnahmen ergriffen werden („beendeter“ Versuch), jedoch wird die Vollendung der Tat nicht von ihm selbst, sondern vom Tatopfer oder von Dritten verhindert.
2. Der Zurücktretende nimmt irrtümlich einen solchen „beendeten“ Versuch an, es handelt sich also tatsächlich um einen

<sup>224</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 87a; anders *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 24, der den Rücktrittswillen bzgl. des getroffenen Zweitobjekts bejaht, jedoch bzgl. des Zielobjekts keine Strafbefreiung nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gewähren will.

<sup>225</sup> Vgl. *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 139; *Ebert* (Fn. 103), S. 137; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 143 ff.

untauglichen oder fehlgeschlagenen Versuch. 3. Die Tatvollendung ist dem Zurücktretenden nicht objektiv zurechenbar (vgl. oben VII. 1. a).

## 2. Subjektiver Tatbestand

Aus dem Merkmal des „ernsthaften Bemühens“ ergibt sich, dass der Vorsatz des Zurücktretenden darauf gerichtet sein muss, die Vollendung der Tat zu verhindern.<sup>226</sup> Der Zurücktretende muss also beabsichtigen, die Nichtvollendung der Tat durch sein ernsthaftes Bemühen objektiv zurechenbar herbeizuführen. Ein „Bemühen“ setzt „Anstrengungen“ des Zurücktretenden voraus, d.h. aktives Tun.<sup>227</sup> „Ernsthaft“ ist das Bemühen, das aus Sicht des Zurücktretenden zur Vollendungsverhinderung geboten ist.<sup>228</sup> „Geboten“ ist eine solche Handlung, die aus seiner Sicht hypothetisch kausal für die Nichtvollendung der Tat ist, d.h. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Vollendung verhindert. Erforderlich ist danach, dass er das Rettungsmittel einsetzt, das er für am besten – also nicht nur möglicherweise – geeignet hält, um die Vollendung zu verhindern, also das bestmögliche, „optimale“ Rettungsmittel.<sup>229</sup> Von mehreren Rettungsmöglichkeiten muss er die mit der höchsten Erfolgswahrscheinlichkeit ergreifen.<sup>230</sup> Eine nur „mit überwiegender Wahrscheinlich-

<sup>226</sup> Vgl. BGHSt 31, 46 (Rn. 6); *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 381, 412; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 914.

<sup>227</sup> Vgl. *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 50; *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 387 m.w.N.; a.A. *Maiwald* (Fn. 175), S. 351 ff.; *Heger/Petzsch* (Fn. 4), § 24 Rn. 58; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 273.

<sup>228</sup> Vgl. *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 915.

<sup>229</sup> Ständige Rspr., vgl. BGHSt 31, 46 (Rn. 6); BGHSt 33, 295 (Rn. 19); BGH HRRS 2018 Nr. 322 Rn. 17; BGH HRRS 2022 Nr. 885 Rn. 3. Zu Recht weist allerdings *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 392, der selbst optimale Bemühungen als individuelle Pflichterfüllung verlangt (vgl. Rn. 397 ff.; ähnlich schon *Bloy*, JuS 1987, 528 [530 Fn. 17]), auf die mitunter unklaren Ausführungen der Rechtsprechung hin. Vgl. aus der Literatur *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 52; *Frister* (Fn. 13), § 24 Rn. 45; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 800; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 85; *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 49; *Rengier* (Fn. 4), § 37 Rn. 154; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 275; *Maiwald* (Fn. 175), S. 356 ff.

<sup>230</sup> A.A. *Grünwald*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, 1974, S. 701 (715), der in Parallele zu § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB auch eine „ex ante unsichere Gegenmaßnahme“ genügen lässt; *Lilie/Albrecht* (Fn. 4), § 24 Rn. 339, die meinen, man könne sich auch ernsthaft um etwas bemühen, „wenn man erkennt, dass es noch Erfolg versprechendere Verhaltensweisen gibt, man aber davon ausgeht, dass die gewählte Methode ausreichend ist, um das Ziel zu erreichen“; ebenso *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 145 f., nach dem eine solche „zwischen den Extrempositionen vermittelnde Ansicht“ eine „überzeugende Bestimmung der Rücktrittsvoraussetzungen im Fall des Abs. 1 S. 2“ liefere. Dem ist jedoch zu widersprechen: Geht man davon aus, dass eine Verhinderungsmaß-

keit“ geeignete Rettungsmaßnahme ist nicht ausreichend.<sup>231</sup> Nicht erforderlich ist, dass er alle ihm zur Verfügung stehenden Rettungsmittel ausschöpft.<sup>232</sup> Insoweit sind die Anforderungen an die Handlungspflicht denen eines Garantienpflichtigen nach § 13 Abs. 1 StGB oder eines zur Hilfeleistung Verpflichteten nach § 323c Abs. 1 StGB vergleichbar, mit dem Unterschied, dass nicht die objektive Sicht, sondern die Tätersicht entscheidend ist.<sup>233</sup> Sofern der Zurücktretende grob unverständige Verhinderungstaten als optimal bewertet, genügt auch ein solches untaugliches Bemühen (vgl. § 23 Abs. 3 StGB), nicht aber ein auf Aberglauben beruhendes Bemühen.<sup>234</sup>

## 3. Objektiver Tatbestand: ernsthaftes Bemühen um Vollendungsverhinderung

In objektiver Hinsicht setzt § 24 Abs. 1 S. 2 StGB voraus, dass der Zurücktretende die Absicht des ernsthaften Bemühens um die Vollendungsverhinderung auch in die Tat umsetzt. Hierfür genügt, wie im Falle der Hilfeleistung i.S.v. § 323c Abs. 1 StGB und der Handlungspflicht des Garantienpflichtigen i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB, dass er die Verhinderungsmaßnahme bereits „sorgfaltsgemäß begonnen“ hat, wenn er erkennt, dass sein Versuch ohne sein Zutun nicht vollendet wurde.<sup>235</sup> Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Zurücktretende bereits eine rettende Handlungsreihe in Gang gesetzt hat<sup>236</sup> oder zur Erfolgsabwendung bereits „unmittelbar angesetzt“ hat<sup>237</sup>. Denn § 24 Abs. 1 S. 2 StGB verlangt das

Maßnahme ausreichend ist, kann man nicht zugleich erkennen, dass es noch „ausreichendere“ Maßnahmen gibt. Denn mehr als ausreichend kann eine Maßnahme nicht sein. Wer Maßnahmen nach der Erfolgswahrscheinlichkeit graduert, ist sich gerade nicht absolut sicher, dass eine Maßnahme ausreichend ist.

<sup>231</sup> So aber *Dold*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 561 (582).

<sup>232</sup> Vgl. *Engländer* (Fn. 52), § 24 Rn. 52; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 33; *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 339; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld* (Fn. 94), Rn. 915; so aber wohl *Heger/Petzsch* (Fn. 4), § 24 Rn. 55; *Herrmann* (Fn. 93), S. 71; unklar BGHSt 33, 295 (Rn. 19); BGH HRRS 2008 Nr. 299 Rn. 6.

<sup>233</sup> Vgl. *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 49.

<sup>234</sup> Vgl. *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 142, 148 f.; *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 283; *Maiwald* (Fn. 173), S. 342 ff.; einschränkend *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 403, nach dem grob unverständige Bemühungen nur dann ausreichen, wenn der Täter tatsächlich nicht in der Lage sei, die Qualität des gewählten Rettungsmittels zutreffend einzuschätzen. Diese Einschränkung von *Murmann* scheint jedoch auf der irrigen Vorstellung einer auf einem Verstandesfehler beruhenden Verstandesschuld zu beruhen (vgl. dazu *Spilgies*, ZIS 2010, 790 [791 f.]).

<sup>235</sup> So zutreffend *Hoffmann-Holland* (Fn. 4), § 24 Rn. 152; ebenso *Roxin* (Fn. 10), § 30 Rn. 272.

<sup>236</sup> So aber BGH NJW 1973, 632 (633); *Murmann* (Fn. 54), § 24 Rn. 408.

<sup>237</sup> So aber *Jäger* (Fn. 51), § 24 Rn. 105; *Frister* (Fn. 13),

„ernsthafte Bemühen“ um die Vollendungsverhinderung, nicht aber im technischen Sinne den „Versuch der Vollendungsverhinderung“.

### IX. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Entgegen der herrschenden psychologischen Deutung der Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch ergibt sich aus einem kausalen, alltagspsychologischen Verständnis der Schuldzuschreibung, dass das Merkmal der Freiwilligkeit normativ zu bestimmen ist und gleichbedeutend ist mit strafrechtlicher „Schuld“ (im Sinne eines umfassenden Schuldtatbestands): Ein freiwilliger Rücktritt ist danach ein *schuldhafter* Rücktritt, für den die Zuschreibungsvoraussetzungen der Tatbegehung analog gelten. Eine solche normative Deutung der „Freiwilligkeit“ im Sinne von „Schuld“ knüpft an einen kausalen Gebrauch des Wortes „Schuld“ an, der im Mittelhochdeutschen noch ganz allgemein auch die Verursachung von etwas Positivem („von minen schulden“ = durch mein Verdienst) umfasste<sup>238</sup>.

Der an den Zuschreibungsregeln der Tatbegehung orientierte Freiwilligkeitsbegriff ist hierbei Ausdruck der Kontextabhängigkeit der Ursachen- und Schuldzuschreibung<sup>239</sup>. Das bedeutet, die Zuschreibung eines Verhaltens als „ursächlich“ bzw. „schuldhaft“/„freiwillig“ hängt von dem jeweiligen Bezugssystem und den damit verbundenen Zuschreibungsvoraussetzungen ab.<sup>240</sup> Der von Vertretern einer psychologischen Deutung der Freiwilligkeit vorgetragene Einwand, eine rein normative Deutung der Freiwilligkeit sei mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar,<sup>241</sup> übersieht diese dem Freiwilligkeitsbegriff immanente normative Einbettung – auch im Alltag<sup>242</sup>. Zwar mag es zunächst naheliegen, im

Sinne der h.M. dem Täter nach Maßgabe einer am Freiheitsgefühl orientierten, psychologisierenden Betrachtung die Freiwilligkeit des Rücktritts zuzuschreiben. Ja, der zurücktretende Täter mag sich persönlich den Rücktritt womöglich selbst auch nicht als „freiwillig“ zuschreiben, sondern als „erzwungen“. Im strafrechtlichen Kontext kommt es jedoch weder auf eine intuitive Fremdzuschreibung der Freiwilligkeit durch den Rechtsanwender noch auf eine Selbstzuschreibung der Freiwilligkeit durch den Zurücktretenden selbst an. Vielmehr müssen für die Freiwilligkeit des Rücktritts dieselben normativen Zuschreibungsmaßstäbe gelten wie für die Freiwilligkeit der Tatbegehung.

Die Vorzüge der hier vertretenen normativen Deutung der Freiwilligkeit des Rücktritts liegen auf der Hand: Während § 24 StGB gegenwärtig als eine „von Aporien und Ungeheimheiten strotzende“<sup>243</sup> Rücktrittsvorschrift betrachtet wird, die eine „komplizierte Struktur“<sup>244</sup> habe und „unnötig verwirrend“<sup>245</sup> sei, verleiht der hier vertretene normative Freiwilligkeitsbegriff dem Rücktritt vom Versuch formal eine klare dogmatische Struktur, die eine „gesetzesnahe und methodengerechte Rücktrittsprüfung“<sup>246</sup> ermöglicht, statt die Rücktrittsprüfung weiterhin an gesetzesfremden Begriffen (fehlgeschlagener, unbeendeter und beendeter Versuch) auszurichten. Die Deutung des freiwilligen Rücktritts als eines schuldhaften Rücktritts liefert zudem, wie gezeigt, auch inhaltliche Lösungsansätze in den Rücktrittsfällen. Es gilt daher, den Hinweis *Scheinfelds* mit Blick auf die Rücktrittsvorschrift des § 24 StGB in Erinnerung zu rufen:

„Um festzustellen, ob ein Gesetz auf einen Sachverhalt anwendbar ist, gibt es keine bessere Methode, als das Erfülltsein seiner Tatbestandsmerkmale zu prüfen.“<sup>247</sup>

*Scheinfelds* Erwartung, „dass sich die Verwendung des üblichen Schemas [der Rücktrittsprüfung] mit der Zeit ‚auswächst‘“<sup>248</sup>, ist leider bis heute unerfüllt. Vielleicht vermag der vorliegende Aufsatz dazu beitragen, diesen Prozess wieder anzustoßen.

§ 24 Rn. 46; *Jakobs* (Fn. 9), 26/22; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 87; *Herzberg*, NJW 1989, 862 (867).

<sup>238</sup> Vgl. Deutsches Wörterbuch von *Jacob Grimm* und *Wilhelm Grimm* (Fn. 20), „Schuld“, Sp. 1889 f.; *Paul*, Deutsches Wörterbuch, 10. Aufl. 2002, S. 880.

<sup>239</sup> Vgl. hierzu *Burkhardt*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Teilbd. 1, 1980, S. 87 (98 ff.); *Koch*, Kausalität, Determinismus und Zufall in der wissenschaftlichen Naturbeschreibung, 1994, S. 25, 36 ff.

<sup>240</sup> Sehr anschaulich *Sapolsky*, Gewalt und Mitgefühl, 2017, S. 13 ff. Diese Kontextabhängigkeit des Ursachenbegriffs verkennt z.B. *Stübinger*, BRJ 2010, 211 (216), wenn er die Redeweise von einer „Letztentscheidung des limbischen Systems“ in dem Sinne missversteht, dass „dadurch alle anderen Wirkursachen in ihrer Relevanz für eine Kausalerklärung des Verhaltens dahinter zurücktreten müssten.“

<sup>241</sup> Vgl. BGHSt 35, 184 (Rn. 10) mit zustimmender Anm. *Lackner*, NSTz 1988, 405; *Fischer* (Fn. 4), § 24 Rn. 20; *Heger* (Fn. 121), § 24 Rn. 18 m.w.N.

<sup>242</sup> So wird etwa auch der Freiwilligendienst im Rahmen eines „Freiwilligen Sozialen Jahres“ nicht dadurch zu einem „Unfreiwilligendienst“, weil der Freiwillige durch externale Faktoren zu einem solchen Freiwilligendienst genötigt wird. Die Zuschreibung des Freiwilligendienstes als „freiwillig“

beruht schlicht darauf, dass der Staat den Bürger hierzu nicht verpflichtet.

<sup>243</sup> *Paeffgen* (Fn. 123), S. 791.

<sup>244</sup> *Mitsch* (Fn. 4), § 23 Rn. 12.

<sup>245</sup> *Bock* (Fn. 52), 10. Kap. Rn. 54.

<sup>246</sup> So das Plädoyer von *Putzke*, ZJS 2013, 620 (622).

<sup>247</sup> *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (251).

<sup>248</sup> *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (254).

Von Prof. Dr. Konstantinos Vathiotis, Komotini\*

*In der vorliegenden Arbeit geht es um die strafrechtliche Würdigung von einer Auswahl an berühmten literarischen Giftmordfällen (Medea, Hamlet, Lucretia Borgia, Das Geisterhaus, Ion, Das Rätsel), die das didaktische Arsenal des Allgemeinen Teils des Strafrechts (insbesondere aus dem Feld des Vorsatzes, des Versuchs, der Beteiligung und der objektiven Zurechnung) mit neuen charakteristischen Beispielen bereichern soll.*

## I. Einleitung

Das Stellen einer Giftfalle, zumeist motiviert durch Hass- und Rachegefühle, taucht immer wieder in unterschiedlichen literarischen Gattungen als beliebtes Motiv auf. Wir begegnen ihr in der antiken Mythologie, in Volksmärchen und in der Belletristik. Die Häufigkeit eines solchen Ereignisses dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Hinterlist des Fallenstellers, wie auch *Erich Harnack* feststellt, den dramatischen Zwecken der schöngestalteten Literatur dient<sup>1</sup>:

„Zwei Motive [...] aus der Medizin sind es, von denen insbesondere die Dramendichter, vor allem die Tragiker, seit jeher und bis auf unsere Tage mit besonderer Vorliebe Gebrauch machen: der *Wahnsinn* und das *Gift*. [...] Für die Verwertung des *Giftes* im Drama kommt indes noch ein anderer Grund hinzu, der mehr ästhetischer Art ist: es bildet ein vergleichsweise bequemes und bühnenmäßiges Mittel zur Herbeiführung der Katastrophe, zum gewaltsamen Schlußeffekt.“<sup>2</sup>

Will man die Vorgehensweisen eines Fallenstellers typisieren, so lassen sich zunächst zwei Kategorien bilden<sup>3</sup>: Zur ersten Kategorie zählt derjenige Täter, der sich gegen das ahnungslose Opfer eines – üblicherweise ebenfalls ahnungslosen – Dritten bedient: bei Letzterem handelt es sich um den Überbringer des vergifteten Gegenstandes. Der zweiten Kategorie gehört jener Täter an, der selbst gegen das ahnungslose Opfer agiert, indem er ihm den vergifteten Gegenstand übergibt bzw. schickt oder diesen als „Mausefalle“ aufstellt wie etwa vergiftete Speisen, Getränke oder auch Kleidung.

## II. Medea

Eine altertümliche Giftmordfalle enthält die griechische Tragödie „*Medea*“ von Euripides. Medea will sich an Iason dafür rächen, dass er sie verstoßen hat, um Glauke, Tochter des

Königs Kreon von Korinth, zu heiraten. Sie täuscht Iason vor, sie wolle seiner Ehefrau mittels ihrer minderjährigen Söhne, die von Kreon aus dem Land verbannt werden sollen, Gaben senden, nämlich ein feines Kleid und ein goldgetriebenes Geflecht, um auf diese Weise die Prinzessin dazu zu bringen, Kreon dazu zu überreden, ihre Söhne von seiner Verbannungsanordnung auszuschließen.

Iason willigt in Medeas Vorschlag ein, woraufhin Medea ihre Söhne ruft und zu ihnen sagt:

„Drum auf, o Kinder, geht ihr beide in das reiche Haus / des Vaters, und die junge Frau und meine Herrin / fleht an, erbittet, dass nicht aus dem Land ihr / fliehen müsst, / indem den Schmuck ihr gebt – dies nämlich tut am / meisten not – in beide Hände jener, dass sie diese Gaben hier empfängt.“<sup>4</sup>

Wie Medea dem Chor erzählt, sind sich ihre Söhne über die Letalität der zu übergebenden Geschenke im Unklaren:

„Und wenn den Schmuck sie nimmt und aufsetzt / auf die Haut, / wird übel sie zugrunde gehen und ein jeder, der ans Mädchen rührt. Mit solchen Giften wird bestreichen ich die Gaben.“<sup>5</sup>

Und genau dies trifft ein: Nachdem Iason Prinzessin Glauke zur Annahme der Gaben überredet, legt diese sich das Kleid an und setzt sich den goldenen Kranz auf ihre Locken; alsdann erleidet sie vor den Augen ihrer Dienerinnen einen qualvollen Tod:

„Die Farbe nämlich wechselnd, weicht zurück mit / Schwanken sie, / erzitternd an den Gliedern, und mit Not lässt sie, / sich auf den Sessel niederfallen, um auf den Boden nicht / zu falln.“<sup>6</sup>

Im Gegensatz zu den Dienerinnen, die Angst haben, ihren Leichnam anzurühren, denn „das Schicksal hatten“ sie „als Lehrmeister“<sup>7</sup>, ist „der elendige Vater, in des Missgeschickes Unkenntnis beim Hause plötzlich angekommen, fällt beim Leichnam hin“<sup>8</sup>, „küsst sie ab“<sup>9</sup> und sagt:

„Zusammen mit dir sterben möchte ich Kind!“<sup>10</sup>

Hierauf „[...] blieb haften er – wie Efeu an des Lorbeers Stamm – / an ihrem feinen Kleid, und schrecklich warn die / Ringkämpfe: / Denn er wollt aufrichten sein Knie, / die hielt

\* Der Verf. ist ehemaliger Professor für Strafrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Demokrit-Universität-Thrakien und Rechtsanwalt in Athen.

<sup>1</sup> Zu der tragenden Rolle, die das Vergiften in bedeutenden Literaturwerken spielt, siehe *Satzger*, Jura 2015, 580 ff.

<sup>2</sup> *Harnack*, Das Gift in der dramatischen Dichtung und in der antiken Literatur, Ein Beitrag zur Geschichte der Giftkunde, 1908 (Neudruck 2013), S. 8 (*Hervorhebungen* im Original).

<sup>3</sup> Vgl. *Weddig*, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, 2008, S. 33–34.

<sup>4</sup> *Euripides*, *Medea*, übersetzt von P. Dräger, 2011, Verse 969–973.

<sup>5</sup> *Euripides* (Fn. 4), Verse 787–789.

<sup>6</sup> *Euripides* (Fn. 4), Verse 1168–1170.

<sup>7</sup> *Euripides* (Fn. 4), Vers 1203.

<sup>8</sup> *Euripides* (Fn. 4), Verse 1204–1205.

<sup>9</sup> *Euripides* (Fn. 4), Vers 1207.

<sup>10</sup> *Euripides* (Fn. 4), Vers 1210.

dagegen fest. Wenn aber mit Gewalt er handelte, / zog er das greise Fleisch von seinen Knochen ab. / Doch mit der Zeit gab auf er und ließ fahren – er, der / Unglücksanteilhafter – / die Seele; Nicht war nämlich er dem Übel überlegen mehr.“<sup>11</sup>

Da Medea die ahnungslose Prinzessin dazu verleitet hat, sich durch den Hautkontakt mit den Gaben zu vergiften, indem sie sich sogar ihrer schuldunfähigen Söhne bediente, ist sie „nach der eingebürgerten Ansicht“<sup>12</sup> als mittelbare Täterin kraft überlegenen Wissens anzusehen<sup>13</sup>. Schwerlich kann bestritten werden, dass Medea nicht nur der Tod von

Glauke, sondern auch der von Kreon zum Vorsatz zuzurechnen ist, wusste sie nämlich, dass „jeder zugrunde gehen wird, der ans Mädchen rührt“. Durch das feine Kleid sowie das goldgetriebene Geflecht hat sie plangemäß eine „letale Zone“ („kill zone“<sup>14</sup>) auch gegen den gehassten Kreon errichtet, welche ihn, falls er seine Tochter umarmt, mit in den Tod reißt<sup>15</sup>. Dafür, dass ein *dolus cumulativus* vorliegt<sup>16</sup>, spricht auch Medeas Reaktion, als der Bote ihr ankündigt, dass die Tochter des Gebieters mitsamt Kreon durch ihre Gifte zugrunde gingen:

„Das schönste Wort sprachst du, und unter meinen Wohltätern und Freunden wirst für künftig schon du sein.“<sup>17</sup>

Hier sei angemerkt, dass Kreon angeordnet hatte, Medea solle als Flüchtling aus dem Land weichen „mit [ihr] nehmend selbst die beiden Kinder“<sup>18</sup>, weil er informiert war, sie drohe „dem, (der die Tochter) gab, als auch dem Ehemann wie auch der Ehefrau“, „irgendetwas an[zu]tun“<sup>19</sup>. Aus diesem Grund kann Medeas Anweisung, ihre Söhne sollen die Gaben in beide Hände der Prinzessin geben, so gedeutet werden, dass sie nicht ausschließlich den Tod von Glauke bezweckte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Glauke das erste, aber nicht das letzte Opfer sein sollte, andernfalls wäre der Plan unter Umständen zum Scheitern verurteilt.

Ob Medea – über den Tod von Glauke und Kreon hinaus – auch den der Dienerinnen, die sich – wie bereits aufgeführt – in unmittelbarer Nähe des Leichnams befanden, in Kauf genommen oder gar miteinkalkuliert hat, wusste sie doch, dass auch „ein jeder [übel zugrunde geht], der ans Mädchen rührt“, anzulasten ist, hängt von derjenigen Lösung ab, der man in Bezug auf die Frage des unmittelbaren Ansatzens bei mittelbarer Täterschaft folgen sollte. Setzt der mittelbare Täter als „spiritus rector“<sup>20</sup>, der durch das Werkzeug eine

<sup>11</sup> Euripides (Fn. 4), Verse 1213–1219.

<sup>12</sup> Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl. 1984, S. 173.

<sup>13</sup> Nach a.A. wäre eine solche „Manipulation des Opfers gegen sich selbst der unmittelbaren Täterschaft zuzuordnen, mit der Begründung, dass der Hintermann das „alleinige Imputationssubjekt“, während der Vordermann ein „einfacher Kausalfaktor“ ist; dazu siehe vor allem K. Schumann, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 971 (975 ff., m.w.N. in Fn. 16. Zu der Frage, ob die Benutzung eines ‚blinden Werkzeugs‘ ‚nicht eher der 1. Alt. [§ 25 StGB] zugeordnet werden sollte, wie es sprachlich ohnehin meist geschieht, wenn z.B. von Giftmord gesprochen wird, obwohl das Opfer selbst den Becher an den Mund führt“ – vgl. etwa Spendel, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 604 (607), demgemäß ein „Hausherr, der seinem Besucher zur ‚Begrüßung‘ einen vergifteten Trink anbietet“, woraufhin der letzte „das Glas ergreift und trinkt“, durch seine Täuschungshandlung die Mitwirkung des Opfers zu dessen („Selbst“)Tötung ausgelöst und damit (unmittelbar) den Tötungstatbestand verwirklicht –, siehe Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 25 Rn. 46 (Hervorhebungen durch den Verf.); für die mittelbare Täterschaft nun Schild/Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 50, 87 ff. Vgl. aber den sog. „Bayerwaldbärwurz“-Fall, in dem die Gifffalle – i.e. eine handelsübliche Steingutflasche mit der Aufschrift „Echter Hiekes Bayerwaldbärwurz“, welche 178 ml eines hochgiftigen (tödlichen) Stoffes und 66 ml Wasser enthielt –, die ein Apotheker im Flur des Erdgeschosses seiner Wohnung gegen möglicherweise erneut erscheinende Einbrecher aufgestellt hatte, in Kauf nehmend, dass sie aus der Flasche trinken und tödliche Vergiftungen erleiden (in der kritischen Nacht „hielten sich vier Polizeibeamte im Haus auf, um dort mögliche Einbrecher ergreifen zu können“) als ein Fall von einer „der mittelbaren Täterschaft verwandten Struktur“ vom Bundesgerichtshof (BGHSt 43, 177 [180]) gewürdigt wurde (nach Kudlich, JuS 1998, 596 [600, re. Sp., unter 3], „liegt bei der Gifffalle ein Fall der mittelbaren Täterschaft vor“; vgl. Gössel, JR 1998, 293 [295]; Martin, JuS 1998, 273 f.; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 2 Rn. 16). Zur Frage, ob bereits die Benutzung eines schuldunfähigen Kindes Tatherrschaft begründet, siehe Rotsch, ZfStw 4/2022, 292.

<sup>14</sup> Aus dem angloamerikanischen Rechtskreis siehe Keiter, University of San Francisco Law Review 38 (2004), 261 (280).

<sup>15</sup> Gleichviel, ob diese Nebenfolge möglich, wahrscheinlich oder sicher war (welcher Vater umarmt sein Kind nicht, wenn er es tot vorfindet?), geht es zweifelsfrei um eine *gewollte* Folge – wie Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883, S. 133, schrieb: „Auf Absicht oder Zufall bei der Tötung kommt es nicht an, die Rache unterscheidet nicht“ (siehe auch ders., a.a.O., S. 188: „im System der Blutrache [wird] die Tat gewöhnlich nur nach ihrer äusseren Erscheinung beurtheilt [...], und die Willensseite [kommt] wenig in Betracht“); vgl. die Parallele zu der unter V. behandelten Giftmordfalle.

<sup>16</sup> Zum kumulativen Tötungsvorsatz beim Fallenstellen vgl. Hoffmann-Holland, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 168.

<sup>17</sup> Euripides (Fn. 4), Verse 1127–1128.

<sup>18</sup> Euripides (Fn. 4), Vers 273.

<sup>19</sup> Euripides (Fn. 4), Verse 288–289.

<sup>20</sup> Nach der Formulierung von Roxin (Fn. 12), S. 172.

eigene Tat begeht<sup>21</sup>, an, wenn er die Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen und diesen aus seinem Einwirkungsbereich entlassen hat (so „stellt sich“ die Tat des mittelbaren Täters „als *der Anstoß des Steines* dar, der die auf [das Opfer] *zurollende Lawine* auslösen muß“<sup>22</sup>), denn nur dann wird die Kausalkette vollständig in Gang gesetzt<sup>23</sup> (so die vorzugswürdige „modifizierte Einzellösung“<sup>24</sup>), muss Medea den Mordversuch an allen Dienerinnen verantworten, die in den Wirkungskreis der vergifteten Gaben eintraten; dies, gleichviel ob die Dienerinnen sich entschieden, den Leichnam der Prinzessin anzurühren oder nicht, weil sie „das Schicksal [...] als Lehrmeister“ hatten, was hier erzählungsgemäß der Fall war<sup>25</sup>.

Die Giftmordfälle à la Medea weist große Gemeinsamkeiten mit dem Mythos um den Tod von Hercules auf: Als Zentaur Nessus durch einen mit dem Blut der lerneischen Hydra vergifteten Pfeil von Hercules getroffen wird, der die Vergewaltigung seiner Gemahlin Dejanira abwenden will, sucht er sich nach seinem Tod aus dem Todesreich an Hercules zu rächen: „er zog sein blutiges Kleid aus“ (da „die Pfeile des Hercules vergiftet waren, so wurde das Blut, welches aus der Nessus Wunden in sein Kleid fließ, auch vergiftet“) und „verehrte es der Dejanira mit der Versicherung, daß sie dadurch verhindern könne, daß ihr Mann keine andere Weibsbilder liebe“<sup>26</sup>. Als Dejanira etliche Jahre später das

Herz und die Treue ihres Gatten wiedergewinnen möchte, welcher sich mittlerweile der jüngeren und schöneren Iole, i.e. der Tochter des Eurytos, zugewandt hatte, schickt sie ihm den vermeintlichen Liebestrank, nämlich das all diese Jahre aufbewahrte Kleid von Nessus. „Iole gab es dem Hercules, der, kaum damit bekleidet, die heftigsten Schmerzen des eindringenden Giftes empfand, in Raseren? gerieth, sich selbst auf dem Berge Öta verbrannte, und von Jupiter in den Olymp aufgenommen wurde“<sup>27</sup> – so wurde der Orakelspruch erfüllt, dass kein Lebender das Leben des Herakles nehmen könne.

### III. Hamlet

Eine berühmte – sogar zweifache – Giftmordfalle enthält *Shakespeares*<sup>28</sup> „Hamlet“<sup>29</sup>: Claudius, der neue König von Dänemark, welcher seinen Vorgänger (i.e. seinen Bruder, der zugleich Hamlets Vater ist) ermordete und Königin Gertrud (i.e. Hamlets Mutter) heiratete, will an seinem Neffen Hamlet Rache nehmen, der Polonius (i.e. den königlichen Ratgeber) erdolchte, als dieser – versteckt hinter der Tapete des königlichen Schlafzimmers – um Hilfe rief, weil er fürchtete, Hamlet würde seine Mutter ermorden<sup>30</sup>. Nach dem Tod von Polo-

den Ländern und Völkern des ganzen Erdkreises, 1749, S. 294.

<sup>27</sup> *Kuffner*, Artemidor, Ein archäologisch-historisches Gemälde der alten Römerwelt in ihrem ganzen Umfange, Bd. 6, 1831, S. 245. Vgl. die Tragödie „Trachinierinnen“ von *Sophokles*, wonach die eifersüchtige Dejanira die innere Seite des Gewandes mit dem Blut von Nessos salbte, das der Diener Lichas seinem Herrn übergab.

<sup>28</sup> „Shakespeare besitzt als Dramatiker überhaupt für Gifte und Vergiftung eine ganz ausgesprochene Vorliebe und hat in dieser Hinsicht auch auf das klassische Drama späterer Zeiten einen unverkennbaren Einfluß ausgeübt. [...] Drei seiner Dramen, Romeo und Julia, Hamlet und Cymbeline, dürfen geradezu als Vergiftungs Dramen bezeichnet werden“, *Harnack* (Fn. 2), S. 35.

<sup>29</sup> Vgl. *Goldschmidt*, Rechtsfälle aus dem Strafrecht, Mit einer kurzen Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen, 3. Aufl. 1930, S. 33, Nr. 94, der im Vorwort zu dieser Auflage schreibt: „Die Sammlung ist um 54 Fälle [...] vermehrt, die wieder mit wenigen Ausnahmen zur Bearbeitung in der ersten juristischen Prüfung gelangt sind. *Zu den Ausnahmen gehört Fall 94, ein Beitrag zu ‚Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz‘*“ (*Hervorhebungen durch den Verf.*).

<sup>30</sup> Deutet man die Worte, die Hamlet über Polonius' Leichnam ausspricht („Du kläglicher, vorwitz'ger Narr, fahr wohl! – Ich nahm dich für 'nen Höhern: nimm dein Los, / Du siehst, zu viel Geschäftigkeit ist misslich“ [*Shakespeare*, Hamlet, übersetzt von A. W. Schlegel, 1969/2014, Dritter Akt, Vierte Szene, S. 102]) aus dem strafrechtlichen Blickwinkel, so befand sich Hamlet in einem klassischen error in persona (er verwechselte Polonius mit dem vermeintlich lauschenden Claudius), der nach der heute absolut h.M. vorsatzirrelevant ist (vgl. aber *H. Meyer*, Hamlet und die Blutrache, Ein Vortrag, 1892, S. 28: „Ferner Ophelia behandelt er [i.e. Hamlet] aufs Grausamste und tödtet, wenn auch *aus Versehen*, ihren

<sup>21</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/105.

<sup>22</sup> *Baumann*, JuS 1963, 85 (93, li. Sp. [*Hervorh.* K.V.]).

<sup>23</sup> *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 751.

<sup>24</sup> *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 39 Rn. 56, mit dem Hinweis, dass „es keine Rolle spielt, ob der vorgesehene Erfolgseintritt unmittelbar bevorsteht oder noch in weiter Ferne liegt“; in Bezug auf das Fallenstellen vgl. *Penkuhn*, ZJS 2016, 497 (500, m.w.N. in Fn. 31). Siehe auch *Frisch*, Strafrecht, Examenswissen, Examenstraining, 2022, § 6 Rn. 115.

<sup>25</sup> Zum gleichen Ergebnis würde man freilich kommen, wenn man diesen Fall der unmittelbaren Täterschaft zuschläge, weil – wie Glauke und Kreon – auch die Dienerinnen „blind handelnde Werkzeuge“ waren. Folgt man dagegen der sog. „Gesamtlösung“, mit dem Argument, dass die Achillesferse der „Einzellösung“ darin zu erblicken ist, die Tat des mittelbaren Täters „gelangte [...] weit vor dem Anfang des tatbestandsverwirklichenden Handelns des Tatmittlers in die Versuchzone“, was „am Wesen der mittelbaren Täterschaft vorbei[ginge]“ – „[d]er Versuch wäre dann in Wirklichkeit in der Form der unmittelbaren Täterschaft begangen worden“ – (so *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 78; anders *Weber* in der 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 155), müsste man Medea vom Mordversuch gegen die Dienerinnen freisprechen, da sie zu ihrer unbewussten Selbstverletzung noch nicht angesetzt hatten.

<sup>26</sup> Siehe die Neue Sammlung der merkwürdigsten Reisegeschichten, insonderheit der bewährtesten Nachrichten von



nus verfällt seine Tochter Ophelia dem Wahnsinn und ertrinkt in einem Bach.

Um der Rache willen schlägt Claudius die Veranstaltung eines Fechtduells zwischen Hamlet und Laertes (i.e. dem Sohn von Polonius) vor, bei dem Letzterer eine „nicht gestumpfte“ Klinge auswählt (der arglose Hamlet „wird die Rapiere nicht genau besehn“) und Hamlet sich entscheidet, „mit einem wohl geführten Stoß / Für [seinen] Vater lohnen“<sup>31</sup> zu kämpfen. Laertes nimmt die Herausforderung, sogar mit einer überbietenden Idee, an:

„Ich will's tun / Und zu dem Endzweck *meinen Degen salben*. / Ein Scharlatan verkaufte mir ein Mittel, / So tödlich, taucht man nur ein Messer drein, / Wo's Blut zieht, kann kein noch so köstlich Pflaster, / Von allen Kräutern unterm Mond mit Kraft / Gesegnet, das Geschöpf vom Tode retten, Das nur damit geritzt ist.“<sup>32</sup>

Über diesen Hauptplan hinaus, der von Laertes in eine Giftmordfalle verwandelt wurde, konzipiert Claudius eine parallele Giftmordfalle, die den Tod von Hamlet sicherstellen soll (nach dem Motto „doppelt genäht hält besser“):

„Wenn ihr vom Fechten heiß und durstig seid / (Ihr müsst deshalb die Gänge heft'ger machen) / Und er [Hamlet] zu trinken fordert, soll ein Kelch / Bereitstehn, der, wenn er davon nur nippt, / Entging' er etwa Eurem gift'gen Stich, / Noch unsern Anschlag sichert.“<sup>33</sup>

So soll das Leben von Hamlet durch zwei äquivalente, mittäterschaftlich aufgestellte Giftmordfallen bedroht werden: einerseits durch die Laertes-, andererseits durch die Claudius-Giftmordfalle (fortan: C-Giftmordfalle). Nur springt die C-Giftmordfalle aus den Gleisen des vorgestellten Kausalver-

Vater“; *Hervorhebung* durch den *Verf.*). Zu einer kühnen Interpretation, wonach Hamlet wegen putativer Notwehr freigesprochen werden müsste („Hamlet glaubt an einen bewaffneten Ueberfall an einen gedungenen Mörder, der hinter der Tapete steht und eben das Zeichen zum Alarm gibt“ siehe *Kohler* (Fn. 15), S. 187 mit Fn. 3 (seiner Ansicht nach enthebt „nicht nur die wirkliche Nothwehr, sondern auch die putative, [...] den Tödtenden der rechtlichen und sittlichen Verantwortlichkeit“). Nota bene: In Hamlets Worten „nimm dein Los, / Du siehst, zu viel Geschäftigkeit ist misslich“ ist ein Keim der Lehre der objektiven Zurechnung – insbesondere des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit zu erblicken.

<sup>31</sup> *Shakespeare* (Fn. 30), Vierter Akt, Siebente Szene, S. 136.

<sup>32</sup> *Shakespeare* (Fn. 30, *Hervorhebungen* durch den *Verf.*). Nota bene: Nach Goldschmidts Version von „Hamlet“ ([Fn. 28], S. 33) hat Laertes „auf Rat des Claudius die Spitze seines Rapiers vergiftet“ (ähnlich *Meyer* [Fn. 30], S. 31). Dies entspricht jedoch nicht dem Originaltext, demgemäß die Vergiftung dieses Rapiers auf die Initiative von Laertes zurückgeht: „And for that purpose I'll anoint my sword“ (Hamlet, 4.7.138).

<sup>33</sup> *Shakespeare* (Fn. 30), S. 137.

laufs, denn aus dem vergifteten Kelch trinkt nicht Hamlet, sondern Gertrud. Die „Entgleisung“ der C-Giftmordfalle<sup>34</sup> findet allerdings vor den Augen von Claudius statt, der versucht, Gertrud davon abzuhalten, aus dem Kelch zu trinken: „Gertrud, trink nicht“<sup>35</sup>, sagt er zu ihr, als sie den Kelch in die Hand nimmt, um auf Hamlets Glück zu trinken. Gertrud folgt jedoch dem königlichen Rat nicht und erwidert: „Ich will es, mein Gemahl; Ich bitt, erlaubt mir“<sup>36</sup>. Gerade in diesem Moment verzichtet Claudius auf jeglichen Versuch, den Tod von Gertrud abzuwenden – und murmelt stattdessen vor sich hin: „Es ist der gift'ge Kelch; es ist zu spät.“<sup>37</sup>

Dabei ist Claudius natürlich bewusst, dass aufgrund des Gifts im Kelch seine unterlassene Rettungshandlung, zu deren Vornahme er sowohl aus Ingerenz wie auch als Ehegatte verpflichtet ist, mit Sicherheit zum Tod Gertruds führen wird. Daher kann geschlussfolgert werden, dass Claudius den Tod von Gertrud zwar nicht erstrebt, ihn gleichwohl als sichere Nebenfolge des von ihm verfolgten Ziels, scil. der Nicht-Aufdeckung seines mörderischen Plans, in Kauf nimmt.<sup>38</sup> Verzichtet man sogar auf die psychologisierende Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenfolgen (dazu siehe auch unter V.) und stellt man auf das Wollen als „einen strafrechtsfunktional gebildeten Begriff“<sup>39</sup> ab, wonach der Täter alle möglichen Szenarien „als Paket verfügen kann: alle oder keines“<sup>40</sup>, steht außer Zweifel, dass Claudius den Tod von Gertrud *gewollt* hat<sup>41</sup> – nochmals plastisch formuliert: Ger-

<sup>34</sup> Zur strafrechtlichen Behandlung der sog. „entgleisten Giftmordfällen“ siehe *Vathiotis*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser, 2019, S. 573 ff.

<sup>35</sup> *Shakespeare* (Fn. 30), Fünfter Akt, Zweite Szene, S. 163 (Hamlet, 5.2.273: „Gertrud, do not drink“).

<sup>36</sup> *Shakespeare* (Fn. 30 – Hamlet, 5.2.273: „I will, my lord. I pray you pardon me“).

<sup>37</sup> *Shakespeare* (Fn. 30 – Hamlet, 5.2.275: „It's the poisoned cup! It is too late“).

<sup>38</sup> Vgl. aber Hitchcocks Film „Notorious“ (deutscher Titel: „Berüchtigt“, 1946), in dem eine dominante und eifersüchtige Mutter dem Kaffee ihrer Schwiegertochter in spe systematisch und unauffällig Gift beimischte, weshalb bei der letzteren Schwäche aufkam. Als eines Tages der Arzt, welcher die Erkrankte kurierte und sie zu Hause besuchte, aus Versehen die für sie bestimmte (vergiftete) Kaffeetasse griff, war die Hemmreaktion der Schwiegermutter in spe und ihres Sohnes so eklatant, dass der Arzt die falsche Kaffeetasse auf dem Tisch stehen ließ und sodann das Opfer die Ursache seiner Schwäche wahrnahm.

<sup>39</sup> *Jakobs*, RW 2010, 283 (290).

<sup>40</sup> *Jakobs*, RW 2010, 283 (290).

<sup>41</sup> In einem vergleichbaren, an eine Episode der amerikanischen Fernsehserie „Breaking Bad“ (Staffel 2, Folge 2) angelehnten Fall (der Täter streut ein giftiges Pulver in die Burrito-Portion des K, aber kurz danach „tauscht [er] seinen Platz mit O, der daraufhin nichtsahnend den vergifteten Burrito verspeist“. Dies ist dem Täter „zwar höchst unerwünscht“, er unternimmt „jedoch nichts, um seinen eigentlichen Plan nicht zu offenbaren“) verneinen *Böhringer/Wagner*, ZJS 2014, 413 (415), den Vorsatz, mit dem m.E. hier danebengreifenden

truds Tod ist die Kehrseite derselben Medaille, auf deren Vorderseite Claudius' Selbst-Rettung steht.

Da aber die im Kelch befindliche Giftdosis nicht nur für den Tod von Gertrud, sondern auch für Hamlets Tod ausreicht (nota bene: Getruds Tod tritt ein, nachdem eine neue Runde des Fechtduells beginnt), ist Claudius auch der Mordversuch am Letzten zuzurechnen. Angesichts der Tatsache, dass Hamlet – genauso wie Glauke – ein ahnungsloses, sich selbst verletzendes Werkzeug ist, gilt das weiter oben (unter II.) zu der Frage des unmittelbaren Ansetzens bei mittelbarer Täterschaft ausgeführte mutatis mutandis: Aufgrund der hier favorisierten „modifizierten Einzellösung“ steht also der Zurechnung des Mordversuchs an Hamlet nicht entgegen, dass er zur Selbstverletzung nicht angesetzt hat.<sup>42</sup>

Der eben dargestellte *Shakespearsche* Vorfall der „entgleisten C-Giftmordfalle“ weist erstaunliche Ähnlichkeiten mit dem Fall *The Queen v. Saunders & Archer*<sup>43</sup> auf, der im Jahre 1576 in England entschieden wurde: Der Angeklagte John Saunders will seine Ehefrau loswerden, indem er ihr einen gebratenen Apfel, den er mit Arsen vergiftet hat, zum Essen reicht. Nachdem sie aber nur ein kleines Stück davon abbeißt, gibt sie den Rest ihrer gemeinsamen dreijährigen Tochter Eleanor (der Angeklagte ist ihr Vater), die den Apfel aufisst und daraufhin stirbt. Den vergifteten Apfel verzehrt das Kind in Anwesenheit des Angeklagten, der die Mutter davon abzuhalten versucht, indem er sie darauf hinweist, gebratene Äpfel würden der Gesundheit von Kindern schaden. Als jedoch seine Tochter den Apfel zu essen beginnt, unternimmt der Angeklagte nichts, um sie davon abzuhalten, weil er keinen Verdacht bei seiner Ehefrau erwecken will; insoweit verhält sich Saunders wie König Claudius. Das britische Gericht verurteilte Saunders wegen vollendeten Mordes an seiner Tochter („[...] voluntarily and feloniously killed and murdered his daughter“) und sprach den Mitangeklagten Alexander Archer frei, der Saunders sowohl die Idee der Vergiftung gab als auch das Gift übergab („he did not assent that the daughter should be poisoned, but only that the wife should be poisoned“).<sup>44</sup>

#### IV. Lucretia Borgia

Die italienische Adelsfamilie Borgia war zu ihrer Zeit eine der einflussreichsten Italiens und berüchtigt für ihre Vorliebe für Gift. In *Victor Hugos* „Lucretia Borgia“ kommt dies sehr eindeutig zur Geltung. Donna Lucretia Borgia versucht Gennaro zu betören und gesteht ihm maskiert ihre Zuneigung – er weiß indes nicht, dass sie seine Mutter ist. Gennaro stößt sie

weg und weist sie zurück, als er von seinen Freunden bzw. Gefährten über ihre Identität aufgeklärt wird. Lucretia ist untröstlich darüber. Als Gennaro wegen der „Verstümmelung“ und Verunglimpfung des Namens Borgia an der Wand des Palastes zur Rechenschaft gezogen werden soll, kommt Lucretia ihm zu Hilfe. Sie wird von ihrem Gatten, dem eifersüchtigen Herzog Don Alphons (er hält Gennaro für ihren Liebhaber) gezwungen, zwischen dem Degenstich und dem Gift als Tötungsmittel zu wählen: falls sie Gennaro nicht vergiftet, wird er durch den Degenstich des Dieners Rustighello umgebracht. Lucretia entscheidet sich für das Gift, in der Hoffnung, dass sie schließlich Gennaro ein Glas Syrakusaner von der silbernen, i.e. der unvergifteten, und nicht von der goldenen, i.e. der vergifteten Flasche, einschenken könnte, jedoch vergeblich, da Alphons sie streng auffordert, die goldene Flasche zu ergreifen.<sup>45</sup> Als Alphons sie und Gennaro zum Abschied kurz allein lässt, offenbart sie ihm, dass er vergiftet ist und überzeugt ihn, ihr Gegengift zu schlucken. Dann jagt sie ihn fort, er solle das Weite suchen, so schnell er könne.

Abgesehen von dieser Szene, wo Alphons als mittelbarer Täter des versuchten Mordes an Gennaro haften würde, weil Lucretia sein entschuldigtes Werkzeug ist (sie steht unter hohem Druck, sich in die Begehung des Mordes an Gennaro einzumischen, weil seine Rettungschance nur bei der Verabreichung des Giftes existiert), die darüber hinaus vom beendeten Mordversuch zurücktritt, liegt der besondere strafrechtliche Schwerpunkt des hiesigen Theaterstücks beim folgenden Tatkomplex:

Lucretia will sich an den fünf Genossen Gennaros rächen, da diese ihr schlecht gesonnen sind, und vergiftet den Wein, von dem sie alle beim Abendmahl im Palast Negrone trinken. Was sie nicht weiß, ist, dass Gennaro sich hat überreden lassen, mit ihnen zu speisen und erst nach dem Festmahl den Palast zu verlassen. So kommt es dazu, dass Lucretia nicht nur seine Genossen, sondern auch Gennaro selbst vergiftet, welcher sich trotz ihrer Bitten weigert, das Gegengift zu nehmen. Stattdessen ersticht Gennaro Lucretia und in ihren letzten Atemzügen gesteht sie ihm, sie sei seine geliebte, verloren geglaubte Mutter.

In diesem Werk verhält es sich genau gegensätzlich zu *Medea*: Lucretia beabsichtigt nicht den Tod eines bestimmten Menschen und nimmt dabei den Tod aller anderen in Kauf, sondern zielt auf den Tod aller, die beim Festmahl vom vergifteten Wein trinken, aber nicht auf den Tod Gennaros, von dem sie denkt, er nehme gar nicht am Festmahl teil.

Unter diesem psychologisierenden Aspekt kann man von einer „entgleisten Giftmordfalle“<sup>46</sup> sprechen, die sich als ein Fall der aberratio ictus plurilesiva<sup>47</sup> einordnen lässt. Wäre also nicht Lucretia, sondern nur Gennaro ums Leben gekom-

Argument, dass dieser „bei Begehung der Tat (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), also im Zeitpunkt der tatbestandlichen Ausführungshandlung vorliegen [muss] (sog. Koinzidenzprinzip bzw. Simultaneitätsprinzip). Eine nachträgliche Änderung des Vorsatzes (sog. dolus subsequens) ist unbeachtlich“.

<sup>42</sup> Anders wohl nach der „Gesamtlösung“: dazu siehe oben Fn. 25.

<sup>43</sup> 75 Eng. Rep. 706.

<sup>44</sup> Zu dieser Paradoxie siehe etwa *M. Oshana*, in: *Haji/Caouette* (Hrsg.), *Free Will and Responsibility*, 2013, S. 229 (231).

<sup>45</sup> *Hugo*, *Lucretia Borgia*, übersetzt von *G. Büchner*, 2014, S. 61: „Wenn Ihr zaudert, so lasse ich Rustighello hereinkommen“.

<sup>46</sup> Dazu siehe *Vathiotis* (Fn. 34), S. 573 ff.

<sup>47</sup> Dazu siehe *Stuckenberg*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, Versuch einer Elementarlehre für eine internationale Vorsatzdogmatik*, 2007, S. 362.

men, hätte sie einen Mord an den fünf Genossen Gennaro verübt, der Tod von Gennaro wäre ihr jedoch eventuell als eine Fahrlässigkeitstat zuzurechnen.<sup>48</sup> Charakteristisch dafür ist die Stichomythie zwischen Lucretia und Gennaro, die stattfindet, nachdem sie den fünf Genossen ankündigt, dass alle vergiftet seien und „keiner von [ihnen] eine Stunde mehr zu leben hat“, weshalb „fünf mit schwarzen Tüchern bedeckte Särge“ vor der Tür lägen:<sup>49</sup>

„Gennaro, den sie bisher nicht sah, tut einen Schritt vorwärts: Ihr habt noch einen sechsten nötig, Donna!  
 Lukretia: Himmel, Gennaro!  
 Gennaro: Er selbst.  
 Lucretia: Geht alle sogleich hinaus. – Lasst uns allein. – Gubetta, lasst niemand herein, was auch geschehen, was man auch von dem, was hier vorgeht, hören mag.“

Geht man aber von einer normativistischen Denkweise aus, sollte von Bedeutung sein, dass Lucretia eine extrem gefährliche Handlung unberechenbaren Ausmaßes begeht, indem sie nämlich eine identitätsblinde Giftmordfalle stellt, die zum Tod jeder Person hätte führen können, welche als zusätzlicher, spontaner Gast im Palast Negrone zusammen mit den eingeladenen Gästen hätte essen dürfen.<sup>50</sup> Lucretia grenzt also die Gefahrensituation nicht ein, so dass über die fünf Personen hinaus kein weiteres Risiko für andere Personen besteht; ganz im Gegenteil scheint es ihr einerlei zu sein, ob sich ein weiterer Gast von dem Trank bedient.<sup>51</sup> Deswegen läge bei dieser Lage bezüglich Gennaro eine Vorsatztat vor.<sup>52</sup>

*Nota bene:* Wäre freilich Gennaros Tod Folge seiner Entscheidung, das Gegengift nicht zu nehmen (Selbsttötung durch Unterlassen)<sup>53</sup>, hätte Lucretia einen *versuchten* Mord an Ihrem Sohn begangen, da ein nach der Handlung des Täters stattfindender freiverantwortlicher Suizidakt des Opfers den Zurechnungszusammenhang unterbricht

<sup>48</sup> Vgl. *Puppe*, in: Kindhäuser/Neuman/Paeffgen/Saliger (Fn. 13), § 16 Rn. 112, die in diesem Fall einen Irrtum über die Quantität des objektiven tatbestandsmäßigen Unrechts anerkennen würde.

<sup>49</sup> *Hugo* (Fn. 45), S. 88.

<sup>50</sup> Siehe S. 69/70: *Gennaro*: „Ich bin nicht eingeladen“ / *Maffio*: „Ich werde dich vorstellen“.

<sup>51</sup> Da der nicht eingeladene Gennaro das Mahl zusammen mit den anderen zu sich nehmen konnte, hätte möglicherweise das Gleiche hinsichtlich einem anderen bzw. einem anderen Genossen der Fünf geschehen können.

<sup>52</sup> Hier wäre die Rede von einer unabgeschirmten Gefahr bzw. eines *dolus indirectus*. Dazu siehe etwa *Jakobs*, RW 2010, 283 (306 ff.). Aus der Literatur des 19. Jahrhunderts siehe *Krug*, Ueber *dolus* und *culpa*, und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht, 1854, S. 38 ff.; *Klee*, Der *dolus indirectus* als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906, S. 20 ff.

<sup>53</sup> Siehe S. 89: *Lucretia*: „Ihr seid abermals vergiftet, Ihr müsst sterben“ / *Gennaro*: „Wenn ich will; Ich habe das Gegengift“.

(Regressverbot)<sup>54</sup>; insofern wäre in einem solchen Fall der Tod von Gennaro nicht als Lucretias Werk anzusehen.

## V. Das Geisterhaus

*Isabel Allendes* Roman „Das Geisterhaus“ („La casa de los espíritus“, 1982) erzählt von einem ehrgeizigen Familienvater namens Severo del Valle, der zum Kandidaten als Kongressabgeordneter für die liberale Partei in den Parlamentswahlen ernannt wird. „Der Antrag wurde unterstützt durch ein riesiges, rosiges gebratenes Schwein, das die Wähler der Familie del Valle ins Haus schickten. [...] In Begleitung des Schweins kam eine Karaffe, die eine halbe Gallone vom besten Schnaps des Landes enthielt [...]. Das mit dem Schwein war an einem Dienstag. Am Freitag, als von dem Borstentier nur noch die Haut und die Knochen übrig waren“, [...] verkündete Clara“, i.e. die kleine Tochter der Familie, welche über übernatürliche Fähigkeiten verfügte, „daß es im Haus abermals einen Toten geben werde [...], aber es wird ein Tod *aus Versehen* sein.“<sup>55</sup>

Tags darauf erwacht Rosa, die ältere Tochter der Familie, mit Fieber.

„Doktor Cuevas sagte, es sei nichts Schlimmes, man solle ihr lauwarme, gezuckerte Limonade mit einem Schuß Likör geben, damit sie das Fieber ausschwitze.“<sup>56</sup>

Severo „brachte ihr eine Ballkarte als Geschenk und ermächtigte die Nana, die Karaffe aufzumachen und Schnaps in die Limonade zu gießen. Rosa trank die Limonade, wickelte sich in ihren Wollschal und schlief neben Clara, mit der sie das Zimmer teilte, sofort ein.“<sup>57</sup>

Am nächsten Tag findet die Nana Rosa tot vor.

<sup>54</sup> Siehe etwa *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988/2012, S. 156 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 107; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 77; *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 94; bereits *Geyer*, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, Erste Hälfte, Einleitung und allgemeiner Theil, 1884, S. 122: „wenn A den C durch Gift tödten will, C aber das Gift als solches erkennend in selbstmörderischer Absicht mittelst desselben sich tödtet, so ist der Erfolg (bzw. der vollendete Mord) dem A nicht zuzurechnen. Obwohl auch hier der Causalzusammenhang nicht ‚unterbrochen‘ ist, so entspricht es doch der ethischen Wertschätzung solcher Thaten, sie nicht den Fällen gleichzustellen, in welchen eine nicht nach dem Erfolg bewußt hinstrebende menschliche Kraft diesen vermittelt“.

<sup>55</sup> *Allende*, Das Geisterhaus, 1982, S. 34, 35.

<sup>56</sup> *Allende* (Fn. 55), S. 35.

<sup>57</sup> *Allende* (Fn. 55). Da die über den giftigen Inhalt irrende Rosa die Limonade selbst trinkt, liegt nach der traditionellen Auffassung auch hier ein Fall der mittelbaren Täterschaft vor (was die Gegenauffassung der unmittelbaren Täterschaft anbelangt, siehe oben Fn. 13).

„Doktor Cuevas brauchte nur einen Blick auf Rosas Körper zu werfen, um zu wissen, daß dieser Tod auf etwas viel Schlimmeres als ein harmloses Fieber zurückging. [...] Schließlich führten ihn seine Nachforschungen zu der Schnapskaraffe, die er ohne weiteres beschlagnahmte. [...] Drei Stunden später kam er zurück mit einem Ausdruck des Entsetzens [...], nahm Severo am Arm und zog ihn beiseite. ‚In diesem Schnaps war so viel Gift, daß ein Stier daran krepirt wäre.‘“<sup>58</sup>

Der Arzt erklärt Severo, „sein Verdacht habe sich als begründet erwiesen, er habe im Magen seiner Tochter die gleiche tödliche Substanz gefunden wie in dem geschenkten Schnaps. Da erinnerte sich Severo der Ankündigung Claras, und bei dem Gedanken, daß seine Tochter *an seiner Stelle gestorben war*, verlor er den Rest an Fassung, der ihm verblieben war.“<sup>59</sup>

Die Erzählung über das Unglück in der Wohnung der Familie del Valle schließt wie folgt ab:

„Die mysteriöse Flasche war zufällig vor dem Lieferanteneingang des Hauses del Valle gefunden worden, am selben Tag und zur selben Stunde, zu der das gebratene Schwein angekommen war. Weder die Bemühungen der Polizei noch die Ermittlungen, die Severo auf eigene Rechnung durch einen Privatdetektiv anstellen ließ, führten zur Entdeckung des Mörders. Dieser Racheakt überschattete die nachfolgenden Generationen. Er war die erste von vielen Gewalttaten, die das Schicksal der Familie markierten.“<sup>60</sup>

Claras Prophezeiung über den *aus Versehen* hervorgehenden Tod ist allerdings aus strafrechtlicher Warte nicht zu rechtfertigen,<sup>61</sup> und zwar aus folgendem Grund: Einem Täter, der eine vergiftete Schnapskaraffe vor dem Lieferanteneingang des Hauses del Valle liegen lässt, ist bewusst, dass aus der vergifteten Karaffe, geeignet sogar für das Krepieren eines Stiers, nicht nur das eigentliche Ziel, der pater familias Severo, sondern auch die übrigen Mitglieder der Familie trinken könnten, die sich zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Karaffe in diesem Haus befanden. Der Feind von Severo hat nicht nur ihn, sondern auch die anderen Angehörigen bewusst in Lebensgefahr gebracht. Nur ist die Vergiftung von Severo das angestrebte Ziel bzw. die Hauptfolge, während die Ver-

giftung der übrigen Hausbewohner als mögliche (erwünschte) Nebenfolge erscheint.

Wenn man sogar die Differenzierung von Hauptfolgen und notwendigen bzw. möglichen Nebenfolgen aufhebt und „beide nicht mehr ‚feinkörnig‘ als getrennte Ereignisse, sondern ‚grobkörniger‘ als *ein* Ereignis“ beschreiben will,<sup>62</sup> kann man wie folgt argumentieren:

„Wenn [...] der Täter den Eintritt irgendeines Ereignisses anstrebt, *will* er nicht nur dieses, sondern auch alle Folgen, die mit dem Ereignis oder den Akten des Anstrebens verbunden sind, sofern er auch insoweit präsent orientiert ist, mit anderen Worten, der Täter kann nur den gesamten Geschehenskomplex wollen oder überhaupt nicht wollen. Wer also [...] seinen Feind in dessen Haus [durch das In-Brand-Setzen des Hauses] verbrennen will, *will* auch dessen von derselben Gefahr bedrohten Gast verbrennen.“<sup>63</sup>

Ersetzt man im letztgenannten Satz „verbrennen“ durch „vergiften“, so liegt es aus diesem *normativen* Blickwinkel<sup>64</sup> nahe, Rosas Tod als einen *gewollten* Erfolg anzusehen<sup>65</sup>. Dafür spricht, dass der Absender der vergifteten Schnapskaraffe – ähnlich wie Medea gegen Kreon und Lucretia gegen die Gäste von Negrone – eine „*letale Zone*“ errichtet hat, um den erwünschten Erfolg zu erreichen;<sup>66</sup> die Schnapskaraffe gleicht also einer „tickenden Zeitbombe“, die jede in der Wohnung befindliche Person vernichten könnte.<sup>67</sup> Von die-

<sup>62</sup> Stuckenberg (Fn. 47), S. 260, m.w.N. in Fn. 1378–1380.

<sup>63</sup> Jakobs, RW 2010, 283 (288, *Hervorhebungen* im Original). Vgl. bereits v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Eine dogmatische Studie, Leipzig 1903, S. 84.

<sup>64</sup> Wie Jakobs, RW 2010 283 (289), erklärt, „[w]as zum Vorsatz gehört, entscheidet das Recht gemäß *seiner* Funktion, nicht aber der Täter durch sein Meinen, Fühlen, Werten oder was auch immer, auch nicht die Psychologie“ (*Hervorhebung* im Original).

<sup>65</sup> Vgl. auch *Puppe* (Fn. 48), § 16 Rn. 105: „Wenn sich das anvisierte Opfer in einer Menschengruppe oder Menschenmenge befindet, ist die für den Vorsatz maßgebliche Gefahr diejenige, die der Täter für alle Personen in der Menge insgesamt setzt“.

<sup>66</sup> Vgl. H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, S. 248: „Es genügt, wenn die *Objektvorstellung* nur durch *Relationen* bestimmt ist. Der Täter will dann auf alle Objekte einwirken, die in den Bannkreis seiner Tätigkeit geraten“ (*Hervorhebungen* im Original).

<sup>67</sup> Aus diesem Grund hat der griechische Areiopag (Urteil Nr. 1584/2001 Poinika Chronika 2001, S. 1584) mit Recht die Verurteilung derjenigen Angeklagten wegen mehrfacher vorsätzlicher – sowohl vollendeter als auch versuchter – Tötung bestätigt, die an zwei Nachbarinnen vergifteten Teig ausgehändigt hat (auf diese Weise wollte sich die Giftmischerin dafür rächen, dass die Söhne der beiden Familien ihre Tochter nicht heiraten wollten); mit diesem Teig haben die ahnungslosen Frauen Brot bzw. frittiertes Brot gebraten, welches nicht nur sie selbst, sondern auch ihre Ehegatten und Söhne – darüber hinaus noch zwei Personen, welche zu Gast

<sup>58</sup> Allende (Fn. 55), S. 37.

<sup>59</sup> Allende (Fn. 55), S. 39 (*Hervorhebungen* durch den Verf.).

<sup>60</sup> Allende (Fn. 55), S. 42.

<sup>61</sup> Es ließe sich freilich *Allendes* Satz „aber es wird ein Tod aus Versehen sein“ in dem Sinne interpretieren, dass der Fehler nicht seitens des Absenders der vergifteten Schnapskaraffe sondern seitens von Severo begangen wurde, der die Nana ermächtigte, „die Karaffe aufzumachen und Schnaps in die Limonade zu gießen“. Diese Ermächtigung war jedoch evidenterweise nicht fehlerhaft, da Severo keine Sorgfaltpflicht seiner Tochter gegenüber hatte, den Inhalt der Karaffe zu prüfen, bevor sie daraus trinken würde.

sem Gesichtspunkt aus betrachtet, hat auch dieser Fallsteller mit *dolus cumulativus* gehandelt,<sup>68</sup> wobei die Nebenfolgen „– in rechtlicher Bestimmung – *selbst* gewollt [sind], und zwar unmittelbar.“<sup>69</sup>

Es versteht sich von selbst, dass – aufgrund der vorzugswürdigen „modifizierten Einzellösung“ – der Fallsteller als mittelbarer Täter auch in diesem Fall sich des Mordversuchs an allen ahnungslosen Personen bzw. Gästen strafbar macht, die sich im Haus der Familie del Valle nach dem Empfang der vergifteten Schnapskaraffe und bis zur Entdeckung des giftigen Inhalts befanden. Dabei ist es maßgeblich, ob sich diese Personen in die Streubreite der Giftmordfälle begeben und nicht, ob sie angefangen haben, sich selbst zu verletzen (es gilt also auch hier das oben unter II. zu der Frage des unmittelbaren Ansetzens bei mittelbarer Täterschaft ausgeführte *mutatis mutandis*).

Der fiktive Vorfall im „Geisterhaus“ ist mit dem amerikanischen Fall *People v. Gaither*<sup>70</sup> vergleichbar, in dem der Angeklagte James Campbell Gaither an die Wohnung der Schwiegereltern seiner Ehefrau Mary Norris, die sich von ihm scheiden lassen wollte, ein Paket mit vergifteten Süßigkeiten (Osterhasen und Erdnusskrokant) schickte. Von den Süßigkeiten aßen vier Personen, nämlich die Mutter und die Tochter von Mary Norris sowie zwei Geschwister der Letzteren, alle wurden jedoch nur verletzt; die anderen drei Geschwister von Mary Norris aßen nicht. Obwohl festgestellt wurde, dass das in den Süßigkeiten enthaltene Arsen den Tod von 75 Personen hätte herbeiführen können, wurde der Angeklagte nur wegen sieben Mordversuchen verurteilt.

## VI. Ion

Von einer weiteren, wenn auch gescheiterten, Giftmordfälle erzählt die griechische Tragödie „Ion“ von Euripides. Die Tragödie beginnt mit den Erzählungen Hermes, dem Götterboten, über den Beischlaf seines Bruders, Apoll, mit Kreusa, Tochter des Königs Erechtheus von Athen, in einer Höhle am langen Fels unterhalb der Akropolis. Aus dieser Verbindung geht ihr Sohn Ion hervor, den Kreusa heimlich hinter dem

bei der einen Familie waren – verzehrt haben. Alle Personen wurden vergiftet und ins Krankenhaus eingeliefert, drei von ihnen kamen ums Leben, während die übrigen vier gerettet wurden. Das Instanzgericht hat bedingten Tötungsvorsatz der Giftmischerin gegenüber den zwei verletzten Gästen und Tötungsabsicht gegenüber allen Mitgliedern der zwei Familien angenommen.

<sup>68</sup> Vgl. *Ford v. State*, 625 A.2d 984, 999-1000, Md. 1993: „The intent is concurrent, on the other hand, when the nature and scope of the attack, while directed at a primary victim, are such that we can conclude the perpetrator intended to ensure harm to the primary victim by harming everyone in that victim’s vicinity. [...] The defendant has intentionally created a ‘kill zone’ to ensure the death of his primary victim, and the trier of fact may reasonably infer from the method employed an intent to kill others concurrent with the intent to kill the primary victim“.

<sup>69</sup> *Jakobs*, RW 2010 283 (288).

<sup>70</sup> 343 P.2d 799 – California Ct. App., 1959.

Rücken ihres Vaters zur Welt bringt und als Neugeborenen aussetzt und so „dem frühen Tode“ preisgibt, indem sie ihn „in eines Kästchens schön gedrehtem Rund“<sup>71</sup> legt. Doch bevor der Säugling vom frühen Tod eingeholt werden kann, bringt ihn Hermes im Auftrag von Apoll zum Tempel von Delphi, in dem er aufwächst.

Währenddessen vermählt sich Kreusa mit Xuthos, Sohn des Aiolos. Aufgrund der kinderlosen Ehe führt der Weg des Paares zum Orakel von Delphi. Apoll nutzt die Gunst der Stunde, um den herangewachsenen Ion rechtmäßig seinem Mutterhaus zuzuführen und seine eigene Vaterschaft zu verheimlichen; er weist daher an, Xuthos den jungen Erwachsenen Ion als seinen eigenen Sohn zu übergeben.

Kreusa erreicht mit ihren Dienerinnen noch vor ihrem Ehemann Delphi und trifft auf Ion, doch weder er noch sie erkennen sich als Mutter und Sohn. Kreusa erzählt Ion, dass sie anstelle einer Freundin das Orakel zu ihrem verlorenen Sohn befragen möchte und bittet ihn, mit dem herannahenden Xuthos im Blick, dieses Gespräch vertraulich zu behandeln.

Nachdem schließlich Xuthos das Orakel befragt, trifft er als erstes auf Ion und umarmt ihn mit den Worten „Liebster Sohn“. Ion fühlt sich angegriffen, richtet sogar Pfeil und Bogen auf Xuthos, der ihm erklärt, Phoibos habe ihm gesagt, die erste Person, auf die er trafe, sein Kind sei. Ion glaubt ihm, fragt sich dennoch, wer seine Mutter sei. Xuthos, überzeugt von seiner Vaterschaft, möchte seinen Sohn sofort nach Athen mitnehmen, der aber sein Angebot ausschlägt, da er als „Fremder ins fremde Haus“ träte und so ein „Ziel des Hasses“ werden würde. Doch Xuthos denkt nicht daran, den wieder gefundenen Sohn in Delphi zurückzulassen und überzeugt ihn von seinem Plan, ihn zunächst als Gast in sein Haus aufzunehmen und zu einem späteren Zeitpunkt der Öffentlichkeit als seinen Sohn erkennen zu geben.

Die Dienerinnen Kreusas, Zeuginnen des Gesprächs zwischen Xuthos und Ion, verdächtigen Vater und Sohn des Betrugs ihrer Herrin, der selbst keine Kinder vergönnt sind. Diesen Verdacht tragen sie an Kreusa heran, die in diesem Moment in der Gesellschaft des alten Mannes, der schon ihren Vater Erechtheus aufzog, eintritt. Damit nimmt das Unheil seinen Lauf. Der alte Mann rät Kreusa, ihrem Mann und seinem Sohn zuvorzukommen und sie zu vergiften<sup>72</sup>, woraufhin die Dienerinnen und der alte Mann ihrer Herrin Treue geloben. Kreusa kann sich nicht überreden lassen, ihren eigenen Gatten zu vergiften und fasst stattdessen den Plan, nur Ion mit dem Blut Gorgos<sup>73</sup>, das Athene dem

<sup>71</sup> *Euripides*, Sämtliche Tragödien und Fragmente, Iphigenie im Taurerlande, Helena, Ion, die Phönikerinnen, übersetzt von E. Buschor, 1972, S. 229.

<sup>72</sup> „So bleibt dir nur die Kunst der alten Frau; Mit Dolch, mit Gift, mit einer List den Mann Und seinen Sohn zu töten“ (*Euripides*, Helena, Ion, Die Phönikerinnen, Alkestis, Vier Tragödien übertragen und erläutert von Ernst Buschor, 1963, S. 163).

<sup>73</sup> Als Geschenk überreichte Athene Erechtheus zwei Tropfen Blut des Gorgos. Während der eine Tropfen Heilung bringt, bringt der andere Tropfen den Tod. Letzterer, so der Plan, sollte den Tod von Ion herbeiführen.

Erechtheus überreichte, zu vergiften. Dabei soll der alte Mann, verkleidet als Diener, während des Festes, das Xuthos veranstaltet, das Gift in den Trinkbecher des jungen Mannes träufeln.

Der Plan wird aber durchkreuzt, als Ion seinen vergifteten Trank mit den anderen erhebt und aus einem Sklavenmund einen Fluch hört.

Plötzlich „fiel irgendwo aus Sklavenmund ein Fluch“, und Ion, „in Zeichendeutung wohl geschult, [...] goß die alte Spende auf den Flur, gebot auch allen anderen, es zu tun“. „Da flog ein Taubenschwarm“, und derjenige Vogel, welcher den Wein des Jünglings schlürfte, „stöhnte laut [e]in seltsam klägliches Gestöhn, [...] [e]r zappelt weiter, stirbt und streckt von sich die roten Füße. Und der gottverliebene Sohn ließ seine Kleider fallen, sprang vom Sitz und schrie: Wer hat mir diesen Tod gewollt?“<sup>74</sup>

Auch hier liegt eine „entgleiste Giftmordfalle“ vor, die aus strafrechtlichem Blickwinkel als aberratio ictus zu qualifizieren ist mit folgender Begründung<sup>75</sup>: Der Erfolg, nämlich der Gifttod, tritt an einem anderen als an dem anvisierten Objekt ein, wobei keine Gleichwertigkeit der Objekte vorliegt, da Angriffs- und Verletzungsobjekt nicht der gleichen Gattung angehören. Insbesondere „irrt sich der Täter von der Risikoschaffung über den tatsächlichen Kausalverlauf bis zur körperlichen und gattungsmäßigen Identität des Verletzungsobjekts in jedem relevanten Punkt der Tatbestandsverwirklichung.“<sup>76</sup> Deswegen hat sich der alte Mann nur wegen versuchten Mordes an Ion schuldig gemacht (und Kreusa entsprechend wegen Anstiftung zu dieser Straftat).

## VII. Das Rätsel

Dieselbe Konstellation, wenn auch auf eine kompliziertere Art und Weise, findet sich im Märchen „das Rätsel“ der Brüder Grimm wieder. Ein Prinz und sein Diener reiten durch die Welt. Eines Abends finden sie ein kleines Haus, in dem sie mangels anderweitiger Möglichkeiten übernachten wollen. Die Reisenden werden von der Stieftochter der Hausbesitzerin, einer Hexe, gewarnt, weder etwas zu essen noch Geschenke anzunehmen. Dem Rat folgend übernachten der Prinz und sein Diener im Haus. Am nächsten Morgen reitet der Prinz schon weiter, während der Diener noch sein Pferd sattelt. Dabei tritt die Hexe an den Diener heran und überreicht ihm einen vergifteten Abschiedstrank als Geschenk mit dem Auftrag, es seinem Herrn zu überreichen. Gerade bei der Übergabe des Geschenks „sprang das Glas, und das Gift spritzte auf das Pferd und war so heftig, daß das Tier gleich tot hinstürzte.“<sup>77</sup> Der Diener, entsetzt von den Geschehnissen, flieht zunächst, um den Prinzen davon zu berichten, kehrt aber dann doch zurück, um den Sattel zu holen. Da erblickt er

<sup>74</sup> Euripides (Fn. 71), S. 183.

<sup>75</sup> Siehe etwa Kühnl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 30; Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 24), § 27 Rn. 54; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 372.

<sup>76</sup> Kindhäuser/Zimmermann (Fn. 24), § 27 Rn. 54.

<sup>77</sup> Grimms Märchen, Vollständige Ausgabe mit den Illustrationen von Otto Ubbelohde, 2009, S. 135.

einen Raben, der sich an dem toten Pferd labt, tötet diesen („Wer weiß, ob wir heute noch etwas Besseres finden“<sup>78</sup>, überlegte sich der Diener) und nimmt ihn als Proviant mit.

Den nächsten Halt machen die zwei Reisenden in einem Gasthaus. Der Diener übergibt dem Wirt den toten Raben mit der Anweisung, ihnen ein Abendessen zuzubereiten, ohne jedoch zu wissen, dass es sich bei dem Gasthaus um eine Mördergrube handelt.

„[I]n der Dunkelheit kamen zwölf Mörder und wollten die Fremden umbringen und berauben. Eh' sie sich aber ans Werk machten, setzten sie sich zu Tisch, und der Wirt und die Hexe setzten sich zu ihnen, und sie aßen zusammen eine Schüssel mit Suppe, in die das Fleisch des Raben gehackt war. Kaum aber hatten sie ein paar Bissen hinuntergeschluckt, so fielen sie alle tot nieder; denn dem Raben hatte sich das Gift von dem Pferdefleisch mitgeteilt.“<sup>79</sup>

Wie bei „Ion“ so taucht auch im vorliegenden Märchen sogar in zweifacher Hinsicht, das Phänomen der „entgleisten Giftmordfalle“ auf: In der ersten Phase wird auch hier ein Vogel an der Stelle (mindestens) eines Menschen getötet; aufgrund des oben aufgeführten aberratio ictus liegt nur ein fehlgeschlagener Versuch<sup>80</sup> der Hexe vor, den Prinzen und eventuell auch seinen Diener zu vergiften. In der zweiten Phase nimmt aber die „entgleiste Giftmordfalle“ die Dimension eines unvorhersehbaren „Blutbades“ an, das zweifellos dem Bereich der wesentlichen Abweichung des Kausalverlaufs zuzuordnen ist.<sup>81</sup>

## VIII. Schlusswort

Es kommt nicht von ungefähr, dass in drei der hier dargestellten belletristischen Werke (siehe unter II., IV., VI., VII.) in der Rolle des Fallenstellers weibliche Täter<sup>82</sup> erscheinen:

<sup>78</sup> Grimms Märchen (Fn. 76).

<sup>79</sup> Grimms Märchen (Fn. 76).

<sup>80</sup> Wendet man freilich auf diesen Fall die Gesamtlösung an, wäre die Überreichung des vergifteten Geschenks als straflose Vorbereitungshandlung anzusehen.

<sup>81</sup> Der vorliegende Fall gibt einen idealen Anstoß, auch mit weiteren schwierigen Begriffen des Strafrechts zu „spielen“: Wollte man nach einer außerachtgelassenen Sorgfalt des Dieners suchen, weil er wahrnahm, einerseits dass das Pferd einging, nachdem das Abschiedsgetränk auf es gefallen war, andererseits dass der Rabe von dem toten Pferde gefressen hatte, könnte die Institution des defensiven Notstands zu seiner Straflosigkeit führen. Eine Interpretation dahingehend, die Opfer hätten sich selbst gefährdet, ist nicht plausibel; zwar haben sie eigenmächtig von der für die zwei Gäste bestimmten Speise gegessen, doch hatten sie keinen Grund, diese als lebensbedrohlich zu verdächtigen.

<sup>82</sup> Vgl. das von Albert Camus geschriebene Theaterstück „Das Missverständnis“ („Le Malentendu“, 1941), wonach Folgendes geschieht: Der verschollene Jan kehrt nach zwanzig Jahren Abwesenheit heim und besucht das einsame Gasthaus, das seine Mutter mitsamt seiner Schwester bewirtschaftet.

„Daß der Giftmord als die ‚Domäne des verbrecherischen Weibes‘ anzusehen sei, darin waren sich nicht nur Teile der Publizistik und Literatur, sondern auch die Juristen, Kriminologen (bzw. Kriminalanthropologen, Kriminalpsychologen usw.), Ärzte und Psychiater des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts einig.“<sup>83</sup>

Auch *Isabel Allende* teilt diese Meinung, indem sie den Vorfall in der Wohnung der Familie del Valle wie folgt kommentiert:

„Politische Morde waren damals in Chile etwas Unbekanntes und vor allem galt Gift als ein verächtliches Mit-

tel, dessen sich höchstens Weiber bedienten und das seit Kolonialzeiten nicht mehr angewandt wurde.“<sup>84</sup>

Berühmt ist auch der folgende Satz aus dem Munde der Gräfin Orsina:

„Aber Gift ist nur für uns Weiber, nicht für Männer.“<sup>85</sup>

Folgt man sogar den „Prototypen weiblicher Giftmischerinnen“, die in den Fallgeschichten des Neuen Pitaval entworfen sind<sup>86</sup>, nämlich einerseits die „große dämonische Leidenschaftsverbrecherin“, deren repräsentativer Typ eine „schöne“, „geistreiche“ Frau „von adeliger Abkunft und ungewöhnlicher Anziehungskraft“ ist,<sup>87</sup> welche aus großer Leidenschaft zum Gift greift und andererseits die „gemeine tückische Giftmischerin“,<sup>88</sup> welche „durch abstoßendes Äußeres, mangelnde Bildung und unterwürfiges Wesen gekennzeichnet sowie von kaltem, tückischem aber feigem Egoismus bestimmt“ ist<sup>89</sup>, so lässt sich leicht erkennen, dass Medea und Lucretia Borgia den ersten Prototyp erfüllen<sup>90</sup>.

Bei genauerer Betrachtung kann festgestellt werden, dass die Gräueltaten der notorischen Giftmischerinnen über lange Zeit unaufgeklärt blieben. Das lässt sich wohl darauf zurückzuführen, dass das Gift ein tückisches Tötungsmittel ist, dessen Wirkung insbesondere in der fernen Vergangenheit nicht leicht nachweisbar waren.<sup>91</sup> Aus demselben Grund ist aber

er gibt sich aber als Gast aus, ohne sich ihnen zu erkennen zu geben. Er weiß jedoch nicht, dass die beiden Frauen systematisch Raubmord an alleinreisenden reichen Gästen begehen (mit dem von ihnen weggenommenen Geld trachten sie ein neues Leben am Meer anzufangen). Das ist auch Jan widerfahren: Seine Schwester Martha bringt in sein Zimmer eine mit Schlafmittel gemischte Tasse Tee, die er nicht bestellt hatte, jedoch gerne trinkt; nachdem er eingeschlafen war, wirft Martha gemeinschaftlich mit ihrer Mutter Jan in den nahegelegenen Fluss (vgl. den französischen Film „Les diaboliques“ [Die Teuflischen, 1955 – er beruht auf einem Roman von Pierre Boileau und Thomas Narcejac], in dem zwei Frauen, Christina, die Ehefrau, und Nicole, die Geliebte, sich ihres sadistischen Ehemanns bzw. Geliebten entledigen wollen. Zu diesem Zweck locken sie ihn in Nicoles Wohnung, wo Christina ihm eine Flasche mit Schlafmittel versetztem Whisky vorsetzt; dem mörderischen Plan gemäß wollen die Frauen ihn in der mit Wasser gefüllten Badewanne ertränken, sobald das Opfer eingeschlafen ist). Als sie in das Gasthaus zurückkehrten, erfahren sie den Namen des soeben Ermordeten durch seinen Reisepass, den ihnen der Diener des Gasthauses übergab – nach dieser tragischen Entdeckung ist ein schöner Aphorismus über die Bedeutung des error in persona einer Mutter lesenswert: „Wenn eine Mutter nicht mehr fähig ist, ihren eigenen Sohn zu erkennen, dann hat sie ihre Rolle hier auf Erden ausgespielt“ (*Camus*, Sämtliche Dramen, übersetzt von Hinrich Schmidt-Henkel, 2015, 3. Akt, Szene 1, S. 141). In diesem Werk handelt es sich zwar nicht um eine Giftmordfalle, wohl aber um eine Falle, die den Mord des ahnungslosen Opfers vorbereiten sollte.

<sup>83</sup> *Weiler*, Giftmordwissen und Giftmörderinnen, Eine diskursgeschichtliche Studie, 1998, S. 1. Zu der These, dass der Giftmord die bevorzugte Tötungsart von Frauen ist, siehe *Wulffen*, Die Psychologie des Giftmordes, 1917, S. 23, der folgende Erklärung bietet: „Heimlichkeit und List, die den Giftmord vorbereiten, sind gem Eigenschaften der weiblichen Schwäche“ (vgl. dazu die Kritik von *Müller-Seidel*, in: *Mölk* [Hrsg.], Literatur und Recht. Literarische Rechtsfälle von der Antike bis in die Gegenwart, 1996, S. 358). Für statistisch unwahr hält *Kord*, Murderesses in German Writing, 1720–1860, Heroines of Horror, 2009, S. 155, den Gedanken, dass die meisten Giftmorde von Frauen begangen werden.

<sup>84</sup> *Allende* (Fn. 55), S. 42. Vgl. den Mordanschlag mit Nervengift auf den russischen Doppelagenten *Sergej Skripal* und seine Tochter am 4.3.2018. Sie waren mit Vergiftungserscheinungen auf einer Bank vor einem Einkaufszentrum im englischen Salisbury aufgefunden worden (der Fall erinnert an den Giftmord am Kremlikritiker Alexander Litwinenko im Jahr 2006). Laut Angaben haben die Ermittler Spuren von Nervengift in einem von den beiden besuchten Pub und einer Pizzeria entdeckt; nach dem Attentat wurden noch 19 Menschen medizinisch behandelt. Dazu siehe etwa *stern* v. 9.3.2018, abrufbar unter <https://www.stern.de/panorama/stern-crime/nervengift-attentat--21-menschen-nach-angriff-auf-agenten-medizinisch-versorgt-7893226.html> (21.1.2025).

<sup>85</sup> *Lessing*, Emilia Galotti, 1970/2017, Vierter Aufzug, Siebenter Auftritt, S. 30–31.

<sup>86</sup> Dazu siehe *Weiler* (Fn. 83), S. 4. Dass der „Giftmord und seine Täterinnen seit den ersten Pitaval-Geschichten Polizisten, Schriftsteller und Leser immer wieder fesselt“, erwähnt auch *Müller-Dietz*, Recht und Kriminalität in literarischen Spiegelungen, 2007, S. 224, 231.

<sup>87</sup> Hierher gehören z.B. Marquise von Brinvillier (1676) und Charlotte Ursinus (1803).

<sup>88</sup> Hierher gehören z.B. Anna Margaretha Zwanziger (1811) und Gesche Margarethe Gottfried (1831).

<sup>89</sup> *Weiler* (Fn. 83).

<sup>90</sup> Vgl. *Schiller*, Die Räuber, zitiert von *Weiler* (Fn. 83), S. 32: „Die Medea der alten Dramatiker bleibt bei all ihren Greulen noch ein grosses staunenswürdiges Weib“.

<sup>91</sup> Siehe den repräsentativen Fall von *Gesche Gottfried*: Nachdem sie in den Jahren 1813–1827 fünfzehn Personen



das Gift auch für männliche Täter äußerst brauchbar.<sup>92</sup> Mit den Worten von Claudius, der die Giftmordfalle gegen Hamlet aufstellen wollte:

„[S]o beweg ich ihn / Zu einem Probstück, reif in meinem Sinn, / Wobei sein Fall gewiss ist; und es soll / Um seinen Tod kein Lüftchen Tadel wehn. / Selbst seine Mutter spreche los die List / Und nennte Zufall sie.“<sup>93</sup>

Wie bereits angeführt, liegt die Besonderheit einer Giftmordfalle darin, dass sie eine zumeist unkontrollierbare Lebensgefahr schafft, die sogar eine dem Fallensteller hochgeliebte nahestehende Person ins Jenseits zu befördern vermag. Dies gilt freilich auch für „Hamlet“, wo durch die „entgleiste Giftmordfalle“ Gertrud, die Ehegattin des Fallenstellers Claudius, ums Leben kommt (aber schließlich auch Claudius selbst, der von Hamlet zum Austrinken des giftigen Kelchs genötigt wird). In solchen Fällen hat nämlich der Täter „eine Grube gegraben, in die er selbst hineingefallen ist.“<sup>94</sup> Oder mit den *Shakespeareschen* Worten von Laertes<sup>95</sup>:

„Why, as a woodcock to mine own springe, Osric: / I am justly killed with mine own treachery.“

So ist es das Schicksal selbst, das für die Verschaffung der „literarischen Gerechtigkeit“ sorgt – in der strafrechtlichen Terminologie: der Fallensteller wird mit einer poena naturalis bestraft, die sich gleichzeitig für die erwünschte Läuterung der Leser bzw. Zuschauer bestens eignet.

Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass es in der vorliegenden Arbeit in erster Linie um die strafrechtliche Würdigung von einer Auswahl an berühmten literarischen Giftmordfallen geht, die das didaktische Arsenal des Allgemeinen Teils des Strafrechts mit neuen charakteristischen Beispielen bereichern soll. Die kriminologische Behauptung, dass in älteren Zeiten der Giftmord besonders bei Frauen beliebt war (also ein typisch weibliches Delikt sei),<sup>96</sup> lässt

---

vergiftet hatte, wurde sie enttarnt, als ihr Vermieter, Johann Christoph Rumpff, in einem Schinken kleine weiße Körner entdeckte und diese von seinem Arzt bestimmen ließ, woraufhin es sich herausstellte, dass es sich dabei um Arsen handelte (*Niehaus*, in: A. Košenina [Hrsg.], *Kriminalfallgeschichten*, 2014, S. 90 ff.).

<sup>92</sup> Siehe etwa den am 4.3.2017 stattgefundenen Giftmord-Anschlag auf den russischen Agent Skripal und seine Tochter sowie ferner den am 23.11.2006 in London begangenen Giftmord an Kremli-Kritiker Alexander Litwinenko (es wurde Strahlengift Polonium-210 verwendet), abrufbar unter <https://www.spiegel.de/jahreschronik/a-453552.html> (21.1.2025)

<sup>93</sup> *Shakespeare* (Fn. 30), *Vierter Akt, Siebente Szene*, S. 133 (vgl. den Originaltext [Hamlet, 4.7.65–66]: „But even his mother shall uncharge the practice / And call it accident“).

<sup>94</sup> Siehe auch *Puppe*, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S. 52.

<sup>95</sup> *Hamlet*, 5.2.291–292.

<sup>96</sup> Siehe oben Fn. 82. Was Griechenland betrifft, war eine der berühmtesten Giftmischerinnen der 60er Jahren Aikaterini

sich freilich nicht von dem gesellschaftlichen Rahmen abkoppeln, welcher die geschlechterbezogene Rolle der Frau bzw. die Geschlechterstereotype geprägt hat<sup>97</sup>.

Ob die „somatischen Eigenschaften des weiblichen im Gegensatz zum männlichen Phänotypus [...] die weibliche Kriminalität möglicherweise beeinflussen“<sup>98</sup> (typisch ist etwa „das Klischee der Schwäche der Frau“<sup>99</sup>) und ob „sich bereits

---

Dimitrea, welche am 8.5.1963 im Dorf Stoupa von Mani (auf dem Peloponnes) wegen vierfachen Giftmordes (an ihrer Mutter, ihrem Bruder, ihrem Neffen und einer Nachbarin) und eines versuchten Mordes (an einem vierjährigen Kind, mit dessen Mutter sie heftig gestritten hatte) zur Todesstrafe verurteilt wurde. Hierzu siehe das Buch von *Giannoulea*, *Vierfach zum Tode verurteilt, Die Giftmörderin von Mani* (2022, auf Griechisch), in dem die Tat der Giftmörderin detailliert beschrieben wird (gemäß der Gerichtsprotogate der Zeitung „Akropolis“ vom 10.5.1963, S. 5, wurde sie vom Staatsanwalt als „Hyäne der Hölle“ charakterisiert; in der Presse wurde sie als „Szylla von Stoupa“ benannt; siehe etwa die Ausgabe der Zeitung „Akropolis“ vom 8.5.1963, S. 7). Ein anderer weiblicher Giftmord, welcher die griechische Presse stark beschäftigte (dazu siehe z.B. die Titelseite der Zeitung „Akropolis“ vom 18.3.1967: „Es wird gegen die Tigerin von Amphilochia verhandelt“), wurde am 24.12.1965 von Eirini Tsekoura begangen, die aus ihrer Stadt Amphilochia nach Patras ein Paket mit vergifteten Süßigkeiten (es handelte sich dabei um eine Art Mürbegebäck) an ihre Rivalin schickte, jedoch anstatt der letzteren starben drei Bekannte von ihr, die von dem Gebäck aßen (insofern ging es in jenem Fall um das Phänomen der „entgleisten Giftmordfalle“; dazu siehe *Vathiotis* (Fn. 34); vgl. die in Fn. 67 erwähnten Giftmordfalle).

<sup>97</sup> Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts dominierte eher die Ansicht von *Sutherland* und *Cressy*, *Principles of Criminology*, 1955, S. 111 ff., wonach „[d]ie Phänomene der weiblichen Kriminalität [...] ausschließlich ein Produkt der sozialen Unselbständigkeit der Frau [sind], allerdings unterschiedlich innerhalb der verschiedenen Kulturen, Staaten oder auch Regionen in einem Staat“ (dazu siehe *Cremer*, *Untersuchungen zur Kriminalität der Frau, Versuch einer Phänomenologie und einer Diskussion der wichtigsten aetiologischen Ansätze*, 1974, S. 159); vgl. *Amelunxen*, *Die Kriminalität der Frau*, 1958, S. 11 ff.

<sup>98</sup> *Cremer* (Fn. 96), S. 174.

<sup>99</sup> *Singelstein/Kunz*, *Kriminologie, Eine Grundlegung*, 8. Aufl. 2021, § 9 Rn. 42. Zu einer Umkehrung dieses Klischees (konkreter: zur Befreiung von traditionellen weiblichen Handlungsformen und Rollenbildern) siehe den Film „Thelma und Louise“. Diesbezüglich siehe *Lamott*, *Neue Kriminalpolitik* 1995, 29 ff.; *Stangl*, in: *Lüderssen* (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. 2, *Neue Phänomene der Gewalt*, 1998, S. 159 ff., welcher die These vertritt und anhand von statistischen Daten belegt (S. 160, 161 ff.), „offene, physische Gewalt“ sei „männlich konnotiert“ (*Stangl*, a.a.O., S. 160, behauptet sogar, die zwei Heldinnen haben „vor dem physischen Tod [...] bereits den ‚Gendertod‘ erlitten, weil sie männlich wurden, ohne Männer

Eigenschaften des durch die Chromosomenkonstitution bestimmten genetischen Geschlechts der Frau auf die Phänomene ihrer Kriminalität auswirken“<sup>100</sup>, dürften im dritten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts fehlplatzierte Fragen sein, eingedenk der Tatsache, dass nunmehr – insbesondere unter dem Einfluss von zeitgenössischen feministischen Strömungen – das Geschlecht als ein von der Biologie bzw. der Natur unabhängiger Begriff angesehen wird<sup>101</sup>.

Darüber hinaus mag sich der Gegenstand dieses Aufsatzes als anachronistisch erweisen: Wenn nach *Lombroso* und *Ferrero* im 17. Jahrhundert „eine Epidemie von Giftmischelei gerade unter den aristokratischen Frauen auf[trat]“<sup>102</sup>, scheint heutzutage in manchen Ländern eine „Epidemie“ von sog. „Femiziden“ (anders gesagt: „misogyne Tötungen“<sup>103</sup>) ausgebrochen zu sein<sup>104</sup>. Aber die Strafrechtsdogmatik kann

auch (zuweilen: insbesondere) durch anachronistische Beispiele den Studierenden verständlicher werden.

---

zu sein“; siehe auch S. 173: „Der Schuß, durch eine Frau abgefeuert, verändert die Frau, macht sie zur abweichenden Abweichenden“ – „Gendertod“ bedeutet nach *Stangl* „die Selbstausslöschung“).

<sup>100</sup> *Cremer* (Fn. 96).

<sup>101</sup> An dieser Stelle wird nicht näher auf die Sex vs Gender-Theorien eingegangen, da dies den hier im Mittelpunkt stehenden Rahmen sprengen würde. Nur soviel sei hier angemerkt: Sollte „Gender“ ausschließlich durch die Kultur bestimmt sein, dann kann es gleichzeitig nicht ein immanentes Element der Person sein. Wie überall, ergänzen sich Biologie und Kultur gegenseitig; die erstere schließt die letztere nicht aus, und umgekehrt. Zum Motto „Nature and Nurture: Not an Either/Or but a Both/And“, siehe etwa *Kimmel*, *The Gendered Society*, 6. Aufl. 2017, S. 23; *M. F. Mascolo*, *Journal of Philosophy of Emotion*, 2018, abrufbar unter <https://doi.org/10.7551/mitpress/10795.003.0003> (21.1.2025).

<sup>102</sup> *Lombroso/Ferrero*, *Das Weib als Verbrecherin und Prostituierte*, Anthropologische Studien, gegründet auf eine Darstellung der Biologie und Psychologie des normalen Weibes (autorisierte Übersetzung von Dr. Med. H. Kurella), 1894, S. 221.

<sup>103</sup> *Montenegro*, *JZ* 2023, 549 ff. (550), welcher auf die patriarchalischen Strukturen dieser Tötungen hinweist.

<sup>104</sup> Was Lateinamerika betrifft, siehe *Streuer*, *Feminizid*, Diskursbegriff, Rechtsbegriff, Völkerstrafrechtsbegriff, 2022, S. 173 ff. In Bezug auf die einschlägige Diskussion in Griechenland und Zypern siehe Papacharalambous (Hrsg.), *Femizid und Strafrecht* (auf griechisch und englisch), 2023. Die Hauptthese der Befürworter des Femizides, dass der Mann eine Frau ermordet, weil sie eine Frau ist (siehe vor allem *Russell*, in: Radford/Russell [Hrsg.], *Femicide*, *The Politics of Woman Killing*, 1992, S. iv), lässt sich in Einzelfällen schwer bestätigen. Dazu kann man sich die Problematik des „Battered Woman Syndroms“ (BWS) zu Nutze machen: das BWS passt auf solche Konflikte nicht, in denen sowohl der Tyrann als auch die tyrannisierte Person dem gleichen Geschlecht angehören, sei es im Rahmen einer homosexuellen Beziehung, sei es innerhalb der Familie, wo z.B. der Vater seinen Sohn tyrannisiert. Deswegen wäre treffender, wenn von „Battered Person Syndrome“ die Rede wäre. Diese geschlechtsneutrale Bezeichnung wird etwa von *Hatcher*, NYU

---

*Annual Survey of American Law* 59 (2003), 21 (21 ff., 27), befürwortet. Unter diesem Aspekt dürfte auch der Begriff „Femizid“ ungeeignet sein, alle diejenigen Fälle zu erfassen, in denen der Tyrann die von ihm tyrannisierte Person (gleichviel ob sie Mann oder Frau ist) tötet, weil er der Tyrann ist und als solcher seine Herrschaft über den Leib und das Leben der tyrannisierten Person ausübt. Sollte wahr sein, dass Männer Frauen in der Regel töten, weil sie auf den Grundlagen einer patriarchalischen Struktur der Gesellschaft erzogen sind, dann erhebt sich die folgende Kardinalfrage: „Kann der Täter als Einzelmensch für etwas bestraft werden, dessen Grund in der ganzen Gesellschaft liegt?“ (*Montenegro*, *JZ* 2023, 549 [552]). Weiterhin: Ist überhaupt Strafrecht eine adäquate Institution, die patriarchalische Struktur der Gesellschaft zu eliminieren?