

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

2/2025

4. Jahrgang

S. 125-262

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

Notwehr und Dauerdelikt
Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 125

Zur Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Suizidhilfe bei Handlungsunfähigen und psychisch Kranken: Ein bislang ungelöstes strafrechtliches Dilemma
Von PD Dr. Dorothea Habermann, LL.M. (San Diego), Hannover 142

Relevanz von Sekundärzwecken im Vermögensstrafrecht?
Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23
Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn 156

Greenwashing beim Vertrieb von Finanzprodukten als Anwendungsfall des § 264a StGB?
Zugleich Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des Kapitalanlagebetrugs
Von Akad. Mitarbeiter Dr. Alexander Bechtel, Tübingen 162

Die Anwendung des § 292 StGB (Jagdwilderei), insbesondere dessen Abs. 1 Nr. 2, auf sog. Doppelrechtler
Von Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold, Bremen 174

Die Strafbarkeit von Beschleunigungszahlungen
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Heinrich, Tübingen 182

Strafprozessrecht

Besorgnis der Befangenheit
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen 190

Die strafprozessuale Nebenbeteiligung juristischer Personen und Personenvereinigungen nach § 444 StPO auf dem Prüfstand
Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Theresa Schweiger, München 197

Europäisches Strafrecht

E-evidence – direkter Zugriff auf Providerdaten
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag 204

Europäisierung des Straftatbestands der Vergewaltigung
Zur Reichweite der EU-Kompetenz und des Begriffs der Vergewaltigung
Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Innsbruck 218

Zwischen Transparenz und Grundrechtsschutz: Bedrohung der europarechtlichen Unschuldsumutung durch behördliche Informationspflichten im Verbraucherschutz am Beispiel des § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB
Von Prof. Dr. Helmut Satzger, München 226

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Markus Wagner
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

2/2025

4. Jahrgang

S. 125-262

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE (Forts.)

Kriminologie

„Die da oben ... sind gefährlich!?“

Zum Verhältnis von Verschwörungsmentalität, Delinquenzneigung und materiellem Strafrecht

Von PD Dr. Oliver Harry Gerson, Leipzig

232

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die Gutgläubigkeit des Drittempfängers gem. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB

Von Rechtsanwalt Dr. Lennart Stieger-Greger, Hamburg

247

Strafverfahrensrecht

Rechtsstaatliche Defizite der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Vergleich am Beispiel des ministeriellen Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft

Von Kilian L. Scholz, Hannover

253

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Nils Hübenthal, Selbstbelastungsfreiheit und Internal Investigations, 2024

(Rechtsanwalt Dr. Andreas Dürr, M.Jur. [Oxford], München)

260

20 Jahre Open Access im Strafrecht

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen*

Im Januar 2026 feiert die ZfIStw ihren 20. Geburtstag. Aus diesem Anlass werden wir – wie bereits zum fünf- und zehnjährigen Bestehen¹ – in diesem Jahr mehrere Sonderausgaben veröffentlichen. Zu unserer großen Freude hat auch dieses Mal wieder eine große Zahl von Autorinnen und Autoren die Beteiligung an dem Projekt zugesagt. Aufgrund der Vielzahl der Beiträge wird ihre Publikation voraussichtlich – in sechs Ausgaben – das ganze Jahr 2025 in Anspruch nehmen. Die Beiträge werden in der Reihenfolge ihres Eingangs vor dem jeweiligen Redaktionsschluss der einzelnen Ausgaben und innerhalb der Einzelausgaben thematisch geordnet veröffentlicht.

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

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

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

Zwischen dem Rechtfertigungsgrund Notwehr und dem Tatbestandsformat „Dauerdelikt“ bestehen einige Verbindungen, die in der juristischen Literatur mehr oder weniger eingehend und separat erörtert werden. Der vorliegende Text bearbeitet das Thema umfassend und bietet für alle umstrittenen Fragen Lösungen an.

I. Einleitung

Die Figur des „Dauerdelikts“ ist eine fragwürdige dogmatische Konstruktion, mit der – sofern man nicht auf sie ganz verzichten möchte – vorsichtig und zurückhaltend umgegangen werden sollte. An dieser Vorsicht und Zurückhaltung mangelt es, wenn strafrechtliche Schlussfolgerungen nicht nur auf dem Gebiet der Konkurrenzen gezogen werden¹, sondern in entlegeneren Bezirken, wie z.B. der Notwehr oder dem unechten Unterlassungsdelikt. In der Konkurrenzlehre mag es sinnvoll sein, die prima facie kontrafaktische Behauptung, dass ein Fall von Handlungseinheit vorliege, mit dem Hinweis auf den Dauerdeliktscharakter des betroffenen Straftatbestandes zu begründen.² Natürlich setzt dies voraus, dass ohne gravierende Zweifel exakt bestimmt werden kann, was ein Dauerdelikt kennzeichnet, bei welchen Straftatbeständen diese Kennzeichen vorliegen können und ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind. Die damit verbundenen Schwierigkeiten werden in Theorie und Praxis des Strafrechts unterschätzt. Jedenfalls gibt es nur wenige Autoren, die sich mit Texten gegen die kritiklose Akzeptierung und Anwendung des Dauerdelikts auflehnen.³ Offenkundig mangelt es an Problembewusstsein. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass es entgegen im Schrifttum vertretener Ansichten nicht möglich und – stellenweise – nicht erforderlich ist, bestimmte Fragen mit Bezug zur Notwehr durch den Hinweis auf „Dauerdelikt“ zu beantworten.

II. Berührungspunkte

Bevor auf Einzelheiten eingegangen wird, sei hier kurz skizziert, welche Zusammenhänge von Notwehr und Dauerdelikt Thema des vorliegenden Textes sind. Soweit diese schon früher von anderen Autoren behandelt wurden, wird dazu kritisch Stellung genommen. Jeder Strafrechtskundige wird beim Lesen des Aufsatztitels sofort an das Notwehrmerkmal „Gegenwärtigkeit“ (des Angriffs) denken. Weil – so wird gesagt – mit dem Angriff der Tatbestand eines Dauerdelikts – Hauptbeispiel: Freiheitsberaubung – erfüllt wird, ist der Angriff gegenwärtig, solange die Verwirklichung dieses Tatbestandes andauert.⁴ Ob das richtig ist und ob zur Begründung

des Ergebnisses die Verwendung der Vokabel „Dauerdelikt“ notwendig ist, wird unten (IV.) zu hinterfragen sein. Weniger aufdrängend im vorliegenden Kontext ist die „Verteidigung mit automatisierten Selbstschutzeinrichtungen“, die auch ein Gegenwärtigkeits-Problem aufwirft, dessen Existenz die h.M. indessen bestreitet.⁵ Erneut kann der Tatbestand Freiheitsberaubung herangezogen werden. Näheres dazu unten (V.). Während bei den soeben genannten Gegenständen die Beziehung der Notwehrregelung zum Dauerdelikt unmittelbar ist, weil sie ein Notwehrmerkmal des § 32 Abs. 2 StGB betrifft, schiebt sich bei dem dritten Objekt unserer Betrachtung die Figur „Garantenstellung“ dazwischen. Es geht um die umstrittene Frage, ob ein Notwehrrübender infolge seiner gefahr-begründenden Verteidigungsaktion mit einer Ingerenz-Garantenstellung gegenüber dem von ihm in Gefahr gebrachten Angreifer belastet wird. Dazu liest man an verschiedenen Stellen der Strafrechtsliteratur, dass dies der Fall sei, sofern die Notwehrhandlung den Tatbestand eines Dauerdelikts erfülle.⁶ Die fragwürdige These wird unten überprüft (VI.). Bevor in das oben umrissene Untersuchungsprogramm eingestiegen wird, müssen einige Bemerkungen zum Begriff „Dauerdelikt“ vorangestellt werden. Dazu sogleich (III.).

III. Dauerdelikt

Wie in der Strafrechtsliteratur das Dauerdelikt charakterisiert wird, anhand welcher Tatbestände die Figur veranschaulicht und das „Zustandsdelikt“ vom Dauerdelikt abgegrenzt wird, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Daher beschränkt sich der vorliegende Text auf eine kurze Skizze.⁷ Für eine Abhandlung, in deren Mittelpunkt die Verknüpfung von Dauerdelikt und Notwehr steht, kommen naturgemäß allein Tatbestände in Betracht, die notwehrfähig sind, d.h. deren Verwirklichung ein „Angriff“ sein kann. Auf die zum „harten Kern“ der Dauerdelikte gehörende Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB)⁸ trifft das nicht zu.⁹ Mit der Verwirklichung dieses Tatbestandes ist lediglich die abstrakte Gefährdung der Stra-

Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 18a; *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 4 Rn. 120; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 342; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 53; *Stemler*, ZJS 2010, 347 (349).

⁵ *Trentmann*, JuS 2018, 944 (948); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 503.

⁶ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 36.

⁷ Ausführlicher zum Dauerdelikt ein Text, der als Festschriftbeitrag im letzten Quartal 2025 erscheinen wird.

⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, vor § 52 Rn. 11; *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 316 Rn. 30.

⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 32 Rn. 10; *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), S. 340; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 9.

* Der Autor ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1253

² *Seher*, JuS 2004, 392 (394).

³ Zuletzt *Wagner*, ZfISw 6/2023, 349 ff.

⁴ *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 32

ßenverkehrssicherheit verbunden.¹⁰ Das ist kein notwehrfähiger Angriff.¹¹ Wird durch die Fahrt im alkoholisierten Zustand ein Mensch oder eine fremde Sache konkret gefährdet, ist das zwar ein individualgutsbeeinträchtigender Angriff im Sinne des Notwehrrechts. Die Grenze des abstrakten Gefährdungsdelikts „Trunkenheit im Verkehr“ ist dann aber schon überschritten. Die Tat ist ein notwehrfähiger Angriff nicht wegen ihrer immanenten Gefährdung der Verkehrssicherheit, sondern weil sie die Unversehrtheit eines menschlichen Körpers oder einer Sache beeinträchtigt. Notwehrauglich und ebenfalls Repräsentanten des Dauerdelikts sind Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch und unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (Angriff auf Fortbewegungsfreiheit, Hausrecht, Fahrzeugbenutzungsrecht). Körperverletzung, Sachbeschädigung, Diebstahl, Unterschlagung – so liest man – seien „Zustandsdelikte“ und keine Dauerdelikte. Warum eigentlich nicht? Abstrakt definiert wird das Dauerdelikt zweispurig: Dauerdeliktisch sei die Aufrechterhaltung des vom Täter herbeigeführten rechtsgutsbeeinträchtigenden tatbestandsmäßigen Zustands¹², z.B. die Perpetuierung der Freiheitsentziehung durch andauerndes Festhalten oder durch Unterlassen der Handlungen, mit denen dem eingesperrten oder anderweitig seiner Fortbewegungsmöglichkeiten beraubten Opfer seine Freiheit zurückgegeben wird, § 239 StGB. Die zweite Erscheinungsform des Dauerdelikts ist das fortwährende Ausführen der immer gleichen Handlungen, durch die der objektive Tatbestand andauernd erfüllt wird, was bei allen Taten der Fall ist, die durch das Führen eines Fahrzeugs begangen werden, also z.B. §§ 248b, 316 StGB. Von diesen Definitionen ausgehend leuchtet nicht ein, wieso z.B. Körperverletzung, Sachbeschädigung, Unterschlagung und Tierquälerei keine Dauerdelikte, sondern sog. „Zustandsdelikte“ sein sollen. Zumindest können diese Tatbestände – das wird in der Literatur teilweise auch anerkannt¹³ – im konkreten Fall dauerdeliktisch begangen werden. Auf diese Deliktstypen wird deshalb im Folgenden neben den als Dauerdelikt anerkannten und oben bereits erwähnten Tatbeständen auch zurückzukommen sein.

IV. Dauerdeliktischer Angriff

1. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf die Fortbewegungsfreiheit

a) Andauernde Angriffsaktivität

Ein notwehrfähiger Angriff braucht keine Straftat zu sein.¹⁴ Auch rechtsgutsbeeinträchtigende Handlungen, die keinen Straftatbestand erfüllen, können ein Angriff i.S.d. § 32 StGB sein. Da das Dauerdelikt eine Erfindung der Lehre vom Straftatbestand ist und der Begriff ausschließlich im Kontext von Straf- und Bußgeldtatbeständen Verwendung findet, ist es methodisch fragwürdig, Schlussfolgerungen im Hinblick auf den notwehrfähigen Angriff zu ziehen.¹⁵ Diese Bedenken sollen hier aber nicht überakzentuiert werden. Denn immerhin besteht eine große Schnittmenge zwischen Straftaten und Notwehrlagen. Häufig wird eine Straftat zugleich ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff sein. Deshalb lohnt eine Untersuchung schon, die nach Antworten auf die Fragen strebt, ob das auf Dauerdelikte zutrifft und wie sich das vor allem auf die Gegenwärtigkeit des Angriffs auswirkt. Tatbestandsmäßiges Handeln¹⁶ ist durch Notwehr gerechtfertigt, wenn es der Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff dient. Eine Freiheitsberaubung ist ein Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit. Sofern der Angriff gegenwärtig und rechtswidrig ist, liegt eine Notwehrlage vor. Freiheitsberaubung wird stets als erstes Beispiel genannt, wenn jemand erklärt, was man im Strafrecht unter einem „Dauerdelikt“ versteht.¹⁷ Die folgenden Ausführungen können sich daher auf die Freiheitsberaubung als Notwehrlage konzentrieren. Wie oben schon angedeutet wurde, wird dem Dauerdelikt Notwehrrelevanz in Bezug auf das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ zugeschrieben. Der Dauerdeliktscharakter bewirke, dass der Angriff so lange gegenwärtig ist, wie die Begehung des Dauerdelikts andauert.¹⁸ Übt also jemand Notwehr oder Nothilfe zu einem Zeitpunkt, zu dem das Dauerdelikt noch nicht beendet ist, erfüllt er die Voraussetzung einer Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff. Es wird aber sogleich zu zeigen sein, dass diese Feststellung auch ohne Erwähnung des „Dauerdelikts“ möglich ist. Die einfachste Erscheinungsform einer andauernden Freiheitsberaubung ist die Verübung von vis absoluta über einen länge-

¹⁰ Fischer (Fn. 4), § 316 Rn. 2; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2024, Rn. 1332; Renzler, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 43 Rn. 1.

¹¹ Überindividuelle Rechtsgüter sind nicht notwehrfähig, Erb, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 100; Heger (Fn. 8), § 32 Rn. 3.

¹² B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 166: „Fortdauern des Zustands“; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 46: „willentliches Aufrechterhalten“.

¹³ Reinbacher, JZ 2020, 558 (561); ders., in: Jeßberger/Vornbaum/Burghardt (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht, Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 881 ff.

¹⁴ Fischer (Fn. 4), § 32 Rn. 8.

¹⁵ Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. 1992, § 26 Rn. 25; Rückert, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 170.

¹⁶ Ebenso tatbestandsmäßiges Unterlassen, wenngleich eine Verteidigung durch Unterlassen praktisch selten vorkommen dürfte. Wenig lebensnah der zu didaktischen Zwecken ersonnene Sachverhalt bei Mitsch, JuS 1988, 468 (469).

¹⁷ Reinbacher (Fn. 13 – FS Werle), S. 883.

¹⁸ Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 112; Rönnau/Hohn, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 149; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 32 Rn. 16.

ren Zeitraum. Der Täter hält das Opfer fest¹⁹ und zwar nicht nur ein „Vaterunser“ lang, sondern so viele Minuten²⁰, dass auf die erstmalige Vollendung noch eine mehr oder weniger ausgedehnte „Beendigungs“-Phase folgt, während der – um im Bild zu bleiben – ein „Gegrüßet seist Du Maria“ gebetet werden kann. Der Angriff auf die Freiheit des Festgehaltenen ist bereits mit Beginn – bzw. sogar schon unmittelbar davor²¹ – der Festhaltung gegenwärtig. Er ist es aber auch noch nach so und so viel Minuten, weil der Täter immer noch Körperkraft aufwendet, um das Opfer am Weglaufen zu hindern. Eine Diskussion darüber, ob sich die Gegenwärtigkeit des Angriffs ausschließlich nach dem Angriffsverhalten richtet oder ob auch Angriffsfolgen nach Beendigung des Angriffsverhaltens die Gegenwärtigkeit des Angriffs „einfrieren“²², braucht in diesem Fall nicht geführt werden. Ein Nothelfer, der seinerseits gegen den Angreifer Gewalt anwendet, um dessen Opfer zu befreien, verteidigt also gegen einen gegenwärtigen Angriff, egal ob er bereits den Zugriff des Angreifers auf das Opfer unterbindet oder dieses erst nach zehnmütigem Festgehaltenwerden aus der Umklammerung des Angreifers erlöst. Um in letzterem Fall das mit dem Begriff „gegenwärtig“ gemeinte koinzidente Zusammentreffen von Angriff und Verteidigung zu begründen, ist ein Rückgriff auf die dogmatische Figur „Dauerdelikt“, ist die Erwähnung des Wortes „Dauerdelikt“, nicht notwendig. Der Angriff ist im Zeitpunkt der Verteidigung (Befreiung des Opfers) nicht deswegen gegenwärtig, weil Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt ist, sondern weil Verteidigerhandeln und Angreiferhandeln im selben Zeitpunkt zusammentreffen. Der Notwehrübende verteidigt, während der Angreifer aktiv angreift. Ob der Angreifer auch schon vorher den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt hat – nur dann kann das gegenwärtige Festhalten als Teil eines Dauerdelikts „Freiheitsberaubung“ qualifiziert werden – ist für die Feststellung des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ gleichgültig. Wurde das Opfer O von X eingesperrt und unterbindet nach 20 Minuten der Y die erfolgsversprechenden Ausbruchsbemühungen des O, indem er eine schwere Truhe vor die nach außen zu öffnende Tür schiebt, ist das ein gegenwärtiger Angriff des Y auf die Freiheit des O. Teil eines „Dauerdelikts“ ist dasselbe Handeln des Y nicht, Das wäre nur dann der Fall, wenn Y schon zuvor den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllt hätte. Das Dauerdelikt wird hier also als Teil des Textes, mit dem die Erfüllung

des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ begründet wird, nicht gebraucht.

b) Angriff durch Unterlassen und gegenwärtiger Angriffserfolg
Vielleicht braucht man das Dauerdelikt als Argument für die Bejahung von Gegenwärtigkeit des Angriffs aber in Freiheitsberaubungs-Fällen, in denen die Gefangenschaft des Opfers nicht durch weiteres aktives Tun, sondern durch ein vom Täter geschaffenes²³ technisches Fortbewegungshindernis aufrechterhalten wird: der Täter sperrt das Opfer in einem Raum ein oder fesselt es mit einem Seil an einen Stuhl. Bricht ein Nothelfer die Tür auf oder zerschneidet er das dem Täter gehörende Seil, ist die dadurch begangene Sachbeschädigung gewiss durch Notstand gerechtfertigt, § 228 BGB, § 34 StGB. Rechtfertigung gem. § 32 StGB wäre ebenfalls möglich, sofern der Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit zur Zeit der sachbeschädigenden Verteidigungshandlung noch gegenwärtig ist. Klar ist, dass ein bloßer „Zustand“ kein „Angriff“ i.S.d. § 32 StGB sein kann.²⁴ Ein noch gegenwärtiger Angriff kann der aktuelle Zustand der Unfreiheit also nur sein, wenn er Teil eines notwehrfähigen Angriffs ist. Dafür stehen zwei Begründungswege zur Verfügung. Erstens: Eine gegenwärtige Angriffsaktivität fehlt, es handelt sich aber wegen Nichtaufhebung der Gefangenschaft um einen gegenwärtigen Angriff durch Unterlassen. Zweitens: Wenn auch ein gegenwärtiger Angriff durch Unterlassen nicht gegeben ist, kann vielleicht auf die Gegenwärtigkeit des durch die zurückliegende Angriffsaktivität geschaffenen Angriffserfolgs (Gefangenschaft des Angegriffenen) abgestellt werden. Denn immerhin muss diesem Erfolg ein Angriffsverhalten (Tun oder Unterlassen²⁵) vorausgegangen sein.²⁶ Hat der Eigentümer der beschädigten Tür oder des beschädigten Seils die Möglichkeit und die Pflicht, den Gefangenen zu befreien bzw. freizulassen, ist seine Untätigkeit ein Angriff durch Unterlassen.²⁷ Nahezu ausnahmslos wird in der juristischen Literatur die Möglichkeit eines notwehrfähigen Angriffs

¹⁹ Anderes Beispiel bei *Reinbacher* (Fn. 13 – FS Werle), S. 884: Der Täter stemmt sich gegen die Tür des Raums, in dem das Opfer von ihm eingesperrt wurde.

²⁰ Wie viele Minuten es mindestens sein müssen, vermag niemand zu sagen, vgl. *Sonnen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 4), § 239 Rn. 18. *Sonnen* meint sogar, eine kurze Dauer von zwei oder drei Minuten könne ausreichen, wenn „gleichzeitig die Intensität besonders hoch“ ist. Wie man die Höhe der „Intensität“ einer Freiheitsentziehung anders als mit einem Zeitmaß bestimmen soll, erklärt der Autor nicht.

²¹ *Fischer* (Fn. 4), § 32 Rn. 17: „unmittelbar bevorsteht“.

²² Dazu zuletzt *Mitsch*, JZ 2023, 230 ff.

²³ Gleichbedeutend: vom Garanten nicht beseitigtes.

²⁴ Aus gutem Grund wird in der Tatbestandslehre darüber gerätselt, ob der Zustand „Besitz“ ein aktives Tun oder ein Unterlassen oder weder das eine noch das andere ist. Nach zutreffender Ansicht ist „Besitz“ überhaupt kein menschliches Verhalten; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 60.

²⁵ Beispiel: ein Garant verhindert nicht, dass das Opfer sich aus Versehen selbst einsperrt.

²⁶ Damit hätte man in dem Fall (BGH NJW 1989, 2479 ff.) einen „Angriff“ der Bäuerin, die „durch ihr bloßes Stehenbleiben in dem engen Durchgang ein Hindernis für den ins Freie strebenden Angeklagten“ (BGH NJW 1989, 2479 [2481]) schuf, begründen können; dazu *Küpper*, JuS 1990, 184 (187), der aber nicht erörtert, ob das bloße Stehen der Bäuerin überhaupt ein Angriff ist. Gegen § 32 StGB und für § 34 StGB in diesem Fall *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 8.

²⁷ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 45.

durch Unterlassen bejaht.²⁸ Begeht also der Nothelfer seine sachbeschädigende Befreiungsaktion, während der Eigentümer der beschädigten Sachen seine Befreiungspflicht durch Nichtstun verletzt, bereitet die Feststellung des Notwehrmerkmals „gegenwärtig“ keine Probleme. Wiederum bedarf es dabei eines Rückgriffs auf die Figur „Dauerdelikt“ nicht. Hat der Eigentümer das Opfer nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig eingesperrt, hat er keine Freiheitsberaubung begangen (§ 15 StGB), ist aber Garant aus Ingerenz geworden. Ein Dauerdelikt liegt also gar nicht vor, gleichwohl ein gegenwärtiger Angriff in Gestalt gebotswidrigen Unterlassens.

Die problematischste Fallkonstellation zeichnet sich dadurch aus, dass dem Fortdauern des rechtsgutsbeeinträchtigenden Zustands weder eine andauernde Aktivität noch ein Unterlassen des Angreifers korrespondiert. Die Gegenwartigkeit des Angriffs kann also nicht mit dem Hinweis auf gegenwärtiges Angreiferverhalten (weitere Angriffsaktivitäten, Angriff durch Unterlassen durch Nichtaufhebung des rechtsgutsverletzenden Zustands) begründet werden. Hat der Täter sein Opfer in einem Raum eingesperrt und hat dieser eine schwere Stahltür, die sich nur mittels einer allein dem Angreifer bekannten Zahlenkombination öffnen lässt, entfällt der Angriff durch Unterlassen, wenn der Täter diese Zahlenkombination vergessen hat. Wird der Eingesperrte von Dritten befreit, nachdem mit einem Presslufthammer oder mit Sprengstoff ein Loch in eine Mauer gebohrt oder gesprengt wurde, ist diese Sachbeschädigung durch Notwehr(hilfe) gerechtfertigt, sofern es für die Gegenwartigkeit des Angriffs genügt, dass der vom Angreifer – der zugleich Eigentümer des durch die Befreiungsaktion beschädigten Gebäudes ist²⁹ – herbeigeführte Freiheitsberaubungserfolg andauert. Anders ausgedrückt lautet die Frage, ob es bei der Notwehr auf die Gegenwartigkeit des Angreiferverhaltens oder auf die Gegenwartigkeit des – ohne weiteres Angreiferverhalten fortbestehenden – Angriffserfolges ankommt.³⁰ Das ist bekanntlich umstritten und wird in vielen Texten, die sich mit der Gegenwartigkeit des Angriffs beschäftigen, überhaupt nicht reflektiert.³¹ Wird die Gegenwartigkeit eines fortdauernden Angriffs mit dem schlichten Hinweis darauf begründet, dass der Angriff den Tatbestand eines Dauerdelikts erfülle, hängt die Entscheidung über die Gegenwartigkeit des Angriffs von der Definition des Begriffs „Dauerdelikt“ ab. Sie hängt des Weiteren davon ab, welche Straftatbestände bzw. welche Arten von Tatbestandsverwirklichungen der Kategorie Dau-

erdelikt zuzuordnen sind und welche nicht. Sieht man einmal von den wenigen Tatbeständen ab, die in Kommentaren, Lehrbüchern und sonstigen Texten als Hauptvertreter der Gattung „Dauerdelikt“ genannt werden, besteht keine Klarheit über die Zuordnung der vielen Tatbestände des geltenden Strafrechts zu den Klassen „Dauerdelikt“ und „Zustandsdelikt“. Das liegt nicht zuletzt daran, dass es unterschiedliche und vor allem ungenaue Formulierungen der zugrunde liegenden Definition(en) gibt. Entscheidend ist letztendlich, dass die meisten dieser Definitionen die Aufrechterhaltung des geschaffenen Zustands durch aktives Tun oder Unterlassen oder die fortdauernde Ausführung der tatbestandserfüllenden Handlung verlangen.³² Die bloße Fortexistenz des geschaffenen Zustands – ohne aufrechterhaltendes Täterverhalten – macht aus diesem Zustand kein Dauerdelikt und zwar auch dann nicht, wenn sich der Zustand mit zunehmender Dauer verschlimmert.³³ Damit steht aber fest, dass zwischen der Gegenwartigkeit des Angriffs und der dogmatischen Figur „Dauerdelikt“ kein Begründungszusammenhang besteht: Die Gegenwartigkeit des Angriffs wird in keinem Fall damit begründet, dass der Angriff zugleich ein Dauerdelikt ist. Wenn die Gegenwartigkeit des Angriffs darauf beruht, dass der Angreifer durch weitere Aktivität oder pflichtwidriges Unterlassen den Zustand aufrechterhält, ist es irrelevant, ob diesem aufrechterhaltenden Verhalten bereits deliktisches Verhalten vorausgegangen ist, das aus dem Gesamtvorgang ein Dauerdelikt macht. Nicht nur der Freiheitsberaubungstäter, der den von ihm geschaffenen Opfer-Zustand des Eingesperrtseins durch Anbringen eines zusätzlichen Riegels perpetuiert, begeht einen gegenwärtigen Angriff auf die Freiheit, sondern auch der neu hinzugekommene Helfer, der diese Tätigkeit dem Täter abnimmt. Letzterer hat gewiss kein Dauerdelikt begangen (jedenfalls wenn er von einem Nothelfer am Anbringen des Riegels gewaltsam gehindert wird), wohl aber einen gegenwärtigen Angriff. Vor allem besagt das Dauerdelikt auch nichts darüber, ob die im Zeitpunkt der Verteidigung noch existierenden Folgen des Angriffs auch ohne aufrechterhaltendes Verhalten als gegenwärtiger Angriff anerkannt werden können. In der Literatur wird dies vereinzelt explizit bejaht, indem allein der Angriffserfolg für maßgeblich erklärt wird.³⁴ Ob dieser Erfolg Teil eines Dauerdelikts ist oder nicht, scheint dabei keine Rolle zu spielen. Folglich kommt der Figur des Dauerdelikts nicht einmal eine Ausschlusswirkung in dem Sinne zu, dass der noch existierende Rechtsgutsbeeinträchtigungszustand dann kein gegenwärtiger Angriff ist, wenn es sich nicht um die Erfolgskomponente eines Dauerdelikts handelt. Durch Betrachtung von Angriffen auf andere Rechtsgüter wird die bereits hier ermittelte Bedeutungslosigkeit des Dauerdelikts zusätzliche Bestätigung erfahren.

²⁸ Fischer (Fn. 4), § 32 Rn. 5a; Heger (Fn. 8), § 32 Rn. 3; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 25 Rn. 78; Rönnau/Hohn (Fn. 18), § 32 Rn. 101; Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 6.

²⁹ Anderenfalls ist die sachbeschädigende Befreiung keine „Verteidigung“, vgl. Mitsch (Fn. 24), § 15 Rn. 32.

³⁰ Frister, GA 1988, 291 (306); ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 16 Rn. 15; Kühl (Fn. 27), § 7 Rn. 52.

³¹ Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 12: „Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.“ Was „er“ ist – Angriffshandlung oder Angriffserfolg – wird in den folgenden Erläuterungen (Rn. 13–17) nirgends explizit thematisiert.

³² Heger (Fn. 8), vor § 52 Rn. 11.

³³ Anders – ohne Begründung – Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 120: „Gegenwärtig ist also nicht nur die durch technische Mittel aufrechterhaltene Freiheitsentziehung [...]“.

³⁴ Rönnau/Hohn (Fn. 18), § 32 Rn. 141, 149.

2. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit

Bei Ausführungen zur notwehrrelevanten Gegenwärtigkeit von Angriffen, die Körperverletzungstatbestände (§§ 223 ff StGB) erfüllen, findet das „Dauerdelikt“ keine Erwähnung. Das ist nachvollziehbar, da Körperverletzung – sofern sie in diesem Zusammenhang überhaupt thematisiert wird – als Beispiel für ein vom Dauerdelikt zu unterscheidendes „Zustandsdelikt“ genannt wird.³⁵ Richtig ist das deswegen, weil – vielleicht abgesehen vom Bereich der Konkurrenzen (§§ 52 ff StGB) – das Argumentieren mit „Dauerdelikt“ und „Zustandsdelikt“ pauschal abzulehnen ist. Es ist aber widersprüchlich und unsystematisch, sofern man wie die h.M. an dieser Kategorisierung der Delikte festhält. „Bei Dauerdelikten endet der Angriff nicht schon, wenn der Täter aufgehört hat zu handeln, sondern erst mit der Beendigung des dadurch geschaffenen rechtswidrigen Zustands“ heißt es im StGB-Kommentar „Schönke/Schröder“.³⁶ Also müsste auch die Gegenwärtigkeit eines Angriffs auf die körperliche Unversehrtheit mit dem Dauerdelikts-Argument begründet werden können. Oder ist die sich verschlechternde gesundheitliche Verfassung des Opfers einer körperlichen Misshandlung (§ 223 Abs. 1 StGB) kein „dadurch geschaffener rechtswidriger Zustand“? Kann der Verschlimmerung des Zustands allein dadurch entgegengewirkt werden, dass dem Täter/Angreifer gewaltsam das einzige schmerzlindernde Medikament abgenommen wird, müsste dann nicht die damit einhergehende Verwirklichung von Straftatbeständen (§§ 242, 249, 240, 223 StGB) durch Notwehr/Nothilfe gem. § 32 StGB zu rechtfertigen sein? Sofern dies zu bejahen ist und der Körperverletzung jedenfalls in dieser konkreten Begehungsform der Charakter als „Dauerdelikt“ abgesprochen wird, zeigt sich auch an dieser Stelle, dass es im Kontext des § 32 StGB sinnlos und überflüssig ist, mit dem „Dauerdelikt“ zu argumentieren. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs muss aus dem Notwehrrecht unter Berücksichtigung der auslegungsleitenden „Grundgedanken“ dieses Rechtfertigungsgrundes erschlossen werden. Ob daneben auch das Vorliegen eines Dauerdelikts zu konstatieren ist oder nicht, ist unerheblich. Wie schon bei Angriffen auf die Fortbewegungsfreiheit gezeigt wurde, kann die Gegenwärtigkeit eines Angriffs bei einem länger existierenden Zustand angriffsbedingter Beeinträchtigung der Gesundheit an diesen Zustand erhaltendes oder verschlimmerndes Verhalten (aktives Tun oder gebotswidriges Unterlassen) geknüpft werden.³⁷ Ein Arzt, der dem infolge eines Angriffs erkrankten Patienten ein Medikament verabreicht, das keine heilende, sondern schädliche Wirkung hat, begeht einen solchen Angriff durch aktives Tun. Bewirkt er eine Zustandsverschlechterung durch garantenpflichtwidrige Vorenthaltung der lindernden Arznei, greift er die Gesundheit durch Unterlassen an. Zur Begründung der Gegenwärtigkeit dieses Angriffs genügt die Anknüpfung an das aktuelle rechtsgutsbeeinträchtigende Verhalten des Arztes.

³⁵ Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor § 52 Rn. 82.

³⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 32 Rn. 15.

³⁷ Rückert (Fn. 15), S. 196.

Eine Verantwortlichkeit für den bereits bestehenden Krankheitszustand – nur unter dieser Voraussetzung könnte man an ein Dauerdelikt denken – spielt keine Rolle. Instruktiv als Gegenbeispiel ist der von Helmut Frister gebildete Fall eines Angriffs, bei dem die Niere des Opfers geschädigt und eine Transplantation erforderlich geworden ist. Dem Körper des Angreifers darf zu diesem Zweck nicht zwangsweise eine gesunde Niere entnommen werden, weil der Angriff auf die Gesundheit des Opfers nicht mehr gegenwärtig ist.³⁸ Das ist unter dem hier allein in Betracht kommenden Gesichtspunkt des Angriffs durch Unterlassen (Garantenstellung aus Ingerenz) deswegen richtig, weil es dem Angreifer gar nicht möglich ist, eigenhändig sein eigenes Organ zu spenden. Darin unterscheidet sich dieses Beispiel von dem oben erwähnten Fall, in dem der Angreifer über das einzige Heilung versprechende Medikament verfügt, dieses aber nicht herausgeben will. Zwar könnte im Fall der Nierenspende eingewandt werden, dass es dem Angreifer sehr wohl möglich ist, sich dem Transplantationsteam als Organspender anzubieten und dass der Angriff im Unterlassen eines solchen Angebots besteht. Gewiss sträubt sich jedoch das Rechtsgefühl gegenüber der Rechtfertigung eines derart massiven Eingriffs. Das unerwünschte Ergebnis lässt sich aber nicht über eine „sozialethische Einschränkung“ vermeiden, denn ein „krasses Missverhältnis“ liegt angesichts der schwer geschädigten Gesundheit des Angriffsopfers nicht vor. Ansatzpunkt für eine Lösung muss daher eine von vornherein restriktive Definition des notwehrfähigen Angriffs durch Unterlassen sein.³⁹ Im Beispielfall könnte man argumentieren, dass Organspenden keinem Garanten zumutbar sind, die Weigerung also kein Unrecht zum Nachteil des auf das Spenderorgan angewiesenen Patienten ist.⁴⁰ Selbst von einer Mutter oder einem Vater würde man nicht verlangen, dem eigenen schwer kranken Kind eine von zwei Nieren zu spenden.⁴¹ Für einen Angreifer, der qua Ingerenz zum Garanten gegenüber dem Angegriffenen geworden ist, kann man es auch nicht verlangen.

3. Gegenwärtigkeit des Angriffs auf Eigentum

Fester Bestandteil jeder Kommentierung des § 32 StGB und jedes Lehrbuchkapitels zur Notwehr ist die Notwehr/Nothilfe gegenüber dem mit Beute fliehenden Dieb.⁴² Es wird betont, dass der Angriff auf Eigentum und Gewahrsam nicht „automatisch“ mit Vollendung des Diebstahlstatbestandes, also mit der durch Gewahrsamsbruch und Gewahrsamsneubegrün-

³⁸ Frister (Fn. 30), § 16 Rn. 15.

³⁹ Erb (Fn. 11), § 32 Rn. 67.

⁴⁰ Weigend, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 69: „Dem Täter wird es von der Rechtsordnung nicht unter Strafdrohung zugemutet, zur Rettung Anderer sein Leben oder seine Gesundheit aufs Spiel zu setzen.“

⁴¹ Erb (Fn. 11), § 34 Rn. 277.

⁴² Gropf/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 146; Murmann (Fn. 28), § 25 Rn. 82; Roxin/Greco (Fn. 26), § 15 Rn. 28.

dung begangenen „Wegnahme“⁴³ ende. Notwehrrelevant sei auch noch die der Vollendung nachfolgende Beendigungsphase, während die gestohlene Sache vom Täter abtransportiert und an einen sicheren Ort gebracht wird.⁴⁴ Erst wenn letzteres erreicht ist, sei der Angriff abgeschlossen und ab dann nicht mehr gegenwärtig.⁴⁵ Richtig ist daran nur, dass die Notwehrvoraussetzung „gegenwärtiger Angriff“ nicht in dem Moment wegfällt, in dem die Subsumtion unter § 242 Abs. 1 StGB das Ergebnis der Erfüllung des objektiven Diebstahls-Tatbestandes liefert. Schon im Ansatz ist es methodisch inadäquat, einen Zusammenhang zwischen Gegenwartigkeit des Angriffs und Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer Straftat zu konstruieren.⁴⁶ Ein notwehrfähiger Angriff braucht nicht strafatbestandsmäßig zu sein und umgekehrt ist die Erfüllung eines Straftatbestandes nicht automatisch ein notwehrrelevanter Angriff. Die Gegenwartigkeit des Angriffs hat Voraussetzungen, die unabhängig von der Existenz eines Straftatbestandes sind. „Fahrlässige Sachbeschädigung“ ist ebenso ein notwehrfähiger Angriff wie die ohne Zueignungsabsicht vollzogene Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Das „Zuparken“ einer Garageneinfahrt ist ein Angriff auf das Eigentum des Grundstückseigentümers oder -mieters⁴⁷, obwohl es keinen Straftatbestand⁴⁸ gibt, der diese Beeinträchtigung pönalisiert. In Fällen wie diesen ist eine Orientierung an bestimmten Zeitgrenzen des Tatbestandes nicht möglich. Generell ist sie weder hilfreich noch notwendig. Zur Bestimmung der Gegenwartigkeit des Diebstahls-Angriffs kann auf die Figur „Dauerdelikt“ nicht zurückgegriffen werden. Diebstahl ist kein Dauerdelikt. Schon mit dem Bruch des bisherigen Gewahrsams steht fest, dass nach der – meistens mit dem Gewahrsamsbruch zusammenfallenden – Begründung neuen Gewahrsams die Perpetuierbarkeit oder Wiederholbarkeit der Tatbestandserfüllung unmöglich ist. Dem Inhaber des bisherigen Gewahrsams kann die Sache nicht noch einmal weggenommen werden, weil er keinen Gewahrsam mehr hat, der gebrochen werden könnte. Jegliches Handeln oder Unterlassen, das zum Andauern des Verlusts der Sache beiträgt, kann eventuell den Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB) erfüllen, nicht aber den Tatbestand des Diebstahls. Obwohl Diebstahl kein Dauerdelikt ist, behaupten Rechtsprechung und Strafrechtslehre einhellig, dass es eine Angriffsgegenwärtigkeit nach Vollendung des Tatbestandes gibt, diese aber nicht ohne Ende andauert, sondern auf die Beutesicherungsaktion beschränkt ist. Wieso das anschließende weitere Behalten der gestohlenen Sache, das für den bestohlenen Eigentümer sich zeitlich vermehrenden

Verlust bedeutet, kein gegenwärtiger Angriff auf das Eigentum mehr ist, wird nicht erklärt.⁴⁹ Tatbestandsdogmatische Begriffe wie „Vollendung“ und „Beendigung“ helfen nicht.⁵⁰ Die Grenzen der Notwehr können nur aus dem Notwehrrecht selbst oder – was hier ausschlaggebend ist – aus dem Verhältnis der Notwehr zu vorrangigen Restitutionsinstrumenten wie Zivilklage, einstweilige Verfügung und Selbsthilfe i.R.d. § 229 BGB erschlossen werden.⁵¹

Nicht nur Diebstahl, auch Unterschlagung und Sachbeschädigung werden nicht zu den Dauerdelikten gezählt. Dennoch wird niemand bestreiten, dass ein Täter, der mit dem Gartenschlauch eine Viertelstunde lang das Wohnzimmer seines Nachbarn unter Wasser setzt und dabei unter anderem den wertvollen Teppichboden ruiniert, den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB auch noch in Minute 14 erfüllt, sofern zu diesem Zeitpunkt der Zustand von Gegenständen noch verschlechtert werden konnte. Nicht anders ist das Verhalten des Täters zu beurteilen, der das Haus in Brand gesetzt hat und dann mit dem Schlauch in der Hand dem Niederbrennen zusieht, anstatt das Feuer zu löschen. Durch garantenpflichtwidriges Unterlassen erfüllt der Täter – neben § 306 Abs. 1 StGB und evtl. § 306a Abs. 1 StGB – den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB so lange, bis alles zerstört und nichts mehr zu löschen ist. Man sieht, dass keinerlei Unterschied besteht zu dem Täter, der sein Opfer eine Viertelstunde festhält oder eine Viertelstunde einsperrt und erst nach 15 Minuten wieder loslässt bzw. die verschlossene Tür öffnet, § 239 Abs. 1 StGB. Der Fall erfüllt alle Anforderungen, die in der Literatur an das Dauerdelikt gestellt werden. Für die Frage nach der Gegenwartigkeit des Angriffs auf das Eigentum ist das aber gleichgültig. Der Angriff ist auch in der 15. Minute noch gegenwärtig, weil der Angreifer noch in der 15. Minute aktiv angreift bzw. durch Nichterfüllung seiner Garantienpflicht einen Angriff durch Unterlassen verübt. Der Klärung der Notwehrproblematik wäre eine Diskussion über den Dauerdeliktscharakter der Sachbeschädigung nicht zuträglich, sondern im Gegenteil eher störend.

Unverständlich und nicht nachvollziehbar ist die Nicht-einbeziehung der Unterschlagung in den Kreis der Dauerdelikte. Behält der Täter eine in gewahrsamslosem Zustand gefundene Sache, trägt jeder weitere Tag zur Annäherung an die „endgültige Enteignung“ des Eigentümers bei. Zugleich vergrößert sich von Tag zu Tag der im Verlust der Gebrauchsvorteile liegende Schaden des Eigentümers. Aber auch hier gilt: ob man der Unterschlagung Dauerdeliktscharakter zuschreibt oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Entscheidung über die Gegenwartigkeit des Angriffs auf das

⁴³ Vogel/Brodowski, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 199.

⁴⁴ Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 120; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 25; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 5), Rn. 501.

⁴⁵ Duttge (Fn. 4), § 32 Rn. 12; Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 121.

⁴⁶ Rückert (Fn. 15), S. 170.

⁴⁷ Dörner, JuS 1978, 666 (671).

⁴⁸ Wohl aber einen Bußgeldtatbestand, § 24 Abs. 1 StVG, §§ 49 Abs. Abs. 1 Nr. 12, 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO.

⁴⁹ Typische begründungslose Behauptung z.B. bei Frisch (Fn. 4), § 4 Rn. 121: „Der Bestohlene, der dem Dieb seines Fahrrads einige Tage später begegnet, kann sich also für gewaltsame Maßnahmen gegen den Dieb nicht auf Notwehr (§ 32 StGB bzw. § 227 BGB) berufen“; ähnlich Rengier (Fn. 44), § 18 Rn. 27.

⁵⁰ Rückert (Fn. 15), S. 171.

⁵¹ Rückert (Fn. 15), S. 176; Spindel, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 122.

Eigentum. Sobald das dynamische aktive Angriffsgeschehen des Wegtragens der Sache zu einem Zustand des Vorhandenseins der Sache an einem „falschen“ Ort (beim Täter, bei einem Dritten) geführt hat, ist der Angriff nicht mehr gegenwärtig. Die Unterlassung der gem. § 985 BGB geschuldeten Rückgabe ist kein notwehrfähiger Angriff. Das staatliche Gewaltmonopol behält hier Vorrang und Ausschließlichkeit. Vor eine das Monopol durchbrechende Lizenz zur Eigenmächtigkeit aus § 32 StGB schiebt sich noch der wesentlich engere § 229 BGB bzw. § 859 BGB. Ein Dauerdelikt kann die Unterschlagung gleichwohl sein. Das eine widerspricht dem anderen nicht, weil das Dauerdelikt nicht dazu taugt, die Gegenwärtigkeit des Angriffs zu begründen. Umgekehrt taugt es (das Nichtvorliegen eines Dauerdelikts) auch nicht zur Verneinung der Gegenwärtigkeit des Angriffs.

V. Dauerdeliktische Verteidigung

1. Notwehr durch Freiheitsberaubung

Berührungspunkte von Dauerdelikt und Verteidigung werden offenbar, wenn zur Abwendung des Angriffs eine Freiheitsberaubung begangen wird. Man stelle sich folgenden Fall⁵² vor:

Ein Wochenendhaus ist mehrfach von Einbrechern heimgesucht worden. Tür und oberirdische Fenster sind so gesichert, dass auf diesem Weg niemand eindringen kann. Daher war der Täter jeweils durch ein Kellerfenster in das Haus eingestiegen und hatte es auf demselben Weg mit Beute wieder verlassen. Vor dem Fenster ist ein Schacht, der nicht abgedeckt ist. Der Eigentümer des Hauses legt sich nun nachts auf die Lauer. Als der Einbrecher wieder durch Schacht und Fenster in das Haus gelangt, schiebt der Eigentümer eine schwere Kiste über den Schacht. Der Einbrecher, der davon nichts mitbekommt, setzt sich erst einmal auf das Sofa, schaltet das Fernsehgerät ein und schaut sich die Live-Übertragung eines Fußballspiels an. Erst nach Ende des Spiels fasst er den Entschluss, in dem Wochenendhaus stehenswerte Sachen zu suchen und diese mitzunehmen. Er findet eine noch nicht angebrochene Flasche teuren irischen Whiskys und will mit dieser Beute das Haus durch das Kellerfenster verlassen. Dies misslingt wegen der Kiste über dem Schacht. Der Eigentümer des Wochenendhauses war inzwischen wieder nach Hause gefahren. Erst am nächsten Tag informiert er die Polizei, die den im Wochenendhaus eingesperrten Einbrecher befreit und festnimmt.⁵³

Die Aktion des Hauseigentümers erfüllt zweifellos den Tatbestand einer Freiheitsberaubung, § 239 Abs. 1 StGB.⁵⁴ Zwar hat sich der Einbrecher selbst in die Lage eines „Eingesperrten“ versetzt. Dies tat er aber in Unkenntnis der Tatsache, dass ein Verlassen des Hauses nicht mehr möglich sein wird, also nicht „eigenverantwortlich“. Zur Prüfung des

Rechtfertigungsgrundes Notwehr sei davon ausgegangen, dass die Einsperrung des Einbrechers erforderlich war, um die Mitnahme des Whiskys zu verhindern.⁵⁵ Zur Abwendung des Angriffs auf das Hausrecht (§ 123 StGB) war die Handlung des Eigentümers ebenso wenig geeignet, wie das Niederschießen des „Spanners“ in der berühmten BGH-Entscheidung.⁵⁶ Ebenfalls ungeeignet war die Versperrung des Fluchtwegs zur Abwendung des Angriffs, der in der unbefugten Benutzung des Fernsehgeräts mit dem zu Lasten des Eigentümers gehenden Energieverbrauch lag.⁵⁷ Daher geht es im Folgenden allein um Notwehr gegen den Angriff des Einbrechers auf das Eigentum an der Whisky-Flasche. Diesen Angriff hat der Einbrecher begangen, als er versuchte, mit der Flasche das Wochenendhaus zu verlassen. Zu diesem Zeitpunkt war der Angriff auf das Eigentum gegenwärtig. Als der Eigentümer die Kiste über den Schacht schob, war der Angriff auf das Eigentum (an der Whiskyflasche) noch nicht gegenwärtig. Der Einbrecher hatte ja noch nicht einmal den Entschluss, überhaupt etwas zu stehlen. Er wollte sich nur das Fußballspiel ansehen. Rechtfertigung durch Notwehr ist also fraglich, weil möglicherweise das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ nicht erfüllt ist. Da bis zum Beginn des Diebstahlsversuchs annähernd zwei Stunden verstrichen sind, während der Einbrecher vor dem Fernseher auf dem Sofa saß, lässt sich die Annahme von Gegenwärtigkeit nicht auf das Argument stützen, dass späteres Handeln zur erfolgreichen Angriffsabwehr nicht mehr geeignet gewesen wäre. Geht man davon aus, dass der Eigentümer das Verhalten des Einbrechers von außen durch ein Fenster beobachten konnte, hätte er mit dem Versperren des Schachtes warten können, bis der Einbrecher mit der Suche nach stehenswerten Gegenständen begonnen hat. Für eine Vorverlagerung der Gegenwärtigkeit bestand also kein Grund.

Eine andere Frage ist, ob das Notwehrmerkmal „gegenwärtig“ wenigstens in dem Moment erfüllt worden ist, in dem der Einbrecher mit seinem Versuch begann, das Wochenendhaus mit der Whiskyflasche zu verlassen. Der durch die über den Schacht geschobene Kiste geschaffene Zustand der Gefangenschaft dauerte noch an, der Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB wurde also weiterhin in Gestalt des zeitlich gestreckten Erfolges verwirklicht.⁵⁸ Zu diesem Zeitpunkt war

⁵⁵ Anerkanntermaßen steht der Erforderlichkeit nicht der Umstand entgegen, dass der Eigentümer die Möglichkeit hatte, bereits die Begehung des Angriffs von vornherein zu verhindern, indem er z.B. das Eindringen in das Wochenendhaus durch Anbringen von Fenstergittern unmöglich macht oder einen Security-Dienst mit der Überwachung des Objekts beauftragt; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 97.

⁵⁶ BGH NJW 1979, 2053 ff.

⁵⁷ Einer Rechtfertigung durch Notwehr steht hingegen nicht entgegen, dass diese Beeinträchtigung des Vermögens des Eigentümers keinen Straftatbestand erfüllt. § 248c StGB ist nicht einschlägig. Ein Angriff auf ein Individualrechtsgut war die Handlung des Einbrechers gleichwohl.

⁵⁸ Darüber hinaus kann man ein Andauern des Täterverhaltens darin sehen, dass die Aufhebung der Einsperrung durch Entfernung der Kiste unterlassen wurde.

⁵² Zur dramatischen Zuspitzung die – einem realen Fall aus den 1980er Jahren nachempfundene – Abwandlung unten 2.

⁵³ Zu einer Strafbarkeit des Eigentümers auf Grundlage eines unechten Unterlassungsdelikts unten VI.

⁵⁴ Unschädlich ist, dass der Einbrecher das Wochenendhaus bis zum Ende der Fußballübertragung nicht verlassen wollte; *Rengier* (Fn. 10), § 22 Rn. 2.

der Angriff des Einbrechers auf das Eigentum gegenwärtig. Gleichwohl darf das Vorliegen der Notwehrvoraussetzungen angezweifelt werden. In der Literatur zur Notwehr wird dies freilich bestritten. Es handelt sich hier um einen Fall, der die spezifischen Kennzeichen der Angriffsabwehr mittels automatischer Selbstschutzeinrichtungen („Verteidigungsautomaten“⁵⁹) aufweist.⁶⁰ Dass deren strafatbestandsmäßige Verwendung eventuell nicht durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte, hänge allein mit dem Notwehrmerkmal „erforderlich“ zusammen.⁶¹ Die Gegenwärtigkeit hingegen sei kein Problem. Denn der Angriff sei ja gegenwärtig, wenn die Schutz-einrichtung ihre Verteidigungswirkung entfaltet.⁶² Diese Tatsachen-Feststellung ist richtig, ihre rechtliche Validität indessen diskussionsbedürftig. Denn die entscheidende Frage ist, ob es für die Gegenwärtigkeit genügt, wenn nur Verteidigungswirkung und Angriff zeitlich zusammentreffen, nicht aber die diese Verteidigungswirkung erzeugende Verteidigungshandlung und der Angriff.⁶³ Der Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB liefert keine expliziten Hinweise zur Lösung. Diesbezüglich schon aussagekräftiger ist § 33 StGB. Der asthenische Affekt (Verwirrung, Furcht, Schrecken) muss durch den Angriff ausgelöst worden sein und die Notwehrgrenzüberschreitung veranlasst haben.⁶⁴ Letztlich ist der Angriff also eine Ursache dafür, dass der Verteidiger eine Grenze des Notwehrrechts durchbrochen hat.⁶⁵ Dieser dem § 33 StGB zugrunde liegende – neudeutsch gesprochen – „Trigger“-Effekt ist allein denkbar im Falle einer dem Angriff nachfolgenden Reaktion des Notwehrübenden. Geht die Verteidigungshandlung dem – vielleicht noch ungewissen und in Ferne liegenden – Angriff voraus, sind praktische Anwendungsfälle des § 33 StGB nicht vorstellbar. Ein antizi-

piertes Notwehrexzess ist unmöglich.⁶⁶ Vor allem fehlte in einem solchen Fall die Verantwortlichkeit des Angreifers für den Affekt beim Verteidiger. Gewiss kann man einwenden, dass dieses Muster des Notwehrfalles in § 33 StGB nicht ausschließt, von § 32 StGB auch Konstellationen erfasst zu sehen, denen wegen einer abweichenden Zeitstruktur der Anwendungsbereich des § 33 StGB verschlossen ist. Auch im Normalfall der Notwehr handelt der Verteidiger nicht immer in einem asthenischen Affekt. Also kann der Anwendungsbereich des § 32 StGB auch für Fälle aufnahmebereit sein, in denen ein solcher Affekt von vornherein ausgeschlossen ist, weil die Verteidigungshandlung bereits abgeschlossen ist, bevor der Angriff überhaupt begonnen hat. Dennoch sprechen die besseren Gründe für die Nichteinbeziehung dieser Fälle in § 32 StGB.⁶⁷ Wie die Behandlung der automatischen Selbstschutzeinrichtung in der Literatur bestätigt, ist die vom Verteidiger geforderte Anpassung seiner Abwehr an das dafür „Erforderliche“ kaum möglich, wenn der Täter bei Vollzug seiner Handlung mit keinem realen Angriff konfrontiert ist, sondern sich einen solchen nur antizipierend vorstellen kann.⁶⁸ Dass der später stattfindende Angriff sodann exakt diesem Vorstellungsbild entspricht und die vom Verteidiger antizipatorisch installierte Verteidigungsautomatik daher die Erforderlichkeits-Grenze nicht durchbricht, ist reiner Zufall und daher eher unwahrscheinlich.⁶⁹ Treffend ausgedrückt wird der funktionale Zusammenhang von Gegenwärtigkeit des Angriffs und Erforderlichkeit der Verteidigung bei *Wolfgang Frisch*:

„Welches Mittel zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, hängt einerseits von der Stärke und Massivität des Angriffs, andererseits von den für den Angegriffenen (oder den Nothelfer) in der konkreten Situation verfügbaren Verteidigungsmitteln ab.“⁷⁰

Perfekt wäre diese Erklärung, wenn sie uns auch noch darüber aufgeklärt hätte, welches die „konkrete Situation“ ist. Vermutlich meint der Autor die Situation des gerade (gegenwärtig) stattfindenden Angriffs. Wenn es auf die in dieser Situation verfügbaren Verteidigungsmittel ankommt, muss die Angriffssituation im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung bereits existieren.

⁵⁹ *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 153.

⁶⁰ Anders als in den „klassischen“ Fällen der automatischen Verteidigung wird der Verteidigungseffekt hier nicht „vom Angreifer selbst ausgelöst“; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 153; *Rönnau*, JuS 2015, 880 (881).

⁶¹ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 137; *Rosenau* (Fn. 18), § 32 Rn. 15.

⁶² *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 115; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 32 Rn. 137; *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (240); *Rönnau*, JuS 2015, 880 (882); *Spendel* (Fn. 51), § 32 Rn. 114.

⁶³ Sehr einfach machen es sich *Rönnau/Hohn*, (Fn. 18), § 32 Rn. 153, die sich mit der Aussage begnügen, dass die Gegenwärtigkeit unproblematisch sei, „wenn man für die Gegenwärtigkeit des Angriffs auf den Zeitpunkt der Verteidigungswirkung abstellt“. Mit *Otto Reutter*, Teich/Danner Nr. 260, kann man dazu nur sagen: „Alles wär’ nicht halb so schwer, wenn das Wörtchen ‚wenn‘ nicht wär.“

⁶⁴ Nach *Kindhäuser*, (Fn. 4), § 33 Rn. 20, ist der asthenische Affekt „zwar nicht notwendig, aber doch häufig die Folge eines überraschenden Angriffs.“ Das „nicht notwendig“ dürfte sich auf „überraschend“ beziehen, nicht auf „Folge“.

⁶⁵ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 33 Rn. 25; *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 18), § 33 Rn. 30, zur Ursächlichkeit des Affekts für die Notwehrüberschreitung.

⁶⁶ Wird jemand schon durch die Ankündigung eines künftigen Angriffs in Angst und Schrecken versetzt, ist bereits die Ankündigung ein Angriff, strafbar gem. § 241 StGB.

⁶⁷ Auch *Roxin/Greco*, (Fn. 26), § 15 Rn. 52, sprechen sich dafür aus, „auf den Versuch, die Problematik der Selbstschutzmechanismen mit Hilfe des Notwehrrechts zu lösen, ganz zu verzichten.“ Auf das Problem der Gegenwärtigkeit gehen die Autoren indessen nicht ein. Daher sehen sie auch nicht, wie leicht es ist, die Problematik zu lösen, ohne auf den Versuch verzichten zu müssen.

⁶⁸ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 173; *Rönnau*, JuS 2015, 880 (882); *Rönnau/Hohn* (Fn.18), § 32 Rn. 198.

⁶⁹ *Roxin/Greco* (Fn. 26), § 15 Rn. 51: „[...] schwerlich praktikabel“.

⁷⁰ *Frisch* (Fn. 4), § 4 Rn. 133.

Überhaupt keine Reflexionen stellt die Literatur an zum Zusammenhang zwischen dem subjektiven Notwehrelement und den objektiven Notwehrmerkmalen „gegenwärtig“ und „erforderlich“.⁷¹ Täte sie es, würde wohl mancher Autor wahrnehmen, dass das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements seine Sicherungsfunktion bei antizipierter Verteidigung nicht erfüllen kann. Mit „Sicherungsfunktion“ ist die auf kognitiver Erfassung der für die Rechtfertigung relevanten Tatsachen beruhende Steuerung des Täterverhaltens im Rahmen der gesetzlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen gemeint. Nur ein Täter, der diese Tatsachen wahrnimmt bzw. sich vorstellt, ist in der Lage, seine Handlung – das Verletzungspotential dieser Handlung – an ihnen zu orientieren. Eine Verteidigungshandlung so zu justieren, dass die Grenze der Erforderlichkeit nicht überschritten wird, setzt Kenntnis vom gegenwärtigen Angriff und von den zur Verfügung stehenden Verteidigungsmitteln voraus. Diese Kenntnis wiederum setzt voraus, dass das Angriffsgeschehen in dem Zeitpunkt real ist, in dem der Täter prüft, welche Verteidigung erforderlich ist und diese Handlung sodann ausführt. Ein kognitives Rechtfertigungselement zur Voraussetzung der Rechtfertigung zu erklären, ist somit sinnvoll, weil es dem durch die objektiven Grenzen des Notwehrrechts garantierten Schutz des Angreifers dient und Verteidiger, die „blind“ agieren und mit ihrer orientierungslosen Abwehraktion vielleicht glücklicherweise im Rahmen des Erforderlichen bleiben, von der Rechtfertigung ausschließen.⁷² Zudem korrespondiert das subjektive Rechtfertigungselement der beim Notwehrmerkmal „erforderlich“ gebotenen ex-ante-Betrachtung: Nicht das nachträgliche Erforderlichkeits-Urteil, sondern die ex ante getroffene Erforderlichkeits-Prognose entscheidet über die Rechtfertigung.⁷³ Eine Prognose kann aber nur ein Täter stellen, der eine Prognosebasis hat. Diese ist das Wissen um den zumindest unmittelbar bevorstehenden – im Normalfall aber schon stattfindenden – Angriff und das zur Abwehr verfügbare Instrumentarium an Verteidigungsmitteln.⁷⁴ Einem Grundstückseigentümer, der noch nie Opfer

eines Einbruchs geworden ist, aber prophylaktisch automatische Sicherungseinrichtungen installiert, dient als Prognosebasis nicht einmal die Anschauung und Auswertung eines bereits erlebten Angriffs, um auf die Erfordernisse der Abwehr gegen künftige Angriffe schließen zu können. Im Übrigen erzeugt die Behandlung der antizipierten Notwehr durch die Strafrechtslehre auch Probleme beim Umgang mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum. Die dogmatische Anlehnung an § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zwingt strenggenommen zu der Beschränkung des Irrtums auf Fälle, in denen der „Umstand“, den der Täter „bei Begehung der Tat nicht kennt“, bereits existiert.⁷⁵ Stellt sich der die Selbstschutzeinrichtung installierende Rechtsgutsinhaber einen künftigen Angriff vor, der wesentlich heftiger ist als der, der tatsächlich stattfindet, wird er sich auf einen seine Vorsatzschuld ausschließenden Irrtum über objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen berufen. Ob allerdings die Abweichung seiner prognostischen Vorstellung von dem sich später ereignenden realen Geschehen eine „Unkenntnis“ von „Umständen“ ist, erscheint fraglich und bedarf der Diskussion. Jedenfalls sollte man den Anwendungsbereich des Erlaubnistatbestandsirrtums, um diesen nicht ausufern zu lassen, auf Fälle beschränken, in denen im Zeitpunkt der zum Zwecke der Angriffsabwehr vollzogenen Handlung der Angriff bereits gegenwärtig ist oder – dann läge ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor – der Täter sich einen gegenwärtigen Angriff vorstellt. Die Erörterung der Notwehr mittels automatischer Selbstschutzeinrichtungen in Kommentaren und Lehrbüchern krankt also auch daran, dass sie das Thema zwar im Kontext „Gegenwärtigkeit“ und „Erforderlichkeit“ behandelt, den Zusammenhang mit dem subjektiven Rechtfertigungselement jedoch nicht in den Blick nimmt.

Nach allem ist folgendes Ergebnis festzuhalten: Der Angriff ist gegenwärtig, sofern der koinzidente Zusammenhang zwischen Angriff und Verteidigungshandlung besteht. Das Operieren mit automatischen Selbstschutzeinrichtungen ist daher keine Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff, sondern Vorsorge gegen einen eventuellen zukünftigen Angriff. Aus dem zukünftigen Angriff wird – entgegen der h.M. – kein gegenwärtiger Angriff, wenn – oftmals durch den Angriff ausgelöst – die automatische Selbstschutzeinrichtung ihre Verteidigungswirkung entfaltet. Zum Fall des Einbruchs in das Wochenendhaus zurückkehrend ergeben sich somit folgende Konklusionen: der Eigentümer hat sich mit dem Versperren der Schachtöffnung gegen einen Angriff gewehrt, der nicht gegenwärtig war. Als der Angriff des Einbrechers gegenwärtig geworden war, verteidigte sich der Eigentümer nicht mehr. Der oben skizzierte funktionale Zusammenhang

⁷¹ *Rönnau*, JuS 2015, 880 (884): ausreichend ist ein „potenzieller, für den Fall eines Angriffs aufschiebend bedingter Wille.“ Daran ist alles falsch. Der Wille muss real – nicht „potenziell“ – sein. „Aufschiebend bedingt“ kann ein Recht sein (vgl. § 158 BGB). Ein Wille ist etwas Tatsächliches und entweder existent oder nicht existent. Die Existenz kann nicht aufschiebend bedingt sein. Zudem übersieht *Rönnau*, dass das subjektive Rechtfertigungselement eine kognitive Komponente hat. Mit „Wille“ allein ist es nicht getan.

⁷² Diese ratio besteht allgemein, also auch bei anderen Rechtfertigungsgründen. Beispielsweise kann ein Täter kaum konform zum Willen des Rechtsgutsinhabers handeln, wenn er dessen Einwilligung nicht kennt.

⁷³ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 130; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 180.

⁷⁴ Davon geht auch *Erb*, (Fn. 11), § 32 Rn. 131, aus, der bei seiner Erläuterung der ex-ante-Prognose Umstände anspricht, die „in der Notwehrsituation schon angelegt“ sind. Die Notwehrsituation – der Angriff – muss also im Zeitpunkt der Erforderlichkeits-Prognose schon existieren. Bezeichnend ist

auch die Erwähnung der „akut zugespitzten Lage (auch bei Randnummer 162 [Zuspitzung der Lage]), die eine sekunden-schnelle Entscheidung erfordert“. Die Situation einer „antizipierten Notwehr“ kann damit ja nicht gemeint sein. Ebenso kann eine „konkrete Kampflege“ (*Erb* [Fn. 11], § 32 Rn. 164; *Rönnau/Hohn* [Fn. 18], § 32 Rn. 172) wohl nur in einem bereits begonnenen Angriff bestehen.

⁷⁵ Zum Vorsatz bzw. Irrtum über den Kausalverlauf vgl. *Vogel/Bülte*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 40), § 16 Rn. 55 ff.

zwischen subjektivem Rechtfertigungselement, Gegenwärtigkeit und Erforderlichkeit lässt sich an dem Beispiel mittels einiger Sachverhaltsergänzungen demonstrieren. Just in dem Moment, als der Einbrecher versucht, durch Kellerfenster und Schacht zu entkommen, taucht vor dem Wochenendhaus ein Jäger mit Hund und Gewehr auf. Als der Eigentümer die Kiste über den Schacht schob, war dies noch nicht vorhersehbar. Hätte der Eigentümer mit dem Versperren des Schachtes gewartet, bis der Einbrecher dazu ansetzt, durch das Fenster ins Freie zu gelangen, wäre er in der Lage gewesen zu prüfen, ob diese Maßnahme in Anbetracht des von dem Jäger zu erwartenden Nothilfe-Beistands überhaupt erforderlich ist. Oder hätte der Einbrecher bei dem Versuch, durch das Kellerfenster auszusteigen einen Schwächeanfall erlitten, wäre dem erst jetzt zur Verteidigung ansetzenden Eigentümer erkennbar gewesen, dass der Angriff auf sein Eigentum an der Whiskyflasche fehlgeschlagen und aus diesem Grund nicht mehr gegenwärtig ist. Bei der antizipierten Abwehr waren diese Entwicklungen weder sichtbar noch vorhersehbar. Folglich konnte der Eigentümer die prognostische Erforderlichkeitsschätzung seiner Abwehrmaßnahmen nicht an diesen Umständen orientieren.

2. Notwehr durch Freiheitsberaubung mit Todesfolge

Ein tatsächliches Ereignis aus den 1980er Jahren zeigte, dass die oben anhand eines ausgedachten Sachverhaltes erörterte Thematik keineswegs nur für „Lehrbuchkriminalität“ taugt, sondern mit wesentlich mehr Dramatik in der Realität Gestalt annehmen kann.

In ein Wochenendhaus in der Eifel war immer wieder eingebrochen worden, obwohl alle Türen und Fenster so stark gesichert waren, dass ein Eindringen nahezu unmöglich war. Der Einbrecher war gleichwohl in das Innere des Hauses gelangt, hatte wertvolle Sachen eingesammelt und mit diesen durch ein Kellerfenster, das sich von innen öffnen ließ, das Haus wieder verlassen. Eines Tages wurde dem Eigentümer bewusst, dass der Einbrecher nur durch den Schornstein des Kamins in das Haus gekommen sein kann. Er brachte daher im unteren Bereich des Kamins ein Eisengitter an. Daraufhin war es nicht mehr möglich den Kamin in Richtung Wohnzimmer zu verlassen. Dem ahnungslosen Einbrecher wurde diese Falle zum Verhängnis. Nachdem er im Schornstein bis auf den Boden des Kaminofens gerutscht war, versperrte ihm das Gitter den Ausweg. Im Schornstein wieder bis zu dessen Öffnung in mehreren Metern Höhe zu klettern war auch nicht möglich. Der Eigentümer suchte sein Haus erst nach drei Wochen wieder auf und fand im Kamin die Leiche des verhungerten Einbrechers.

In Rede steht hier nicht nur Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung, sondern darüber hinaus Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 4 StGB), Totschlag (§ 212 StGB) und vielleicht sogar Mord (§ 211 StGB).⁷⁶ Eine Rechtfertigung durch Notwehr ist nach der hier vertretenen Ansicht ausgeschlossen, weil der Angriff des Einbrechers nicht ge-

genwärtig war, als der Eigentümer das Eisengitter anbrachte. Die h.M. würde dieser Begründung nicht folgen, aber vielleicht dem Ergebnis zustimmen und zur Begründung möglicherweise die passenden Worte finden, um die Durchbrechung der Erforderlichkeits-Schranke überzeugend darzulegen. Naheliegend ist die Forderung, wie bei der Installierung einer lebensgefährlichen Selbstschussanlage schon beim Anbringen des Gitters ein für den Einbrecher gut sichtbares Schild mit dem lesbaren und verstehbaren Hinweis auf das im Kamin installierte Gitter anzubringen.⁷⁷ Damit hätte er einen großen Teil des Todesrisikos auf den Einbrecher abgewälzt. Wäre dieser im Kamin zu Tode gekommen, nachdem und obwohl er das Schild gesehen und die Warnung verstanden hatte, wäre eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Eigentümers auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ausgeschlossen.⁷⁸ Für den Todeserfolg mitursächlich wäre die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Einbrechers und die objektive Zurechnung des Erfolges daher ausgeschlossen. Auf Rechtfertigung durch Notwehr müsste in einem derartigen Fall nicht abgestellt werden.⁷⁹ Entscheidungserheblich wird die Notwehr somit in Fällen, in denen der Einbrecher das Schild nicht wahrgenommen oder die Warnung nicht verstanden hat, z.B. weil er der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Hat der Eigentümer mit einem nichtdeutschen Täter gerechnet und daher den Hinweis auch in Englisch und vielleicht sogar einer weiteren (osteuropäischen, arabischen) Sprache verfasst, dürfte er den Anforderungen an eine erforderliche Verteidigung gerecht geworden sein. Zum Schutz von Einbrechern, die überhaupt nicht lesen können, sollen noch bildhafte Warnhinweise hinzugefügt werden.⁸⁰ Die Todesverursachung durch aktives Tun ist dann nach der h.M. durch Notwehr gerechtfertigt. Das Interesse des Strafrechters richtet sich sodann auf den weiteren Geschehensverlauf bis zum Eintritt des Todeserfolges. Der Eigentümer könnte sich wegen eines unechten Unterlassungsdelikts, also wegen Totschlags durch Unterlassen, strafbar gemacht haben. Wie allerdings das überwiegend geforderte „System stufenweise gesteigerter Abwehrmechanismen“⁸¹ mit zumutbarem Aufwand technisch realisierbar sein soll, können wir Juristen den ihr Hab und Gut schützen wollenden Personen leider nicht verraten.

VI. Ingerenz nach Notwehrhandlung

1. Grundsätzlich keine Garantenstellung

Das Meinungsbild zur Garantenstellung aus Ingerenz im Fall einer durch Notwehr gerechtfertigten Gefahrschaffungshandlung ist im Grundsatz eindeutig: nach klar herrschender Mei-

⁷⁷ Nach *Erb*, (Fn. 11), § 32 Rn. 176, und *Müssig*, ZStW 115 (2003), 224 (244), ist ein solcher Warnhinweis nicht geboten, weil niemand darauf vertrauen darf, dass ein Eindringen in ein Haus durch den Kamin ungefährlich ist; a.A. *M. Heinrich*, ZIS 2010, 183 (193).

⁷⁸ *Rönnau*, JuS 2015, 880 (881); *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 200.

⁷⁹ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 174.

⁸⁰ *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 200.

⁸¹ *Erb* (Fn. 11), § 32 Rn. 179.

⁷⁶ Als Mordmerkmal kommt „grausam“ in Betracht; *Schneider*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 136.

nung wird der Notwehrübende nicht zum Garanten im Verhältnis zu dem von ihm verletzten Angreifer. Die ausschlaggebenden Argumente wurden bereits in der recht kurzen Entscheidung BGHSt 23, 327 treffend und klar formuliert und daran anknüpfend in der Literatur erhärtet.⁸² Der Angreiffene darf nicht schlechter stehen als ein das Geschehen lediglich beobachtender Hilfeverweigerer, der sich nur aus § 323c Abs. 1 StGB strafbar machen kann. Außerdem darf der infolge eigenen rechtswidrigen Verhaltens in die Opferrolle geratene Angreifer nicht besser stehen als ein sonstiger Verunglückter, der gegen Untätigkeit potentieller Helfer allein von § 323c Abs. 1 StGB geschützt wird. Den Wertungswiderspruch, auf den hier abgestellt wird, scheint *Rolf Dietrich Herzberg* nicht zu erkennen, da er der herrschenden Meinung vorhält, mit einem „Gefühlsargument“ zu operieren.⁸³ *Herzberg* selbst bedient sich einer gefühlsgeleiteten Sprache, wenn er der h.M. unterstellt, sie habe Hemmungen, „den gerade noch Bedrängten de facto als Retter und Schützer seines Feindes“ zu verpflichten und ihn damit vielleicht zu überfordern. Das tut die h.M. schon deswegen nicht, weil sie ja sehr wohl eine Strafbarkeit des untätig bleibenden Verteidigers aus § 323c Abs. 1 StGB befürwortet.⁸⁴ Hinzuzufügen ist noch, dass es fragwürdig wäre, wenn der Notwehrübende, der den Angreifer mit einer erforderlichen Verteidigungshandlung auf der Stelle tötet, besser stünde als der Verteidiger, der den Angreifer in die Gefahr des durch aktive Rettungsmaßnahmen noch abwendbaren Todes bringt.

Evident unerheblich ist der von *Herzberg* wiederholt vortragene Hinweis auf den Wegfall der „rechtfertigenden Gründe für das Bestehenlassen der Gefahrlage“⁸⁵ nach erfolgreicher Abwehr des Angriffs. Dieser Angriff ist dann nicht mehr gegenwärtig und ein koinzidentes tatbestandsmäßiges Verhalten des Notwehrübenden wäre nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt. Das ist richtig, soweit es um weitere aktive tatbestandsverwirklichende Handlungen geht. Aktives Tun nach Ende der Notwehrlage ist aber nicht das Thema. Ein

„Wegfall der rechtfertigenden Gründe“ kann erst nach Beantwortung der vorgelagerten strittigen Frage relevant sein, ob das Unterlassen des Notwehrübenden gem. § 13 StGB den objektiven und subjektiven Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts erfüllt. Erst nachdem dies bejaht wurde, ist auf die Rechtfertigung – deren Voraussetzungen dann tatsächlich nicht mehr erfüllt sind – einzugehen. Aber daraus, dass die Tatsachen eine Rechtfertigung zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) tragen, kann nicht die Begründung für die Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens gewonnen werden. *Herzberg*, der selbst an der einschlägigen Stelle seines Textes das „Vorverhalten“ erwähnt, scheint nicht zu erkennen, dass seine eigene – zutreffende – Feststellung nicht das „Vorverhalten“, sondern das gegenwärtige Verhalten des Notwehrübenden nach Beendigung der Notwehrsituation tangiert. Unrichtig ist auch *Herzbergs* These, die Pflicht zur aktiven Abwendung von Verschlimmerungen der durch die Verteidigung geschaffenen Notlage des Angreifers resultiere aus dem die erlaubte Verteidigung begrenzenden Erforderlichkeitskriterium.⁸⁶ Die notwehrbegrenzende Wirkung der Erforderlichkeit ist ihrerseits beschränkt auf den Vollzug der Verteidigungshandlung.⁸⁷ Das Geschehen nach der Notwehr hat mit der Erforderlichkeit nichts zu tun. Anderenfalls wäre bereits die aktive Verteidigung nicht gerechtfertigt, weil sie nicht erforderlich ist. Die rechtliche Unmöglichkeit dieser Konsequenz liegt auf der Hand: Die Nichterforderlichkeit der Verteidigung ergäbe sich rückwirkend (ex tunc) aus dem späteren Verhalten des Verteidigers. Das widerspricht der fundamentalen Koinzidenz-Regel der Straftat-Architektur: Relevant für das Urteil über Rechtswidrigkeit oder Rechtfertigung sind allein Tatsachen, die im Zeitpunkt der Tatbegehung existieren. Es gibt kein Erlaubtsein einer Tat, das – wie *Herzberg* formuliert – nur „zunächst“ Geltung hat und im Folgenden noch vom Täter verstetigt werden muss, indem er „unnötige Weiterungen abwendet“. Eine wirksame Einwilligung verliert ihre rechtfertigende Wirkung nicht infolge eines vom Rechtsgutsinhaber nach der Tat erklärten Widerrufs. Wenn die aktive Verteidigung gerechtfertigt ist, bleibt es dabei, egal wie der Notwehrübende sich anschließend dem Angreifer gegenüber verhält. Geradezu abwegig erscheint die Behauptung

⁸² *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2001, S. 180; *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 1.12.2015, § 13 Rn. 56; *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 535; *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2025, § 10 Rn. 64; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 36 Rn. 71; *J. Kretschmer*, JA 2015, 589 (592); *Murmann* (Fn. 28), § 29 Rn. 70; *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 288; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 181; *Tag*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 4), StGB § 13 Rn. 22; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2020, Rn. 617.

⁸³ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (989).

⁸⁴ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 960; *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, S. 344; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 225 Fn. 73; *Maiwald*, JuS 1981, 473 (483); *Rönnau/Hohn* (Fn. 18), § 32 Rn. 288; *Sowada*, Jura 2003, 236 (240); *Weigend* (Fn. 40), § 13 Rn. 45, Rn. 173.

⁸⁵ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (987); ähnlich, aber nicht den Notwehr-Fall betreffend *Weigend* (Fn. 40), § 13 Rn. 43a.

⁸⁶ Ähnlich *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2024, Rn. 660, die noch auf § 904 S. 2 BGB Bezug nehmen („Rechtsgedanke“) und dabei die Verschiedenheit von rechtfertigendem Notstand und Notwehr ignorieren. Bei § 227 BGB fehlt eine dem § 904 S. 2 BGB entsprechende Regelung. Zutreffend den Rechtsgedanken aus § 904 S. 2 BGB allein auf die Garantenstellung nach einer Notstandstat beziehend *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 96; *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 187. Ablehnend zur Argumentation mit § 904 S. 2 BGB *Hoven*, GA 2016, 16 (28); *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 67. Gegen die Übertragung eines „Rechtsgedankens“ aus § 904 S. 2 BGB spricht im Übrigen § 228 S. 2 BGB: Der Notwehrübende hat nicht „die Gefahr verschuldet“.

⁸⁷ *Herbertz* (Fn. 84), S. 345; *Hoven*, GA 2016, 16 (22); *Maiwald*, JuS 1981, 473 (483 Fn. 90); *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 84.

tung, eine Erfolgsabwendungspflicht des Notwehrübenden nach der Verteidigung sei Folge der schon bei Ausführung der Verteidigung bestehenden Pflicht, „Vorsicht zu üben und unnötige Verluste des Angreifers zu vermeiden“.⁸⁸ Der Notwehrübende habe seine Verteidigungsbefugnis von vornherein nur mit dieser „Auflage“ verliehen bekommen.⁸⁹ Im Gesetzestext sind für eine solche Auflage keinerlei Anhaltspunkte zu finden. Wenn der Verteidiger bei Ausführung der Abwehrhandlung die gebotene Vorsicht hat walten lassen, hat er das Notwehrmerkmal „erforderlich“ erfüllt. Was danach passiert, hat darauf keinen Einfluss mehr. Vor allem hat der Notwehrübende über die Notwehrlage hinaus keine „Pflicht“, aus der ihn „zu entlassen“ – so *Herzberg*⁹⁰ – es „widersinnig“ wäre. Die Pflicht beschränkt sich auf die Einhaltung der Erforderlichkeits-Grenze während der Verteidigungshandlung. Mit Abschluss dieser Handlung ist die Pflicht erloschen. Es gibt also nichts mehr, woraus man den Notwehrübenden „entlassen“ könnte.

2. Dauerzustand und Dauerdelikt als Ausnahmen

a) Unbegründete Behauptungen

aa) Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*

Einige Vertreter der herrschenden Meinung behaupten eine Ausnahme von der aufgestellten Regel in Fällen des durch die Verteidigung herbeigeführten „Dauerzustands“. Nach *Rudolf Rengier* besteht „weitgehende Einigkeit“ darüber, dass der Verteidiger diesen Zustand beseitigen muss, sobald der Grund für die Rechtfertigung entfallen ist. Mit Wegfall der Notwehrlage, also mit erfolgreicher und endgültiger Abwehr des Angriffs werde die „Aufrechterhaltung des Dauerzustands rechtswidrig“.⁹¹ Zu der Aussage, dass diesbezüglich „weitgehende Einigkeit“ bestehe, wird sogleich noch mit einem Streifzug durch die einschlägigen Werke ein Überblick verschafft werden (unten b). Außer dem Argument der weggefallenen Rechtfertigungsvoraussetzungen wird in dem Lehrbuch von Rengier keine weitere Begründung der These geliefert.

bb) *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2*

Auch *Claus Roxin* befürwortet eine Ausnahme von dem Grundsatz dann, „wenn eine gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung durch den Wegfall der Rechtfertigungsvoraussetzungen ihre Rechtfertigungswirkung für die Zukunft verliert“. Zwar verbindet der Autor diese Aussage explizit nur mit dem rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), veranschaulicht sie indessen mit einem Beispiel („krakeelender Betrunkener“), in dem die Rechtfertigung ohne Weiteres auf § 32 StGB gestützt werden kann.⁹² Mit dem „Verschwinden der

Notstandsvoraussetzungen“ werde „die weitere Einsperrung rechtswidrig“.

cc) *Bosch, in: Schönke/Schröder*

Eine zusätzliche Nuance fügt der auf „Dauer“ abstellenden Theorie StGB-Kommentator *Nikolaus Bosch* – sich seinem Vorgänger *Walter Stree* anschließend⁹³ – im „Schönke/Schröder“ hinzu: Die Garantenstellung entstehe „bei Herbeiführung eines Zustands, der von einem Dauerdelikt erfasst wird“. Dieses Delikt sei mit der Herbeiführung des Zustands nicht abgeschlossen. Daher müsse derjenige, der den Dauerzustand geschaffen hat, eine Garantenstellung haben, sobald der Grund für sein gerechtfertigtes Handeln weggefallen ist.⁹⁴

dd) *Murmann, Grundkurs Strafrecht*

Verwirrend sind die Aussagen, die *Uwe Murmann* in seinem „Grundkurs Strafrecht“ zur Garantenstellung eines Notwehrübenden macht. Er schreibt am Thema „Unterlassen“ und „Garantenstellung“ mit folgenden Worten vorbei:

„Allerdings ist der Verteidiger verpflichtet, eine fortwirkende Notwehrhandlung zu beenden, wenn die Voraussetzungen des § 32 StGB entfallen, etwa weil der Angriff beendet oder die Verteidigungshandlung nicht mehr erforderlich ist.“

Wahrscheinlich meint er mit „fortwirkende Notwehrhandlung“ die andauernden Folgen der Notwehrhandlung, also das, was die anderen Autoren „Zustand“ bzw. „Dauerzustand“ nennen. Eine Handlung beenden kann man nur, solange man noch nicht aufgehört hat zu handeln. Der Autor schreibt über die aktive Verteidigungshandlung, die selbstverständlich sofort beendet werden muss, wenn der Angriff nicht mehr gegenwärtig ist. Anderenfalls ist die Handlung nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt. Das ist banal und hat mit dem Ingerenz-Thema nichts zu tun. Gegenstand des Satzes ist die Unzulässigkeit eines extensiven Notwehrexzesses – dem von vielen bei asthenischem Affekt nicht einmal entschuldigende Wirkung (§ 33 StGB) zugesprochen wird – und nicht die Garantenpflichtwidrigkeit unterlassener Erfolgsabwendung. Wie schon *Herzberg* missachtet auch *Murmann* das Koinzidenzprinzip, indem er die Pflicht zur aktiven Folgenbeseitigung nach dem Ende des Angriffs als ein aus dem Erforderlichkeits-Merkmal ableitbares Gebot qualifiziert.⁹⁵

⁸⁸ *Spendel* (Fn. 51), § 32 Rn. 332: „abwegig und entschieden abzulehnen“.

⁸⁹ *Herzberg*, JZ 1986, 986 (989).

⁹⁰ *Herzberg*, JuS 1971, 74 (76).

⁹¹ *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 95.

⁹² *Roxin* (Fn. 82), § 32 Rn. 189. Dass der Betrunkene „für die Allgemeinheit gefährlich“ ist, reicht dafür freilich nicht. Aber das „Krakeelen“ kann durchaus als notwehrfähiger Angriff

auf das Wohlbefinden eines Einzelnen anerkannt werden, zumal wenn zu der Lautstärke auch noch ehrverletzende Inhalte hinzukommen.

⁹³ Zustimmung zu *Stree* bei *Eser*, Juristischer Studienkurs, Strafrecht II, 3. Aufl. 1980, 27/11.

⁹⁴ *Bosch* (Fn. 6), § 13 Rn. 36.

⁹⁵ *Murmann* (Fn. 28), § 29 Rn. 70.

b) Rechtsprechung und Literatur im Übrigen

„Weitgehende Einigkeit“ besteht zwischen den vier Autoren (im Folgenden: *Rengier u.a.*)⁹⁶, deren Bemerkungen zum Problem oben referiert wurden. Interessant ist die Stellung, die von anderen Autoren der zahlreichen StGB-Kommentare, Strafrechtslehrbücher und sonstigen Schriften genommen wird. Gerichtsentscheidungen zu der intrikaten Konstellation existieren nicht. Im Leipziger Kommentar wird § 13 StGB von *Thomas Weigend* erläutert. Bei Randnummer 45 verweist er zustimmend auf BGHSt 23, 327. Bemerkungen zu einer Ausnahme wegen Herbeiführung eines „Dauerzustands“ findet man bei Randnummer 43a in Bezug auf den Fall, dass der Täter einen anderen mit dessen befristetem Einverständnis eingesperrt hat. Nach Ablauf der vereinbarten Zeit entsteht die Pflicht zur Freilassung. Das ist zweifellos richtig, betrifft aber nicht die Situation nach rechtmäßig vollzogener Notwehrhandlung. Die Garantenpflicht beruht weder auf rechtswidrig gewordenem ursprünglich rechtmäßigem Verhalten noch auf dem Dauerzustand. Entstehungsgrund der Garantenpflicht ist schlicht die zwischen Täter und Eingesperrtem getroffene Vereinbarung. Ob *Weigend* den Ausführungen von *Rengier u.a.* zur Garantenstellung des Notwehribenden folgt, ist nicht zu erkennen, zumal in den Fußnoten nicht auf die Texte dieser Autoren Bezug genommen wird.⁹⁷ *Weigend*s Vorgänger *Hans-Heinrich Jescheck* hatte sich hingegen in der 11. Auflage des Leipziger Kommentars noch *Walter Stree*, dem Kommentator des § 13 StGB im Schönke/Schröder, angeschlossen:

„Eine Besonderheit ist bei den Dauerdelikten zu beachten: Wenn der Täter den deliktischen Zustand zunächst rechtmäßig geschaffen hat (z.B. durch Einsperren des Angreifers in Notwehr), so ist er zur alsbaldigen Beseitigung des Zustandes verpflichtet, sobald die Notwehrlage endet.“⁹⁸

Offenbar hat *Thomas Weigend* sich durch Weglassen dieser Passage von der Auffassung seines Vorgängers distanziert. Auch die Kommentierung des § 13 StGB im Nomos Kommentar von *Karsten Gaede* enthält nach kurzer Bekundung des Einverständnisses mit BGHSt 23, 327 keinerlei Andeutungen einer erforderlichen Ausnahme wegen eines Dauerzustands. Allerdings stehen einen Satz zuvor die Worte „gerechtfertigt einen Zustand geschaffen hat“ und „Fortfall der Rechtfertigung“, die uns bereits oben wiederholt begegnet sind. Der Erzeuger dieses Zustands müsse gefahrabwendend handeln. Aus der Wortwahl („gefahrabwendend“) und dem Kontext, in dem diese Textbausteine platziert sind, kann aber

geschlossen werden, dass der Autor nur Notstandsfälle (§ 34 StGB) im Blick hat und die Notwehr gerade nicht einbezieht. Das erkennt man zudem an der Einleitung des folgenden Satzes mit „Anders liegt es in Fällen, [...] ein Angreifer in Notwehr verletzt wird“.⁹⁹ Keine Befassung mit der Dauerzustands-Problematik findet sich in der Kommentierung des § 13 StGB durch *Georg Freund* im Münchener Kommentar. Der Verneinung einer Garantenstellung des Notwehribenden sind keinerlei Einschränkungen hinzugefügt.¹⁰⁰ Derselbe Befund wird erhoben beim Blick in den Kommentar Satzger/Schluckebier/Werner. *Hans Kudlich* hält dort ein entschiedenes Plädoyer für BGHSt 23, 327 und widmet sich auch der abweichenden Behandlung von Rechtfertigungsgründen, die nicht Notwehr sind. Indessen wird die Dauerzustands-Konstellation nicht aufgegriffen, auf die Texte von *Rengier u.a.* wird nicht verwiesen.¹⁰¹ „Fehlanzeige“ ist auch das Ergebnis der Recherche in den StGB-Kommentaren Dölling/Duttge/König/Rössner¹⁰², Matt/Renzikowski¹⁰³, Fischer¹⁰⁴, v. Heintschel-Heinegg¹⁰⁵ und Leipold/Tsambikakis/Zöller.¹⁰⁶

Unklar ist die Behandlung des Themas bei *Martin Heger* im Kommentar Lackner/Kühl/Heger. Ausdrücklich wird erklärt, dass Sicherungspflichten entstehen könnten, „wenn aus erlaubten Risikovorhandlungen Dauergefahren erwachsen“.¹⁰⁷ Ob mit der „erlaubten Risikovorhandlung“ auch die durch Notwehr gerechtfertigte Verteidigung gemeint ist, lässt sich dem Text nicht zweifelsfrei entnehmen. Dagegen spricht eher der Hinweis auf einen Aufsatz von *Rengier*, in dem ebenfalls die Notwehrsituation unerwähnt bleibt und als „in gerechtfertigter Weise Dauerzustände“ herbeiführende Taten nur Notstandshandlungen beschrieben werden.¹⁰⁸ Sogar ausdrücklich auf durch Notstand gerechtfertigte Gefahrschaffungshandlungen beschränkt wird die Ingerenz-Garantenstellung nach rechtmäßiger Vorhandlung im Kommentar von *Urs Kindhäuser* und *Eric Hilgendorf*.¹⁰⁹ Auf derselben Linie liegt die Kommentierung des § 13 StGB von *Hans-Joachim Rudolphi* in älteren Auflagen des Systematischen Kommentars zum StGB. Zweimal wird § 34 StGB angeführt, zur

⁹⁶ Nach der Darstellung oben ist klar, dass diese Abkürzung vorliegend nicht für Ko-Autorenschaft bezüglich eines gemeinsamen Textes steht.

⁹⁷ Die Erwähnung von „Sch[önke]/Schröder/Bosch [§ 13] R[.]n. 36“ in Fußnote 168 ist verknüpft mit dem eigenen Beispiel des vereinbarungsgemäß für begrenzte Zeit Eingeschlossenen. Eine konkludente Zustimmung zu der Notwehr-Ingerenz-These ist darin nicht zu sehen.

⁹⁸ *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 13 Rn. 33.

⁹⁹ *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 4), § 13 Rn. 45; ebenso *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 45.

¹⁰⁰ *Freund* (Fn. 11), § 13 Rn. 152.

¹⁰¹ *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 18), § 13 Rn. 24, 25.

¹⁰² *Tag* (Fn. 82), StGB § 13 Rn. 22.

¹⁰³ *Haas*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 85.

¹⁰⁴ *Fischer* (Fn. 4), § 13 Rn. 53.

¹⁰⁵ *Heuchemer* (Fn. 82), § 13 Rn. 56.

¹⁰⁶ *Gercke/Hembach*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Heger* (Fn. 8), § 13 Rn. 13.

¹⁰⁸ *Rengier*, JuS 1989, 802 (807).

¹⁰⁹ *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2020, § 13 Rn. 52.

Schaffung eines Dauerzustands durch eine gerechtfertigte Notwehrhandlung wird keine explizite Aussage gemacht.¹¹⁰

In den Lehrbüchern zum Strafrecht hat die von *Rengier u.a.* befürwortete Garantenhaftung eines Notwehrenden keinen Rückhalt. *Johannes Wessels*, *Werner Beulke* und *Helmut Satzger* gehen auf die proklamierte Ausnahme nicht ein, verweisen auch nicht in Fußnoten auf die einschlägigen Texte.¹¹¹ Dasselbe gilt für die Lehrbücher von *Frank Zieschang*,¹¹² *Dennis Bock*¹¹³, *Eric Hilgendorf* und *Brian Valerius*¹¹⁴, *Klaus Hoffmann-Holland*¹¹⁵, *Johannes Kaspar*¹¹⁶, *Urs Kindhäuser* und *Till Zimmermann*¹¹⁷ und *Udo Ebert*¹¹⁸. Eine Fußnotennotiz zu in der Literatur vertretenen Differenzierungen widmen *Hans-Heinrich Jescheck* und *Thomas Weigend* dem Thema.¹¹⁹ Sympathie, aber keine Begründung für eine Garantenstellung des Notwehrenden deuten *Jörg Eisele* und *Bernd Heinrich* an, die es „seltsam“ finden, dass der Notwehrende „nur“ wegen unterlassener Hilfeleistung und nicht wegen Totschlags und Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar sein soll.¹²⁰

Das Lehrbuch mit dem umfangreichsten Kapitel zur Garantenstellung aus Ingerenz wurde verfasst von *Georg Freund* und *Frauke Rostalski*. Demgegenüber geradezu stiefmütterlich ist das Eingehen auf den Notwehr-Fall. Der Sache nach wird BGHSt 23, 327 zugestimmt¹²¹, in einer Fußnote wird die Differenzierung bei anderen Rechtfertigungsgründen als „angemessen“ bezeichnet und auf das Lehrbuch von *Kristian Kühl*¹²² verwiesen.¹²³ Die Worte „Dauerzustand“ und „Dauerdelikt“ tauchen in dem Zusammenhang nicht auf. Auch das sehr neue und voluminöse Buch von *Wolfgang Frisch* hat einen umfangreichen Abschnitt zur Ingerenz. Der Autor behauptet – Roxin, Bosch und Murmann zitierend –, dass „nach der hM“ eine Garantenstellung auch im Anschluss an gem. § 32 StGB gerechtfertigtes Vorverhalten entstehe, sofern ein „Zustand geschaffen worden ist, der von einem Dauerdelikt erfasst wird“.¹²⁴ Ob *Frisch* dem zu-

stimmt und anhand welcher Kriterien er die „hM“ definiert, erfährt der Leser nicht. Eindeutig gegen garantenpflichtbegründende Wirkung des vom Notwehrenden geschaffenen Dauerzustands – des Eingesperrtseins – spricht sich *Bernd Heinrich* aus. Nachdem er mit dankenswerter Klarheit abgelehnt hat, zwischen Notwehr und Notstand zu differenzieren und bei letzterem eine Ingerenz-Garantenstellung anzunehmen, veranschaulicht er anhand eines Freiheitsberaubungs-Beispiels die rechtlichen Folgen der Ansicht von *Rengier u.a.* in Bezug auf „Dauerzustände“.¹²⁵ Strafbarkeit wegen unechten Unterlassungsdelikts sei nur auf Basis einer Theorie begründet, der *Heinrich* zuvor eine Absage erteilt hatte.¹²⁶ In gleichem Sinne geht *Johannes Kaspar* mit gerechtfertigtem gefahrschaffenden Verhalten des Täters um: nicht nur nach Notwehr, sondern auch nach rechtfertigendem Notstand bleibt der Täter von der Garantenstellung befreit. Eine über § 323c Abs. 1 StGB hinausgehende strafbewehrte Handlungspflicht bestehe nicht.¹²⁷ Der Begriff „Dauerdelikt“ erscheint an dieser Stelle des Lehrbuches nicht, Fußnoteninhalt sind die Äußerungen von *Rengier u.a.* ebenfalls nicht.

Zwischen Notwehr und rechtfertigendem Notstand differenzierend behandelt *Günther Jakobs* das Thema. Explizit wird der Begriff „Dauerdelikt“ genannt und anschließend erklärt, dass dieser Aspekt nur beim aggressiven Notstand garantenpflichtbegründend wirke, nicht aber bei Notwehr.¹²⁸ Im Lehrbuch von *Volker Krey* und *Robert Esser* wird auf „strittige“ Ausnahmen vom Erfordernis der Pflichtwidrigkeit aufmerksam gemacht und sodann als Beispiel ein durch Aggressivnotstand gerechtfertigtes Vorverhalten erörtert.¹²⁹ Auf das Beispiel des durch Notwehr geschaffenen Dauerzustands wird ebenso wenig hingewiesen wie – in den Fußnoten – auf die Bemerkungen von *Rengier*, *Roxin*, *Bosch* und *Murmann*. In derselben Art und Weise behandelt *Helmut Frister* in seinem Lehrbuch das Problem. Hervorgehoben wird als „Ausnahme“ vom Pflichtwidrigkeitserfordernis die Notstandstat.¹³⁰ Zur Notwehr schreibt der Autor zwei Sätze, in denen er seine Zustimmung zu BGHSt 23, 327 bekundet.¹³¹ Die vier Autorennamen tauchen in den Fußnoten nicht auf. Dasselbe trifft auf das Examens-Repetitorium von *Christian Jäger* zu, welches allein den Ausnahme-Fall der durch Notstand gerechtfertigten Gefahrschaffung zur Diskussion stellt.¹³² Lediglich durch Notstand gerechtfertigtem Vorverhalten wird garantenpflichtbegründende Wirkung im Lehrbuch von *Walter Gropp* und *Arndt Sinn* zugeschrieben.¹³³ Die Dauerzustands-These wird weder aufgegriffen noch kommentiert, deren Vertreter finden – mit Ausnahme von *Roxin* – in den

¹¹⁰ *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl. (September 2000), § 13 Rn. 40a.

¹¹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 1), Rn. 1202.

¹¹² *Zieschang* (Fn. 82), Rn. 617.

¹¹³ *D. Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 12. Kap. Rn. 55.

¹¹⁴ *Hilgendorf/Valerius*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 65.

¹¹⁵ *Hoffmann-Holland*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2015, Rn. 766 ff.

¹¹⁶ *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 64.

¹¹⁷ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 82), § 36 Rn. 71.

¹¹⁸ *Ebert* (Fn. 82), S. 180.

¹¹⁹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 4), S. 625 Fn. 53.

¹²⁰ *Eisele/Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2023, Rn. 626.

¹²¹ *Freund/Rostalski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 97.

¹²² *Kühl* (Fn. 27), § 18 Rn. 96 ff.

¹²³ *Freund/Rostalski* (Fn. 121), § 6 Rn. 97 Fn. 103.

¹²⁴ *Frisch* (Fn. 4), § 8 Rn. 111.

¹²⁵ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 962.

¹²⁶ *B. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 959.

¹²⁷ *Kaspar* (Fn. 82), § 10 Rn. 67.

¹²⁸ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 29/43.

¹²⁹ *Krey/Esser*, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1152.

¹³⁰ *Frister* (Fn. 30), § 22 Rn. 36.

¹³¹ *Frister* (Fn. 30), § 22 Rn. 35.

¹³² *Jäger* (Fn. 82), Rn. 537.

¹³³ *Gropp/Sinn* (Fn. 42), § 11 Rn. 79.

Fußnoten keine Erwähnung.¹³⁴ Der Differenzierung zwischen durch Notwehr und durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigtem Vorverhalten schließen sich *Urs Kindhäuser* und *Till Zimmermann* an.¹³⁵ Auf eine Stellungnahme zum Fall des „Dauerzustands“ oder „Dauerdelikts“ verzichten sie, auch die Autorennamen in den Fußnoten verraten, dass dazu nichts gesagt werden soll. In diesem Sinne empfiehlt *Jörg Eisele* Studierenden und Examenskandidaten die Behandlung des Problems.¹³⁶

Eine spezielle Variante der Dauerdelikts-These mit abweigerer Beispielsbildung wird in dem Lehrbuch von *Fritjof Haft* präsentiert: entstehe durch die Tat ein pflichtwidriger Dauerzustand¹³⁷, sei dessen Erzeuger nach Wegfall des Grundes für das pflichtgemäße Handeln zur Erfolgsabwendung verpflichtet. Veranschaulicht wird dieser Satz mit einem Beispiel zur mutmaßlichen Einwilligung: der Täter dringt in das Haus des Nachbarn ein und verhindert durch Abstellen des laufenden Wasserhahns eine Überschwemmung. Zur Garantenpflicht nach Notwehr äußert sich *Haft* nicht.¹³⁸ Das Beispiel geht zudem völlig an dem Thema vorbei, weil der Täter ja nicht für das Laufen des Wassers aus dem offenen Wasserhahn – also nicht für die drohende Überschwemmung – verantwortlich ist. Das gerechtfertigte Eindringen in das Haus ist nicht die Ursache für das aus dem Wasserhahn laufende Wasser. Eine Pflicht zur Verhinderung der Überschwemmung folgt allenfalls aus § 323c Abs. 1 StGB. Was der Fall also mit Ingerenz zu tun haben soll, ist rätselhaft. Zudem besteht die Beseitigung des „Dauerzustands“ (Aufenthalt im fremden Haus) nicht im Zudrehen des Wasserhahns, sondern im Verlassen des Hauses (§ 123 Abs. 1 StGB).

3. Stellungnahme zur Dauerzustands-These

a) Dauerzustand

Um die Bemerkungen von Rudolf Rengier zu verstehen, muss man zunächst ein Bild davon bekommen, was der Autor mit „Dauerzustand“ meint. Nicht gemeint sein kann der durch die Verteidigungshandlung geschaffene Zustand der geschädigten und sich (lebensgefährlich) verschlechternden Gesundheit des Angreifers. Denn ein solcher Zustand entsteht durch jede Verteidigung, die den Tatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB) verwirklicht und dabei die körperliche Unversehrtheit nicht nur vorübergehend, sondern anhaltend beeinträchtigt. Genau das ist die Situation, in der eine Erfolgsabwendungspflicht des Notwehrübenden (Abwendung einer Verschlimmerung der Gesundheitsschädigung, Abwendung des Todeserfolges) entstände, sofern der Rechtfertigung der gefahrschaffenden Handlung ihre garantenpflichthindernde Wirkung abgesprochen würde. Eine Garantenstellung aus

¹³⁴ *Gropp/Sinn* (Fn. 42), § 11 Rn. 79 Fn. 51.

¹³⁵ *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 82), § 36 Rn. 72.

¹³⁶ *Eisele*, Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil, 6. Aufl. 2021, Nr. 446 (S. 77).

¹³⁷ Kann ein Zustand „pflichtwidrig“ sein? Doch wohl nur menschliches Verhalten, das den Zustand verursacht oder nicht beseitigt.

¹³⁸ *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 188.

Ingerenz würde durch eine verletzend Notwehrhandlung stets begründet, sofern der Angreifer nicht auf der Stelle tot ist.¹³⁹ *Rengier* hätte sich also von dem Ausgangspunkt der herrschenden Meinung (oben bei Fußnote 82), der auch er zustimmt¹⁴⁰, gelöst und dem Lager der die entgegengesetzte Meinung vertretenden Autoren – wie z.B. *Herzberg* (siehe oben) – hinzugesellt. Das ist aber offensichtlich nicht seine Absicht. Mit „Dauerzustand“ muss also etwas anderes gemeint sein. Da *Rengier* als Beispiel die Einsperrung des Angreifers in einem Raum anführt, dürfte es sich beim Zustand des Eingesperrtseins um den Dauerzustand handeln. Allerdings unterscheidet sich diese Beschreibung des Zustands nicht von der, die auf den Zustand der andauernden Gesundheitsschädigung abstellt. Verschieden sind nur die betroffenen Rechtsgüter (Freiheit, körperliche Unversehrtheit), gemeinsam ist den Beschreibungen ihr Opferbezug. Vermutlich legt *Rengier* seinem Text einen engeren Begriff von „Dauerzustand“ zugrunde und zielt dabei nicht auf die andauernde Rechtsgutsbeeinträchtigung beim Angreifer (sei es Rechtsgut Fortbewegungsfreiheit, sei es Rechtsgut Gesundheit oder – wenn durch die Notwehr das vom Angreifer als Angriffswerkzeug benutzte Tier verletzt wurde (§ 303 StGB) – das Rechtsgut Eigentum), sondern auf die Maßnahmen, die der Notwehrübende zum Zwecke der Verteidigung ergreift. Deren andauernde Wirkung stellt den Dauerzustand dar. Man könnte von einer Art technischem „Verteidigungsbollwerk“ sprechen, das der Notwehrübende zur Abwehr des Angriffs errichtet und das eine den Angreifer beeinträchtigende Wirkung auch nach Beendigung des Angriffs und Beendigung der Verteidigungshandlung erzeugt. Im Beispiel von *Rengier* ist das ein „Gefängnis“. Ein hier selbst erdachtes Beispiel, bei dem nicht Einsperrung und Freiheitsberaubung den Rahmen bilden, sondern Körperverletzung, könnte so aussehen: Um einen auf sein Grundstück eingedrungenen Einbrecher zu vertreiben, stellt der Eigentümer eine laute Sirene an, die den geräuschempfindlichen Eindringling auch noch peinigt, nachdem er bereits das Grundstück verlassen und sich von diesem entfernt hat. *Rengier* würde wahrscheinlich den Grundstückseigentümer aus §§ 223, 13 StGB verurteilen, wenn er die Sirene nicht sofort nach der Flucht des Einbrechers, der einen Gehörschaden erlitten hat, abstellt.

b) Dauerdelikt

Mit dem soeben skizzierten Beispiel hätten vermutlich die Autoren Schwierigkeiten, die nicht wie *Rengier* an einen „Dauerzustand“, sondern – wie *Stree*, *Jescheck* und *Bosch* – an ein „Dauerdelikt“ bzw. den Zustand, der den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt, anknüpfen. Der geräuschempfindliche Einbrecher wurde nicht seiner Freiheit beraubt, sondern an seiner Gesundheit geschädigt. Diese Körperverletzung ist nach Ansicht derjenigen, die an der strafrechtlichen Arbeit mit dem Begriff „Dauerdelikt“ festhalten, kein Dauerdelikt, sondern ein „Zustandsdelikt“.¹⁴¹ Noch deutlicher erscheint

¹³⁹ *Mitsch* (Fn. 24), § 21 Rn. 75.

¹⁴⁰ *Rengier* (Fn. 44), § 50 Rn. 77.

¹⁴¹ *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (560): Andauern der Schmerzen macht aus der Körperverletzung kein Dauerdelikt.

die Untauglichkeit des Dauerdelikts als Abgrenzungskriterium in folgendem Fall:

Der Verteidiger schlägt den Angreifer nieder und verschließt sodann die Tür. Sehr kurze Zeit danach – weniger Zeit als für ein „Vaterunser“ erforderlich – öffnet der Verteidiger die Tür wieder. Der Angreifer kann sich trotz Verletzung langsam zu Fuß fortbewegen. Er kann gehen, aber nicht rennen. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erlangen könnte, ist 30 km entfernt.

Zweifelloso genügt zur Erfüllung des Tatbestands der Freiheitsberaubung nicht, dass das Opfer sich nur noch langsamer fortbewegen kann, als es ihm vor dem Eingriff des Täters möglich war. Daher ist die Wegnahme eines Fahrrads oder eines Kraftfahrzeugs keine Freiheitsberaubung. Die Einspernung für eine kurze Zeitspanne – weniger als ein „Vaterunser“ – ist anerkanntermaßen keine tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung.¹⁴² Der Verteidiger hat also keinen Zustand geschaffen, der den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt.

Warum der vom Verteidiger geschaffene Dauerzustand nur dann beachtlich sein soll, wenn er den Tatbestand eines Dauerdelikts erfüllt, wird von den Autoren, die diese Vokabel verwenden, nicht erklärt. Es gibt dafür auch keine Erklärung, weil es überhaupt keinen Grund gibt, zwischen Fällen mit und ohne einen Dauerzustand im oben definierten Sinne zu unterscheiden (siehe dazu noch unten d).

c) Beseitigung des Dauerzustands ohne Abwendung des Erfolges

Manche Autoren postulieren, der Verursacher des Dauerzustandes sei verpflichtet, diesen Zustand wieder zu beseitigen, sobald die Rechtfertigungslage beendet ist.¹⁴³ Der eingesperrte Angreifer muss also wieder freigelassen werden. Dabei wird offensichtlich nicht bedacht, dass es nicht allein um die Beseitigung des Dauerzustands, sondern um die Verhinderung des bei weiterem Andauern des Zustands drohenden Verletzungserfolges (z.B. Tod des Eingesperrten) geht und die bloße Beseitigung des Dauerzustands (z.B. Freilassung) oftmals nicht geeignet ist, diesen drohenden Erfolg abzuwenden. Ein einfaches Beispiel möge dies bestätigen:

Der Verteidiger stößt den Angreifer die Kellertreppe hinunter und verschließt sodann die Kellertür. Als der Verteidiger merkt, dass der Angreifer verletzt ist und ihm nicht mehr gefährlich werden kann, schließt er die Kellertür wieder auf.

- Variante 1: Der Angreifer hat sich ein Bein gebrochen und ist nicht in der Lage, sich ohne fremde Hilfe fortzubewegen.
- Variante 2: Der Verteidiger stellt dem verletzten Angreifer einen Rollstuhl zur Verfügung, mit dem er sich aus eigener Kraft ohne fremde Hilfe fortbewegen kann. Allerdings ist der nächste Ort, wo der Verletzte medizinisch versorgt werden könnte, 30 km entfernt, also unerreichbar.

- Variante 3: Schon vor der Dauer eines „Vaterunsers“ hat der Verteidiger die Tür wieder aufgeschlossen und danach dem verletzten Angreifer seinen Rollstuhl zur Verfügung gestellt.

Zu Variante 1 könnte man zunächst darüber diskutieren, ob der einschlägige „Dauerzustand“ nur bis zum Öffnen der verschlossenen Kellertür andauert oder, weil der Angreifer sich wegen seiner Verletzung nicht fortbewegen kann, auch darüber hinaus. Da es nach der Tatbeschreibung in § 239 Abs. 1 StGB gleichgültig ist, auf welche Art und Weise das Opfer seiner Freiheit beraubt wird, kann eine Körperverletzung, die das Opfer fortbewegungsunfähig macht, tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung sein. In Variante 1 hat der Notwehrübende also mit Öffnen der Kellertür zwar den Dauerzustand „technische Verteidigungseinrichtung“ bzw. „Gefängnis“ und damit die „Einsperrung“ (§ 239 Abs. 1 Alt. 1 StGB) aufgehoben, nicht aber den andauernden Zustand der Freiheitsberaubung auf sonstige Weise (§ 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Auf Grundlage der oben im Anschluss an das Beispiel bei *Rengier* formulierten engen Definition des „Dauerzustands“ hat der Verteidiger gleichwohl mit dem Öffnen der Tür diesen Zustand beseitigt. Dem verletzten Angreifer nützt das aber überhaupt nichts, ein drohender Erfolg der Verschlimmerung (Verschlechterung des Gesundheitszustands, Tod) wird dadurch nicht abgewendet.

In der Variante 2 hat der Verteidiger sogar den auf Fortbewegungsunfähigkeit des Angreifers beruhenden Zustand der Freiheitsberaubung aufgehoben. Wegnahme des Rollstuhls wäre Freiheitsberaubung, Bereitstellen des Rollstuhls hebt den Zustand der Unfreiheit also auf. Aber der drohende Erfolg einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder gar des Todes wurde dadurch nicht verhindert. In der Variante 3 fehlt sogar von Anfang an der Dauerzustand der gem. § 239 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßigen „Einsperrung“, jedenfalls wenn man dafür das Zeitkriterium für eine die Bagatellgrenze überschreitende tatbestandsmäßige Freiheitsberaubung zugrunde legt.¹⁴⁴

Aufhebung des Dauerzustands ist also nicht in jedem Fall Verhinderung des drohenden Erfolges. Sinn macht die Argumentation mit dem Dauerzustand somit nur, wenn überzeugend dargelegt werden kann, dass der Notwehrübende über die Aufhebung des Dauerzustands hinaus auch zur Abwendung des Erfolges verpflichtet ist, weil er den Dauerzustand geschaffen hat. Diese Begründung ist bis jetzt noch nicht gelungen. Sie kann auch nicht gelingen, weil es keine Gründe gibt. Erfolgsabwendung kann sogar ohne Beseitigung des Dauerzustands möglich und deshalb die geeignete Maßnahme sein. Ruft der Notwehrübende in Variante 3 einen Notarzt herbei, ist damit dem Wohl des verletzten Angreifers mehr gedient als durch die nutzlose Zurverfügungstellung des Rollstuhls.

¹⁴² *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 10), Rn. 374.

¹⁴³ *Eser* (Fn. 93), 27/11: „[...] bei Einsperren des Opfers der Täter zur Aufhebung dieses Zustands verpflichtet [...]“. Man möchte fragen: „Aufhebung dieses Zustands, mehr nicht?“

¹⁴⁴ Richtig ist, dass auch einen sehr kurze – wenige Sekunden dauernde – Einsperrung, die den objektiven Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB noch nicht erfüllt, Dauerzustand ist. Denn wo sollte es dafür eine zeitliche Untergrenze geben? Geht es um Leben oder Tod, kann es auf jede Sekunde ankommen.

d) Notlage des Angreifers ohne Dauerzustand

Die fundamentale Schwäche der Lösungsversuche mit der Figur „Dauerzustand“ ist das Fehlen einer Begründung für die pflichtbegründende Wirkung des Zustands. Vor allem gibt es keine Begründung für die Ungleichbehandlung von Angreifern, die durch die Notwehrhandlung in eine Notlage versetzt wurden, die kein „Dauerzustand“ ist.¹⁴⁵ Dabei ist – daran sei erinnert – die andauernde Verschlechterung der körperlichen Verfassung des Angreifers kein Dauerzustand im Sinne des vorliegenden Textes. Denn anderenfalls – auch daran sei noch einmal erinnert – müsste die klar herrschende Auffassung komplett aufgeben werden: der Notwehrübende würde immer – nicht nur ausnahmsweise – zum Garanten gegenüber dem von ihm verletzten Angreifer. Folgende Beispiele mit und ohne Dauerzustand sind wertungsmäßig nicht nur ähnlich, sondern gleich und widersetzen sich einer rechtlichen Ungleichbehandlung. Der Angreifer wird im Haus des Angegriffenen von diesem in Notwehr niedergeschlagen und verletzt.

- Variante 1: Weil der Angreifer immer noch gefährlich war, verschloss der Verteidiger die Tür. Wäre die Tür geöffnet gewesen, hätte sich der Angreifer trotz Verletzung fortbewegen können. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist aber 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.
- Variante 2: Die Tür ist unverschlossen. Der Angreifer könnte trotz Verletzung aus eigener Kraft das Haus verlassen und sich zu Fuß fortbewegen. Der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist aber 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.
- Variante 3: Der Angriff fand auf freiem Feld statt. Der Verteidiger schlägt den Angreifer nieder und lässt ihn liegen. Der verletzte Angreifer könnte aufstehen und fortgehen. Aber der nächste Ort, wo er medizinische Versorgung erhalten könnte, ist 30 km entfernt. Bevor er dort ankäme, wäre er verblutet.

Nur in der ersten Variante hat der Notwehrübende einen Zustand geschaffen, der bei ausreichender Dauer – länger als ein „Vaterunser“ – auch den Tatbestand der Freiheitsberaubung erfüllen würde. Die Öffnung der Tür ist aber eine Handlung, die zur Abwendung des drohenden Todeserfolges nicht ausreichend, also untauglich ist. Den Todeserfolg hätte der Notwehrübende verhindert, wenn er den verletzten Angreifer mit einem Fahrzeug selbst in das Krankenhaus gebracht oder Notarzt und Sanitäter herbeigerufen hätte. Letzteres hätte im Übrigen auch genügt, wenn der Angreifer sich beide Beine gebrochen hätte und überhaupt nicht mehr zur Fortbewegung aus eigener Kraft in der Lage gewesen wäre. Aufhebung des freiheitsberaubenden Zustands ist also einerseits nicht zur Erfolgsverhinderung geeignet, andererseits dazu auch nicht erforderlich. Auch das Leben eines weiterhin fortbewegungsunfähigen Angreifers hätte gerettet werden können.

Der Dauerzustand und seine Aufhebung kann also kein Umstand sein, von dem vernünftigerweise die Entstehung einer Garantenstellung aus Ingerenz abhängig gemacht wird. Das bestätigen die Varianten 2 und 3. Hier fehlt es von vornherein an dem Dauerzustand. Erst recht wurde keine Freiheitsberaubung begangen. Die Erfordernisse der Erfolgsverhinderung sind aber dieselben wie in Variante 1. Warum also soll nur in dieser eine Garantenstellung entstanden sein, nicht aber in den Varianten 2 und 3? Auf diese Frage gibt es keine Antwort, weil die Ungleichbehandlung schlicht falsch ist. Richtig ist: wer durch eine gem. § 32 StGB gerechtfertigte Verteidigung den Angreifer in die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung bringt, die qualitativ und/oder quantitativ über die durch die Verteidigung bereits verursachte hinausgeht, hat keine Garantenstellung zur Verhinderung dieser Rechtsgutsverletzung. Das gilt ohne Ausnahme.

VII. Schluss

Drei verschiedene Verknüpfungen von Notwehr und Dauerdelikt wurden untersucht. In allen drei Bereichen zeigte sich, dass das „Dauerdelikt“ nicht Erkenntnisgewinn fördert, sondern den Prozess der Erkenntnisgewinnung stört und in die Irre führt. Daher sollte man das Dauerdelikt aus jeglicher Befassung mit § 32 StGB einschließlich der Ingerenz-Thematik heraushalten. Darüber hinaus empfiehlt sich, in die Begründung strafrechtlicher Entscheidungen allenfalls noch im Bereich der Konkurrenzen das Dauerdelikt einzubeziehen. Im Übrigen kann man auf das Dauerdelikt verzichten und sich von ihm verabschieden.

¹⁴⁵ Sowada, Jura 2003, 236 (241); Stein/Eckstein, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 13 Rn. 40a.

Zur Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Suizidhilfe bei Handlungsunfähigen und psychisch Kranken: Ein bislang ungelöstes strafrechtliches Dilemma

Von PD Dr. Dorothea Habermann, LL.M. (San Diego), Hannover*

Die Frage, wie sich die Tötung auf Verlangen von der Beihilfe zum Suizid abgrenzen lässt, zählt zu den wichtigsten strafrechtlichen Fragen am Ende des Lebens. Wie sie bei psychisch Kranken und Personen, die sich selber nicht mehr von eigener Hand töten können, zu beantworten ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Neue höchstrichterliche Entscheidungen geben dazu Anlass, die Frage neu zu stellen und einer Antwort näherzubringen.

I. Einleitung

Die Sterbehilfe steht zwischen den beiden Polen der strafbaren Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und der straflosen bloßen Beihilfe zur Selbsttötung. Zu ihr haben der BGH und das BVerfG in den letzten Jahren richtungsweisende Entscheidungen gefällt.¹ Gemeinsam ist diesen Entscheidungen, dass sie das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Tod gestärkt haben. Der Einzelne soll einerseits in Würde, nämlich weitgehend selbstbestimmt, sterben können. Andererseits soll er sich dabei – in Grenzen, welche die Rechtsprechung immer weiter hinausgeschoben hat – der Hilfe anderer bedienen dürfen. Rechtlich geht es um die schwierige Grenzziehung zwischen strafloser Hilfe zum Sterben und strafbarer Tötung. Wo diese Grenze genau verläuft, ist eine Frage von existentieller Bedeutung. Sie geht die Sterbewilligen selbst an; entscheidet sie doch darüber, ob und wie weit sie bei ihrer Lebensbeendigung auf die Hilfe Dritter zurückgreifen können. Vor allem aber betrifft die Grenzfrage Ärzte und andere Hilfwillige, deren mögliche Strafbarkeit von der Antwort abhängt. Wie schwierig eine Einigung auf eine gemeinsame Linie in diesem Bereich ist, zeigt der Umstand, dass gerade zwei Gesetzentwürfe zur Regelung der Suizidbeihilfe im Bundestag scheiterten.²

In einem ersten Schritt wird die Abgrenzung der strafbaren Fremdtötung von strafloser Suizidhilfe vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung untersucht. Dazu werden die neuen Kriterien herausgearbeitet und kritisch bewertet. In einem zweiten Schritt wird das Thema zugespitzt und aus dem Komplex der Sterbehilfe werden zwei Fragen herausgegriffen, die am heikelsten und bislang noch am wenigsten untersucht sind.³ Zum einen: Wo verläuft bei Suizidwilligen,

die sich nicht mehr selber töten können, die Grenze zwischen strafloser Beihilfe zum Suizid und strafbarer Tötung auf Verlangen? Das betrifft die Patientengruppe der bis zum Hals Gelähmten, der unter einem schweren Grad von ALS oder unter einem Locked-in-Syndrom Leidenden, letztlich aller körperlich handlungsunfähigen Patienten, die auch unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel nicht in der Lage sind, sich selbst zu töten. Zum anderen: Wann ist die Hilfe zur Tötung von psychisch kranken Suizidwilligen strafbar? Nicht Thema des Beitrags soll hingegen die Darstellung der indirekten Sterbehilfe und des ärztlichen Behandlungsabbruchs – früher: passive Sterbehilfe – sein, da sie als zulässige Fremdtötungen keine Suizidbeihilfe darstellen und damit nicht den Kern des Themas treffen.⁴ Auf die aus dem Gesetz gestrichene geschäftsmäßige Suizidbeihilfe und die zur ihr ergangene Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung wird nur kurz eingegangen. Sie betrifft mit der geschäftsmäßigen Suizidhilfe einen besonderen Fall und nicht im Kern die Abgrenzungsfrage zwischen § 216 StGB und der Teilnahme am Suizid.⁵

den Strafgefangenen dieselben Rechte zur Hilfe beim Suizid zuerkennt wie extra mures, jedoch mit der Einschränkung, dass insb. ärztlich Dritthilfe nur geboten sei, wenn der Suizidentschluss maßgeblich „auf dem Leiden an einer medizinisch fassbaren, nicht notwendig den Tod naherückenden Erkrankung beruht“ und nicht bloße Reaktion auf den Freiheitsentzug sei. Vgl. in diesem Kontext auch *Tag/Baur*, Suizidhilfe im Freiheitsentzug – Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug, 2019.

⁴ Vgl. zur indirekten Sterbehilfe und zum Abbruch lebenserhaltender Behandlungen *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 274 ff., 283 ff.; *H. Schneider*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vorbem. § 211 Rn. 104 ff. sowie Rn. 114 ff.

⁵ Vgl. zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB a.F.): BVerfGE 153, 182 sowie unten II. 2. j). Siehe auch Deutscher Ethikrat, Suizid – Verantwortung, Prävention und Freiverantwortlichkeit, Stellungnahme 2022, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-suizid.pdf> (10.3.2025); sowie Statistisches Bundesamt, destatis, Todesursachen, Suizide: Die Zahl der Suizidversuche beträgt ca. 100.000 im Jahr. Davon führt ein Teil zum Tode. Die Zahl der vollendeten Suizide betrug 2023 10.300 Fälle, vgl.

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Todesursachen/Tabellen/suizide.html> (27.2.2025).

* Geb. *Magnus*, Privatdozentin an der Universität Hamburg.

¹ BVerfGE 153, 182; BGHSt 64, 121; 64, 135; 67, 95; BGH NSStZ 2024, 605; vgl. auch BVerwGE 158, 142 = NJW 2017, 2215.

² BT-Drs. 20/904 sowie BT-Drs. 20/7624; zu den Gesetzentwürfen zur Suizidhilfe *Neumann*, NJOZ 2021, 385.

³ Zu der wichtigen und wenig untersuchten Frage der Suizidhilfe im Strafvollzug, die allerdings nur die Gruppe der Strafgefangenen betrifft, verweist *Verf.* auf die klaren und instruktiven Ausführungen von *Hillenkamp*, in: Gächter/Baur/Godenzi/Mausbach/Michel/Staudinger (Hrsg.), *Entwicklungen im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health*, Festschrift für Brigitte Tag, 2024, S. 221 ff., der *intra mures*

II. Abgrenzung Tötung auf Verlangen von Suizidbeihilfe

1. Bisherige Rechtslage

Die h.M. grenzt die straflose Suizidteilnahme von der strafbaren einverständlichen Fremdtötung nach den Grundsätzen der Teilnahmelehre ab. Eine strafbare Tötung auf Verlangen liegt danach vor, wenn der Täter das zum Tod führende Geschehen tatsächlich beherrscht, er mithin Tatherrschaft über das todbringende Geschehen hat. Entscheidend ist dafür, ob er den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführt. Tatherrschaft hat der Täter, wenn sich das Opfer nach dem Gesamtplan zum Sterben in die Hand des anderen begibt, um dulddend von ihm den Tod entgegenzunehmen.⁶ Behält der Sterbewillige im Gegensatz dazu bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal, so tötet er sich – wenn auch mit fremder Hilfe – selbst.⁷ Ein freiwilliger Suizid liegt unter diesen Voraussetzungen nicht nur vor, wenn der Suizident selbst, sondern auch, wenn der Helfer die Ursachenreihe bewirkt hat: Solange nach Abschluss der letzten, für die Tötung erforderlichen Handlung des anderen „dem Sterbewilligen noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden, liegt nur Beihilfe zur Selbsttötung vor“.⁸ Mit anderen Worten ausgedrückt: Könnte der Suizident den zum Tod führenden Vorgang nach Abschluss der Hilfsleistungen des Helfers noch willentlich aufhalten, handelt es sich um eine für den Helfer straflose Selbsttötung des Sterbewilligen. Die Tatherrschaft liegt nach Auffassung des BGH hier noch beim Suizidenten. Hat der Suizident diese Möglichkeit nicht mehr, ist der Helfer nach § 216 StGB strafbar. Bei *mangelnder Freiverantwortlichkeit* des Suizidenten macht sich der Täter, der dies erkennt bzw. fahrlässig verkennt und dennoch den Suizid veranlasst oder unterstützt, wegen Tötung in mittelbarer Täterschaft strafbar.⁹ Mangels Ernstlichkeit ist die Privilegierung des § 216 StGB in diesen Fällen zu verneinen. In Fällen mittelbarer Täterschaft – etwa weil der Suizident nicht freiverantwortlich handelt, mangels Ernstlichkeit § 216 StGB ausscheiden und stattdessen ein Tötungsdelikt gem. §§ 211, 212 StGB bzw. § 222 StGB eingreifen müsste – setzt die Tatherrschaft voraus, dass der *Täter* Wissens- und Willensherrschaft hat. Eine solche Tatherrschaft liegt vor, wenn der mittelbare Täter den Sterbewilligen als *Werkzeug gegen sich selbst* benutzt, dadurch dass er ihn durch Zwang (z.B. Androhung weiterer Misshandlungen), Arglist (z.B. Vorspiegelung der Bereitschaft zum Doppelselbstmord), in Ausnutzung eines Irrtums (etwa über die vermeintliche Ungefährlichkeit einer tödlichen Droge oder der

scheinbaren Unheilbarkeit einer Krankheit) oder indem er den Betroffenen derart unter Druck setzt, dass er in eine vom Täter beherrschte Notlage (§ 35 StGB) gerät, dazu veranlasst, sich selbst zu töten.¹⁰ Es lässt sich mithin festhalten, dass allein die fehlende Freiverantwortlichkeit des Suizids den Suizidhelfer noch nicht zum mittelbaren Täter eines vollendeten oder versuchten Totschlags oder Mordes macht. Es handelt sich laut BGH nur um eine notwendige, nicht aber um eine hinreichende Bedingung. Vielmehr muss der Suizidhelfer auch kraft überlegenen Wissens oder Willens steuernd das Geschehen beherrschen.¹¹ Nach Teilen der Literatur kommt es darauf an, ob sich das Geschehen als Selbst- oder Fremdverfügung darstellt:

„Verbleibe dem *Getöteten* nach dem letzten Tatbeitrag des anderen noch die *freie Entscheidung* über Leben und Tod (durch Verlassen des Raumes, Zurückweisen des Bechers), so handelt es sich um bloße Suizidbeihilfe, andernfalls (so beim Schuss mit der Waffe, dem Zuziehen der Schlinge, der tödlichen Spritze) um täterschaftliche Tötung auf Verlangen.“¹²

Veranlasst, fördert oder ermöglicht ein Dritter hingegen nur die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung eines anderen, so scheidet ohne Rücksicht auf die Lauterkeit der Motive des Dritten ein Tötungsdelikt aus.¹³ Hier läge keine Täterschaft, sondern nur Teilnahme zu einer straflosen Selbsttötung vor.

Entscheidende Kriterien für die Abgrenzung sind damit die Tatherrschaft auf Seiten des Täters und die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches auf Seiten des Opfers. Das BVerfG hat ausgeführt, wann die Entscheidung zur Selbsttötung freiverantwortlich ist.¹⁴ Der Suizidwillige müsse sei-

⁶ BGH NJW 1965, 699 (701).

⁷ BGH NJW 2022, 3021 (3022) m.Anm. *Hoven/Kudlich*, NSStZ 2022, 667.

⁸ St.Rspr., vgl. BGH NJW 2022, 3021 (3022); BGHSt 64, 121 (125) = NJW 2019, 3092; 63, 161 (165) = NJW 2019, 449; BGHSt 19, 135 (139 f.) = NJW 1965, 699 („Gisela-Fall“); OLG München NJW 1987, 2940 (2941).

⁹ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), Vor § 211 Rn. 37; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 211 Rn. 22; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 211 Rn. 13 ff.

¹⁰ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), Vor § 211 Rn. 37; siehe zur mittelbaren Täterschaft allgemein *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 25 Rn. 7; siehe auch BGH NSStZ 2024, 605.

¹¹ BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23 (LG Paderborn) = NSStZ 2024, 605 (608) m.Anm. *Engländer*.

¹² *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 216 Rn. 11 (*Hervorhebungen* im Original) mit Verweis auf ebensolche Auffassung u.a. von *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, S. 227; *Roxin*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Pötz, 1993, S. 177 (185); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 164; *Ziethen*, ZIS 2007, 372; *Herzberg*, NSStZ 2004, 6; *Reyes*, ZIS 2017, 618; *H. Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 52.

¹³ BGH NSStZ 2024, 605 (607) m.Anm. *Engländer*; BGH JuS 2024, 891 m.Anm. *Eisele*; BGH JA 2024, 869 m.Anm. *Jäger*; BGH NJW-Spezial 2024, 377 m.Anm. *Beukelmann*; BGH RÜ 2024, 444 m.Anm. *Schützeberg*.

¹⁴ BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 906 (910); BVerfG NSStZ 2020, 528 m.Anm. *Brunhöber*; BVerfG MedR 2020, 563 m.Anm. *Duttge*; BVerfG JuS 2020, 580 m.Anm. *Sachs*; BVerfG JA 2020, 473 m.Anm. *Muckel*; BVerfG NZWiSt

nen Willen unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung gebildet haben. Mögliche Handlungsalternativen müssen ihm bekannt sein. Er müsse frei von unzulässigem Druck sich zur Selbsttötung entschlossen haben und seine Entscheidung müsse von Dauerhaftigkeit und innerer Festigkeit sein. Der BGH konkretisiert diese Voraussetzungen näher und verlangt, dass der Suizident über die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen und fähig sein müsse, seine Entscheidung autonom und auf der Grundlage einer realitätsbezogenen Abwägung der für und gegen die Lebensbeendigung sprechenden Umstände zu treffen.¹⁵ Ferner müsse er in der Lage sein, Bedeutung und Tragweite dieses Entschlusses verstandesmäßig zu überblicken und eine abwägende Entscheidung zu treffen, für die ihm alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte tatsächlich bekannt sein müssten.¹⁶

Wie diese Voraussetzungen aber im Einzelfall anzuwenden sind, ist in etlichen Punkten noch offen. Was bedeutet zum Beispiel ein „dauerhafter Sterbewunsch“ – ernstlicher Sterbewunsch seit zwei Tagen, zwei Wochen oder zwei Monaten? Haben Menschen mit psychischen Störungen die Fähigkeit zur Freiverantwortlichkeit? Oder ist je nach Krankheit zu differenzieren? Sind psychische Patienten ggfs. von der Inanspruchnahme von Suizidhilfe ausgeklammert? Würde die Personengruppe, bei welcher der Sterbewunsch am häufigsten auftritt, damit benachteiligt? Wie unbeeinflusst ist eine Entscheidung zur Selbsttötung, wenn etwa ältere und/oder kranke Menschen die Sorge haben, den Angehörigen zur Last zu fallen¹⁷, da diese die Kosten und Lasten der Pflege nicht übernehmen wollen oder können? Genügt die Sorgfalt, mit der Sterbehilfevereine vorgehen, um die Freiverantwortlichkeit festzustellen? Eine Studie zur Praxis der Suizidhilfe in München ergab für die Zeit zwischen 2020 und 2022, dass nur bei einem Drittel der von einem Arzt übernommenen Fälle eine gesicherte psychiatrische Diagnose vorlag, im Übrigen aber die Diagnose von einem Allgemeinarzt, Anästhesisten oder Gynäkologen getroffen wurde.¹⁸

Ein Reformgesetz zur Suizidhilfe sollte all diese Aspekte beachten, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Solange kein Reformgesetz ergeht, gelten die alten Maßstäbe fort, welche die Rechtsprechung aufgestellt hat. Hier zeigt sich in den letzten Jahren eine Tendenz, die Strafflosigkeit der Suizidhilfe auszudehnen.

2020, 386 m.Anm. *Neumann*; BVerfG JZ 2020, 627 m.Anm. *Hartmann*; siehe auch BVerfGE 128, 282 (301) = NJW 2011, 2113.

¹⁵ BGH NStZ 2024, 605 (607); siehe auch BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092 (3093); BGHSt 64, 135 = NJW 2019, 3089 (3090).

¹⁶ BGH NStZ 2024, 605 (607); BGH NStZ 2011, 340; BGH NJW 2000, 2286; BGH NJW 1981, 932.

¹⁷ Vgl. zu diesem Motiv *Jox*, in: *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing* (Hrsg.), *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft*, 2017, S. 51 (54) m.w.N.

¹⁸ *Gleich/Peschel/Graw/Schäffer*, *Rechtsmedizin* 34 (2024), 24.

2. Rechtslage nach den jüngsten (höchstrichterlichen) Entscheidungen

a) Berliner Verfahren

Der BGH bestätigte 2019 den Freispruch des LG Berlin gegenüber einem Hausarzt, der seiner Patientin half, zu sterben.¹⁹ Die 44-jährige Frau litt seit ihrer Jugend an einer nicht lebensbedrohlichen, aber starke krampfartige Schmerzen verursachenden Erkrankung und hatte bereits mehrere Selbsttötungsversuche unternommen. Auf ihren Wunsch besorgte der Hausarzt ihr tödliche Medikamente, die sie selbstständig in Abwesenheit des Arztes einnahm. Der Sterbeprozess dauerte zweieinhalb Tage. Während dieser Zeit betreute der Arzt die Bewusstlose wie von ihr zuvor gewünscht durch mehrere tägliche Hausbesuche medizinisch, um Schmerzen und Erbrechen im Endstadium zu vermeiden, leistete aber absprachegemäß keine Hilfe zur Rettung ihres Lebens. Der BGH sah in der Bereitstellung der Medikamente nur eine straflose Beihilfe zur Selbsttötung. Der Sterbewunsch sei eigen- und freiverantwortlich gewesen. Er habe auf einer im Laufe der Zeit entwickelten, bilanzierenden „Lebensmüdigkeit“ beruht und sei nicht Ergebnis psychischer Störungen gewesen. Auch die unterlassene Rettung nach Eintritt der Bewusstlosigkeit sei straflos. Die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts habe den behandelnden Hausarzt grundsätzlich von seiner Pflicht zur Rettung des Lebens seiner Patientin entbunden. Das Selbstbestimmungsrecht stehe zudem einer Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung entgegen. Die mögliche Verletzung von ärztlichem Berufsrecht, das eine Hilfe zur Selbsttötung von Ärzten nicht vorsieht, sei für die Strafbarkeit nicht von Relevanz.

b) Hamburger Verfahren

Im selben Jahr bestätigte der BGH den Freispruch des LG Hamburg gegenüber einem Sterbehelfer, der zwei Frauen über 80 Jahren auf ihren bewusstseinsklaren und bilanzierenden Wunsch, aus dem Leben zu scheiden, half.²⁰ Die beiden hochbetagten Frauen besaßen spätestens seit dem Jahr 2010, in dem sie auch eine Patientenverfügung verfassten, den Wunsch, zu sterben, da sie wegen ihres sich verschlechternden Gesundheitszustandes befürchteten, nicht mehr füreinander sorgen zu können. Sie regelten alle ihre Angelegenheiten und meldeten sich 2012 bei einem Sterbehilfeverein an, um mit dessen Hilfe aus dem Leben zu scheiden. Der angeklagte Arzt, der im Auftrag des Vereins ein Gutachten über die psychische Gesundheit der beiden Frauen schrieb, attestierte ihnen uneingeschränkte Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Am Tattag Ende 2012 zerkleinerten die beiden Frauen mit Hilfe des

¹⁹ BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18 = BGHSt 64, 135 = NStZ 2019, 666 m.Anm. *Sowada*; BGH JuS 2020, 82 m.Bespr. *Hecker*; BGH JZ 2019, 1046 m.Anm. *Engländer/Hillenkamp*; LG Berlin NStZ-RR 2018, 246.

²⁰ BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092 m.Bespr. *Kubiciel*, NJW 2019, 3033; BGH JA 2019, 86 m.Anm. *Kudlich*; BGH FamRZ 2019, 1810 m.Anm. *A. Schneider*; BGH GuP 2019, 228 m. Anm. *Razzaghi*; BGH MedR 2020, 120 m.Anm. *Spittler*.

Arztes die Medikamente Chloroquin und Diazepam, lösten sie jeweils in einem Glas Wasser auf und tranken dieses selbstständig. Ihr Sterbewunsch war bis zum letzten Augenblick eindeutig und fest. Der Angeklagte verweilte bei den beiden Frauen bis sie nach einer Stunde gestorben waren, und leitete – wie vorher vereinbart – keine Rettungsmaßnahmen ein. Das LG Hamburg sprach den Angeklagten vom Vorwurf der versuchten Tötung auf Verlangen durch Unterlassen sowie wegen Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch frei. Es läge eine eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung vor, die nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts erfülle. Der BGH bestätigte den Freispruch und verwarf die Revision der Staatsanwaltschaft, die auf eine Strafbarkeit wegen (gemeinschaftlichen) Totschlags in mittelbarer Täterschaft durch Unterlassen gerichtet war.²¹ Zum einen hätte eine Rettungshandlung des Angeklagten nicht mit der erforderlichen an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt. Zum anderen sei der Arzt mangels Übernahme der ärztlichen Behandlung kein Beschützergarant für das Leben der Frauen gewesen und auch eine Garantenstellung aus Ingerenz sei abzulehnen, da das LG nicht nachweisen konnte, dass der Angeklagte die Medikamente besorgt hatte. Zudem sei angesichts des Suizidwunsches, der nicht Ausdruck einer bloßen depressiven Augenblicksstimmung, sondern von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit gewesen sei, ein pflichtwidriges Verhalten des Arztes abzulehnen. Die Sterbewilligen hätten den Tod nicht dulddend aus der Hand eines Dritten empfangen, sondern selbst die todbringende Handlung (das Einnehmen der in Wasser aufgelösten Medikamente) vorgenommen und somit sich selbst getötet, wenn auch mit fremder Hilfe.²²

c) Bewertung des Berliner und Hamburger Verfahrens

Die Entscheidungen verdienen Zustimmung. Sie stärken das Selbstbestimmungsrecht von Patienten und zeigen eine Tendenz zur Entkriminalisierung von ärztlicher Suizidbegleitung. Allerdings versäumt es der BGH, die unglückliche Wittig-Entscheidung von 1984²³, die auf den viel kritisierten²⁴ Tatherrschaftswechsel abstellte und die er in seinen Entscheidungen zum Berliner und Hamburger Verfahren zitiert, ausdrücklich aufzugeben. Im Wittig-Fall hatte eine ältere Frau nach dem Tod ihres Mannes Peter mehrfach ihren Sterbewunsch gegenüber ihrem Hausarzt Dr. Wittig geäußert. Als Dr. Wittig zu einem Hausbesuch kam, fand er die Frau bewusstlos vor, leere Tablettenschachteln von ihm verschriebenen Medikamenten und ein Papier lagen auf ihrem Nachttisch, auf das sie geschrieben hatte, sie wolle keine Rettungsmaßnahmen, sondern Erlösung und zu ihrem verstorbenen Mann Peterle. In dieser Anordnung hatte sie deutlich gemacht, dass

sie von dem Moment an, in dem ihr Arzt sie vorfinde, keine Lebensrettung mehr wolle. Dr. Wittig ordnete sich diesem Wunsch unter und blieb am Bett der Patientin, bis sie starb. Obgleich der BGH Dr. Wittig freisprach, da eine Lebensrettung wegen der mittlerweile eingetretenen irreparablen Schäden unzumutbar war, sah er gleichwohl die grundsätzliche Pflicht des Arztes begründet, einen Patienten zu retten, wenn er ihn nach Einnahme eines tödlichen Medikamentes bewusstlos vorfinde. Denn mit Eintritt der Bewusstlosigkeit gehe die Tatherrschaft vom Suizidenten auf den Garanten über. Diese Entscheidung hat zu dem widersinnigen Ergebnis geführt, dass es zwar erlaubt sei, einem Suizidwilligen den Strick zu reichen; hänge sich dieser damit aber auf und werde bewusstlos, müsse man ihn sofort abschneiden, um nicht selbst bestraft zu werden. Erst recht hatte das nach der Entscheidung von 1984 zu gelten, wenn der Arzt die Tötungshandlung vorgenommen, also bspw. das tödliche Mittel injiziert hatte. In beiden Konstellationen liege nach der BGH-Rechtsprechung strafbare Tötung auf Verlangen (durch Unterlassen bzw. durch aktives Tun) vor.

Im seiner Entscheidung zum Berliner Verfahren sieht der BGH einen Unterschied zum Wittig-Fall darin, dass ein Tötungsdelikt durch Unterlassen ausscheide, weil mit der Vereinbarung einer bloßen Sterbebegleitung die Garantenstellung als Hausarzt beendet, im Wittig-Fall hingegen keine abschließende Abrede über Fortbestand und Art des Arzt-Patienten-Verhältnisses getroffen worden sei. Der BGH macht die Strafbarkeit der ärztlichen Suizidbegleitung wegen eines Tötungsdeliktes durch Unterlassen damit davon abhängig, ob Arzt und Patient eine „Sterbebegleitungsabrede“ getroffen haben. Fehle eine solche, wie im Wittig-Fall, bleibe die Garantenpflicht weiter bestehen und eine Strafbarkeit weiter möglich.

Das überzeugt nicht. Wie eine solche Abrede über die Nichterhaltung des Rechtsgutes Leben vor dem verfassungsrechtlichen Lebensschutz Bestand haben können soll, ist ebenso fraglich wie die Frage, wie eine solche Abrede zu beweisen sein soll, gerade, wenn sie nur mündlich erfolgte und eine der beiden Parteien tot ist.²⁵ Auch die Differenzierung zwischen dem Berliner Verfahren und der Wittig-Entscheidung ist nicht überzeugend. Denn auch im Wittig-Fall hatte die Suizidentin auf ein Papier, das sie auf den Nachttisch gelegt hatte, geschrieben, dass sie keine Rettungsmaßnahmen, sondern Erlösung und zu ihrem verstorbenen Mann Peterle wolle. In dieser Anordnung hat sie deutlich gemacht, dass sie von dem Moment, in dem ihr Arzt sie vorfinde, keine Lebensrettung mehr wollte. Dadurch hat die Patientin, deren Sterbewunsch unzweifelhaft freiverantwortlich war, ihren Arzt von der Garantenpflicht befreit.

In seiner Entscheidung zum Hamburger Verfahren grenzt der BGH zur Wittig-Entscheidung insoweit ab, als der Angeklagte nicht kraft Übernahme der ärztlichen Behandlung für das Leben der beiden Frauen verantwortlich gewesen sei. Denn es habe – anders als in der Wittig-Entscheidung²⁶ – zwischen den Beteiligten kein Arzt-Patientinnen-Verhältnis bestanden, sodass dem Arzt keine Beschützergarantenstel-

²¹ Das Tatgeschehen ereignete sich vor Inkrafttreten des 2020 für verfassungswidrig erklärten § 217 StGB.

²² BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092 (3093).

²³ BGHSt 32, 367 = NJW 1984, 2639; siehe dazu *Magnus* (Fn. 4), S. 252 ff.

²⁴ Siehe zum Streitstand mit weiteren Nachweisen *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 8 Rn. 11 ff.; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 13), Rn. 49 ff.

²⁵ Siehe *Windsberger*, JM 2019, 477 (481).

²⁶ BGHSt 32, 367 (377 f.) = NJW 1984, 2639.

lung für ihr Leben zukam.²⁷ Ob die von Sterbevereinen eingesetzten Ärzte, die den Vollzug des Suizides begleiten, per se keine Beschützergarantenstellung (auch nicht kraft faktischer Übernahme) haben, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls hatte sich der Arzt dem selbstbestimmten und eigenverantwortlich umgesetzten Sterbewunsch unterzuordnen, sodass eine Hilfspflicht nicht bestand.²⁸ Wie in der Wittig-Entscheidung schied auch eine Strafbarkeit aus unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB aus: Nach Eintritt der Bewusstlosigkeit und den zu erwartenden irreparablen Hirnschäden durch die Medikamente war es dem Arzt nicht mehr zumutbar, Rettungsbemühungen einzuleiten, deren Erfolgchancen äußerst gering gewesen wären. Das entspricht der Begründung, die der BGH auch im Wittig-Urteil gegeben hatte.²⁹ In der Hamburger Entscheidung eine Abkehr von der Wittig-Entscheidung zu sehen³⁰ steht in Widerspruch zu dem Umstand, dass der *Senat* eine Vorlage an den *Großen Senat für Strafsachen* nach § 132 Abs. 3 GVG mit Blick auf das Wittig-Urteil für nicht erforderlich hielt, da „angesichts dessen, dass bei einer ‚Rettung‘ der Frauen – ebenso wie dort – schwerste Hirnschäden zu erwarten gewesen wären, im Ergebnis keine Divergenz iSd § 132 III 1 GVG vorliegt“.³¹

Das Berliner und das Hamburger Verfahren werfen die weitere Frage auf, ob andere Garanten – etwa Angehörige aus Gesetz oder Garanten aus Ingerenz – eine Sterbebegleitungsabrede im oben beschriebenen Sinne ebenfalls treffen müssen. Kann die Garantenstellung dann auch in diesen anderen Fällen abbedungen werden? Führt diese Rechtsprechung nicht letztendlich dazu, dass ein Angehöriger einen Sterbewilligen zwar im Ausführungsstadium begleiten darf, dann aber schnell den Raum verlassen muss, um einer strafrechtlichen Ahndung zu entgehen, und „deshalb den Sterbewilligen vereinsamt aus dem Leben scheiden lassen [muss]? Oder hat er in diesem Moment bereits zur Tötung auf Verlangen durch Unterlassen unmittelbar angesetzt?“³² Wie der BGH in einem

Angehörigen-Fall entschieden hat, zeigt die drei Jahre nach den Berliner und Hamburger Urteilen ergangene Insulinspritzen-Entscheidung.

d) Insulinspritzen-Fall

So hatte der BGH nach dieser ersten Öffnung im sog. Insulinspritzen-Fall von 2022 eine Sterbehelferin freigesprochen.³³ Im „Insulinspritzen-Fall“ hatte ein schwerstgeschädigter, aber bewusstseinsklarer Mann von seiner Frau verlangt, alle im Haus vorhandenen Tabletten zu holen, da er diese einnehmen und sterben wolle. Zudem sollte sie ihm auch alle vorhandenen Insulinspritzen setzen, um sicher auszuschließen, dass er nicht aufwache und „nicht als Zombie wiederkomme“. Nachdem der Mann alle Tabletten selbst eingenommen hatte, injizierte ihm seine Frau das Insulin, wie sie dies als gelernte Krankenschwester schon über Jahre gemacht hatte. Dadurch wurde kausal der Tod herbeigeführt. Zur eigenen Setzung der Spritzen war der Mann wegen starker Arthrose nicht mehr in der Lage. Allerdings hing es vom Zufall ab, ob das Insulin oder die Tabletten zuerst den Tod verursachten. Nachdem die Ehefrau das Insulin verabreicht hatte, war ihr Mann noch einige Zeit bei Bewusstsein, forderte sie aber nicht auf, Rettungsmaßnahmen einzuleiten oder Rettungskräfte herbeizuholen, sondern verstarb wie von Anfang an von ihm beabsichtigt. Der BGH nahm – anders als das LG – keine Tötung auf Verlangen an, sondern sprach die Ehefrau frei, weil es sich lediglich um bloße Beihilfe zum Suizid handle. Ob eine strafbare Tötung auf Verlangen oder eine straflose Suizidhilfe vorliege, sei auf der Grundlage einer normativen Bewertung des Gesamtgeschehens zu beurteilen. Hier sei das gesamte Tötungsgeschehen vom ausgedrückten Sterbewunsch über die Planung, die Einnahme der Tabletten, die Bitte um Hilfe und den Verzicht auf Rettungsmaßnahmen nach Ende der Insulingabe vom Suizidenten beherrscht worden. Obgleich als Ehefrau grundsätzlich garantenpflichtig, hätten der freiverantwortlich erklärte Sterbewille und das zum Ausdruck gebrachte Verbot, ärztliche Hilfe zu holen, zu einer Suspendierung der dem Ehepartner obliegenden Beschützergarantenpflicht in dieser Situation geführt.

e) Bewertung der Insulinspritzen-Entscheidung

Diese Entscheidung des BGH ist wegweisend. Sie weicht in mehreren Punkten von der bislang herrschenden Meinung ab. Zum einen bricht der BGH mit der vorherrschenden Literaturmeinung, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Sterbehelfers käme nur in Betracht, wenn er das Geschehen in höherem Maße beherrsche als der Suizident.³⁴ Durch die Straflosigkeit der Ehefrau im Insulinspritzen-Fall, die wegen ihrer Herrschaft über den todbringenden Akt nach herrschender Literaturmeinung Täterin sein müsste, distanziert der BGH

²⁷ BGH NJW 2019, 3092 (3094); siehe auch BGH NJW 1983, 350 (351).

²⁸ BGH NJW 2019, 3092 (3095); siehe dazu *Kudlich*, JA 2019, 867 (869).

²⁹ BGH NJW 1984, 2639 (2642).

³⁰ So behauptet *Razzaghi*, GUP 2019, 229, zu Unrecht, dass der BGH seine „veralterte“ Rechtsprechung im Fall Wittig mit der Entscheidung zum Hamburger Verfahren aufgegeben habe. Siehe hingegen bereits *Hillenkamp*, MedR 2018, 379, zur Frage der Strafbarkeit eines Arztes aufgrund einer Suizidbegleitung und ob die Wittig-Entscheidung fällt.

³¹ BGH NJW 2019, 3092 (3096) mit Verweis auf BGH NJW 1994, 2034 (2035); BGHSt 43, 53 (58) = NJW 1997, 2689; siehe auch *Feilcke*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, GVG § 132 Rn. 4; *Franke*, in: Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Großkommentar, Bd. 4/1, 27. Aufl. 2021, GVG § 132 Rn. 6; *Cierniak/Pohlitz*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, GVG § 132 Rn. 12.

³² *Windsberger*, JM 2019, 477 (481).

³³ BGHSt 67, 95 = NJW 2022, 3021 m.Anm. *Grünwald*; BGH NSTz 2022, 663 m.Anm. *Hoven/Kudlich*; BGH JA 2022, 870 m.Anm. *Jäger*; BGH MedR 2023, 218 m.Anm. *Saliger*; BGH JuS 2022, 1073 m.Anm. *Hecker*; BGH JZ 2022, 1113 m.Anm. *Franzke/Verrel*.

³⁴ *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 6), Vorbem. zu §§ 211–217 Rn. 54; *ders.*, JA 1987, 246 f.

sich von dem so verstandenen Kriterium der Tatherrschaft. Stattdessen legt er das Kriterium normativ aus und fasst damit auch Fälle unter das Kriterium, in welchen die Tatherrschaft phänomenologisch nicht mehr gegeben ist. Auch die Literaturauffassung, nach welcher der Sterbewillige die Herrschaft über den todbringenden Akt behalte, „wenn es von seiner Mitwirkung abhängt, ob die Handlung des anderen den tödlichen ‚Erfolg‘ herbeiführt oder aber ‚fehlschlägt‘“³⁵, weicht der BGH insoweit auf, als er keine aktive Mitwirkung mehr fordert, sondern Untätigkeit, mithin passives Geschehenlassen ausreichen lässt.

Zum anderen rückt der BGH faktisch von der Lehre vom Tatherrschaftswechsel und der umstrittenen Wittig-Entscheidung von 1984 ab, ohne sie jedoch ausdrücklich aufzugeben. In dem Insulinspritzen-Fall von 2022 sieht der BGH die kausale aktive Tötung durch die Ehefrau weder als Fall des § 216 StGB an noch nimmt er hier eine „Quasi-Mittäterschaft“ an. Die später eintretende Bewusstlosigkeit des Ehemannes begründe auch keinen Tatherrschaftswechsel, der die Garantin verpflichte, Rettungsmaßnahmen zu ergreifen wie noch im Wittig-Fall. Da der Mann nach der Gabe des Insulins bei Bewusstsein war und, wenn auch passiv, in der Gefahrensituation verharret habe, sei die Tatherrschaft nicht auf die Ehefrau übergegangen.³⁶ Der geäußerte, freiverantwortliche Sterbewunsch suspendiere sowohl die Garantienpflicht aus der Stellung als Ehegattin als auch aus Ingerenz durch das pflichtwidrige Vorverhalten der Gabe einer tödlichen Menge Insulin. Der BGH erklärte die Ehefrau deshalb für straflos. Nimmt der Suizident wie im Insulinspritzen-Fall selbst Tötungshandlungen vor und sichert er den Eintritt des Todes weiter ab, indem er sich zusätzlich der Hilfe Dritter bedient, so liegt der Schwerpunkt nach Auffassung des Gerichts auf der Selbsttötung. Es handelt sich nicht um eine Fremdtötung.

Es drängt sich bei einer Bewertung der Entscheidung die Frage auf: Hätte der BGH ebenso entschieden, wenn der Sterbewillige nicht auch selbst Tabletten eingenommen hätte, sondern sich nur das Insulin von seiner Frau hätte spritzen lassen? Wäre dann nicht direkt der Tatbestand der Tötung auf Verlangen einschlägig? Die Frau hätte dann ihren Mann auf dessen ernsthaften und ausdrücklichen Wunsch hin getötet. Nimmt man § 216 StGB ernst, so wäre dies das Ergebnis. Dann würde aber die Strafbarkeit mit dem Mitwirken des Opfers an dem „arbeitsteilig durchgeführten Suizid“ stehen und fallen. Allein die Unterordnung unter den Suizidwunsch des Sterbewilligen reicht noch nicht aus. Solange der Sterbewillige objektiv an seinem Tod mitwirken kann, ist es auch gleichgültig, welche Handlung – die seine oder die des Helfers – den Tod herbeiführt. Denn auch im Insulinspritzen-Fall hing es nur vom Zufall ab, welches Medikament (die Tabletten oder das Insulin) den Tod schneller bewirkte. Es ist dann nicht – wie jahrelang noch von der Rechtsprechung angenommen wurde – der letzte Tötungsakt in den Blick zu nehmen, sondern das gesamte Tötungsgeschehen. Auch stellt sich die Frage, ob der BGH die in diesem Urteil aufgestellten Grund-

sätze nur in Fällen gelten lassen will, die der Sicherung des Gelingens des Suizidversuchs dienen³⁷, oder auch in anderen Sterbehilfekonstellationen. Wegen der generellen Geltung der Grundsätze, die der BGH aufstellt und der nunmehr normativen statt phänomenologischen Betrachtung des Tötungsgeschehens, ist wohl von letzterem auszugehen. Damit wäre eine Straflosigkeit in Fällen anzunehmen, in denen der Tatbeitrag des Suizidhelfers, den Tod nicht nur sichern, sondern auch herbeiführen soll.

Während die Ausdehnung der straflosen Suizidbeihilfe und die faktische Abkehr von der Lehre vom Tatherrschaftswechsel zu begrüßen sind, birgt die Entscheidung auch Gefahren. Wollte man für das Erlöschen der Garantienstellung es allein ausreichen lassen, dass Suizident und Garant vereinbart haben, keine Lebensrettungsmaßnahmen einzuleiten, wie ließe sich das beweisen? Was ist, wenn die Garantin, also hier die Ehefrau, einfach behauptet, ihr Mann habe von ihr die Tötung verlangt und auf jede Lebensrettung verzichtet? Wie ließe sich das nachweisen, jetzt wo der Mann tot ist? Die Missbrauchsgefahr liegt auf der Hand und eröffnet Möglichkeiten unter dem Deckmantel der barmherzigen Hilfe beim Sterben, einen verdeckten Mord zu begehen, etwa um sich des zur Last gefallen Ehepartners zu entledigen oder um als Angehöriger schneller an das Erbe zu gelangen.

f) Zweiter Berliner Fall (2024)

Ein weiteres Verfahren vor dem Berliner LG betraf die Suizidhilfe gegenüber einer psychisch kranken Patientin. Ein Arzt verhalf einer 37-jährigen depressiven Patientin in den Freitod, obgleich sie am selben Tag in ihrem Sterbewunsch – wohl noch – geschwankt hatte.³⁸ Der 74-jährige pensionierte Hausarzt, der mit einer Sterbehilfeorganisation zusammenarbeitete, hatte der Studentin der Veterinärmedizin, die an Depressionen litt, gleich zweimal Medikamente zum Suizid besorgt. Antrieb war für ihn die Sorge, die Studentin würde sich ohne professionelle Hilfe in den Brutalsuizid stürzen. A Ihren Sterbewunsch hatte sie ihm über Jahre bekräftigt. Es gab bereits einen ersten Versuch im Juni 2021. Damals hatte er ihr Tabletten mit dem Wirkstoff Chloroquin besorgt. Die Frau erbrach diese jedoch nach der Einnahme und überlebte. Daraufhin wurde sie zunächst in ein Krankenhaus eingeliefert und anschließend in einem geschlossenen psychiatrischen Krankenhaus untergebracht. Knapp einen Monat später, nach ihrer Entlassung aus der Psychiatrie, kontaktierte sie den Hausarzt erneut und traf ihn in einem Hotelzimmer in Berlin-Lichterfelde. Dort legte der Mediziner der Frau eine Infusion mit einer tödlichen Dosis des Medikaments Thiopental Inresa. Die Frau setzte die Infusion selbst in Gang und starb wenige Minuten später. Das Landgericht Berlin verurteilte den Arzt wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Der Hauptvorwurf bestand darin, dass der Arzt der Frau zum Tode verholfen habe, obwohl ihre Entscheidung nicht zweifelfrei freiverantwortlich war. Denn noch am

³⁵ Neumann (Fn. 35), Vorbem. zu §§ 211–217 Rn. 55.

³⁶ Siehe ähnliche Begründung des BGH zum sog. Gashahn-Fall des RG (JW 1921, 579), BGHSt 19, 135 (140).

³⁷ Nur für Fälle, die der Sicherung des Gelingens des Suizidversuchs dienen Neumann (Fn. 35), Vorbem. zu §§ 211–217 Rn. 58a ff.

³⁸ LG Berlin, Urt. v. 8.4.2024 –540 Ks 2/23.

Todestag schwankte sie in ihrem Sterbewunsch. So hat sie noch am Morgen des Tattages binnen einer halben Stunde ihre Meinung geändert und schrieb um 9:30 Uhr eine Nachricht an den Arzt: „Es soll wohl weitergehen für mich“, um 9:58 Uhr dann: „Am liebsten noch heute.“ Ihr habe daher, so die Kammer, die erforderliche Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Sterbewunsches gefehlt.

g) Bewertung des zweiten Berliner Falls

Die Berliner Entscheidung von 2024 zeigt die Grenzen auf, wo die Strafflosigkeit der Suizidhilfe endet und die Strafbarkeit wegen eines Tötungsdeliktes beginnt. Die Tötung eines anderen durch diesen selbst ist als mittelbare Täterschaft strafbar, wenn der Sterbewunsch nicht freiverantwortlich, mithin nicht dauerhaft, fest und selbstbestimmt ist. So plausibel diese Begründung ist, so schwierig ist es jedoch, im Einzelfall festzustellen, wann noch und wann nicht mehr ein Sterbewunsch freiverantwortlich ist. Denn nicht jede Depression führt zum Ausschluss der Freiverantwortlichkeit. Steht die Freiverantwortlichkeit in Frage, darf weder ein Arzt noch ein Dritter Suizidhilfe leisten. Der zweite Berliner Fall macht deutlich, dass selbst bei 999 Versicherungen des Suizidwilligen, sterben zu wollen, ein einziger Zweifel den Sterbewunsch in Frage stellt. Das Landgericht setzt die Schwelle für den dauerhaften Sterbewunsch mithin hoch an. Bereits geringfügige Zweifel an der Festigkeit des Sterbewunsches schließen die Dauerhaftigkeit aus. Sachverständig dürfte nur ein Psychiater die Freiverantwortlichkeit einschätzen können und auch dann verbleiben noch gewisse Zweifel an der Endgültigkeit der Entscheidung, die nur durch längeren Zeitablauf, in dem der Sterbewunsch unverändert und ohne Schwankungen bestehen bleiben muss, reduziert werden können. Das Kriterium der Tatherrschaft hingegen hatte das Landgericht nur in mittelbarer Form bejaht. Zwar habe der Hausarzt die Infusion mit dem tödlichen Medikament gelegt. Doch habe die Patientin selbst den Hahn geöffnet, durch den das Medikament floss und damit die Herrschaft über den todbringenden Moment gehabt. Eine unmittelbare Tötung seitens des Hausarztes schied damit aus. Es blieb aber Raum für eine Tötung in mittelbarer Täterschaft, da der Arzt die Tat durch die Patientin selbst ausführen ließ und selbst eine überlegende Stellung einnahm, unter anderem versicherte er der Frau, er werde im Zweifel mit allen – auch unerlaubten – Mitteln nachhelfen, um sicherzustellen, dass sie dieses Mal auch tatsächlich sterbe. Obgleich der Arzt nicht vorgehabt habe, seine Ankündigung wahrzumachen, habe er der Studentin eine falsche Sicherheit vorgespiegelt, die für ihre Entscheidung zum Suizid wesentlich gewesen sei. Da die Entscheidung der depressiven Frau zudem nicht freiverantwortlich gewesen sei, wäre sie ein geeignetes „Werkzeug“ gewesen, das der Hintermann, ihr Hausarzt, durch sein Verhalten gesteuert habe.³⁹ Dies reiche für den vom Täter beherrschten Einsatz des Werkzeugs gegen sich selbst und damit für eine mittelbare Täterschaft (§§ 212, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) aus.

³⁹ Mangels ernstlichen Verlangens schied daher auch die Privilegierung der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) aus.

h) Paderborner Verfahren

Der BGH hatte 2023 über einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte versucht hatte, einen anderen von ihm abhängigen, depressiven Mann in den Selbstmord zu treiben. Der mittellose Angeklagte hatte einen ihm hörigen älteren Mann über längere Zeiträume beleidigt, gedemütigt und körperlich verletzt, um ihn so zu zwingen, Dokumente zu seinen Gunsten auszufüllen, und ihn zu nötigen, sich schließlich umzubringen. Der depressive Geschädigte legte daraufhin Hand an sich, konnte jedoch ärztlich gerettet werden.⁴⁰ Das LG Paderborn verurteilte den Angeklagten wegen versuchten Totschlags, Betrugs, Nötigung in Tateinheit mit (vorsätzlicher) Körperverletzung, wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub, wegen Erpressung, (vorsätzlicher) Körperverletzung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Nötigung, sowie wegen (unerlaubten) Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und traf eine Einziehungsentscheidung. Die Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg. Der BGH bestätigte insbesondere den Schuldspruch wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft (§ 212 Abs. 1, § 22, § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB), mit der Begründung, dass dem Täter erkennbar war, dass der Suizidwunsch wegen der psychischen Ausnahmesituation des nicht mehr einsichts- und urteilsfähigen Geschädigten mangelbehaftet war und er diesen Umstand ausnutzte, um den Geschädigten kraft überlegenen Wissens oder Willens zum Suizid zu veranlassen. Der BGH führt aus:

„An einer freiverantwortlichen Suizidentscheidung kann es daher auch infolge der Ausübung von Zwang, Drohung oder Täuschung und aufgrund sonstiger Formen unzulässiger Einflussnahme fehlen, sofern diese geeignet sind, eine reflektierende, abwägende Entscheidung orientiert am eigenen Selbstbild zu verhindern oder wesentlich zu beeinträchtigen.“⁴¹

i) Bewertung des Paderborner Verfahrens

Der Fall unterscheidet sich insoweit von den anderen hier ausgeführten Fällen, als der Suizident nicht von selbst einen Sterbewunsch gehabt hatte, der sich als Bilanz eines von ihm nicht mehr gewollten Lebens darstellte. Vielmehr war das Tatopfer vom Täter durch psychischen und körperlichen Zwang so lange unter Druck gesetzt worden, dass es keinen Ausweg mehr sah, sich dem ihm vom Täter aufgedrängten Verlangen aus dem Leben zu scheiden, zu unterwerfen. Der Täter ist auch nicht – wie in den meisten der anderen hier vorgestellten Fälle – ein Arzt, der den Sterbewunsch seines Patienten unterstützt und bei dessen Vollzug hilft, sondern er ist aus eigensüchtigen Motiven an dem Tod des Opfers interessiert.

⁴⁰ BGH NStZ 2024, 605 (608) m.Anm. *Engländer*; BGH JuS 2024, 891 m.Anm. *Eisele*; BGH JA 2024, 869 m.Anm. *Jäger*; BGH NJW-Spezial 2024, 377 m.Anm. *Beukelmann*.

⁴¹ BGH NStZ 2024, 605 (608) mit Verweis auf BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. = BVerfGE 153, 182 (Zielseite Rn. 243 u. 247); siehe auch BGH, Urt. v. 7.10.2010 – 3 StR 168/10, Rn. 14.

Zu Recht hat der BGH daher die Verurteilung des Täters wegen eines vorsätzlichen (versuchten) Tötungsdeliktes bejaht. Eine Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB kam schon mangels ausdrücklichen und ernstlichen Sterbeverlangens des Opfers nicht in Betracht. Dennoch fügt sich der Fall ein in die Reihe der Suizidförderungsfälle. Denn das Tatopfer, das selbst Hand an sich legte, handelte nicht freiverantwortlich. Seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit war durch den psychischen Druck, den der Täter auf es ausübte, aber auch durch eine schon vorhandene Depression ausgeschlossen. Nach dem BGH kann auch die Ausübung von massivem Druck und Zwang die Freiverantwortlichkeit des Suizidwunsches beim Opfer ausschließen. Erkennt der Täter diesen Umstand, so hat er die für die mittelbare Täterschaft erforderliche Wissensherrschaft; hat er selbst das Opfer in diese Situation genötigt, besitzt er zudem Willensherrschaft, welche die Tatherrschaft zu einem mittelbaren Tötungsdelikt begründen. Der BGH macht in seiner Entscheidung deutlich, dass allein das Fehlen der Freiverantwortlichkeit beim Opfer noch nicht die Strafbarkeit des Täters wegen eines Tötungsdeliktes begründet.⁴² Es müsse noch die Willens- und Wissensherrschaft des Täters über das von ihm gesteuerte Werkzeug hinzukommen. Nun lässt sich dagegen einwenden, dass der Täter immer – dem unfreien Opfer überlegeneres – Wissen über die Nichtnotwendigkeit des Todes habe, welches dem Tatopfer in seiner mangelnden Freiverantwortlichkeit verschlossen bleibe, sei es, weil es im Irrtum über die Ausweglosigkeit seiner Situation ist, sei es, weil es den Ausweg aus der psychischen Notlage nicht sieht. Eine Täuschung von Seiten des Täters ist nicht zwingend erforderlich, um Wissensherrschaft zu erlangen.⁴³ So gesehen wäre jede Unterstützung einer nicht freiverantwortlichen Selbsttötung ein Tötungsdelikt in mittelbarer Täterschaft. Da nach h.M. jedoch auch die Herrschaft über den todbringenden Moment erforderlich ist⁴⁴, braucht es noch eine Tatherrschaft über den Vollzugsakt selbst. Diese Tatherrschaft, die man als „Handlungsherrschaft“ im Hinblick auf das Ausführen der Tat selbst bezeichnen könnte, ist von der Wissens- und Willensherrschaft zu unterscheiden. Hat der Täter diese Handlungsherrschaft, so ist er unweigerlich strafbar. Die Tat stellt sich dann auch äußerlich als Fremdtötung dar. Doch auch das Tatopfer kann diese Handlungsherrschaft besitzen. Tötet es sich irrtümlich, getäuscht oder genötigt selbst, so reicht es aus, wenn der Täter das Geschehen im oben ausgeführten Sinne⁴⁵ gesteuert hat. Das heißt, der Vorwurf eines Tötungsdeliktes ist nur dann nicht zu erheben, wenn der Suizident

selbst sowohl freiverantwortlich als auch eigenverantwortet die Tötung vollzieht.

j) Aufhebung des Verbots der geschäftsmäßigen Suizidhilfe

Leitgedanken für die Grenzziehung zwischen zulässiger und verbotener Suizidhilfe sind auch der Entscheidung des BVerfG zum Verbot geschäftsmäßiger Suizidhilfe zu entnehmen.⁴⁶ Dieses Verbot war in § 217 StGB verankert. Das BVerfG hat es 2020 gekippt und die erst 2015 erlassene Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 217 StGB hat das BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben abgeleitet⁴⁷ und es folgendermaßen begründet:

„Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. [...] Der Entschluss betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen. [...] Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann. [...]. Die Selbstbestimmung über das eigene Lebensende gehört zum ‚ureigensten Bereich der Persönlichkeit‘ des Menschen, in dem er frei ist, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu entscheiden.“⁴⁸

„Das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich selbst zu töten, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen. [...] Das Grundgesetz gewährleistet die Entfaltung der Persönlichkeit im Austausch mit Dritten, die ihrerseits in Freiheit handeln. Zur grundrechtlich geschützten Freiheit gehört daher auch die Möglichkeit, auf Dritte zuzugehen, bei ihnen Unterstützung zu suchen und von ihnen im Rahmen ihrer Freiheit angebotene Hilfe anzunehmen. Das gilt insbesondere auch für denjenigen, der erwägt, sein Leben eigenhändig zu beenden. Gerade er sieht sich vielfach erst durch die fachkundige Hilfe kompetenter und bereitwilliger Dritter, insbesondere Ärzte, in der Lage, hierüber zu entscheiden und gegebenenfalls seinen Suizid-

⁴² BGH NStZ 2024, 605 (608) m.Anm. *Engländer*.

⁴³ Bspw. wenn der Tatmittler nicht schuldhaft handelt, weil er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befindet und der Täter dies ausnutzt, siehe *Heine/Weißer* (Fn. 11), § 25 Rn. 7.

⁴⁴ BGHSt 19, 138 f.; BGH NJW 1987, 1092 m.Anm. *Herzberg*, JuS 1988, 771; *ders.*, NStZ 1989, 559; *Eser-Sternberg/Lieben* (Fn. 6), § 216 Rn. 11 ff.; *H. Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 31 ff.; *Saliger* (Fn. 6), § 216 Rn. 5 ff.; *Günther*, JA 2024, 814.

⁴⁵ *Eser-Sternberg/Lieben* (Fn. 6), § 216 Rn. 11 m.w.N. auf weiter ausdifferenzierte Ansichten; siehe auch oben 1.

⁴⁶ BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 906 (910); BVerfG NStZ 2020, 528 m.Anm. *Brunhöber*; BVerfG MedR 2020, 563 m.Anm. *Duttge*; BVerfG JuS 2020, 580 m.Anm. *Sachs*; BVerfG JA 2020, 473 m.Anm. *Muckel*; BVerfG NZWiSt 2020, 386 m.Anm. *Neumann*; BVerfG JZ 2020, 627 m.Anm. *Hartmann*; siehe auch BVerfGE 128, 282 (301) = NJW 2011, 2113; vgl. die Kritik des ehemaligen Vorsitzenden des Deutschen Ethikrates *Darbock* am BVerfG-Urteil, abrufbar unter <https://www.evangelisch.de/inhalte/166416/26-02-2020/ethikratsvorsitzender-halte-urteil-zur-sterbehilfe-fuer-falsch>.

⁴⁷ Siehe zum Grundrecht auf Suizid *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012.

⁴⁸ BVerfG NStZ 2020, 528 (529).

entschluss in einer für ihn zumutbaren Weise umzusetzen.“⁴⁹

Das BVerfG betont, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben grundsätzlich und absolut besteht, nicht nur dann, wenn ein Mensch schwer oder unheilbar krank ist.⁵⁰

Das BVerfG entschied, das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe (§ 217 StGB) würde die Umsetzung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben faktisch vollständig versperren. Zwar habe § 217 StGB ein legitimer Zweck zugrunde gelegen: So sollte die Vorschrift verhindern, durch Suizidbeihilfe als Angebot und Normalfall einer gesundheitlichen Versorgung Suizidwillige in ihrem Sterbewunsch zu bestärken und dessen Umsetzung zu erleichtern.⁵¹ Der § 217 StGB war eine Reaktion auf die zunehmende Zahl von sog. Sterbehilfevereinen und einzelnen Sterbehelfern, die aus der Sterbeunterstützung ein Geschäft machten. Dieser Praxis sollte die Vorschrift einen Riegel vorschieben.⁵² Doch zusammen mit dem berufsrechtlichen Verbot für Ärzte, Sterbehilfe weder individuell noch geschäftsmäßig zu leisten, hätte der Sterbewillige bei Aufrechterhaltung des § 217 StGB dann faktisch keine Angebote der Suizidhilfe mehr gehabt, sondern wäre allein auf die individuelle Bereitschaft eines Arztes angewiesen gewesen, an einer Selbsttötung zumindest durch die Verschreibung der tödlichen Medikamente mitzuwirken. Da die Berufsordnungen der meisten Landesärztekammern ärztliche Suizidassistenten jedoch für unzulässig erklären, würde diese Möglichkeit weitgehend ins Leere laufen.

„Die Kumulation aus strafbewährtem Verbot geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung und berufsrechtlich verbotener Suizidhilfe durch Ärzte ist es demnach, die zur Unverhältnismäßigkeit und damit zur Nichtigkeit des § 217 StGB geführt hat.“⁵³

Die Grundgedanken, die das BVerfG zu dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben ausführt, lassen sich auch auf § 216 StGB übertragen, denn im Verbot der Tötung auf Verlangen in § 216 StGB liegt auch ein mittelbarer Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben.⁵⁴ Dem Sterbewilligen wird dadurch jedenfalls faktisch die Möglichkeit versperrt, selbstbestimmt aus dem Leben zu scheiden, wenn ein Dritter die

zum Tode führende Handlung mit Tatherrschaft vornimmt. Die Nichtigkeit des § 217 StGB führt indes keinesfalls zur Nichtigkeit auch des § 216 StGB. Das wäre nur dann der Fall, wenn durch das Verbot der Tötung auf Verlangen dem Suizidwilligen der Weg zu einem selbstbestimmten Tod mithilfe dazu bereiter Dritter faktisch vollständig versperrt ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn mit der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB steht dem Einzelnen nunmehr der Weg zu geschäftsmäßig organisierter Beihilfe zum Suizid (wieder) offen.⁵⁵ Nur im Fall der Personen, die einen Suizid aufgrund von Handlungsunfähigkeit nicht mehr selbst durchführen können, erweist sich das Verbot der Tötung auf Verlangen als unverhältnismäßig hart, sodass es verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt ist. Dieser Personengruppe möchte *Verf.* sich im Folgenden zuwenden und die Frage untersuchen, ob die neue Rechtsprechung neben Freiverantwortlichkeit auch Handlungsfähigkeit voraussetzt.

III. Tötung von handlungsunfähigen Sterbewilligen

Wie sind mithin Fälle zu behandeln, in denen der Suizident vollständig handlungsunfähig ist? Hier stellt sich das Problem, dass der Sterbewillige – anders als im Insulinspritzen-Fall – nicht mehr selbst Tabletten einnehmen, und damit keinerlei eigene körperliche Tatherrschaft mehr ausüben kann. Er ist vollständig auf die Hilfe eines anderen angewiesen, der, wenn er ihn tötet, zumindest rein äußerlich unweigerlich die Tatherrschaft besäße und damit Täter eines § 216 StGB sein müsste. Bis zum Hals Gelähmten, die sterben wollen, darf mithin nach geltender Rechtslage niemand Sterbehilfe leisten, wenn weder eine lebensbedrohliche Krankheit noch vernichtende Schmerzen vorliegen und damit die beiden straflosen Sterbehilfeformen (Behandlungsabbruch und indirekte Sterbehilfe) ausscheiden. Das geltende Recht unterscheidet bei dem Verbot der Tötung auf Verlangen nicht nach der körperlichen Verfassung des Opfers. Daher trennt es nicht zwischen Fällen, in denen das Opfer sich noch selbst töten könnte (es aber offensichtlich nicht selbst tun will), und Fällen, in denen das Opfer körperlich nicht mehr in der Lage ist, sich selbst zu töten (es aber tun würde, wenn es nur könnte). Dahinter steht das grundsätzliche Verbot von Fremdtötungen, das § 216 StGB aufrechterhalten soll und das keine Trennung in Bezug auf das Opfer macht. Dieses Ergebnis ist unbillig, wenn man sich den Schutz des § 216 StGB vor Augen hält, der neben dem Normenschutz auch den Individualschutz gewährleistet.⁵⁶ Denn § 216 StGB hat auch den Zweck, das Opfer vor unüberlegten, übereilten Entscheidungen, die nicht mehr rückgängig zu machen sind, zu bewahren.⁵⁷ Dieser Individualschutz greift bei den Suizidenten, die sich nicht mit eigener Hand töten wollen, deutlich stärker ein als bei denen, die sich nicht töten können. Denn die Hemmschwelle zur Selbsttötung ist

⁴⁹ BVerfG NStZ 2020, 528 (529).

⁵⁰ BVerfG NStZ-RR 2020, 104 = NJW 2020, 905 (907); *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1013).

⁵¹ BT-Drs. 18/5373, S. 2; *Magnus*, medstra 2016, 210 (211).

⁵² Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 2; siehe auch Deutscher Ethikrat Ad-hoc-Empfehlung, Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft v. 18.12.2014, S. 3, abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/empfehlung-suizidbeihilfe.pdf> (10.3.2025).

⁵³ *Lindner*, NStZ 2020, 505 (506).

⁵⁴ Vgl. zur Frage der verfassungskonformen Auslegung von § 216 StGB auch im Hinblick auf die Insulinspritzen-Entscheidung *Ibold*, GA 2024, 16 ff. Siehe auch krit. *Grüne-wald*, NJW 2022, 3025.

⁵⁵ Siehe dazu auch *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).

⁵⁶ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 216 Rn. 1 ff. m.w.N.

⁵⁷ *H. Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 5 ff.; *Roxin* (Fn. 13), S. 177 (184); siehe aber auch *Engländer*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 583 (588).

so hoch, dass diesen letzten Schritt nur die Wenigsten gehen. Leichter ist es, die Verantwortung auf jemand anderen zu übertragen und sich von dessen Hand töten zu lassen. Indem diese Fremdtötung unter Strafe gestellt wird, zwingt das Gesetz das sterbewillige Opfer, noch einmal seine Entscheidung zu überdenken und mit einzukalkulieren, dass ein Dritter (vielleicht Angehöriger) nur gegen Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren diese Tat vollziehen kann. Bei den Suizidenten, die sich nicht töten können, gibt es eine solche hohe Hemmschwelle zur Selbsttötung nicht, da eine solche Tötung schlichter Weise nicht realisierbar ist. Für diese einzige Möglichkeit zu sterben bedürfen sie fremder Hilfe. Leistet jemand diese Hilfe, so fungiert er quasi nur als ein verlängerter Arm für den Handlungsunfähigen. Jemand, der sich nicht töten kann, aber sterben will und sich töten würde, wenn er es könnte, ist streng genommen ein Suizidwilliger oder gehinderter Suizident. Hilft ihm jemand, den Suizid zu vollziehen, handelt es sich der Wertung nach eher um Beihilfe zum Suizid als um aktive Sterbehilfe. Diese Fälle sind den Fällen der straflosen Teilnahme beim Suizid wertungsmäßig gleichzustellen und sollten nicht von dem strengen Verbot des § 216 StGB, das den Sterbewilligen auch vor fremdbestimmtem Druck und Missbrauch schützen will⁵⁸, erfasst werden. Hilft dem Handlungsunfähigen jemand, den Suizid zu vollziehen, handelt es sich der Wertung nach eher um Beihilfe zum Suizid als um aktive Sterbehilfe, die in diesem Fall – so die Forderung der *Verf.* – erlaubt werden sollte. Diese Auffassung weicht damit von der bisher geltenden Rechtslage ab. In Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und das Recht jedes Einzelnen auf einen menschenwürdigen Tod scheint der *Verf.* diese Lösung vorzugswürdig. Ansonsten würden solche Patienten mit hohem Leidensdruck gegen ihren Willen zum Leben gezwungen und Dritte wegen eines Tötungsdelikts bestraft, die helfen, diesen Zwang zu beenden. Die autonome und ernsthafte Entscheidung eines bis zum Hals gelähmten Patienten, unter solchen Umständen nicht leben zu wollen, ist zu respektieren. Auch ein Arzt würde in so einer Situation von seiner Garantienpflicht befreit. Er hat nur dann eine Pflicht, (weiter) zu behandeln, wenn er damit aus ärztlicher Sicht das vernünftige Wohl des Patienten fördert, das so lange gegeben ist, wie der Patient noch leben möchte und eine Behandlung noch lebensverlängernd oder leidmindernd wirken kann. Entspricht die Weiterbehandlung nicht mehr dem freien Willen des Patienten, wird sie zur Zwangsbehandlung und wäre als Körperverletzung gem. § 223 StGB strafbar.

Auch der BGH lässt in seiner jüngsten Entscheidung zur Sterbehilfe in seinem obiter dictum zum Insulinspritzen-Fall eine Tendenz erkennen, die Fälle der Tötung von schwerstkranken sterbewilligen Patienten aus dem Verbot der Tötung auf Verlangen auszuklammern. So führt er aus:

⁵⁸ Vgl. dazu *Lindner*, JZ 2006, 378; *ders.*, NSTz 2020, 505 (506).

„Der BGH neigt zu der Auffassung, dass die vom BVerfG in Bezug auf § 217 I StGB entwickelten Grundsätze⁵⁹ auf § 216 I StGB übertragbar sind, weil diese Vorschrift in vergleichbarer Weise in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben eingreift.⁶⁰ Er hält es für naheliegend, dass § 216 I StGB einer verfassungskonformen Auslegung bedarf, wonach jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person faktisch unmöglich ist, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung selbst umzusetzen, aus dem Leben zu scheiden, sie vielmehr darauf angewiesen ist, dass eine andere Person die unmittelbar zum Tod führende Handlung ausführt.“⁶¹

Der BGH kommt mithin über den Weg verfassungskonformer Reduktion des § 216 StGB zum selben Ergebnis, dass das Recht auf selbstbestimmtes Sterben beeinträchtigt wäre, würde man Suizidwillige, welche nicht in der Lage sind, sich selbst zu töten, den Weg verwehren, Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen. Er stützt sich auf die Verfassung. Die Verfassung sieht ein im Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verankertes Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben vor.⁶² Dieses Grundrecht gewährleistet, „selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden und bei der Umsetzung der Selbsttötung auf die Hilfe Dritter zurückzugreifen.“⁶³ Ist die Wahrnehmung des Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen abhängig, schützt es auch davor, dass es durch ein Verbot gegenüber Dritten beschränkt wird, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten.“⁶⁴

⁵⁹ Vgl. zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben ferner EGMR NJW 2002, 2851; BVerfGE 158, 142 = NJW 2017, 2215; BGHSt 64, 135 (142) = NJW 2019, 3089.

⁶⁰ BGH NJW 2022, 3021 (3023) mit Verweis auf – in diesem Sinne – *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 433; *Godinho*, GA 2015, 329 (331); *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135 (141); *Kunze*, medstra 2022, 88 (91); *Lindner*, NSTz 2020, 505 (507); *Öz*, JR 2021, 428 (429); *Rostalski*, JR 2021, 477 (480); a.A. *Mitsch*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 216 Rn. 1; *Rissing-van-Saan*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 216 Rn. 4; *Safferling*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 2; *H. Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 60; *Grünwald*, JR 2021, 99 (105); *Höfling*, GesR 2021, 351 (354); *Scholz*, medstra 2021, 157 (161).

⁶¹ Vgl. dazu *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 216 Rn. 15a; *Godinho*, GA 2015, 329 (338); *Kunze*, medstra 2022, 88 (92); *Leitmeier*, NSTz 2020, 508 (512); *Lindner*, NSTz 2020, 505 (507); a.A. *Safferling* (Fn. 61) § 212 Rn. 39.

⁶² BVerfG NSTZ-RR 2020, 104; dazu *Linder*, NSTz 2020, 505 (506).

⁶³ BGH NJW 2022, 3021 (3023); BVerfGE 153, 182 = NSTz 2020, 528 (529).

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 153, 182 = NSTz 2020, 528 (529).

Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod würde in Fällen des Suizidwunsches Handlungsfähiger durch § 216 Abs. 1 StGB entleert.⁶⁵ Eine Strafflosigkeit in solchen Fällen anzunehmen ist richtig und eröffnet Handlungsunfähigen einen humanen Weg, aus dem Leben zu scheiden.

IV. Suizidhilfe gegenüber psychisch kranken Patienten

Empirische Studien haben gezeigt, dass bei rund 90 % der tödlichen Suizidhandlungen psychische Störungen vorliegen, insbesondere Depressionen. Diese seien häufig – selbst für Ärzte – schwer zu erkennen.⁶⁶ Fraglich ist, ob alle psychischen Störungen dazu führen, dass der Suizidwunsch nicht als freiverantwortlich anzusehen ist, sodass diesen Patienten der Weg, mit Hilfe Dritter aus dem Leben zu scheiden, verwehrt ist. Sind psychische Patienten also generell von Sterbe- bzw. Suizidhilfe ausgeschlossen?

Die Einwilligungsunfähigkeit, d.h. die Unfähigkeit einer Person, die Tragweite ihres Verhaltens einzusehen und ihren Willen danach zu steuern, die dazu führt, dass der Betroffene nicht mehr freiverantwortlich entscheiden kann, kann im Einzelfall schwierig zu erkennen sein.⁶⁷ Die Rechtsprechung stellt für die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses konkrete Kriterien auf. So ist ein Selbsttötungsentschluss nach dem BGH freiverantwortlich, „wenn das Opfer die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für seine Entscheidung besitzt und Mangelfreiheit des Suizidwillens sowie innere Festigkeit des Entschlusses gegeben sind.“⁶⁸ Zum Ausschluss der Freiverantwortlichkeit müssen konkrete Umstände festgestellt werden.⁶⁹ Als solche kommen insbesondere Minderjährigkeit des Opfers oder krankheits- sowie intoxicationsbedingte Defizite infrage.⁷⁰ Der Selbsttötungsentschluss kann auch dann mangelbehaftet sein, wenn er auf Zwang, Drohung oder Täuschung durch den Täter beruht.⁷¹ Dasselbe gilt, wenn

er einer bloßen depressiven Augenblicksstimmung entspringt, mithin nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen ist.“⁷²

Ein Großteil der Lehre grenzt indes die Eigen- und Fremdverantwortung bei selbstschädigenden Handlungen des Opfers unter Beteiligung eines Dritten nach den Regelungen über den strafrechtlichen Verantwortungsausschluss (§§ 19, 20 und 35 StGB; § 3 JGG) ab.⁷³ Unfrei handelt danach der Suizident, dessen Verantwortung nach diesen Regeln ausgeschlossen wäre (sog. Exkulpationslösung).⁷⁴ Nach der „Einwilligungslösung“ hingegen liegt trotz selbstschädigenden Verhaltens des Tatopfers eine Fremdschädigung vor, wenn es in einen entsprechenden Rechtsgutseingriff durch einen Dritten nicht wirksam hätte einwilligen können.⁷⁵

Angesichts der vielfältigen Kriterien, welche die Rechtsprechung für die Freiverantwortlichkeit aufstellt, stellt sich die Frage: Wer soll diese konkreten Voraussetzungen im Einzelfall feststellen? Angehörige, neutrale Dritte, psychiatrisch geschulte Ärzte? Auch wenn nicht jede Depression zur Einschränkung bzw. zum Ausschluss der Freiverantwortlichkeit führen muss, sondern nach ärztlicher Einschätzung in nur ca. 20–25 % der Fälle⁷⁶, ist gerade die schwierige Feststellung, ob der depressive Patient noch oder nicht mehr freiverantwortlich handelt, fehleranfällig. Auch haben Studien gezeigt, dass „Suizidentschlüsse, wenn die Selbsttötung misslingt, im Nachhinein von den Betroffenen in etwa 80–90 % der Fälle als Fehlentscheidung gewertet und revidiert werden; Suizidentschlüsse sind danach – selbst wenn sie sich nach außen als plausible bilanzierende Entscheidung darstellen – ganz überwiegend von begrenzter Dauer und nicht anhaltend.“⁷⁷ Das führt zur Frage: Wie lässt sich die Festigkeit und

⁶⁵ Im Ergebnis ebenso *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 667; vgl. auch *Schäfer*, Zur strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe de lege lata und de lege ferenda, 2022, S. 200 f.

⁶⁶ *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 (2696) mit Verweis u.a. auf *Moscicki*, Clinical Neuroscience Research 2001, 310; *Arsenault-Lapierre/Kim/Turecki*, BMC Psychiatry 2004, 37; vgl. *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 19 Fn. 78 m.w.N.; *Bochnik*, MedR 1987, 216 (219); *Feuerlein*, Lebensversicherungsmedizin (Lebensvers-Med) 3/1984, 56; *Wolfersdorf*, Nervenheilkunde 2015, 451.

⁶⁷ *Magnus*, medstra 2016, 210 (211).

⁶⁸ BGH NJW 2019, 3089 (3090); BGH NStZ 1985, 25 (26); BGH NStZ 2011, 340 und BGH NStZ 2012, 319 (320); BGH NJW 1988, 1532.

⁶⁹ BGH NJW 2019, 3089 (3090) mit Verweis auf BGH MedR 2014, 812 = StV 2014, 601 (603).

⁷⁰ BGH NJW 2019, 3089 (3090) mit Verweis auf BGH NJW 1981, 932; BGH NStZ 1983, 72; BGH NJW 2000, 2286 = NStZ 2001, 205 (206); BGHSt 53, 288 (290) = NJW 2009, 2611; BGH NStZ 2011, 340; BGH NStZ 2011, 341 (342).

⁷¹ BGH NJW 2019, 3089 (3090) mit Verweis auf BGHSt 32, 38 (43) = NJW 1983, 2579; BGH JZ 1987, 474 = BeckRS 1985, 31103771; siehe auch *Heger* (Fn. 10), Vor § 211

Rn. 13 b; *Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 22 sowie BGH NStZ 2024, 605 (608).

⁷² BGH NJW 2019, 3089 (3090) mit Verweis auf BGH NStZ 2011, 340 (341); BGH NStZ 2012, 85 (86); *Schneider* (Fn. 4), § 216 Rn. 19.

⁷³ Zu Unterschieden und Übereinstimmungen der Rspr. mit der Lehre siehe *Engländer*, NStZ 2024, 605 (608).

⁷⁴ Vgl. nur *Roxin*, GA 2013, 313 (319); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 54 ff.; *H. Schneider* (Fn. 4), Vor § 211 Rn. 54, 62; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 28.

⁷⁵ Siehe nur *Herzberg*, NJW 1986, 1635 ff.; *Neumann* (Fn. 35), Vor § 211 Rn. 64 f.; *Rosenau*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Fn. 61), Vor §§ 211 ff. Rn. 103.

⁷⁶ BVerfG NJW 2020, 905 (911) mit Verweis auf *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, 2008, S. 176, 180 m.w.N.; vgl. auch BGH NJW 1996, 918 (919); *Cording/Saß*, Der Nervenarzt 9 (2009), 1070 (1072 ff.).

⁷⁷ *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 (2696) mit Verweis u.a. auf *Moscicki*, Clinical Neuroscience Research 2001, 310; *Arsenault-Lapierre/Kim/Turecki*, BMC Psychiatry 2004, 37; vgl. *Gavela* (Fn. 67), S. 19 Fn. 78 m.w.N.; *Bochnik*, MedR 1987, 216 (219); *Feuerlein*, Lebensversicherungsmedizin (Lebens-

Dauerhaftigkeit des Todeswunsches feststellen, wenn sie ganz überwiegend von begrenzter Dauer ist? Hier bietet es sich an, zu differenzieren, ob der Zustand der Einwilligungsunfähigkeit, zu der eine psychische Erkrankung führen kann, vorübergehend oder dauerhaft ist.

1. Vorübergehend einwilligungsunfähige Patienten

Vorübergehend einwilligungsunfähige Patienten sind z.B. Bewusstlose, ins künstliche Koma Versetzte, Volltrunkene, akute Psychotiker, hochgradig Affektive und in manchen Fällen schwerst Depressive.⁷⁸ Diese Unfähigkeit kann vorübergehend oder dauerhaft sein. Ein solcher Patient kann ebenso wie ein Notfallpatient seine Autonomie während der akuten Phase der Einwilligungsunfähigkeit nicht ausüben.⁷⁹ Bei Bewusstlosen fehlt zudem die Äußerungsfähigkeit. Entscheidungen über Sterbehilfe dürfen in keinem Fall während dieser Phase beachtet und umgesetzt werden. Vielmehr muss abgewartet werden, bis die akute Phase vorüber und der Patient wieder fähig und in der Lage ist, eine autonome Entscheidung zu fällen. Doch haben vorübergehend Einwilligungsunfähige einen Anspruch auf Maßnahmen, die helfen, den einwilligungsunfähigen Zustand zu überwinden. Das kann durch medizinische Behandlung geschehen oder durch bloßen Zeitablauf wie gegenüber vorübergehend Bewusstlosen, Volltrunkenen und Personen, die in einem momentanen, ganz außergewöhnlichen Affektzustand sind. Können sie Entscheidungen von geringer Tragweite treffen, wie z.B. schwerst Depressive oder Psychotiker, so sollten diese beachtet werden, wenn sie ihrem Wohl nicht schaden. Anders als bei Notfallpatienten ist bei dieser Patientengruppe ein ärztlicher Eingriff, der Lebensfortsetzung oder Lebensende bedeutet, weder dringend noch unaufschiebbar. Das Ziel liegt daher hier in der Überwindung der vorübergehenden Einwilligungsunfähigkeit. Dadurch sollen die Patienten wieder in einen Zustand versetzt werden, der ihnen eigene, autonome Entscheidungen ermöglicht. Der Rückgriff auf eine mutmaßliche Einwilligung des Patienten ist hier entbehrlich, wenn zu erwarten ist, dass der Patient in den entscheidungsfähigen Zustand in absehbarer Zeit zurückgelangen wird. Ein Abstellen auf den mutmaßlichen Willen und damit auf die Frage, wie der Patient wohl entscheiden würde, wenn er gefragt werden könnte, verbietet sich bei einer so schwerwiegenden Entscheidung wie Sterbehilfe, weil sie in jedem Fall aufschiebbar ist. Was für Ärzte gilt, muss in diesem Fall auch für Dritte, Nahestehende wie Fremde, gelten. Sterbe- und Suizidhilfe sind im Fall vorübergehender Einwilligungsunfähigkeit unzulässig.

versMed) 3/1984, 56; *Wolfersdorf*, *Nervenheilkunde* 2015, 451.

⁷⁸ Einwilligungsunfähigkeit bezeichnet im hier verwendeten Sinne die fehlende Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit. Das heißt, die Betroffenen sind nicht in der Lage, die Bedeutung und Tragweite ihrer Entscheidung und ihres Handelns zu erkennen und ihren Willen danach zu steuern.

⁷⁹ Vgl. zu den folgenden Ausführungen *Magnus* (Fn. 4), S. 315 ff.

2. Dauerhaft einwilligungsunfähige, aber noch äußerungsfähige Patienten

Anders als etwa dauerhaft einwilligungsunfähige Wachkoma-Patienten gibt es Patienten, die, obgleich dauerhaft einwilligungsunfähig, noch äußerungsfähig sind. Das sind z.B. Patienten mit schwerer Demenz oder geistig Behinderte. Je nach Stadium der Krankheit oder Ausmaß und Art der Behinderung können sie unter Umständen keinerlei Entscheidungen mehr treffen oder nur noch solche, die den Alltag betreffen. Diese Entscheidungen geringer Tragweite sind als autonom zu respektieren und umzusetzen, solange sie dem Wohl des Patienten nicht schaden. Für Entscheidungen hingegen, die auf eine medizinische Behandlung, auf die Regelung von Vermögensangelegenheiten oder andere Angelegenheiten von einiger Tragweite gerichtet sind, fehlt diesen Patienten die Autonomiefähigkeit. Erst recht fehlt ihnen die Fähigkeit, wirksam Sterbehilfe zu verlangen. Wenn der Patient somit nichtautonom eine unvernünftige schädliche Behandlung verlangt, entbindet das den Arzt nicht von seiner Schutz- und Beistandspflicht. Im Sinne eines weichen Paternalismus geht diese Schutz- und Beistandspflicht so weit, dass der Arzt ebenso wie der Betreuer den Autonomieunfähigen vor selbstschädigenden Handlungen bewahren muss. Tut er das nicht, d.h. unterlässt er die Hilfe oder fördert er den Selbstmord sogar, so macht sich der Arzt ebenso wie ein ggfs. bestellter Betreuer strafbar. Ist der einwilligungsunfähige Patient offensichtlich suizidgefährdet, so sind Schutzmaßnahmen bis hin zu Zwangsbehandlungen notwendig, um den Patienten vor sich selbst zu schützen. Hier liegt ein deutlicher Unterschied zu dem Recht, das Autonomiefähige haben, die – folgenlos für Dritte – sich selbst töten dürfen. Einwilligungsunfähige Patienten haben nur die Möglichkeit von fremder Hand zu sterben, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für Sterbehilfe in Form des ärztlichen Behandlungsabbruchs (ehemals passive Sterbehilfe) oder der indirekten Sterbehilfe vorliegen. Dafür muss eine lebensbedrohliche Krankheit vorliegen, die ohne weitere Behandlung zum Tod führen würde (ohne dass bereits Todesnähe erforderlich ist) bzw. Vernichtungsschmerzen vorliegen, die auf andere Weise als durch hohe lebensbedrohliche Medikation nicht bekämpft werden könnten. Es wäre daher verfehlt zu sagen, dass sich das Recht zu sterben für die dauerhaft Einwilligungsunfähigen zu einer Pflicht zum Leben umwandelt. Denn unbenommen der eigenen Lebensbeendigung haben sie die Möglichkeit, bei schwerwiegender körperlicher Erkrankung und starken Schmerzen, sich der Hilfe Dritter beim Sterben zu bedienen. Für ein zu beachtendes Sterbeverlangen muss jedoch im Hinblick auf die Hilfe Dritter immer – entsprechend der ständigen Rechtsprechung – in vollem Umfang Entscheidungsfähigkeit bestehen, an der es gerade bei psychisch dauerhaft Einwilligungsunfähigen wie etwa stark Demenzkranken fehlt. Hat der Betroffene im einwilligungsfähigen Zustand eine Patientenverfügung aufgesetzt mit der Vorgabe, die Behandlung in bestimmten Fällen einzustellen bzw. gar nicht mehr aufzunehmen, wenn er in einen Zustand der Einwilligungsunfähigkeit fällt, so ist diese – in Rücksprache mit einem ggfs. bestelltem Betreuer – für den Arzt bindend und der Betroffene kann auf diesem Wege aus dem Leben scheiden. Dies soll nach hier vertretener Mei-

nung aber nur gelten, wenn der natürliche Wille des Betroffenen in der aktuellen Situation mit dem vorverfügtem Willen übereinstimmt. Ein entgegengesetzter natürlicher Lebenswille ist indes stets beachtlich und hemmt die Durchsetzung einer auf Sterben gerichteten Patientenverfügung.⁸⁰ Insoweit ist dann in dubio pro vita zu entscheiden.

V. Zusammenfassende Überlegungen

1. Zum Kriterium der Tatherrschaft

Es lässt sich festhalten, dass die Straffreiheit des Suizids grundsätzlich erfordert, dass der Suizident, sofern es ihm noch möglich ist, selbst Tötungshandlungen vornehmen muss, damit ein Helfer, der sich an der Tötung beteiligt oder sie absichert, straflos bleibt. Allein reicht der subjektive Wunsch, und sei er auch mehrfach geäußert, noch nicht aus. Es ist mit reicht hin neben der Freiverantwortlichkeit ein eigenverantwortetes Verhalten des Suizidenten zu fordern, dass er den äußeren Ablauf des Suizidgeschehens beherrscht und ihm dies als sein Werk objektiv zurechenbar ist.⁸¹ Nun erlischt jedoch mit verlöschendem Leben allmählich auch die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln. Fehlt es ganz, geht die Tatherrschaft auf den Garanten, etwa einen anwesenden Arzt oder Ehepartner, über. Ist der Suizident bewusstlos geworden, ist der Garant grundsätzlich zur Hilfe verpflichtet. Auf diesem Standpunkt steht der BGH seit der Wittig-Entscheidung von 1984. Nach der Insulinspritzen-Entscheidung von 2022 gilt jedoch davon nunmehr eine wichtige Ausnahme. Hat der Suizident den Garanten zuvor aus seiner Garantstellung entlassen, ihm also die Lebensrettung untersagt, und hält er daran auch noch nach dem letzten Beihilfeakt fest, fordert den Garanten also nicht zur Rettung auf, so entfällt die Hilfspflicht. Wie sich diese Suspendierung der Garantspflicht allerdings beweisen lässt, und ob sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen muss, bleibt offen. Die Beweisschwierigkeiten sind umso höher, wenn eine solche Abrede nur mündlich erfolgte und eine der beiden Parteien tot ist. Offen ist auch, ob eine abschließende Abrede über die Lebensrettung oder das Unterlassen von Rettungsmaßnahmen vor Beginn der Tötungshandlungen getroffen oder noch währenddessen sozusagen spontan-konkludent geschlossen werden kann. Die Tatherrschaft stellt sich, zumindest wenn man sie im Suizidkontext als „Herrschaft über den todbringenden Moment“ in Form eines objektiv zurechenbaren, eigenverantworteten Handelns ansieht, folglich aus zweierlei Gründen als problematisch dar. Zum einen kann sie erlöschen und dann den unbilligen Tatherrschaftswechsel auslösen. Zum anderen versagt sie, wenn der Suizident handlungsunfähig ist, da der Handlungsunfähige schlicht keine Tatherrschaft mehr ausüben kann. Als Abgrenzungskriterium ist sie zumindest

⁸⁰ Zur Frage der Bindungswirkung von Patientenverfügungen im Falle eines gegenteiligen natürlichen Willens siehe ausführlich *Magnus*, in: Frewer/Bergemann/Jäger (Hrsg.), *Interessen und Gewissen, Moralische Zielkonflikte in der Medizin*, 2016, S. 247, sowie *dies.*, *ZfL* 2018, 2.

⁸¹ *Hillenkamp* (Fn. 3), S. 227; *ders.*, in: Anderheiden/Eckart (Hrsg.), *Handbuch Sterben und Menschenwürde*, Bd. 2, 2012, S. 1035 (1036 ff., 1042 ff.).

im letztgenannten Fall ungeeignet. Es ist daher überzeugender, hier die Handlungsfähigkeit als Abgrenzungskriterium heranzuziehen und bei fehlender Handlungsfähigkeit und freiem, dauerhaften Suizidwunsch auf das Tatherrschaftskriterium zu verzichten. Bei existierender Handlungsfähigkeit sind eigene Suizidhandlungen des Sterbewilligen zu fordern, an denen sich der Sterbehelfer nach Absprache und Verzicht auf Lebensrettungsmaßnahmen straflos beteiligen kann. Auch hier ist die Tatherrschaft nicht ausschlaggebend, sodass selbst bei asymmetrischer Ungleichheit der Tatbeiträge der Sterbehelfer straflos wäre. Salopp ausgedrückt: Wer sich noch umbringen kann, muss das selbst versuchen, ganz gleich welches Gewicht und welche Auswirkung die eigene Tötungshandlung hat. Sein Sterbewille muss sich also in Handlungen nach außen zeigen. Wer sich nicht mehr selbst töten kann, darf die Hilfe anderer in Anspruch nehmen. Die Aufgabe des Staates wäre es, hierfür Arzneimittel nach den Kriterien, die das BVerwG aufgestellt hat, bereitzustellen.⁸²

Diese Sichtweise führt auch in den umstrittenen Fällen des einseitig fehlgeschlagenen Doppelsebstmordes zu einer angemessenen Lösung. Besteht das Verhalten des getöteten Opfers darin, etwa die ins Innere eines Autos geleiteten Auspuffgase einzuatmen, während der andere in das Gaspedal tritt, so liegen keine nach außen gezeigten eigenen Tötungshandlungen des handlungsfähigen Opfers vor. Es hat dann den verlangten Tod dulddend aus der Hand des Täters empfangen. Es liegt eine Fremdtötung vor. Der Täter ist wegen Tötung auf Verlangen strafbar.

2. Zum Kriterium der Freiverantwortlichkeit

Das zweite Kriterium – das der Freiverantwortlichkeit – ist hingegen unverzichtbar. Es muss bei Handlungsfähigen wie Handlungsunfähigen vorliegen. Ist der Suizident nicht mehr zu einem freiverantwortlichen Handeln in der Lage, erfordern es die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft, dass der Täter kraft seines überlegenen Wissens oder Willens steuernd das Geschehen beherrscht.⁸³ Allerdings ist auch dieses Kriterium mit Problemen behaftet. So ist es schwierig, die Voraussetzungen der Freiverantwortlichkeit, nämlich die Freiheit von äußeren und psychischen Druck und den ernstlichen und dauerhaften Sterbewunsch sicher festzustellen. Um auch hier einer nicht auszuschließenden Missbrauchsgefahr vorzubeugen, ist es aus meiner Sicht erforderlich, dass der freiverantwortliche und dauerhafte Sterbewunsch, nicht allein von der Person, die Beihilfe zum Suizid leistet, wie z.B. im Insulinspritzen-Fall der Ehefrau, festgestellt sein muss. Es ist daher zu fordern, dass der Sterbewillige den Sterbewunsch auch gegenüber seinem Arzt über einen längeren Zeitraum (etwa über 2–3 Jahre) wiederholt geäußert haben muss. Die Freiverantwortlichkeit und die Freiheit von psychischer Störung kann fachkundig nur ein Psychiater feststellen. Nur diese doppelte Sicherung durch zwei Ärzte gewährleistet den Nachweis, dass der Sterbewunsch auf einem autonom gebildeten,

⁸² BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19.15 m.Anm. *Magnus*, *KriPoZ* 2018, 70.

⁸³ BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23 (LG Paderborn) = *NJW* 2024, 605 (611) m.Anm. *Engländer*.

freien und dauerhaften Willen beruht und dies zur Überzeugung eines Gerichts festgestellt ist. Klar ist auch, dass ein Suizidwunsch wie z.B. der Liebeskummer eines 16-Jährigen nicht den Kriterien genügen kann, selbst wenn er über eine Dauer von 2–3 Jahren geht. Ein solcher Selbsttötungsentschluss entspringt einer depressiven Augenblicksstimmung, die vorübergeht, und kann daher nicht zur straflosen Suizidhilfe berechtigen. Ist nicht erkennbar, ob den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien genügt wurde, ist es zum Schutz des Suizidenten geboten, einen Selbsttötungsversuch zu verhindern. Ist auf diese Weise festgestellt, dass der Sterbewunsch – wie in so vielen Fällen – Ausdruck einer psychischen Störung etwa einer schweren Depression ist, welche jedoch nachweislich im Einzelfall die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausschließt, muss bei Strafe eine Beihilfe zum Suizid verboten sein. Leistet jemand dennoch Hilfe zum Suizid, so überschreitet er die Grenze zu einem strafbaren Tötungsdelikt. Da das Verlangen mangels Freiverantwortlichkeit nicht als ernsthaft i.S.d. § 216 StGB („ernstliches Verlangen“) zu verstehen ist und die Privilegierung daher ausscheidet, greifen in solchen Fällen die allgemeinen Tötungsdelikte ein. Einem psychisch Kranken, der nicht mehr zur freien Willensbildung fähig ist, kann daher niemand straflos Beihilfe zum Suizid leisten. Dies ändert sich, wenn die psychische Krankheit nur eine Episode war und vorübergegangen ist. Ist der psychisch kranke Patient hingegen lebensbedrohlich krank oder hat nicht anders abwendbare Schmerzen, kann er, wie jeder andere Patient auch, zulässige passive bzw. indirekte Sterbehilfe erhalten.⁸⁴

VI. Schlussbetrachtungen

Es hat sich gezeigt, dass höchstrichterliche Entscheidungen aus der jüngsten Zeit das Selbstbestimmungsrecht des Sterbewilligen gestärkt haben. Der BGH lässt eine Tendenz erkennen, von der umstrittenen Lehre zum Tatherrschaftswechsel faktisch abzurücken. So nimmt er weder im Berliner Verfahren von 2019 noch im Insulinspritzen-Fall von 2022 bei vergleichbarer Lage einen solchen Tatherrschaftswechsel an, der den Garanten zur Hilfe verpflichten würde. Stattdessen fordert er, Suizident und Garant müssten vorher vereinbart haben, dass der Garant nach der Tötungshandlung nicht mehr zur Lebensrettung, sondern alleine Sterbebegleitung verpflichtet sei. Welchen Anforderungen eine solche Vereinbarung genügen muss, lässt er offen. Im Regelfall dürfte eine solche Vereinbarung nur mündlich geschlossen sein. Im Insulinspritzen-Fall erschöpft sie sich in der Bitte, den Tod abzusichern und hinterher keine Rettungsmaßnahmen einzuleiten. Auch im Berliner Verfahren von 2019 bestand die Abrede in der mündlichen Vereinbarung, keine Rettungsmaßnahmen einzuleiten, sondern nur noch Sterbebegleitung zu leisten. Liegt dieser Abrede der freiverantwortliche Sterbewunsch des Suizidwilligen zugrunde, suspendiert er nach den neuesten BGH-Entscheidungen die Garantenpflicht. Das sollte auch für den Fall gelten, wenn der Sterbewunsch schriftlich niedergelegt wurde, dem Garanten (Arzt oder Angehörigen) die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunsches bekannt ist und er den

Patienten in dieser Situation vorfindet. Hier die Suspendierung der Garantenpflicht abzulehnen, wie im Wittig-Fall geschehen, ist eine nicht nachvollziehbare Differenzierung und höhlt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus. Es wäre ein wichtiger Schritt, jede Form des Verzichts auf Lebensverlängerung in diesen Fällen anzuerkennen und eine Garantenpflicht abzulehnen. Voraussetzung ist, dass die Kriterien der Freiverantwortlichkeit und der Mitwirkung am eigenen Suizid – die nur bei Handlungsunfähigen entfällt – erfüllt und bewiesen sind. Daher ist es wichtig, den Beweis des freien Sterbewunsches nicht dem Sterbehelfer zu überlassen, sondern durch ein Vier-Augen-Prinzip in die Hände von zwei Ärzten, von denen der eine ein Psychiater ist, zu legen.

Die Gruppe der handlungsunfähigen Patienten gilt es indes aus dem Anwendungsbereich des § 216 StGB auszuklamern. Ob dies über eine verfassungskonforme Auslegung i.S.d. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG – wie es der BGH vornimmt – oder eine teleologische Reduktion über die wertungsgleiche Behandlung mit der Suizidbeihilfe – wie hier vorgeschlagen – geschieht, ist im Ergebnis gleichgültig. Von Bedeutung ist nur, dass im Ergebnis der straffrei bleibt, der einem freiverantwortlichen, handlungsunfähigen Suizidenten, auf dessen Wunsch tötet.

Sind für einen Arzt, Angehörigen oder Dritten die Tatherrschaft und die Freiverantwortlichkeit des Suizidentenschlusses in der Situation nicht erkennbar, so ist es zum Schutz des Suizidenten allerdings geboten, seinen Selbsttötungsversuch zu verhindern.⁸⁵ Das gilt insbesondere für den Fall, in dem ein depressiver Suizidwilliger vorgefunden wird, und sein freier Sterbewunsch nicht ohne weiteres erkennbar ist. Ist der Sterbewunsch – wie in so vielen Fällen – Ausdruck einer psychischen Störung, etwa einer schweren Depression, welche den freien Sterbewunsch verzerrt, ist nach aktueller Rechtslage eine Beihilfe zum Suizid bei Strafe verboten. Leistet jemand dem Suizidenten dennoch Hilfe, macht er sich wegen eines Tötungsdeliktes strafbar. Ist hingegen die depressive Phase vorübergehend, kann der Suizident die Freiheit zur Selbsttötung – und Hilfe dazu – nach Ende der Krankheitsphase wiedererlangen.

Um den Nachweis von strafloser Beihilfe zum Suizid oder strafbarer Fremdtötung in der Praxis zu ermöglichen, ist es notwendig, einen Rahmen zu schaffen, der vor Missbrauch schützt. Dazu erscheint nach hier vertretener Auffassung das Vier-Augen-Prinzip und die Beurteilung der Freiverantwortlichkeit durch einen Psychiater ebenso wichtig wie das Einhalten eines längeren Zeitfensters, über das sich der Sterbewunsch erstreckt und das auf den individuellen Fall (Schmerzen, Aussichtslosigkeit der Situation, Art der Krankheit etc.) abgestimmt ist. Und schließlich ist es unübertroffen wichtig, den Betroffenen Alternativen zum Sterben und Wege zurück ins Leben aufzuzeigen.

⁸⁵ Unter den Voraussetzungen des § 323c Abs. 1 StGB droht ansonsten eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung bzw. für Garanten sogar wegen eines (fahrlässigen) Tötungsdeliktes durch Unterlassen.

⁸⁴ Siehe dazu oben Fn. 4.

Relevanz von Sekundärzwecken im Vermögensstrafrecht?

Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23*

Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn**

Im Rahmen eines Verfahrens wegen Subventionsbetrugs hat der 5. Strafsenat des BGH sich obiter dictum zur Auslegung des Vermögensbegriffs i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB geäußert. Den Ausführungen des Senats ist aus dogmatischen und verfassungsrechtlichen Gründen zu widersprechen.

I. Einführung

In einer jüngst veröffentlichten Entscheidung hat der 5. Strafsenat sich zur Strafzumessung beim Subventionsbetrug geäußert. In diesem Rahmen formuliert er mehrere obiter dicta¹, die das Vermögensstrafrecht generell betreffen und vermuten lassen, dass er dahingehend bei der nächsten Gelegenheit eine Divergenzvorlage an den 1. Strafsenat im Sinn haben könnte. Offenbar möchte der Senat sein ohnehin sehr weites Verständnis der Vermögensdelikte, insbesondere der §§ 263, 266 StGB, weiter auszudehnen.

II. Der entscheidungserhebliche Sachverhalt

Maßgeblich ging es um folgenden Sachverhalt:² Der Hauptangeklagte war geschäftsführender Alleingesellschafter der G-GmbH, die Unternehmen bei der Beantragung von Fördermitteln und der entsprechenden Abwicklung beriet. 2010 legte das Bundesministerium für Wirtschaft die sog. „goinno-Förderung“ neu auf. Damit sollte eine Innovationsberatung in der Anfangsphase eines Ideen- und Innovationsprozesses gefördert werden (z.B. eine Marktanalyse oder die Beratung zu Anschlussförderungen), wie sie beispielsweise die G-GmbH anbot. Allerdings sollte durch „goinno“ nur die Hälfte der Beratungskosten bezuschusst werden; die andere Hälfte sollten die geförderten Unternehmen in Eigenregie aufbringen. Das Ministerium versprach sich davon zum einen, dass die Idee bei einem Eigenanteil ernsthaft verfolgt würde und Mitnahmeeffekte vermieden werden könnten. Zum anderen sollte dadurch mittelbar kontrolliert werden, dass die Beratungsleistung auch tatsächlich erbracht wird, weil das Unternehmen seinen Eigenanteil nur dann leisten würde. In den Förder-

richtlinien wurden Angaben zum Eigenanteil für subventionserheblich i.S.d. § 2 SubvG erklärt. Das Unternehmen bekam einen Gutschein für die externe Beratung i.H.v. 50 %. Dann sollte die Beratung stattfinden und der Eigenanteil geleistet werden. Anschließend konnte das Beratungsunternehmen die Fördersumme beantragen; dabei musste die G-GmbH bestätigen, dass sie den Eigenanteil erhalten hat. Anschließend zahlte die Behörde die verbleibende Hälfte an die G-GmbH aus.

Viele kleine und mittlere Unternehmen (KMU) waren aufgrund des Eigenanteils von dem Förderprogramm abgeschreckt. Die G-GmbH entwickelte daher verschiedene Strategien, wonach sie selbst den Unternehmen die Mittel in der erforderlichen Höhe zukommen ließ, die diese dann an die G-GmbH zurückzahlten, was diese als Beleg für die Eigenleistung der Kundenunternehmen gegenüber dem Subventionsgeber angab. Da auf diese Weise der Förderantrag für die Kunden kein wirtschaftliches Risiko mehr barg, nahmen viele das Angebot dankend an. Viele der Förderberatungen führten zu Anschlussförderungen (insb. im Rahmen des „Zentralen Innovationsprogramms Mittelstand“).

III. Die Ausführungen des Senats zum konkreten Fall

Das Landgericht Berlin verurteilte den Geschäftsführer der G-GmbH und weitere in das Geschäftsmodell involvierte Personen wegen mehrerer Fälle des gewerbs- und bandenmäßigen Subventionsbetruges. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten verwarf der Senat als offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO),³ sah sich aber dennoch zu Ausführungen in Bezug auf eine bestimmte Rüge veranlasst, nämlich den Vortrag, es sei nicht strafmildernd berücksichtigt worden, dass die Beratungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht worden seien. Dem hält der Senat entgegen, dass die Beratungsleistungen als Ganze nicht förderfähig gewesen seien, weil der Subventionsgeber einen Eigenanteil von 50 % zur Voraussetzung der Förderung gemacht habe.⁴ Er führt wörtlich aus:

„Diese Einschränkung diene ersichtlich vom Subventionsgeber bestimmten öffentlichen Zwecken, denen die Finanzierung des Eigenanteils durch das Beratungsunternehmen G. zuwiderliefe. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass die durch den Eigenanteil eigentlich gewünschte Leistungs- und Qualitätskontrolle der Beratung durch die Umgehung des Eigenanteils erheblich gestört wurde, wodurch für den Subventionsgeber das unerwünschte Risiko einer wahllosen Förderung von Projektideen entstand. Damit wurde die eigentliche Idee des „goinno-Projekts“, den Gründergeist der KMUs zu unterstützen und ihnen bei der Entwicklung geeigneter Projekte zu helfen, an die sie selbst glauben, konterkariert. Der Subventionsgeber wollte also nicht ir-

* Die Entscheidung ist abrufbar unter

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7740fd97eac56fc187879f889c961d9c&nr=137138&anz=1&pos=0>

sowie abgedruckt in NJW 2024, 1827 m.Anm. Trüg; NStZ 2024, 488 m.Anm. Czimek/Schefer; NZWiSt 2024, 310; StraFo 2024, 238; VergabeR 2024, 536 m.Anm. Hertwig; wistra 2024, 334; ZWH 2024, 254. Besprechungsaufsätze bei Mitsch, JZ 2024, 993; Schmitz, NZWiSt 2024, 306; Wohlers, ZWH 2024, 237; vgl. außerdem Strauß, ZStW 136 (2024), 724.

** Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Dazu zutreffend Wohlers, ZWH 2024, 237 (237).

² Nach der Zusammenfassung bei BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 4 ff.

³ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 1.

⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 23.

gendwelche Innovationsberatungen, sondern nur bestimmte fördern. Beratungen ohne Erbringung eines Eigenanteils, wie sie von der G. angeboten wurden, fielen nicht darunter.“⁵

Daher bestehe der Schaden für die öffentliche Hand in der gesamten Fördersumme, weshalb die Beratungsleistung nicht strafmildernd angesetzt werden könne.⁶ Die Nachweise zur Finanzierung des Eigenanteils hätten nicht „lediglich formelle Voraussetzungen, die etwa der bloßen Erleichterung der Verwaltungstätigkeit oder der Beweissicherung dienen“, dargestellt.⁷

IV. Die obiter dicta

Noch weiter gehen die diesen Ausführungen vorangestellten obiter dicta, mit denen der *Senat* teilweise von seiner eigenen, in einer früheren Entscheidung geäußerten Auffassung⁸ abrickt:

So könne auch dann, wenn (zwischen Bewilligung und Auszahlung) Leistungen im Sinne des Subventionszwecks erbracht wurden, bei Vorlage von Scheinrechnungen in der Auszahlung ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB liegen.⁹ Denn „die öffentliche Hand [mache] die Auszahlung von Fördermitteln zu Recht gerade auch deshalb von der Vorlage wahrheits- und ordnungsgemäßer Rechnungen abhängig [...], um Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Lohndumping, illegale Beschäftigung oder eine andere den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Mittelverwendung auszuschließen.“¹⁰ Es „widerspr[ache] der Betrugsdogmatik“, dass eine täuschungsbedingte Vermögensminderung nicht zu einem Schaden führen soll, nur weil zuvor überhaupt Gelder für den Subventionszweck eingesetzt worden seien; eine Kompensation der Vermögensminderung könne nur dann erfolgen, wenn der ausgleichende Vermögenszuwachs unmittelbar aus der Verfügung folge.¹¹ Nichts anderes gelte in Bezug auf Subventionsgewährungen der öffentlichen Hand; der Forderung aus einer Bewilligung komme nur dann wirtschaftlicher Wert zu, wenn der Anspruch rechtlich anerkannt werde, was nur dann der Fall sei, wenn alle Voraussetzungen vorliegen, an die der Subventionsgeber die Bewilligung knüpft.¹² Dass eine ordnungsgemäße Abrechnung möglich gewesen wäre, habe als hypothetische Überlegung außer Betracht zu bleiben.¹³

Unabhängig von diesen Bedenken gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zu § 263 Abs. 1 StGB, könnten deren Grundsätze aufgrund der Unterschiedlichkeit der Delikte überdies nicht ohne Weiteres auf die Strafzumessung im

Rahmen des Subventionsbetrugs übertragen werden.¹⁴ Seien „wichtige formale Bedingungen [d]er Gewährung oder Auszahlung“ nicht erfüllt, liege eine „nicht gerechtfertigte Subvention“ i.S.d. § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB in Höhe der gesamten ausgezahlten Summe vor, weil diese Bedingungen „regelmäßig [...] öffentlichen Zwecken [dienen], von denen der Subventionsgeber die Auszahlung der Fördergelder im öffentlichen Interesse abhängig mach[e]“.“¹⁵

V. Kritische Würdigung der Entscheidung im konkreten Verfahren

Die Entscheidung hat bereits erste kritische Reaktionen hervorgerufen.¹⁶ In der Tat wirft sie zahlreiche komplexe Fragen auf, die der *Senat* nicht hinreichend voneinander trennt.

1. Bezugspunkt des Tatverhaltens

Auffällig ist zunächst, dass der *Senat* auf die Beantragung der Auszahlung der Fördersumme rekurriert. Klargestellt sei, dass es sich bei der Auszahlung nicht um die eigentliche Subvention handelt. Eine Subvention zeichnet sich dadurch aus, dass sie dem Zweck der Wirtschaftsförderung dient (vgl. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB). Die Leistung ist also (nur) für denjenigen Betrieb bzw. dasjenige Unternehmen eine Subvention, der bzw. das gefördert werden soll. Im entscheidungserheblichen Sachverhalt waren das die *beratenen* Unternehmen und nicht die (beratende) G-GmbH. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Antragsprozess durch das jeweilige Beratungsunternehmen durchgeführt wurde. Die Förderrichtlinien¹⁷ selbst unterscheiden klar zwischen der Antragsberechtigung und dem „begünstigten Unternehmen“. Die Tätigkeit des Beratungsunternehmens stellt sich daher als eine bloße Subventionsvermittlung dar.

Das ändert freilich nichts an der Anwendbarkeit des § 264 StGB, der – mit Ausnahme von Abs. 1 Nr. 3 – gerade nicht als Sonderdelikt des Subventionsempfängers, sondern als Allgemeindelikt ausgestaltet ist.¹⁸ Täter eines Subventionsbetrugs können im Falle des Machens falscher subventionserheblicher Angaben auch die vertretungsberechtigten Personen des antragsberechtigten Beratungsunternehmens, hier der G-GmbH, sein.¹⁹ Entscheidend ist aber Folgendes: Die Subvention liegt nicht in der Auszahlung der Fördersumme an das Beratungsunternehmen, sondern in der Gewährung des Beratungsgutscheins an das zu beratende Unternehmen. Die-

¹⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 20.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 20.

¹⁶ *Czimek/Schefer*, NStZ 2024, 491; *Mitsch*, JZ 2024, 993; *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306; *Strauß*, ZStW 136 (2024), 724; *Trüg*, NJW 2024, 1830.

¹⁷ Die wohl für den Tatzeitraum maßgebliche Fassung: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Richtlinie BMWi-Innovationsgutscheine zur Förderung von Innovationsmanagement in kleinen Unternehmen v. 6.4.2010 = Bundesanzeiger v. 30. April 2010, Nr. 66, S. 1538–1541.

¹⁸ Bspw. *Köpferl*, in: Rotsch/Wagner/Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl. 2025, Rn. 795 ff. m.w.N.

¹⁹ *Köpferl* (Fn. 18), Rn. 795 m.w.N.

⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 23 f.

⁶ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 25.

⁷ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 25.

⁸ BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05 = NStZ 2006, 624.

⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn.16.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16.

¹¹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16 f.

¹² BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

¹³ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 19.

ser muss von den Beratungsunternehmen als rechtsverbindliches Zahlungsmittel akzeptiert werden.²⁰ Seine „Einlösung“ beim Ministerium findet daher letztlich im Nachgang des eigentlichen Förderprozesses statt. Die chronologisch erste Frage, die sich stellt, muss daher sein, ob eine „Täuschung“ (bereits) im Rahmen des *Bewilligungsverfahrens* stattgefunden hat.

2. Angaben im Bewilligungsverfahren

a) Subventionsbetrug, § 264 StGB

Der Täuschung i.R.d. § 263 StGB entspricht bei § 264 StGB das Machen unrichtiger Angaben.²¹ Ein Machen unrichtiger Angaben (§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB) könnte darin liegen, dass das zu fördernde Unternehmen erklärt, dass es den Eigenanteil selbst erbringen wird bzw. will.

In der ursprünglichen und für den Zeitraum relevanten Fassung der Förderrichtlinien findet sich unter den „Zuwendungsvoraussetzungen“ (5.1) nur die Aussage:

„Das kleine Unternehmen muss den nicht geförderten Anteil der Ausgaben für die Beratungsleistung selbst erbringen (Eigenbeteiligung).“

Dahingehende Erklärungen im Rahmen der Antragstellung waren strenggenommen nicht falsch, da auch dann, wenn die G-GmbH zuvor aufgrund von Scheingeschäften die betreffende Summe an das zu fördernde Unternehmen gezahlt hatte, eine Überweisung aus dem Vermögen des jeweiligen Unternehmens an das Beratungsunternehmen erfolgte (und von Anfang an erfolgen sollte). Soweit ersichtlich, wurde erst in der Neufassung von 2020²² – vermutlich mit Blick auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt – unter „Verfahren und Evaluation“ (7.8 UAbs. 2 lit. c) ergänzt:

„Dieser Eigenanteil darf in keiner Form vom Beratungsunternehmen oder mit diesem in Verbindung stehenden Unternehmen finanziert oder zurückerstattet werden.“

Fraglich ist, ob dieser Anpassung in der Sache nur klarstellender Charakter zukommt (die Bewilligung der Förderung bei einer Finanzierung des Eigenanteils durch das Beratungsunternehmen also in der Sache bereits im Zeitpunkt abgeschlossen war) oder es sich dabei um eine relevante Gegensteuerungsmaßnahme handelt. Insoweit ist § 4 Abs. 2 SubvG zu bedenken: Danach ist die Bewilligung einer Subvention ausgeschlossen, „wenn im Zusammenhang mit einer beantragten Subvention ein Rechtsgeschäft oder eine Handlung unter Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vorgenommen wird. Ein Mißbrauch liegt vor, wenn jemand eine den gegebenen Tatsachen und Verhältnissen unangemessene Gestaltungsmöglichkeit benutzt, um eine Subvention oder einen

Subventionsvorteil für sich oder einen anderen in Anspruch zu nehmen oder zu nutzen, obwohl dies dem Subventionszweck widerspricht. Dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn die förmlichen Voraussetzungen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils in einer dem Subventionszweck widersprechenden Weise künstlich geschaffen werden.“

Um eine solche künstliche Schaffung der formellen Bewilligungsvoraussetzungen könnte es sich bei den vorgängigen Scheingeschäften handeln. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn sie dem *Subventionszweck* widersprechen.

Hier zeigt sich das implizite Kernproblem des Falles, das der *Senat* geflissentlich ausblendet: die Bestimmung des Zwecks der Subvention. Diese Frage kann nicht dadurch umgangen werden, dass man diesen Aspekt für die Schadensberechnung für unbeachtlich erklärt, weil er bereits dafür relevant wird, ob überhaupt falsche Angaben vorliegen.²³ Zugleich ist sie aber auch nicht einfach zu beantworten:²⁴

In der Verwaltungsrechtswissenschaft ist umstritten, ob bei Subventionen zwischen Primär- und Sekundärzwecken unterschieden werden kann und darf.²⁵ Diesbezüglich ist zwar zutreffend, dass das Gesetz eine derartige Differenzie-

²³ Tendenziell ähnlich *Trüg*, NJW 2024, 1830.

²⁴ So auch bspw. *Nuzinger*, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 242; *Strauß*, ZStW 136 (2024), 724 (771 f.); *Wohlert*, ZWH 2024, 237 (240) m.w.N.

²⁵ Vgl. etwa *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, Rn. 790: „In Schrifttum und Rechtsprechung ist umstritten, wie der Subventionszweck im Einzelnen zu verstehen ist. Zur Konkretisierung werden folgende unbestimmte und wenig aussagekräftige Umschreibungen und Eingrenzungen verwendet: Primärzweck bzw. Primäreffekt, Sekundärzweck, Hauptzweck, Nebenzweck, Nahzweck, entfernterer Zweck. Unklar ist ferner, ob der mit dem Unternehmerverhalten verfolgte Subventionszweck nach subjektiven Kriterien wie z. B. Sphären, Verursachung, Verantwortung und Vertretenmüssen oder nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist. Es ist zutreffend auf den mit der Subventionsgewährung unmittelbar angestrebten Erfolg, das unmittlere Unternehmerverhalten, abzustellen“ (Hervorhebungen und Fußnoten entfernt); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 101: „Von der Mehrheit der mit der Subventionsvergabe verfolgten Zwecke ist der nächstliegende, mit der Zuwendung im Verhalten des Empfängers angestrebte Zweck angesprochen, der sich allein als Verwendungsrichtmaß eignet. Allerdings ist die Bestimmung dieses Primärzwecks vielfach problematisch; schon deshalb ist bei der in den Subventionsbescheid aufzunehmenden Zweckbestimmung auf größtmögliche Bestimmtheit zu achten“ (Hervorhebungen, Fußnoten und Verweise entfernt); *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Grundwerk Juli 2020, § 49 Rn. 168: „Die Unterscheidung zwischen einem Primärzweck und ‚Fernzielen‘ des Leistungsbescheids findet im Gesetz keine Grundlage; die Zweckbestimmung obliegt der Verwaltung, die dabei allerdings das Bestimmtheitsgebot beachten muss“ (Hervorhebungen, Fußnoten und Verweise entfernt).

²⁰ Vgl. auch <https://www.innovation-beratung-foerderung.de/INNO/Navigation/DE/go-inno/FAQ/faq.html> (19.3.2025).

²¹ *Köpfert* (Fn. 18), Rn. 792 m.w.N.

²² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Richtlinie „BMWi-Innovationsgutscheine (go-inno)“ v. 20.11.2020 = BAnz AT 26.11.2020 B2.

rung nicht *expressis verbis* vorsieht.²⁶ Zugleich darf aber die öffentliche Hand die Gewährung von Förderungen nicht von Aspekten abhängig machen, die mit dem eigentlichen Anliegen nichts zu tun haben: So hat bspw. kürzlich das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Gewährung einer Förderung der Elektromobilität aus Gründen des Umweltschutzes nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Antragsteller sich von Scientology distanziert.²⁷ Dies folgt aus dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG: Es bedarf einer sachlichen Rechtfertigung, warum bestimmte Antragsteller durch entsprechende Voraussetzungen von der Möglichkeit einer Förderung ausgeschlossen werden sollen, die im inneren Zusammenhang mit der Förderung stehen muss. Gleichgültig, ob man von einer Differenzierung zwischen Primär- und zulässigem Sekundärzweck oder dem Begriff des Subventionszwecks im Allgemeinen spricht, muss dieser Aspekt Berücksichtigung finden.

Im entscheidungserheblichen Sachverhalt war jedenfalls (Primär-)Zweck der Förderung, kleine und mittlere Unternehmen mit innovativen Ideen dazu zu ermutigen, sich diesbezüglich beraten zu lassen und diese so ausbauen zu können.²⁸ Dieser Zweck wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Eigenanteil von dritter Seite finanziert wird. Das gilt ganz unabhängig davon, ob der Eigenanteil bspw. wirtschaftlich gesehen in Wahrheit aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters stammt oder – wie hier – in der Sache durch das Beratungsunternehmen getragen wird. Daher erschließt sich nicht, wie der *Senat* auf die Idee kommt, durch die Übernahme des Eigenanteils durch die G-GmbH sei „die eigentliche Idee des ‚go-inno-Projekts‘, den Gründergeist der KMUs zu unterstützen und ihnen bei der Entwicklung geeigneter Projekte zu helfen, an die sie selbst glauben, konterkariert“ worden.²⁹ Unklar bleibt auch, woher der *Senat* dieses Telos des Eigenanteils nimmt; aus den allein maßgeblichen Richtlinien ergibt es sich nicht. Der Unterstellung, nur Projekte mit Eigenanteil würden ernsthaft betrieben, steht beispielsweise auch entgegen, dass selbst der Abbruch der Beratung nicht zu

einem Verlust der Förderung führt.³⁰ Vielmehr könnte der Deckelung der Förderung auf 50 % auch z.B. der Gedanke zugrunde liegen, dass auf diese Weise in Summe mehr verschiedene Unternehmen gefördert werden können. Dafür, dass die Verhinderung von „Mitnahmeeffekten“ ein relevanter Subventionszweck sein sollte,³¹ fehlen also sämtliche objektiven Anhaltspunkte, was auch verwaltungsrechtlich gesehen dazu führt, dass ein solcher nicht unterstellt werden kann.³²

Wird dadurch aber der (verbleibende) Subventionszweck nicht beeinträchtigt, liegt auch keine Umgehungshandlung gem. § 4 Abs. 2 SubvG vor, die die Bewilligungsvoraussetzungen entfallen lässt. Es lässt sich daher mit den genannten Gründen bereits bezweifeln, dass im Zeitpunkt der Antragstellung unrichtige Angaben i.S.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemacht wurden.

b) Betrug, § 263 StGB

Daher stellt sich jedenfalls nach h.A. als nächstes die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB.³³ Insoweit sind bei der Täuschung dieselben Erwägungen anzustellen wie beim Machen falscher Angaben i.R.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weshalb aus den gleichen Gründen eine Täuschung ausscheidet. Teilt man die hiesige Auffassung nicht, so ist von einem Irrtum auf Seiten der zuständigen Sachbearbeiter im Ministerium auszugehen, der zu einer Vermögensverfügung in Gestalt der Gewährung des Gutscheins führt. In der Folge stellt sich die Frage nach dem Eintritt eines Vermögensschadens.

Nach h.A. kann bei Subventionen das Saldierungsprinzip nicht unmittelbar angewandt werden, weil es an einem echten Austauschverhältnis fehlt; vielmehr werde die Subventionszahlung kompensiert, indem der Zweck der Subvention erreicht wird.³⁴ Der *Senat* widerspricht dem und versucht, auf eine rein formalistische Betrachtung abzustellen: Da eine der formellen Förderungsvoraussetzungen nicht erfüllt sei, bestehe kein Anspruch, weshalb auf eine nicht bestehende Verpflichtung geleistet werde und damit ein Schaden in voller Höhe eintrete.³⁵ Nicht zufällig verweist der *Senat* insoweit auf seine

²⁶ Schoch (Fn. 25), § 49 Rn. 168.

²⁷ BVerwGE 175, 199.

²⁸ „Mit BMWi-Innovationsgutscheinen werden in kleinen Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft einschließlich des Handwerks mit technologischem Potenzial externe Beratungsleistungen zur Unterstützung von Produkt- und technischen Verfahrensinnovationen gefördert. Diese Leistungen werden durch – von der Bewilligungsbehörde autorisierte – Beratungsunternehmen durchgeführt.

Die Förderung soll helfen, das technische und wirtschaftliche Risiko, das mit Produkt- und technischen Verfahrensinnovationen verbunden ist, zu mindern, die internen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Umsetzung von Innovationsvorhaben im Unternehmen zu schaffen bzw. zu verbessern und bei Technologiekooperationen Transaktionskosten zu senken. Damit ergibt sich als Ziel des Programms, die Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit der beratenen Unternehmen zu erhöhen.“

²⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 22.

³⁰ <https://www.innovation-beratung-foerderung.de/INNO/Navigations/DE/go-inno/FAQ/faq.html> (17.2.2025).

³¹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 6.

³² Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.10.2014 – 8 LA 52/14 = BeckRS 2014, 57495; Sachs (Fn. 25), § 49 Rn. 101: Unklarheiten gehen zulasten der Behörde.

³³ Danach soll § 264 StGB den Betrugstatbestand als *lex specialis* verdrängen; liegen die Voraussetzungen des Subventionsbetrugs allerdings nicht vor, lebe § 263 StGB wieder auf; vgl. exemplarisch jüngst BGH, Beschl. v. 12.10.2023 – 2 StR 243/22, Rn. 32 = NJW 2024, 94 (97) m.w.N. Richtig dagegen Hellmann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 264 Rn. 170 ff.

³⁴ Vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05 = NSTZ 2006, 624 (625); BGH, Beschl. v. 25.4.2014 – 1 StR 13/13, Rn. 52 = BGHSt 59, 205 (215).

³⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

Rechtsprechung zum vertragsärztlichen Abrechnungsbetrug,³⁶ die auf eine streng formale Betrachtungsweise abstellt. Die dagegen vorgebrachten Argumente lassen sich auch gegen die hiesige Entscheidung einwenden:

aa) Verstoß gegen das Verschleifungsverbot

Zum einen wird hierdurch das Verschleifungsverbot³⁷ verletzt, denn letztlich folgt dann aus dem Machen falscher Angaben immer auch der Vermögensschaden. Der *Senat* antizipiert diesen Einwand und verweist insoweit auf eine Nichtannahmeentscheidung der 2. Kammer des *Zweiten Senats* des BVerfG³⁸, die sich auf die Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* des BGH zum Abrechnungsbetrug bezieht.³⁹ Allerdings ist die betreffende Kammerentscheidung ihrerseits sehr angreifbar. Der *Zweite Senat* des BVerfG hatte in seiner Entscheidung zur Verfassungskonformität des Untreuetatbestands das Verschleifungsverbot mit folgenden Worten formuliert: Es dürfen „[e]inzelne Tatbestandsmerkmale [...] auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“.⁴⁰

Nach der Kammerentscheidung besteht im Rahmen des Abrechnungsbetrugs eine Gefahr für die Verschleifung der Merkmale „Täuschung“ und „Schaden“ durch die formale Betrachtungsweise „bereits“⁴¹ deshalb nicht, weil „als wesentlicher Zwischenschritt für die Entstehung des Vermögensschadens noch die irrtumsbedingte Auszahlung durch die Mitarbeiter der Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen erforderlich ist.“⁴² Dies ändert nichts daran, dass das Schadensmerkmal seine eigenständige (vollendungs-) strafbarkeitsbegründende Funktion verliert, wenn aus dem Umstand, dass formale Fördervoraussetzungen nicht vorliegen und eine darauf bezogene Erklärung zwangsläufig unrichtig ist, gefolgert wird, dass kein Anspruch besteht und eine eventuelle Leistung seitens der anderen Partei daher niemals kompensiert werden kann.⁴³ Die Kammer scheint demnach den eigentlichen Gehalt des Verschleifungsverbots verkannt zu haben, weshalb der Verweis des 5. *Strafsenats* hierauf den Einwand nicht zu entkräften vermag.

³⁶ BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 = BGHSt 65, 110.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (198).

³⁸ BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20 = BeckRS 2021, 12702.

³⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (198).

⁴¹ Weitere Argumente bleibt die Kammer freilich schuldig, worauf *Kessler/Gierok*, MedR 2022, 21 (23), zutreffend hinweisen.

⁴² BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20, Rn. 17 = BeckRS 2021, 12702.

⁴³ Zutreffend *Kessler/Gierok*, MedR 2022, 21 (23); *Warntjen*, A&R 2021, 215 (216); ähnlich auch *Dann*, medstra 2021, 376 (379); a.A. aber *Böse*, ZJS 2015, 239 (241 f.).

bb) Vermögensbegriff/Entgrenzungsverbot

Zum anderen wird der Vermögensbegriff entgrenzt. Auch insoweit verweist der *Senat* als Rechtfertigung auf die Kammerentscheidung des BVerfG.⁴⁴ Durch deren Lesart wird aber die wirtschaftliche Komponente des Vermögensbegriffs aufgegeben, wenn ausgeführt wird, dass der Umstand, dass „für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich“ seien, lediglich widerspiegeln, „dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht“.⁴⁵ Damit verkennt sie freilich die Senatsrechtsprechung des BVerfG, wonach „[n]ormative Gesichtspunkte [zwar] bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen“ können, „die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen“ dürfen.⁴⁶ Bezogen auf die Untreue könne selbst die „Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.“⁴⁷

cc) Rechtsgutsvertauschung

Schließlich wird der von § 263 StGB beabsichtigte Rechtsgüterschutz missachtet. Zumindest bei diesem Tatbestand geht es ausschließlich um den Schutz des Vermögens. Wenn der *Senat* selbst ins Feld führt, dass die Vorlage wahrheits- und ordnungsgemäßer Rechnungen auch dazu dient, „um Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Lohndumping, illegale Beschäftigung oder eine andere, den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Mittelverwendung auszuschließen“,⁴⁸ wird die Rechtsgutsvertauschung⁴⁹ offensichtlich. So berechtigt diese Anliegen sind, so wenig sind sie durch § 263 StGB strafrechtlich geschützt. Der Tatbestand darf nicht künstlich umgedeutet werden, um diese (Sekundär-)Ziele zu verfolgen, indem der Erreichung des primären Subventionszwecks formalistisch der wirtschaftliche Wert abgesprochen wird.⁵⁰

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

⁴⁵ BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20, Rn. 18 = BeckRS 2021, 12702.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10 = BVerfGE 130, 1 (48).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (212).

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16.

⁴⁹ So bspw. *Braun*, ZJS 2014, 35 (40); *Brockhaus*, ZMGR 2014, 22 (26); *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2009, S. 137 f.; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *H. Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57 (66); *Volk*, NJW 2000, 3385 (3388); *M. Wagner*, *Strafrechtliche Aspekte des Einsatzes von Placebos in der Medizin*, 2012, S. 79 ff.; *ders.*, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, Rn. 758 ff.; jeweils m.w.N.; a.A. dagegen *Böse*, ZJS 2015, 239 (243 f.).

⁵⁰ Deutlich auch *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306 (308, 309).

3. Abrechnung des Gutscheins

Scheidet nach dem bisher Gesagten eine Strafbarkeit nach den §§ 263, 264 StGB im Rahmen des Bewilligungsverfahrens aus, so stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit durch die Abrechnung des Gutscheins.

a) Subventionsbetrug, § 264 StGB

Zweifelhaft ist bereits, ob der Anwendungsbereich des Subventionsbetrugs insoweit eröffnet ist. Das hängt davon ab, ob die Abrechnung noch zum Subventionsverfahren gehört oder nicht. Der Begriff ist nicht legaldefiniert, weshalb die zeitlichen Grenzen unklar bleiben. Auch lassen sich verwaltungsrechtliche Grundsätze nicht übertragen, weshalb der Begriff strafrechtsautonom auszulegen ist.⁵¹ Mit Blick auf die Regelung zur tätigen Reue in § 264 Abs. 6 StGB wird man daher davon ausgehen müssen, dass das Subventionsverfahren (spätestens) abgeschlossen ist, wenn die Subvention „gewährt“ wurde. Dies war im entscheidungserheblichen Fall das Zurverfügungstellen des Gutscheins; die nachträgliche Prüfung der Verwendung fällt bspw. nicht mehr unter den Begriff des Subventionsverfahrens⁵². Eine Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs scheidet daher aus.

b) Betrug, § 263 StGB

In Betracht kam vielmehr ein Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Geschäftsführer der G-GmbH im Rahmen der Abrechnung des Gutscheins. Die Subvention (in Gestalt des Gutscheins) wurde dem geförderten Unternehmen zutreffend gewährt und der Gutschein hat gegenüber der G-GmbH zur Hälfte den Anspruch auf das Entgelt für die durchgeführte Förderungsberatung erlöschen lassen. Es stellt sich nun die Frage, ob die G-GmbH den Gutschein beim Ministerium einlösen durfte. Dies richtet sich nach dem wirksam geschlossenen Rahmenvertrag als zertifiziertes Beratungsunternehmen. Ergab sich hieraus, dass eine Abrechnung nur dann zulässig ist, wenn das Beratungsunternehmen keine kompensierenden Zahlungen an das zu beratende Unternehmen geleistet hat, so liegt in der Aufforderung zur Abrechnung des Gutscheins eine explizite oder zumindest konkludente Täuschung, die sicherlich zu einem spiegelbildlichen Irrtum bei den Mitarbeitern des Ministeriums geführt haben wird. In der Auszahlung liegt eine Vermögensverfügung zulasten des Bundes.

Der Vermögensschaden entspricht in dieser Konstellation konstruktiv demjenigen beim echten Erfüllungsbetrug und die erforderliche Saldierung ist daher streng vertragsakzesso-

risch vorzunehmen.⁵³ War in den Vertragsbedingungen vereinbart, dass ein Einlösen nur dann möglich sein soll, wenn der Eigenanteil vom beratenen Unternehmen (wirtschaftlich) selbst getragen wurde, liegt hierin eine beachtliche Leistungsbedingung für das Ministerium. Täuscht das Beratungsunternehmen über das Vorliegen dieser Bedingung, liegt in der Zahlung eine Leistung ohne Rechtsgrundlage, die nicht durch Erlöschen des Anspruchs kompensiert wird.

VI. Zusammenfassung

Der Entscheidung ist nicht zuzustimmen. Eine Verurteilung des Angeklagten hätte allenfalls wegen Betruges, nicht aber wegen Subventionsbetrugs erfolgen dürfen. Die nichttragenden Überlegungen des *Senats* überzeugen nicht, sondern weisen vielmehr das Potenzial für eine weitere Entgrenzung der Strafbarkeit nach den §§ 263, 266 StGB auf.⁵⁴ Es bleibt zu hoffen, dass die anderen Strafsenate des BGH bzw. – spätestens – der *Große Senat für Strafsachen* dieser fragwürdigen Tendenz der Rechtsprechung des 5. Strafsenats Einhalt gebieten.

⁵¹ Zutreffend *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 264 Rn. 93.

⁵² So auch bspw. *Ceffinato*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 76; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 264 Rn. 29; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 264 Rn. 49; jeweils m.w.N.

⁵³ Vgl. nur etwa *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 52), § 263 Rn. 243 m.w.N.

⁵⁴ Mahnend auch *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306.

Greenwashing beim Vertrieb von Finanzprodukten als Anwendungsfall des § 264a StGB?

Zugleich Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des Kapitalanlagebetrugs

Von Akad. Mitarbeiter Dr. Alexander Bechtel, Tübingen*

Greenwashing wird als Phänomen schon seit geraumer Zeit und in unterschiedlichsten Kontexten diskutiert. Die strafrechtliche Dimension des Phänomens geht dabei deutlich über Fragen des Betruges (§ 263 StGB) oder der unlauteren Werbung (§ 16 UWG) hinaus. So sehen sich Anleger am Kapitalmarkt in zunehmendem Maße mit „grünen“ bzw. nachhaltigen Finanzprodukten konfrontiert. Das Versprechen, mit der eigenen Geldanlage nicht nur individuelle finanzielle Vorsorge zu betreiben, sondern auch im Sinne des Gemeinwohls zu investieren, erweist sich dabei als äußerst attraktiv. Wenn nun aber das Nachhaltigkeitsversprechen nur formal existiert, die behauptete Nachhaltigkeitsorientierung also durch die beworbenen Produkte gar nicht geleistet wird, ergibt sich die Frage, ob bereits die „Falschdeklaration“ für sich genommen Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetruges (§ 264a StGB) sein kann. Die Fragestellung erfordert dabei nicht nur eine Hinwendung zu den hinter der Vorschrift stehenden Rechtsgütern, sondern weiterführend auch eine Befassung mit dem auf eine Transformation (auch) der Kapitalmärkte in Richtung Nachhaltigkeit zielenden europäischen Regelungsrahmen.

I. Einleitung

Schon seit einigen Jahren erfreut sich der Begriff des „Greenwashings“ großer Beliebtheit, soweit es um die schönfärberische Bewerbung von Produkten unter dem Gesichtspunkt ihrer (angeblichen) Nachhaltigkeit geht. Mag man in diesem Zusammenhang auch zunächst an Konsumprodukte des täglichen Bedarfs denken, die für sich – sei es bezogen auf die Herstellung, sei es bezogen auf die Verpackung – eine besondere Nachhaltigkeit in Anspruch nehmen, so darf nicht aus dem Blick geraten, dass auch die Anbieter von Finanzprodukten längst die Attraktivität „nachhaltiger“ Investmentprodukte für sich entdeckt haben. Beworben werden neben ESG-Fonds, die sich an den Leitkriterien Environment (Umwelt), Social (Soziales) und Governance (gute Unternehmensführung) orientieren, auch „Green Bonds“, „grüne“ Anleihen also.

Dass die (allzu) schönfärberische Charakterisierung von Finanzprodukten als nachhaltig das Potential hat, die Strafverfolgungsbehörden auf den Plan zu rufen, zeigt sich am Beispiel der Fondsgesellschaft DWS, einer Tochter der Deutschen Bank, deren Räumlichkeiten seit 2022 mehrfach durchsucht wurden – der von der Staatsanwaltschaft nach außen kommunizierte Verdacht: Kapitalanlagebetrug.¹

* Der Verf. ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Vgl. zum Ganzen tagesschau v. 24.1.2024, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/dws-durchsuchung-greenwashing-100.html> (5.3.2025).

Dass der Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) in diesem Kontext überhaupt in den Fokus rückt, hat unterschiedliche Gründe. So setzt der vermeintlich vorrangige Betrugstatbestand (§ 263 StGB) mit dem Erfordernis eines – über Irrtum und Vermögensverfügung vermittelten – Vermögensschadens (und eines damit korrespondierenden Vorsatzes) deutlich mehr voraus als der als abstraktes Gefährungsdelikt ausgestaltete Kapitalanlagebetrug.² Dies wirkt sich notwendigerweise auf die (prozessuale) Frage der Beweisbarkeit aus, hat aber auch und bereits materiell-rechtliche Bedeutung.³ Andere (Spezial-)Straftatbestände, namentlich solche aus BörsG, WpHG und AktG, weisen einen deutlich anders gelagerten Zuschnitt auf: Zum Teil genügt die schönfärbende Bewerbung bzw. Beschreibung für sich genommen von vornherein nicht zur Tatbestandsverwirklichung, zum Teil ist die täterschaftliche Verantwortlichkeit an das Innehaben einer bestimmten (Organ-)Stellung gekoppelt.⁴

§ 264a StGB kommt demnach – potentiell – eigenständige Bedeutung im Zusammenhang mit Schönfärbereien in Bezug auf die Nachhaltigkeit von Finanzprodukten zu. Dies wird auch im jüngeren Schrifttum so gesehen, wobei die insoweit mehrheitlich favorisierte Öffnung des Tatbestandes (auch) für nachhaltigkeitsbezogene Schönfärbereien⁵ dezidiert

Ob daran eine „geänderte behördliche Verfolgungspraxis“ – i.S.e. (Wieder-)Entdeckung des Straftatbestandes des § 264a StGB – festzumachen ist (in diesem Sinne *Ruttloff/Wehlau/Wagner/Skoupil/Rothenburg*, BB 2023, 1283 [1287]), lässt sich gegenwärtig freilich (noch) nicht abschätzen.

² Zum Deliktcharakter siehe unten II. – Zur Anwendbarkeit des § 263 StGB im Zusammenhang mit Greenwashing (generell sowie auch und insbesondere beim Vertrieb von Finanzprodukten) vgl. im Übrigen *Heinelt*, BKR 2024, 58 (60 ff.); *Kasiske*, WM 2023, 53 (56 f.); *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 (234 ff.); ausführlich *Schrott/Mayer*, GA 2023, 615 (Teil 1), 675 (Teil 2).

³ Den auch materiell-rechtlichen Unterschied zutreffend betonend *Tiedemann/Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 264a Rn. 11, wonach „Kapitalanlagebetrug [...] nicht notwendigerweise zumindest versuchter Betrug [ist] [...]“; so mag ein Prospektverantwortlicher trotz der vorsätzlichen Täuschung ernsthaft darauf vertrauen, es werde schon gut gehen“. Gleichwohl wird dem Tatbestand des § 264a StGB immer wieder vorgeworfen, seine Existenz einzig „den Problemen [bei] der forensischen Aufarbeitung von Betrügereien bei Kapitalanlagengeschäften“ zu verdanken, vgl. *Kindhäuser/Schumann*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 5, 2020, § 34 Rn. 98.

⁴ Zu weiteren (Spezial-)Tatbeständen des Kapitalmarktstrafrechts siehe unten V. 2.

⁵ In diesem Sinne *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*.

kritisch zu beleuchten ist. Dies gilt zunächst und in grundsätzlicher Weise im Hinblick auf die Erfassung (nur) ideeller Anlegerinteressen durch den Tatbestand, sodann aber auch im Hinblick auf die wertbildende Relevanz nachhaltigkeitsbezogener Gesichtspunkte. Im Hintergrund schwebt dabei stets die Frage nach den von der Vorschrift geschützten Rechtsgütern. So wird die Rechtsgutsfrage regelmäßig in die gegenwärtige Diskussion eingebracht, um die – jeweils – eigene Haltung abzusichern. Entsprechend wird die Frage auch in diesem Beitrag besonderen Raum einnehmen – freilich mit einem Befund, der von der gängigen Betrachtungsweise (jedenfalls in der Begründung) abweicht.

II. § 264a StGB im Überblick

Die Vorschrift des § 264a StGB – im Gesetz (durchaus missverständlich) überschrieben mit „Kapitalanlagebetrug“⁶ – sanktioniert Verhaltensweisen im Vorfeld eines Betruges.⁷ Unter Strafe steht die Desinformation eines größeren Kreises von Anlegern in Bezug auf spezifische Anlageprodukte, die am Kapitalmarkt gehandelt werden, u.a. (und besonders bedeutsam) Wertpapiere. Werden nun in „Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand“, die für eine Anlage werben, unrichtige vorteilhafte Angaben

buch, Stand: 1.11.2024, § 264a Rn. 27; *Heinelt*, BKR 2024, 58 (64); *Kasiske*, WM 2023, 53 (58); *Mosbacher*, NJW 2023, 14 (15 f.); *ders.*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 14, 13. Aufl. 2025, § 264a Rn. 7, 34 ff.; tendenziell auch *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 13. Aufl. 2025, § 30 Rn. 3; *Wagenpfeil*, in: *Müller-Gugenberger*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 8. Aufl. 2024, Kap. 27 Rn.127; *Schelzke/Bosch*, *wistra* 2024, 233 (238).

⁶ Vgl. dazu auch *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 24, wonach es treffender wäre, von „Prospektbetrug“ oder „Kapitalanlagenschwindel“ zu sprechen.

⁷ BT-Drs. 10/318, S. 12; *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 746; *Bock*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, StGB § 264a Rn. 6; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 264a Rn. 1; *Tiedemann*, *JZ* 1986, 865 (872); dezidiert krit. zu dieser Vorverlagerung *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, StGB § 264a Rn. 1 („legitimationstheoretisch wie kriminalpolitisch fragwürdig“); ferner *Theile*, *wistra* 2004, 121 f. (der die Reduzierung der tatbestandlichen Anforderungen gegenüber § 263 StGB als „Minimalisierung des materiellen Rechts“ begreift, welche in der „prozessualen Praxis“ dazu genutzt werde, Ermittlungsmaßnahmen anzustoßen, die zwar formal an den Verdacht des Kapitalanlagebetrugs anknüpfen, in Wahrheit jedoch auf den Nachweis „der Schädigung oder schadensgleichen Gefährdung eines Individualrechtsguts“ gerichtet seien); gar eine Streichung der Vorschrift „in ihrer derzeitigen Ausgestaltung“ anregend *Zieschang*, *GA* 2012, 607 (616), wobei er weniger die Vorverlagerung denn „die Vielzahl unklarer und schwierig zu handhabender Erfordernisse“ moniert (*ders.*, *GA* 2012, 607 [615]).

gemacht (Begehungsvariante) oder nachteilige Tatsachen verschwiegen (Unterlassungsvariante), droht auf Rechtsfolgenreise Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

Die Vorschrift ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet.⁸ Die Tathandlung weist mit dem Machen unrichtiger vorteilhafter Angaben bzw. – in der Unterlassungsvariante – dem Verschweigen nachteiliger Tatsachen zwar ein Äquivalent zur Täuschung bzw. zur Täuschung durch Unterlassen im Rahmen des Betrugstatbestandes (§ 263 StGB) auf, verzichtet aber auf weitere Erfordernisse – Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden (und ein darauf gerichteter Vorsatz) sind nicht vorausgesetzt. Das erspart insbesondere die vom Betrugstatbestand geforderte, bei Kapitalanlagen besonders komplexe Gesamtsaldierung, nach der (ggf. erst Jahre nach Erwerb) zu fragen wäre, ob die Anlage auch ungeachtet der behaupteten vorteilhaften Tatsachen im Zeitpunkt der Anlageentscheidung „ihr Geld wert war“.⁹ Im Rahmen des § 264a StGB können dagegen auch und bereits völlig erfolglose (schönfärberische) Werbemaßnahmen, die nicht einen Anleger zu einer Anlageentscheidung bewegen, tatbestandsmäßig sein.¹⁰

Zur Begründung der Strafbarkeit genügt i.R.d. § 264a StGB damit grundsätzlich das Hinzufügen von (unrichtigen) vorteilhaften bzw. das Weglassen von nachteiligen Umständen, sofern dieses gegenüber einem größeren Personenkreis erfolgt. Dabei ist nach dem Tatbestand weiter erforderlich, dass die den Gegenstand des Hinzufügens oder Weglassens betreffenden Umstände „erheblich“ für die Anlageentscheidung sind. Konkretisierend ergibt sich demnach die Frage, ob unrichtige Angaben zur Nachhaltigkeit des Investments, etwa durch das Behaupten einer Orientierung an ESG-Kriterien¹¹, für die Anlageentscheidung *erhebliche Umstände* betreffen.

III. Greenwashing

Mit der vorgeblichen Orientierung an Nachhaltigkeitskriterien ist die Brücke zum Begriff des Greenwashings geschlagen. Eine einheitliche Begriffsdefinition existiert – wenig

⁸ BGH JR 2024, 590; OLG Köln NJW 2000, 598 (599); *Eisele* (Fn. 7), Rn. 746; *Park*, in: *ders.* (Hrsg.), *Handkommentar, Kapitalmarktstrafrecht*, 6. Aufl. 2024, StGB § 264a Rn. 5; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 264a Rn. 2; *Nestler*, *Jura* 2024, 590; *Hellmann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 264a Rn. 11; *Perron* (Fn. 7), § 264a Rn. 1; a.A. *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 264a Rn. 11 („abstrakt-konkretes Vermögensgefährdungsdelikt“).

⁹ Zu diesem „Vorteil“ des § 264a StGB gegenüber § 263 StGB vgl. nur *Worms*, in: *Assmann/Schütze/Buck-Heeb* (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 3; *Joecks*, *wistra* 1986, 142 (143); ferner *Tiedemann*, *JZ* 1986, 865 (872).

¹⁰ Vgl. dazu BGH JR 2024, 590 f. (in einer Entscheidung zum Verjährungsbeginn bei § 264a StGB).

¹¹ Zu diesen bereits oben I.

überraschend – nicht.¹² So werden unter „Greenwashing“ z.T. allein schöngefärbte umweltbezogene Angaben verstanden,¹³ während ein anderes – weiter gefasstes – Begriffsverständnis dahin geht, auch solche Schönfärbereien einzubeziehen, welche die Einhaltung bestimmter sozialer Standards (im weiteren Sinne) betreffen.¹⁴ Die Bandbreite der insoweit betroffenen „sozialen“ Themen ist enorm und reicht von Diversitätsfragen innerhalb des Unternehmens bis hin zur Achtung grundlegender Sorgfaltspflichten entlang der Lieferketten.

Unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit, namentlich am Kapitalmarkt, haben sich die bereits erwähnten ESG-Kriterien – Environment (Umwelt), Social (Soziales) und Governance (gute Unternehmensführung) – etabliert. Anknüpfend daran wird im Rahmen dieses Beitrages von einem weiten Begriffsverständnis – konkret: unter Miteinbeziehung sozialer Gesichtspunkte – ausgegangen.¹⁵

Bezogen auf die Bewerbung von Finanzprodukten, um die es hier gehen soll, kann sich ein Greenwashing-Vorwurf etwa daraus ergeben, dass ein Fonds, der sich vorgeblich an ESG-Kriterien orientiert und sich selbst als „ökologisch nachhaltig“ einstuft, hauptsächlich Anteile an Unternehmen erwirbt, die – jedenfalls auch – auf fossile Energieträger setzen (z.B. an großen Energiekonzernen). Dabei soll davon ausgegangen werden, dass die (übrigen) Angaben zu Sicherheit, Rendite und Verfügbarkeit des Kapitals zutreffend sind.

¹² Dies attestierend etwa auch *Zeidler/Dürr*, CCZ 2022, 377.

¹³ In diesem Sinne *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 f. („Socialwashing“ als Überbegriff, mit „Greenwashing“ als einem der Unterfälle „im Hinblick auf die Umweltverträglichkeit“), unter Verweis auf das Verständnis der EU-Kommission in: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Neue Verbraucheragenda, Stärkung der Resilienz der Verbraucher/innen für eine nachhaltige Erholung, KOM (2020) 696 endg., S. 9 f.; mit engem Verständnis auch *Schrott/Mayer*, GA 2023, 615 (616).

¹⁴ Vgl. *Schwarz/Schieffer*, CCZ 2022, 345 („nicht nur umweltschutzbezogene Themen [...], sondern auch Fragen von Menschenrechten und guter Unternehmensführung“); ebenso *Zeidler/Dürr*, CCZ 2022, 377; wohl auch *Ahrens/Redwitz*, CCZ 2023, 6.

¹⁵ Der Begriff des Greenwashings wird etwa auch von der BaFin in einen unmittelbaren Zusammenhang mit den ESG-Kriterien gestellt, vgl. dazu die Sustainable-Finance-Strategie der BaFin: „Greenwashing wird in der öffentlichen Diskussion unterschiedlich verstanden. Unumstritten betrifft es Praktiken im Vertrieb von Produkten bzw. bei Finanzdienstleistungen. Und zwar dann, wenn beaufsichtigte Unternehmen das Nachhaltigkeitsprofil nicht eindeutig und redlich offenlegen. Anlegerinnen und Anleger werden damit potentiell in die Irre geführt, dass ihre Anlagen *nicht die von ihnen gewünschte ESG-Wirkung entfalten*“ (*Hervorhebungen durch den Verf.*), abrufbar unter

https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/Sustainable_Finance_Strategie/SF_Strategie_artikel.html;jsessionid=C635662A2916B422162B284A77108109.internet941?nn=19692320 (5.3.2025).

IV. Die „Erheblichkeit“ als Gradmesser

Bei Beantwortung der hier interessierenden Frage, ob unrichtige Angaben zur Bedeutung von Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen von Anlage-Informationsträgern solche sind, die i.S.d. § 264a Abs. 1 StGB für die Anlageentscheidung „erheblich“ sind, soll zunächst eine Hinwendung zur Definition des normativen Tatbestandsmerkmals durch Schrifttum und Rechtsprechung erfolgen.

1. Definitionsversuche

Bevor eine Hinwendung zur (von weiten Teilen des Schrifttums jedenfalls dem Grunde nach geteilten) Definition der Erheblichkeit durch die Rechtsprechung erfolgt,¹⁶ soll der Blick auf eine kaum mehr vertretene Minderauffassung gerichtet werden, welche in letzter Konsequenz eine weitgehende Annäherung an die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 263 StGB mit sich bringt, zugleich aber zur Frage überleitet, in welchen (besonderen) Ausprägungen Vermögensschutz durch die Vorschrift des § 264a StGB gewährleistet wird.

a) Notwendigkeit eines Wertvergleichs

Namentlich *Samson* hat die Frage aufgeworfen, welche Konsequenzen aus der Orientierung des Tatbestandes (auch) am Schutz des Anlegervermögens zu ziehen sind.¹⁷ Auf Basis einer ausschließlich vermögensschützenden Deutung der Vorschrift¹⁸ gelangt er zu der Überzeugung, dass von einem „erheblichen“ (hinzugedichteten oder verschwiegenen) Umstand i.S.d. § 264a Abs. 1 StGB nur dann auszugehen sei, „wenn durch ihn der wahre Gesamtwert der Kapitalanlage derart reduziert wird, daß der Erwerb der Anlage wirtschaftlicher Vernunft widerspricht“; dies sei wiederum „nur dann der Fall, wenn die erworbene Anlage weniger als der bezahlte Preis wert ist“.¹⁹ Dass damit ein Wertvergleich nach Art einer Gesamtsaldierung verlangt wird, räumt *Samson* unumwunden ein, wenn er feststellt, dass das Erheblichkeits-Merkmal „praktisch [...] den Schadensbegriff des Betrugstatbestandes enthält“²⁰. Dass die von ihm postulierte „Notwendigkeit, den Wert der Kapitalanlage im Zeitpunkt ihres Vertriebs festzusetzen“, dem gesetzgeberischen Willen, wonach mit dem durch die Vorverlagerung bewirkten Gefährdungsschutz die Notwendigkeit einer Schadensfeststellung gerade entfallen

¹⁶ Dazu sogleich b).

¹⁷ Zum Vermögensschutz unten 2. a).

¹⁸ So *Samson/Günther*, in: Rudolphi/Horn/Günther/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 39. Lfg., 5. Aufl. (Dezember 1996), § 264a Rn. 7.

¹⁹ Jeweils *Samson/Günther* (Fn. 18), § 264a Rn. 47 (Rechtschreibung im Original); abgeschwächt auch *Hoyer* (Fn. 8), § 264a Rn. 11, 36 ff.

²⁰ *Samson/Günther* (Fn. 18), § 264a Rn. 48; *Samson* – obgleich jeweils von einer anderen Schutzrichtung ausgehend – eine jedenfalls konsequente Orientierung am Rechtsgut Vermögen attestierend: *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990, S. 200 ff.; *Otto*, WM 1988, 729 (738 Fn. 81).

soll²¹, entgegenläuft, legt er ebenso offen.²² Gleichwohl sieht er sich an den vom Betrugstatbestand vorgegebenen Schadensbegriff gebunden.²³ Dabei ist *Samson* darin zuzustimmen, dass bei einem Verständnis, welches auf einen Wertvergleich von erworbener Anlage und entrichtetem Preis (und damit eine Gesamtsaldierung) verzichtet, letztlich auch bloße Gewinnerwartungen des Kapitalanlegers geschützt werden (können).²⁴

Die vorstehend skizzierte, einen Wertvergleich (im Vertriebszeitpunkt) verlangende Auffassung sieht sich einmal vor dem Problem, dass der Tatbestand – in konsequenter Umsetzung der gesetzgeberischen Intention – keinen Vermögensschaden verlangt.²⁵ Im Übrigen ist es dem Gesetzgeber nicht untersagt, auch Gewinnerwartungen zu schützen.²⁶ Dies gilt umso mehr, wenn man – anders als *Samson* – zusätzlich die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes als geschützt ansieht.²⁷ Diese droht grundsätzlich auch bei einem (nur) zweckverfehlten Mitteleinsatz beeinträchtigt zu werden,²⁸ ohne dass damit freilich schon eine Aussage darüber getroffen wäre, ob die jeweils in Rede stehende Zweckverfehlung ihrerseits (auch) einen Vermögensbezug im weiteren Sinne aufweisen muss.²⁹

b) Orientierung an wertbildenden Umständen

Entscheidungserheblich sind nach Maßgabe der (bisherigen) Rechtsprechung demgegenüber „wertbildende Umstände [...], die nach den Erwartungen des Kapitalmarkts für die Anleger

bei ihrer Investitionsentscheidung von Bedeutung sind. Dabei darf kein [...] alle möglichen Anlegerinteressen berücksichtigender subjektiver Maßstab angelegt werden. Vielmehr ist eine verobjektivierte Betrachtungsweise geboten. Maßgeblich ist der verständige, durchschnittlich vorsichtige Kapitalanleger, in dessen Rolle sich der Herausgeber des Prospekts zu versetzen hat [...].“³⁰

Während schon grundsätzlich bestritten wird, dass die Perspektive des durchschnittlichen Kapitalanlegers angesichts der Vielzahl an unterschiedlichen Anlageformen und -risiken einen geeigneten Filter darstellt,³¹ interessiert im hiesigen Kontext primär die nähere Charakterisierung der erfassten Umstände. Abgestellt wird auf die *wertbildenden Umstände*. Darunter werden üblicherweise Umstände gefasst, die sich beziehen auf: die Sicherheit der Anlage, ihre Rendite und die Verfügbarkeit des Kapitals.³² Etwas griffiger ist auch die Rede von „Wert, Chancen und Risiken“³³. Dass die von der Unrichtigkeit betroffenen Angaben wertbildende Umstände betreffen müssen, erweist sich insbesondere dann als konsequent, wenn man durch § 264a StGB *ausschließlich* das Vermögen geschützt sieht,³⁴ ohne freilich den insoweit geleisteten Vermögensschutz (zugleich) als Einfallstor für die Notwendigkeit einer Gesamtsaldierung zu begreifen.³⁵ Damit ist endgültig der Bogen zur Frage geschlagen, welche Rechtsgüter hinter der Vorschrift stehen und wie sich die diesbezügliche Positionierung auf die Auslegung des Erheblichkeitsmerkmals auswirkt.

2. Die Rechtsgutsfrage

Bis heute besteht Uneinigkeit über die hinter der Vorschrift des § 264a StGB stehenden Rechtsgüter. Dabei lässt sich die Entwicklung des Meinungsstandes grob dahingehend zusammenfassen, dass die anfänglich deutlich überwiegende Skepsis gegenüber einem über den Individualvermögensschutz hinausreichenden Schutzzweck sich – jedenfalls mehrheitlich

²¹ BT-Drs. 10/318, S. 22.

²² *Samson/Günther* (Fn. 18), § 264a Rn. 43.

²³ *Samson/Günther* (Fn. 18), § 264a Rn. 48: „Unausweichlichkeit des Schadensbegriffes“.

²⁴ *Samson/Günther* (Fn. 18), § 264a Rn. 42, mit dem häufig in Bezug genommenen Bsp.: „Zahlt der Anleger für den Anteil den Betrag von 100, ist der Anteil aber bei Berücksichtigung der vorgetäuschten Tatsache 130 und ohne diese Tatsache 110 wert, dann erleidet der Anleger durch die Täuschung keinen Schaden.“

²⁵ Vgl. auch *Ceffinato*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264a Rn. 54; *Schröder*, Aktienhandel und Strafrecht, 1994, S. 10; ferner *Schröder/Bergmann*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 264a Rn. 36; *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 71.

²⁶ Treffend *Ceffinato* (Fn. 25), § 264a Rn. 11, wonach „die Betrugsdogmatik [...] auch Fallgestaltungen [kennt], in denen individuelle Einsatzmöglichkeiten des eigenen Vermögens anerkannt werden, gerade weil hiermit wirtschaftliche Entfaltung des Einzelnen im gegenständlichen Bereich gewährleistet wird.“ Die Frage nach der Einbeziehung von Gewinnerwartungen (in den Vermögensschutz) stellt sich konsequenterweise dann nicht, wenn man die Dispositionsfreiheit als geschütztes Individualrechtsgut begreift (dazu unten 2. a); zutreffend *Mosbacher* (Fn. 5), § 264a Rn. 12.

²⁷ Zum Rechtsgut der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes siehe unten 2. b).

²⁸ Treffend *Otto*, WM 1988, 729 (736, 738).

²⁹ Dazu unten 3. a) bb).

³⁰ BGH NStZ 2005, 568 (*Hervorhebungen durch den Verf.*); dem entspricht das Verständnis i.R.d. der zivilrechtlichen Prospekthaftung, vgl. nur BGH, Urt. v. 3.2.2022 – III ZR 84/21 = NZWiSt 2023, 143 (144).

³¹ Vgl. nur *Nestler*, Jura 2024, 590 (596 f.); *Theile*, NZWiSt 2023, 146 (147).

³² *Mosbacher*, NJW 2023, 14; ferner *Momsen/Laudien* (Fn. 5), § 264a Rn. 27 („Rentabilität, Sicherheit, Liquidität“).

³³ Vgl. bereits *Geerds* (Fn. 20), S. 215; *Tiedemann*, JZ 1986, 865 (873); ferner *Kindhäuser/Schumann* (Fn. 3), § 34 Rn. 103; *Heger* (Fn. 8), § 264a Rn. 13; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 264a Rn. 3; *Otto*, WM 1988, 729 (738); *ders.*, Jura 1989, 24 (31); *Schröder/Bergmann* (Fn. 25), § 264a Rn. 32; *Ceffinato* (Fn. 25), § 264a Rn. 53; *Hoyer* (Fn. 8), § 264a Rn. 35; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 18 Rn. 32; speziell für die Aktienemission zudem *Schröder* (Fn. 25), S. 25 („falsche Angabe eines wertbestimmenden Faktors“; *Hervorhebungen durch den Verf.*).

³⁴ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 38 (zweiter Teil der Fußnote).

³⁵ So aber die unter a) dargestellte Auffassung.

– in Richtung Anerkennung eines dualen Schutzkonzepts verschoben hat. Im Einzelnen:

a) *Vermögen als Rechtsgut*

Wie vorstehend bereits angedeutet, geht es weniger um die Frage, ob der Straftatbestand – jedenfalls auch – dem Individualvermögensschutz dient. Dass die Vorschrift – auch – vermögensschützenden Charakter hat, lässt sich neben der Verortung im 22. Abschnitt des Strafgesetzbuches (zu Betrug und Untreue) maßgeblich aus der auf die Beeinflussung einer *Investitionsentscheidung* zielenden Tatbestandsstruktur ableiten; anders ausgedrückt: ohne den Einsatz von Vermögen durch private oder institutionelle Anleger gäbe es auch keinen Kapitalmarkt, der – seinerseits – geschützt werden könnte. Das (Individual-)Vermögen der Marktteilnehmer ist konstitutiv für den Kapitalmarkt.³⁶ Schließlich ist auf den historischen Gesetzgeber Bezug zu nehmen, der davon ausging, dass „die Vorschrift nicht nur dem individuellen Vermögensschutz“ diene,³⁷ was – im Umkehrschluss – bedeutet, dass die Vorschrift jedenfalls auch individuellen Vermögensschutz leisten soll.³⁸

³⁶ In diesem Sinne zu Recht auch *Momsen/Laudien* (Fn. 5), § 264a Rn. 3; *H. Kühl*, Die Strafbarkeit fehlender Information und Beratung nach § 264a StGB, 2019, S. 61.

³⁷ BT-Drs. 10/318, S. 12, 22.

³⁸ Für *auch* vermögensschützenden Charakter etwa auch OLG Köln NJW 2000, 598 (600); *Momsen/Laudien* (Fn. 5), § 264a Rn. 3; *dies.*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, StGB § 264a Rn. 8; *Cerny*, MDR 1987, 271 (272); *Eisele* (Fn. 7), Rn. 746; *Bock* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 5; *Schröder*, in: ders./Bergmann (Hrsg.), Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. 8 Rn. 13; *Park* (Fn. 8), StGB § 264a Rn. 3; *dies.*, ZWH 2022, 233 (235); *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 267 ff.; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 301; *Heger* (Fn. 8), § 264a Rn. 1; *Schröder/Bergmann* (Fn. 25), § 264a Rn. 1; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 419; *Wagenpfeil* (Fn. 5), Kap. 27 Rn. 110; *Nestler*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, 2017, Rn. 449; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 17 Rn. 18; *Weber*, NStZ 1986, 481 (486); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 739; für *ausschließlich* vermögensschützenden Charakter demgegenüber *Hüls*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, Teil 12 Kap. 1 Rn. 10; *Worms*, Anlegerschutz durch Strafrecht, 1987, S. 312 ff.; *dies.* (Fn. 9), § 11 Rn. 22 f.; *Bremer*, § 264a StGB – Wie weit geht strafrechtlicher Anlegerschutz?, 2002, S. 65; *Borchert*, Gehalt und Nutzen des § 264a StGB, 2004, S. 23 ff. (insb. S. 33); *Jacobi*, Der Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB), 2000, S. 51; *Joecks*, wistra 1986, 142 (143 f.); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 813; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 33), § 264a Rn. 1; *Hellmann* (Fn. 8), § 264a Rn. 9; *Schlüchter*, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 1987, S. 156; v. *Schönborn*, Kapitalanlagebetrug, 2003, S. 20; abgeschwächt

Soweit vereinzelt vertreten wird, dass als Individualrechtsgut die Dispositionsfreiheit des Anlegers geschützt werde,³⁹ verträgt sich dies schwerlich mit der Charakterisierung der Vorschrift als *Vorfelddatbestand* des Betruges.⁴⁰ Diese Charakterisierung, die auch der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht,⁴¹ würde mit einer Loslösung von jeder Vermögensrelevanz (im weiteren Sinne) aufgegeben, womit sich ein auch systematisch schwer erklärbarer Bruch ergäbe.⁴² Als weiterführend erweist sich zudem der Gedanke, dass bei Zugrundelegung eines Rechtsguts der Dispositionsfreiheit kaum verständlich wäre, dass der Tatbestand mit den Merkmalen „vorteilhaft“, „nachteilhaft“ und „erheblich“ nur besonders „qualifizierte“ Formen von Fehlinformationen erfasst. Mit anderen Worten: Die Tatbestandsfassung lässt sich unter Rückgriff auf das (weite) Rechtsgut der Dispositionsfreiheit nicht stimmig erklären.⁴³

Nur am Rande sei schließlich angemerkt, dass die Überlegung, wonach bei Nichtgewährleistung eines (Vermögens-)Individualschutzes durch § 264a StGB auch der Schutzgesetzcharakter i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB im Rahmen der zivilrechtlichen Prospekthaftung entfiel,⁴⁴ kein eigenständiges

Momsen, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 173 (Rechtsgut sei „primär das Vermögen“); ähnl. *Krack*, NStZ 2001, 505 (506).

³⁹ *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 24, die – neben der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts – „die auf Vermögenswerte, nämlich Kapitalanlagen, bezogene Dispositionsfreiheit des Kapitalanlegers“ geschützt sehen; für Schutz der Dispositionsfreiheit nunmehr auch *Mosbacher* (Fn. 5), § 264a Rn. 11 f.

⁴⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

⁴¹ BT-Drs. 10/318, S. 12.

⁴² In diesem Sinne auch *Park* (Fn. 8), StGB § 264a Rn. 13; ferner *Borchard*, Gehalt und Nutzen des § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug), 2004, S. 27 f.; i.E. ablehnend auch *Bremer* (Fn. 38), S. 66 (allerdings mit dem zirkelschlüssig anmutenden Argument, wonach wirkungsvoller Anlegerschutz keinen „Wahrheitsschutz“, sondern einen Schutz vor dem Erwerb schadensbringender Anlagen bedeute); ähnl. bereits *Worms* (Fn. 38), S. 310 f. (mit der Unterscheidung zwischen „voluntative[r]“ und „kognitive[r]“ Seite der intendierten Verfügung, wobei der Anlegerschutz allein auf die kognitive Seite zu beziehen sei, welche ihrerseits vollständige Informationen *zum Zwecke der Vermeidung nachteiliger Vermögensverfügungen* verlange).

⁴³ So zu Recht auch *Jacobi* (Fn. 38), S. 44 f.

⁴⁴ Vgl. *Momsen/Laudien* (Fn. 38), StGB § 264a Rn. 8 a.E., mit dem Hinweis, dass bei der Annahme eines ausschließlichen Kapitalmarktschutzes „eine in der Zivilgerichtsbarkeit durchaus in nennenswertem Umfang genutzte Haftungsgrundlage“ in Wegfall geriete. Zur Einstufung des § 264a StGB als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB vgl. nur BGH, Urt. v. 3.2.2022 – III ZR 84/21 = NZWiSt 2023, 143 (144); *Buck-Heeb/Dieckmann*, NJW 2022, 2873 (2877); *Förster*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 823 Rn. 291; *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kom-

Argument in der Rechtsgutsdiskussion darstellen kann. Denn darin läge lediglich eine – zugegebenermaßen unbequeme – haftungsrechtliche Konsequenz, die aber für sich genommen nicht geeignet ist, auf die Rechtsgutsfrage zurückzuwirken.

b) Erweiterung um die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts

Mehrheitlich wird (mittlerweile) angenommen, dass neben das Individualrechtsgut Vermögen der Schutz eines wichtigen Allgemeininteresses tritt. Die Rede ist von der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, wobei diese Umschreibung regelmäßig – und zu Recht – ergänzt wird um das auf die Funktionsfähigkeit bezogene „Vertrauen“ der Allgemeinheit.⁴⁵ Denn letztlich ist es, wie noch zu zeigen sein wird, die – mögliche – Enttäuschung eines Anlegervertrauens, welche die Funktionsfähigkeit zu beeinträchtigen vermag. Dabei bleibt im Rahmen dieses Beitrages kein Raum, zusätzlich der – primär rechtssoziologischen – Frage nachzugehen, inwiefern sich Systemvertrauen und Recht gegenseitig bedingen und inwiefern das Fehlverhalten Einzelner geeignet ist, ein Systemvertrauen zu erschüttern.⁴⁶ Dass Vertrauen (in Institutionen) durch (Straf-)Recht geschützt werden und auch durch das Fehlverhalten Einzelner beeinträchtigt werden kann, wird damit hier – gewissermaßen als Prämisse – vorausgesetzt.⁴⁷

Als gesetzessystematisches Argument für einen Schutz (auch) der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes durch § 264a StGB wird zunächst auf die im Umfeld befindlichen Tatbestände der §§ 264, 265, 265b StGB verwiesen. Nachdem diese nicht nur Vermögensschutz, sondern auch den Schutz von Allgemeininteressen gewährleisteten (effektive staatliche Wirtschaftsförderung; Funktionsfähigkeit der Versicherungswirtschaft bzw. des Kreditwesens), spreche dies für eine (auch) überindividuelle Schutzrichtung auch des § 264a StGB.⁴⁸ Da freilich die Schutzzwecke der §§ 264, 265, 265b StGB ihrerseits umstritten sind, setzt das systematische Argument eine entsprechende (Vor-)Entscheidung der Schutzzweckfrage bei

mentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 663.

⁴⁵ Den Gesichtspunkt des Vertrauens betonend etwa auch *Duttge* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 1; *Otto*, Jura 1989, 24 (31); ferner *Mehler*, Die erheblichen Umstände bei der Kapitalanlageentscheidung, 2009, S. 221 ff.; *Worms* (Fn. 38), S. 314.

⁴⁶ Vgl. dazu die kritischen Thesen *Beckempers*, ZIS 2011, 318 (322 f.). Vgl. ferner die Kritik von *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 264a Rn. 2, der vor dem Hintergrund der Dynamik und Komplexität des Kapitalbeteiligungsmarkts am Vorhandensein eines „allgemeinen Vertrauens[s] in die Zuverlässigkeit der Regelungsmechanismen“ zweifelt (*Hervorhebungen* im Original).

⁴⁷ Dafür spricht ganz grundsätzlich, dass Rechtsgüter ohnehin nicht real verletzt oder gefährdet werden können; gleichwohl können sie als *ideelle Gebilde* im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden; in diese Richtung etwa auch *Bosch*, in: *Satzger/Schluckebier/Werner* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 264a Rn. 1.

⁴⁸ In diesem Sinne etwa *Cerny*, MDR 1987, 271 (272); *Mommsen/Laudien* (Fn. 38), StGB § 264a Rn. 8; ferner *Bock* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 5.

den in Bezug genommenen Vorschriften voraus, greift also in besonderer Weise in die (Einzel-)Auslegung anderer Vorschriften über; das macht das Argument zwar nicht invalide, stellt es aber in einen besonderen Bedingungs-zusammenhang.

Als gewichtigeres Argument dafür, dass die Vorschrift nicht nur individuelle Vermögensinteressen absichert, sondern jedenfalls auch einem – übergeordneten – Institutionenschutz („Kapitalmarkt“) verpflichtet ist, lassen sich wiederum die Erwägungen des historischen Gesetzgebers heranziehen. Dieser sah – neben dem Vermögensschutz – den „Schutz des Vertrauens in die Redlichkeit des Kapitalmarktes“ gewährleistet.⁴⁹ Erläuternd wird festgehalten, dass die „Funktionsfähigkeit [des Kapitalmarkts] für die Wirtschaftsordnung von wesentlicher Bedeutung“ sei.⁵⁰ Überdies kann auf den spezifischen Angriffsweg des § 264a Abs. 1 StGB verwiesen werden: Erfasst werden nur unrichtige Angaben „gegenüber einem größeren Kreis von Personen“, womit schon deliktstruktural ein Verhalten vorausgesetzt ist, das geeignet ist, auf den Entscheidungsprozess *zahlreicher Marktteilnehmer* – und damit auch auf das „große Ganze“ – einzuwirken.⁵¹

Schließlich – und damit ist erneut die *Wechselbezüglichkeit von Vermögen und Kapitalmarkt* angesprochen – fehlte es ohne den Bezugsrahmen des Kapitalmarktes an einem Ordnungsrahmen, der überhaupt erst einen „sicheren“ Einsatz privaten Kapitals ermöglichte; anders ausgedrückt: die Anleger sind nur bereit, ihr Kapital einzusetzen, weil sie auf den Ordnungsrahmen vertrauen, sodass der Vermögensschutz nur unter den Bedingungen eines funktionierenden Kapitalmarktes Sinn macht.⁵² Daher ist es konsequent, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes als eigenständiges Rechtsgut einzubeziehen.⁵³

Dass auf Täterseite nur die Anbieter, nicht aber auch die Anleger erfasst werden, ist im Übrigen kein Argument gegen

⁴⁹ BT-Drs. 10/318, S. 12, 22. – Unter Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien zu folgern, dem Gesetzgeber sei es „*ausschließlich* um den Schutz dieses überindividuellen Rechtsgutes [der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes]“ gegangen (so *Knauth*, NJW 1987, 28; *Hervorhebungen* durch den *Verf.*), erweist sich demgegenüber als nicht haltbar; vgl. dazu oben a) mit Fn. 37.

⁵⁰ BT-Drs. 10/318, S. 12, 22.

⁵¹ In diesem Sinne auch *Gercke/Hembach*, in: *Leipold/Tsam-bikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 264a Rn. 3; *Mommsen/Laudien* (Fn. 5), § 264a Rn. 3; *Otto*, Jura 1989, 24 (31); *Park* (Fn. 8), StGB § 264a Rn. 3; *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 25; *Mehler* (Fn. 45), S. 26; *Nestler*, Jura 2024, 590; *Perron* (Fn. 7), § 264a Rn. 1; *Weber*, NStZ 1986, 481 (486); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 38), Rn. 739.

⁵² In diesem Sinne auch *H. Kühl* (Fn. 36), S. 61.

⁵³ Für einen Schutz *auch* der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (neben einem Vermögensschutz) vgl. die Nachw. in Fn. 38 (erster Teil der Fußnote); für einen *ausschließlichen* Institutionenschutz aber *Geerds* (Fn. 20), S. 204 ff.; *Knauth*, NJW 1987, 28; *Mehler* (Fn. 45), S. 43; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl. 2005, § 61 Rn. 38; *ders.*, WM 1988, 729 (736); *ders.*, Jura 1989, 24 (31); *Bosch* (Fn. 47), § 264a Rn. 1.

einen Schutz (auch) der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts. Soweit vorgetragen wird, dass bei einem gewollten Schutz (auch) des Allgemeinrechtsguts der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts konsequenterweise auch bestimmte Formen des Anlegerverhaltens (z.B. eine Fehlallokation von Risikokapital) hätten unter Strafe gestellt werden müssen,⁵⁴ überzeugt dies nicht. Diese Argumentation verkennt, dass das Störungsrisiko durch ein Verhalten der Anbieter – strukturbedingt – deutlich höher ist. Der Gesetzgeber war daher (auch) unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht gehindert, „nur“ das Verhalten auf Anbieterseite unter Strafe zu stellen.

c) (Zwischen-)Bewertung

Nach Deliktsstruktur, Gesetzessystematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift ist demnach davon auszugehen, dass die Vorschrift sowohl dem Individualvermögensschutz als auch dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes dient. Dabei geht es um einen gleichberechtigten Schutz beider Rechtsgüter,⁵⁵ die – wie bereits gezeigt – in einer engen Wechselwirkung zueinander stehen, ohne dass eines aber derart dominieren würde, dass das jeweils andere nur „reflexhaft“ geschützt würde, wie es mitunter zu lesen ist.⁵⁶

3. Zum Umgang mit ideellen Interessen

Damit steht bis zu dieser Stelle fest, dass die Vorschrift des § 264a StGB sowohl das Vermögen als auch die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts schützt. Daraus aber zu folgern, dass neben Vermögens- auch umfassend ideelle Interessen – im hiesigen Kontext zu verstehen als das Interesse an einem nachhaltigen Investment – geschützt werden, wäre vorschnell. Umgekehrt erweise es sich als verkürzt, unrichtigen Angaben zu Nachhaltigkeitsgesichtspunkten von vornherein jede Vermögensrelevanz abzusprechen.

Das bedeutet, dass in einem ersten Schritt zu fragen ist, ob und inwieweit ideelle Anlegerinteressen – ungeachtet ihrer Vermögensrelevanz (!) – bereits unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts als mitgeschützt zu begreifen sind. Ohne zu viel vorwegnehmen zu wollen, sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass dies nach hier vertretener Auffassung *nicht* der Fall ist. So erklärt sich, weshalb in einem zweiten Schritt zu fragen ist, ob Nachhaltigkeitsinteressen wertbildende Relevanz zukommt, sodass diese doch vom Tatbestand erfasst werden könnten.

a) Zur Ausprägung des Kapitalmarktschutzes i.R.d. § 264a StGB

Dass es bei der rechtsgutsgeliteten Auslegung des Merkmals der Erheblichkeit nicht nur um die Abschichtung von Bagatell-

unrichtigkeiten gehen kann⁵⁷, ergibt sich schon daraus, dass Bagatellunrichtigkeiten auch bereits als nicht „vorteilhaft“ begriffen werden können;⁵⁸ mit anderen Worten: eine eigenständige Bedeutung des Merkmals der Erheblichkeit (gegenüber den eigenständigen Tatbestandsmerkmalen der Vorteil- bzw. Nachteilhaftigkeit) verlangt geradezu nach einer Verengung der inhaltlichen Anforderungen.

aa) Argumente für eine Einbeziehung (nur) ideeller Interessen

Losgelöst davon lässt sich aber durchaus argumentieren, dass die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes durch unrichtige Angaben zur Nachhaltigkeit des Investments beeinträchtigt werden kann. Insoweit hilft es, sich den (volks-)wirtschaftlichen Sinn von Kapitalmärkten vor Augen zu führen. Verkürzt kann dieser dahingehend beschrieben werden, dass der Kapitalbedarf von Wirtschaft (Privatunternehmen) und Staat durch die für Privatpersonen eröffnete Möglichkeit, eigenes Vermögen zu investieren, gedeckt werden soll.⁵⁹ Diese Funktion des Kapitalmarktes als „Kapitalbeschaffer“ droht auch dann beeinträchtigt zu werden, wenn Anleger in ihrem Vertrauen darauf, mit ihrem Investment bestimmte ideelle Zwecke zu verfolgen, enttäuscht werden. Diese Anleger könnten sich – enttäuscht – ganz vom Kapitalmarkt zurückziehen. Kurz gesagt: Aus welchen Gründen Anleger ihr Vertrauen in den Kapitalmarkt verlieren – seien sie vermögensbezogener oder ideeller Natur – und sich deshalb zurückziehen, ist zunächst einmal irrelevant.⁶⁰ So oder so droht die – volkswirt-

⁵⁷ Zur Notwendigkeit des Ausschlusses von Bagatellunrichtigkeiten *Park* (Fn. 8), StGB § 264a Rn. 13; *Ceffinato* (Fn. 25), § 264a Rn. 57; *Hellmann* (Fn. 8), § 264a Rn. 59.

⁵⁸ Vgl. *Schröder/Bergmann* (Fn. 25), § 264a Rn. 31; ferner *Schröder* (Fn. 25), S. 10. Umgekehrt gilt – bezogen auf die Unterlassungsvariante – auch, dass (verschwiegene) unwesentliche Gesichtspunkte bereits als nicht „nachteilig“ eingeordnet werden können; vor diesem Hintergrund zu Recht vor einer Verschleifung von „Nachteiligkeit“ und „Erheblichkeit“ warnend und eine eigenständige Kontur der „Erheblichkeit“ anmahnd *Rückert*, BKR 2022, 645.

⁵⁹ Dazu auch *Mehler* (Fn. 45), S. 39 f.; vgl. auch *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 26; *Worms* (Fn. 38), S. 6; ferner bereits *Jaath*, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 583 (607: ein funktionierender Kapitalmarkt als „entscheidende Voraussetzung für die Entfaltung und Nutzung wirtschaftlicher Produktivkräfte und damit auch für die Wohlfahrt in einem Gemeinwesen“).

⁶⁰ Ausdrücklich für eine generelle Einbeziehung nicht-vermögensbezogener Ziele daher *Mehler* (Fn. 45), S. 221 ff. (zusammenfassend auf S. 237 f.); anders *Geerds* (Fn. 20), S. 199, 208, 215 f., der eine – potentielle – Anlegerenttäuschung (infolge einer Zielverfehlung) primär bei (unrichtigen) Angaben mit Vermögensrelevanz vermutet, ohne dies aber eingehender zu begründen (krit. daher *Mehler* [Fn. 45], S. 220); beide – *Geerds* und *Mehler* – gehen dabei von einer nur überindividuellen Schutzrichtung i.S.e. ausschließlichen Schutzes der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes aus (zu *Geerds* vgl. auch unten bb) Fn. 78 bis 81).

⁵⁴ *Worms* (Fn. 38), S. 315; *ders.* (Fn. 9), § 11 Rn. 22; *ders.*, *wistra* 1987, 242 (245); ebenso *Borchard* (Fn. 42), S. 32.

⁵⁵ Dies zu Recht betonend auch *H. Kühl* (Fn. 36), S. 61 f.; vgl. ferner *Momsen/Niang/Bruckmann/Laudien*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2023, S. 171 f.

⁵⁶ Vgl. etwa *Hüls* (Fn. 38), Teil 12 Kap. 1 Rn. 10; *Worms* (Fn. 9), § 11 Rn. 22; *Joecks*, *wistra* 1986, 143 (144).

schaftlich notwendige – Funktion von Kapitalmärkten als „Kapitalbeschaffer“ beeinträchtigt zu werden.

Als verstärkendes Argument speziell für die Entscheidungserheblichkeit von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten lässt sich anführen, dass europäischer und nationaler Gesetzgeber in jüngerer Vergangenheit verstärkt Maßnahmen erlassen, die eine Orientierung auch des Kapitalmarkts an Nachhaltigkeitsaspekten vorsehen: Auf europäischer Ebene ist zunächst die der *ökologischen Nachhaltigkeit* verpflichtete Taxonomie-Verordnung⁶¹ zu nennen, deren erklärtes Ziel es u.a. ist, „die Kapitalflüsse hin zu nachhaltigen Investitionen [zu] lenk[en]“ (Taxonomie-VO, Erwägungsgrund 9). Es müsse „ein nachhaltiges Finanzsystem zum Standard werden“ (Erwägungsgrund 10). Eine verstärkte Investition privater Anleger in nachhaltige Tätigkeiten soll konkret durch einheitliche Kriterien und Standards bezüglich der Frage, welche Wirtschaftstätigkeiten in welchem Grad als nachhaltig gelten, erreicht werden. Insbesondere sollen durch unionsweit einheitliche Kriterien etwaige (Anleger-)Hemmnisse, auch grenzüberschreitend zu investieren, abgebaut werden (Taxonomie-VO, Erwägungsgrund 11). Zugleich soll es für „Wirtschaftsteilnehmer, die Investitionen aus der gesamten Union anziehen möchten“, durch einheitliche Kriterien einfacher werden, in der gesamten Union als „ökologisch nachhaltig“ eingestuft zu werden (Taxonomie-VO, Erwägungsgrund 11). In eine ähnliche Kerbe schlug – wenig zuvor – bereits die Offenlegungs-Verordnung⁶², welche nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im *Finanzdienstleistungssektor* zum Gegenstand hat und durch die Taxonomie-VO in Teilen präzisiert wird. Dabei legt die Offenlegungs-VO, die sich (nur) an Finanzmarktteilnehmer und Finanzberater richtet (Art. 1 Offenlegungs-VO), einen Nachhaltigkeits-Begriff zugrunde, der nicht nur ökologische Gesichtspunkte umfasst, sondern auch die Bereiche „Soziales“ und „Unternehmensführung“ abdeckt (vgl. Art. 2 Nr. 17 Offenlegungs-VO). Die Verordnung zielt darauf ab, „Informationsasymmetrien in den Beziehungen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken, die Berücksichtigung nachteiliger Nachhaltigkeitsauswirkungen, die Bewerbung ökologischer oder sozialer Merkmale sowie im Hinblick auf nachhaltige Investitionen [...] abzubauen“ (Offenlegungs-VO, Erwägungsgrund 10). Konkret soll dies durch die Verpflichtung der Finanzmarktteilnehmer und Finanzberater „zu vorvertraglichen Informationen und laufenden Offenlegungen“ bewirkt werden (Offenlegungs-VO, Erwägungsgrund 10).⁶³ Abgerundet wird das Bild durch die Green Bond-Verord-

nung,⁶⁴ die am 21.12.2024 in Kraft getreten ist und nicht nur die Anforderungen für die Verwendung der Bezeichnung „europäische grüne Anleihe“ oder „EuGB“, sondern auch Vorlagen für fakultative Offenlegungen zu als ökologisch nachhaltig vermarkteten Anleihen zum Gegenstand hat (vgl. Art. 1 Green Bond-VO). Die Verordnung deckt dabei nur die *ökologische Nachhaltigkeit* ab (vgl. Green Bond-VO, Erwägungsgrund 9).

Auf nationaler Ebene kann etwa auf eine Erweiterung der bilanzrechtlichen Berichterstattungspflicht verwiesen werden; konkret verlangt § 289c Abs. 2 Nr. 1 HGB, dass im Rahmen der nichtfinanziellen Erklärung einer Kapitalgesellschaft auch „Umweltbelange“ abzubilden sind, namentlich Angaben zu „Treibhausgasemissionen, [...] Wasserverbrauch, [...] Luftverschmutzung, [...] Nutzung von erneuerbaren und nicht erneuerbaren Energien oder den Schutz der biologischen Vielfalt“. Aber auch „Arbeitnehmerbelange“, „Sozialbelange“, „die Achtung der Menschenrechte“ sowie „die Bekämpfung von Korruption und Bestechung“ (vgl. § 289c Abs. 2 Nr. 2–5 HGB) sind abzubilden. Diese nationale Regelung erweist sich wiederum als Umsetzung der CSR-Richtlinie⁶⁵, welche nunmehr aber durch die Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)⁶⁶ abgelöst wurde, was u.a. eine beträchtliche Ausweitung des Kreises berichtspflichtiger Unternehmen wie auch eine Erweiterung der berichtspflichtigen Inhalte mit sich bringt.⁶⁷

Aus diesem Wandel des auf den Kapitalmarkt bezogenen Regelungsrahmens kann also abgeleitet werden, dass dem Kapitalmarkt – nunmehr – auch die Funktion zugewiesen ist, als Katalysator einer nachhaltigen Wirtschaftsordnung zu wirken.⁶⁸ In dieser Funktion droht gar eine zweifache Beein-

⁶¹ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.

⁶² Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor.

⁶³ Zur Unterscheidung unternehmensbezogener und produktbezogener Transparenzpflichten *Geier/Hombach*, BKR 2021, 6 (12 ff.).

⁶⁴ Verordnung (EU) 2023/2631 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. November 2023 über europäische grüne Anleihen sowie fakultative Offenlegungen zu als ökologisch nachhaltig vermarkteten Anleihen und zu an Nachhaltigkeitsziele geknüpften Anleihen.

⁶⁵ CSR steht für „Corporate Social Responsibility“; vgl. Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen.

⁶⁶ Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014, und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen.

⁶⁷ Vgl. dazu den Überblick bei *Rothenburg/Rogg*, NZG 2024, 1439; ferner *Kasiske*, NZWiSt 2025, 45 (46). Eine Umsetzung der CSRD in nationales Recht hat bislang (Stand: 21.3.2025) allerdings noch nicht stattgefunden, weshalb ein Vertragsverletzungsverfahren läuft.

⁶⁸ In diesem Sinne *Kasiske*, WM 2023, 53 (58); *Mosbacher*, NJW 2023, 14 (15 f.); *ders.* (Fn. 5), § 264a Rn. 34 f.; ferner *Heinelt*, BKR 2024, 58 (64: es gehöre „zu den Zwecken des Kapitalmarkts als Institution [...], die Lenkung von privaten Investition [sic!] in positive Allgemeinzwecke wie dem Um-

trächtigung: einmal dahingehend, dass Anleger sich (aus Enttäuschung über die Verfehlung ideeller Zwecke) ganz zurückziehen und damit notwendig auch die Finanzierung nachhaltig wirtschaftender Unternehmen in Frage gestellt ist; sodann aber auch dahingehend, dass durch die (von den Anlegern nicht gewollte) Investition in die „falschen“ Unternehmen die gewünschte Transformation gar hintertrieben wird.⁶⁹ So oder so lassen sich unrichtige Angaben über Nachhaltigkeitsgesichtspunkte aus diesem Blickwinkel als erheblich einstufen.⁷⁰

bb) Eine rechtsgutsorientierte Gegenrede

Diesen – für sich genommen durchaus gewichtigen – Argumenten ist Folgendes entgegenzusetzen:

Zunächst lässt sich ganz grundsätzlich bezweifeln, inwiefern es sinnvoll ist, den Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs für ideelle Zwecke zu öffnen. Neben Nachhaltigkeitsgesichtspunkten im Sinne der ESG-Kriterien (Umwelt, Soziales, gute Unternehmensführung) finden sich weitere Anlagezwecke, die unter dem Gesichtspunkt ideeller Anlageentscheidungen zu schützen wären.⁷¹ Denn solange bestimmte Kriterien – und muten sie auch noch so absurd an – in einem Prospekt als relevant für einen Fonds herausgearbeitet werden, ist das nachfolgende Investitionsverhalten (der Fondsmanager) an diesen Kriterien zu messen. Eine Bewertung der Kriterien als „sinnvoll“ steht dem (Straf-)Rechtsanwender nicht zu. Demnach wäre auch die Enttäuschung des Anlegers geschützt, der in einen Fonds investiert, der verspricht, nur Anteile an Unternehmen mit einem „X“ im Namen zu erwerben, dies aber nicht einhält.⁷²

Speziell mit Blick auf die häufig in Bezug genommene Transformation (auch) des Kapitalmarktes in Richtung Nachhaltigkeit ist zudem deutlich zu benennen, worum es dabei in erster Linie geht. In Bezug genommen ist eine politisch gewollte Lenkungswirkung im Hinblick auf das Anlegerverhalten.⁷³ Damit soll keinesfalls gesagt sein, dass die intendierte Lenkungswirkung illegitim ist – es ist aber grundsätzlich zu unterscheiden zwischen dem, was „die Politik“ sich von den Anlegern wünscht und den Interessen, welche die Anleger am

Kapitalmarkt verfolgen. Dass sich dabei auch das Anlegerverhalten in den letzten Jahren verändert und das Investieren in nachhaltige Wirtschaftsfelder an Bedeutung gewonnen hat,⁷⁴ soll nicht in Abrede gestellt werden. Die Folgerung, dass *allein* die Enttäuschung über die in Wahrheit fehlende Nachhaltigkeit des Investments zu einer Anwendbarkeit des Tatbestandes führt, lässt sich gleichwohl nur dann friktionslos ziehen, wenn man – neben der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes – nicht das Vermögen, sondern die Dispositionsfreiheit der Anleger geschützt sieht.⁷⁵

Damit ist zu dem aus hiesiger Sicht wichtigsten Argument übergeleitet: Die Rechtsgüter „Vermögen“ und „Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes“ stehen – worauf bereits hingewiesen wurde – gerade nicht isoliert nebeneinander, sondern bedingen sich gegenseitig. Ohne den Einsatz privaten Vermögens verlöre der Kapitalmarkt seine Grundlage, ohne den Ordnungsrahmen des Kapitalmarktes fehlte den Anlegern das Vertrauen, ihr Vermögen einzusetzen. Das bedeutet aber, dass sich diese Wechselbeziehung auch bei der Tatbestandsauslegung ausdrücken muss. Konkret: Eine Auslegung, die sich allein an der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes orientiert, ohne – zugleich – den Gesichtspunkt des (Individual-)Vermögensschutzes zu berücksichtigen, überzeugt nicht.⁷⁶ Daran vermag auch ein sich in Richtung Nachhaltigkeit verschiebender regulatorischer Rahmen (auf europäischer und nationaler Ebene) nichts zu ändern. Vertrauensschutz kann also nur insoweit geleistet werden, wie zugleich eine – potentielle – Vermögensrelevanz besteht.

Bezeichnend ist im Übrigen, dass selbst diejenigen Stimmen im Schrifttum, die nur oder jedenfalls primär die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes geschützt sehen, ganz überwiegend eine Auslegung des Merkmals der „Erheblichkeit“ anhand wertbildender Faktoren vornehmen.⁷⁷ Dem liegt – so

welt- und Klimaschutz zu fördern“); *Kindhäuser/Böse* (Fn. 5), § 30 Rn. 3 („Transformation des Kapitalmarktes in Richtung Nachhaltigkeit“).

⁶⁹ Mit einer Unterscheidung von „richtigen“ bzw. „guten“ und „falschen“ bzw. „schlechten“ Investitionen geht freilich eine Bewertung der (gewollten oder ungewollten) Investitionsfolgen einher, die aus dem Blickwinkel eines liberalen Strafrechts von vornherein keine Rolle spielen dürfte.

⁷⁰ Dafür grds. *Heinelt*, BKR 2024, 58 (64); *Kasiske*, WM 2023, 53 (58); *Mosbacher*, NJW 2023, 14 (15 f.); ferner *Kindhäuser/Böse* (Fn. 5), § 30 Rn. 3; vgl. aus der Perspektive der zivilrechtlichen Kapitalmarkthaftung überdies *Hellgardt/Kienbaum*, BKR 2025, 108 (114).

⁷¹ Darauf hinweisend auch *Schneider/Adam*, wistra 2024, 97 (100 f.).

⁷² Bsp. angelehnt an *Mehler* (Fn. 45), S. 230.

⁷³ So ausdrücklich auch *Mosbacher* (Fn. 5), § 264a Rn. 34; ferner *Hellgardt/Kienbaum*, BKR 2025, 108.

⁷⁴ Darauf hinweisend etwa *Mosbacher* (Fn. 5), § 264a Rn. 34.

⁷⁵ Namentlich *Mosbacher* geht – freilich entgegen der h.M. (dazu oben 2. a) – von einem Dispositionsschutz aus, sodass seine Argumentation in sich durchaus stimmig ist.

⁷⁶ Explizit für die Notwendigkeit einer (auch) wertbildenden Relevanz der (unrichtigen) Angaben im Zusammenhang mit Greenwashing auch *Park* (Fn. 8), StGB § 264a Rn. 13 (man müsse „auch insoweit eine gewisse Relevanz für die Werthaltigkeit der betroffenen Kapitalanlage fordern“). In einem allgemeineren Sinne auch *Momsen/Niang/Bruckmann/Laudien* (Fn. 55), S. 171, wenn sie – treffend – festhalten, dass der „über das Individualvermögen hinausgehende Schutzbereich [...] dort endet, wo sich das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht mehr auf das Individualvermögen auswirken kann.“

⁷⁷ Vgl. etwa *Duttge* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 1 („Erhaltung eines funktionierenden Kapitalmarktes“ als „primäres“ Ziel) und Rn. 7 (erhebliche Angaben als solche, die aus Anlegersicht „maßgeblich für Wert, Chancen und Risiken der Kapitalanlage im konkreten Einzelfall“ sind; *nicht* anlageerheblich sollen demgegenüber etwa „bloße Affektionsinteressen“ sein); ferner *Perron* (Fn. 7) § 264a Rn. 1 („Funktionieren des Kapitalmarktes“ als „primäres“ Ziel) und Rn. 30 („Unerheblich sind Umstände, die den Wert der Anlage nicht berühren.“);

darf man vermuten – die unausgesprochene Überzeugung zugrunde, dass ein Handeln am Kapitalmarkt für den durchschnittlichen Anleger doch immer (auch) mit der Hoffnung der eigenen Vermögensmehrung verbunden ist. Soweit diese Prämisse doch einmal ausgesprochen bzw. offengelegt wird⁷⁸, um zu begründen, weshalb eine an „vermögensrelevante[n] Faktoren“⁷⁹ orientierte Auslegung nicht in Widerspruch zur Annahme eines ausschließlichen Institutionsschutzes tritt, erfolgt zusätzlich eine Heranziehung von „Strafwürdigkeitsüberlegungen“⁸⁰. Die Strafwürdigkeit (nur) unrichtiger Angaben zu Wert, Chancen und Risiken einer Anlage ergebe sich „daraus, daß durch sie nicht nur das überindividuelle Rechtsgut des Kapitalmarkts, sondern zugleich Vermögensinteressen der Anleger gefährdet werden, ohne daß letztere damit bereits zum Rechtsgut des § 264a StGB werden.“⁸¹

Eines solchen Rückgriffs auf – ggf. nur stillschweigend zugrunde gelegte – Annahmen zu den (dominierenden) Zielen von (Privat-)Anlegern bzw. auf schwer greifbare „Strafwürdigkeitsüberlegungen“⁸² bedarf es von vornherein nicht, wenn man – mit der hier vertretenen Auffassung – von einem Schutz von Kapitalmarkt und Vermögen ausgeht und dabei die Wechselbezüglichkeit der Schutzgüter in der Auslegung berücksichtigt.

Damit lautet das Zwischenfazit: Die Enttäuschung ideeller Anlageerwartungen für sich genommen – auch bezogen auf die Nachhaltigkeit des Investments – wird vom Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs nicht erfasst. Das bedeutet: Fehlerhafte Angaben, die sich (nur) auf ideelle Gesichtspunkte beziehen, sind nicht als erhebliche Umstände i.S.d. § 264a Abs. 1 StGB einzustufen.⁸³ Zugleich beugt (nur) diese – auf

die *wertbildende* Relevanz bezogene – Deutung der Erheblichkeit einer Verschleifung mit dem Tatbestandsmerkmal der Vorteilhaftigkeit (in der Unterlassungsvariante: Nachteilhaftigkeit) vor. Mit diesem Verständnis ist im Übrigen auch der vielfach und – eingedenk der Strafbarkeitsvorverlagerung wie auch der gerade hinsichtlich der „Erheblichkeit“ weiten Tatbestandsfassung⁸⁴ – zu Recht erhobenen Forderung nach einer restriktiven Tatbestandsauslegung⁸⁵ Rechnung getragen. Nach alledem ist der Charakterisierung des für die (Bestimmung der) Erheblichkeit maßgeblichen Anlegers als *homo oeconomicus*⁸⁶ beizupflichten.

b) Nachhaltigkeit als wertbildender Faktor?

Von diesem Befund zu trennen ist die Frage, ob bestimmten ideellen Gesichtspunkten auch wertbildende Relevanz zukommen kann. So finden sich in jüngerer Vergangenheit vermehrt Literaturstimmen, die Nachhaltigkeitsgesichtspunkte als wertbildende Faktoren begreifen.⁸⁷ Bejaht man diese Frage, könnte – jedenfalls mit Blick auf Nachhaltigkeitsgesichtspunkte – doch ein Schutz über § 264a StGB gewährleistet werden, sofern das Investment in puncto Auswahlkriterien nicht hält, was es verspricht. Dabei ist vorwegzuschicken, dass die Frage nach der wertbildenden Relevanz von Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen dieses Beitrages nur kursorisch sowie auf Basis des gegenwärtigen Erkenntnisstands behandelt werden kann.

bzw. marktrelevant werden“; abgeschwächt auch *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), nach denen „anlageethische oder Minderheits-Ansichten zu außer-vermögensmäßigen (ideellen) Gesichtspunkten [...] erst dann *erheblich sein* [...] *dürften*, wenn sie kurs- bzw. marktrelevant werden (können)“ (*Hervorhebungen* durch den *Verf.*).

⁸⁴ Deziert kritisch zur Tatbestandsfassung unter Bestimmtheitsgesichtspunkten *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 85 ff.; vgl. auch die Grundsatzkritik an der Tatbestandsfassung von *Zieschang*, GA 2012, 607 ff.

⁸⁵ Vgl. nur *Saliger*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, StGB § 264a Rn. 14; *Fischer* (Fn. 46); § 264a Rn. 2; *Heinelt*, BKR 2024, 58 (63); *Schröder/Bergmann* (Fn. 25), § 264a Rn. 31; *Ceffinato* (Fn. 25), § 264a Rn. 53; *Wendrich*, ZJS 2013, 238 (245); ferner *Tiedemann*, JZ 1986, 865 (873). Eine restriktive Auslegung bewirkt zwar eine Verengung des Schutzbereichs, kann jedoch in letzter Konsequenz durchaus im Interesse der Anleger sein, wenn man berücksichtigt, dass sich die Anbieter bei einem weiten Erheblichkeitsverständnis durch die Aufnahme möglichst vieler Angaben in ihre Prospekte usw. absichern könnten, was aber eine Orientierung für den einzelnen Anleger (noch) weiter erschweren würde; in diesem Sinne etwa auch *Hellmann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2023, Rn. 12; *Schröder* (Fn. 38), Kap. 8 Rn. 63; ferner *Fischer* (Fn. 46), § 264a Rn. 16.

⁸⁶ *Tiedemann/Vogel* (Fn. 3), § 264a Rn. 71; verwendet auch von *Hoyer* (Fn. 8), § 264a Rn. 34.

⁸⁷ In diesem Sinne etwa *Schelzke/Bosch*, *wistra* 2024, 233 (238); vgl. auch *Ahrens/Redwitz*, CCZ 2023, 6 (7).

Bosch (Fn. 47), § 264a Rn. 1 („Funktionsbedingungen des Kapitalmarktes [...] als Schutzzweck“) und Rn. 17 (es müsse „im Hinblick auf die konkrete Anlage geprüft werden, ob nur unerhebliche, d.h. im konkreten Fall nur geringfügige Auswirkungen der unrichtigen Angaben auf die *Werthaltigkeit der Anlage* zu prognostizieren sind“; *Hervorhebungen* durch den *Verf.*).

⁷⁸ Vgl. *Geerds* (Fn. 20), S. 208: Es seien „vor allem Angaben über vermögensrelevante Umstände geeignet [...], [...] zu einem Vertrauensschwund [...] zu führen.“ „Naturgemäß“ reagiere der Anleger „auf unrichtige oder unvollständige Angaben dann besonders empfindlich, wenn durch sie sein Vermögen berührt wird“ (*ders.* [Fn. 20], S. 199).

⁷⁹ *Geerds* (Fn. 20), S. 208.

⁸⁰ *Geerds* (Fn. 20), S. 208, 216; vgl. auch *Otto* (Fn. 53), § 61 Rn. 39.

⁸¹ *Geerds* (Fn. 20), S. 216 (Rechtschreibung im Original); ähnlich *Otto* (Fn. 53), § 61 Rn. 39.

⁸² Vgl. wiederum *Geerds* (Fn. 20), S. 208, 216; ferner *Otto* (Fn. 53), § 61 Rn. 39.

⁸³ Übereinstimmend speziell mit Blick auf Nachhaltigkeitsgesichtspunkte *Haak/Pawel*, ESGZ 2023, 40 (42); „Affektionsinteressen“ generell als unerheblich einstuft ferner *Duttge* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 7; *Ceffinato* (Fn. 25), § 264a Rn. 57; *Hoyer* (Fn. 8), § 264a Rn. 35; deutlicher noch *Bock* (Fn. 7), StGB § 264a Rn. 23, wonach „anlageethische und ideelle Gesichtspunkte erst Erheblichkeit [erlangen], wenn sie kurs-

Für eine wertbildende Relevanz von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten wird angeführt, dass nachhaltig wirtschaftliche Unternehmen perspektivisch höhere Wachstumschancen aufweisen.⁸⁸ Dies ergebe sich auch aus einem niedrigeren Anlage- risiko, da etwa die Gefahr, dass Unternehmen sich Schadensersatz- oder Bußgeldforderungen wegen der Verursachung von Umweltschäden oder der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen ausgesetzt sehen, geringer sei.⁸⁹ In einem allgemeineren Sinne wird zudem auf den sich verändernden regulatorischen Rahmen (durch EU-Gesetzgebung und nationale Gesetzgebung) hingewiesen; diesem sei zu entnehmen, dass Nachhaltigkeitsgesichtspunkten am Kapitalmarkt bereits jetzt eine zentrale Bedeutung zukomme.⁹⁰

Zunächst vermag allein ein sich verändernder regulatorischer Rahmen, der auf eine Umgestaltung (auch) des Kapitalmarktes hin zu einem nachhaltigen Finanzmarkt zielt, keine wertbildende Relevanz von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten zu begründen. Es existieren gar Befürchtungen, wonach eine Überregulierung droht, die ein – gerade im internationalen Wettbewerb – erfolgreiches unternehmerisches Wirken derart erschwert, dass Wachstum gehemmt oder gar ausgeschlossen wird.⁹¹

Überdies ist zu sehen, dass – nach aktueller Studienlage – ESG-Fonds weder merklich besser noch schlechter „performen“ als Nicht-ESG-Fonds.⁹² Darauf zurückgreifend, wird man auch unter Zugrundelegung des verobjektivierten Leitbildes des verständigen, durchschnittlich vorsichtigen Kapitalanlegers zu der Einschätzung gelangen können, dass ESG-Eigenschaften *nicht* als wertbildend begriffen werden. Im Umkehrschluss: Soweit es die ESG-Eigenschaften betrifft, werden Investments nur unter ideellen Gesichtspunkten getätigt.

Die Annahme, dass Nachhaltigkeitsgesichtspunkte bereits gegenwärtig wertbildende Relevanz aufweisen, ist daher eher – wenngleich vorsichtig – zurückzuweisen. Insoweit handelt es sich nur um eine Einschätzung, die primär der Abrundung der behandelten Fragestellung dient.

c) Befund für Greenwashing

Zurückkommend auf die im Titel des Beitrages aufgeworfene Fragestellung, ob sog. Greenwashing beim Vertrieb von Finanzprodukten eine Anwendbarkeit des § 264a StGB begründet, ist damit festzustellen, dass dies grundsätzlich nicht der Fall ist. Dies ergibt sich aus dem kumulierten Schutz von Vermögen und Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts, wonach die Enttäuschung (nur) ideeller Anlegerinteressen nicht als entscheidungserheblich im Sinne der Vorschrift zu begreifen ist. Eine Anwendbarkeit des § 264a StGB kann gegen-

⁸⁸ Schelzke/Bosch, wistra 2024, 233 (238); dazu auch Kasiske, WM 2023, 57 f.

⁸⁹ Schelzke/Bosch, wistra 2024, 233 (238); dazu auch Kasiske, WM 2023, 57 (58).

⁹⁰ Vgl. wiederum Mosbacher, NJW 2023, 14 (15 f.); Schelzke/Bosch, wistra 2024, 233 (238).

⁹¹ Vgl. dazu Ekkenga/Schirrmacher/Schneider, NJW 2021, 1509 (1510).

⁹² Vgl. Kasiske, WM 2023, 35 (58) m.w.N.

wärtig wohl auch (noch) nicht über eine Charakterisierung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten als wertbildend begründet werden.

Bezogen auf das oben skizzierte Beispiel der unzutreffenden Behauptung der Orientierung eines Fonds an ESG-Kriterien und der gleichzeitigen (Selbst-)Charakterisierung als „ökologisch nachhaltig“ bedeutet dies, dass eine Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt des § 264a StGB grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Vorausgesetzt ist dabei freilich, dass die (übrigen) Angaben zu Wert, Chancen und Risiken der Anlage zutreffend sind.

V. Weitere Tatbestände

Dass – jedenfalls nach hier vertretener Auffassung – ein Rückgriff auf § 264a StGB beim Greenwashing im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Finanzprodukten (noch) nicht in Betracht kommt, bedeutet nicht, dass ein Strafrechtsschutz insgesamt ausbleibt bzw. ausbleiben muss. Dabei kann im Rahmen dieses Beitrages nur ein cursorischer Blick auf weitere (Spezial-)Tatbestände geworfen werden, deren Verwirklichung – je nach Einzelfall – in Betracht kommt. Der Betrug bleibt dabei, eingedenk seiner erheblich über das Machen unrichtiger (und vorteilhafter) Angaben hinausgehender Voraussetzungen, bewusst ausgeklammert.⁹³

1. § 16 Abs. 1 UWG

Möglich bleibt – bereits gegenwärtig – eine Ahndbarkeit schönfärbender Angaben zur Nachhaltigkeit eines Finanzprodukts gem. § 16 Abs. 1 UWG (Irreführendes Werben). Im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG ist mit Blick auf die Einbeziehung unrichtiger (Werbe-)Angaben zur Nachhaltigkeit eines (Finanz-)Produkts freilich die Frage zu stellen, ob (im subjektiven Tatbestand) die Anscheinssetzungsabsicht auf ein „besonders günstiges“ Angebot bezogen ist. Soweit man als Schutzgut des § 16 Abs. 1 UWG auch und insbesondere die Dispositionsfreiheit begreift,⁹⁴ ist diese (potentiell) auch bei Vorspiegelung von Tatsachen mit nur ideeller Relevanz (z.B. Herstellung der Produkte durch Blinde⁹⁵) beeinträchtigt. Darunter fallen grds. auch nachhaltigkeitsbezogene Angaben. Interessanterweise begreifen auch solche Stimmen, die durch § 16 Abs. 1 UWG nur das Individualvermögen (abstrakt) geschützt sehen,⁹⁶ unrichtige Angaben von (nur) ideeller Rele-

⁹³ Zur Betrugsstrafbarkeit im Zusammenhang mit Greenwashing (generell sowie auch und insbesondere beim Vertrieb von Finanzprodukten) vgl. die Nachweise in Fn. 2.

⁹⁴ Vgl. Diemer/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 248. Lfg., Stand: Juli 2023, UWG § 16 Rn. 7; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, Lauterkeitsrecht, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 16 Rn. 31; Kasiske, WM 2023, 53 (55).

⁹⁵ Vgl. BGHSt 4, 44 (46).

⁹⁶ So etwa Brammsen, Lauterkeitsstrafrecht, 2020, UWG § 16 Rn. 12; Hohmann, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2023, UWG § 16 Rn. 3.

vanz als „günstig“ im Hinblick auf das Angebot;⁹⁷ als stimmig erweist sich dies, wenn insoweit das *Vermögen der Mitbewerber* in Bezug genommen ist (unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung von Erwerbchancen).

Im Einzelfall lässt sich zudem fragen, ob das Angebot auch als „besonders“ günstig erscheinen soll, was etwa dann zu verneinen sein kann, wenn eine (werbende) Bezeichnung noch als „branchenüblich“ gilt und damit eben neben anderen Angeboten nicht heraussticht (z.B. bei Bezeichnung eines Produkts nur als „umweltfreundlich“).⁹⁸

2. Weitere Tatbestände des Kapitalmarktstrafrechts

Bereits eingangs wurden zudem auf weitere (Spezial-)Tatbestände des Kapitalmarktstrafrechts verwiesen, die aufgrund ihres Zuschnitts aber mit dem – jedenfalls potentiellen – Schutzbereich des § 264a StGB nicht vergleichbar sind. So setzt § 49 BörsG, der die Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften (entgegen § 26 Abs. 1 BörsG) unter Strafe stellt, einen Einwirkungserfolg voraus.⁹⁹ Entsprechendes gilt für die strafbare Marktmanipulation nach § 119 Abs. 1 WpHG, die eine Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis bzw. die Berechnung des Referenzwerts voraussetzt.¹⁰⁰ Dass tatbestandlich eine bestimmte Art des Erfolges vorausgesetzt wird, beinhaltet dabei nicht zwingend eine Aussage zum Deliktcharakter: Auch Tatbestände mit Erfolgserfordernis können – je nach geschütztem Rechtsgut – als abstrakte Gefährungsdelikte einzustufen sein.¹⁰¹

Mit Blick auf die sog. Falschangabedelikte des AktG (§§ 399, 400 AktG), die auch bei beschönigenden Angaben zur Nachhaltigkeit der Unternehmenstätigkeit Relevanz gewinnen können¹⁰², ist zu sehen, dass der Täterkreis von vornherein auf „Personen mit besonderer Affinität zur Gesell-

schaft“ beschränkt ist.¹⁰³ Auch die Bilanzdelikte der §§ 331 ff. HGB sind tatbestandlich grds. offen für Schönfärbereien hinsichtlich der Nachhaltigkeit des unternehmerischen Wirkens,¹⁰⁴ weisen aber ihrerseits die Besonderheit auf, dass ihr Sonderdeliktcharakter den Kreis möglicher Täter deutlich einschränkt. Überdies handelt es sich – jeweils – um Tat handlungen, die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem *Vertrieb* von (Finanz-)Produkten stehen.

VI. Fazit

Das Fazit soll sich darauf beschränken, die wesentlichen Befunde der vorstehenden Überlegungen thesenartig darzustellen:

- Ein Schutz der Anlageentscheidung allein unter anlageethischen Gesichtspunkten lässt sich nicht unter Hinweis auf das von der Vorschrift des § 264a StGB mitgeschützte (Allgemein-)Rechtsgut der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes begründen, da dieses in einer Wechselwirkung zum mitgeschützten (Individual-)Vermögen steht.
- Ein Schutz der Anlageentscheidung unter anlageethischen Gesichtspunkten ist i.R.d. § 264a StGB (nur) insoweit denkbar, wie ebendiesen Gesichtspunkten (auch) wertbildende Relevanz zugeschrieben werden kann.
- Unrichtigen Angaben über die Nachhaltigkeit der Anlage, insbesondere unter Vorgabe der Orientierung an ESG-Kriterien, kann jedenfalls gegenwärtig (noch) keine wertbildende Relevanz zugeschrieben werden.

⁹⁷ Vgl. *Brammsen* (Fn. 96), UWG § 16 Rn. 62; *Hohmann* (Fn. 96), UWG § 16 Rn. 45.

⁹⁸ *Heinelt*, BKR 2024, 58 (64 f.); krit. aber *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 (240).

⁹⁹ Dabei ist umstritten, ob der Erfolg bereits mit erfolgreicher Willensbeeinflussung (so *Richter*, in: Erbs/Kohlhaas [Fn. 94], BörsG § 49 Rn. 7) oder erst mit Abschluss des Börsenspekulationsgeschäfts durch den Verleiteten (so *Park* [Fn. 8], Kommentierung zu BörsG §§ 49, 26 Abs. 1 Rn. 35) eintritt. In jedem Falle bedarf es aber einer *nachweisbaren Einwirkung* auf den Willensbildungsprozess einer anderen Person, was gegenüber § 264a StGB bereits ein Mehr darstellt.

¹⁰⁰ Vgl. *Kämpfer/Travers*, in: Seibt/Buck-Heeb/Harnos (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Wertpapierhandelsrecht, Stand: 1.10.2024, WpHG § 119 Rn. 103; *Pananis*, in: Erb/Schäfer (Fn. 96), WpHG § 119 Rn. 10; zu den damit verbundenen Nachweisschwierigkeiten *Hellmann* (Fn. 85), Rn. 103.

¹⁰¹ Dies gilt namentlich für § 49 BörsG, der (im Hinblick auf das geschützte Vermögen) abstraktes Gefährungsdelikt ist; vgl. *Park* (Fn. 8), Kommentierung zu BörsG §§ 49, 26 Abs. 1 Rn. 5 m.w.N.

¹⁰² Dazu *Heinelt*, BKR 2024, 58 (65).

¹⁰³ *Hefendehl*, in: Stilz/Veil (Hrsg.), in: Beck'scher Online Großkommentar, Aktiengesetz, Stand: 1.10.2024, § 399 Rn. 27.

¹⁰⁴ Vgl. wiederum *Heinelt*, BKR 2024, 58 (65); ferner *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 (241 f.); jüngst *Kasiske*, NZWiSt 2025, 45 (47 ff.).

Die Anwendung des § 292 StGB (Jagdwilderei), insbesondere dessen Abs. 1 Nr. 2, auf sog. Doppelrechtler

Von Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold, Bremen*

Artenschutzrecht und Jagdrecht sind nicht konsequent aufeinander abgestimmt. Bestimmte Arten, die sog. Doppelrechtler, unterfallen deshalb beiden Regelungsbereichen, weshalb sie nach dem Wortlaut der jeweiligen Gesetze (BNatSchG und Jagdgesetze) zugleich dem jagdlichen Aneignungsrecht unterfallen, aber nicht in Besitz oder Gewahrsam genommen werden dürfen – ein Widerspruch, den es aufzulösen gilt und der tragende Konsequenzen für die Anwendbarkeit des § 292 StGB auf entsprechendes Wild mit sich bringt. Als besonders praxisrelevant erweist sich dabei die Frage, ob Mitarbeitende eines anerkannten Naturschutzverbandes verendete Tiere streng geschützter Arten ohne Strafbarkeitsrisiko nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB entgegen dem Willen des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten mitnehmen und untersuchen dürfen.

I. Einleitung

§ 292 Abs. 1 StGB verbietet es, unter Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts Wild nachzustellen, es zu fangen, zu erlegen oder sich oder einem Dritten zuzueignen oder eine Sache, die dem Jagdrecht unterliegt, sich oder einem Dritten zuzueignen, sie zu beschädigen oder zu zerstören. Der Begriff des Wildes ist i.R.d. § 292 StGB nun jedoch nicht autonom strafrechtlich auszulegen, sondern er verweist dynamisch auf das Jagdrecht des Bundes und der Länder.¹ Gleiches gilt für die Frage, ob eine Handlung fremdes Jagd- oder Jagdausübungsrecht verletzt oder ob eine Sache dem Jagdrecht unterliegt.

Das Jagdrecht als solches kollidiert dabei im Einzelfall mit dem Artenschutzrecht, da die Kompetenz zur Regelung des Artenschutzrechts gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG dem Bund zusteht, das Jagdrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 GG zwar formal ebenfalls der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes unterfällt, jedoch die Besonderheit gilt, dass die Länder nach Maßgabe des Art. 72 Abs. 3 Nr. 1 GG auch dann eigene jagdrechtliche Regelungen erlassen dürfen, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Das Artenschutzrecht wiederum wird in erheblichem Maße europa- und völkerrechtlich determiniert, das Jagdrecht nicht, was zur Folge hat, dass in den Überschneidungsbereichen des Jagd- und des Artenschutzrechts teilweise widersprüchliche Regelungsanordnungen bestehen, wie etwa der Widerspruch zwischen dem sogar strafrechtlich geschützten jagdlichen Aneignungsrecht (§ 292 Abs. 1 StGB i.V.m. § 1 BJagdG und entsprechenden Landesgesetzen) und dem ebenfalls sanktionsbewehrten naturschutzrechtlichen Besitzverbot (§§ 71a Abs. 2 Nr. 1, 44 Abs. 1 Nr. 2

BNatSchG) streng geschützte Arten sowie teilweise auch besonders geschützte Arten betreffend. Das naturschutzrechtliche Besitzverbot wiederum dient in Teilen der Umsetzung des Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen,² der sog. Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie oder auch FFH-Richtlinie, in Teilen der Umsetzung des Art. 6 lit. e des Übereinkommens über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume vom 19. September 1979, kurz Berner Konvention oder BK, und in wieder anderen Teilen geht das Gesetz über die völker- und europarechtlichen Vorgaben hinaus.

Einen absoluten Vorrang des Jagdrechts zu bejahen, würde insofern in diesem und anderen Fällen eine völker- und europarechtswidrige Rechtslage begründen. Mit Blick auf sogenannte Öffnungsklauseln (vgl. §§ 37 Abs. 2, 39 Abs. 2, 40 Abs. 1 Nr. 3 und 45 Abs. 1 S. 3, Abs. 4 und Abs. 5 BNatSchG), die der Anwendbarkeit des Jagdrechts zur Durchsetzung verhelfen wollen, kann aber andersherum auch kein absoluter Vorrang des BNatSchG vor den Jagdgesetzen des Bundes und der Länder begründet werden, sondern die Widersprüche sind normbezogen im Rahmen der Auslegung aufzulösen.

Dies führt in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten, ob etwa ein verendeter Turmfalke, sowohl jagdbar als auch streng geschützt, oder eine verendete Wildkatze, ebenfalls sowohl jagdbar als auch streng geschützt, seitens eines Naturschutzverbandes ohne Strafbarkeitsrisiko nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB für die Mitarbeitenden mitgenommen und auf die Todesursache hin untersucht werden darf.

Die Praxis belegt, dass von entsprechenden Untersuchungen der Todesursache streng geschützter Tiere insbesondere deshalb Abstand genommen wird, da Jagd- oder Jagdausübungsberechtigte den Kadaver für sich beanspruchen und allein aus einem Totfund in der Regel noch kein Anfangsverdacht auf eine illegale Tiertötung abgeleitet werden kann.³ Eine Beschlagnahme durch die Strafverfolgungsbehörden scheidet aus diesem Grund aus. Der Anfangsverdacht müsste daher zunächst durch eine nähere Untersuchung des Kadavers gewonnen werden. Ob eine solche ohne Risiko einer Strafbarkeit nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB möglich ist, gilt es im Folgenden zu klären.

Die Frage nach dem jagdlichen Aneignungsrecht ist für sog. Doppelrechtler,⁴ also Arten, die sowohl dem Jagd- als auch dem Naturschutzrecht unterfallen, nämlich in der Tat schwierig zu beantworten, obwohl gerade sie maßgeblich

* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht und Leiter der Forschungsstelle für Tier- und Tierschutzrecht (FTT) an der Universität Bremen.

¹ Witteck, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 292 Rn. 4.

² ABl. EG 1992 Nr. L 206, S. 7.

³ Luchs Bayern e.V. (Hrsg.), Illegale Tötungen von Luchsen, 2024, S. 46 f.

⁴ Wissenschaftliche Dienste (WD) des Bundestages, Gesetzgebungskompetenzen im Jagdrecht, 2008, S. 6; Kluxen, JfB 2004, 18.

auch für das Vorliegen einer Jagdwilderei in Fällen der Untersuchung von Kadavern zur Aufklärung von Artenschutzverstößen ist. Ein Versuch der Einordnung soll daher vorliegend unternommen werden.

II. Doppelrechtler im deutschen und europäischen Recht sowie im Völkerrecht

Zu den streng geschützten Arten i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG, die zugleich in einem oder mehreren Bundesländern jagdbare Arten und daher Wild sind, zählen mit Blick auf Säugetiere u.a. Wisente (*Bison bonasus* L.),⁵ Wildkatzen (*Felis silvestris* SCHREBER)⁶ oder Luchse (*Lynx lynx* L.),⁷ in Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen und Schleswig-Holstein beispielsweise auch Wölfe (*Canis lupus* L.),⁸ und mit Blick auf Vögel u.a. Auerwild (*Tetrao urogallus* L.),⁹ Rotmilane (*Milvus milvus* L.)¹⁰ oder Turmfalken (*Falco tinnunculus* L.).¹¹

Die Differenzierung zwischen Säugetieren und Vögeln ist deshalb wichtig, weil das europäische Recht den Schutz der wildlebenden Säugetiere jenseits von Handelsverboten¹² insbesondere durch die FFH-RL sicherstellt, den Schutz von Vogelarten jenseits von Handelsverboten¹³ jedoch durch die Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, die sog. Vogelschutzrichtlinie, kurz VSchRL.¹⁴

Der Inhalt dieser Richtlinien ähnelt sich stark, aber deckt sich nicht, was dazu führt, dass sich auch die Auslegungsergebnisse im nationalen Recht für streng geschützte Vögel auf

⁵ § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG, ausgenommen in Baden-Württemberg durch § 7 Abs. 1 JWMG BW und in Nordrhein-Westfalen durch § 2 Nr. 1 LJG-NRW.

⁶ § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG.

⁷ § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG, ausgenommen in Nordrhein-Westfalen durch § 2 Nr. 1 LJG NRW.

⁸ § 1 HJagdV, § 26 Abs. 1 Nr. 5 LJagdG M-V, § 5 S. 1 Nr. 5 NJagdG, § 3 SächsJagdV und § 1 LJagdZV SH.

⁹ § 2 Abs. 1 Nr. 2 BJagdG, ausgenommen in Nordrhein-Westfalen durch § 2 Nr. 2 LJG-NRW.

¹⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 2 BJagdG, ausgenommen in Baden-Württemberg durch § 7 Abs. 1 JWMG BW und in Rheinland-Pfalz durch § 6 Abs. 1 LJG RP.

¹¹ § 2 Abs. 1 Nr. 2 BJagdG, ausgenommen in Baden-Württemberg durch § 7 Abs. 1 JWMG BW und in Rheinland-Pfalz durch § 6 Abs. 1 LJG RP.

¹² Vgl. zu Handelsverboten das Washingtoner Artenschutzübereinkommen vom 3.3.1973 einschließlich des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 3.3.1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (Gesetz zum Washingtoner Artenschutzübereinkommen) vom 22.5.1975 (BGBl. II 1975, S. 773) sowie die Verordnung (EG) Nr. 338/98 des Rates vom 9.12.1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (EG-Artenschutzverordnung, ABl. EG 1997 Nr. L 61, S. 1).

¹³ Siehe bereits Fn. 12.

¹⁴ ABl. EU 2010 Nr. L 20, S. 7.

der einen Seite und für streng geschützte Säugetiere auf der anderen Seite unterscheiden können. Ein zentraler Unterschied der beiden Richtlinien ist dabei, dass Art. 12 Abs. 2 FFH-RL die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu verpflichtet, den Besitz streng geschützter (Säugetier-)Arten zu verbieten und die möglichen Ausnahmetatbestände den hier interessierenden Fall des jagdlichen Aneignungsrechts nicht erfassen, die VSchRL jedoch mit Ausnahme des Verbotes des Besitzes bestimmter Vögeleier kein Besitzverbot kennt.

Die BK schützt zwar sowohl Vögel als auch Säugetiere und kennt in Art. 6 lit. e BK ebenfalls ein Besitzverbot, jedoch werden anders als etwa durch Art. 1 VSchRL nicht sämtliche europäischen Vogelarten in den Anwendungsbereich des Übereinkommens einbezogen.

Es ist daher jeweils für nach der FFH-RL geschützte Säugetiere, für nach der VSchRL geschützte Vogelarten sowie für nach der BK streng geschützte Tiere zu untersuchen, ob die Zueignung, Beschädigung oder Zerstörung eines entsprechenden Kadavers § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB unterfällt.

III. Der Schutzzweck des § 292 StGB

Bereits der Schutzzweck des § 292 StGB ist allerdings umstritten. Einige sehen allein das jagdliche Aneignungsrecht als Vorstufe zum durch Aneignung i.S.d. § 958 BGB erlangten Volleigentum als geschützt an (sog. monistische Betrachtung).¹⁵

Dass jedenfalls auch das jagdliche Aneignungsrecht geschützt ist, belegt schon der Wortlaut des § 292 Abs. 1 StGB, der verlangt, dass die Tat „unter Verletzung fremden Jagd- oder Jagdausübungsrechts“ begangen sein muss, um strafrechtliches Unrecht zu verwirklichen. Das Jagdrecht wird jedoch in Bund und Ländern definiert als die ausschließliche Befugnis, auf einem bestimmten Gebiet wildlebende Tiere, die dem Jagdrecht unterliegen (Wild), zu hegen, auf sie die Jagd auszuüben und sie sich anzueignen. Aus diesem Grund wird § 292 StGB auch als nicht nur verwaltungs-, sondern ebenfalls als zivilrechtsakzessorischer Straftatbestand beschrieben.¹⁶

Über das Aneignungsrecht hinaus umfasst das Recht zur Jagd, das § 292 Abs. 1 StGB explizit in Bezug nimmt, jedoch ebenso das Recht zur Hege und das Recht zur Ausübung der Jagd, also das Recht zum Aufsuchen, Erlegen und Fangen von Wild sowie das Recht, diesem nachzustellen.¹⁷ Die entsprechenden Ausprägungen des Jagdrechts werden daher etwa durch das reine Fangverbot in § 292 Abs. 1 Nr. 1 Mod. 2 StGB, das keine Zueignungsabsicht voraussetzt und die spätere Aneignung durch den Berechtigten damit nicht

¹⁵ So etwa VG Arnsberg BeckRS 2009, 35786; Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 292 Rn. 1; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 292 Rn. 1.

¹⁶ Witteck (Fn. 1), § 292 Rn. 4.

¹⁷ Vgl. exemplarisch § 1 Abs. 1 und Abs. 3 BJagdG.

ausschließt,¹⁸ ebenfalls geschützt. Wollte man dies anders sehen, wäre die Aufnahme des Fanges als Tathandlung neben der Tathandlung des Nachstellens überflüssig.

Zeng formuliert insofern dem Grunde nach zutreffend, Rechtsgut des § 292 StGB sei das Jagdrecht als solches,¹⁹ Stegmann, dass das fremde Jagdrecht in § 292 StGB „umfassend strafrechtlichem Schutz“ unterstellt sei.²⁰

Jedenfalls das Recht des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten auf Hege eines gesunden und vielfältigen Wildbestands ist daher von § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB neben dem Aneignungsrecht als geschützt anzusehen.²¹

Fraglich ist jedoch, ob neben den Individualinteressen der Inhaber des Jagd- oder Jagdausübungsrechts auch das Interesse der Allgemeinheit am Schutz eines durch Hege erhaltenen gesunden und ausgewogenen Wildbestandes geschützt ist und damit ein Kollektivrechtsgut.²²

Diese Frage ist im Ergebnis zu verneinen. Schon die Einordnung des § 292 StGB in den 25. Abschnitt mit der amtlichen Überschrift „Strafbarer Eigennutz“ deutet darauf hin, dass es dem Gesetzgeber um die Sanktionierung der Ziehung eines unberechtigten Vorteils ging. Dieser Vorteil wiederum korreliert im Jagdrecht mit dem spiegelbildlichen Nachteil des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten, der entweder unmittelbar finanziell geschädigt wird, indem er sein Aneignungsrecht nicht mehr ausüben kann, oder mittelbar geschädigt wird, da kein Begehungsschein gelöst wird und da der Wert des Jagdrevieres insbesondere vom vorhandenen Wildbestand sowie der Wert künftiger Stücke von deren Eigenschaften abhängt, die durch Einflussnahme auf den Genpool beeinflusst werden.

Selbstverständlich korreliert das Recht des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten an dem Erhalt eines gesunden und artenreichen Wildbestandes dabei mit dem im BNatSchG geschützten Allgemeininteresse an biologischer Vielfalt, aber das Interesse der Allgemeinheit ist eben nur in letztgenanntem Gesetz Schutzgut, nicht in § 292 StGB. Dies zeigt sich auch deutlich daran, dass der Jagd- oder Jagdausübungsrechte selbst die Artenvielfalt schädigen kann, § 292 Abs. 1 StGB jedoch explizit die Verletzung fremden Jagd- oder Jagdausübungsrechts verlangt. Ebenso bezieht die Norm nur Wild im Sinne des Jagdrechts ein und nicht sonstige Wildtiere, die mit Blick auf den regelmäßig höheren Schutz-

status unter dem Blickwinkel des Allgemeininteresses an biologischer Vielfalt erheblich schutzwürdiger wären.

Darüber hinaus weist Gaede zutreffend darauf hin, dass die Hege als schutzwürdiges Allgemeininteresse keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden habe und dass es widersprüchlich sei, die Verfolgung einer Tat, die jedenfalls auch im Interesse der Allgemeinheit strafbar sei, nach § 294 StGB von einem Strafantrag abhängig zu machen.²³

Das Regelbeispiel des § 292 Abs. 2 Nr. 2 StGB, nach dem in der Regel ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist, wenn die Tat u.a. in der Schonzeit begangen wird, lässt ebenfalls nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber über das jagdliche Aneignungsrecht hinaus das Interesse des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten an einem gesunden und vielfältigen Wildbestand in seinem Revier schützen wollte, aber nicht, dass er ein Kollektivrechtsgut kreieren wollte.

Es wird daher i.R.d. § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausschließlich das Jagd- und Jagdausübungsrecht geschützt, dieses jedoch umfassend. Das bedeutet etwa, dass § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann einschlägig ist, wenn ein Dritter streng geschütztes Wild tötet, das der Jagd- oder Jagdausübungsrechte mit Blick auf das Völker- und Europarecht nicht hätte jagen und sich aneignen dürfen, da dieser dennoch in seinem Recht auf Hege eines artenreichen Wildbestandes verletzt wird.²⁴

§ 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB kann demgegenüber von vorneherein nur das Aneignungsrecht als Ausschnitt des Jagd- und Jagdausübungsrechts schützen.

Die weiteren (potentiellen) Schutzgüter wie das Recht des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten zur Hege und das Recht zur Ausübung der Jagd oder das kollektive Recht auf biologische Vielfalt beziehen sich ausschließlich auf lebendes Wild, weshalb sie keine Bedeutung für § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB, das Aneignungsverbot toten Wildes und sonstiger Sachen, die dem Jagdrecht unterliegen, haben können. Einen Kadaver kann man weder erlegen noch fangen und er kann auch nicht mehr zum Erhalt eines gesunden Wildbestands durch Weitergabe seiner Gene beitragen.²⁵ Das Recht des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten auf die Hege eines gesunden Wildbestandes kann insofern durch einen Verstoß gegen § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB nie verletzt werden. Gleiches gilt für das Interesse der Allgemeinheit an biologischer Vielfalt, das jedoch auch im Rahmen der Nr. 1 nicht als Schutzgut anzuerkennen ist.

Für die Tathandlung der Zueignung, Beschädigung und Zerstörung von Sachen, die dem Jagdrecht unterliegen, lässt sich daher ein weiteres Schutzgut nicht begründen und es ist insofern zwischen den beiden Nummern der Vorschrift zu differenzieren, da sie unterschiedliche Aspekte des Jagdrechts in den Blick nehmen. Gemeinsam ist ihnen, dass sie Ausprägungen des Jagdrechts schützen, aber keine darüber hinausgehenden kollektiven Interessen.

Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 292 StGB ist insofern mit Blick auf die Untersuchung von Totfunden

¹⁸ Witteck (Fn. 1), § 292 Rn. 19; Zeng, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 292 Rn. 30.

¹⁹ Zeng (Fn. 18), § 292 Rn. 1.

²⁰ Stegmann, Artenschutz-Strafrecht, Der strafrechtliche Schutz wildlebender Tier- und Pflanzenarten im nationalen und internationalen Recht, 2000, S. 161.

²¹ So etwa Gerhold/Aschermann, NuR 45 (2023), 665 (671); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 292 Rn. 1; Minoggio/Bischoff, in: Düsing/Martinez (Hrsg.), Agrarrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2022, StGB § 292 Rn. 1; Zeng (Rn. 18), § 292 Rn. 1.

²² In diesem Sinne etwa Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (120); Stegmann (Fn. 20), S. 162; Witteck (Fn. 1), § 292 Rn. 7.

²³ Gaede (Fn. 15), § 292 Rn. 1.

²⁴ Gerhold/Aschermann, NuR 45 (2023), 665 (670 f.).

²⁵ Gerhold/Aschermann, NuR 45 (2023), 665 (671).

durch Naturschutzverbände oder die Inbesitznahme des Kadavers zum Zwecke der Abgabe an eine Behörde ausschließlich, ob ein Aneignungsrecht des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten besteht.

IV. Das Bestehen eines jagdlichen Aneignungsrechts Doppelrechtler betreffend

Das jagdliche Aneignungsrecht ist ein subjektives absolutes Recht, das contra omnes wirkt und jeden Dritten von der Aneignung ausschließt. Es existiert im BJagdG sowie im Jagdrecht aller Bundesländer.²⁶

Die Aneignung selbst erfolgt dann nach den zivilrechtlichen Vorschriften, also konkret nach § 958 BGB.²⁷ § 958 Abs. 1 BGB bestimmt, dass derjenige, der eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, das Eigentum an dieser Sache erwirbt. § 958 Abs. 2 BGB legt fest, dass der Eigentumserwerb ausgeschlossen ist, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird.

Gesetzlich verboten wäre die Aneignung etwa, wenn für Dritte § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB Anwendung fände oder für Jagd- und Jagdausübungsberechtigte §§ 71a Abs. 1 Nr. 2, 44 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG eingriffen. Ein Aneignungsrecht eines Dritten bestünde im Verhältnis zum Mitarbeitenden eines Naturschutzverbandes beispielsweise, wenn streng geschützte Arten vom jagdlichen Aneignungsrecht erfasst würden. In jedem Fall ist entscheidend, ob ein jagdliches Aneignungsrecht besteht.

1. Gesetzliche Klarstellungen zur Reichweite des Aneignungsrechts

In einigen Bundesländern ist die Reichweite des Aneignungsrechts mit Blick auf streng geschützte Arten einfachgesetzlich geregelt. Die entsprechenden Jagdgesetze beschränken den Anwendungsbereich des jagdlichen Aneignungsrechts von vorneherein, weshalb auch eine Strafbarkeit nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB stets ausscheidet, wenn Naturschutzver-

bände Kadaver entsprechender Tiere an sich nehmen und untersuchen. So ordnet beispielsweise § 3 Abs. 6 S. 2 JWMG BW an:

„Dem Recht zur Aneignung unterliegen nicht 1. Wildtiere, deren Arten in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen (Abl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7), zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/17/EU (Abl. L 158 vom 10.6.2013, S. 193), in der jeweils geltenden Fassung, genannt sind, sowie lebende Wildtiere der sonstigen dem Schutzmanagement unterliegenden Arten.“

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 14 BNatSchG handelt es sich bei den in Anhang IV lit. a FFH-RL aufgeführten Arten ausnahmslos um streng geschützte Arten. Darüber hinaus unterliegen etwa der Wanderfalke oder das Auerhuhn, die als Vögel der FFH-RL nicht unterfallen, wohl aber der BK, in Baden-Württemberg dem Schutzmanagement, weshalb das Aneignungsrecht auch insoweit suspendiert ist. Der Turmfalke und der Rotmilan werden schlussendlich von vorneherein nicht vom JWMG BW erfasst. Insofern bestehen in Baden-Württemberg keine dem BNatSchG widersprechenden Regelungsinhalte.

Vergleichbar mit § 3 Abs. 6 S. 2 JWMG BW ist auch § 3 SächsJagdG gefasst, wobei das SächsJagdG kein Schutzmanagement kennt, weshalb eine Aneignung dort nur mit Blick auf i.S.d. FFH-RL streng geschützte Säugetiere ausgeschlossen ist.

Eine weitere ähnliche Formulierung findet sich in § 47a LJagdG LSA, wobei auch das LJagdG LSA kein Schutzmanagement kennt, weshalb Entsprechendes wie zum sächsischen Jagdrecht gilt. Die Vorschrift in Sachsen-Anhalt lautet:

„Bei Rechten nach diesem Gesetz sowie bei Maßnahmen nach diesem Gesetz oder nach Verordnungen aufgrund dieses Gesetzes, insbesondere Geboten, Einschränkungen von Verboten, Erlaubnissen, Ausnahmegenehmigungen oder Befreiungen, sind die Einschränkungen aus den Artikeln 7 bis 9 der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (Abl. L 20 vom 26. 1. 2010, S. 7) sowie die Artikel 12 bis 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Abl. L 206 vom 22. 7. 1992, S. 7, Abl. L 59 vom 8. 3. 1996, S. 63), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/105/EG vom 20. November 2006 (Abl. L 363 vom 20. 12. 2006, S. 368), in der jeweils geltenden Fassung zu beachten.“

§ 1 NJagdG verbietet immerhin die Aneignung von Wölfen, sodass Konflikte nur mit Blick auf andere streng geschützte Vögel und Säugetiere auftreten können.

Alle anderen Jagdgesetze der Länder beinhalten keine entsprechende Einschränkung, weshalb die Frage, ob ein Aneignungsrecht an streng geschütztem Wild besteht, durch Auslegung zu ermitteln ist.

²⁶ Im Bundesrecht § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Baden-Württemberg § 3 Abs. 1 und Abs. 6 JWMG BW; in Bayern Art. 1 Abs. 2 S. 1 BayJG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Berlin § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Brandenburg § 6 Abs. 1 BbgJagdG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Bremen Art. 2 f. LJagdG Bremen i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Hamburg § 1 HmgJagdG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Hessen § 1 Abs. 2 Nr. 5 HJagdG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Mecklenburg-Vorpommern § 1 LJagdG M-V i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Niedersachsen § 1 NJagdG; in Nordrhein-Westfalen § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Rheinland-Pfalz § 3 LJG RP; im Saarland § 1 SJG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Sachsen § 1 SächsJagdG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Sachsen-Anhalt § 1 LJagdG LSA i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Schleswig-Holstein § 1 LJagdG SH i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG; in Thüringen § 1 ThJG i.V.m. § 1 Abs. 1 und Abs. 4 BJagdG.

²⁷ Gaede (Fn. 15), § 292 Rn. 17; Witteck (Fn. 1), § 292 Rn. 9.

2. Bestimmung der Reichweite des Aneignungsrechts im nicht ausdrücklich geregelten Bereich durch Auslegung

§ 71a Abs. 1 Nr. 2 lit. a BNatSchG droht demjenigen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an, der ein Tier, das einer streng geschützten Art angehört, die in Anhang IV FFH-RL aufgeführt ist, oder einer besonders geschützten Art angehört, die in Art. 4 Abs. 2 VSchRL (besonders geschützte Zugvögel) oder Anhang I VSchRL (andere besonders geschützte Vögel) aufgeführt ist, entgegen § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BNatSchG in Besitz oder Gewahrsam nimmt, in Besitz oder Gewahrsam hat oder be- oder verarbeitet. Auerhuhn, Rotmilan und Turmfalke sind dabei im BNatSchG nicht nur besonders geschützt, sondern sogar streng geschützt, wobei der strenge Schutz nicht aus der FFH-RL folgt. Er ergibt sich für Auerwild vielmehr aus § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. c BNatSchG i.V.m. Anlage I BArtSchVO sowie für Rotmilane und Turmfalken aus § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. a BNatSchG i.V.m. Anhang A EG-Artenschutzverordnung²⁸.

Rotmilane und Auerwild sind dabei zugleich im Anhang I VSchRL aufgeführt, weshalb ihr Besitz strafbar ist. Turmfalken unterfallen demgegenüber wohl lediglich dem Schutz des Art. 1 VSchRL, weshalb ihr Besitz nicht strafbar, aber gleichwohl verboten ist, sofern sie nicht als europäische Zugvogelart i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VSchRL anzusehen sind.²⁹

§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verbietet es nämlich allgemein, Tiere und Pflanzen der besonders geschützten Arten in Besitz oder Gewahrsam zu nehmen, in Besitz oder Gewahrsam zu haben oder zu be- oder verarbeiten, und nimmt dabei nicht auf Anhang IV FFH-RL oder Art. 4 Abs. 2, Anhang I VSchRL Bezug. Einzelfallbezogene Ausnahmen vom allgemeinen Besitz- und Ingewahrsamnahmeverbot und damit auch vom Aneignungsverbot enthalten im BNatSchG die §§ 45 und 67 BNatSchG. Erlaubt ist daher beispielsweise vorbehaltlich jagd- und fischereirechtlicher Vorschriften, tot aufgefundene Tiere aus der Natur zu entnehmen und an die von der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde bestimmte Stelle abzugeben oder vorbehaltlich jagd- und fischereirechtlicher Vorschriften verletzte, hilflose oder kranke Tiere aufzunehmen, um sie gesundzupflegen.

Eine Ausnahme für Jagd- und Jagdausübungsberechtigte findet sich demgegenüber nicht.³⁰

Es ist insofern außerhalb einfachrechtlicher Beschränkungen der Jagdgesetze das grundsätzliche Verhältnis von Naturschutzrecht und Jagdrecht in den Blick zu nehmen.

§ 37 Abs. 2 BNatSchG bestimmt hierzu:

²⁸ Siehe Fn. 12.

²⁹ Turmfalken können sowohl Zug- oder Strich- als auch Standvögel sein, wobei die deutsche Population wohl überwiegend standorttreu lebt. Eine mit ornithologischem Sachverstand zu treffende Einordnung des Turmfalken kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erfolgen. Sollte der Turmfalke als Zugvogel i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VSchRL einzuordnen sein, wäre der Anwendungsbereich des § 71a Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG eröffnet. Zur Verfassungswidrigkeit der Norm siehe Gerhold/Poplat, NuR 44 (2022), 679 ff.

³⁰ Umfassend Gerhold/Aschermann, NuR 45 (2023), 665 (669 f.).

„Die Vorschriften des Pflanzenschutzrechts, des Tierschutzrechts, des Seuchenrechts sowie des Forst-, Jagd- und Fischereirechts bleiben von den Vorschriften dieses Kapitels und den auf Grund dieses Kapitels erlassenen Rechtsvorschriften unberührt. Soweit in jagd- oder fischereirechtlichen Vorschriften keine besonderen Bestimmungen zum Schutz und zur Pflege der betreffenden Arten bestehen oder erlassen werden, sind vorbehaltlich der Rechte der Jagdausübungs- oder Fischereiberechtigten die Vorschriften dieses Kapitels und die auf Grund dieses Kapitels erlassenen Rechtsvorschriften anzuwenden.“

§ 52 LJagdG RP verweist entsprechend auf das Naturschutzrecht zurück:

„Vorschriften des Tierschutzrechts, des Naturschutzrechts [...] bleiben unberührt.“

Ein absoluter Vorrang des Jagdrechts vor dem BNatSchG lässt sich dabei trotz des eine solche Auslegung des § 37 Abs. 2 BNatSchG grundsätzlich tragenden Wortlautes der Norm auch mit Blick auf in vielen Ländern fehlende Öffnungen des Jagdrechts gegenüber dem BNatSchG nicht begründen, da u.a. die Vorgaben des Art. 12 Abs. 2 FFH-RL andernfalls nicht gewahrt werden könnten und sämtliche Jagdgesetze, die keine § 3 Abs. 6 S. 2 JWMG BW entsprechende Vorschrift enthalten, zumindest europarechtswidrig, ggf. auch verfassungswidrig,³¹ wären.³² Es ist insofern eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.³³

³¹ Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung, wiedergegeben in EuGH NVwZ 2006, 319 (322). Siehe auch Möckl/Köck, Naturschutz- und Jagdrecht nach der Föderalismusreform, 2015, S. 95 und 101.

³² Vertiefend Gerhold/Aschermann, NuR 45 (2023), 665 (670).

³³ VGH Mannheim NuR 22 (2000), 149 (151); OLG Köln NuR 32 (2010), 300; OVG Lüneburg BeckRS 2016, 47443 Rn. 40; OLG Hamm BeckRS 2017, 114865 Rn. 79 ff.; Czybulka, NuR 28 (2006), 7 (11); Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, 61. Lfg., Stand: April 2011, BNatSchG § 37 Rn. 12 und 17; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Umweltrecht, Stand: 1.1.2023, BNatSchG § 37 Rn. 20 f.; Keller, in: Düsing/Martinez (Fn. 21), BNatSchG § 37 Rn. 8; Metzger, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Bd. 2, 215. Lfg., Stand: Juni 2017, BJagdG § 44a Rn. 5; Müller-Walter, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Bd. 3, 193. Lfg., Stand: Januar 2013, BNatSchG § 37 Rn. 13; Pfohl, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BNatSchG § 69 Rn. 83; Wolf, ZUR 2012, 331 (336 f.). In BT-Drs. 10/5964, S. 18, heißt es: „Im Falle konkurrierender Vorschriften der genannten Rechtsbereiche ist die Frage des Vorrangs nach allgemeinen Auslegungsregeln zu entscheiden.“

a) *Das Verhältnis des BNatSchG zum Jagdrecht mit Blick auf die FFH-RL*

Im Ausgangspunkt gilt, dass die Vorschriften des BNatSchG und diejenigen des Jagdrechts solange nebeneinander anzuwenden sind, wie es nicht zu einer Kollision der Regelungsanordnungen kommt.³⁴ Dies folgt bereits aus den divergierenden Gesetzgebungszuständigkeiten und den unterschiedlichen Regelungszielen der Gesetze. Das BNatSchG dient dem Naturschutz bzw. konkret mit Blick auf das 5. Kapitel dem Artenschutz,³⁵ das Jagdrecht reguliert die Art und Weise einer speziellen Form der Umweltnutzung mit Blick auf Wild.³⁶

Kommt es allerdings in Ausnahmefällen zu Kollisionen, sind diese völker- und europarechtskonform aufzulösen.

Der Grundsatz lautet dabei, dass das Jagdrecht die spezielleren Regelungen enthält.³⁷ Anderes gilt jedoch, wenn der Bundesgesetzgeber seiner Verpflichtung zur Umsetzung völker- oder europarechtlicher Vorgaben alleine im BNatSchG nachkommt.³⁸ Wörtlich heißt es dazu bei *Möckl/Köck*:

„Die Europarechtskonformität spielt auch eine entscheidende Rolle bei der Frage nach der im Einzelfall anhand allgemeiner Auslegungsregeln zu ermittelnden speziellen Norm.“³⁹

Um eine solche Einzelfallbetrachtung zu ermöglichen, ist § 37 Abs. 2 BNatSchG teleologisch zu reduzieren oder der unbestimmte Rechtsbegriff „unberührt“ derart auszulegen, dass dem Jagdrecht durch seine Verwendung in § 37 Abs. 2 BNatSchG lediglich ein grundsätzlicher Vorrang eingeräumt wird.⁴⁰ Eine solche Auslegung oder teleologische Reduktion ist erforderlich, da im Zeitpunkt des Erlasses der Vorgängervorschrift des § 37 Abs. 2 BNatSchG, des § 20 Abs. 3

BNatSchG a.F. im Jahr 1976⁴¹, weder ersichtlich war, dass Jahre später die FFH-RL und die VSchRL erlassen werden würden, noch, dass künftig streng geschützte Tiere ins Jagdrecht der damals für die Jagd gar nicht zuständigen Bundesländer einbezogen werden würden.

Art. 12 Abs. 2 FFH-RL i.V.m. Art. 1 lit. m FFH-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten des Weiteren ausdrücklich dazu, den Besitz von lebenden und toten Tieren derjenigen Arten, die in Anhang IV lit. a FFH-RL genannt sind, zu verbieten, soweit diese der Natur entnommen worden sind. Ausnahmen für Jagd- und Jagdausübungsberechtigte sieht die FFH-RL nicht vor. Hintergrund ist, dass jedermann der Anreiz zur Tötung streng geschützter Tiere genommen werden soll, da eine mögliche Trophäe nicht besessen werden darf und daher auch nicht zur Schau gestellt werden kann, womit zugleich der Entstehung eines Marktes vorgebeugt wird.⁴²

Steht eine Verurteilung gem. § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Raum, ist zudem zu beachten, dass Art. 12 Abs. 2 FFH-RL auch hinreichend bestimmt ist und keiner weiteren Umsetzungsakte bedarf, weshalb die Vorschrift mit Blick auf die am 10. Juni 1994 abgelaufene Frist zur Umsetzung der FFH-RL in vertikalen Bürger-Staat-Konstellationen unmittelbare Anwendung zu finden hat.⁴³ Ein eines Verstoßes gegen § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB Beschuldigter könnte sich daher sogar unmittelbar auf die FFH-RL berufen, wenn es darum geht darzulegen, dass kein Aneignungsrecht Dritter besteht, das er verletzt haben könnte.

Zutreffend nehmen damit jedenfalls Baden-Württemberg, Sachsen und Sachsen-Anhalt sämtliche Tierarten aus dem jagdlichen Aneignungsrecht aus, die in Anhang IV lit. a der FFH-RL genannt sind.

Im Ergebnis gilt dasselbe jedoch auch in allen anderen Bundesländern, da das Verbot des Besitzes streng geschützter Arten im Sinne der FFH-RL ausschließlich im BNatSchG umgesetzt ist, das sich insofern ausnahmsweise als spezielleres Gesetz gegenüber den Jagdgesetzen erweist. Nehmen Mitarbeitende von anerkannten Naturschutzverbänden daher eine tote Wildkatze, einen toten Luchs oder einen toten Wolf an sich, können sie von vorneherein kein fremdes Aneignungsrecht verletzen, da ein solches nicht besteht.⁴⁴

Der Bund besitzt gem. Art. 72 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 74 Abs. 1 Nr. 29 GG zudem eine abweichungsfeste Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Artenschutzes, die es den Ländern jenseits von Öffnungsklauseln im BNatSchG verwehrt, abweichende Vorschriften zu erlassen.⁴⁵ Ein An-

³⁴ *Gerhold/Aschermann*, NuR 45 (2023), 665 (667 f.).

³⁵ Siehe WD des Bundestages (Fn. 4), S. 6; *Czybulka*, NuR 28 (2006), 7; *Kloepfer*, NuR 28 (2006), 1 (5); *Wolf*, ZUR 2012, 331 (332).

³⁶ VGH Mannheim NuR 22 (2000), 149 (151); OLG Köln NuR 32 (2010), 300; *Metzger* (Fn. 33), BJagdG § 44a Rn. 5; *Wolf*, ZUR 2012, 331 (336 f.).

³⁷ WD des Bundestages (Fn. 4), S. 6; *Brenner*, NuR 39 (2017), 217 (222 f.); *Gerhold/Aschermann*, NuR 45 (2023), 665 (668); *Kluxen*, JiB 2004, 18.

³⁸ In diesem Sinne auch *Brenner*, NuR 39 (2017), 217 (223), für die Vermarktungsverbote des Art. 8 Abs. 3 EG-Artenschutzverordnung, anders aber für die Besitzverbote der FFH-RL, *Brenner*, NuR 39 (2017), 217 (223 f.). Hier müsste das Umsetzungsdefizit durch eine Änderung des BJagdG und der JagdG der Länder geheilt werden. Dies widerspricht dem Grundsatz europarechtsfreundlicher Auslegung. Siehe auch *Gellermann* (Fn. 33), BNatSchG § 37 Rn. 17, sowie *Müller-Walter* (Fn. 33), BNatSchG § 37 Rn. 13, zum Vorrang von EU-Verordnungen vor dem Jagdrecht, aber jeweils ohne ein Wort zu EU-Richtlinien.

³⁹ *Möckl/Köck* (Fn. 31), S. 95.

⁴⁰ *Gerhold/Aschermann*, NuR 45 (2023), 665 (669).

⁴¹ BGBl. I 1976, S. 3573.

⁴² *Gerhold/Aschermann*, NuR 45 (2023), 665 (669).

⁴³ Vgl. zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien im nationalen Recht EuGH BeckRS 2004, 71134 Rn. 13 ff. In diesem Sinne auch schon *Gerhold/Aschermann*, NuR 45 (2023), 665 (668).

⁴⁴ Siehe auch *Wolf*, ZUR 2012, 331 (334 f.); *Wüstenberg*, NordÖR 2022, 505 (507); beide für den Wolf; a.A. ohne weitergehende Begründung *Brenner*, NuR 39 (2017), 217 (223 f.); *Kluxen*, JiB 2004, 18.

⁴⁵ Umfassend zu den Gesetzgebungskompetenzen *Möckl/Köck* (Fn. 31), S. 71 ff.

eignungsrecht für im Sinne der FFH-RL streng geschützte Arten existiert damit bundesweit nicht. Ob diese Arten daher zusätzlich über die BK geschützt werden, ist für den Abschluss des Aneignungsrechts insofern nicht weiter relevant.

b) Das Verhältnis des BNatSchG zum Jagdrecht mit Blick auf die VSchRL und die BK

Grundsätzlich anders könnte es sich mit Blick auf Vögel verhalten, da die VSchRL kein allgemeines Besitzverbot kennt. Einzelne Vogelarten unterfallen jedoch zugleich Anhang II BK.

Art. 6 S. 2 lit. e BK verlangt für Arten dieses Anhangs, dass die Mitgliedstaaten den Besitz von oder den innerstaatlichen Handel mit lebenden oder toten Tieren und ohne Weiteres erkennbaren Teilen dieser Tiere oder ohne Weiteres erkennbaren Erzeugnissen aus diesen Tieren verbieten, soweit dies zur Wirksamkeit des Artenschutzes beiträgt. Letzteres ist mit Blick auf die Anreizwirkung des Trophäenbesitzes zu bejahen. Ausnahmen von diesem Besitzverbot für Jagd- oder Jagdausübungsberechtigte kennt auch die BK nicht.

Allerdings werden mit Blick auf die hier gewählten Beispielsvogelarten nur der Rotmilan und der Turmfalke in Anhang II BK aufgeführt, das in Deutschland vorkommende Auerhuhn demgegenüber nur in Anhang III BK. Es ist insofern weiter zu differenzieren.

Soweit die BK die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Besitz bestimmter Vögel zu verbieten, ist das BNatSchG erneut als spezielleres Gesetz anzusehen, dem Vorrang einzuräumen ist. Die BK hat schließlich den Rang eines Bundesgesetzes, das im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden ist.⁴⁶ Ebenso ist die BK mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Auslegung heranzuziehen.

Es gilt insofern das zur FFH-RL Ausgeführte entsprechend.

Im BNatSchG darüber hinaus den Besitz von Vögeln zu verbieten, die nicht im Anhang II BK aufgeführt sind, ist demgegenüber weder völker- noch europarechtlich zwingend, sondern eine einfachgesetzliche Wertentscheidung.

Aus diesem Grund lässt sich entsprechende Arten betreffend auch nicht mit einer aus dem Prinzip der Bundestreue folgenden Verpflichtung der Länder argumentieren, dass diese eine Ausnahme vom jagdlichen Aneignungsrecht für solche streng geschützte Vögel vorsehen müssten, um eine bundesdeutsche völker- oder europarechtskonforme Rechtslage zu gewährleisten.

Damit ist die Frage des Verhältnisses vom BNatSchG zum Jagdrecht für Vögel, die Anhang II BK nicht unterfallen, auf rein nationaler Bewertungsgrundlage zu beantworten.

Zwar gilt auch in diesem Zusammenhang, dass der Bund gem. Art. 72 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 74 Abs. 1 Nr. 29 GG eine abweichungsfeste Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Artenschutzes besitzt, von der er abschließend Gebrauch gemacht hat, allerdings öffnet er die Regelungsanordnungen des 5. Kapitels innerhalb der Grenzen des Völker- und Europarechts bewusst für jagdrechtliche Regelungen der

Länder. Vorgaben dahingehend, dass die Länder rein im nationalen Interesse besonders oder streng geschützte Vögel nicht in ihre Jagdgesetze einbeziehen dürfen, existieren nicht. Solange der Bund daher nicht selbst bestimmt, dass rein national besonders und streng geschützte Vögel nicht aufgrund jagdlicher Vorschriften besessen werden dürfen, sondern für die Ausnahmen völker- und europarechtlich zulässig explizit auf das Jagdrecht verweist, dürfen diese Arten von den Ländern in den Anwendungsbereich des jagdlichen Aneignungsrechts einbezogen werden.

Rechtspolitisch ist ein Aneignungsverbot mit Blick auf die Anreizwirkung von Trophäen demnach zwar auch mit Blick auf nur national streng geschützte Vögel uneingeschränkt zu fordern, aber ein zwingender rechtlicher Grund, dem Besitzverbot des BNatSchG nach geltendem Recht den Vorrang einzuräumen, ist nicht ersichtlich. Insofern wäre eine dem JWMG BW entsprechende Vorschrift in allen Bundesländern wünschenswert, aber eine Beschränkung auf Arten, des Anhangs IV FFH-RL sowie des Anhangs II BK wäre weder verfassungs- noch völker- oder europarechtlich zu kritisieren.

Wird daher beispielsweise ein Auerhuhn von einem Mitarbeitenden eines Naturschutzverbandes zur Untersuchung mitgenommen, ist der Anwendungsbereich des § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB außerhalb von Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen grundsätzlich eröffnet. Es handelt sich bei dem toten Auerhuhn um eine Sache, die dem Jagdrecht aller anderen Bundesländer unterfällt.

Weitere Voraussetzung der Strafbarkeit wäre dann, dass sich der Mitarbeitende des Naturschutzverbandes das Auerhuhn zueignet, es einem Dritten zueignet, es beschädigt oder es zerstört. Eine Zueignung erfordert wie i.R.d. § 246 StGB einen Aneignungs- und einen Enteignungsvorsatz sowie eine diesen Willen zum Ausdruck bringende Handlung.⁴⁷ Bereits der bloße Wille, die Sache nach der Untersuchung an den Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten zurückzugeben, schließt eine Zueignung insofern aus. Es handelt sich in diesem Fall lediglich um eine straflose Gebrauchsmaßnahme. Entscheidend für die Strafbarkeit wäre demnach, ob der Kadaver im Rahmen der Untersuchung beschädigt oder zerstört wird. Dies ist eine Frage des Einzelfalles. Das optische Untersuchen oder Röntgen des Kadavers überschreitet die strafrechtliche Erheblichkeitsschwelle demnach nicht.⁴⁸ Das Entnehmen von Proben kann die Erheblichkeitsschwelle überschreiten, muss es jedoch nicht, etwa im Falle eines Abriebs am Schnabel. Pathologisch-forensische Untersuchungen dürften die Erheblichkeitsschwelle im Regelfall überschreiten.

V. Fazit

Mitarbeitende von Naturschutzverbänden, die im Sinne der FFH-RL oder der BK Kadaver streng geschützter Tierarten zu Untersuchungszwecken aus einem Jagdrevier entfernen, tragen kein Strafbarkeitsrisiko nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁴⁷ Witteck (Fn. 1), § 292 Rn. 21; Zeng (Fn. 18), § 292 Rn. 32.

⁴⁸ Vertiefend zu den Untersuchungsmöglichkeiten Luchs Bayern e.V. (Fn. 2), S. 32 ff.

⁴⁶ Vgl. BVerfG NJW 2015, 1359 (1368 Rn. 149).

Ein jagdliches Aneignungsrecht an diesen besteht nicht. Der Jagd- oder Jagdausübungsberechtigte kann den Kadaver aus diesem Grund auch nicht herausverlangen. Die entsprechenden Mitarbeitenden haben aber §§ 71a Abs. 1 Nr. 2, 44 Abs. 2 Nr. 1 und 45 BNatSchG zu beachten, wonach sie den Besitz oder Gewahrsam an dem Kadaver unter der Voraussetzung, dass die Art Anhang IV FFH-RL, Anhang I VSchRL oder Art. 4 Abs. 2 VSchRL unterfällt, nur dann begründen dürfen, wenn sie das tote Tier der von der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde bestimmten Stelle übergeben oder wenn sie über eine Ausnahmegenehmigung dieser Behörde i.S.d. § 45 Abs. 7 BNatSchG verfügen.

Wenn ein anerkannter Naturschutzverband, der über geeignete Labore und Untersuchungseinrichtungen verfügt, eine solche Genehmigung zum Schutz der Natur und Umwelt beantragt, dürfte die Genehmigung jedoch im Regelfall unter der Auflage zu erteilen sein, dass der Kadaver im Anschluss an die Untersuchung der zuständigen Stelle übergeben wird oder, sollte sich der Verdacht einer rechtswidrigen Tötung nicht begründen lassen, der Vernichtung zugeführt wird. Auch praktisch werden die entsprechenden Verbände schon heute in die Aufklärung von Artenschutzdelikten eingebunden, sodass § 71a Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG den Untersuchungen im Regelfall nicht entgegensteht.

Fehlt es an einer entsprechenden Erlaubnis, können weiterhin alle Untersuchungen durchgeführt werden, die ohne Begründung von Besitz oder Gewahrsam möglich sind. Hierzu zählen insbesondere die Fotodokumentation von Fundort, Auffindesituation und Haltung des Tierkörpers im Todeszeitpunkt, unter Umständen auch die Beprobung, solange nicht Teile des Tieres in den Besitz oder Gewahrsam des Mitarbeitenden geraten, was beispielsweise bei einem Abrieb nicht der Fall wäre, oder sogar die Öffnung des Kadavers zwecks innerer Leichenschau, da das BNatSchG anders als § 292 StGB die Beschädigung und Zerstörung von Kadavern nicht verbietet. Für Arten, die nicht den in § 71a Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in Bezug genommenen Vorschriften unterfallen, droht zudem von vornherein kein Strafbarkeitsrisiko nach dem BNatSchG.

Handelt es sich demgegenüber um Vogelkadaver, deren Art nicht in Anhang II BK aufgeführt ist, besteht zum einen ein Herausgabeanspruch des Jagd- oder Jagdausübungsberechtigten und zum anderen ist der Anwendungsbereich des § 292 Abs. 1 Nr. 2 StGB grundsätzlich eröffnet. Eine Untersuchung kommt daher nur insoweit in Betracht, als der Kadaver weder beschädigt noch zerstört wird. Der betroffene Jagd- oder Jagdausübungsberechtigte kann dieser Untersuchung dabei durch die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs zuvorkommen. Umso wichtiger ist daher, in der kurzen Zeitspanne des Zugriffs diejenigen Erkenntnisse zu erlangen, die ggf. einen Anfangsverdacht begründen und auf die dann anschließend eine Beschlagnahmeentscheidung gestützt werden kann. Auch hier wären die Fotodokumentation von Auf findeort und -situation sowie die äußere Leichenschau praxisnahe Beispiele. Ob der Kadaver zu diesem Zweck ohne Strafbarkeitsrisiko in Besitz oder Gewahrsam genommen werden darf, hängt dabei erneut von den Fragen ab, ob die

Art eine solche ist, die in einer von § 71a Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in Bezug genommenen Vorschriften aufgeführt ist, und, falls ja, ob eine entsprechende behördliche Erlaubnis zur Untersuchung i.S.d. § 45 Abs. 7 BNatSchG vorliegt.

Sofern es um die Tötung zunächst lebender streng geschützter Tiere geht, deren Bejagung das Völker- oder Europarecht verbietet, hängt die Strafbarkeit der betreffenden Person davon ab, ob alleine das Aneignungsrecht geschützt ist oder darüber hinaus auch das Recht auf Hege.⁴⁹

Eine Klarstellung i.R.d. § 37 Abs. 2 BNatSchG, dass sich das jagdliche Aneignungsrecht insgesamt nicht auf streng geschützte Tiere bezieht, wäre mit Blick auf die derzeit rechtlich notwendige unterschiedliche Behandlung verschiedener streng geschützter Tierarten anzumahnen.

⁴⁹ Sofern *Witteck* (Fn. 1), § 292 Rn. 14.2, daher ausführt, dass die Tötung eines Wolfes mit Blick auf das Völker- und Europarecht auch dann § 292 StGB nicht unterfällt, wenn dieser in das Jagdrecht eines Landes aufgenommen ist, ist dem unter der Prämisse zuzustimmen, dass § 292 StGB lediglich das Aneignungsrecht schützt. Sofern man, wie hier vertreten, auch das Recht auf Hege eines artenreichen und gesunden Wildbestandes als geschützt ansieht, ist der Anwendungsbereich der Norm jedoch eröffnet.

Die Strafbarkeit von Beschleunigungszahlungen

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Bernd Heinrich, Tübingen*

Der Beitrag behandelt die Strafbarkeit von Beschleunigungszahlungen nach deutschem Recht. Nach einer begrifflichen Abgrenzung und einigen klassischen Fallgestaltungen wird kurz auf die Bestimmungen in internationalen Konventionen eingegangen. Anschließend werden die Beschleunigungszahlungen im Kontext der §§ 331 ff. StGB analysiert. Da bei der Auslandskorruption eine Gleichstellung ausländischer Amtsträger nur die §§ 332, 334 StGB umfasst, kommt es hier entscheidend darauf an, ob der ausländische Amtsträger bei der Entscheidung seine Dienstpflichten verletzt. Dies wird getrennt für gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen untersucht. In einem Exkurs wird schließlich auf die Strafbarkeit von Beschleunigungszahlungen im Ausland eingegangen.

I. Einleitung

Zuweilen mahlen die Mühlen der staatlichen Verwaltung recht langsam, oftmals zum Ärger der Bürger, die sich, sei es bei der Beantragung einer Baugenehmigung oder eines Aufenthaltstitels oder auch schlicht bei der Beantragung eines amtlichen Dokumentes, eine rasche Entscheidung wünschen. Erst jüngst gerieten die „Airport Fast Lanes“, also das Umgehen von Warteschlangen an Flughäfen durch Zahlung einer speziellen Gebühr seitens eiliger Reisender, in die Schlagzeilen der Presse.¹ Hier war es allerdings bereits fraglich, ob die „Gatekeeper“ an deutschen Flughäfen, deren Aufgabe es ist, die Passagiere zur Sicherheitskontrolle zu führen (diese Kontrolle stellt unzweifelhaft eine hoheitliche Aufgabe dar), überhaupt als „Amtsträger“ anzusehen sind. Denn als solche sind nur Personen zu betrachten, die nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB „sonst dazu bestellt [sind], bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“.² Diese Frage soll hier nicht weiter untersucht werden. Gegenstand des vorliegenden Beitrags soll hingegen – ganz allgemein – die Strafbarkeit der Entgegennahme von Vorteilen durch „klassische Amtsträger“ sein, die dadurch motiviert werden sollen, „schneller“ (oder überhaupt) zu arbeiten.

In der juristischen Literatur finden sich diesbezüglich einige teilweise recht umfangreiche Stellungnahmen³ und auch

die Rechtsprechung hat sich schon in einigen (wenigen) Entscheidungen mit dieser Problematik beschäftigt.⁴ Daher erscheint es an dieser Stelle lohnenswert, den Stand der wissenschaftlichen Diskussion unter Berücksichtigung der neuesten Erkenntnisse für die vorliegende Jubiläumsausgabe der „Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft“ (ZfISW) noch einmal zusammenzustellen. Dabei beschränkt sich der vorliegende Beitrag auf das deutsche Recht, am Ende soll aber ein kurzer Blick auf das Ausland gewagt werden.

II. Definition: Beschleunigungszahlungen

Unter Beschleunigungszahlungen versteht man gesetzlich nicht vorgesehene Zahlungen an einen Amtsträger, die diesen veranlassen sollen, eine bestimmte Diensthandlung schneller als üblich vorzunehmen.⁵ Sie finden sich in der Literatur auch unter den Bezeichnungen „facilitation Payments“,⁶ „grease money“⁷ oder „expediting payments“⁸. Teilweise werden diese „Beschleunigungszahlungen“ auch begrifflich von den „Erleichterungszahlungen“⁹ oder „Ermöglichungszahlungen“ abgegrenzt, welche einen Amtsträger überhaupt erst zu einer Diensthandlung veranlassen sollen, die dieser ohnehin ausführen müsste, aber ohne die Zahlungen nicht ausführen wür-

wistra 2008, 41; *ders.*, wistra 2011, 127; *Kubiciel*, ZIS 2015, 473; *Teicke/Mohsseni*, BB 2012, 911.

⁴ BGH, Urte. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350; BGH, Urte. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = BGHSt 16, 37; BGH, Urte. v. 2.5.1961 – 1 StR 119/61 = BeckRS 1961, 46; BGH, Urte. v. 1.7.1968 – 1 StR 593/68 = BeckRS 1968, 129; BGH, Urte. v. 13.11.1997 – 4 StR 426/97 = wistra 1998, 108; OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 9.3.1990 – 1 Ss 505/89 = NJW 1990, 2074; OLG Naumburg, Urte. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593; OLG Naumburg, Urte. v. 27.11.1996 – 2 Ss 151/96 = StraFo 1997, 86.

⁵ *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (die dies allerdings auf rechtmäßige Diensthandlungen beschränken wollen); *Dann*, wistra 2008, 41; *Teicke/Mohsseni*, BB 2012, 911; vgl. auch die Begriffsbestimmung bei *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 136 ff.

⁶ So bei *Böttger* (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 121; *Dann*, wistra 2008, 41; *Dorschfeldt* (Fn. 3); *Kubiciel*, ZIS 2015, 473; *Kuhlen/Zimmermann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 332 Rn. 15; *Ponader*, Die Legitimität des Verbots der Auslandsbestechung, 2024, S. 243; *Teicke/Mohsseni*, BB 2012, 911; *Zimmermann*, in: Busch/Hoven/Pieth/Rübenstahl, Antikorruptions-Compliance, 2020, 3. Kap. Rn. 43.

⁷ So bei *Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 75 Fn. 160.

⁸ So bei *Dann*, wistra 2008, 41 (43).

⁹ So etwa *Dann*, wistra 2008, 41 (43); hierzu auch *Teicke/Mohsseni*, BB 2012, 911 (911 f.); zu den Erleichterungszahlungen vgl. auch *Dann*, wistra 2011, 127.

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Gegen eine Strafbarkeit *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537; dafür *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233.

² Eine Amtsträgerschaft ablehnend *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (540 ff.); dafür *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (238 ff.).

³ *Dorschfeldt*, Strafbarkeit von Facilitation Payments – Betrachtung der Strafbarkeit korruptiver Beschleunigungs- und Sicherungszahlungen, 2016; ferner *Böttger*, in: *ders.* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 121; *Dann*,

de, wobei die Grenzen hier fließend sind.¹⁰ Zur Veranschaulichung sollen die folgenden Fälle dienen:

*Fall 1:*¹¹ Der Beamte B arbeitet im städtischen Bauamt und hat die Aufgabe, Bauanträge zu bescheiden, in der Regel also: Baugenehmigungen zu erteilen. Aufgrund mehrerer Krankheitsfälle in der Abteilung dauert eine solche Bescheidung inzwischen über sechs Monate. Antragsteller A möchte gerne umgehend anfangen zu bauen und bietet dem B 1.000 Euro dafür an, dass er seinen Bauantrag zeitnah behandelt. B akzeptiert dies, legt den Bauantrag des A oben auf den Stapel der zu bearbeitenden Anträge und bearbeitet ihn schon in der nächsten Woche während seiner regulären Arbeitszeit. Die anderen Anträge rücken dadurch nach hinten und werden dementsprechend später bearbeitet.

*Fall 2:*¹² Im Fall 1 bearbeitet B den Bauantrag des A nicht während seiner normalen Arbeitszeit, sondern nimmt ihn über das Wochenende mit nach Hause, um ihn dort – gegen ein entsprechendes Entgelt – außerhalb seiner normalen Dienstzeiten zu bearbeiten. Dadurch verzögern sich die Bearbeitungszeiten für die übrigen Antragsteller nicht.

Fall 3: Der Grenzbeamte G kontrolliert stichprobenartig Reisende, die von Österreich nach Deutschland einreisen. Welche Fahrzeuge er in welchem Abstand kontrolliert, steht in seinem freien Ermessen. Als er D zur Kontrolle herauswinken möchte, öffnet dieser das Fenster und händigt ihm wortlos 50 Euro aus, worauf ihn G ohne Kontrolle weiterfahren lässt und einen anderen Autofahrer kontrolliert. D hatte zwar nichts „zu verheimlichen“, wollte aber durch die Zahlung erreichen, schneller den Grenzpunkt zu passieren.

III. Regelung der Beschleunigungszahlungen in internationalen Konventionen

Einleitend soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Beschleunigungszahlungen in internationalen Konventionen teilweise eine eigenständige Regelung gefunden haben, die zumeist darin besteht, diese aus der allgemeinen Strafbarkeit der Korruption herauszunehmen bzw. diese zu privilegieren.

¹⁰ So etwa in den Fällen, in denen der Amtsträger zum Ausdruck bringt, einen Antrag erst einmal eine gewisse Zeit lang unbearbeitet „liegen zu lassen“, wenn ihm nicht eine bestimmte Summe Geldes „unter dem Tisch“ zufließe. In diesen Fällen käme dann (neben den Bestechungsdelikten, §§ 331 ff. StGB) auch eine Strafbarkeit wegen Erpressung, § 253 StGB, in Frage.

¹¹ Vgl. hierzu auch den Fall BGH, Urt. v. 13.11.1997 – 4 StR 426/97 = wistra 1998, 108; auch der Entscheidung des OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593, lag eine entsprechende Konstellation zu Grunde.

¹² Zur Behandlung von Anträgen außerhalb der regulären Dienstzeiten vgl. auch OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593.

So enthält die OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (OECD-Konvention) vom 17. Dezember 1997¹³, die wesentlich vom amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) beeinflusst wurde¹⁴, zwar keine ausdrückliche Einschränkung für „facilitation payments“, in den offiziellen Erläuterungen zur OECD-Konvention (angenommen von der Verhandlungskonferenz am 21. November 1997)¹⁵ findet sich jedoch zu Art. 1 Abs. 1 der OECD-Konvention¹⁶ folgender Zusatz:

„Kleinere Zahlungen zur ‚Erleichterung‘ sind keine Zahlungen im Sinne von Absatz 1, die geleistet werden, um einen Auftrag oder einen sonstigen unbilligen Vorteil zu erlangen oder zu behalten“, und somit ebenfalls nicht strafbar. Derartige Zahlungen, die in manchen Ländern geleistet werden, um Amtsträger zu veranlassen, ihre Aufgaben wahrzunehmen, wie zum Beispiel Genehmigungen oder Erlaubnisse zu erteilen, sind in dem betreffenden anderen Staat im allgemeinen rechtswidrig. Andere Staaten können und sollen dieser schädlichen Erscheinung begegnen, indem sie zum Beispiel Programme zur guten Regierungsführung unterstützen. Eine Kriminalisierung durch andere Staaten scheint jedoch keine praktikable oder wirksame Ergänzungsmaßnahme zu sein.“¹⁷

Dass dies nicht mehr ganz so strikt gesehen werden soll, wird zwar in einer späteren Empfehlung des Rats der OECD (Recommendation of the Council for OECD Legal Instruments Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) vom 26. November 2009, Gliederungspunkt VI., hervorgehoben, diese Empfehlung fand jedoch bisher keinen Niederschlag im Abkommen selbst bzw. den offiziellen Erläuterungen hierzu.

¹³ Siehe für den (verbindlichen) englischen und französischen Text sowie die deutsche Übersetzung BT-Drs. 13/10428, S. 9 ff.; eine Übersicht über die Regelungen findet sich bei *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 48 ff.

¹⁴ Eine entsprechende Regelung über Facilitation Payments findet sich hier in § 78dd-1 (b), § 78dd-2 (b) und § 78dd-3 (b).

¹⁵ Abgedruckt in BT-Drs. 13/10428, S. 23 ff.

¹⁶ Art. 1 Abs. 1 der OECD-Konvention lautet: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen Maßnahmen, um nach ihrem Recht jede Person mit Strafe zu bedrohen, die unmittelbar oder über Mittelspersonen einem ausländischen Amtsträger vorsätzlich, um im internationalen Geschäftsverkehr einen Auftrag oder einen sonstigen unbilligen Vorteil zu erlangen oder zu behalten, einen ungerechtfertigten geldwerten oder sonstigen Vorteil für diesen Amtsträger oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, damit der Amtsträger in Zusammenhang mit der Ausübung von Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterläßt“.

¹⁷ Eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung findet sich bei *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 62 ff.

IV. Einordnung der Beschleunigungszahlungen in die §§ 331 ff. StGB

Sofern Beschleunigungszahlungen an deutsche Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) geleistet werden, können für die Empfänger §§ 331, 332 StGB und für die Leistenden §§ 333, 334 StGB in Frage kommen.¹⁸ Dabei stellen die Zahlungen, die grundsätzlich in Geldleistungen bestehen werden, problemlos einen „Vorteil“ im Sinne der genannten Normen dar. Da diese Zahlungen auch regelmäßig für eine konkrete Diensthandlung und nicht allgemein „für die Dienstausbübung“ (d.h. ohne konkreten Anlass) gewährt werden und somit auch eine entsprechende „Unrechtsvereinbarung“ vorliegt, können sämtliche Bestechungstatbestände zur Anwendung gelangen. Somit kommt es für die rechtliche Beurteilung im Wesentlichen darauf an, ob der Amtsträger dadurch, dass er den Leistenden privilegiert, „seine Dienstpflichten verletzt“ (dann wäre der Anwendungsbereich der §§ 332, 334 StGB eröffnet) oder sich sein Fehlverhalten lediglich auf die Entgegennahme des Vorteils beschränkt, ohne dass die spätere beschleunigte Bearbeitung als Dienstpflichtverletzung anzusehen ist (dann könnten lediglich §§ 331, 333 StGB zur Anwendung kommen). Bedeutung kann dies, außer im Hinblick auf die verschärften Strafdrohungen der §§ 332, 334 StGB, vor allem bei Auslandsbestechungen erlangen, da die Bestechung ausländischer Amtsträger nach § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB (hier benannt als „Bedienstete eines ausländischen Staates“) nur in den Fällen der §§ 332, 334 StGB, nicht aber in den Fällen der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB mit Strafe bedroht ist.¹⁹ Gewährt der (deutsche) Bürger insoweit einem ausländischen Amtsträger im Ausland zur beschleunigten Bearbeitung einer dienstlichen Handlung (z.B. bei Grenzkontrollen) einen Vorteil, ist dies nur dann strafbar, wenn der ausländische Amtsträger hierdurch seine Dienstpflichten verletzt (§§ 332, 334 StGB), wobei an dieser Stelle noch offen bleiben kann, ob sich die Beurteilung der Dienstpflichtverletzung nach deutschem oder nach ausländischem Recht richtet.

V. Dienstpflichtverletzung

Wie schon erwähnt, kommt es bei der Frage nach der Anwendung der (strengerer) Vorschriften der §§ 332, 334 StGB entscheidend darauf an, ob der Amtsträger durch die Entgegennahme des Vorteils seine Dienstpflichten verletzt. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Beurteilung vollzieht sich also verwaltungsrechtsakzessorisch.²⁰ Da eine Strafbarkeit jedoch nur dann gegeben ist, wenn auch eine Unrechtsvereinbarung

¹⁸ Die vorliegende Abhandlung beschränkt sich auf die Amtsträgerkorruption (§§ 331 ff. StGB). In anderen Korruptionsbereichen sind die Anforderungen an die Strafbarkeit strenger geregelt, so bei der Mandatsträgerbestechung (§ 108e StGB), der Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) und bei Bestechungen in der Privatwirtschaft (§ 299 StGB); vgl. hierzu im Überblick *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234).

¹⁹ Vgl. hierzu noch unten unter V.

²⁰ *Kuhlen/Zimmermann* (Fn. 6), § 332 Rn. 9.

vorliegt, der Vorteil also „als Gegenleistung“ dafür angenommen (oder gefordert oder versprochen) wird, dass eine bestimmte Diensthandlung vorgenommen wird, ist die pflichtwidrige Annahme des Vorteils an sich, obwohl diese gegen das allgemeine Geschenkaufnahmeverbot nach § 42 Abs. 1 BeamStG verstößt, nicht erfasst. Denn die vorgenommene (oder unterlassene) Diensthandlung selbst muss pflichtwidrig sein, die pflichtwidrige Annahme eines Vorteils reicht somit nicht aus.²¹

Bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit ist dabei grundsätzlich zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen zu differenzieren. Bei gebundenen Entscheidungen liegt eine Pflichtwidrigkeit dann vor, wenn der Amtsträger bei der Vornahme (oder Nichtvornahme) der Diensthandlung von Regelungen abweicht, die entweder durch ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, eine Dienstvorschrift, eine Verwaltungsvorschrift oder eine sonstige Anordnung vorgesehen sind.²² Dagegen liegt bei einer Ermessensentscheidungen eine Pflichtwidrigkeit bereits dann vor, wenn die Entscheidung selbst auf sachwidrigen Erwägungen beruht, was schon dann der Fall sein kann, wenn sich der Amtsträger bei mehreren rechtmäßigen Alternativen (die also alle innerhalb seines Ermessenspielraumes liegen) von der Vorteilsgewährung leiten lässt und insoweit nicht mehr „neutral“ entscheidet.²³

1. Gebundene Entscheidungen

In den Fällen 1 und 2 liegt jeweils eine gebundene Entscheidung vor. Der Amtsträger darf die Baugenehmigung nur erteilen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen für eine Erteilung vorliegen. Ihm steht insoweit kein Ermessen zu. Hält sich ein Amtsträger nun im Rahmen der von ihm getroffenen Entscheidung an die ihm vorgegebenen formellen und materiellen Regelungen des jeweiligen Rechtsgebiets, bearbeitet er den jeweiligen Fall nur schneller, ist die getroffene Entscheidung (z.B. hier die Erteilung der Baugenehmigung) nicht pflichtwidrig. Es müssen somit weitere

²¹ BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = BGHSt 16, 37 (39); OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593 (1594); *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 170; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 332 Rn. 7; *Kuhlen/Zimmermann* (Fn. 6), § 332 Rn. 9; *Teicke/Mohsseni*, BB 2012, 911.

²² *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (538); *Böttger* (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 121; *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 170; *Fischer* (Fn. 21), § 332 Rn. 8.

²³ *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (538); *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 170 ff.; *Fischer* (Fn. 21), § 332 Rn. 9; *Kuhlen/Zimmermann* (Fn. 6), § 332 Rn. 11; *Rosenau/Lorenz*, in: *Satzger/Schluckebier/Werner* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 332 Rn. 9; vgl. hierzu auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.3.1990 – 1 Ss 505/89 = NJW 1990, 2074 (2075); OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593; LG Essen, Urt. v. 12.3.2010 – 56 KLS 20/08 = BeckRS 2011, 24054 Rn. 61 (juris).

Umstände hinzutreten, um eine Pflichtwidrigkeit zu begründen.²⁴

Ein solcher weiterer Umstand, der eine Pflichtwidrigkeit begründen könnte, könnte darin liegen, dass bei der Bearbeitung des Antrages eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt wird. Dies könnte dann der Fall sein, wenn es im deutschen Recht eine allgemeine Regelung dahingehend gäbe, dass bei der Behandlung eingehender Anträge ein striktes (zeitliches) Prioritätsprinzip zu beachten ist. Existiert ein solches Prinzip, würde es jedenfalls dann verletzt, wenn, wie im Fall 1, der Amtsträger eine neu eingegangene Akte abweichend von der Reihenfolge statt nach unten nach oben auf den Stapel der zu bearbeitenden Anträge legt, was dazu führt, dass die jeweilige Akte zeitlich früher – und daher abweichend von der vorgesehenen Reihenfolge – bearbeitet wird.²⁵

Eine solche Verletzung des (zeitlichen) Prioritätsprinzips liegt jedenfalls dann vor, wenn ein Gesetz, eine Rechtsverordnung oder eine Dienst- oder Verwaltungsvorschrift gerade regelt, dass eine Bearbeitungsreihenfolge nach Eingang der Akten ohne Ansehen der Person vorgenommen werden soll.²⁶ Zu nennen sind hier als gesetzliche Regelungen u.a. § 17 GBO bei Grundbucheintragen oder § 13 Abs. 5 S. 2 PBefG bei Taxilizenzen. Pflichtwidrig ist in diesen Fällen dann aber, wie schon ausgeführt, nicht die Entscheidung selbst (die Baugenehmigung, der Grundbucheintrag oder die Erteilung der Lizenz), sondern die Art der Bearbeitung (die Beachtung der zeitlichen Reihenfolge). Aus diesen Dienstvorschriften wird sich regelmäßig auch ergeben, ob und wann es sachliche Gründe für eine vorgezogene Behandlung geben kann.²⁷ Diese sind etwa dann vorstellbar, wenn der Amtsträger eine Stunde vor Dienstschluss einen schnell zu bearbeitenden Antrag vorzieht, den er noch innerhalb seiner Dienstzeit bescheiden kann und stattdessen die Bearbeitung eines an sich vorrangig zu bearbeitenden umfangreicheren Antrags, dessen Bearbeitung mehrere Stunden benötigen würde, auf den nächsten Tag verschiebt. Ob ihm ein solches – nun aber –

Ermessen hinsichtlich der zeitlichen Bearbeitungsreihenfolge im Einzelfall zusteht, muss sich insoweit aber aus den zugrundeliegenden Regelungen ergeben. Gewähren ihm die zugrundeliegenden Vorschriften ein solches Ermessen im Einzelfall, dann würden nun aber die – strengeren – Kriterien, die für Ermessensentscheidungen gelten, zum Tragen kommen.²⁸

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass es durchaus Vorschriften gibt, die eine bevorzugte (schnellere) Bearbeitung gegen Zahlung einer Gebühr vorsehen. In diesen Fällen ist es also durchaus möglich, dass der Bürger sich eine schnellere Bearbeitung „erkaufen“ darf. So können etwa Antragsteller im Markenrecht (auch ohne ein nachgewiesenes berechtigtes Interesse) eine beschleunigte Prüfung ihrer Anliegen gem. § 38 MarkenG beantragen, müssen für die beschleunigte Bearbeitung dann aber eine Gebühr von 200 Euro bezahlen (geregelt in § 2 Abs. 1 PatKostG i.V.m. Ziff. 331500 der Anlage zu § 2 Abs. 1 – Gebührenverzeichnis zum PatKostG). Auch im Hinblick auf die Ausstellung amtlicher Dokumente können die betroffenen Bürger z.B. für die Bearbeitung ihres Reisepasses nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 lit. d PassV ein Expressverfahren nutzen, sofern sie die dafür fällige Gebühr von (zusätzlich) 32 Euro bezahlen.

Existieren nun aber solche ausdrücklichen Regelungen nicht, die eine strikte Bearbeitungsreihenfolge regeln, so ist umstritten, ob sich eine Verletzung der Dienstpflichten jedenfalls aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ergeben kann.²⁹ Erkennt man das Prioritätsprinzip als „Ordnungsprinzip“ im Verwaltungsrecht an³⁰ und verbindet man dieses Prinzip mit dem Grundsatz, dass jeder Amtsträger zu einer unparteiischen und gerechten Amtsführung verpflichtet ist (§§ 33 Abs. 1 S. 2, 34 Abs. 1 S. 2 BeamtStG),³¹ könnte bereits hieraus eine Dienstpflichtverletzung abgeleitet werden. Dann bestünde – bis auf die schon genannten sachlich begründeten Ausnahmefälle – allgemein eine Verpflichtung, die Bearbeitung der Anträge nach dem Zeitpunkt ihres Eingangs vorzunehmen (und sich nicht danach zu richten, ob der Antragsteller einen auf Beschleunigung gerichteten Vorteil leistet).³²

²⁴ BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (351); BGH, Urt. v. 2.5.1961 – 1 StR 119/61 = BeckRS 1961, 46; *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (538); *Rosenau/Lorenz* (Fn. 23), § 332 Rn. 8.

²⁵ *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234).

²⁶ OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593; *Babucke/Kroner*, StV 2024, 537 (538); *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 180; *Deiters/Stein*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 10. Aufl. 2023, § 332 Rn. 13; vgl. zum zeitlichen Prioritätsprinzip im Verwaltungsrecht auch BVerwG, Urt. v. 25.6.2020 – 4 C 3/19 = BVerwGE 169, 39 (44 Rn. 19 ff.); *Rolshoven*, NVwZ 2006, 516 (522 f.); zur Übertragung auf das Strafrecht *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234).

²⁷ Zum Vorliegen sachlicher Gründe auch *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234); ferner *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 181 f., für Fälle, in denen inhaltliche Auswahlkriterien zur Verfügung stehen; sofern keine willkürliche Entscheidung vorliege, könnten mitunter Anträge von besonderer Bedeutung oder aufgrund von festgelegten Auswahlkriterien vorgezogen werden.

²⁸ Siehe hierzu unten IV. 2.

²⁹ Dieses findet sich an mehreren Stellen in unserer Rechtsordnung; vgl. z.B. § 97 Abs. 2 GWB: „Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet“.

³⁰ Hierzu *Rolshoven*, NVwZ 2006, 516 (521 ff.).

³¹ LG Essen, Urt. v. 13.8.2021 – 32 KLS-302 Js 160/17-14/20 (KfZ-Zulassungen) = BeckRS 2021, 38076 Rn. 100; *Werres*, in: Brinktrine/Schollendorf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Beamtenrecht Bund, Stand: 1.10.2024, BeamtStG § 33 Rn. 6; *Zimmermann/Stolz*, JZ 2024, 233 (234).

³² LG Essen, Urt. v. 12.3.2010 – 56 KLS 20/08 = BeckRS 2011, 24054 Rn. 60 ff. (juris); *Eder-Rieder*, ZIS 2014, 71 (74); *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 180 ff., 189 f.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine (frühe) Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1951.³³ Hier führte der BGH aus, dass eine erkaufte zeitliche Bevorzugung von Bürgeranliegen stets eine pflichtwidrige Ermessenshandlung darstelle, denn die Entscheidung über die Reihenfolge der Bearbeitung sei immer – auf der Grundlage des Gleichbehandlungsgebots – eine Frage pflichtgemäßen Ermessens. Insoweit sei selbst dann, wenn den Amtsträger keine ausdrücklichen Vorgaben zur zeitlichen Reihenfolge träfen, die bevorzugte Bearbeitung pflichtwidrig, jedenfalls dann, wenn Dritte benachteiligt würden. Dies bestätigt die vorgenannten Überlegungen, auch wenn es etwas unglücklich ist, wenn der BGH hier im Zusammenhang mit der Reihenfolge der Bearbeitung von einer „Ermessensentscheidung“ spricht, denn aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot würde zwingend folgen, dass es gerade nicht im Ermessen des jeweiligen Amtsträgers steht, welche Bearbeitungsreihenfolge er wählt. Danach läge jedenfalls im Fall 1 ein solcher Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und damit eine pflichtwidrige Diensthandlung vor, da hier Dritte dadurch einen Nachteil erleiden, dass sie in der Bearbeitungsreihenfolge nach hinten rutschen.

Dagegen führte der BGH in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1961³⁴ aus, dass allein die Gewährung eines Vorteils, durch den der Amtsträger „zur schnelleren Erledigung eines ihm obliegenden Amtsgeschäfts veranlasst werden soll [...] noch nicht ohne weiteres das Bestreben [liege], ihn zu einer Pflichtwidrigkeit zu bestimmen; denn zügige Bearbeitung dienstlicher Aufgaben ist gerade die Pflicht eines Beamten“. Es müssten vielmehr besondere Umstände hinzutreten. Eine Pflichtverletzung „wird dann zu bejahen sein, wenn der Vorteilsgeber erwartet, der Beamte werde durch das Geschenk zu einer Beschleunigung seines Dienstgeschäfts bestimmt werden, die entweder gewisse sonst bei der Behandlung beachtete Vorkehrungen außer acht lässt oder zu Nachteilen für andere Gesuchsteller führt, deren Angelegenheit durch die bevorzugte schnelle Bearbeitung der Sache des Vorteilsgebers ins Hintertreffen gerät“. ³⁵ Im konkreten Fall wurde eine Pflichtverletzung aber deswegen in Frage gestellt, weil der Amtsträger selbst auf den Antragssteller zukam und für die beschleunigte Erledigung seines Antrags ein Entgelt forderte. Dann aber könne der Vorteilsgeber befürchten, „der Beamte werde ihn sonst in der rechtzeitigen Bearbeitung der Sache gegenüber anderen benachteiligen“. ³⁶ Leistet aber der Vorteilsgeber das zusätzliche Entgelt nur deswegen, „weil er eine pflichtwidrige Benachteiligung durch den über die Ab-

lehnung seines Ansinnens ungehaltenen Beamten vermeiden und lediglich eine pflichtgemäße Behandlung der zeitlichen Reihenfolge erreichen will“, beziehe sich sein Vorsatz nicht auf eine pflichtwidrige Diensthandlung. Damit wird aber letztlich die Frage, ob eine bevorzugte Behandlung gegen die Dienstpflichten verstößt, mit der Frage des Vorsatzes vermischt. Der BGH scheint hier aber durchaus davon auszugehen, dass eine pflichtwidrige Diensthandlung des Amtsträgers durch die Verletzung der Bearbeitungsreihenfolge vorliegt und lediglich der Vorsatz des Bestechenden zweifelhaft ist, wenn er durch die Leistung eines Vorteils keine Bevorzugung erreichen, sondern eine Benachteiligung verhindern will. Dies ist jedenfalls dann zutreffend, wenn der Vorteilsgeber nicht damit rechnet, durch eine schnellere Bearbeitung bevorzugt zu werden. Problematisch wäre diese Argumentation aber dann, wenn der Amtsträger durch seine Forderung den Vorteilsgeber vor die Wahl stellt, ihn entweder (bei Zahlung) zu bevorzugen oder (bei Nichtzahlung) zu benachteiligen. Denn in diesem Fall wäre dem Vorteilsgeber durchaus bewusst, durch die Gewährung eines Vorteils eine (insoweit erwungene) bevorzugte Behandlung zu erlangen.

Alles in allem wird man dieser Entscheidung aber dennoch entnehmen können, dass eine schnellere Bearbeitung jedenfalls dann zu einer pflichtwidrigen Diensthandlung führt, wenn dadurch andere einen Nachteil erleiden, insofern dürfte die Entscheidung der früheren Entscheidung des BGH nicht widersprechen.³⁷ Dies entspricht auch der überwiegenden Ansicht in der Literatur, die ebenfalls davon ausgeht, dass jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen eine bevorzugte Behandlung des Antragstellers zu einer Benachteiligung eines anderen Antragstellers führt, dessen früher gestellter Antrag nun später bearbeitet wird, zu einer Pflichtwidrigkeit führt.³⁸

³⁷ Vgl. hierzu allgemein aus der Rechtsprechung BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (351 f.); BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = BGHSt 16, 37 (39 f.); OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593 (1594); ferner BGH, Urt. v. 2.5.1961 – 1 StR 119/61 = BeckRS 1961, 46; BGH, Urt. v. 4.3.1966 – 1 StR 385/65.

³⁸ Böttger (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 121; Eder-Rieder, ZIS 2014, 71 (74); Fischer (Fn. 21), § 332 Rn. 8; Sowada, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2024, § 332 Rn. 12; Korte, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 332 Rn. 23; Gaede, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Strafrecht, Nomos Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 332 Rn. 19; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 332 Rn. 8; Rosenau/Lorenz (Fn. 23), § 332 Rn. 8; Teicke/Mohsseni, BB 2012, 911 (912); Zimmermann (Fn. 7), S. 200 f.; ders./Stolz, JZ 2024, 233 (234 f.); vgl. auch Dann, wistra 2008, 41 (45); dagegen scheinen Babucke/Kroner, StV 2024, 537 (538), in der bloßen Abweichung vom Prioritätsprinzip grundsätzlich noch keine strafrechtlich relevante Ermessensentscheidung zu sehen; Dorschfeldt, (Fn. 3), S. 172, 180 ff., führt dagegen aus, dass Abwei-

³³ BGH, Urt. v. 8.11.1951 – 3 StR 822/51 = WKRS 1951, 10596, aufgegriffen von BGH, Urt. v. 22.09.1959 – 1 StR 102/59 = WKRS 1959, 14883; BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = BGHSt 16, 37 (39 f.); vgl. auch BGH, Urt. v. 08.11.1960 – 1 StR 474/60 = WKRS 1960, 11664.

³⁴ BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (351).

³⁵ BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (351 f.).

³⁶ BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (352).

Interessant ist in diesem Zusammenhang allerdings die Konstellation in Fall 2. Auch hier liegt eine Verletzung der Bearbeitungsreihenfolge und insoweit jedenfalls ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Die Besonderheit besteht allerdings darin, dass hierdurch die anderen Antragsteller gerade keinen Nachteil erleiden, da sich die Bearbeitung ihrer Anträge nicht verzögert. Denn wenn der Amtsträger den entsprechenden Antrag gegen Bezahlung einer (gesetzlich nicht vorgesehenen) Gebühr in seiner Freizeit erledigt, verlängern sich die Bearbeitungszeiten der übrigen Antragsteller gerade nicht. Dennoch sieht der 1. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1961³⁹ hierin eine Pflichtverletzung:

„[...] denn es kann für die Erledigung von Dienstgeschäften, die einem Beamten obliegen, keinen Unterschied machen, zu welcher Tageszeit er sie erledigt. Was der Beamte dienstlich tut, verliert seine Eigenschaft nicht dadurch, dass sich der Beamte damit außerhalb der Diensträume und der Dienststunden seiner Behörde befasst, und der Beamte hört nicht auf, als Beamter tätig zu sein, wenn er außerhalb der Dienststunden die Bearbeitung dienstlicher Angelegenheiten fortsetzt“.

Anders hatte jedoch der 2. Strafsenat des BGH in einem ein Jahr zuvor ergangenen Urteil entschieden: Die Pflichtwidrigkeit entfalle, wenn der Amtsträger einen Antrag außerhalb seiner Dienstzeit bearbeite, da sich dadurch die Bearbeitungszeit anderer Anträge nicht verzögere.⁴⁰ Das OLG Naumburg begründete dies ergänzend damit, dass die anderen Antragsteller keinen Anspruch darauf hätten, dass der Amtsträger ihre Eintragungsanträge außerhalb der Dienstzeiten bearbeitet, weshalb sie durch die bevorzugte Erledigung anderer Anträge außerhalb der Dienstzeiten keinen Schaden davontragen.⁴¹

Dem ist jedenfalls dann zu folgen, wenn man das allgemeine Gleichbehandlungsgebot zwar grundsätzlich als wesentliches Prinzip unserer Rechtsordnung anerkennt, eine Pflichtverletzung aber nur dann als gegeben ansieht, wenn durch eine bevorzugte (und erkaufte) Bearbeitung niemand

chungen von der Bearbeitungsreihenfolge auch dann pflichtwidrig sein können, wenn kein konkreter Nachteil eintritt, aber jedenfalls eine Gefährdung stattfand – er nennt hier den Fall des verbeamteten Arztes, der aufgrund einer Vorteils-gewährung einen Patienten mit einem gebrochenen Zeh vorrangig vor einem Herzinfarktpatienten behandelt, der aber am Ende trotz der verspäteten Behandlung überlebt und keine weiteren gesundheitlichen Schäden erleidet. Allerdings dürfte auch hier allein die verspätete Behandlung bereits einen Nachteil darstellen.

³⁹ BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60 = BGHSt 15, 350 (352).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = BGHSt 16, 37 (40); so auch OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593 (1594).

⁴¹ OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593 (1594).

einen Nachteil erleidet.⁴² Sieht man nämlich das durch die Amtsdelikte allgemein geschützte Rechtsgut im „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung“⁴³, dann wird dieses Interesse jedenfalls dann (aber nur dann) beeinträchtigt, wenn die einzelnen Staatsbürger davon ausgehen müssen, dass ihr Antrag in denjenigen Fällen nicht zeitnah beschieden wird, in denen dem zuständigen Amtsträger kein zusätzlicher Vorteil gewährt wird. Dass hingegen eine bevorzugte Behandlung (ohne Benachteiligung anderer) durch eine Vorteils-gewährung „erkauft“ werden kann, beschädigt ihr Vertrauen nicht, wenn sie dadurch selbst keinen Nachteil erleiden. Eine Strafflosigkeit folgt daraus nicht, denn Vorteils-gewährung an einen Amtsträger erfüllt jedenfalls die Voraussetzung einer Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB,⁴⁴ da dessen Voraussetzungen problemlos erfüllt sind: Der Vorteilsgeber gewährt dem Amtsträger einen diesem nicht zustehenden Vorteil in Geld im Zusammenhang mit dessen Dienstausbung. In Fall 2 liegt also lediglich eine Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB, nicht aber nach §§ 332, 334 StGB vor.

2. Ermessensentscheidungen

Strenger sind die Regelungen allerdings im Falle von Ermessensentscheidungen. Geht man davon aus, dass es im Fall 3 im Ermessen des Grenzbeamten steht, welche Fahrzeuge er kontrolliert, so kann er sich bei der „Auswahl“ der zu kontrollierenden Fahrzeuge im Rahmen des ihm zukommenden Ermessens an sich frei entscheiden (sofern er dabei nicht gegen andere Grundsätze, wie etwa das Diskriminierungsverbot, verstößt). Der Grenzbeamte kann also wählen, ob er das Auto des D oder ein anderes Auto einer Kontrolle unterzieht. Es bestehen insoweit mehrere rechtmäßige Alternativen. Entscheidet er sich nun aber, motiviert durch die Zahlung von 50 Euro dafür, nicht D, sondern einen anderen Autofahrer zu kontrollieren, liegt eine sachwidrige Beeinflussung seiner

⁴² So im Ergebnis auch *Kaiser*, Die Bestechung von Beamten, 1999, S. 238 (für das schweizer Recht); *Gaede* (Fn. 38), § 332 Rn. 19; *Rosenau/Lorenz* (Fn. 23), § 332 Rn. 8; *Hauss/Komenda*, in: *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Lfg., Stand: 6/2014, § 304 Rn. 111 f. (für das österreichische Recht); a.M. *Dorschfeldt* (Fn. 3), S. 185 ff. (auch außerhalb der Dienstzeiten sei der Amtsträger an die Bearbeitungsreihenfolge gebunden); ebenso *Kuhlen/Zimmermann*, (Fn. 6), § 332 Rn. 15, die in der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes stets eine Pflichtwidrigkeit erblicken; ferner auch *Zimmermann* (Fn. 7), S. 200 ff.; *ders./Stolz*, JZ 2024, 233 (235); kritisch ebenfalls *Deiters/Stein* (Fn. 26), § 332 Rn. 13; so wohl auch (zum österreichischen Recht) *Eder-Rieder*, ZIS 2014, 71 (74).

⁴³ So ausführlich begründet bei *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 255 ff., 310.

⁴⁴ *Dann*, wistra 2008, 41 (44 f.); *Krause/Vogel*, RIW 1999, 488 (491).

Ermessenentscheidung vor, die als Dienstpflichtverletzung anzusehen ist.⁴⁵

Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings noch, ob sich die Ermessenentscheidung ausschließlich auf die zu treffende Entscheidung beziehen muss (hier: die Art oder Intensität der Kontrolle) oder ob sie auch die Frage betrifft, ob die Kontrolle eines bestimmten Fahrers überhaupt durchzuführen ist oder (wie in den Fällen 1 und 2) in welcher Reihenfolge die zu bescheidenden Anträge zu bearbeiten sind. Hier wird in der Rechtsprechung ausgeführt, dass in denjenigen Fällen, in denen es ins Ermessen des Amtsträgers gestellt ist, in welcher Reihenfolge die Anträge zu bearbeiten sind, die aufgestellten Grundsätze für Ermessenentscheidungen nicht gelten sollen, da sich das Ermessen stets (nur) auf den sachlichen Inhalt der zu treffenden Entscheidung, nicht aber auf den Zeitpunkt der Erledigung des Dienstgeschäftes beziehen muss.⁴⁶ Dies erscheint aber aus den oben genannten Gründen zweifelhaft.⁴⁷ Wird die Entscheidung, wer kontrolliert wird oder in welcher Reihenfolge bestimmte Anträge zu bearbeiten sind, ins Ermessen des jeweiligen Beamten gestellt, so liegt in dieser Hinsicht eine klassische Ermessenentscheidung vor, die nicht durch eine Vorteilsgewährung erkaufte werden darf.⁴⁸ Allerdings dürfte es – nimmt man den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Anträgen ernst – auch kaum Fälle geben, in denen es tatsächlich im „freien Ermessen“ des Amtsträgers steht, welche Bearbeitungsreihenfolge gewählt wird.

VI. Beschleunigungszahlungen im Ausland

Die Rechtslage im Hinblick auf die strafrechtliche Beurteilung von Beschleunigungszahlungen im Ausland ist uneinheitlich. Während in manchen Ländern auch für diese Zahlungen die allgemeinen Regelungen gelten, werden sie in manchen Rechtsordnungen ausdrücklich durch das Gesetz oder durch besondere Strafverfolgungsvorschriften von der Strafbarkeit ausgenommen.⁴⁹ In einigen Ländern scheinen sie durchaus an der Tagesordnung zu sein. So kann der *Verf.* von einer Begebenheit berichten, die ihn selbst auf einer Urlaubsreise ereilte. Bei einem Grenzübertritt zwischen zwei mittelamerikanischen Staaten verkündete der Reiseleiter einer deutschen Reisegruppe im Bus:

„Ich sammle jetzt ihre Reisepässe ein; wenn sie mir alle 10 Euro in den Pass legen und ich das weitergebe, sind wir hier in 15 Minuten durch, sonst warten wir hier mehrere Stunden.“

Mehrere Aspekte sind in diesem Zusammenhang zu beachten: Sind die Beschleunigungszahlungen im Ausland rechtlich nicht untersagt, kann sich ein deutscher Staatsbürger – unabhängig von der Frage, ob ausländische Amtsträger den Regelungen der §§ 331 ff. StGB überhaupt unterfallen – nach deutschem Recht schon deswegen nicht strafbar machen, weil § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nur dann ermöglicht, „wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist“. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Ahndung (auch) nach deutschem Recht aus.

Ist die Tat auch im Ausland mit Strafe bedroht, ist die Rechtslage schwieriger. Nach §§ 331 ff. StGB ist der Anwendungsbereich der (deutschen) Bestechungsdelikte nur dann eröffnet, wenn ein „Amtsträger“ beteiligt ist. Als „Amtsträger“ ist aber nach der Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB an sich nur derjenige anzusehen, der „nach deutschem Recht“ als solcher anzusehen ist, was auf den ausländischen Amtsträger gerade nicht zutrifft. Eine Erweiterung bzw. Gleichstellungsklausel enthält jedoch § 335a StGB. Hier findet sich in § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB die Regelung, dass im Hinblick auf §§ 332, 334 StGB einem (deutschen) Amtsträger ein Bediensteter eines ausländischen Staates und eine Person, die damit beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen, gleichsteht. Damit sind §§ 332, 334 StGB also auch dann anwendbar, wenn die Vorteile an einen ausländischen Amtsträger (= Bediensteten) geleistet werden. Im Umkehrschluss folgt aus dieser Regelung allerdings, dass im Hinblick auf die Strafvorschriften der §§ 331, 333 StGB eine solche Gleichstellung gerade nicht gilt. Verletzt der (ausländische) Amtsträger bei der Entgegennahme der Beschleunigungszahlungen also keine Dienstpflicht, dann ist der deutsche Vorteilsgeber hier straflos. Interessant ist dabei dann nur noch die Frage, nach welchem Recht sich die Dienstpflichtverletzung des ausländischen Amtsträgers bemisst. Möglich wäre hier eine Beurteilung auf der Grundlage des deutschen Rechts, nach den Grundlagen der ausländischen Rechtsordnung oder eine völkerrechtsautonome Auslegung.⁵⁰ Zweckmäßigerweise wird hier die Beurteilungsgrundlage das ausländische Recht sein.⁵¹ Hinzuweisen ist schließlich auch noch darauf, dass neben der materiellen Strafbarkeit für eine Bestrafung auch das deutsche Strafrecht überhaupt anwendbar sein muss. Für den

⁴⁵ So auch Fall BGH, Urt. v. 13.11.1997 – 4 StR 426/97 = wistra 1998, 108 (109).

⁴⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.3.1990 – 1 Ss 505/89 = NJW 1990, 2074 (2075) zu § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB; OLG Naumburg, Urt. v. 27.11.1996 – 2 Ss 130/96 = NJW 1997, 1593; Fischer (Fn. 21), § 332 Rn. 9.

⁴⁷ Hierzu auch Dorschfeldt (Fn. 3), S. 185 ff.

⁴⁸ Anders aber Dorschfeldt (Fn. 3), S. 188 f., der hierin jedenfalls keine Ermessenentscheidung i.S.d. §§ 332 Abs. 3 Nr. 2, 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB sieht.

⁴⁹ Vgl. ausführlich zu den Regelungen in den USA, Australien, Kanada, Neuseeland, Südkorea, den Cayman Islands, Großbritannien und der Niederlande Dorschfeldt (Fn. 3), S. 71 ff.; ferner Dann, wistra 2008, 41 (46); zu den USA auch Teicke/Mohsseni, BB 2012, 911 (912 ff.).

⁵⁰ Diese Diskussion wird in der Literatur insbesondere hinsichtlich der Frage geführt, nach welcher Rechtsordnung sich die Auslegung des Begriffes des „Amtsträgers“ bzw. „Bediensteten“ richtet; vgl. Deiters, in: Wolter/Hoyer (Fn. 26), § 335a Rn. 12.

⁵¹ So auch BGH, Beschl. v. 13.2.2014 – 1 StR 336/13 = NSTZ 2014, 469 (453); Sowada (Fn. 38), § 334 Rn. 5; Korte (Fn. 38), § 335a Rn. 44 (allerdings mit Einschränkungen); Kuhlen/Zimmermann (Fn. 6), § 335a Rn. 39; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 38), § 335a Rn. 9.

Bestechenden ergibt sich eine Anwendbarkeit (in Bezug auf §§ 334, 335a StGB) entweder aus §§ 3, 9 StGB (wenn er in Deutschland handelt) oder aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (wenn er die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt). Der im Ausland handelnde ausländische Amtsträger (= Bedienstete) macht sich hingegen nicht wegen §§ 332, 335a StGB strafbar, da sich eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts hier nicht aus §§ 3 ff. StGB ergibt.

VII. Zusammenfassung

Die Strafbarkeit von Beschleunigungszahlungen an Amtsträger, damit diese Amtshandlungen schneller (oder überhaupt) erledigen, richtet sich nach §§ 331 ff. StGB. Dabei kommt es, richtet sich die Beschleunigungszahlung an einen deutschen Amtsträger, im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach §§ 332, 334 StGB darauf an, ob in der bevorzugten Behandlung eine Pflichtverletzung zu sehen ist. Eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn es rechtliche Regelungen gibt, die eine bestimmte Bearbeitungsreihenfolge verbindlich vorschreiben. Aber selbst dann, wenn solche Regelungen nicht existieren, ergibt sich aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz als wesentlichem Prinzip unserer Rechtsordnung (Art. 3 Abs. 1 GG), dass eine Bescheidung von Anträgen „außer der Reihe“ unzulässig ist, wenn es nicht im Ausnahmefall hierfür sachliche Gründe gibt (die sich auch aus gesetzlichen Vorschriften ergeben können). Wesentlich ist es aber darüber hinaus, dass durch die bevorzugte Behandlung eines Antrages gegen ein gesondertes Entgelt andere Antragsteller benachteiligt werden. Eine solche Benachteiligung liegt in aller Regel darin, dass ihre Anträge später bearbeitet werden. Eine Benachteiligung scheidet hingegen aus, wenn der Amtsträger den Antrag des Vorteilsgebers außerhalb der Dienstzeiten (etwa nach Dienstschluss zu Hause oder am Wochenende) bearbeitet. In diesen Fällen erleiden die anderen Antragsteller keinen Nachteil, es kommt dann nur eine Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB in Frage. Im Hinblick auf die Veranlassung ausländischer Amtsträger (Bedienstete eines ausländischen Staates) zur beschleunigten Erledigung von Dienstgeschäften ist diese Unterscheidung deswegen bedeutsam, weil nach § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB nur im Hinblick auf die Bestechung (§ 334 StGB), nicht aber im Hinblick auf die Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) eine Gleichstellung des ausländischen Bediensteten mit einem deutschen Amtsträger erfolgt. Begeht der ausländische Bedienstete also keine Pflichtverletzung (ein Umstand, der sich ausschließlich nach ausländischem Recht richtet), scheidet eine Strafbarkeit des deutschen Vorteilsgebers aus.

Über den strafprozessualen Richterablehnungsgrund der „Besorgnis der Befangenheit“ wurde bis vor 25 Jahren jahrzehntelang erfolglos gestritten. Seitdem beschränken Rspr. und Lit. sich weitgehend darauf, eine Systematisierung unterschiedlicher Fallgruppen der Besorgnis der Befangenheit vorzunehmen. An konsensfähigen Leitprinzipien fehlt es bis heute. Der Beitrag unternimmt daher den Versuch – ausgehend vom Gesetzeswortlaut – Begriff und Maßstab der Besorgnis der Befangenheit zu konkretisieren.

I. Einführung

Die Unparteilichkeit des Richters gehört als unabdingbare Voraussetzung zu den anerkannten und elementaren Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Eine solche Unparteilichkeit setzt Unvoreingenommenheit voraus. Da diese sich nicht aus der Position des Richters gleichsam von selbst ergibt, bedarf sie der gesetzlichen Gewährleistung. Die Strafprozessordnung unternimmt den Versuch dieser Gewährleistung mittels zweier unterschiedlicher Regelungssysteme. Zum einen soll über das in §§ 1 ff. StPO normierte Regelungsregime die richterliche Zuständigkeit abstrakt ex ante bestimmt werden.¹ Dieses System muss freilich unvollkommen bleiben. Denn mit einer solchen, vom konkreten Fall abstrahierten Vorausbestimmung richterlicher Zuständigkeit, ist zunächst einmal nur das Fundament dafür gelegt, dass Manipulationen der Judikative verhindert und die Unparteilichkeit und Objektivität des zur konkreten Entscheidung berufenen Richters gewährleistet werden.² Steht der in diesem Sinne abstrakt und ex ante als für die Entscheidung eines Falles zuständig bestimmte Richter aber zu der konkreten Sache in einem persönlichen Näheverhältnis, das Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit aufkommen lässt, so tritt ein zweites Regelungssystem zur Sicherung der Unparteilichkeit und Neutralität des Richters hinzu: So enthalten zum anderen §§ 22 ff. StPO ein Regelungsnetzwerk zur Ausschließung oder Ablehnung eines an sich zuständigen Richters im Einzelfall.³

Die „aus der Gerechtigkeitsidee selbst“⁴ ableitbare Voraussetzung der Unvoreingenommenheit des Richters wird in sämtlichen Verfahrensordnungen gewährleistet.⁵ Die Recht-

sprechung des BVerfG und die h.L. sehen hierin eine Ausprägung des in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter.⁶ Das dem Verfahrensbeteiligten damit eingeräumte Recht ist dann nicht gewährt, wenn dieser vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Unvoreingenommenheit vermissen lässt.⁷ Auch im Strafprozessrecht hat der Gesetzgeber daher Regelungen geschaffen, die neben den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften sicherstellen sollen, dass Richter im Einzelfall ausgeschlossen sind oder abgelehnt werden können, wenn Zweifel an deren Unparteilichkeit und Neutralität bestehen.⁸ Indem §§ 22 ff. StPO gewährleisten sollen, dass nur solche Richter an der Entscheidungsfindung mitwirken, die dem konkreten Sachverhalt und den Verfahrensbeteiligten mit der Distanz eines Unbeteiligten und am Ausgang des Verfahrens uninteressierten Dritten gegenüberstehen, stellen sie auch eine besondere Ausprägung des Grundsatzes des fairen Verfahrens dar.⁹

Den Nachweis tatsächlich gegebener Parteilichkeit verlangt das Gesetz freilich nicht; vielmehr sollen nach ganz h.M. §§ 22 ff. StPO bereits den Anschein der Parteilichkeit vermeiden.¹⁰ Dies zeigt besonders deutlich § 24 StPO, der (lediglich) von „Besorgnis“ der Befangenheit spricht.

II. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen

Die Vorschriften der §§ 22 ff. ergänzen also §§ 1 ff. StPO.¹¹ Dabei normieren §§ 22 ff. StPO ausnahmsweise Mitwirkungs-

* 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, geschäftsführender Herausgeber und Schriftleiter der ZfIStw.

¹ Siehe Rotsch, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 1, 2025, Vor §§ 1 ff. Rn. 2.

² Vgl. Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 1 ff. Rn. 2.

³ Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 1.

⁴ Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992, S. 136 f.

⁵ Vgl. etwa §§ 42 ff. ZPO, § 54 VwGO, § 18 BVerfGG. Siehe auch Ignor, ZIS 2012, 228.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64 = BVerfGE 21, 139 (146); BVerfG, Beschl. v. 26.1.1971 – 2 BvR 443/6930 = BVerfGE 149, 153; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvR 964/82 = BVerfGE 63, 77 (79); Conen/Tsambikakis, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Vor § 22 Rn. 1; Bockemühl, in: von Heintschel-Heinegg/Bockemühl (Hrsg.), KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung, 83. Lfg., Stand: 1.11.2017, Vor § 22 Rn. 1; Ignor, ZIS 2012, 228. A.A. Weßlau/Deiters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. I, 5. Aufl. 2018, Vor § 22 Rn. 9 f., die (allein) auf Art. 6 Abs. 1 EMRK abstellen.

⁷ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Vor § 22 Rn. 1; Ignor, ZIS 2012, 228.

⁸ Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 2. Vgl. auch Weßlau/Deiters (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1.

⁹ Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 2 m.w.N

¹⁰ Siolek, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Vor § 22 Rn. 1; Weßlau/Deiters (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1; Bockemühl (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 1; Temming, in: Gercke/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2023, Vor § 22 Rn. 3.

¹¹ Vgl. Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S. 8; Hamm, Der gesetzliche Richter und die Ablehnung wegen Besorgnis

verbote und § 24 StPO das Recht zur Ablehnung des an sich nach §§ 1 ff. StPO zuständigen Richters. In grundsätzlicher Hinsicht unterscheidet das Gesetz zwischen der Ausschließung (§§ 22, 23 und 148a Abs. 2 S. 1 StPO) und der Ablehnung (§ 24 StPO) eines Richters. Die Ausschließungsgründe des § 22 StPO – der Richter ist z.B. Verletzter der Straftat (Nr. 1), er steht in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis zu dem Beschuldigten oder Verletzten (Nr. 3) oder er war mit der Sache bereits in anderer Funktion befasst (Nr. 4) – sind nach Auffassung des Gesetzgebers abstrakt-generell normierbar und dermaßen gewichtig, dass ihnen die unwiderlegliche Vermutung zukommt, mit ihrem Vorliegen sei objektiv Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters gegeben.¹² Die Gründe, die eine Ausschließung zur Folge haben, sind eng umgrenzt und im Gesetz abschließend aufgezählt.¹³ Ist ein Ausschließungsstatbestand i.S.d. §§ 22 ff. StPO erfüllt, so tritt die Ausschließung des Richters ohne Weiteres und ohne Ausnahme kraft Gesetzes ein.¹⁴ Die gerichtliche Feststellung eines Ausschließungsgrundes hat dementsprechend lediglich deklaratorische Bedeutung.¹⁵

Die Ablehnungsgründe gem. § 24 Abs. 1 Var. 2 StPO sind hingegen durch das Gesetz nicht spezifiziert.¹⁶ Danach kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn in seiner Person im konkreten Fall Umstände gegeben sind, die in casu geeignet sind, Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit zu begründen. Damit ist bereits angedeutet, weshalb die seit Jahrzehnten immer wieder angemahnte Entwicklung präjudizieller Maßstäbe¹⁷ für die Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit solch intrikaten Schwierigkeiten ausgesetzt ist: Das Gesetz selbst erhebt in durchaus nicht unbedenklicher Weise die Einzelfallumstände zur Voraussetzung der Beurteilung des Einzelfalles. Auch diese Umstände betreffen das Verhältnis des Richters zu der konkreten Straftat; sie können aber aus ganz unterschiedlichen – nicht bereits in §§ 22 f. StPO abstrakt normierten – Gründen entstehen.¹⁸ Diese Umstände sind insoweit individuell-subjektiv geprägt, als sie bei dem einen Richter zur

Besorgnis der Befangenheit führen können, während sie bei dem anderen dieses Misstrauen an seiner Unvoreingenommenheit nicht zu begründen vermögen.¹⁹ Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen bestehen Unterschiede bei dem Auffangtatbestand²⁰ des § 24 StPO im Vergleich zu §§ 22 f. StPO. Die Besorgnis der Befangenheit ist von dem Verfahrensbeteiligten geltend zu machen; die entsprechende Entscheidung des Gerichts hat konstitutive Wirkung.²¹ Die Ablehnung des Richters wirkt stets nur für die Zukunft und führt, anders als die erst mit der richterlichen Handlung oder nach ihr festgestellte Ausschließung, grundsätzlich nicht zur rückwirkenden Fehlerhaftigkeit.²² Im Fall des § 24 StPO führt erst die Entscheidung des Gerichts dazu, dass der betroffene Richter von der weiteren Mitwirkung ausgeschlossen ist.²³ Die gerichtliche Feststellung der Ausschließung setzt entweder einen Antrag einer ablehnungsberechtigten Person oder eine Selbstanzeige des Richters gem. § 30 StPO voraus.²⁴

III. Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

1. § 24 Abs. 2 StPO

Gem. § 24 Abs. 2 StPO findet die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Was unter „Besorgnis der Befangenheit“ zu verstehen ist, ist freilich seit Jahrzehnten umstritten.²⁵ Im Schrifttum wird seit jeher harsche Kritik geäußert an einer „heillos verwirrende[n]“²⁶, „unübersichtlichen“²⁷ und „arbiträren“²⁸ Kasuistik, einer „weitgehend mit Zirkelschlüssen“²⁹ arbeitenden Einzelfallbetrachtung, die als „Kuriositätenschau“³⁰ einer „schier endlosen“³¹ Rechtsprechung bezeichnet wird. Allerdings ist, wie gesagt, die Schwierigkeit, objektivierbare Maßstäbe zu entwickeln, zumindest zu einem guten Teil bereits im Gesetz selbst angelegt. Die in jeder Kommentierung zu findende Aufzählung von Fallgruppen hat durchaus ihre (praktische) Relevanz; sie darf aber insbesondere im Ablehnungsrecht freilich auch nicht überschätzt werden, stellen doch auch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die h.L. immer wieder heraus, dass die zur Ent-

der Befangenheit unter besonderer Berücksichtigung des Strafverfahrens, 1973, S. 53 f.; *Brandt-Janczyk*, Richterliche Befangenheit durch Vorbefassung im Wiederaufnahmeverfahren, 1978, S. 14; *Ernst*, Die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit gem. § 42 ZPO: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit, 1973, S. 141; Differenzierend *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 7.

¹² *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 3.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3; *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 1.

¹⁶ *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

¹⁷ *Hamm* (Fn. 11), S. 215.

¹⁸ *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 4. Vgl. *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2.

¹⁹ *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 2. Beispiele bei *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 24 ff.

²⁰ *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 4.

²¹ *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 3.

²² *Siolek* (Fn. 10), Vor § 22 Rn. 4.

²³ BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75 = BVerfGE 46, 37; *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 4.

²⁴ Zu Einzelheiten insoweit *Rotsch* (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 5 m.w.N.

²⁵ Vgl. nur *Arzt* (Fn. 11), S. 21 ff. m.w.N.

²⁶ *Strate*, in: Brüssow (Hrsg.), Strafverteidigung und Strafprozeß, Festgabe für Ludwig Koch, 1989, S. 261 (262).

²⁷ *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 12.

²⁸ *Zuck*, DRiZ 1988, 179.

²⁹ *Lamprecht*, NJW 1993, 2222.

³⁰ *Chr. Richter II*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 559 (562).

³¹ *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 10.

scheidung eines Einzelfalles herangezogenen vermeintlichen Grundsätze kaum jemals verallgemeinerungsfähig sind.³² Dann hilft auch der Praxis die noch so dezidierte Aufzählung von Einzelfallentscheidungen nur bedingt weiter.³³ Trotz der gesetzesimmanenten Schwierigkeiten soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die Rede von der „Besorgnis der Befangenheit“ und die derzeit vorherrschende „Fallgruppensystematisierung“³⁴ darauf hin zu untersuchen, ob sie nicht doch Erkenntnisse für eine grundlegende(re) Beurteilung abwerfen. Das gilt umso mehr, als erstaunlicherweise bei der Untersuchung dessen, was „Besorgnis der Befangenheit“ meint, der durchaus hilfreiche Gesetzestext kaum jemals zu Rate gezogen wird.

2. Besorgnis der Befangenheit: Begriff und Maßstab

Bei den bislang erfolgten Versuchen, Begriff und Maßstab der Besorgnis der Befangenheit zu konkretisieren, fällt auf, dass nahezu immer so vorgegangen wird, dass zunächst und ohne Weiteres der „Maßstab“ der „Besorgnis der Befangenheit“ zu bestimmen versucht wird, um dann im Folgenden mehr oder weniger konsterniert die einschlägigen Fallgruppen aufzuzählen.³⁵ Allenfalls erfolgt eine gewisse Systematisierung der Kasuistik mithilfe von Fallgruppenbildungen: „Eine einfache subsumtionsfähige Formel für die von Rechts wegen beachtliche Besorgnis der Befangenheit ist nicht ersichtlich.“³⁶ Erstaunlich ist auch, dass man häufig bei der Begriffserläuterung der Befangenheit stehenbleibt,³⁷ obwohl es doch auf die „Besorgnis der Befangenheit“ ankommt.³⁸

³² BVerfG, Beschl. v. 19.8.1996 – 2 BvR 115/95 = NJW 1996, 3333: „[...] kann nicht von einer verfahrensübergreifenden Generalablehnung die Rede sein, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.“; BGH, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 StR 181/21 = NStZ 2023, 168 (172: „Gesamtabwägung aller Umstände im Einzelfall“); BGH, Beschl. v. 7.6.2022 – 5 StR 460/21 = NStZ-RR 2022, 288 (289: „besondere Umstände“); bezogen auf das Ordnungswidrigkeitenrecht OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 1.2.1979 – 3 Ws (B) 25/79 OWiG = VRS 57 (1979), 206 (207: „Entscheidend sind aber immer die Umstände des Einzelfalls.“). Ebenso die Lit., siehe z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 10; *Quarch*, JA 2005, 450 (451); *Mosbacher*, NStZ 2022, 641 (642).

³³ Siehe hierzu *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 24 ff., und die Angaben in der folgenden Fn.

³⁴ Vgl. die unterschiedlichen Gruppierungsversuche bei *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 13 ff.; *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 14 ff.; *Scheuten*, in: *Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 24 Rn. 5 ff.; *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 10 ff.; *Temming* (Fn. 10), § 24 Rn. 13 ff.; *Bosbach*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, § 24 Rn. 9 ff.; *Ignor*, ZIS 2012, 232 ff.

³⁵ Vgl. z.B. *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 8 ff. einerseits, Rn. 14 ff. andererseits; *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4 ff. einerseits, Rn. 13 ff. andererseits.

³⁶ *Ignor*, ZIS 2012, 228 (229).

³⁷ Vgl. z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4; *Bockemühl* (Fn. 6), § 24 Rn. 5; *Scheuten* (Fn. 34), § 24 Rn. 3 (der zwar in der

Kaum Beachtung findet, dass das Gesetz uns hier, wie so häufig, weiterhilft. In § 24 Abs. 2 StPO findet sich nämlich eine Legaldefinition der Besorgnis der Befangenheit, wenn es heißt: „Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.“ Die Versuche, dem Begriff der Besorgnis der Befangenheit Konturen zu verleihen, müssen – und können – daher von dieser gesetzgeberischen Festlegung ausgehen und dürfen sie jedenfalls nicht ignorieren.³⁹

Es muss daher ein Grund vorliegen, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Damit nimmt das Gesetz zum einen Bezug auf die Parteilichkeit (siehe sogleich unter a) des Richters, zum anderen stellt es aber klar, dass es eines Nachweises einer tatsächlich gegebenen Parteilichkeit gerade nicht bedarf, sondern es vielmehr ausreicht, wenn durch einen Umstand berechtigtes Mißtrauen an der Unparteilichkeit begründet wird („Besorgnis“ der Befangenheit, b). Bei der Begriffsbestimmung können diese gesetzlichen Konturierungen nicht außer Acht gelassen werden.

a) Der Begriff der „Befangenheit“

Dem Gesetzeswortlaut Genüge zu tun ist noch relativ unproblematisch möglich bei dem Begriff der „Befangenheit“, weshalb hier auch weitgehende Einigkeit besteht. Auch § 24 StPO dient, wie §§ 22, 23 StPO, der Verwirklichung des Anspruchs auf einen unparteilichen Richter (siehe oben I.). Diese Unparteilichkeit als Attribut menschlichen Denkens und Agierens kann nach der Vorstellung des Gesetzgebers insbesondere dadurch beeinträchtigt werden, dass der Richter befangen ist. Offensichtlich versteht er unter Befangenheit nicht dasselbe wie das Gegenteil der Unparteilichkeit, sondern begreift Befangenheit als diejenige Voraussetzung, die die Unparteilichkeit dermaßen stark gefährdet, dass die Ablehnung sich hierauf – und nicht etwa auf die mangelnde Unparteilichkeit – beziehen muss. Es ist daher die Befangenheit zu besorgen, nicht die Parteilichkeit. Das ändert nichts daran, dass die Vorschriften der §§ 22 ff. StPO Ausfluss des Anspruchs auf den objektiv unparteilichen Richter sind, denn das ist der vom Gesetz angestrebte Zustand. Unter Befangenheit ist daher nach ganz h.M. eine innere Haltung des Richters zu verstehen, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit gegenüber den Verfahrensbeteiligten störend beeinflussen kann.⁴⁰ Wenn man in diesem Zusammenhang

Überschrift zutreffend die Besorgnis der Befangenheit in Bezug nimmt, inhaltlich die unterschiedlichen Probleme dann aber doch nur mit dem Begriff der Befangenheit in Verbindung setzt).

³⁸ Deutlich und wie hier *Ignor*, ZIS 2012, 228.

³⁹ Hierzu und zum Folgenden *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 11 ff.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64 = NJW 1967, 1123; RG, Urt. v. 30.11.1926 – I 662/26 = RGSt 61, 67; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323; BGH, Urt. v. 13.7.1966 – 2 StR 157/66 = NJW 1966, 2321; BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710. Aus der Lit. z.B. *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 4; *Weßlau/Deiters*

immer wieder liest, dass eine erfolgreiche Ablehnung den Nachweis dieser Befangenheit deshalb nicht verlange, weil diese sich als innerer Zustand häufig nicht beweisen lasse,⁴¹ so überzeugt dies nicht. Innere Zustände des Menschen nachzuweisen, verlangt die Rechtsordnung an vielen Stellen – man denke nur an den Vorsatznachweis oder den Nachweis bestimmter Absichten (z.B. bei §§ 242, 263, 267 StGB, § 6 VStGB) im materiellen Strafrecht – und der Praxis gelingt dies auch regelmäßig, indem sie auf objektive Manifestationen dieser inneren Zustände abstellt. Die Behauptung verkennt aber auch, dass das Rekurren auf die Befangenheit als innerer Zustand die Konsequenz von Sinn und Zweck des Ablehnungsrechts darstellt. Wenn nämlich das Institut der Ablehnung nicht nur Fehlurteile verhindern, sondern auch das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten, aber auch der Bürger in die Rechtsprechung gewährleisten will,⁴² und deshalb bereits der Anschein jeder Parteilichkeit verhindert werden soll (siehe oben I. a.E.), dann ist es nur folgerichtig, dem Ablehnungsberechtigten die Last des Nachweises, dass die Befangenheit tatsächlich vorliegt, nicht aufzuerlegen.⁴³

b) Der Begriff der „Besorgnis“

Alle weiteren Fragen stellen sich genau genommen dann aber nicht mehr bei dem Begriff der Befangenheit, sondern betreffen letztlich deren „Besorgnis“. Hier herrscht bis heute größte Uneinigkeit, aber auch Uneindeutigkeit.

aa) Die Auffassung der h.M.

Nach h.M., die freilich nicht immer deutlich zwischen Fragen der Befangenheit und solchen der Besorgnis trennt, gelten die folgenden Grundsätze: Das Vorliegen des Ablehnungsgrundes sei grundsätzlich vom Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen; es spiele daher keine Rolle, ob diese innere Einstellung des Richters tatsächlich vorhanden und er wirklich parteilich oder befangen sei.⁴⁴ Ebenso wenig komme es darauf an, dass die Parteilichkeit sich im Ergebnis des Verfahrens niederschlagen könnte⁴⁵ oder dass der Richter sich selbst für befangen halte oder Verständnis für Zweifel an seiner Unbefangenheit aufbringe⁴⁶. Da dieser Zustand in der Regel nicht bewiesen werden könne, sei vielmehr entschei-

dend, dass die Besorgnis der Befangenheit gegeben ist. Die Ablehnung sei daher schon dann begründet, wenn ein Anhaltspunkt vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen⁴⁷ (was freilich nur den Gesetzestext wiederholt). Nach der Rechtsprechung besteht die Besorgnis der Befangenheit dann, „wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln.“⁴⁸ Nach diesem „individuell-objektiven“ Maßstab⁴⁹ werden die Umstände grundsätzlich aus der Sicht des Ablehnungsberechtigten beurteilt.⁵⁰ Allerdings reiche es nicht aus, dass der Ablehnungsberechtigte subjektiv Misstrauen empfinde; die vorhandenen Umstände müssten vielmehr bei einer verständigen Würdigung geeignet sein, das Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Es komme damit auf den Standpunkt eines vernünftigen Ablehnenden an.⁵¹ Er müsse daher Ablehnungsgründe vorbringen, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten.⁵² Zwar werden die maßgeblichen Umstände damit zunächst vom Standpunkt des Ablehnungsberechtigten betrachtet, jedoch komme es nicht darauf an, dass dieser selbst gegenüber dem abgelehnten Richter tatsächlich Misstrauen empfinde.⁵³ Die Umstände, auf die der Ablehnende sich berufe, müssten sich auf feststehende Tatsachen beziehen; bloße Eindrücke oder Vermutungen seien nicht ausreichend.⁵⁴ Auch könne der Ablehnende aus seinem eigenen Verhalten keine Ablehnungsgründe herleiten, da er es sonst in der Hand hätte, sich nach Belieben jedem Richter zu entziehen.⁵⁵ Dass der Ablehnende gegen den Richter Dienstaufsichtsbeschwerde erhoben oder ein Disziplinarverfahren beantragt habe, rechtfertige die Ablehnung bspw. ebenso wenig wie die Erstattung einer Strafanzeige gegen den Richter.⁵⁶ Letztlich handele es sich

(Fn. 6), § 24 Rn. 8; Kudlich/Noltensmeier-von Osten, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 24 Rn. 6; Ignor, ZIS 2012, 231.

⁴¹ Vgl. z.B. Siolek (Fn. 10), § 24 Rn. 5; Bockemühl (Fn. 6), § 24 Rn. 5; Ignor, ZIS 2012, 231.

⁴² Rotsch (Fn. 1), Vor §§ 22 ff. Rn. 3.

⁴³ Vgl. Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 8.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 3.3.1966 – 2 BvE 2/64 = NJW 1966, 923 (924); BGH, Beschl. v. 27.4.1972 – 4 StR 149/72 = NJW 1972, 1288 (1289).

⁴⁵ Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 8; a.A. Arzt (Fn. 11), S. 102.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.1.1972 – 2 BvA 1/69 = BVerfGE 32, 288 (290); BGH, Urt. v. 20.11.1951 – 1 StR 300/51 = NJW 271 (272); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 23.1.1991 – 3 StR 365/90 = NStZ 1991, 346.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.2.1995 – 2 BvR 1852/94 = NJW 1995, 1227; BGH, Beschl. v. 27.4.1972 – 4 StR 149/72 = NJW 1972, 1288.

⁴⁹ Arzt (Fn. 11), S. 21 ff.

⁵⁰ Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 10.

⁵¹ RG, Urt. v. 8.12.1930 – II 827/30 = RGSt 65, 40; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323 (324); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Kudlich/Noltensmeier-von Osten (Fn. 40), § 24 Rn. 6.

⁵² BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

⁵³ Vgl. Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 9.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 23.11.1995 – 1 StR 296/95 = NJW 1996, 1355 (1358); Bockemühl (Fn. 6), § 24 Rn. 6; Siolek (Fn. 10), § 24 Rn. 6; Weßlau/Deiters (Fn. 6), § 24 Rn. 11.

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 2 BvR 1639/94 = NJW 1996, 2022; BGH, Urt. v. 7.10.1952 – 1 StR 94/52 = NJW 1952, 1425; Arzt (Fn. 11), S. 53 ff.; Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 7.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 7.10.1952 – 1 StR 94/52 = NJW 1952, 1425; BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 2 BvR 1639/94 = NJW 1996, 2022.

bei der Frage, ob Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters gerechtfertigt sei, um eine wertende Beurteilung des Einzelfalls.⁵⁷

bb) Versuch einer Konkretisierung

Die h.M. vermag in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass bei ihr die Trennung zwischen der Befangenheit und ihrer Besorgnis verschwimmt, berücksichtigt sie die Legaldefinition des Gesetzes nicht hinreichend (1). Deshalb verkürzt der von ihr zugrunde gelegte „individuell-objektive Maßstab“ schon ganz generell die Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit (2). Aber auch der Maßstab des „vernünftigen Beschuldigten“ ist der Kritik ausgesetzt (3).

(1) Eine erfolgreiche Ablehnung setzt gem. § 24 Abs. 2 StPO voraus, dass „ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“. Die „Besorgnis“ der Befangenheit hat daher nach dem Gesetzeswortlaut zunächst einmal recht eindeutige Voraussetzungen. Die erste dieser Voraussetzungen ist der „Grund“ (für eine berechtigte Ablehnung). Dieser muss zweitens (lediglich) eine bestimmte Eignung aufweisen, er muss nämlich „geeignet“ sein – nächste und dritte Voraussetzung –, zu „Misstrauen“ an der Unparteilichkeit zu führen und schließlich – viertens – muss dieses Misstrauen „zu rechtfertigen“ sein. Legt man dem Versuch einer näheren Begriffsbestimmung diese vier Merkmale der Legaldefinition des § 24 Abs. 2 StPO zugrunde, so lassen die von der h.M. hiervon häufig losgelösten Scharmützel sich zunächst einmal sinnvoll systematisieren. Darüber hinaus lässt aber auch nur ein solches Vorgehen die stimmige Begründung einer nachvollziehbaren Konkretisierung dessen zu, was die „Besorgnis“ der Befangenheit ausmacht.

(2) Zunächst muss also ein „Grund“ vorliegen, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Dabei geht es jedenfalls nicht um einen „Befangenheitsgrund“, denn (tatsächlich) befangen muss der Richter gerade nicht sein.⁵⁸ Aber auch der Begriff des Besorgnisgrundes⁵⁹ bleibt ungenau, weil er im Unklaren lässt, was Bezugsgegenstand der Besorgnis ist. Richtigerweise sollte daher vom Befangenheitsbesorgnisgrund gesprochen werden, zugegebenermaßen ein rechtes Wortungeheuer, das man aber vielleicht aufgrund seiner präzisierenden Qualitäten noch hinzunehmen bereit ist. Wichtiger noch ist die Feststellung, dass es sich hierbei um einen rein objektiven Umstand, eine äußere gegenwärtige Tatsache, handelt.⁶⁰ Eines normativen Beurteilungsmaßstabs, über den man sich bei allen weiteren Voraussetzungen streiten kann (dazu sogleich), bedarf es hier nicht. Dagegen liegt der Einwand auf der Hand, es gebe

Fallgruppen, bei denen sich bereits insoweit die Frage nach einer Maßstabsperson stellt. Hierfür ließe sich etwa der Fall einer vom Richter getroffenen Entscheidung vorbringen, die seine Ablehnung dann rechtfertige, wenn sie den Anschein der Willkür erwecke.⁶¹ Tatsächlich handelt es sich hierbei aber nicht mehr um eine Frage nach dem Vorliegen eines Befangenheitsbesorgnisgrundes, sondern bereits um eine solche der weiteren Voraussetzungen der Eignung der Entscheidung, berechtigtes Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (genauer sogleich (3)). Denn der Grund für eine erfolgreiche Ablehnung ist in diesen Fällen das Ausmaß der Willkür, das sich durch die Entscheidung manifestiert, nicht die Tatsache der Entscheidung an sich. Die Voraussetzung des Befangenheitsbesorgnisgrundes sollte und kann daher von den umstrittenen Fragen nach dem zutreffenden Maßstab und der richtigen Maßstabsperson freigehalten werden.

(3) Anders sieht dies schon bei dem Merkmal der „Eignung“ aus. Wenn der Befangenheitsbesorgnisgrund (lediglich) geeignet zur Herbeiführung des in § 24 Abs. 2 StPO vorausgesetzten Misstrauens sein muss, setzt dies im Hinblick auf die Eignung zwingend eine Bewertung und damit die Beantwortung der Frage voraus, wessen Bewertung insoweit entscheidend ist. Hier kann es nicht auf den konkreten, individuellen Ablehnungsberechtigten ankommen; maßgebend muss vielmehr das objektive Urteil eines außenstehenden Dritten sein.

Es ist das Merkmal „Misstrauen“, das eine Berücksichtigung des individuellen Ablehnungsberechtigten erlaubt und verlangt. Der häufig schon hier geführte Streit um den „vernünftigen Angeklagten“⁶² leidet darunter, dass auf die Legaldefinition der Besorgnis der Befangenheit keine Rücksicht genommen und dementsprechend nicht erkannt wird, dass es sich bei dem „berechtigten Misstrauen“ um zwei (!) Voraussetzungen handelt, die nicht nur zu trennen sind (zur Rechtfertigung des Misstrauens daher erst unten (d), sondern in denen eine Differenzierung zwischen „subjektiven“ und objektiven Maßstäben nachgerade angelegt ist. Stattdessen dreht die Diskussion sich bislang allein um das Begriffspaar der Besorgnis der Befangenheit, ohne ihre in § 24 Abs. 2 StPO gesetzlich normierten Voraussetzungen auch nur in den Blick zu nehmen.⁶³ Im Rahmen dieser losgelösten Kontroverse hat

⁶¹ Dazu *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 33, 42.

⁶² *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 7; *Mosbacher*, NSTz 2022, 641 (642: „vernünftige[r] Ablehnungsberechtigte[r]“); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = BGHSt 21, 334 (341); OLG Koblenz, Beschl. v. 7.10.1985 – 2 Ws 618/85 = StV 1986, 7. Vgl. bereits BGH, Urt. v. 9.7.1953 – 5 StR 282/53 = BGHSt 4, 264 (269); BGH, Urt. v. 11.1.1963 – 3 StR 52/62 = BGHSt 18, 214 (215: „[...] bei den Angeklagten vernünftigerweise [...]“). Nach *Strate* (Fn. 26), S. 264, ein „monströse[r] Begriff“, eine „Schimäre“, hinter der sich die Rechtsprechung verschanze (S. 265).

⁶³ Bezeichnend in diesem Sinn bereits *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 24 Bem. 2: „Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn der Ablehnende von seinem Stand-

⁵⁷ *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 12; *Schmitt* (Fn. 7), § 24 Rn. 8; *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 9.

⁵⁸ *Ignor*, ZIS 2012, 228.

⁵⁹ So z.B. RG, Urt. v. 16.4.1912 – 326/12 = JW 1912, 943; *Arzt* (Fn. 11), S. 26; *Ignor*, ZIS 2012, 228.

⁶⁰ Siehe BGH, Urt. v. 12.2.1998 – 1 StR 588/97 = NJW 1998, 2458 (2459); *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 6; *Scheuten* (Fn. 34), § 24 Rn. 3. Vgl. auch *Weßlau/Deiters* (Fn. 6), § 24 Rn. 11.

sich die Meinung durchgesetzt, dass es auf den Standpunkt eines vernünftigen Ablehnenden ankomme.⁶⁴ Er müsse daher Ablehnungsgründe vorbringen, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten.⁶⁵ Dass der konkrete Ablehnungsberechtigte lediglich subjektiv Misstrauen empfinde, reiche damit gerade nicht aus.⁶⁶ Überzeugend ist das so nicht. Das beginnt schon im Ausgangspunkt damit, dass der vermeintlich individuell-objektive Maßstab der h.M. das subjektive Element in Wahrheit aus der Beurteilung eskamotiert.⁶⁷ Denn wenn entscheidend der „vernünftige Angeklagte“ ist, dann kommt es tatsächlich (allein) auf einen objektiven Betrachter an, der darüber entscheidet, ob der Ablehnungsgrund (objektiv) vernünftig ist.⁶⁸ Damit verkümmert die subjektive Komponente des vermeintlich individuell-objektiven Maßstabs aber bis zur Bedeutungslosigkeit. Sie geht über die selbstverständliche Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles – zu denen auch die Situation des Ablehnungsberechtigten gehört – nicht hinaus.⁶⁹ Daneben ist es eine Binsenweisheit, dass es sich bei der Figur des vernünftigen Angeklagten bzw. Dritten⁷⁰ um eine Fiktion handelt – es gibt ihn in Wahrheit nicht.⁷¹ Das Recht auf den gesetzlichen Richter, der Grundsatz des fairen Verfahrens und der Anspruch auf rechtliches Gehör sind zwar verfassungsrechtlich verankerte objektive und allgemeingültige Verfahrensgarantien, sie verwirklichen sich aber stets im konkreten Verfahren gegenüber den konkreten Verfahrensbeteiligten. Wenn gegen einen rein subjektiven Maßstab vorgebracht wird, es widerspreche diesen Prinzipien, eine beliebige Ablehnung allein aus innerlichen Befindlichkeiten zuzulassen,⁷² so ist das zwar richtig. Die notwendige Objektivierung kann aber über entsprechende Maßstäbe im Rahmen der Geeignetheit (des Besorgnisbefangenheitsgrundes) und der Berechtigtheit (des Misstrauens) hinreichend gewährleistet werden. Im Rahmen des Merkmals des Misstrauens hingegen spricht dies nicht gegen die Zugrundelegung eines rein subjektiven Maßstabs. Es leuchtet auch nicht ein, weshalb es ohne Weiteres ausgeschlossen sein soll, dass der Richter etwa einem kranken Angeklagten ge-

genüber besondere Nachsicht zu üben hat und es richtig sein soll, dem Angeklagten, der subjektiv jeden Anlass hat, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu hegen, das Ablehnungsrecht von vornherein zu beschneiden. Dass dieser Maßstab nicht einschränkungslos gelten kann, ist unbestritten.⁷³ Die erforderlichen Grenzen lassen sich aber zwanglos über das Merkmal der Berechtigtheit des Misstrauens einziehen (sogleich d). Aber nur, indem man anerkennt, dass es für das Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters auf den konkreten Verfahrensbeteiligten und dessen Verhältnis zu dem betreffenden Richter ankommt, verschafft man der individuell-subjektiven Komponente eines insgesamt individuell-objektiven Maßstabs wieder Geltung. Dabei ist dann freilich nicht vorausgesetzt, dass der Ablehnungsberechtigte dem Richter tatsächlich misstraut; ausreichend ist vielmehr, dass er glaubhaft macht, Anlass zu haben, von seinem Standpunkt aus Misstrauen zu hegen.⁷⁴

(d) Nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 StPO ist vorausgesetzt, dass der Ablehnungsgrund geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu „rechtfertigen“. Es kommt also darauf an, dass das Misstrauen berechtigt ist. Das ist wiederum keine Frage, bei deren Beurteilung es auf die Meinung bzw. Einschätzung des Ablehnungsberechtigten ankommen kann.⁷⁵ Indem auch hier (wie bei der Geeignetheit) auf einen objektiven ex-ante-Maßstab abgestellt wird, kann die eingeforderte „vernünftige Würdigung“ aller Umstände⁷⁶ Wirkung entfalten und in den individuell-objektiven Beurteilungsmaßstab einfließen.

Über die Maßstabsperson ist damit freilich noch nichts gesagt. Dabei kann es ebenso wenig überzeugen, darauf abzustellen, es müssten solche Ablehnungsgründe vorgebracht werden, die jedem unbeteiligten Dritten einleuchten⁷⁷, wie es angezeigt erscheint, auf einen durchschnittlich vernünftigen und verständigen Laien⁷⁸ abzustellen. Entscheidend kann in-

punkt aus bei verständiger Würdigung der Sachlage Anlaß hat, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln.“

⁶⁴ RG, Urt. v. 8.12.1930 – II 827/30 = RGSt 65, 40; BGH, Urt. v. 9.2.1951 – 3 StR 48/50 = NJW 1951, 323 (324); BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711); Schmitt (Fn. 7), § 24 Rn. 6; Kudlich/Noltensmeier-von Osten (Fn. 40), § 24 Rn. 6.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

⁶⁶ BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711). Anders aber insbes. *Arzt* (Fn. 11), S. 21 ff.; *Krekeler*, NJW 1981, 1633 (1635).

⁶⁷ Noch rigoroser *Arzt* (Fn. 11), S. 22: „Eliminierung des subjektiven Elementes“.

⁶⁸ *Arzt* (Fn. 11), S. 22.

⁶⁹ *Arzt* (Fn. 11), S. 23.

⁷⁰ Ablehnungsberechtigter ist ja z.B. auch der Staatsanwalt, siehe *Rotsch* (Fn. 1), § 24 Rn. 48.

⁷¹ *Conen/Tsambikakis* (Fn. 6), § 24 Rn. 18.

⁷² *Conen/Tsambikakis* (Fn. 6), § 24 Rn. 20.

⁷³ Auch *Arzt* als vehementer Verfechter eines subjektiven Maßstabs lässt die Berücksichtigung des unvernünftigen Angeklagten nicht grenzenlos zu, a.a.O. (Fn. 11), S. 29.

⁷⁴ So bereits *Arzt* (Fn. 11), S. 38. Ähnlich *Krekeler*, NJW 1981, 1636.

⁷⁵ Im Ansatz erkannt z.B. bei *Siolek* (Fn. 10), § 24 Rn. 7: „was sich schon aus dem Wort ‚rechtfertigen‘ ergibt.“

⁷⁶ So z.B. BVerfG, Beschl. v. 2.3.1966 – 2 BvE 2/65 = BVerfGE 20, 1 (5); BVerfG, Beschl. v. 3.3.1966 – 2 BvE 2/64 = BVerfGE 20, 9 (14); BVerfG, Beschl. v. 25.1.1972 – 2 BvA 1/69 = BVerfGE 32, 288 (290); BVerfG, Beschl. v. 7.12.1976 – 1 BvR 460/72 = BVerfGE 43, 126 (127); BVerfG, Beschl. v. 4.6.1986 – 1 BvR 1046/85 = BVerfGE 72, 296; BVerfG, Beschl. v. 12.7.1986 – 1 BvR 713/83, 1 BvR 921/84, 1 BvR 1190/84, 1 BvR 333/85, 1 BvR 248/85, 1 BvR 306/85, 1 BvR 497/85 = BVerfGE 73, 330; BVerfG, Beschl. v. 5.4.1990 – 2 BvR 413/88 = BVerfGE 82, 30 (38); BVerfG, Beschl. v. 1.10.1986 – 2 BvR 508/86 = NJW 1987, 429; BVerfG, Beschl. v. 2.12.1992 – 1 BvR 1213/85 = NJW 1993, 2231; *Zuck*, DRiZ 1988, 172 (174).

⁷⁷ BGH, Urt. v. 10.11.1967 – 4 StR 512/66 = NJW 1968, 710 (711).

⁷⁸ Vgl. RG, Urt. v. 4.1.1927 – 828/26 = GA 71 (1927), 132.

soweit nur der vernünftige und verständige Verfahrensbeteiligte sein; dabei ist z.B. bei einer Ablehnung durch einen Angeklagten der typisierte Angeklagte, bei einer Ablehnung durch den Staatsanwalt der typisierte Staatsanwalt maßgebend. Auf ein „objektiviertes Über-Ich“⁷⁹ kommt es dabei nicht an.

(e) Die beiden Merkmale der Geeignetheit des Befangenheitsbesorgnisgrundes und der Berechtigtheit des Misstrauens als nach objektivem ex-ante-Urteil zu bewertende Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit hegen gleichsam das nach einem rein subjektiv-individuellen Maßstab – demjenigen des konkreten Ablehnungsberechtigten – zu bestimmende des Misstrauens in objektiver Weise ein. Damit ist in der Tat ein individuell-objektiver Maßstab entscheidend, der aber nicht mehr oder weniger freihändig behauptet, sondern nur in konkreter Ausrichtung an den gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen der Besorgnis der Befangenheit ausgerichtet werden kann. Nur die Berücksichtigung des konkreten Ablehnungsberechtigten in seiner Situation, unter Berücksichtigung seiner (verfahrensrelevanten) persönlichen Umstände auf der einen und die Einhegung dieser individuell-subjektiven Komponente durch die Objektivierung von Geeignetheit und Berechtigtheit auf der anderen Seite gewährleisten das Recht auf den gesetzlichen Richter, den Anspruch auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör gleichermaßen.

IV. Schluss

Nach alledem ist auch deutlich geworden, in welchem Verhältnis die häufig nicht deutlich getrennten Begriffe der Befangenheit und der (Un-)Parteilichkeit zueinander stehen. Das Misstrauen des Ablehnungsberechtigten, das dieser nach objektiver Würdigung berechtigterweise zu hegen befugt ist, muss sich nämlich gegen die Unparteilichkeit des Richters (nicht dessen [Un-]Befangenheit) wenden. Erst hieraus ergibt sich die Besorgnis der Befangenheit. Während die (Un-)Parteilichkeit des Richters als Attribut menschlichen Denkens und Handelns ein innerer Zustand *und* ein damit korrespondierendes äußeres Verhalten ist, stellt die – besorgte – Befangenheit die maßgebliche rein innere Ursache für die (Gefahr der) Parteilichkeit dar. Die in § 24 Abs. 2 StPO vorausgesetzten Befangenheitsbesorgnisgründe sind deshalb genau genommen „Befangenheitsbesorgniseignungsgründe“.

⁷⁹ Vgl. *Lamprecht*, NJW 1993, 2222.

Die strafprozessuale Nebenbeteiligung juristischer Personen und Personenvereinigungen nach § 444 StPO auf dem Prüfstand

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Theresa Schweiger, München*

Der Beitrag stellt Überlegungen zur Reformierung der strafprozessualen Nebenbeteiligung von juristischen Personen und Personenvereinigungen in Verfahren zur Festsetzung von Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG an. Hierfür werden im Anschluss an eine Darstellung der aktuellen Rechtslage die Defizite des Status quo herausgearbeitet und basierend auf früheren Entwürfen zur Neuregelung der Verbandssanktionierung potenzielle Lösungsmöglichkeiten diskutiert.

I. Einleitung

Die Beteiligung von juristischen Personen (JP) und Personenvereinigungen (PV) an einem Strafverfahren wird typischerweise in zwei Konstellationen relevant: Zum einen in Fällen, in denen die Entscheidung über die strafrechtliche Einziehung von Vermögen nicht den Beschuldigten, sondern eine dahinterstehende JP oder PV betrifft, und zum anderen in Fällen, in denen die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in Rede steht. Während für die zuerst genannten Fälle der Einziehungsbeteiligung das Verfahren in den §§ 424 ff. StPO verhältnismäßig detailliert geregelt ist, verweist § 444 StPO für das Verfahren der Nebenbeteiligung¹ größtenteils auf die Vorgaben der Einziehungsbeteiligung und trifft nur einige wenige eigenständige Anordnungen. Die Vorschrift des § 444 StPO geht zurück auf das Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG²) von 1968 und hat seitdem keine wesentlichen Änderungen erfahren.³ Die letzten, zumeist rein redaktionellen Anpassungen erfolgten im Jahr 2017 durch das Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung⁴. In Anbetracht der in den vergangenen Jahren deutlich gestiegenen Bedeutung von Verfahren, die über § 30 OWiG eine strafrechtliche Sanktionierung auch von JP oder PV bezwecken,⁵ sowie der bei einer Beteiligung von Unternehmen generell höheren Verfahrenskomplexität stellt sich die Frage, ob die Vorschrift des § 444 StPO noch eine zeit- und sachgemäße Antwort auf die Fragen der strafprozessualen Nebenbeteiligung von JP und PV bereithält.

Der Beitrag stellt die aktuelle Rechtslage zur Beteiligung von JP und PV an Verfahren, deren Gegenstand (auch) die

Festsetzung einer Verbandsgeldbuße ist, auf den Prüfstand. Im Rahmen einer Bestandsaufnahme (II.) werden zunächst die Defizite der derzeitigen Regelung herausgearbeitet, um anschließend potenzielle Lösungsmöglichkeiten unter Anlehnung an frühere Entwürfe zur Neuregelung der Verbandssanktionierung (III.) zu identifizieren. Im Ergebnis plädiert der Beitrag für eine umfassende Reformierung (IV.) der strafprozessualen Nebenbeteiligung von JP und PV in Verfahren zur Festsetzung von Verbandsgeldbußen.

II. Bestandsaufnahme

Ob und inwieweit die strafprozessuale Nebenbeteiligung von JP und PV überhaupt einer Reformierung bedarf, hängt entscheidend von den Defiziten und Mängeln der aktuellen Rechtslage ab. Im Folgenden wird deshalb in einem ersten Schritt der Regelungsgehalt der zentralen Vorschrift des § 444 StPO skizziert (1.), bevor in einem zweiten Schritt mit der beschuldigtenähnlichen Stellung der JP bzw. PV der Maßstab für eine Überprüfung der Vorschrift festgelegt wird (2.). Eine exemplarische Untersuchung ausgewählter Regelungsaspekte wird in einem letzten Schritt Friktionen und Inkonsistenzen der aktuellen Regelung offenlegen (3.).

1. Ausgangspunkt: Regelungsgehalt von § 444 StPO

Das deutsche Strafrecht, das (immer noch) kein „echtes“ Unternehmensstrafrecht kennt,⁶ koppelt die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße⁷ prozessrechtlich über § 444 StPO an das Individualstrafverfahren des Repräsentanten der JP oder PV wegen einer Anknüpfungstat nach § 30 Abs. 1 Nr. 1–5 OWiG. Dabei stellt die einheitliche Entscheidung über die Geldbuße sowie den Schuldspruch gegen den Angeklagten (sog. „subjektives“ Verfahren) nach § 444 Abs. 1 S. 1 StPO den Regelfall dar. Nur ausnahmsweise soll nach der gesetzgeberischen Vorstellung unter den engen Voraussetzungen des § 444 Abs. 3 StPO i.V.m. § 30 Abs. 4 OWiG ein selbständiges „objektives“ Verfahren gegen die JP oder PV stattfinden, beispielsweise wenn ein Straf- oder Bußgeldverfahren gegen den Repräsentanten nicht eingeleitet oder eingestellt wird.⁸ § 444 StPO ist das prozessuale Gegenstück zu § 30 OWiG und regelt die Beteiligung von JP und PV an einem Individualstrafverfahren, wenn und soweit über die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße zu entscheiden ist. Die Vorschrift transportiert die im materiellen Recht durch § 30 OWiG vermittelte Verbandstäterschaft⁹ in das Strafprozessrecht und verleiht der JP oder PV ihre Rechtsposition im Strafverfahren. Diese wird von § 444 Abs. 2 S. 2 StPO über die Bezugnahme auf

* Die Verf. ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Herrn Prof. Dr. Saliger an der LMU München.

¹ Zum Begriff OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.8.2020 – V-6 Kart 10/19 (OWi) = NZKart 2020, 685 (687).

² BGBl. I 1968, S. 503.

³ Schweiger, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Nomos Kommentar, StPO, Bd. 2, 2025, § 444 Rn. 1.

⁴ BGBl. I 2017, S. 872.

⁵ Schweiger (Fn. 3), § 444 Rn. 2; siehe auch Levy, Der Verband als Beschuldigter? Eine Untersuchung der Prozesssubjektstellung des Verbandes im Verbandsbußgeld- und Verbandsanktionsverfahren, 2024, S. 25.

⁶ Allgemein zur Diskussion um die Einführung eines deutschen Unternehmensstrafrechts Korte, NZWiSt 2018, 393.

⁷ Ausführlich zu Funktion, Konzeption und Legitimation der Verbandsgeldbuße Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 1 ff.

⁸ Hierzu Schweiger (Fn. 3), § 444 Rn. 28.

⁹ Rogall (Fn. 7), § 30 Rn. 2, 8 ff. m.w.N.

einen Großteil der verfahrensrechtlichen Regelungen der Einziehungsbeteiligung bestimmt. Zentral für die Rechtsstellung der nebenbeteiligten JP oder PV ist der in § 444 Abs. 2 S. 2 StPO enthaltene Verweis auf die Vorschrift des § 427 Abs. 1 S. 1 StPO. Hiernach erhält die nebenbeteiligte JP oder PV ab Eröffnung des Hauptverfahrens die Rechte, die einem Angeklagten zustehen. Hierzu zählen bspw. das Anwesenheits-, das Beweisantrags- oder das (einfachgesetzliche) Schweigerecht.

Zeitlich ist die gerichtliche Anordnung der Verfahrensbeteiligung dem Wortlaut der Vorschrift nach zwar erst ab Anklageerhebung bzw. Erlass des Strafbefehls möglich. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft gem. Nr. 180a Abs. 1 S. 1 RiStBV bereits im Vorverfahren zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG vorliegen und ob ein entsprechender Antrag auf Beteiligung der JP bzw. PV zu stellen ist.¹⁰ Denn in dem Moment, in dem die Staatsanwaltschaft die Nebenbeteiligung aufgrund objektiver Anhaltspunkte in Betracht zieht, steht der JP oder PV bereits ein sog. Anhörungsrecht gem. §§ 444 Abs. 2 S. 2, 426 Abs. 1 S. 1 StPO zu.¹¹ Da für die Anhörung die Regeln über die Beschuldigtenvernehmung entsprechende Anwendung finden (§§ 444 Abs. 2 S. 2, 426 Abs. 2 StPO, Nr. 180a Abs. 1 S. 2 RiStBV), verfügt die JP oder PV auch schon im Vorverfahren über ein einfachgesetzliches Schweigerecht (§§ 426 Abs. 2, 163a Abs. 3 S. 2, 136 Abs. 1 S. 2 StPO). Ferner kann die JP oder PV zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens einen Verteidiger selbst wählen, §§ 444 Abs. 2 S. 2, 428 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 137, 138 StPO.

2. Beurteilungsmaßstab: Beschuldigtenähnlicher Status von JP und PV

Trotz der grundsätzlichen Kopplung der Verbandsgeldbuße an das Individualstrafverfahren bildet die Verbandsgeldbuße keine Nebenfolge einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit (mehr),¹² sondern stellt eine eigenständige Sanktionierung der JP bzw. PV dar.¹³ Dies bedeutet für die nebenbeteiligte JP oder PV einen wesentlichen Unterschied im Verhältnis zur Rechtsstellung des Einziehungsbeteiligten: Denn während der Einziehungsbeteiligte als Nichtbeschuldigter zwar die Befugnisse eines Angeklagten erhält, ohne aber in dessen rechtliche

Stellung einzutreten (vgl. § 427 Abs. 1 S. 1 StPO),¹⁴ rückt die JP oder PV bei der Nebenbeteiligung in eine der Beschuldigtenstellung ähnliche Rolle, da ihr mit der Verbandsgeldbuße unmittelbar eine Sanktionsbelegung droht.¹⁵ Als präventiv-repressive Maßnahme, die in einem Strafverfahren, z.T. sogar unter Anknüpfung an eine Straftat (des Repräsentanten) verhängt wird, und die mit ihrem zugleich ahndenden wie abschöpfenden Charakter massive Einbußen für die betroffene JP oder PV zeitigen kann, lässt sich die Verbandsgeldbuße auch unter die vom EGMR aufgestellten Kriterien¹⁶ für eine strafrechtliche Sanktionierung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK subsumieren.¹⁷ Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Jones-Day-Entscheidung zur Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Ermittlungen die beschuldigtenähnliche Stellung eines von Geldbuße bedrohten Unternehmens explizit anerkannt.¹⁸

In zeitlicher Hinsicht erlangt die von Geldbuße bedrohte JP oder PV die beschuldigtenähnliche Stellung bereits in dem Moment, in dem sich die Einleitung eines Verfahrens und damit eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten abzeichnet. Diese objektive Sichtweise zur zeitlichen Bestimmung der beschuldigtenähnlichen Stellung hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls in seiner Jones-Day-Entscheidung mit Wirkung für die Verfahrensbeteiligung von JP und PV im Strafverfahren festgelegt.¹⁹ Es hat damit sowohl späteren²⁰ als auch früheren²¹ Begründungszeitpunkten eine

¹⁴ *Merz/Schweiger*, in: Rotsch/Saliger/Tsambikakis (Fn. 3), § 427 Rn. 1.

¹⁵ *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2022, § 444 Rn. 4; *Langlitz/Scheinfeld* (Fn. 13), § 444 Rn. 5, 9; *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 6.

¹⁶ Sog. Engel-Kriterien, siehe hierzu EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71 (Engel u.a. v. Niederlande), Rn. 80 ff. = EuGRZ 1976, 221 (231); *Gaede*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, EMRK Art. 6 Rn. 40 ff.; *Lohse/Jakobs*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl. 2023, EMRK Art. 6 Rn. 9 ff.

¹⁷ *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 6, 33 m.w.N.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 u.a. (Jones-Day) = NStZ 2019, 159 (163) mit Bespr. *Knauer*; *Dinter*, NStZ 2023, 7 (9). Vgl. hierzu bereits *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, 2016, S. 239 ff.; *Schneider*, NStZ 2016, 308 (311); *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252 (253).

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 u.a. (Jones-Day) = NStZ 2019, 159 (163 Rn. 93 ff.) m.w.N.

²⁰ Beschuldigtenähnliche Stellung erst mit förmlicher Verfahrensbeteiligung, LG Bonn, Beschl. v. 21.6.2012 – 27 Qs 2/12 = NZWiSt 2013, 21 (24 f.) mit abl. Anm. *Jahn/Kirsch*.

²¹ Beschuldigtenähnliche Stellung bereits mit Mandatierung eines Rechtsanwaltes aus Angst vor der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, LG Gießen, Beschl. v. 25.6.2012 – 7 Qs 100/12 = BeckRS 2012, 15498; *Jahn/Kirsch*, NZWiSt

¹⁰ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 9.

¹¹ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 22, 12. Die Verweisungen in § 426 Abs. 1 S. 2, S. 3 sind ohne praktische Bedeutung für die Nebenbeteiligung und laufen ins Leere, vgl. *Gaede*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 444 Rn. 37.

¹² Änderung durch das 2. WiKG, vgl. BT-Drs. 10/318, S. 41; *Rogall* (Fn. 7), § 30 Rn. 25 ff.

¹³ Erstmals im 31. Strafrechtsänderungsgesetz so benannt, BT-Drs. 12/192, S. 33; vgl. auch BGH, Urt. v. 5.12.2000 – 1 StR 411/00 = NJW 2001, 1436 (1437 f.); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.11.1986 – 1 Ss 169/86 = NStZ 1987, 79 (80); *Rogall* (Fn. 7), § 30 Rn. 14; *Langlitz/Scheinfeld*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 444 Rn. 4.

Absage erteilt. Danach befindet sich die JP oder PV jedenfalls mit der Einleitung eines Straf- bzw. Bußgeldverfahrens gegen einen ihrer Repräsentanten i.S.v. § 30 Abs. 1 OWiG in einer beschuldigtenähnlichen Stellung und erlangt die damit verbundenen Rechte. Denn objektive Anhaltspunkte für eine künftige Nebenbeteiligung sind spätestens zu diesem Zeitpunkt vernünftigerweise nicht mehr von der Hand zu weisen.²²

3. Überprüfung: Friktionen zwischen § 444 StPO und dem beschuldigtenähnlichen Status der JP und PV

Begleitet von der immer wieder aufflammenden Diskussion um eine Neuregelung der strafrechtlichen Verbandshaftung in Deutschland²³ sieht sich die aktuelle verfahrensrechtliche Behandlung der Nebenbeteiligung mit Blick auf den beschuldigtenähnlichen Status der JP bzw. PV berechtigter Kritik ausgesetzt. Zwar erlangt die JP bzw. PV über die Verweisungstechnik des Gesetzes (§§ 444 Abs. 2 S. 2, 427 Abs. 1 S. 1 StPO) diverse Mitwirkungsrechte, die auch dem Beschuldigten eines Strafverfahrens zustehen.²⁴ Berücksichtigt man jedoch, dass die JP bzw. PV durch die Anordnung der Verfahrensbeteiligung anders als bei der Einziehungsbeteiligung in eine der Beschuldigtenstellung ähnliche Rolle versetzt wird, erfasst die in weiten Teilen erfolgende rechtliche Gleichbehandlung von Einziehungs- und Nebenbeteiligung die komplexe Verfahrenssituation einer mit Geldbuße bedrohten JP bzw. PV nur unzureichend.²⁵ Denn es macht einen Unterschied, ob der JP bzw. PV als Betroffene einer Einziehungsentscheidung nur die Befugnisse einer beschuldigten Person im Strafverfahren zustehen²⁶ oder ob sie als unmittelbare Adressatin einer Geldbuße vollwertig in die Rechtsstellung eines Beschuldigten hineinwächst.²⁷ Richtigerweise hat der nebenbeteiligte JP oder PV im Verfahren zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße vollumfänglich das Recht eines Angeklagten auf ein faires Verfahren inklusive der daraus folgenden besonderen Mitwirkungs- und Teilhabebefugnisse zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung zuzustehen.²⁸

2013, 28 (30); vgl. auch LG Braunschweig, Beschl. v. 21.7.2015 – 6 Qs 116/15 = NSTZ 2016, 309 mit Anm. *Schneider*.

²² Vgl. *Knauer*, NSTZ 2019, 164 (167), der hinreichende objektive Anhaltspunkte aber auch dann schon für gegeben hält, wenn der Verdacht im Durchsuchungsbeschluss eine Bereicherung des Unternehmens selbst annimmt.

²³ Überblick über den aktuellen Stand der Diskussion bei *Schweiger*, LRZ 2022, 439 ff.; instruktiv zur Thematik *Korte*, NZWiSt 2018, 393.

²⁴ *Merz/Schweiger* (Fn. 14), § 427 Rn. 2 ff.

²⁵ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 6, 19; *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 7, 34; *Kudlich/Schuh* (Fn. 15), § 444 Rn. 4; *Dinter*, NSTZ 2023, 7, (9 f.); insbesondere mit Blick auf die staatlichen Ermittlungsbefugnisse auch *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252.

²⁶ Die Übertragung der Beschuldigtenrechte erfolgt selbst beim Einziehungsbeteiligten z.T. nur unzufriedenstellend, vgl. exemplarisch *Merz/Schweiger* (Fn. 14), § 427 Rn. 3.

²⁷ *Kudlich/Schuh* (Fn. 15), § 444 Rn. 8.

²⁸ So bereits *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 6. Die umfassende Einräumung der prozessualen Rechte eines Beschuldig-

Das ist die natürliche Konsequenz der Einordnung der Verbandsgeldbuße als strafrechtliche Sanktion i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.²⁹ Diese theoretisch umfassende Rechtsposition spiegelt sich in der aktuellen Verfahrensrealität jedoch nicht, jedenfalls nicht hinreichend wider. Dies sei im Folgenden kursorisch anhand einiger ausgewählter Beispiele belegt.

a) Selbstbelastungsfreiheit/Schweigerecht der JP bzw. PV

Der nebenbeteiligte JP oder PV steht über die gesetzliche Verweisungstechnik sowohl im Ermittlungsverfahren (§§ 444 Abs. 2 S. 2, 426 Abs. 1, 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2 StPO) als auch im Hauptverfahren (§§ 444 Abs. 2 S. 2, 427 Abs. 1 S. 1, 243 Abs. 4 S. 1 StPO) de lege lata ein einfachgesetzliches Schweigerecht zu,³⁰ das durch ihre(n) Vertreter (hierzu sogleich unter b) ausgeübt wird. Inwieweit der JP oder PV darüber hinaus aber auch ein verfassungs- oder konventionsbasiertes Schweigerecht zukommt, ist mangels klaren gesetzgeberischen Bekenntnisses umstritten.³¹

Das Bundesverfassungsgericht lehnt ein von Verfassungs wegen gebotenes Schweigerecht der JP oder PV bislang mit dem Argument ab, dass das Schweigerecht ein aus der Menschenwürde und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Verfahrensrecht sei, das auf JP oder PV naturgemäß nicht übertragen werden könne.³² Der EGMR verankert das Schweigerecht dagegen im Grundsatz eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK³³ und leitet aus diesem als wesentliche Garantie überzeugend die Selbstbelastungsfreiheit auch von JP und PV ab.³⁴ Dass das Schweigerecht notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens ist, erkennt wiederum auch das Bundesverfassungsgericht an.³⁵ Umso mehr verwundert es, dass der JP und PV ein verfassungsrechtlich begründetes Schweigerecht weiterhin versagt bleibt. In der Praxis führt diese unklare Rechtslage zu vielen Unsicherheiten

ten für die Nebenbeteiligte fordern auch *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252 (253); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 444 Rn. 3a; *Rogall* (Fn. 7), § 30 Rn. 213.

²⁹ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 7.

³⁰ *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 29; *Kudlich/Schuh* (Fn. 15), § 444 Rn. 8; *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252 (253).

³¹ Zum Streitstand *Kudlich/Schuh* (Fn. 15), § 444 Rn. 8; *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 28 ff.; *Langlitz/Scheinfeld* (Fn. 13), § 444 Rn. 30 ff.

³² BVerfG, Beschl. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 = BVerfGE 95, 220 (242) = NJW 1997, 1841 (1843 f.). Ablehnend *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 32.

³³ EGMR, Urte. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich), Rn. 41, 44 = ÖJZ 1993 532; EGMR, Urte. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Sanders v. UK) = BeckRS 1996, 123460; EGMR, Urte. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland) = NJW 2006, 3117 m. Bespr. *Gaede*, HRRS 2006, 241.

³⁴ Vgl. EGMR, Urte. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460 = NJW 1995, 1413 (1413 f.). Zustimmend u.a. *Minoggio*, wistra 2003, 121 (125 ff.); *Weiß*, JZ 1998, 289; *Dannecker*, ZStW 127 (2015), 370 (389 ff.).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1995 – 2 BvR 326/92 = NSTZ 1995, 555.

und offenen Fragen,³⁶ auf die die schlichte Verweistechnik des § 444 Abs. 2 S. 2 StPO keine hinreichenden Antworten gibt.

b) Interessenskonflikte bei der Vertretung der JP oder PV

Mangels eindeutiger gesetzlicher Regelung bestehen Unstimmigkeiten hinsichtlich der Handhabung und Auflösung von potenziellen Interessenkonflikten bei der Vertretung der JP oder PV. Gemäß der aktuellen Rechtslage gelten für die Vertretung die zivilrechtlichen Grundsätze, sodass die JP oder PV durch die natürlichen Personen vertreten wird, die nach Gesetz, Satzung oder sonstigen Regelungen dazu bestimmt sind.³⁷ Ist der designierte Vertreter allerdings selbst Beschuldigter der Anknüpfungstat i.S.v. § 30 Abs. 1 OWiG, muss er zur Vermeidung von Interessenkonflikten richtigerweise von der Vertretung der JP oder PV ausgeschlossen werden. Die herrschende Rechtsprechung und Literatur entnehmen ein solches Vertretungsverbot dem Rechtsgedanken der §§ 112 AktG, 52 Abs. 1 GmbHG, 34 BGB.³⁸

So sinnvoll die Rechtsfolge eines Vertretungsausschlusses bei eigener Beschuldigtenstellung a priori auch erscheint, so problematisch ist sie letzten Endes wegen der damit verbundenen Entwertung des Schweigerechts des Verbandes.³⁹ Denn während des gesamten Verfahrens nimmt der Vertreter sämtliche Rechte für die nebenbeteiligte JP oder PV wahr,⁴⁰ folglich übt er auch das Schweigerecht aus. Ist der Vertreter nun aber wegen eigener Beschuldigung von der Vertretung des Verbandes ausgeschlossen, so gilt für ihn auch nicht mehr die zugunsten des Verbandes greifende Selbstbelastungsfreiheit. In der Folge kann der ausgeschlossene Vertreter im Verfahren gegen die JP oder PV als Zeuge vernommen werden. Ein Recht, zu schweigen, stünde ihm maximal über § 55 StPO zu, jedoch nur solange, wie er nicht selbst rechtskräftig abgeurteilt wurde.⁴¹ Der mit dem Vertretungsausschluss verbundene Rechtsverlust lässt das Schweigerecht des Verbandes letztlich

zu einer leeren Hülle werden, insbesondere wenn man bedenkt, dass es sich bei den von der Vertretung ausgeschlossenen Personen regelmäßig um zentrale Entscheidungsträger innerhalb des Unternehmens mit entsprechend relevantem Wissen handeln wird.⁴²

Ein weiteres Problemfeld beinhaltet die Regelung des § 444 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 428 Abs. 1 S. 1 StPO. Hier nach kann sich der Verband durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, wobei die Vorschriften über die Verteidigung mit Ausnahme der notwendigen Verteidigung⁴³ entsprechend zur Anwendung gelangen (§§ 444 Abs. 2 S. 2, 428 Abs. 1 S. 2 StPO). Umfasst von dem Verweis ist auch das Verbot der Mehrfachverteidigung nach § 146 StPO, das nach derzeitigem Rechtsstand jedenfalls die gemeinschaftliche Verteidigung mehrerer Verbände wegen derselben Tat untersagt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die JP oder PV trotz organisatorischer Trennung eine Vermögenseinheit bilden.⁴⁴ Zulässig soll nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darüber hinaus die gemeinschaftliche Verteidigung der JP bzw. PV und des ihr zugehörigen Repräsentationsorgans in derselben Sache sein, da die Verurteilungen jeweils voneinander abhängen.⁴⁵ Diese Auffassung ist zwar im Ergebnis richtig, verkennt jedoch, dass die Verteidigungsinteressen von Verband und beschuldigter Verbandsperson im Einzelfall stark divergieren können, insbesondere dann, wenn das beschuldigte Repräsentationsorgan von der Verbandsvertretung ausgeschlossen ist. Gerade bei gegen den Verband gerichteten Taten und daraus resultierenden Haftungs- und Regressfragen tritt das vorhandene Konfliktpotential offen zutage.⁴⁶

c) Ermittlungsmaßnahmen

Der Umstand, dass die JP oder PV durch die Anordnung der Nebenbeteiligung nicht vollwertig in die Position eines Beschuldigten hineinwächst, sondern ihr lediglich über §§ 444 Abs. 2 S. 2, 427 Abs. 1 S. 1 StPO die entsprechenden Befugnisse zuteilwerden, lässt die Frage offen, ob und inwieweit strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verband zulässig sind. Die Problematik wird in der Vielzahl der Fälle zwar dadurch entschärft, dass die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen einen Repräsentanten der JP oder PV erfolgt und die notwendigen Beweise für eine Sanktionierung des Verbandes regelmäßig in diesem Verfahren erhoben werden. Bislang wurde die Verwertbarkeit der Beweisergebnisse mit Wirkung für die Nebenbeteiligung auch nicht in Frage gestellt.⁴⁷ Dabei werden Maßnahmen zur Generierung von Beweismaterial im Verfahren gegen den Repräsentanten häufig auch Eingriffs-

³⁶ Bspw. mit Blick auf eine ggfs. durch ein Beweisverwertungsverbot abzusichernde Schweigepflicht von Repräsentanten des Verbandes, wenn die JP oder PV ein Schweigen beschlossen hat, *Langlitz/Scheinfeld* (Fn. 13), § 444 Rn. 34; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 15), § 444 Rn. 8; *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 34.

³⁷ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 20 m.w.N.

³⁸ BGH, Beschl. v. 7.12.2016 – 1 StR 185/16 = BeckRS 2016, 116879 Rn. 39; *Pieth*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 599 (609); *Rogall* (Fn. 7), § 30 Rn. 200; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 15), § 444 Rn. 10; *Langlitz/Scheinfeld* (Fn. 13), § 444 Rn. 26; a.A. *Schlüter*, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozeßrecht*, 2000, S. 216 f.; *Gaede*, (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 35 hält einen Ausschluss nur für angezeigt, wenn sich die Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, gerade gegen die JP oder PV selbst richtet.

³⁹ *Zerbes/El-Ghazi*, NZWiSt 2018, 425 (429).

⁴⁰ *Schweiger* (Fn. 3), § 444 Rn. 20.

⁴¹ *Zerbes/El-Ghazi*, NZWiSt 2018, 425 (429).

⁴² *Zerbes/El-Ghazi*, NZWiSt 2018, 425 (429).

⁴³ Diesbezüglich greift aber § 428 Abs. 2 StPO.

⁴⁴ *Schmitt* (Fn. 28), § 146 Rn. 12.

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.6.1977 – 2 BvR 70, 2 BvR 361/75 = BVerfGE 45, 272 (287 f.) = NJW 1977, 1629. Kritisch hierzu *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 27; *Petzold*, NZKart 2014, 170 (172) für Kartellgeldbußverfahren.

⁴⁶ BT-Drs. 19/23568, S. 94 zum VerSanG-E; *Gaede* (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 27.

⁴⁷ *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252 (254).

charakter gegenüber der JP oder PV aufweisen, was jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem eine Nebenbeteiligung in Betracht kommt, Konsequenzen für die Zulässigkeit der Maßnahme und die Verwertbarkeit der Beweise zum Nachteil des Verbandes zeitigen müsste.⁴⁸

Auch mit Blick auf selbständige Ermittlungsmaßnahmen gezielt gegen die JP oder PV bleibt die aktuelle Rechtslage eine klare Antwort schuldig.⁴⁹ Über §§ 444 Abs. 2 S. 2, 427 Abs. 1 S. 1 StPO erlangt der Verband schließlich erst mit Eröffnung des Hauptverfahrens die Rechte eines Beschuldigten. Ist er Eingriffsmaßnahmen vorab schutzlos ausgeliefert? Sind sämtliche Ermittlungsmaßnahmen gegen den Beschuldigten gleichermaßen auf eine JP oder PV anwendbar? Dass eine klare Regulierung dieser auch für das Verfahren der Nebenbeteiligung zentralen Themenkomplexe bislang unterblieben ist, missachtet den Anspruch der JP bzw. PV auf ein rechtssicheres und faires Verfahren.

d) Beweisantragsrecht

Gemäß §§ 444 Abs. 2 S. 2, 430 Abs. 2 StPO hat die JP oder PV in der Hauptverhandlung das Recht, Beweisanträge zu stellen, die die Schuld des Angeklagten betreffen. Allerdings ist das Beweisantragsrecht der Nebenbeteiligten insoweit stark eingeschränkt, als das Gericht den Beweisanträgen nur im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nachzugehen hat.⁵⁰ Denn gem. § 430 Abs. 2 StPO ist das Gericht weder an die in § 244 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 und Abs. 5 StPO genannten Ablehnungsgründe gebunden noch ist im Fall der Ablehnung des Antrags ein Gerichtsbeschluss nach § 244 Abs. 6 StPO erforderlich. Stattdessen entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen über die von der JP oder PV gestellten Beweisanträge. Diese Rechtslage muss mit Blick auf die beschuldigtenähnliche Stellung der nebenbeteiligten JP oder PV als inakzeptabel bezeichnet werden.⁵¹ Zwar ist zuzugeben, dass eine gewisse Korrektur über eine sorgfältige Anwendung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) erreicht werden kann.⁵² Dem beschuldigtenähnlichen Status einer von Geldbuße bedrohten JP oder PV wird ein derart kupiertes Beweisantragsrecht aber bei Weitem nicht gerecht.

III. Lösungsmöglichkeiten

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass die aktuelle Regelung die Verfahrenssituation einer von Geldbuße bedrohten

JP oder PV in zentralen Fragen nur ungenügend abbildet. Nimmt man den vom Bundesverfassungsgericht propagierten beschuldigtenähnlichen Status der JP oder PV ernst, hat eine umfassende Reformierung des Rechts der Nebenbeteiligung zu erfolgen. Eine sinnvolle Hilfestellung kann dabei in früheren Entwürfen zur Neuregelung der Verbandssanktionierung gefunden werden. In Anlehnung an diese Vorschläge können potenzielle Lösungsmöglichkeiten erarbeitet und zur Diskussion gestellt werden.

1. Anerkennung der Beschuldigtenstellung der JP bzw. PV

Ein erster wegweisender Schritt bestünde in der expliziten Anerkennung der Beschuldigtenrolle einer von Geldbuße bedrohten JP bzw. PV. So enthalten beispielsweise der gescheiterte Entwurf eines Gesetzes zur Verbandssanktionierung (im Folgenden: VerSanG-E)⁵³ oder der Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (im Folgenden: Münchner Entwurf)⁵⁴ jeweils Regelungen, wonach die Vorschriften der Strafprozessordnung über den Beschuldigten entsprechend anzuwenden sind (§ 27 VerSanG-E⁵⁵) bzw. dem Verband während des gesamten Verfahrens die strafprozessualen Beschuldigtenrechte zustehen (§ 22 S. 1 Münchner Entwurf⁵⁶). Da die Entscheidung, der JP oder PV die strafprozessualen Beschuldigtenrechte zukommen zu lassen, weitreichende Konsequenzen für eine Vielzahl weiterer Problemkreise, wie beispielsweise das Schweigerecht, das Beweisantragsrecht oder die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen hätte, wäre sie als Grundbekenntnis für die Ausgestaltung der Verfahrensbeteiligung von Verbänden zu verstehen. Sie wäre zugleich die angemessene Reaktion auf die beschuldigtenähnliche Stellung, die das Bundesverfassungsgericht der JP bzw. PV im Verfahren zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße zuerkannt hat.

2. Schweigerecht und Nemo-tenetur-Prinzip

Eine erste unmittelbare Folge aus der Übertragung des Beschuldigtenstatus auf die JP bzw. PV wäre die Geltung des Nemo-tenetur-Prinzips.⁵⁷ Damit stünde der von einer Verbandsgeldbuße bedrohten JP oder PV mit Fug ein verfassungsrechtlich basiertes Schweigerecht zu. Die aktuelle Regelung, die ein lediglich einfachgesetzliches Schweigerecht beinhaltet, verkennt die Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit von Verbänden im Grundsatz eines fairen Verfahrens.⁵⁸ Auch die Mehrheit der Gesetzentwürfe zur Reformierung des Ver-

⁴⁸ Wimmer, NZWiSt 2017, 252 (254).

⁴⁹ Wimmer, NZWiSt 2017, 252 (254); Levy (Fn. 5), S. 48 f.

⁵⁰ Statt vieler Langlitz/Scheinfeld (Fn. 13), § 444 Rn. 29 m.w.N.

⁵¹ Mit Fug kritisch Gaede (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 40; Rogall (Fn. 7), § 30 Rn. 213; die Kritik nicht teilend BGH, Beschl. v. 27.4.2022 – 5 StR 278/21 = NZWiSt 2022, 410 (412 f.).

⁵² Rogall (Fn. 7), § 30 Rn. 213 unter Verweis auf Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (StPO), Nachtragsband II, 1970, § 444 Rn. 16; Gaede (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 40.

⁵³ Das VerSanG-E ist Art. 1 des Entwurfs eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“, im Folgenden zitiert als BT-Drs. 19/23568.

⁵⁴ Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber (Hrsg.), Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019.

⁵⁵ BT-Drs. 19/23568, S. 19, 94.

⁵⁶ Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 23, 71.

⁵⁷ Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 71; vgl. auch Zerbes, ZStW 129 (2017), 1035 (1043 ff.); dies./El-Ghazi, NZWiSt 2018, 425 (427 ff.).

⁵⁸ Zerbes/El-Ghazi, NZWiSt 2018, 425 (428); für das Konventionsrecht Gaede (Fn. 11), StPO § 444 Rn. 34. Siehe bereits oben unter III. 1.

bandssanktionenrechts, wie der Münchner Entwurf,⁵⁹ der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (im Folgenden: Kölner Entwurf)⁶⁰ oder der NRW Entwurf eines Verbandsstrafrechts (im Folgenden: NRW-Entwurf),⁶¹ hat sich explizit zur Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes bekannt. Allein das VerSanG-E spricht von der nur einfachgesetzlichen Geltung eines strafprozessualen Aussageverweigerungsrechts (sic).⁶² Positivrechtliche Beispiele einer Verankerung des Nemo-tenetur-Prinzips im Verbandssanktionenrecht existieren bereits, beispielsweise in Österreich (§ 17 österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz [öVbVG]) oder in der Schweiz (Art. 178 lit. g, 180 chStPO).

Mit der grundsätzlichen Anerkennung der Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes wäre freilich noch nicht geklärt, wer das Schweigerecht für den Verband ausübt.⁶³ Alle bisherigen Entwürfe sind sich dahingehend einig, dass die Rechte des Verbandes durch seine gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden.⁶⁴ Um das Schweigerecht aber auch im Fall eines Vertretungsausschlusses (dazu sogleich unter 3.) abzusichern, wären zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder man installiert ein Zeugnisverweigerungsrecht zugunsten des von der Vertretung ausgeschlossenen Verbandsrepräsentanten, wie z.B. in § 21 Abs. 2 Münchner Entwurf vorgesehen,⁶⁵ oder man löst das Schweigerecht von der Vertretungsbefugnis und gesteht von vornherein nicht nur den gesetzlichen Vertretern, sondern sämtlichen Entscheidungsträgern des Verbandes das Schweigerecht zu, wie dies beispielsweise in § 17 öVbVG iVm. § 2 Abs. 1 öVbVG geregelt ist.⁶⁶

3. Vermeidung von Interessenkollisionen bei Vertretung und Verteidigung

Im Einklang mit der aktuellen Rechtslage befürworten alle bisherigen Vorschläge zur Neuregelung der Verbandssanktionierung eine zivilrechtsakzessorische Lösung für die Vertretung der JP oder PV im Strafverfahren.⁶⁷ Damit würden die Rechte und Pflichten des Verbandes im Verfahren durch seine gesetzlichen Vertreter wahrgenommen. Um mögliche Interessenkonflikte zwischen beschuldigtem Verbandsvertreter und dem durch ihn vertretenen Verband zu vermeiden, sehen alle Entwürfe konsequenterweise einen Vertretungs-

ausschluss für den Fall vor, dass der Vertreter in demselben oder einem im Zusammenhang stehenden Verfahren Beschuldigter ist.⁶⁸ Diese Lösung überzeugt jedenfalls dann, wenn der Verlust der Vertretungsbefugnis nicht mit einem Verlust des Schweigerechts einhergeht (zu den Lösungsmöglichkeiten siehe bereits oben unter 2.).

Mit Blick auf die Verteidigung des Verbandes wird in Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁹ mehrheitlich befürwortet, das Verbot der Mehrfachverteidigung i.S.v. § 146 StPO zu übertragen.⁷⁰ Dies hätte zur Konsequenz, dass sowohl die Verteidigung mehrerer Verbände als auch die Verteidigung eines Verbandes und einer beschuldigten Person in derselben Sache unzulässig wäre. Denn nach der ratio des § 146 StPO reicht bereits die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonfliktes durch die gleichzeitige Verteidigung mehrerer derselben Tat Beschuldigter für die Verbotswirkung aus; auf einen tatsächlichen Interessenkonflikt kommt es nicht an.⁷¹ Allein der NRW-Entwurf wählt einen anderen Weg und lässt die gemeinschaftliche Verteidigung von Verband und natürlicher Person ausnahmsweise zu, wenn dies der Aufgabe der Verteidigung nicht widerstreitet.⁷² Ein Widerstreit liegt nach Auffassung der Entwurfsverfasser insbesondere dann vor, wenn Regressforderungen gegen die beschuldigte Verbandsperson geprüft werden müssen.⁷³ Berücksichtigt man, dass die Interessen von Verband und Verbandsperson nicht zwangsläufig konträr verlaufen müssen, bietet der Ansatz des NRW-Entwurfs die flexiblere und autonomieschonendere Lösungsvariante an. Denn wenn die Mehrfachverteidigung beispielsweise aus finanziellen oder organisatorischen Gründen dem expliziten Willen der Betroffenen entspricht, mutet ein pauschales Verbot in der Tat bevormundend, wenn nicht sogar willkürlich an.⁷⁴ Andererseits entspräche es dem zumeist befürworteten Gleichlauf des Verbandsanktionsverfahrens mit den Regeln der Strafprozessordnung (dazu sogleich unter 4.), die Vorschrift des § 146 StPO uneingeschränkt zur Anwendung gelangen zu lassen.

⁵⁹ Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 71.

⁶⁰ Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend, NZWiSt 2018, 1 (4, 10) – Kölner Entwurf.

⁶¹ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, S. 15, 73 ff., abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (5.2.2025).

⁶² BT-Drs. 19/23568, S. 94.

⁶³ Ausführlich Zerbes, ZStW 129 (2017), 1035 (1045 ff.).

⁶⁴ § 21 Abs. 1 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 22, 70; § 16 Abs. 1 S. 1 Kölner Entwurf (Fn. 60); § 17 Abs. 1 S. 1 NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 15, 72; § 28 Abs. 1 VerSanG-E, BT-Drs. 19/23568, S. 19, 95.

⁶⁵ Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 22 f.

⁶⁶ Vgl. Zerbes/El-Ghazi, NZWiSt 2018, 425 (429).

⁶⁷ Vgl. Nachweise in Fn. 64.

⁶⁸ § 21 Abs. 2 S. 1 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 22 f., 70; § 16 Abs. 1 S. 2 Kölner Entwurf (Fn. 60); § 17 Abs. 1 S. 2 NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 15, 72; § 28 Abs. 2 VerSanG-E, BT-Drs. 19/23568, S. 19, 95

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.6.1977 – 2 BvR 70, 2 BvR 361/75 = BVerfGE 45, 272 (287 f.) = NJW 1977, 1629; vgl. hierzu bereits oben unter III. 2.

⁷⁰ § 23 Abs. 2 S. 1 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 23, 73; § 19 Abs. 2 Kölner Entwurf (Fn. 60); § 27 VerSanG-E, BT-Drs. 19/23568, S. 19, 94 f.

⁷¹ BT-Drs. 7/2526, S. 24 f.; Wessing, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.1.2025, StPO § 146 Einl.; Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 73. Kritisch Kämpfer/Travers, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 146 Rn. 3.

⁷² § 18 Abs. 2 S. 1 NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 15, 77 f.

⁷³ NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 78.

⁷⁴ Kämpfer/Travers (Fn. 71), § 146 Rn. 3.

4. Geltung der Strafprozessordnung und Anwendbarkeit von Ermittlungsmaßnahmen

Die Sanktionswirkung der Verbandsgeldbuße legt es nahe, für das Verbandsbußgeldverfahren die Vorschriften der Strafprozessordnung sinngemäß anzuwenden, soweit sie nicht ihrer Natur nach ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind. Eine entsprechende Regel ist in § 14 Abs. 1 öVbVG zu finden und wird einhellig auch in den bisherigen Vorschlägen zur Neuregelung der Verbandssanktionierung befürwortet.⁷⁵ Mit Blick auf die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen bedeutet dies zunächst die generelle Anwendbarkeit mit Ausnahme solcher Maßnahmen, deren entsprechende Anwendung wegen ihres Zuschnitts auf natürliche Personen unmöglich ist. Hierzu zählen beispielsweise die Untersuchungshaft oder die körperliche Untersuchung.

Darüber hinaus erklärt der Münchner Entwurf die Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 100a–100c, 100f–100j StPO⁷⁶ wegen ihrer Grundrechtsrelevanz für eine Vielzahl von Personen für unanwendbar.⁷⁷ Das VerSanG-E enthält eine ähnliche Regelung, mit der Ermittlungsmaßnahmen, die in das Post- und Telekommunikationsgeheimnis eingreifen, ausgeschlossen werden.⁷⁸ Diese Beschränkung möglicher Ermittlungsmaßnahmen überzeugt, da beispielsweise die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung des Unternehmens bedeuten würde, dass die Telekommunikation sämtlicher Mitarbeiter ausnahmslos (mit-)überwacht wird. Dies ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in Einklang zu bringen.⁷⁹ Derartige Maßnahmen können daher nur im Verfahren wegen der Anknüpfungstat, d.h. gegen eine Einzelperson, angeordnet werden. Die Erkenntnisse, die durch solche Maßnahmen gegen Individualbeschuldigte in zulässiger Weise erlangt wurden, können nach dem Münchner Entwurf aber im Verfahren gegen den Verband verwertet werden.⁸⁰ Der NRW-Entwurf schränkt die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus Maßnahmen gegen eine natürliche Person dagegen dahingehend ein, dass sie zu Beweis Zwecken im Verfahren wegen einer Verbandsstraftat nur verwertet werden dürfen, soweit dieser eine Zuwiderhandlung zugrunde liegt, die ihrerseits Katalogtat wäre.⁸¹ Allein der Kölner Entwurf sieht mit Ausnahme der Untersuchungshaft keinerlei Einschränkung bei der Anwendbarkeit der strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen vor,⁸² was mit Blick auf die mögliche Beeinträchtigung von Grundrechten einer Personenvielzahl im Verband abzulehnen ist.

⁷⁵ § 24 Abs. 1 VerSanG-E, BT-Drs. 19/23568, S. 19, 93; § 13 Abs. 1 NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 13, 65; § 18 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 21, 66 f.; § 11 S. 1 Kölner Entwurf (Fn. 60).

⁷⁶ Der erst im Jahr 2021 eingefügte § 100k StPO konnte von dem im Jahr 2019 erschienenen Münchner Entwurf freilich noch nicht berücksichtigt werden.

⁷⁷ § 28 Abs. 3 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 26, 80.

⁷⁸ § 24 Abs. 2 VerSanG-E, BT-Drs. 19/23568, S. 19, 93.

⁷⁹ BT-Drs. 19/23568, S. 93; Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 67, 80; *Wimmer*, NZWiSt 2017, 252 (254).

⁸⁰ § 28 Abs. 4 Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 26, 80.

⁸¹ § 13 Abs. 3 NRW-Entwurf (Fn. 61), S. 13, 66.

⁸² § 20 Kölner Entwurf (Fn. 60).

5. Beweisantragsrecht

Durch die Anwendung der für den Beschuldigten geltenden Regeln sowie der sonstigen Maßgaben der Strafprozessordnung wäre sichergestellt, dass der von Verbandsgeldbuße bedrohten JP oder PV richtigerweise ein uneingeschränktes Beweisantragsrecht zusteht.⁸³

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die strafprozessuale Beteiligung von JP und PV an Verfahren zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße ist nach der vorstehenden (keinesfalls als abschließend zu verstehenden) Analyse umfassend zu reformieren. Die aktuelle Regelung des § 444 StPO verkennt die besondere verfahrensrechtliche Rolle, in der sich eine von Geldbuße bedrohte JP oder PV aufgrund der damit verbundenen Sanktionswirkung befindet. Dies betrifft beispielsweise die nur einfachgesetzliche Ausgestaltung des Schweigerechts, die unzureichende Auflösung potenzieller Interessenkonflikte bei der Vertretung und Verteidigung des Verbandes, die fehlende Regelung zur Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen oder das kupierte Beweisantragsrecht. In einer Neuregelung muss die beschuldigtenähnliche Rolle der JP oder PV als Maßstab für die Ausgestaltung der konkreten prozessualen Rechte und Pflichten des Verbandes dienen. Eine erste Orientierung bieten positivrechtliche Konzepte im österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (öVbVG) sowie frühere Vorschläge zur Reformierung des Verbandssanktionenrechts. Es wäre wünschenswert, dass die offenen Fragen in einem eigenständigen Regelwerk, wie es das gescheiterte Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) vorsah, umfassend beantwortet werden. Hilfsweise ist das Verfahrensrecht im entsprechenden Abschnitt der Strafprozessordnung durch eine Aufhebung der Verweisteknik auf die Einziehungsbeteiligung und das Schaffen eigenständiger Vorgaben für die Nebenbeteiligung von JP und PV zu korrigieren.

⁸³ Vgl. bspw. BT-Drs. 19/23568, S. 53; Münchner Entwurf (Fn. 54), S. 71, 94.

Ein zentrales Problem grenzüberschreitender Strafverfolgung in der Informationsgesellschaft ist der Zugriff auf Daten als elektronische Beweismittel. Im Bereich der EU wird in mehr als der Hälfte der Ermittlungen um grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweismittel ersucht.¹ Solche Ersuchen müssen schnell erledigt werden, da die Daten flüchtig und regelmäßig nicht – wie analoge Beweismittel – an einem bestimmten Ort belegen sind; sie sind in diesem Sinne „un-territorial“ („a-territorial“)² und befinden sich häufig in einer „cloud“. Die klassische zwischenstaatliche Rechtshilfe erweist sich meist als zu langsam und zu schwerfällig;³ dies gilt auch für die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA).⁴ Verzögerungen können zu einem Datenverlust führen, sei es, weil die Daten gelöscht werden, oder weil sie ihren Speicherort verändern („wandern“).⁵ Allerdings wenden sich

schon heute die Strafverfolgungsbehörden direkt an die privaten Diensteanbieter und diese geben freiwillig eine große Menge an Daten („user information“)⁶ heraus.⁷

Nach kurzer Darstellung der geltenden (nationalen) Rechtslage (I.), wenden wir uns neueren Lösungsansätzen auf völkerrechtlicher und vor allem europäischer Ebene zu (II.). Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei die auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung⁸ und dem daraus ab-

* Der Verf. ist ord. Professor an der Georg-August-Universität Göttingen und Richter an den Kosovo Specialist Chambers, Den Haag. Er dankt Frau Dr. Gabriele Scherer (BMJ), Frau Dr. Sonja Heine (EuStA) sowie Herrn Rechtsanwalt Dr. Luca Petersen für wertvolle Hinweise. Frau stud. iur. Vanessa Rosenberg dankt der Verf. für Hilfe bei der formalen Fertigstellung.

¹ Das ergibt sich aus der Kombination von zwei Datensätzen: Elektronische Beweismittel seien für 85 % der strafrechtlichen Ermittlungen bedeutsam und in 65 % der Ermittlungsverfahren seien die maßgeblichen elektronischen Beweismittel im europäischen Ausland gespeichert, vgl. Europäische Kommission, Arbeitspapier, SWD (2018) 119 final, S. 14, abrufbar unter

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C_ELEX:52018SC0118 (3.3.2025).

Zur Europäischen Staatsanwaltschaft insoweit *Frunza-Nicolescu*, eucrim 2023, 210 ff.

² Grdl. *Daskal*, The Yale Law Journal 2015, 326 („un-territoriality“); krit. *Burchard*, ZIS 2018, 249; *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (93).

³ Vgl. VO (EU) 2023/1543 (e-evidence-Verordnung [VO]) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 über Europäische Herausgabeordnungen und Europäische Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafverfahren und für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen nach Strafverfahren, ABl. EU 2023 Nr. L 191, S. 118, Erwägungsgrund 8; *Burchard*, ZIS 2018, 190 (196); *Tosza*, CLR 2024, 139 (143).

⁴ Nach Art. 12 Abs. 3, Abs. 4 EEA (Richtlinie 2014/41/EU v. 3.4.2014) beträgt die Anerkennungs- und Vollstreckungsfrist grundsätzlich 120 Tage. Krit. auch *Babucke*, wistra 2024, 57 (auch EEA „zeitintensiv“, sodass Daten oft schon gelöscht seien); *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (201); skeptisch *Tosza*, CLR 2024, 144 f. (Ineffizienz von EEA „more an assumption than a proven fact“).

⁵ Vgl. e-evidence-VO (Fn. 3), Erwägungsgrund 8; BMJ, Referentenentwurf E-Evidence, Informationspapier, Oktober 2024, abrufbar unter

https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/Infopapier_E_Evidence.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (3.3.2025).

⁶ Bei den US-Anbietern geht es um Teilnehmer- und Verkehrsdaten („user information“), keine Inhaltsdaten, siehe die Statistiken bei [Google](#), [Meta](#) und [Amazon](#) (3.3.2025). Zum hier verwendeten Datenbegriff siehe Fn. 52 mit Haupttext.

⁷ Vgl. *Petersen*, Probleme des transnationalen Zugriffs auf elektronische Beweismittel im Lichte der europäischen Beweisrechtshilfe in Strafsachen, 2024, S. 134 f.; vorher *Burchard*, ZIS 2018, 249 (257 ff.); zum Konflikt mit Persönlichkeits- und Datenschutzrechten *Tosza*, CLR 2024, 144; zur fragmentarischen mitgliedstaatlichen Rechtslage und der unklaren Verwertbarkeit *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (258).

⁸ Die VO, (Fn. 3), S. 118 oben, wird auf Art. 82 Abs. 1 AEUV gestützt, dieser gilt aber nur zwischenstaatlich und beruht auf dem Gedanken staatlicher Anerkennung, Private kommen nicht vor, u.a. deshalb ablehnend *Esser*, in: Sosnitzer u.a. (Hrsg.), Digitalisierung im Europäischen Recht, 2022, S. 45; *Burchard*, ZIS 2018, 197 (261 ff., 266 f.); *Petersen*, StraFo 2023, 426 (429); *ders.* (Fn. 7), S. 305 ff.; krit. auch *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (201); i.E. zust. aber *Tosza*, CLR 2024, 156 ff. auf lit. a und d abstellend und ein flexibles Verständnis ggs. Anerkennung proklamierend; für eine flexible Auslegung auch *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (266); der von der Lit. präferierte Art. 82 Abs. 2 passt zwar in der Sache besser („Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung [...]“, insbesondere bezüglich „Zulässigkeit von Beweismitteln“; i.E. auch *Burchard*, ZIS 2018, 249 [267]; *ders.*, ZRP 2019, 166 [„wenn überhaupt“]; *Esser* [a.a.O.], S. 45), lässt aber sekundärrechtlich nur Richtlinien zu (deshalb generell ablehnend *Petersen*, StraFo 2023, 426 [429]). Ausführlich zu den in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen und deren Grenzen, siehe *Petersen* (Fn. 7), S. 163 ff., 305 ff., wobei er insbesondere den kaum beachteten Art. 89 AEUV anführt (S. 181, 310). Dessen Anwendbarkeit mit Blick auf die grenzüberschreitende Wirkung der Herausgabe- und Sicherungsanordnung ablehnend *Tosza*, CLR 2024, 159 („[...] the proposal clearly disregards the existence of Article 89, and rightly so. It is convincing to claim that Article 89 does not apply to situations foreseen in the Regulation, as the issuing authority does not "operate" in the territory of another Member State“).

geleiteten Grundsatz der Verfügbarkeit⁹ beruhende e-evidence-Verordnung der EU,¹⁰ die – zeitgleich mit der Richtlinie zur Benennung von Adressaten (RL-Vertreter)¹¹ – am 12.7.2023 verabschiedet wurde, allerdings erst ab 18.8.2026 gelten wird.¹² Das BMJ hat Ende Oktober 2024 einen Referentenentwurf („RefE“) zur Durchführung der (unmittelbar geltenden) Verordnung¹³ und zur Umsetzung der Richtlinie vorgelegt.¹⁴ Er fiel allerdings der Diskontinuität anheim und kann deshalb erst in der neuen (21.) Legislaturperiode zum Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens werden.

I. Geltende Rechtslage

Wenn sich im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens beweisrelevante Daten bei einem Diensteanbieter befinden, so würden deutsche Ermittlungsbehörden zunächst

⁹ Grdl. Böse, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der EU, 2007; jüngst dazu Brodowski, ZStW 136 (2024), 659 (670 ff.).

¹⁰ e-evidence-VO (Fn. 3), S. 118. Zur Entstehungsgeschichte ausführlich Burchard, ZIS 2018, 190 (193 ff.); auch Esser (Fn. 8), S. 42 ff.; Forlani, eucrim 2023, 174 (175 ff.).

¹¹ RL (EU) 2023/1544 zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Benennung von benannten Niederlassungen und die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Erhebung elektronischer Beweismittel in Strafverfahren, ABl. EU 2023 Nr. L 191, S. 181. Die RL muss bis 18.2.2026 umgesetzt werden (Art. 7 der RL), eine Evaluierung soll zum 18.8.2029 erfolgen (Art. 8 der RL). Als primärrechtliche Grundlage gibt die RL Art. 53, 62 EUV an, also Regelungen zur Niederlassungsfreiheit. Art. 2 Abs. 2 und Erwägungsgrund 6 der RL stellen klar, dass die aufgrund der RL benannten Niederlassungen und Vertreter nur als Adressaten von Anordnungen nach der e-evidence-VO, der RL-EEA und bei entsprechenden rein innerstaatlichen Fällen fungieren sollen. Diese klare Begrenzung des Anwendungsbereichs auf die justizielle Zusammenarbeit spricht für die Anwendbarkeit der Art. 82 ff. AEUV, die damit wohl unter Verweis auf Art. 53, 62 EUV umgangen werden sollten, vgl. Petersen (Fn. 7), S. 296 ff., 311 f.

¹² Art. 34 Abs. 2 e-evidence-VO. Eine Evaluierung soll es – wie bei der RL – zum 18.8.2029 geben (Art. 33 e-evidence-VO). Die VO gilt nicht für Dänemark wegen dessen opt-out bezüglich Teil III, Titel V AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; siehe Erwägungsgrund 101). Irland hat dagegen vom opt-in-Recht Gebrauch gemacht, Erwägungsgrund 100.

¹³ Art. 288 AEUV.

¹⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/1544 und zur Durchführung der Verordnung (EU) 2023/1543 über die grenzüberschreitende Sicherung und Herausgabe elektronischer Beweismittel im Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union v. 28.10.2024, abrufbar unter

https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_E_Evidence.html (3.3.2025). Nach Auskunft des BMJ (24.3.2025) wird der RefE gerade auf der Grundlage von Rückmeldungen aus Ressorts, Ländern und Verbänden überarbeitet.

versuchen, diese Daten zu beschlagnahmen (§ 94 Abs. 2 StPO). Der Beschlagnahmebeschluss würde an eine etwaige deutsche Niederlassung des Diensteanbieters zugestellt werden. Sollte sich der Sitz des Diensteanbieters allerdings in einem anderen Land befinden, könnte die Niederlassung auf dieses Land verweisen. Eine Datensicherung in Deutschland könnte in diesem Fall allenfalls durch eine Durchsuchung beim Diensteanbieter samt Zugriff auf die dortigen PCs mit den offen verfügbaren Daten erfolgen (§ 110 Abs. 3 StPO). Das ist ein übliches und gerichtlich sanktioniertes Vorgehen bei offenen Ermittlungen,¹⁵ es ist aber rechtlich umstritten und praktisch nur von begrenzter Wirkung. Aus rechtlicher Sicht kann § 110 Abs. 3 S. 2 StPO den Zugriff auf nicht in Deutschland liegende Daten nicht erlauben, weil in einem grenzüberschreitenden Datenzugriff eine Souveränitätsverletzung des Staates zu sehen ist, in dem sich die Daten befinden.¹⁶ Dieser Staat müsste also rechtshilferechtlich um die Sicherung und Herausgabe der Daten ersucht werden.¹⁷ Handelt es sich dabei um einen EU-Mitgliedstaat könnte immerhin eine EEA erlassen und zur Vollstreckung an diesen Staat übermittelt werden.¹⁸

Praktisch ist mit großer Wahrscheinlichkeit bei einem nicht zu ermittelnden Speicherort („loss of location“)¹⁹ eines ausländischen Diensteanbieters davon auszugehen, dass sich die Daten nicht in Deutschland, sondern auf einem Server im Ausland (ggf. in einer cloud) befinden, der sich zudem nicht im Sitzstaat des Diensteanbieters befindet.²⁰ Überdies werden die Daten wohl auch durch Authentifizierungen gegen unbefugten Zugriff geschützt sein, sodass schon deshalb der Zugriff von einem in Deutschland befindlichen „Speichermedium“ nicht möglich sein wird. Wenn ein Diensteanbieter seine Daten vor ausländischen Strafverfolgungsbehörden schützen will, wird er die Daten (physisch) in einem Staat speichern,

¹⁵ LG Koblenz, Beschl. v. 24.8.2021 – 4 Qs 59/21; LG Berlin, Beschl. v. 29.12.2022 – 519 Qs 8/22. So auch Sonia Heine, Delegierte Europäische Staatsanwältin, Tagung Arbeitskreis Europäisches Strafrecht, Luzern 19/20.9.2024.

¹⁶ Ebenso Esser (Fn. 8), S. 33 f.; Fiedler, NStZ 2024, 596 (600 – krit. zu LG Koblenz, Beschl. v. 24.8.2021 – 4 Qs 59/21, und LG Berlin, Beschl. v. 29.12.2022 – 519 Qs 8/22); Hiéramente/Basar, jurisPR-StrafR 6/2022, Anm. 1 (ebenfalls krit. zu LG Koblenz [a.a.O.]); Bechtel, NZWiSt 2022, 160 (165 f.); Tsambikakis, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 110 Rn. 9; Brodowski, in: Borges/Hilber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, IT-Recht, Stand: 1.1.2025, StPO § 110 Rn. 12; Hauschild, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18; a.A. Henrichs/Weingast, in: Barthe/Gerike (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 110 Rn. 8a; Wicker, Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch, 2016, S. 356.

¹⁷ Siehe insoweit Fiedler, NStZ 2024, 596 (601).

¹⁸ Art. 3 ff., 13 EEA.

¹⁹ Siehe dazu etwa Burchard, ZIS 2018, 190 (197).

²⁰ Fiedler, NStZ 2024, 598 f. (601); Petersen (Fn. 7), S. 88 f.

der rechtshilferechtlich nur schwer oder überhaupt nicht zugänglich ist. Möglicherweise befindet sich sogar der Unternehmenssitz in einem solchen Staat.

II. Neuere Entwicklungen: Europarat und UNO

Im Rahmen des Europarats, also immerhin für 46 europäische Staaten, wurden zwei zwischenstaatliche Abkommen verabschiedet, die der beschriebenen Situation Rechnung tragen sollen. Nach dem Europäischen Übereinkommen über Computerkriminalität (EuÜbkCompKrim, „Budapest Convention“)²¹ vom 23. November 2001 sollen die Vertragsparteien die Anordnung der Herausgabe von Daten an Privatpersonen und Diensteanbieter ermöglichen (Art. 18 EuÜbkCompKrim) sowie Diensteanbieter zur Erhebung von Verkehrsdaten sowie Inhaltsdaten in Echtzeit bzw. zur Zusammenarbeit verpflichten (Art. 20 Abs. 1 lit. b, 21 Abs. 1 lit. b EuÜbkCompKrim). Nach dem zweiten Zusatzprotokoll (ZP II)²² zu diesem Abkommen vom 12. Mai 2022 können zunächst Diensteanbieter um Registrierungsinformation der Domänennamen zur Identifizierung und Kontaktierung der Domäneninhaber ersucht werden (Art. 6 ZP II, Domänenameregistrierungsdaten). Der ersuchende Staat kann eine unmittelbare Anordnung an einen Diensteanbieter („unmittelbar einem Diensteanbieter [...] vorzulegende Anordnung“) mit Sitz in einem anderem (ersuchten) Vertragsstaat erlassen, „um die Weitergabe bestimmter gespeicherter Bestandsdaten zu erwirken“; der ersuchte Staat muss insoweit entsprechende Ermächtigungsgrundlagen schaffen, damit ein „Diensteanbieter [...] zur Erledigung“ der Anordnung des ersuchenden Staates „Bestandsdaten weitergeben kann“ (Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 lit. a ZP II).

Dies ist der entscheidende qualitative Sprung zum direkten Zugriff des ersuchenden Staats auf Daten des Diensteanbieters (der sich im ersuchten Staat befindet).²³ Weigert sich der Diensteanbieter, die Daten innerhalb von 30 Tagen herauszugeben, kann die Anordnung zwischenstaatlich über Art. 8 ZP II oder über sonstige Rechtshilfe (Art. 7 Abs. 7 ZP II) durchgesetzt werden. Insoweit geht es allerdings nicht mehr um eine unmittelbar an den Diensteanbieter gerichtete Anordnung des ersuchenden Staates, sondern um klassische zwischenstaatliche Rechtshilfe, um „Verstärkung der internationalen Zusammenarbeit zwischen Behörden“ (Überschrift Abschnitt 3) bezüglich beschleunigter Herausgabe von Bestands- und Verkehrsdaten durch Diensteanbieter (Art. 8 ZP II) sowie um beschleunigte Weitergabe bestimmter „Compu-

terdaten“²⁴ im Notfall (Art. 9 ZP II).²⁵ Art. 13 ff. ZP II sehen überdies Bedingungen und Garantien zur Ausgestaltung der Zusammenarbeit vor (insbesondere Datenschutz).

Auf globaler Ebene liegt der Entwurf eines UN-Cybercrime-Übereinkommens vor.²⁶ Danach sollen Vertragsstaaten eine Herausgabeanordnung („production order“) für Daten in Besitz von Privatpersonen und für Bestandsdaten („subscriber information“) in Besitz von Diensteanbietern ermöglichen, wobei die Privatperson im Hoheitsgebiet des Anordnungsstaats aufhältig sein muss und die Diensteanbieter dort ihre Dienste anbieten müssen (Art. 27 UN-Cybercrime-Übereinkommen). Die Anknüpfung an die Erbringung von Diensten entspricht dem qualifizierten Marktortprinzip, wie es auch der e-evidence-Verordnung zugrunde liegt (dazu sogleich). Ein Diensteanbieter soll („within its existing technical capability“) dazu verpflichtet werden können, Verkehrsdaten in Echtzeit zu sammeln (Art. 29 (1) (b) UN-Cybercrime-Übereinkommen) und Inhaltsdaten abzuhören (Art. 30 (1) (b) UN-Cybercrime-Übereinkommen).

Auf nationaler Ebene verdient insbesondere der US CLOUD („Clarifying Lawful Overseas Use of Data“) Act 2018 Erwähnung,²⁷ denn die USA sind nach wie vor der Sitzstaat der wichtigsten und größten Diensteanbieter. Nach dem CLOUD Act können US-Strafverfolgungsbehörden US-Diensteanbieter auffordern, Daten herauszugeben, unabhängig davon, wo diese belegen sind.²⁸ Es wird also ein extraterritorialer Datenzugriff ermöglicht, womit der Diensteanbieter in einen Konflikt mit dem Recht des Belegenheitsorts der Daten geraten kann, wenn dieses Recht die Datenherausgabe verbietet.²⁹ Der Diensteanbieter sieht sich dann zwei konfli-

²⁴ Vgl. Art. 1 lit. b EuÜbkCompKrim; somit sind neben Bestands- und Verkehrsdaten zumindest begrifflich auch Inhaltsdaten erfasst.

²⁵ Über das in Art. 35 EuÜbkCompKrim genannte 24/7-Netzwerk.

²⁶ Siehe Entwurf des „Ad Hoc Committee to Elaborate a Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes“ v. 7.8.2024, abrufbar unter <https://documents.un.org/doc/undoc/ltid/v24/055/06/pdf/v2405506.pdf> (3.3.2025).

Zum Hintergrund *Pfeffer*, eucrim 2023, 170 (172 f.); *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (195 f.).

²⁷ Eingehend zu den Regelungen und der Funktionsweise des US CLOUD Act siehe *Petersen* (Fn. 7), S. 146 ff. m.w.N.

²⁸ Vgl. insbesondere 18 U.S.C. § 2713: Verpflichtung für US-Unternehmen, auch auf ausländischen Servern gespeicherte Daten zu übermitteln („[...] to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider’s possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.“ [Hervorhebung durch den Verf.]).

²⁹ Siehe z.B. Art. 271 schwStGB, wonach strafbar ist, wer Amtshandlungen „auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat“, eine „ausländische Partei“

²¹ Siehe <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention> (3.3.2025);

deutsche Übersetzung abrufbar unter <https://rm.coe.int/168008157a> (3.3.2025).

²² Siehe <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224> (3.3.2025); dort auch deutsche Übersetzung.

²³ Siehe dazu auch *Petersen* (Fn. 7), S. 52 ff., 120 f.; knapp *Pfeffer*, eucrim 2023, 170 (172); *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (195).

gierenden Verpflichtungen gegenüber, denen er nicht gleichzeitig entsprechen kann (entweder verletzt er die US-Herausgabeordnung oder das Recht des Belegenheitsorts).³⁰ Diese Konfliktlage kann nur durch ein Abkommen zwischen den USA und diesem Staat gelöst werden; die insoweit 2019 initiierten Verhandlungen zwischen den USA und der EU³¹ sind derzeit (25.3.2025) aber ausgesetzt.

III. Insbesondere EU-e-evidence Verordnung und Richtlinie

1. Anwendungsbereich, Begrifflichkeiten, Datenarten

Die VO betrifft die Herausgabe und Sicherung (zum Zweck eines späteren Herausgabeersuchens) von elektronischen Beweismitteln (Daten³², Art. 3 Nr. 8³³) mittels einer „Europäischen Herausgabeordnung“ („European Production Order Certificate“, „EPOC“) oder „Europäischen Sicherungsanordnung“ („European Preservation Order Certificate-Preservation Request“, „EPOC-PR“)³⁴ und zwar „unabhängig davon [!], wo sich die Daten befinden“ (Art. 1 Abs. 1). Diese Anordnungen dürfen im Rahmen von Strafverfahren³⁵ und zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln (Mindestdauer vier Monate bei Verkehrs- und Inhaltsdaten),³⁶ die in einem Urteil in Anwesenheit des Be-

oder ausländische „Organisation“ vornimmt oder solchen „Handlungen Vorschub leistet“. Art. 271 soll nach der Rspr. „die Ausübung fremder Staatsgewalt auf dem Gebiet der Schweiz“ verhindern und „das staatliche Machtmonopol und die schweizerische Souveränität“ schützen (*Husmann*, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, Art. 271 Rn. 6 m.w.N. [Hervorhebungen weggelassen]). Erfasst ist damit auch die (amtlich nicht bewilligte) Datenherausgabe an ausländische Strafverfolgungsbehörden, weil diese allein über Rechtshilfe erfolgen darf und damit dem Schweizer Staat obliegt (näher *Husmann* [a.a.O.], Art. 271 Rn. 31 ff.). Allg. zur schweizerischen Rechtslage *Glassey*, eucrim 2023, 204 ff.

³⁰ Siehe auch *Pfeffer*, eucrim 2023, 170 (171); *Babucke*, wistra 2024, 57.

³¹ Siehe Ratsbeschluss von 2019, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9114-2019-INIT/en/pdf> (3.3.2025). Die Verhandlungen sind geheim, deshalb gibt es keine offene Quelle. Zum Hintergrund aber *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (194 f.); *Pfeffer*, eucrim 2023, 170 (171 f.).

³² Es handelt sich um schon existierende Daten, Echtzeitdaten sind nicht erfasst, vgl. auch *Babucke*, wistra 2024, 57 (61); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2023, 568.

³³ Artikel ohne Bezeichnung beziehen sich auf die e-evidence-VO (Fn. 3)

³⁴ Bestimmung der Abkürzungen in Erwägungsgrund 50 und Art. 9.

³⁵ Zur Notwendigkeit einer Regelung für („punitive“) Verwaltungsverfahren (insbesondere von OLAF) siehe *Tosza*, eucrim 2023, 216 ff.

³⁶ Art. 2 Abs. 2 differenziert nicht nach Datenart, aus Erwägungsgrund 40 und Art. 5 Abs. 3 ergibt sich aber, dass die

troffenen ergangen sind,³⁷ erlassen werden; sie dürfen auch in Strafverfahren gegen juristische Personen im Anordnungsstaat erlassen werden (Art. 2 Abs. 2).

Die Herausgabe bzw. Sicherung wird durch eine Anordnungsbehörde des Mitgliedstaats (Anordnungsstaat) bewirkt (Art. 3 Nr. 1, 2), doch sieht Art. 1 Abs. 2 – anders als die bisherigen Sekundärrechtsakte der europäischen Beweisrechtshilfe³⁸ – immerhin ein ausdrückliches Antragsrecht des Verdächtigen oder Beschuldigten bzw. deren rechtlicher Vertreter vor.³⁹ Die Anordnung wird – das ist entscheidend – unmittelbar an den Diensteanbieter (Art. 7 Abs. 1), der als Verantwortlicher handelt (Art. 5 Abs. 6), gerichtet (Art. 7 Abs. 1).⁴⁰ Als Diensteanbieter gilt jede natürliche oder juristische Person, die „elektronische Kommunikationsdienste“,⁴¹

Mindeststrafe nur bei Verkehrs- und Inhaltsdaten, nicht aber bei hier sog. Identifikationsdaten (siehe unten Fn. 52 mit Haupttext) gelten soll; krit. zu dieser unvollständigen Regelung und im Übrigen niedrigen Anwendungsschwelle *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (269 f.); siehe auch Erwägungsgrund 41 mit Nennung bestimmter Straftaten, bei denen in der Regel nur e-evidence zur Verfügung steht.

³⁷ Die Erweiterung auf Fahndung im Rahmen der Strafvollstreckung erfolgte auf Bestreben des Rats, krit. *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (89).

³⁸ Das Fehlen eines solchen Antragsrechts in der RL-EEA ist vielfach kritisiert worden, siehe etwa *Karas/Burić/Bonačić/Maršavelski*, in: Ambos/Heinze/Rackow/Šepec (Hrsg.), *The European Investigation Order*, 2023, S. 29 (45: „[...] does not create a binding European rule which would create a right for the defence to request the issuing of an EIO“); *Scomparin/Ferraris/Cabiale/Peloso/Calavita*, in: Ambos/Heinze/Rackow/Šepec (a.a.O.), S. 69 (83); *Barata/Guimarães/Castilhos*, in: Ambos/Heinze/Rackow/Šepec (a.a.O.), S. 87 (100).

³⁹ Dieses Antragsrecht wird im RefE (Fn. 14) nicht explizit umgesetzt, sondern nur auf die StPO verwiesen, was sich damit rechtfertigen lässt, dass Art. 1 Abs. 2 VO das Antragsrecht (nur) „im Einklang mit dem nationalen Strafverfahrensrecht“ vorsieht. Die StPO sieht – allerdings nicht erzwingbare – Beweisansprüche im Ermittlungsverfahren in §§ 136 Abs. 1 S. 5, 163a Abs. 2, 166 vor; insoweit ungenau BRAK, Stellungnahme Nr. 88/2024, Dezember 2024, S. 6, abrufbar unter

https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2024/stellungnahme-der-brak-2024-88.pdf (3.3.2025), wonach die StPO ein solches Antragsrecht nicht vorsehe (mit eigenem Regelungsvorschlag, ebd., S. 9); krit. auch *Beukelmann*, NJW-Spezial 2023, 568.

⁴⁰ Es handelt sich um den Verantwortlichen i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO (VO 2016/679), also „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet [...]“. Das dürfte in der Regel der Kunde (Unternehmen oder Privatperson) des Diensteanbieters sein, vgl. *Weiß/Brinkel*, RD 2023, 522 (527).

⁴¹ Näher RL (EU) 2018/1972, Art. 2 Nr. 4.

Registrierungsdienste sowie „andere Dienste der Informationsgesellschaft“ (zur Kommunikation, Datenspeicherung)⁴² erbringt (Art. 3 Nr. 3).⁴³ In Deutschland sind ca. 10.000 Diensteanbieter betroffen, davon sind 10 % auslandskontrolliert.⁴⁴

Die Dienste müssen in der Union angeboten werden (siehe schon Art. 2 Abs. 1, Marktortprinzip),⁴⁵ d.h. in einem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden können, zu dem der Diensteanbieter eine „wesentliche Verbindung“ hat, also (gesetzliche Vermutung) dort niedergelassen ist oder seine Dienste in einem oder mehreren Mitgliedstaaten durch „eine erhebliche Zahl von Nutzern“ in Anspruch genommen wird oder seine Tätigkeit auf eine oder mehrere Mitgliedstaaten ausgerichtet ist (Art. 3 Nr. 4). Ein Diensteanbieter muss mindestens einen⁴⁶ im Unionsgebiet ansässigen Adressaten zur Entgegennahme etc. von Herausgabe- und Sicherungsanordnungen benennen (Art. 3 Abs. 1 RL-Vertreter⁴⁷). In der Union niedergelassene Diensteanbieter müssen insoweit eine Niederlassung benennen (Art. 3 Abs. 1 (a); außerhalb der Union oder in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat⁴⁸ niedergelassene Diensteanbieter müssen einen Vertreter benennen, der sich in einem teilnehmenden Mitgliedstaat befindet (Art. 3 Abs. 1 (b) (c)). In der Sache verpflichtet die RL-Vertreter den Diensteanbieter damit zur Schaffung (mindestens) eines territorialen Anknüpfungspunkts im Unionsgebiet, mittels dessen zugleich die Ausübung von Hoheits- und Strafgewalt gegenüber dem Diensteanbieter – unabhängig, wie schon oben erwähnt, von der Belegenheit der Daten (Art. 1 Abs. 1) – legitimiert wird.⁴⁹ § 3 RefE⁵⁰ regelt die unterschiedlichen Konstellationen zur Benennung einer Niederlassung oder eines Vertreters. Kommt der Diensteanbieter dieser Verpflichtung nicht nach, so droht ein Bußgeld⁵¹ aufgrund der entsprechenden Ordnungswidrigkeit (§ 21 Abs. 1

Nr. 1 RefE). Das Bundesamt für Justiz überwacht die Pflichterfüllung des Diensteanbieters (§ 6 RefE).

Was die Daten angeht, so wird zwischen drei Arten unterschieden: Teilnehmer-, Verkehrs- und Inhaltsdaten (Art. 3 Nr. 9–12). Teilnehmerdaten betreffen die Identität, einschließlich Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse (Nr. 9), sowie weitere „ausschließlich zum Zwecke der Identifizierung“ angeforderte Daten, z.B. IP-Adressen (Nr. 10, im Folgenden „Identifikationsdaten“).⁵² Im Kern geht es – in telekommunikationsrechtlicher Begrifflichkeit – um Bestandsdaten i.w.S.⁵³ Verkehrsdaten betreffen die Interaktion (Ursprung und Ziel einer Nachricht, Zeitpunkt und Dauer der Nutzung) sowie sonstige Metadaten (Nr. 11).⁵⁴ Inhaltsdaten beziehen sich auf den Inhalt der Interaktion, also Daten in Form von Text, Sprache, Videos, Bildern und Tonaufzeichnungen (Nr. 12). Die Zugriffsanforderungen sind im Fall von Verkehrs- und Inhaltsdaten höher als im Fall von Identifikationsdaten, weil in jenem Fall die Eingriffsintensität (allgemeines Persönlichkeitsrecht) grundsätzlich höher ist; allerdings ist es nicht völlig ausgeschlossen, dass auch aus entsprechend aggregierten Teilnehmerdaten, ggf. in Verbindung mit Verkehrsdaten (die allerdings höheren Eingriffsvoraussetzungen unterliegen), persönlichkeitsensible Information generiert werden, indem etwa ein Bewegungsprofil erstellt oder ein bestimmtes Nutzerverhalten identifiziert wird.⁵⁵

2. Herausgabe-/Sicherungsanordnung, Voraussetzungen, Unterrichtung Vollstreckungsbehörde

Der Begriff der Anordnungsbehörde (Art. 4) ist weit zu verstehen und erfasst grundsätzlich auch polizeiliche Ermittlungspersonen. Entscheidend ist, um welche Art von Daten es geht, und ob um Herausgabe oder Sicherung ersucht wird. Bei den weniger persönlichkeitsrechtssensiblen Identifikationsdaten kann eine Herausgabeanordnung nicht nur von einem Richter, sondern auch von einem Staatsanwalt erlassen werden (Art. 4 Abs. 1 lit. a); wird sie von einer „anderen“ (polizeilichen) Ermittlungsbehörde erlassen, muss sie richterlich oder staatsanwaltschaftlich validiert werden (Art. 4 Abs. 1 lit. b). Für die innerstaatlichen Zuständigkeiten gelten die strafprozessualen Vorschriften zu den Ermittlungsmaß-

⁴² Näher RL (EU) 2015/1535, Art. 1 Abs. 1 lit. b.

⁴³ Näher zum Diensteanbieter *Weiß/Pradel*, CCZ 2024, 102 (105 ff.); zu den erfassten Dienstleistungen Eidgenössisches Justiz und Polizeidepartement (EJPD)/Bundesamt für Justiz (BJ), Bericht zur e-evidence-Vorlage der EU, 24.10.2023, S. 5 ff., abrufbar unter

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/gutachten/2023-10-24-e-evidence-eu.pdf.download.pdf/2023-10-24-e-evidence-eu-d.pdf>

(3.3.2025).

⁴⁴ RefE (Fn. 14), S. 30 f.

⁴⁵ *Esser* (Fn. 8), S. 45; *Brodowski*, ZStW 136 (2024), 659 (675).

⁴⁶ Die alternative Benennung von Adressaten in *jedem* Mitgliedstaat würde gerade kleine bis mittlere Diensteanbieter überfordern; insoweit ist die Beschränkung auf einen Adressaten für das gesamte Unionsgebiet vorzugswürdig.

⁴⁷ Siehe oben (Fn. 11).

⁴⁸ Das betrifft Dänemark (Fn. 12).

⁴⁹ *Petersen*, StraFo 2023, 426 (427); ausführlich dazu *Petersen* (Fn. 7), S. 256 ff.

⁵⁰ Siehe oben (Fn. 14).

⁵¹ Gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 1 lit. a RefE (Fn. 14) bis zu 500.000 €.

⁵² Damit wird zwar vordergründig begrifflich an den drei etablierten Datenkategorien festgehalten, zugleich aber die darin liegende klare Unterscheidung verwässert. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Daten bestimmt sich nicht mehr nur nach den Datenkategorien, sondern auch nach der Eingriffsintensität der Ermittlungsmaßnahme, vgl. dazu *Warcken*, Klassifizierung elektronischer Beweismittel für strafprozessuale Zwecke, 2019, S. 103; *Petersen* (Fn. 7), S. 82 f.

⁵³ Vgl. § 3 Nr. 6 TKG sowie § 2 Abs. 2 Nr. 2 Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutzgesetz (TDDDG).

⁵⁴ Ungenauer insofern § 3 Nr. 70 TKG: „Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich sind.“

⁵⁵ Krit. auch *Burchard*, ZIS 2018, 190 (202 Fn. 94); *ders.*, ZRP 2019, 164 (165; in Abgrenzung zu Inhaltsdaten); *Krumwiede*, ZfIStw 3/2024, 202 (211).

nahmen (§§ 94 ff. StPO),⁵⁶ insbesondere §§ 100j Abs. 1 S. 1, 100k Abs. 3 StPO. Zuständige Polizeibehörden sind die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft i.S.v. § 152 GVG, die allerdings nur im Rahmen der StPO-Zuständigkeiten tätig werden dürfen (§ 7 Abs. 1 RefE),⁵⁷ also insbesondere aufgrund § 100j Abs. 1 S. 1 StPO, nicht aber etwa aufgrund § 100k Abs. 3 StPO;⁵⁸ jedenfalls sind deren Anordnungen staatsanwaltschaftlich zu validieren (§ 8 Abs. 1 RefE).

Bei eingriffsintensiveren Verkehrs- und Inhaltsdaten kann die Herausgabeanordnung grundsätzlich nur von einem Richter erlassen werden (Art. 4 Abs. 2 lit a); bei Erlass durch eine andere (polizeiliche) Ermittlungsbehörde muss eine Validierung durch einen Richter erfolgen (Art. 4 Abs. 2 lit b). Innerstaatlich gelten auch insoweit §§ 94 ff. StPO, insbesondere § 100g (Richtervorbehalt nach § 101a Abs. 1 S. 1 StPO i.V.m. § 100e Abs. 1 S. 1 StPO), wobei die VO allerdings die staatsanwaltschaftliche Eilkompetenz gem. § 100e Abs. 1 S. 2 StPO blockiert: Eine Notfallzuständigkeit anderer Ermittlungsbehörden ohne *vorherige* richterliche Validierung existiert nur bezüglich Identifikationsdaten (Art. 4 Abs. 5 VO), die deutsche *nachträgliche* gerichtliche Bestätigung (§ 100e Abs. 1 S. 3 StPO) bei Verkehrsdaten ist von der VO nicht gedeckt.⁵⁹ Zuständiger Richter ist der Ermittlungsrichter (§§ 162 Abs. 1, 169 StPO); zuständige Behörde i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. b ist aber nur die Staatsanwaltschaft (nicht die Polizei), deren Anordnung allerdings richterlich validiert werden muss (Art. 4 Abs. 2 lit. b, § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 3 RefE).⁶⁰

⁵⁶ Grundlegend zur Zuständigkeit nach nationalem Recht siehe EuGH, Urt. v. 16.12.2021 – C-724/19 [ECLI:EU:C:2021:1020] (HP), Rn. 45; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-584/19 [ECLI:EU:C:2020:1002] (Staatsanwaltschaft Wien), Rn. 57 ff.

⁵⁷ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 43.

⁵⁸ Nach § 100j Abs. 3 StPO besteht ein Richtervorbehalt nur bezüglich Abs. 1 S. 2 und S. 3, ein Auskunftsverlangen nach Abs. 1 S. 1 kann die Polizei danach im Rahmen der Ermittlungsgeneralklausel (§ 163 Abs. 1 StPO: „Ermittlungen jeder Art“) stellen, vgl. *Bär*, ZIS 2011, 53 (54); *Petersen* (Fn. 7), S. 134. Demgegenüber ist nach § 100k Abs. 3 StPO allein die Staatsanwaltschaft ermächtigt.

⁵⁹ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 44.

⁶⁰ Die im Zusammenhang mit dem EuHB aufgeworfene Frage der Staatsanwaltschaft als (unabhängige) Justizbehörde, die für die deutsche Staatsanwaltschaft wegen der ministeriellen Aufsichts- und Leitungsbefugnis (§ 147 Nr. 1, 2 GVG) zu verneinen ist (EuGH NJW 2019, 2145 [2150]: „[...] ‚ausstellende Justizbehörde‘ iSv Art. 6 Absatz I des Rahmenbeschlusses 2002/584 dahin auszulegen [...], dass darunter nicht die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden“; anders zur EEA EuGH NJW 2021, 1373), stellt sich hier nicht, denn die Staatsanwaltschaft darf ohnehin nur bei Identifikationsdaten selbständig tätig

Bei der *Sicherungsanordnung* wird nicht zwischen der Art der Daten differenziert: sie kann immer durch einen Richter oder Staatsanwalt erlassen werden (Art. 4 Abs. 3 lit a) bzw. muss bei Erlass durch eine (polizeiliche) Ermittlungsbehörde richterlich oder staatsanwaltschaftlich validiert werden (Art. 4 Abs. 3 lit b). Innerstaatlich wird die Erlasszuständigkeit grundsätzlich dem Gericht zugewiesen (§ 100e Abs. 1 StPO); es besteht aber eine staatsanwaltschaftliche Eilzuständigkeit gem. §§ 101a Abs. 1a, 100e Abs. 1 S. 2 StPO (§ 9 RefE).

Was die materiellen Voraussetzungen des Erlasses einer *Herausgabeanordnung* angeht, so muss diese, insbesondere mit Blick auf die Beschuldigtenrechte, notwendig und verhältnismäßig⁶¹ und nach nationalem Recht in einem vergleichbaren Fall zulässig sein (Art. 5 Abs. 2). Bei Identifikationsdaten kann die Anordnung für alle Straftaten oder zur Vollstreckung von mindestens viermonatigen Freiheitsstrafen oder Maßregeln (sofern diese nicht in Abwesenheit ergangen sind) erlassen werden (Art. 5 Abs. 3). Bei Verkehrs- und Inhaltsdaten ist die Anordnung bei Straftaten mit einem Mindesthöchstmaß von 3 Jahren Freiheitstrafe⁶² und einer Reihe sekundärrechtlich geregelter Taten zulässig (Art. 5 Abs. 4). Verkehrs- und Inhaltsdaten eines Berufsgeheimnisträgers dürfen nur (sofern sie in einer spezifischen Infrastruktur abgelegt sind) unter bestimmten (alternativen) Voraussetzungen mittels Europäischer Herausgabeanordnung angefordert werden (Art. 5 Abs. 9). Auch bei durch Immunitäten oder Vorrechte oder durch Presse- und Meinungsfreiheit geschützte Verkehrs- oder Inhaltsdaten gelten restriktive Anordnungsvoraussetzungen (Art. 5 Abs. 10), jedoch hat die ermittelnde Behörde – wenig verständlich⁶³ – ein Ermessen („kann“) bezüglich der Sachverhaltsklärung. Stellt sie aber fest, dass die geschützten Rechte betroffen sind, darf sie die Anordnung nicht erlassen (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2).

Eine *Sicherungsanordnung* kann für alle Daten und für alle Straftaten (Art. 6 Abs. 3) erlassen werden, wenn sie mit Blick auf den Sicherungszweck (spätere Herausgabe der Daten) und unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 2) und in einem vergleichbaren Fall auch im nationalen Recht hätte erlassen werden können (Art. 6 Abs. 3). Diese, dem hypothetischen Ermittlungseingriff (§ 161 Abs. 3 S. 1 StPO) ähnliche Regelung setzt eine nationale Rechtsgrundlage zur Verpflichtung privater Diensteanbieter zur Datensicherung voraus. Ob eine solche in Deutschland existiert, ist um-

werden (Art. 4 Abs. 1 lit. a und schon oben im Haupttext) und zwar unabhängig davon, ob und wie unabhängig sie ist (siehe auch Erwägungsgrund 36, der alleine auf die objektive Entscheidungsfindung der Staatsanwaltschaft abstellt).

⁶¹ Krit. insoweit *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (270: keine Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit bezüglich bestimmter Straftat und bestimmten Tatverdächtigen i.S.d. Vorschlags des Ausschusses für „Civil Liberties, Justice and Home Affairs“, „LIBE“).

⁶² Krit. insoweit *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (85: „Alltagskriminalität“).

⁶³ Krit. auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (86).

stritten.⁶⁴ Selbst wenn sie existieren würde, würde es an einer – nach dem „Doppeltürmodell“ erforderlichen⁶⁵ – Erlaubnisnorm für Diensteanbieter zur Datenspeicherung fehlen.⁶⁶ Deshalb sieht der Referentenentwurf zur Änderung des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) in Art. 1 §§ 13a, 24a eine Rechtsgrundlage zur Erfüllung der Pflichten gem. Art. 10 und 11 vor.⁶⁷ Zur Vollstreckung kann eine Sicherungsanordnung schließlich aus den gleichen Gründen wie eine Herausgabeanordnung ergehen (Art. 6 Abs. 3).

Wie schon gesagt, werden Herausgabe- und Sicherungsanordnung unmittelbar an den Diensteanbieter gerichtet, doch ist die Vollstreckungsbehörde⁶⁸ des Vollstreckungsstaats (in dem sich Niederlassung oder Vertreter des Diensteanbieters befindet, Art. 3 Nr. 16, 17) bei einer Herausgabeanordnung bezüglich Verkehrs- und Inhaltsdaten (zeitgleich) zu unterrichten (Art. 8 Abs. 1). Dies ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn die Anordnungsbehörde hinreichende Gründe

⁶⁴ Die insoweit einschlägigen telekommunikationsrechtlichen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung (§§ 175 Abs. 1, 176 TKG) hat das Bundesverwaltungsgericht am 14.8.2023 (BVerwG, Urt. v. 14.8.2023 – 6 C 7.22, Rn. 19 ff.) – infolge der EuGH-Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung vom 20.9.2022 (EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19, C-794/19) – für unanwendbar erklärt. Die Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO) kann eine Verpflichtung Privater zur Datenspeicherung nicht begründen. Die Anwendbarkeit der §§ 94 ff. (insbesondere § 94 Abs. 2, Abs 1 Alt. 2 StPO), 100g Abs. 1, 100j Abs. 1 StPO ist ebenfalls umstritten. Vgl. *Rexin*, CR 2024, 64 (67 f.).

⁶⁵ Danach bedarf es einer Rechtsgrundlage sowohl für die Übermittlung also auch den Abruf/die Abfrage von Daten: „Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten“ (BVerfG, Beschl. v. 27.1.2020 – 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13, Rn. 93). Es bedarf also nicht nur einer Rechtsgrundlage zur Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch zur Speicherung/für den Abruf auf Seiten des Diensteanbieters.

⁶⁶ *Rexin*, CR 2024, 64 (68 ff., mit einem Regelungsvorschlag und einem grenzüberschreitenden Blick nach Österreich, Portugal, Irland, Italien und Frankreich).

⁶⁷ BMDV, Entwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes, Februar 2024, S. 4, 11 („nach dem Bild einer Doppeltür“), abrufbar unter

https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2024/02/2024-02-07_BMDV_RefE_TTDSAendG.pdf (3.3.2025).

⁶⁸ In Deutschland soll dies die Staatsanwaltschaft sein, § 10 RefE (Fn. 14). Nur nebenbei sei gesagt, dass der deutsche Verordnungstext weiterhin an dem Begriff der Vollstreckungsbehörde festhält, während im Englischen zutreffend von „enforcing“ (statt „executing“) „authority“ gesprochen wird, vgl. *Petersen* (Fn. 7), S. 304.

zu der Annahme hat, dass die Straftat im Anordnungsstaat begangen wurde/wird und die betroffene Person im Anordnungsstaat ansässig ist (Art. 8 Abs. 2). Die Unterrichtung hat aufschiebende Wirkung für den betreffenden Diensteanbieter (Art. 8 Abs. 4, außer in Notfällen, dazu sogleich) bis zum Ablauf der maximal 10-tägigen Überlegungsfrist der Vollstreckungsbehörde (Art. 10 Abs. 2). Die Unterrichtungs- bzw. Notifizierungspflicht war Gegenstand heftiger Kontroversen. Sie war im ursprünglichen Kommissionsentwurf nicht vorgesehen⁶⁹ und wurde erst (nicht zuletzt auf Druck Deutschlands, aber vor allem des Europäischen Parlaments⁷⁰) in fortgeschrittenem Verhandlungsstadium als Grundidee eingeführt. Ihre nun vorliegende Form erhielt sie im Rahmen der Trilogerverhandlungen.⁷¹ Ob damit ein ausreichend „robustes“ Unterrichtsverfahren⁷² in grundrechtlicher Hinsicht etabliert wurde, wird unten (4. a) zu bewerten sein.

Sofern keine Unterrichtung erforderlich ist, hat der Diensteanbieter die angeforderten Daten umgehend zu sichern (Art. 10 Abs. 1) und spätestens innerhalb von 10 Tagen an die Anordnungsbehörde zu übermitteln (Art. 10 Abs. 3); in „Notfällen“⁷³ spätestens innerhalb von 8 Stunden (Art. 10 Abs. 4 S. 1).⁷⁴ Die Sicherungspflicht endet grundsätzlich nach 60 Tagen, sofern bis dahin kein Herausgabeersuchen gestellt oder beantragt wurde, die Sicherungsdauer mit Blick auf ein Herausgabeersuchen um 30 Tage zu verlängern (Art. 11 Abs. 1). Wurde ein Herausgabeersuchen gestellt, so hat der Diensteanbieter die Daten aber „so lange“ zu sichern, „wie dies erforderlich ist“ (Art. 11 Abs. 2). Ist die Sicherung nicht mehr erforderlich, so ist der Diensteanbieter von der Anordnungsbehörde davon zu unterrichten und die Sicherungsverpflichtung erlischt (Art. 11 Abs. 3).

3. Ablehnungsgründe, Rechtsschutz, Vollstreckung, Sanktionen

Wird die Vollstreckungsbehörde unterrichtet, so hat sie „so bald wie möglich“, spätestens innerhalb von 10 Tagen bzw. in Notfällen innerhalb von 96 Stunden, die Geltendmachung

⁶⁹ Krit. *Esser* (Fn. 8), S. 48 ff.

⁷⁰ Siehe *Sippel* (EP-Berichterstatlerin), *eu crim* 2023, 109 (guest editorial).

⁷¹ RefE (Fn. 14), S. 20 f. Zur Verhandlungsgeschichte auch *Burchard*, ZIS 2018, 249 (255 f.); *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (86); *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 2; *Petersen* (Fn. 7), S. 302 ff.; *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (270 f.).

⁷² RefE (Fn. 14), S. 20.

⁷³ Als „Notfall“ definiert Art. 3 Nr. 18 VO eine Situation unmittelbarer Gefahr für Leben, körperliche Unversehrtheit oder Sicherheit oder für eine kritische Infrastruktur, wenn deren Störung zu den genannten Gefahren oder einer schweren Beeinträchtigung der Grundversorgung der Bevölkerung oder der Wahrnehmung der Kernfunktionen des Staates führen würde.

⁷⁴ Instruktive Unterscheidung der drei Konstellationen bei *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202 (206 ff.: Unterrichtung Vollstreckungsbehörde, keine Unterrichtung, Notfallanordnung).

von Ablehnungsgründen zu prüfen (Art. 12 Abs. 1). Als solche kommen (abschließend) in Betracht:⁷⁵

- Schutz der angeforderten Daten durch Immunitäten und Vorrechte (z.B. Beschlagnahmeverbot von Berufsheimnisträger gem. § 97 Abs. 1 StPO)⁷⁶ oder durch strafrechtliche Haftungsbeschränkung aufgrund Presse- und Meinungsfreiheit;
- offensichtliche Verletzung der europäischen Grundrechte (Art. 6 EUV, Charta) durch Herausgabe;
- Verstoß gegen „ne bis in idem“;
- fehlende beiderseitige Strafbarkeit: keine Strafbarkeit im Vollstreckungsstaat bei Nicht-Vorliegen einer Katalogtat (Anhang IV)⁷⁷ mit Mindesthöchststrafe von drei Jahren im Anordnungsstaat.

Die Vollstreckungsbehörde soll diese Ablehnungsgründe aber nur „gegebenenfalls“ geltend machen (Art. 12 Abs. 1); wir kommen darauf zurück (4. a). Sollte eine Konsultation zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde nicht zu einer Einigung führen (etwa Anpassung der Herausgabeordnung), macht die Vollstreckungsbehörde die Ablehnungsgründe geltend⁷⁸ und unterrichtet Diensteanbieter und Anordnungsbehörde (Art. 12 Abs. 3). Dann beendet der Diensteanbieter die Vollstreckung und darf die Daten nicht übermitteln und die Anordnungsbehörde widerruft die Anordnung (Art. 12 Abs. 2).

Mögliche Ausführungshindernisse aufgrund von Immunitäten und Vorrechten oder Presse- und Meinungsfreiheit – die sich mangels europarechtlicher Vorgaben allein nach dem (innerstaatlichen) Recht des Vollstreckungsstaats richten⁷⁹ – können auch vom Diensteanbieter gegenüber Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde vorgebracht werden (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 1). Die Anordnungsbehörde muss dann entscheiden, ob sie die Herausgabe- oder Sicherungsanordnung zurücknehmen, anpassen oder aufrechterhalten will, die Vollstreckungsbehörde kann ggf. den entsprechenden Ablehnungsgrund geltend machen (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 2, UAbs. 3, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2). Ferner kann der Diensteanbieter bei einem unvollständigen Ersuchen um Klarstellung bitten (Art. 11 Abs. 5) und eine faktische Unmöglichkeit der Ausführung geltend machen (Art. 11 Abs. 6). Schließlich kann ein Diensteanbieter auch – detailliert und innerhalb von 10 Tagen – gegenläufige Verpflichtungen aus dem Recht eines Drittlands vorbringen (Art. 17 Abs. 1, Abs. 2). Dies kann zu einer gerichtlichen Überprüfung im Anordnungsstaat bei Aussetzung der Ausführung führen (Art. 17 Abs. 3–8). In Deutschland soll insoweit das OLG

zuständig sein (§ 18 Abs. 2 RefE); es entscheidet durch unanfechtbaren Beschluss (§ 19 RefE).

Art. 18 gewährt Rechtsschutz gegen die Herausgabeordnung vor einem Gericht des Anordnungsstaats, das die Rechtmäßigkeit, einschließlich Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, zu prüfen hat (Abs. 1 und 2). Fristen und sonstige Voraussetzungen sollen vergleichbaren Fällen des nationalen Rechts entsprechen (Abs. 4). Bei der „Bewertung“ der eingeholten Beweismittel ist sicherzustellen, dass die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet sind (Abs. 5). Rechtsschutz gegen eine Sicherungsanordnung wird nicht ausdrücklich gewährt. § 14 Abs. 1 RefE erklärt für Rechtsbehelfe gegen Herausgabeordnungen die §§ 304, 306 bis 310 StPO (bei gerichtlicher Anordnung und Validierung) sowie „in allen anderen Fällen“ § 98 Abs. 2 S. 2, S. 3 und S. 5 StPO (insbesondere bei Anordnung und Validierung durch Staatsanwaltschaft) für anwendbar; bei einer Sicherungsanordnung gilt § 101a Abs. 6 S. 2 StPO i.V.m. § 101 Abs. 7 S. 2–4 StPO, sodass der Betroffene die gerichtliche Überprüfung beantragen und gegen diese gerichtliche Entscheidung sofortige Beschwerde einlegen kann (§ 14 Abs. 2 RefE).⁸⁰ In der Sache muss das Gericht die (materiellen) Voraussetzungen zum Erlass der jeweiligen Anordnung gem. Art. 4–6 (§ 15 Abs. 1 RefE) und damit auch die Zulässigkeit des Erlasses nach deutschem Recht (Art. 5 Abs. 2 letzter HS, Art. 6 Abs. 3) prüfen; es gilt also ein doppelter (europarechtlicher und nationaler) Maßstab.⁸¹ Liegen die Voraussetzungen nicht vor, ist die Anordnung rechtswidrig und aufzuheben; bereits erlangte Daten sind unverzüglich zu löschen, eventuell darauf beruhende Erkenntnisse dürfen nicht „verwendet“ werden (§ 15 Abs. 2 RefE).⁸²

Der Adressat einer Herausgabeordnung kann ferner (nachträglich) amtsgerichtliche Entscheidung wegen der „unterlassene[n] Geltendmachung von Ablehnungsgründen durch die Vollstreckungsbehörde“ beantragen (§ 16 Abs. 1–3 RefE). Das Amtsgericht (!) hat dann zu prüfen, ob ein nach Art. 12 Abs. 1 vorliegender Ablehnungsgrund von der Vollstreckungsbehörde ermessensfehlerhaft nicht geltend gemacht wurde, und dabei dieser Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 16 Abs. 5 RefE).⁸³ Das Gericht hat gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Geltendma-

⁷⁵ Krit. insoweit zum RefE BRAK (Fn. 39), S. 6 („wünschenswert, wenn das [...] Prüfprogramm sich auch im Gesetzestext niederschlagen würde“).

⁷⁶ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 50.

⁷⁷ E-evidence-VO (Fn. 3), S. 175 f.

⁷⁸ Ggf. auf bestimmte Daten beschränkt und mit Bedingungen versehen, Art. 12 Abs. 4.

⁷⁹ Siehe auch *Babucke*, *wistra* 2024, 57 (60).

⁸⁰ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 48 f. Die BRAK (Fn. 39), S. 4, fordert eine ausdrückliche Beschwerdemöglichkeit zum Landgericht.

⁸¹ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 49.

⁸² Diese Löschungspflicht und das Verwendungsverbot sind mit Blick auf die in der Regel bereits erfolgte Herausgabe geboten, BRAK (Fn. 39), S. 4.

⁸³ Damit folgt das BMJ der in der Literatur vertretenen Auffassung, dass es im Falle einer grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahme – als Ausgleich für die nicht mehr erforderliche ausdrückliche Anerkennung – eines Rechtsbehelfs im Vollstreckungsstaat bedarf, der auf die Geltendmachung der Ablehnungsgründe durch diesen gerichtet ist, vgl. *Petersen* (Fn. 7), S. 324. Für den Betroffenen, der den Schutz der deutschen Gerichtsbarkeit in Anspruch nehmen kann, wird damit der Rechtsschutz im Vergleich zur Verordnung erweitert.

chung festzustellen (§ 17 Abs. 1 RefE), und zwar durch unanfechtbaren Beschluss (§ 17 Abs. 2 RefE). Dieser nachträgliche Rechtsschutz, der nicht in der VO vorgesehen ist, ist zu begrüßen. Die Tatsache, dass er nur eingehende Anordnungen, bei denen Deutschland Vollstreckungsstaat ist (§ 16 Abs. 1 RefE: „Vollstreckungsbehörde“ ist), betrifft, liegt in der Logik der VO, die nur eine Unterrichtung der Vollstreckungsbehörde (Art. 8) durch die (ausländische) Anordnungsbehörde bei (deren) eingehenden Anordnungen vorsieht. Wird die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Geltendmachung von Ablehnungsgründen festgestellt (§ 17 Abs. 1 RefE), richten sich die Rechtsfolgen dieser Feststellung nach dem Recht der (ausländischen) Anordnungsbehörde.⁸⁴ Um den (nachträglichen) Rechtsschutz im Vollstreckungsstaat nicht leerlaufen zu lassen, müsste es also eine Regelung, ggf. abgesichert durch einen Rechtsbehelf, im Anordnungsstaat geben, die Rechtsfolgen an das rechtswidrige Unterlassen der Geltendmachung von Ablehnungsgründen durch die Vollstreckungsbehörde knüpft. Ein solcher Rechtsbehelf hätte in der VO verlangt werden sollen.⁸⁵

Sollte ein Diensteanbieter eine (wirksame) Herausgabe- oder Sicherungsanordnung nicht vollstrecken, kann die Anordnungsbehörde die Vollstreckungsbehörde um Vollstreckung ersuchen (Art. 16 Abs. 1, Abs. 2). Dabei informiert die Vollstreckungsbehörde den Diensteanbieter über die Möglichkeit, Einwände (dazu Art. 16 Abs. 4, Abs. 5) vorzubringen und über anwendbare Sanktionen (Art. 16 Abs. 3). Die Vollstreckungsbehörde entscheidet über die Stichhaltigkeit vorgebrachter Einwände (Art. 16 Abs. 6) und konsultiert ggf. die Anordnungsbehörde, falls sie Zweifel an der Vollstreckbarkeit hat (Art. 16 Abs. 7). Bestätigt die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckbarkeit, wird bei Nichtbefolgung eine Sanktion verhängt (Art. 16 Abs. 10 S. 1). Der dagegen erforderliche Rechtsbehelf (Art. 16 Abs. 10 S. 2) richtet sich innerstaatlich nach §§ 67 ff. OWiG (§ 20 RefE).

Die Mitgliedstaaten müssen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für Fälle der Nichtbefolgung von Herausgabe- oder Sicherungsanordnungen vorsehen (Art. 15 Abs. 1 S. 1 und 2). Sie sollen sich auf maximal 2 % des Jahresgesamtumsatzes des Diensteanbieters belaufen (Art. 15 Abs. 1 S. 3). § 21 RefE sieht insoweit bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten vor (Abs. 1, 2) und zwar – differenzierend nach der Schwere der Zuwiderhandlung – bis zu 100.000, 500.000 € oder bis zu 2 % des Jahresumsatzes, sofern dieser mehr als 5 Mio. beträgt (Abs. 3, 4). Bußgeldbe-

⁸⁴ Siehe auch RefE (Fn. 14), S. 51: „Welche Rechtsfolgen sich an diese Feststellung im einzelnen Fall anschließen, richtet sich nach dem nationalen Recht der Anordnungsbehörde, die aufgrund der Logik der Verordnung (EU) 2023/1543 stets im Ausland liegt [...] (Unterrichtung gemäß Artikel 8 der Verordnung an eine deutsche Staatsanwaltschaft nur bei eingehenden Anordnungen, nicht bei ausgehenden).“

⁸⁵ Vgl. auch *Wörner*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, 4. HT, RL EEA Rn. 417, IRG Vor §§ 91–97 Rn. 511; *Petersen* (Fn. 7), S. 205 ff., 327, 336 f.

hörde ist das Bundesamt für Justiz oder die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde (Abs. 5).⁸⁶

4. Weitere (spezifische) Kritik

Die VO sieht keine umfassende Regelung zur Zulässigkeit bzw. Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise, sondern nur selektive Verwendungsverbote⁸⁷ vor.⁸⁸ Sie liefert auch keine (sonstige) Harmonisierung relevanter strafprozessualer Aspekte, insbesondere bezüglich Grad des Tatverdachts und beweisrechtlicher Substantiierungsanforderungen (etwa zur Eingrenzung der Datenabfrage).⁸⁹ Allerdings ist zu bedenken, dass eine solche Harmonisierung nur durch Richtlinien herbeigeführt werden kann (Art. 82 Abs. 2 AEUV).⁹⁰ In der Sache könnte man eine faktische Harmonisierung in der Bestimmung von Mindestbedingungen (Art. 5 Abs. 4 lit. a: Mindesthöchststrafe drei Jahre) und, jedenfalls faktisch, darin sehen, dass die VO an mehreren Stellen auf das nationale Verfahrensrecht (Art. 1 Abs. 2) oder einen „vergleichbaren nationalen Fall“ verweist (Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3), weil dadurch eine Anpassung des nationalen Rechts impliziert wird.⁹¹ Der RefE verweist hinsichtlich der Ermittlungsmaßnahmen auf eine „zukünftige Fassung“ der StPO mit Blick auf das „Quick-Freeze-Verfahren“.⁹² Hinsichtlich des weiteren Anpassungsbedarfs stellt sich insoweit die Frage, wie nach Inkrafttreten der VO in Konfliktfällen zwischen dieser und dem nationalen Recht zu verfahren sein wird. Beispielhaft: Kann eine Herausgabe- oder Sicherungsanordnung auf Antrag eines Beschuldigten erlassen werden (Art. 1 Abs. 2), wenn das nationale Strafverfahrensrecht⁹³ eine solche Möglichkeit nicht vorsieht? Dafür spricht die unmittelbare An-

⁸⁶ Siehe dazu auch RefE (Fn. 14), S. 56 ff.

⁸⁷ Vgl. Art 4 Abs. 5, 10 Abs. 4 und 12 Abs. 4 (Löschung von Daten und Verwendungsbeschränkung).

⁸⁸ Krit. *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (272 f.); ungenau *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 4; *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202 (212: keine Verwendungsverbote). Zum Vorschlag des European Law Institute (ELI) für Mindestanforderungen zur gegenseitigen Zulässigkeit von Beweisen siehe *Bachmaier*, eucrim 2023, 223 ff.

⁸⁹ *Burchard*, ZRP 2019, 164 (166); auch *Petersen* (Fn. 7), S. 322.

⁹⁰ Zur Rechtsgrundlage der VO siehe schon Fn. 8.

⁹¹ Siehe auch *Petersen* (Fn. 7), S. 314, der eine Harmonisierung der nationalen Ermittlungsmaßnahmen durch die Vorgaben an die EPOC und EPOC-PR sieht.

⁹² RefE (Fn. 14), S. 11 Fn. 3, S. 45 Fn. 4. Zum „quick freeze“ siehe BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Sicherungsanordnung für Verkehrsdaten in der Strafprozessordnung, Oktober 2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Einfuehrung_Sicherungsanordnung_Verkehrsdaten.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (21.3.2025).

Dieser RefE ist auch der Diskontinuität zum Opfer gefallen und sein Schicksal ist derzeit (25.3.2025) unklar. Krit. zur pauschalen Verweisung auf den achten Abschnitt der StPO im RefE BRAK (Fn. 39), S. 3 f.

⁹³ Zur dt. Rechtslage siehe schon Fn. 39.

wendbarkeit der VO (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) und der effet utile-Grundsatz, dagegen die fehlende (formale) Harmonisierung durch Richtlinien (Art. 82 Abs. 2 AEUV). Tatsächlich fordert die VO in zahlreichen Fällen eine nationale Umsetzung, also mehr als nur eine bloße Durchführung, wie es der RefE insinuiert;⁹⁴ sie ähnelt insoweit in der Sache einer Richtlinie.

Die VO führt zu einer Teilprivatisierung⁹⁵ der Rechtshilfe, weil die – auch im EU-System gegenseitiger Anerkennung – staatlich erledigte Vollstreckung eines Rechtshilfeersuchens einem *privaten* Diensteanbieter übertragen wird. Darin kann man einen qualitativen Sprung der eigentlich zwischenstaatlichen gegenseitigen Anerkennung sehen,⁹⁶ doch wird dieser teilweise durch die oben beschriebene Einbindung der Vollstreckungsbehörde per Unterrichtung und vor allem durch deren Rolle bei der Vollstreckung einer Anordnung wieder zurückgenommen.⁹⁷ Wie dem auch sei, die Kooperation Privater dürfte im Bereich elektronischer Beweismittel nachgerade unentbehrlich sein,⁹⁸ doch muss die mit der fehlenden Beteiligung des (ersuchten) Vollstreckungsstaats einhergehende Rechtsschutzverkürzung irgendwie ausgeglichen werden, sei es durch seine Beteiligung (per Unterrichtung) und/oder durch die Eröffnung effektiven Rechtsschutzes für den Diensteanbieter und/oder Betroffenen. Beide Ansätze finden sich in der Verordnung, doch wird, wie im Folgenden gezeigt wird (a) und b), nur sehr begrenzter Rechtsschutz gewährt. Ferner gerät der Diensteanbieter in ein pflichtenkollisionsrechtliches Dilemma, das letztlich nur durch zwischenstaatliche Abkommen aufgelöst werden kann (c).

a) Unterrichtungsverfahren

Mit der Einbindung der Vollstreckungsbehörde durch das Unterrichtungsverfahren soll umfassender Rechtsschutz ge-

währleistet werden,⁹⁹ die Unterrichtungspflicht ist aber mehrfach eingeschränkt und wird damit eher zur Ausnahme als zur Regel.¹⁰⁰ Zum einen gilt sie nur bei einer Herausgabeanordnung, zum anderen nur bezüglich Verkehrs- und Inhaltsdaten (Art. 8 Abs. 1). Damit muss weder bei einer auf jegliche Daten gerichteten Sicherungsanordnung, noch bei einer Herausgabeanordnung bezüglich Identifikationsdaten unterrichtet werden.¹⁰¹ Selbst im Fall einer Herausgabeanordnung bezüglich Verkehrs- und Inhaltsdaten gilt die Unterrichtungspflicht nicht, wenn die betreffende Straftat im Anordnungsstaat begangen wurde, „wird“ oder „wahrscheinlich [...] werden wird“ (Art. 8 Abs. 2 lit. a) und die betroffene Person im Anordnungsstaat ansässig ist (Art. 8 Abs. 2 lit. b).¹⁰² Ob dafür „hinreichende Gründe“ bestehen, hat allein die – möglicherweise befangene – Anordnungsbehörde zu entscheiden (Art. 8 Abs. 2).¹⁰³ Besonders schutzbedürftige Gruppen, etwa Journalisten, Dissidenten oder Whistleblower, die ein legitimes Interesse haben können, ihre Daten im Ausland zu sichern, sehen sich somit ggf. einem direkten Zugriff ihres Heimatstaats auf ihren Diensteanbieter/seinen Vertreter ausgesetzt, ohne dass der „zuständige“ Vollstreckungsstaat (oder der Wohnsitzstaat des Betroffenen)¹⁰⁴ unterrichtet werden müsste (Beispielhaft: die ungarische Regierung kann sich ggf. direkt an den in Deutschland ansässigen Vertreter des Diensteanbieters wenden, um auf die von diesem gesicherten Daten missliebiger ungarischer Journalisten zuzugreifen, ohne Deutschland zu unterrichten). Diese Personen müssen dann darauf hoffen, dass der Diensteanbieter Einwände geltend macht (dazu III. b) aa).

Der Begehungsort richtet sich nach dem nationalen Recht des Anordnungsstaats, wobei dem Wohnsitz des Opfers indizielle Bedeutung zukommt.¹⁰⁵ Systemwidrig ist insoweit die Erweiterung auf zukünftige Taten in Art. 8 Abs. 2 lit. a Alt. 2 und Alt. 3 („wird oder wahrscheinlich begangen werden

⁹⁴ Siehe oben Fn. 14: „Umsetzung der Richtlinie [...] Durchführung der Verordnung [...]“

⁹⁵ Entgegen der in der Lit. geäußerten Kritik (*Brodowski*, ZStW 136 [2024], 659 [675]; *Burchard*, ZIS 2018, 249 [265]; *Tosza*, CLR 2024, 141 [141 f., 156]; auch EJPD/BJ [Fn. 43], S. 21) handelt es sich nicht um eine *vollständige* Privatisierung, denn die Herausgabe bzw. Sicherung wird ja von einem (Anordnungs-)Staat verlangt.

⁹⁶ *Tosza*, CLR 2024, 139 (156: „paradigm shift“, „quantum leap“); ebenso *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (259, 267).

⁹⁷ *Tosza*, CLR 2024, 153.

⁹⁸ Sie ist auch im nationalen Recht vorgesehen, siehe etwa § 100a Abs. 4 StPO; dazu *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 4; *Beukelmann*, NJW-Spezial 2023, 568; *Petersen* (Fn. 7), S. 124. Im Übrigen bleiben die nationalen Befugnisse unberührt (Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2), die der VO und Richtlinie zugrundeliegenden Prinzipien dürfen aber nicht umgangen werden (RL-Vertreter, Erwägungsgrund 9; dazu auch *Weiß/Brinkel*, RD 2023, 522 [525], die sogar – wohl zu weitgehend – eine „Sperrwirkung“ der VO gegenüber den nationalen Befugnisnormen annehmen). Zur Privatisierung der Kooperation in anderen Bereichen (etwa Geldwäsche) siehe *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (259, 266 f.).

⁹⁹ RefE (Fn. 14), S. 20 f.

¹⁰⁰ EDRi v. 7.2.2023 („exception rather than the rule“), abrufbar unter

<https://edri.org/our-work/e-evidence-compromise-blows-a-hole-in-fundamental-rights-safeguards/>. (3.3.2025); krit. auch *Petersen*, StraFo 2023, 426 (432: kläglicher Rest eines effektiven Rechtsbehelfs im Vollstreckungsstaat); *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (201); *Tosza*, CLR 2024, 148 (150 f.).

¹⁰¹ Vgl. RefE (Fn. 14), S. 21: laut Protokollerklärung „sei es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerlässlich, dass Rechtsschutz nicht nur gegen Herausgabeanordnungen und im Anordnungsstaat bestehe, sondern ebenso gegen Sicherungsanordnungen und im Vollstreckungsstaat.“

¹⁰² Krit. *Krumwiede*, ZfIStw 3/2024, 202 (210 f.); *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 4; *Juszczak/Sason*, eucrim 2023, 182 (193).

¹⁰³ Krit. auch EDRi (Fn. 100): „considerable interests in avoiding the notification procedure“; zust. EJPD/BJ (Fn. 43), S. 12 („beachtliches Interesse an der Vermeidung der Notifizierung“).

¹⁰⁴ So der nicht angenommene Vorschlag des LIBE-Ausschusses, dazu *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (271 Fn. 124).

¹⁰⁵ Vgl. e-evidence-VO, Erwägungsgrund 52.

wird“), denn es geht um e-evidence „im Rahmen eines Strafverfahrens“ mit Blick auf „eine konkrete, bereits begangene Straftat“;¹⁰⁶ nicht aber um präventiv-polizeiliche Straftatverhütung.¹⁰⁷ Hinsichtlich der „Ansässigkeit“ des Tatverdächtigen im Anordnungsstaat (Art. 8 Abs. 2 lit. b) reichen – jenseits einer Registrierung (Meldung) dort – auch bestimmte Bindungen aus;¹⁰⁸ das ist unbestimmt weit.¹⁰⁹

Praktisch bedeutet die Ausnahme von der Unterrichtung der Vollstreckungsbehörde (bzw. das faktische Unterlassen der Unterrichtung¹¹⁰), dass Verkehrs- und Inhaltsdaten von einem Diensteanbieter/seinem Vertreter – per Herausgabeanordnung – herausverlangt werden können, ohne dass der Sitzstaat des Vertreters (ggf. Vollstreckungsstaat) davon erfährt und – wichtiger noch – ohne dass das inkriminierte Verhalten in diesem Staat überhaupt strafbar sein müsste. Beispielhaft: Deutschland müsste nicht über eine – an einen in Deutschland ansässigen Vertreter eines Diensteanbieters gerichtete – polnische Herausgabeanordnung bezüglich Verkehrs- und Inhaltsdaten unterrichtet werden, wenn es sich bei der zugrundeliegenden Tat um eine von einem polnischen Staatsbürger in Polen vorgenommene Abtreibung handelt, die dort zwar strafbar, aber hier straflos wäre.¹¹¹ Damit wird faktisch der (ohnein stark eingeschränkte)¹¹² Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit ausgehebelt,¹¹³ denn dessen Verletzung kann nur von der Vollstreckungsbehörde geltend gemacht werden (Art. 12 Abs 1 lit. d), die ja aber überhaupt keine Kenntnis von dem Herausgabeverfahren hat. Selbst der oben zustimmend erwähnte Rechtsbehelf von § 16 RefE¹¹⁴

kann hier – mangels Kenntnis der Vollstreckungsbehörde – nicht greifen. Schließlich gilt die grundsätzlich aufschiebende Wirkung der Unterrichtung (Art. 10 Abs. 2: 10 Tage) bei Notfällen nicht (Art. 8 Abs. 4). Die 10-Tagefrist (Art. 10 Abs. 2) wird dann auf 96 Stunden verkürzt (Art. 10 Abs. 4 S. 2, Art. 12 Abs. 1). Allerdings findet hier wieder eine Vermischung repressiver und präventiver Zwecke statt, weil Notfälle präventiv – auf unmittelbar bevorstehende Gefahren – ausgerichtet sind¹¹⁵ und schon begangene Straftaten überhaupt nicht betreffen.¹¹⁶

Die ebenfalls schon o.g. möglichen Ablehnungsgründe muss die Vollstreckungsbehörde nur „gegebenenfalls“ („where appropriate“, Art 12 Abs. 1) geltend machen.¹¹⁷ Die Bundesregierung forderte insoweit zu Recht, dass „im Rahmen des Unterrichtungsverfahrens die individualrechtsschützenden Zurückweisungsgründe obligatorisch zu prüfen seien, was in den Erwägungsgründen [und eben auch in Art. 12, Ergänzung durch den *Verf.*] der Verordnung nicht hinreichend klar zum Ausdruck komme.“¹¹⁸ Der hier in Bezug genommene Erwägungsgrund 62 ist in der Tat scheinbar widersprüchlich: Einerseits „sollte“ die Vollstreckungsbehörde das „Recht haben [...], die in der Anordnung angegebenen Informationen zu bewerten und diese gegebenenfalls abzulehnen“, andererseits soll diese Entscheidung aber auf einer „obligatorischen und pflichtgemäßen Prüfung“ beruhen. Während also der erste Satzteil ein Ermessen („sollte“) anzuordnen scheint,¹¹⁹ indiziert der zweite Satzteil eine pflichtgemäße Prüfpflicht. Deshalb dürfte eine Ermessensreduzierung auf Null in der Regel dann anzunehmen sein, wenn einer der Ablehnungsgründe vorliegt, also dessen Geltendmachung dann „appropriate“ sein.¹²⁰ Eine Prüfpflicht folgt im Übrigen nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 („prüft“), sondern logisch auch daraus, dass die Vollstreckungsbehörde überhaupt erst nach vorangegangener Prüfung entscheiden kann, ob sie einen Ablehnungsgrund geltend macht; die Ermessungsausübung setzt also die Prüfung voraus. Bei alledem darf aber nicht das praktische Problem übersehen werden, dass die Vollstreckungsbehörden von Vollstreckungsstaaten, in denen sich Vertreter zahlreicher Diensteanbieter befinden und die damit mit einem erhöhten Aufkommen von Herausgabe- und Sicherungsanordnungen zu rechnen haben, gar

¹⁰⁶ Vgl. Erwägungsgrund 24 und Art. 1 Abs. 1.

¹⁰⁷ Krit. auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (85: „systemwidrig“, „Risiko einer missbräuchlichen Datenerhebung durch den Anordnungsstaat“).

¹⁰⁸ Vgl. e-evidence-VO, Erwägungsgrund 53 („bestimmte Bindungen“, konkretisiert durch objektive Faktoren wie Dauer, Art und Umstände des Aufenthalts sowie „familiäre und wirtschaftliche Bindungen“).

¹⁰⁹ Krit. auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (86); *Krumwiede*, ZfIStw 3/2024, 202 (211); *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 4; EDRi (Fn. 100).

¹¹⁰ Insoweit geben die Erfahrungen mit der EEA Anlass zur Sorge, vgl. insoweit zur Missachtung der Notifizierungspflicht *Petersen* (Fn. 7), S. 240 (Fn. 494), unter Verweis auf Eurojust, Meeting on the EIO, 19–20 September 2018, Outcome Report, S. 13 („most participants believed that [...] the intercepting authorities have simply not notified them“), abrufbar unter https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejnupload/News/Outcome-Report-Eurojust-meeting-on-EIO-Sept-2018_EN.pdf (3.3.2025).

¹¹¹ Bsp. (leicht geändert) nach *Babucke*, wistra 2024, 57 (60 f.).

¹¹² Siehe zur Ausnahme bei Katalogtaten laut Anhang IV der VO und Mindesthöchststrafe schon oben Fn. 77 mit Haupttext.

¹¹³ Krit. auch *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (202 [auch zum überhaupt nicht erwähnten Spezialitätsgrundsatz]).

¹¹⁴ Siehe oben Fn. 83 mit Haupttext.

¹¹⁵ Zur Definition schon oben Fn. 73.

¹¹⁶ Näher *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (87).

¹¹⁷ Krit. *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (87).

¹¹⁸ RefE (Fn. 14), S. 20 f. Der EuGH, Urt. v. 30.4.2024 – C-670/22 = NJW 2024, 1723 (1731 Rn. 124), stellte in der EncroChat-Entscheidung ausdrücklich klar, dass der Unterrichtungspflicht aus Art. 31 Abs. 1 RI-EEA (grenzüberschreitende TKÜ) individualschützender Charakter zukommt. Zum individualschützenden Charakter siehe auch *Petersen*, StV 2022, 679 (680 ff.); *Böse*, JZ 2022, 1048 (1054 f.); *Schmidt*, ZStW 2022, 982 (1000 f.).

¹¹⁹ Ganz im Sinne des auch im letzten Satz von Erwägungsgrund 62 betonten Ermessensspielraums der (unabhängigen) Justizbehörden.

¹²⁰ In diesem Sinne auch überzeugend RefE (Fn. 14), S. 50, 51; i.E. ebenso BRAK (Fn. 39), S. 5.

nicht in der Lage sein werden, alle Anordnungen (von denen sie Kenntnis haben) gründlich zu prüfen.¹²¹

Was die Ablehnungsgründe selbst angeht, so existiert kein allgemeiner Grundrechtsvorbehalt, sondern eine Grundrechtsverletzung kann nur „in Ausnahmefällen“ und „aufgrund genauer und objektiver Belege“ mit Blick auf die „besonderen Umstände[n] des Falles“ bei einer „offensichtliche[n] Verletzung“ geltend gemacht werden (Art. 12 Abs. 1 lit. b, auch Art. 16 Abs. 4 lit. g). Es ist fraglich, ob mit dieser komplizierten und restringierenden Formulierung dem politisch motivierten Einsatz des Instruments gegen Dissidenten und Regierungskritiker ausreichend entgegengewirkt werden kann.¹²²

b) Rechtsschutz

aa) Diensteanbieter

Was die Geltendmachung möglicher Grundrechtsverletzungen durch den privaten Diensteanbieter angeht (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2), so unterliegt die darin liegende Verlagerung des Grundrechtsschutzes auf einen privaten Akteur („Privatisierung“) zunächst grundsätzlichen Bedenken,¹²³ weil sich einerseits private Akteure grundsätzlich nicht von öffentlichen (sondern eben von privaten, geschäftlichen) Interessen leiten lassen¹²⁴ und sich andererseits grundrechtliche Schutzpflichten ausschließlich an den Staat richten und sich dieser der daraus erwachsenden Verpflichtung nicht durch Delegation auf Private entziehen kann. Ob und inwieweit Anordnungs- und Vollstreckungsbehörden in einem solchen Szenario noch ihren Schutzpflichten gerecht werden können und/oder der Diensteanbieter – trotz der angesprochenen Interessenkonflikte (geschäftliche Interessen vs. Daten-/Grundrechtsschutz) – zum „Wächter der Grundrechte“ werden kann,¹²⁵ wird erst die Praxis zeigen und diese wird, soviel wird man prognostizieren können, in den Mitgliedstaaten unterschiedlich sein. Bezüglich der Vollstreckungsstaaten wird insoweit die schon oben erwähnte ungleiche mitgliedstaatliche Verteilung von Vertretern der Diensteanbieter zu einer Beschränkung der Prüfungskapazität führen.

In der Sache regelt die VO den Rechtsschutz nur rudimentär und überlässt Einzelheiten der innerstaatlichen Umsetzung.¹²⁶ Dem Diensteanbieter steht ein effektiver Rechts-

behelf nur gegen die finanzielle Sanktionierung bei Nicht-Befolgung einer Herausgabe- oder Sicherungsanordnung zu (Art. 16 Abs. 10), nicht aber gegen die Anordnung (gegenüber der Anordnungsbehörde) oder gar ihre Vollstreckung (gegenüber der Vollstreckungsbehörde) an sich.¹²⁷ Bezüglich der Anordnung hat der Diensteanbieter lediglich eine beschränkte Prüfungsbefugnis mit Blick auf bestimmte (Grund-) Rechte (Immunitäten, Vorrechte, Presse- und Meinungsfreiheit) mit etwaiger In-Kennntnis-Setzung von Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2), der in Bezug genommene Anhang III enthält aber einen weitergehenden Prüfungskatalog.¹²⁸ Zwar kann er auch auf anderen Gründen beruhende Einwände geltend machen (Art. 10 Abs. 8), doch obliegt das weitere Verfahren der Vollstreckungsbehörde, insbesondere hat sie mögliche Grundrechtsverletzungen – ggf. immerhin auf der Grundlage der Einwände des Diensteanbieters (Art. 10 Abs. 8) – zu prüfen (Art. 16 Abs. 2 lit. a, Abs. 4).¹²⁹

Ob all dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 GRCh) vereinbar ist, darf bezweifelt werden, denn der Diensteanbieter ist ja selbst Adressat einer belastenden Anordnung (auf Herausgabe oder Sicherung), gegen die er sich wehren können sollte.¹³⁰ Überdies setzt er sich datenschutzrechtlichen Haftungsansprüchen aus der Datenschutzgrundverordnung aus,¹³¹ etwa wenn er Daten ohne innerstaatliche Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 3) speichert.¹³² Was die genannte Prüfungsbefugnis angeht, so ist der Diensteanbieter „allein“ auf die im EPOC bzw. EPOC-PR Formular enthaltenen Informationen angewiesen (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2), wobei die im EPOC-Formular enthaltenen substantiellen Informationen zu Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der EPOC zum zugrundeliegenden Sachverhalt und möglichen Straftaten (Abschnitt M) ausdrücklich „nicht an den Adressaten“ übermittelt werden dürfen.¹³³ Der Diensteanbieter erhält damit überhaupt keine substantiellen Informationen, die ihm die beschränkte Grundrechtsprüfung ermöglichen würden, und er darf sich diese Informationen auch nicht beschaffen, weil alleine die Anordnungsbehörde mit der betroffenen Person in Kontakt treten darf (Art. 13

insbesondere Deutschland); *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (202).

¹²⁷ Siehe auch *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 3; *Rexin*, CR 2024, 64 (72).

¹²⁸ Art. 10 Abs. 5 UAbs. 1, Art. 11 Abs. 4 UAbs. 1 verweisen auf das Formular in Anhang III (e-evidence-VO [Fn. 3], S. 172 ff.), das in Abschnitt D eine Liste von Gründen für die Unmöglichkeit der Ausführung enthält. Krit. auch *Tosza*, CLR 2024, 162.

¹²⁹ Insbesondere Art. 16 Abs. 4 lit. g (auf Grundrechte bezugnehmend), auf den aber eben Art. 16 Abs. 3 lit. a – Hinweis der Vollstreckungsbehörde an Diensteanbieter (Adressaten) auf mögliche Einwände – gerade nicht verweist.

¹³⁰ Ebenso *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (92).

¹³¹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 VO: „Unbeschadet ihrer Datenschutzpflichten [...]“. Dazu *Rexin*, CR 2024, 64 (70 f.).

¹³² Vgl. schon oben Fn. 64 ff. mit Haupttext.

¹³³ Vgl. das EPOC-Formular als Anhang I der e-evidence-VO (Fn. 3).

¹²¹ Vgl. *Tosza*, CLR 2024, 151 (159, wo er zusätzlich den „real effect“ hinsichtlich des Grundrechtsschutzes einer „additional bureaucracy“ schaffenden obligatorischen Unterrichtung anzweifelt, 160 [„administrative burden“]).

¹²² Krit. insoweit EDRi (Fn. 100); auch EJPB/BJ (Fn. 43), S. 12; *Tosza*, CLR 2024, 154 f. (insbes. krit. zum einschränkenden Adjektiv „manifest“ [„offensichtlich“]).

¹²³ Krit. auch *Esser* (Fn. 8), S. 50; *Burchard*, ZIS 2018, 249 (265 f.); *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (90); *Petersen* (Fn. 7), S. 117, 139; *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256.

¹²⁴ Dazu *Tosza*, CLR 2024, 162 ff. (166); folgend *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (268); zu möglichen Interessenkonflikten zutreffend *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (192 f.).

¹²⁵ So tendenziell *Tosza*, CLR 2024, 162 (166); ebenso *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (269).

¹²⁶ Krit. *Tosza*, CLR 2024 160; *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (192 f., 200 Fn. 126: Verweise auf Kritik von Staaten,

sowie Abschnitt H EPOC-Formular¹³⁴).¹³⁵ Hält der Diensteanbieter gleichwohl eine Grundrechtsbeeinträchtigung für möglich, so kann er nicht selbst über mögliche Konsequenzen entscheiden, sondern muss die Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde informieren, die dann über eine Rücknahme, Anpassung oder Aufrechterhaltung der EPOC zu entscheiden hat (Art. 10 Abs. 5 UAbs. 2, UAbs. 3; ähnlich Art. 11 Abs. 4 UAbs. 2 bezüglich EPOC-PR). Ist sie anderer Auffassung, sieht also keine Rechtsverletzung, setzt sich der Diensteanbieter dem Risiko einer finanziellen Sanktion aus (Art. 15 Abs. 1), während er bei gutgläubigem Vollzug einer Anordnung von Haftung freigestellt ist (Art. 15 Abs. 2); der Diensteanbieter befindet sich also in einem „compliance or punishment“-Dilemma.¹³⁶

Insgesamt kann der private Rechtsschutz durch den Diensteanbieter die Umgehung des Vollstreckungsstaats bei Nicht-Unterrichtung also nicht kompensieren.¹³⁷ Deshalb hätte die Unterrichtungspflicht nicht a limine auf Verkehrs- und Inhaltsdaten und Herausgabeanordnungen beschränkt (Art. 8 Abs. 1) werden sollen.¹³⁸ Auch ist die Ausnahme von der Unterrichtung gem. Art. 8 Abs. 2 kritisch zu sehen; zumindest hätte man die Entscheidung über die Ausnahmetatbestände nicht allein der Anordnungsbehörde überlassen dürfen. Nur bei umfassender und ausnahmsloser Unterrichtung der Vollstreckungsbehörde kann man tatsächlich von einem „robusten“ Unterrichtungsverfahren¹³⁹ sprechen. Eine darüberhinausgehende „aktive Prüf- und Validationspflicht des Vollstreckungsstaats“¹⁴⁰ wäre dann entbehrlich. Sie würde auch zu weit gehen, weil sie dem Zweck der e-evidence-VO – eines grundsätzlich direkten Zugriffs auf den privaten Diensteanbieter – zuwiderliefe.

bb) Betroffener

Der Betroffene muss von der Anordnungsbehörde grundsätzlich „unverzüglich“ informiert werden (Art. 13 Abs. 1); dem Diensteanbieter ist dies allerdings, wie schon oben gesehen,¹⁴¹ verwehrt. Überdies kann auch die Information durch die Anordnungsbehörde aus bestimmten Gründen (etwa zum Schutz der öffentlichen oder nationalen Sicherheit) aufgeschoben, eingeschränkt oder unterlassen werden (Art. 13

Abs. 2), solange dies „in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich und verhältnismäßig ist und sofern den Grundrechten und den berechtigten Interessen der betroffenen natürlichen Person Rechnung getragen wird“ (so der in Bezug genommene Art. 13 Abs. 3 RL 2016/680).¹⁴² Im Übrigen muss diese Einschränkung „im Einklang mit dem nationalen Recht“ (siehe z.B. § 95a StPO oder § 101 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 5–7 StPO) erfolgen.

Wie schon oben erwähnt, beschränkt Art. 18 den Rechtsschutz auf Herausgabeanordnungen;¹⁴³ insoweit ist es zu begrüßen, dass der RefE auch Sicherungsanordnungen einbezieht.¹⁴⁴ Immerhin sieht Art. 18 Abs. 1 ausdrücklich einen Rechtsbehelf vor und verweist nicht, wie noch Art. 14 Abs. 1 RL-EEA, nur auf das innerstaatliche Recht. Der Rechtsschutz ist allerdings auf die Anordnung „vor einem Gericht des Anordnungsstaats“ (Art. 18 Abs. 2) beschränkt.¹⁴⁵ Das wird kritisch gesehen,¹⁴⁶ ist aber insofern folgerichtig, als es vom Grundsatz her ja um direkte Rechtshilfe des Diensteanbieters ohne Beteiligung des Vollstreckungsstaats gehen soll. Im Übrigen bleiben die Grundrechtsgarantien im Vollstreckungsstaat „hiervon unberührt“ (Art. 18 Abs. 2 letzter HS), was aber Auslegungsfragen aufwirft.¹⁴⁷ Im Ergebnis liegt im fehlenden Rechtsschutz im Vollstreckungsstaat (siehe aber § 16 RefE¹⁴⁸) eine empfindliche Rechtsschutzverkürzung, weil der Betroffene auf den Rechtsweg im Anordnungsstaat verwiesen wird.¹⁴⁹

c) Pflichtenkollision, Drittstaat, Reziprozität

Sowohl die e-evidence-VO als auch der US CLOUD Act sehen einen grenzüberschreitenden Zugriff auf extraterritoriale Daten vor und können damit in Konflikt mit dem Recht des Belegenheitsorts der Daten geraten.¹⁵⁰ Während in Ergänzung der e-evidence-VO die RL-Vertreter (im Sinne des schon genannten qualifizierten Marktortprinzips) auf Dienste innerhalb der EU abstellt und aufgrund dieses Anknüpfungspunkts (genuine link)¹⁵¹ die Diensteanbieter dazu verpflichtet,

¹³⁴ Laut Abschnitt H EPOC-Formular darf der „Adressat [...] die Person, deren Daten angefordert werden, hiervon in keinem Fall in Kenntnis setzen“.

¹³⁵ Krit. auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (89); *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202 (211).

¹³⁶ *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (268); siehe auch *Tosza*, CLR 2024, 166; *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (201).

¹³⁷ Krit. auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (90: „häufig wirkungslos“, „Rechtsschutzlücke“).

¹³⁸ Für eine Ausweitung und Verallgemeinerung der Unterrichtung auch *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202 (210 f.); ebenso *Petersen* (Fn. 7), S. 331, unter Verweis auf den Verordnungsentwurf des LIBE-Ausschusses, der eine weitergehende Unterrichtungspflicht mit einem zweistufigen Ablehnungsmechanismus vorsah (S. 303 f.).

¹³⁹ Siehe oben Fn. 72 und Haupttext.

¹⁴⁰ *Krumwiede*, ZfStw 3/2024, 202 (211).

¹⁴¹ Vgl. schon oben Fn. 134 mit Haupttext.

¹⁴² Krit. *Tosza*, CLR 2024, 161; *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (272); auch *Juszczak/Sason*, eucrim 2023, 182 (193).

¹⁴³ Krit. *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (91: „primärrechtswidrig“); krit. auch *Juszczak/Sason*, eucrim 2023, 182 (188: „somehow unsatisfactory“); *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (202).

¹⁴⁴ Vgl. oben Fn. 80 mit Haupttext.

¹⁴⁵ In der Sache entspricht dies der Rechtsschutzregelung bei der EEA, vgl. Art. 14 Abs. 2 RI-EEA.

¹⁴⁶ *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (91); *Topalnakos*, eucrim 2023, 200 (202 f.); *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (272).

¹⁴⁷ Krit. zu dieser unklaren Formulierung *Sachoulidou*, NJECL 2024, 256 (272).

¹⁴⁸ Siehe oben Fn. 83 mit Haupttext.

¹⁴⁹ Krit. insbesondere zu Mitbetroffenen, die auf einen ggf. „fernen Anordnungsstaat“ verwiesen werden, *Brodowski*, ZStW 136 (2024), 659 (676).

¹⁵⁰ Vergleichend auch EJPB/BJ (Fn. 43), S. 20; *Weiß/Brinkel*, RDi 2023, 522 (524: „vergleichbar“).

¹⁵¹ *Petersen* (Fn. 7), S. 255 ff. Zum genuine-link-Erfordernis als allgemeinem strafanwendungsrechtlichen Grundsatz siehe

einen Adressaten zu benennen und alle relevanten Daten herauszugeben oder zu sichern,¹⁵² beruht der US-Ansatz auf der (eigentumsrechtlichen) Verbindung des Diensteanbieters mit den USA (Heimat- oder Sitzstaatprinzip). Jeder so verstandene US-Diensteanbieter ist verpflichtet, alle seine Daten, unabhängig von ihrem Belegenheitsort, zu liefern.¹⁵³ Beide Ansätze greifen in die Datenhoheit von Drittstaaten und damit ihre Souveränität ein, das Heimatstaatsprinzip liefert aber einen stärkeren Anknüpfungspunkt als das Marktortprinzip¹⁵⁴ und wirkt auch restriktiver: Während die US-Behörden im Falle eines ausländischen Diensteanbieters auf zwischenstaatliche Rechtshilfe angewiesen sind, erlaubt die e-evidence-VO auch dann einen Durchgriff, wenn der (ausländische) Diensteanbieter seine Dienste (auch) in der EU anbietet.

Die Geltendmachung widersprechender Verpflichtungen aus dem Recht eines Drittstaats obliegt dem Diensteanbieter (Art. 17 Abs. 1, Abs. 2), die Überprüfung der Anordnungsbehörde und ggf. einem Gericht des Anordnungsstaats (Art. 17 Abs. 3–8). Auch hier findet also eine Verantwortungsverlagerung auf den privaten Diensteanbieter statt, der damit in eine Pflichtenkollision gerät,¹⁵⁵ die sich nur dadurch auflösen lässt, dass der Anordnungsstaat die Anordnung aufhebt oder anpasst – wenig wahrscheinlich, zumal seine eigenen Gerichte zuständig sind¹⁵⁶ – oder der Drittstaat der Datenlieferung zustimmt. Völkerrechtlich setzt dies aber eine Vereinbarung mit der EU (oder den USA) voraus, die eine Ausnahme vom innerstaatlichen Datenlieferungsverbot, ggf. sogar einen speziellen Rechtfertigungsgrund,¹⁵⁷ vorsehen müsste. Auf die entsprechenden (derzeit ausgesetzten) EU-US Verhandlungen wurde schon oben hingewiesen.¹⁵⁸ Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, müsste der Anordnungsstaat ein Rechtshilfeersuchen an den Drittstaat stellen.¹⁵⁹

Aus dem völkerrechtlichen Grundsatz der Gegenseitigkeit (Reziprozität) kann in unserem Zusammenhang folgen, dass andere Staaten ebenso expansiv extraterritorial wie die EU (und in geringerem Maße die USA) Daten herausverlangen und sich dabei auf den Präzedenzfall des EU-Rechts berufen. Dieser „Nachahmungseffekt“¹⁶⁰ würde nicht nur bedeuten, dass mittel- bis langfristig der Datenschutz unterlaufen würde,¹⁶¹ sondern auch dass weniger rechtsstaatlich gesinnte Staaten die extraterritoriale Datenbeschaffung als weiteres Instrument politischer Verfolgung missbrauchen könnten.¹⁶²

IV. Fazit

So notwendig der transnationale Datenzugriff zur Beweisbeschaffung, gerade in transnationalen Kriminalitätsbereichen, auch ist, so viel effizienter er sich gegenüber traditioneller Rechtshilfe auch erweisen mag, so darf doch das Missbrauchspotential nicht unterschätzt werden. Deshalb bedarf es wirksamer rechtsstaatlicher Sicherungen, die, wie wir gesehen haben, von der e-evidence-VO nur unzureichend bereitgestellt werden.¹⁶³ Sie vertraut im Wesentlichen der Selbstkontrolle der Anordnungsbehörde, was man angesichts deren Rolle und dem damit verbundenen Eigeninteresse für wenig begründet halten mag.¹⁶⁴ Inwieweit dies durch eine grundrechtssensible innerstaatliche Umsetzung, wie sie im RefE zum Ausdruck kommt, kompensiert werden kann, wird sich zeigen müssen. Die für 2029 vorgesehene Evaluierung wird deshalb auch und gerade die Frage effektiven Rechtsschutzes einbeziehen müssen.¹⁶⁵

Aus Verteidigungssicht jedenfalls ist die e-evidence-VO ein weiterer Baustein der traditionell verfolgungslastigen EU-Kriminalpolitik, die es bis heute nicht geschafft hat, transnationale Strafverteidigung zu institutionalisieren. Transnationale Beweisgewinnung im Sinne der e-evidence-VO verstärkt diese Asymmetrie noch weiter und es ist fraglich, ob ihr mit rein privat organisierter Verteidigung wirksam entgegengetreten werden kann.¹⁶⁶

Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 6 m.w.N.

¹⁵² Ausführlich zu dieser Ausübung von indirect enforcement jurisdiction siehe *Petersen* (Fn. 7), S. 281 ff.

¹⁵³ Siehe oben Fn. 28; *Petersen* (Fn. 7), S. 113.

¹⁵⁴ Ähnlich *Rachut/Maurer*, jurisPR-ITR 23/2023, 3; zu den Souveränitätsbedenken auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (88); *Babucke*, wistra 2024, 57 (59); *Petersen*, StraFo 2023, 426 (427, 431 f.). Der Souveränitätseinwand greift natürlich nicht innerhalb der EU, denn die Mitgliedstaaten haben ja durch die Vereinbarung der e-evidence-VO insoweit auf ihre Datenhoheitsrechte verzichtet; siehe auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (93).

¹⁵⁵ *Weiß/Brinkel*, RD 2023, 522 (527 f., zu Rechtsverletzung gezwungen); für die Schweiz siehe EJPD/BJ (Fn. 43), S. 18 f.

¹⁵⁶ Krit. zur Neutralität des Gerichts des Anordnungsstaats *Burchard*, ZRP 2019, 164 (165: „Bock zum Gärtner“); *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (86); EJPD/BJ (Fn. 43), S. 16.

¹⁵⁷ Wenn etwa der Drittstaat die Datenherausgabe aus datenschutzrechtlichen oder anderen Gründen sogar kriminalisiert, siehe z.B. Art. 271 schwStGB (Fn. 29).

¹⁵⁸ Siehe oben Fn. 31 und Haupttext.

¹⁵⁹ Siehe auch *Hüttemann*, NZWiSt 2024, 82 (93); *Petersen* (Fn. 7), S. 339 („[...] internationale Lösung in Form von

Rechtshilfeverträgen (oder vertragsloser Rechtshilfe) zwischen der Union und Drittstaaten erforderlich“).

¹⁶⁰ *Rachut/Maurer*, jurisPR-ITR 23/2023, 4.

¹⁶¹ *Burchard*, ZIS 2018, 190 (192); *Burchard*, ZRP 2019, 164 (165 f.); krit. auch *Krumwiede*, ZfIStw 3/2024, 202 (214 f.); *Petersen* (Fn. 7), S. 293 f.

¹⁶² Krit. auch *Petersen* (Fn. 7), S. 279.

¹⁶³ Krit. auch *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 5 („Zuwachs an Ermittlungskompetenzen steht kein gleichlaufender Zuwachs an Rechtsschutz gegenüber“).

¹⁶⁴ Siehe auch *Basar*, jurisPR-StrafR 14/2023, 4 („[...] fehlen wirksame Kontrollmechanismen und die Rechtmäßigkeitsprüfung obliegt überwiegend der Anordnungsbehörde im Wege der Selbstkontrolle“).

¹⁶⁵ Für „constant scrutiny“ und „monitoring“ auch *Juszcak/Sason*, eucrim 2023, 182 (197).

¹⁶⁶ Krit. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2023, 568 (568: „wird es für die Verteidigung noch schwerer, einer internationalen Beweisgewinnung wirksam entgegenzutreten zu können“).

Europäisierung des Straftatbestands der Vergewaltigung

Zur Reichweite der EU-Kompetenz und des Begriffs der Vergewaltigung

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Innsbruck*

Der Beitrag untersucht, ob die Kompetenz der Europäischen Union zur Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten den Straftatbestand der Vergewaltigung umfasst. Darüber hinaus wird geprüft, ob eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration in die Deliktskategorie der Vergewaltigung einbezogen werden sollte.

I. Einleitung

Der Vorschlag einer Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt sah vor, die Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Europäischen Union zu harmonisieren. Um Strafbarkeitslücken zu schließen und „die Mitgliedstaaten in die Lage [zu] versetzen, strengere Normen festzulegen“,¹ sollte jede vorsätzliche nicht einvernehmliche sexuelle Penetration an einer Frau mit einer Höchststrafe von zumindest acht Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden.² Dadurch sollte eine wirksame Verfolgung der Straftat sichergestellt und die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen, verbessert werden.³

Das Europäische Parlament sowie Frauen- und Menschenrechtsorganisationen befürworteten den Vorschlag.⁴ Demgegenüber dominierte unter den Mitgliedstaaten die Auffassung, dass die EU nicht über die Kompetenz zur Angleichung der Strafbestimmung der Vergewaltigung verfüge. In etlichen Mitgliedstaaten ist diese enger konzipiert als im Kommissionsvorschlag.⁵ Eine Richtlinie kann zwar nicht eine bestimm-

te Deliktsbezeichnung vorgeben. Die Mitgliedstaaten könnten also nicht verpflichtet werden, den Tatbestand der Vergewaltigung auf sexuelle Penetrationen ohne Nötigungskomponente auszuweiten.⁶ Sie müssten aber die Strafbestimmung für nicht konsensuale sexuelle Penetrationen zumindest mit der in der Richtlinie vorgegebenen Strafobergrenze versehen. Falls sie bisher, insbesondere mangels Ratifikation der Istanbul-Konvention, auf eine entsprechende Strafbestimmung verzichtet haben, müssten sie diese neu einführen. In Mitgliedstaaten mit traditionell niedrigeren Strafrahmen würde die vorgegebene Mindesthöchststrafe zu schweren Verwerfungen führen, wenn die gebotene Abstufung zwischen einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person und unter Einsatz eines Nötigungsmittels erhalten bleiben soll.⁷ In allen Mitgliedstaaten wäre die Anwendung des Straftatbestands⁸ fortan die Anwendung von Unionsrecht und unterläge damit der Auslegungshoheit des EuGH. Seine Urteile in Vorabent-

mehr als ein nicht einvernehmliches Vorgehen – neben einer Nötigungskomponente meist das Ausnutzen von Widerstandsunfähigkeit – voraussetzen. In den Niederlanden trat allerdings am 1.7.2024 eine Gesetzesänderung in Kraft, die die Vergewaltigung auf eine nicht konsensuale sexuelle Penetration ausdehnt und eine Strafbarkeit bereits bei Fahrlässigkeit vorsieht (Art. 243, 242 nStGB). Auch in Tschechien kam es inzwischen zu einer Ausdehnung der Vergewaltigung auf ein nicht einvernehmliches Vorgehen. Die Reform trat am 1.1.2025 in Kraft.

⁶ Heger, KriPoZ 2022, 273 (276). Die Erwägungsgründe 13 und 14 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1) sprechen davon, die Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung von Frauen festzulegen, – ohne zu beachten, dass die Richtlinienkompetenz nach Art. 83 AEUV auf die Vorgabe von „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen“ beschränkt ist. Nach Art. 5 des Richtlinienvorschlags ist nur sicherzustellen, dass die genannten Handlungen bei Vorsatz unter Strafe gestellt sind. Auch aus Art. 36 der Istanbul-Konvention (Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, CETS 210) lässt sich nicht ableiten, dass nicht einverständliche sexuelle Handlungen als Vergewaltigung einzustufen sind. Es genügt, das im Abkommen beschriebene Verhalten für strafbar zu erklären (vgl. GREVIO, Baseline Evaluation Report Austria, GREVIO/Inf [2017] 4, Rn. 140). Damit wird zugleich die vom EGMR aus Art. 3 und 8 EMRK abgeleitete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung“ unter Strafe zu stellen und wirksam zu verfolgen, „auch wenn die betroffene Person keinen körperlichen Widerstand leistet“, erfüllt, EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgarien), Rn. 166.

⁷ Näher unten III. 3.

⁸ (Einschließlich der vom Richtlinienvorschlag ebenfalls erfassten Erzwingung einer sexuellen Penetration durch Nötigung).

* Die Verfasserin ist Professorin für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Innsbruck.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 4.

² Art. 5 i.V.m. Art. 12 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

³ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 3.

⁴ Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (KOM [2022] 0105 – C9-0058/2022 – 2022/0066[COD]), A9-0234/2023, S. 172; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Entwurf der „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ v. 8.3.2022, abrufbar unter <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-02> (19.3.2025).

Für weitere Stellungnahmen siehe <https://www.frauenrat.de/eu-gewaltschutzpaket-ohne-schutzvor-vergewaltigung-ist-kein-gewaltschutzpaket/> (19.3.2025).

⁵ Eine Auswertung der In-Depth Analysis des European Parliamentary Research Service „Definitions of rape in the legislation of EU Member States“ (Januar 2024, abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA\(2024\)757618_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA(2024)757618_EN.pdf) [19.3.2025]) ergibt, dass dreizehn Mitgliedstaaten für eine Vergewaltigung

scheidungsverfahren könnten auf die Auslegung nicht europäisierter Sexualdelikte zurückwirken, weil es widersprüchlich wäre, gleichlautende Begriffe innerhalb eines Deliktsabschnitts unterschiedlich zu interpretieren, je nachdem, ob es sich um EU-Strafrecht handelt oder nicht.

Der Vorstoß der Kommission scheiterte letztlich an der fehlenden Zustimmung der erforderlichen Mehrheit der Mitgliedstaaten, darunter Deutschland.⁹ Die im Mai 2024 beschlossene Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt¹⁰ verzichtet auf eine Angleichung des Straftatbestands der Vergewaltigung.

Die Frage, ob die Vergewaltigung von der Harmonisierungskompetenz der EU umfasst ist, harrt auch nach Veröffentlichung von Gutachten des EuGH und des Juristischen Dienstes des Rates der Klärung. In seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur Istanbul-Konvention stellt der EuGH eine nur geringfügige Überschneidung zwischen den Handlungspflichten im Bereich des Strafrechts, die die Konvention den Vertragsparteien auferlegt, und Art. 83 Abs. 1 AEUV im Bereich des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern fest. Er verweist auf Rn. 155 der Schlussanträge des Generalanwalts.¹¹ Dieser verneinte eine Zuständigkeit der Union für die in der Istanbul-Konvention enthaltenen materiellen Strafbestimmungen.¹² Der Verweis

⁹ Vgl. etwa *Bauer-Babef*, Euractiv v. 16.1.2024, abrufbar unter <https://www.euractiv.de/section/gesundheit/news/vergewaltigungsdefinition-deutschland-blockiert-gemeinsam-mit-konservativen-laendern/> (19.3.2025). Bemerkenswert ist, dass die Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB bereits seit dem 50. StRAG 2016 dem „Nein-heißt-Nein“-Modell entspricht. Der Richtlinienvorschlag könnte allerdings der noch strengeren „Ja-heißt-Ja“-Lösung folgen, siehe *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (91 ff.). Als Zustimmungslösung interpretieren den Vorschlag auch *Eckstein/Gössler*, JSt 2023, 10 (12 ff.).

¹⁰ Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1385.

¹¹ EuGH, Gutachten 1/19 des Gerichtshofs (Große Kammer) v. 6.10.2021, Rn. 301.

¹² Schlussanträge des Generalanwalts Gerard Hogan v. 11.3.2021 im Gutachtenverfahren 1/19, Rn. 155: „Ausgehend von den derzeit unter Art. 83 Abs. 1 AEUV fallenden Bereichen dürften die im Übereinkommen von Istanbul enthaltenen materiellen strafrechtlichen Bestimmungen nicht in die Zuständigkeit der Union fallen, sondern bei den Mitgliedstaaten verblieben sein. Allein der Umstand, dass die unter dieses Übereinkommen fallende Gewalt in einigen Fällen unter den Begriff des Menschenhandels oder der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern fallen kann, ist meines Erachtens für sich genommen nicht ausreichend, um die Schlussfolgerung zu rechtfertigen, dass bestimmte Bestimmungen des Übereinkommens von Istanbul geeignet sind, in die der Union nach Art. 83 Abs. 1 AEUV zugewiesene Zuständigkeit zu fallen. Eine Anwendung dieser Rechtsgrundlage dürfte daher meines Erachtens in jedem Fall ausscheiden.“

erfolgt allerdings mit der Einschränkung „im Wesentlichen“,¹³ sodass offenbleibt, ob der EuGH die Vergewaltigung als von der Kompetenz des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV umfasst ansieht. Das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates bekundet starke Zweifel, schließt eine Befugnis der EU aber nicht aus.¹⁴ Der vorliegende Beitrag versucht die Frage zu klären. Darüber hinaus wird gezeigt, dass die Einbeziehung einer nicht einvernehmlichen sexuellen Penetration in den Tatbestand der Vergewaltigung aus sprachlichen und systematischen Gründen nicht überzeugt und mit der Rechtstradition jener Mitgliedstaaten bricht, die für die Vergewaltigung am Erfordernis einer Nötigung festhalten.

II. „Sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ (Art. 83 Abs. 1 AEUV)

1. Wortlaut

Der Vorschlag der Kommission zur Harmonisierung der Vergewaltigung stützt sich auf den in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV genannten Kriminalitätsbereich „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ und interpretiert diesen im Ergebnis weit. Eine „sexuelle Ausbeutung“ sei in der „Erlangung von Macht oder Herrschaft über eine andere Person zum Zwecke der sexuellen Befriedigung“ zu sehen.¹⁵ Nun begründet der Umstand, dass die sexuelle Penetration entgegen dem Willen der betroffenen Person erfolgt, weder ein Macht- noch ein Herrschaftsverhältnis über die Person. Wohl deshalb weist der Vorschlag ergänzend auf „das typische Machtungleichgewicht zwischen Frauen und Männern“ hin, das bei Vergewaltigungen vorliege.¹⁶ Es bleibt dabei offen, wie die Bemerkung zu verstehen ist:¹⁷ Soll aus der Ungleichheit der Geschlechter, dem typischen Machtgefälle in sozialer Hinsicht, eine „Ausbeutung“ folgen? Oder soll sich die „Ausbeutung“ daraus ergeben, dass die Täter einer Vergewaltigung zum allergrößten Teil Männer und die Opfer Frauen sind, also die Verteilung der Täter- und Opferrolle mit dem Geschlecht zu tun hat?

Was auch immer gemeint ist: Die Definition der Kommission überdehnt die Wortlautgrenze des Begriffs „Ausbeutung“.¹⁸ Von einem systemischen Machtungleichgewicht zu

¹³ Wie Fn. 11.

¹⁴ Juristischer Dienst des Rates, Gutachten 14277/22 des Juristischen Dienstes v. 31.10.2022, Rn. 44 ff.

¹⁵ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 10.

¹⁶ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 10.

¹⁷ Der zweite Satz in Erwägungsgrund 13 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1) führt nicht weiter, weil er letztlich wieder auf die sexuelle Ausbeutung Bezug nimmt: „Sie [die Vergewaltigung] ist mit einem Machtungleichgewicht zwischen Täter und Opfer verbunden, das es dem Täter ermöglicht, das Opfer zum Zwecke der persönlichen Befriedigung, der Behauptung der Herrschaft, der Erlangung sozialer Anerkennung oder möglicherweise des finanziellen Gewinns sexuell auszubeuten.“

¹⁸ Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „ausbeuten“ u.a. „[skrupellos] für sich ausnutzen“, „sich skrupellos zunutze machen“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/ausbeuten> (19.3.2025).

profitieren, stellt noch keine Ausbeutung der betroffenen Person dar. Folgte man der Argumentation des Kommissionsvorschlages, könnte die Verwirklichung jedes Sexualdelikts durch einen männlichen Täter zum Nachteil einer Frau, also etwa auch eine sexuelle Belästigung, als eine sexuelle Ausbeutung der Frau begriffen werden.

Die Interpretation überzeugt im Hinblick auf den Wortlaut aus einem weiteren Grund nicht: Die Kompetenz ist auf die sexuelle Ausbeutung von Frauen (und Kindern) begrenzt. Der Straftatbestand der Vergewaltigung dient indes auch dem Schutz von Männern¹⁹ – man denke nur an die nicht selten vorkommenden Vergewaltigungen unter männlichen Strafgefangenen.

2. Entstehungsgeschichte

Hieran schließt sich ein weiteres Argument an:²⁰ Wegen der Begrenzung auf den Schutz von Frauen (und Kindern) dürfte kein Parlamentsabgeordneter auf den Gedanken gekommen sein, durch seine Zustimmung zum Vertrag von Lissabon der Union die Kompetenz zur Harmonisierung der Vergewaltigung zu übertragen. Es ist davon auszugehen, dass die Vertragsschöpfer unter „sexueller Ausbeutung“ jedenfalls jene Delikte verstanden wissen wollten, die zum Zeitpunkt des Beschlusses des AEUV auf dem betreffenden Gebiet bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen waren.²¹ Die „sexuelle Ausbeutung von Frauen“ umfasste danach die Ausbeutung zu Zwecken der Prostitution *im Zuge von Menschenhandel*. Auch die Genese des Vertragstextes bestätigt die enge Verbindung mit dem Menschenhandel.²² In Bezug auf Kinder waren schon vor dem Vertrag von Lissabon die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern, der Nötigung oder Anwerbung zu Kinderprostitution und der Kinderpornographie angeglichen worden. Es wurde also auch das Ausnutzen einer altersbedingten konstitutionellen Schutzlosigkeit zu sexuellen Zwecken als eine Form sexueller Ausbeutung begriffen. Es fehlt indes jeder Hinweis darauf, dass die Mitgliedstaaten der Union darüber hinaus die Kompetenz

zur Angleichung eines klassischen Sexualdelikts, wie der Vergewaltigung, übertragen wollten.²³

3. Systematik

Ein enger Zusammenhang der Kompetenz mit dem Menschenhandel folgt auch aus der Systematik der Regelung. Die „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ ist in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV als einzige Kompetenz durch die Konjunktion „und“ mit einer anderen, eben jener des „Menschenhandels“, verbunden.²⁴ Das spricht für eine zurückhaltende Interpretation des Begriffs „sexuelle Ausbeutung“ im Lichte des Menschenhandels.

Bei der systematischen Auslegung der in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV aufgezählten Kriminalitätsbereiche ist weiterhin zu berücksichtigen, dass diese jedenfalls *typischerweise* schwere Kriminalität *mit grenzüberschreitender Dimension* darstellen sollen (arg. „Derartige Kriminalitätsbereiche sind“ i.V.m. UAbs. 1).²⁵ Trifft dies auf ein Delikt nicht zu, ist es nicht von der Harmonisierungskompetenz umfasst. Während es keinem Zweifel unterliegt, dass eine Vergewaltigung (jedenfalls nach traditionellem Verständnis) als schwere Kriminalität einzuordnen ist, fehlt es an der erforderlichen grenzüberschreitenden Dimension.²⁶ Das grenzüberschreitende Ausmaß müsste sich gem. Art. 83 Abs. 1 AEUV entweder aus der Art der Straftat oder ihren Auswirkungen oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, ergeben. Eine Vergewaltigung wird weder in grenzüberschreitender Weise begangen, noch hat die Straftat grenzüberschreitende Auswirkungen. Es handelt sich um ein Delikt gegen individuelle Rechtsgüter²⁷, das den Intimbereich des Opfers betrifft und sich für gewöhnlich nur auf das Opfer selbst und dessen Nahbereich auswirkt.

Auch eine besondere Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, ist nicht ersichtlich. Die im Richtlinienvorschlag angeführten Argumente²⁸ für die Notwendigkeit überzeugen nicht. Sie beziehen sich nicht spezifisch auf die Vergewaltigung, sondern auf Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen (Auswirkungen auf Millionen von Menschen in der Union, Verstöße gegen die Grundrechte,

¹⁹ Der Tatbestand ist in allen EU-Mitgliedstaaten geschlechtsneutral ausgestaltet, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompanying the document „Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council“ on combating violence against women and domestic violence, 1.3.1.: „Definitions of sexual violence and rape are consistently gender neutral.“, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022SC0062> (19.3.2025).

²⁰ Zur in letzter Zeit zu beobachtenden Offenheit des EuGH, die Entstehungsgeschichte bei der Auslegung von Unionsprimärrecht mitzuberücksichtigen, *Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl. 2024, Einl. Rn. 104 mit Nachweisen aus der Rspr. des EuGH.

²¹ Vgl. *Weißer*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 11, § 9 Rn. 67 ff.

²² Näher hierzu das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 14), Rn. 13 ff.

²³ *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (89), vertritt hingegen, dass „das Sexualstrafrecht, soweit es dem Schutz von Frauen und Kindern dient, prinzipiell von der Kompetenzgrundlage erfasst“ ist; siehe auch *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. Lfg., Stand: September 2021, AEUV Art. 83 Rn. 56.

²⁴ „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“. Den Zusammenhang betont das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 14), Rn. 16 f., 22 ff.

²⁵ *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 83 Rn. 9 m.w.N.

²⁶ So auch *Heger*, KriPoZ 2022, 273 (275).

²⁷ Nämlich die sexuelle Integrität und die Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit, *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil III, 2. Aufl. 2009, §§ 201–202 Rn. 5.

²⁸ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 11 (allerdings unter der Überschrift „Subsidiarität“).

Verursachung erheblicher Kosten). Soweit sich der Vorschlag auf die Rechte der Opfer beruft (Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechte der Opfer wegen der Unterschiede bei der Strafbarkeit; Gleichbehandlung von Opfern in der gesamten Union), ließe sich mit dieser Argumentation für jede opferbezogene Straftat die Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage begründen. Damit würde die Voraussetzung ihre die Strafrechtssetzungskompetenz der Union begrenzende Funktion verlieren.

Ebenso wenig begründet das Ziel, Strafbarkeitslücken zu schließen und es den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, strengere Strafbestimmungen zu erlassen,²⁹ die genannte Notwendigkeit. Da die Schließung von Strafbarkeitslücken Ziel jeder Strafrechtsharmonisierung durch die EU ist,³⁰ ließe sich mit dem Argument für jede Harmonisierungsrichtlinie eine grenzüberschreitende Dimension behaupten. Die Absicht, über eine Richtlinie „die Mitgliedstaaten in die Lage [zu] versetzen, strengere Normen festzulegen“,³¹ erweist sich in demokratiepolitischer Hinsicht als bedenklich, wenn damit die Strafrechtssetzungskompetenz der nationalen Parlamente umgangen werden soll. Auch sie kann keine besondere Notwendigkeit der Bekämpfung der Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage begründen.

Damit verbleibt das Vorhaben, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu verbessern. Ob dieses die besondere Notwendigkeit begründen kann, ist umstritten.³² Wegen ihrer Weite ließe sich mit der Begründung das Erfordernis einer grenzüberschreitenden Begehungsweise leicht aushebeln. So könnte in Bezug auf die Vergewaltigung argumentiert werden, eine unionsweite Strafbarkeit nicht konsensualer sexueller Penetrationen würde die gegenseitige Anerkennung verbessern, weil kein Mitgliedstaat sich auf den Ablehnungsgrund der fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit berufen könnte. Nun zählt die Vergewaltigung in den Rechtsakten zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen zu jenen Delikten, die von der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit auszunehmen sind, sofern die Strafobergrenze im Ausstellungsstaat zumindest auf Freiheitsstrafe von drei Jahren lautet.³³ Nach

der Rechtsprechung des EuGH kommt es für die Zuordnung einer Handlung zu den Katalogtaten ausschließlich auf das Recht des Ausstellungsstaates an.³⁴ Es genügt, dass die Straftat dort als Vergewaltigung eingestuft wird. Daher können jene Mitgliedstaaten, die für die Vergewaltigung auf ein Nötigungselement verzichten, schon heute ihren extensiven Begriff der Vergewaltigung gegenüber anderen Mitgliedstaaten durchsetzen. Die große Mehrheit der Mitgliedstaaten hat die Istanbul-Konvention des Europarats ratifiziert.³⁵ Diese Staaten sind völkerrechtlich verpflichtet, eine Strafbarkeit auch bei einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person vorzusehen. Da es für die Frage der beiderseitigen Strafbarkeit nicht auf die Deliktsbezeichnung ankommt,³⁶ ist – unabhängig davon, ob die Straftat als Vergewaltigung kategorisiert wird – davon auszugehen, dass in den allermeisten Mitgliedstaaten eine beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist. Nur wenn der Täter in einen der wenigen Mitgliedstaaten flieht, die der Istanbul-Konvention nicht beigetreten sind, könnte ein Europäischer Haftbefehl dort nicht vollstreckt werden, wenn der Ausstellungsstaat eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration nicht als Vergewaltigung klassifiziert und die Tat im Vollstreckungsstaat straflos ist. Es sind demnach nur Ausnahmefälle, in denen die Strafbarkeitslücke relevant wird. Selbst wenn man das zweifelhafte Argument, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu verbessern, anerkennen würde, wäre eine besondere Notwendigkeit, für die Bekämpfung der Straftat den Tatbestand der Vergewaltigung zu harmonisieren, nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich die Vergewaltigung schon im Hinblick auf den Wortlaut nicht unter den Kompetenztitel „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ fassen. Aus der Regelungssystematik folgt ein enger Zusammenhang der „sexuellen Ausbeutung“ mit dem Menschenhandel, die bei einer Vergewaltigung im Allgemeinen nicht vorliegt. Überdies fehlt es an der vorausgesetzten grenzüberschreitenden Dimension. Die Vergewaltigung ist nach alledem nicht von der EU-Kompetenz zur Strafrechtsangleichung umfasst.³⁷

²⁹ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 4.

³⁰ Zur ausschließlich punitiven Ausrichtung der Kompetenz Hochmayr (Fn. 25), AEUV Art. 83 Rn. 5, 38.

³¹ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 4.

³² Befürwortend Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 83 Rn. 6; vgl. auch F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 83 Rn. 16 f. Ablehnend BVerfGE 123, 267 (410 f.); Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (402); Dorra, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, 2013, S. 197 ff.; Satzger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 83 Rn. 11.

³³ Z.B. Art. 2 Abs. 2 RbEuHB; Art. 5 RB gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen; Art. 14 RB gegenseitige Anerkennung von Alternativen zur Untersuchungshaft; Art. 7 RB gegenseitige Anerkennung von freiheitsentziehenden Strafen oder Maßnahmen; Art. 11 i.V.m. Anhang D RL Europäische Ermittlungsanordnung; Art. 12 Abs. 1

lit. d i.V.m. Anhang IV e-Evidence-Verordnung; Art. 3 VO gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungentscheidungen.

³⁴ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 3.5.2007 – C-303/05 (Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad), Rn. 52 f.

³⁵ Nur auf die folgenden fünf der 27 Mitgliedstaaten trifft das nicht zu: Bulgarien, Litauen, Slowakische Republik, Tschechische Republik, Ungarn, siehe <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210> (19.3.2025).

³⁶ Siehe nur Art. 2 Abs. 4 RbEuHB; EuGH, Urt. v. 11.1.2017 – C-289/15 (Grundza), Rn. 33 ff.

³⁷ So im Ergebnis auch Esser, StraFo 2024, 318 (321 f.); Heger, KriPoZ 2022, 273 (275); Hörnle, Verfassungsblog v. 31.1.2024, abrufbar unter

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass wegen der fehlenden grenzüberschreitenden Dimension auch der Weg versperrt ist, die Vergewaltigung nach einer (einstimmigen) Erweiterung der Kriminalitätsbereiche um „geschlechtsspezifische Gewalt“³⁸ nach Maßgabe von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV zu harmonisieren.³⁹

III. Plädoyer für einen mehrstufigen Ansatz

In der Sache ist es hoch bedenklich, eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration deliktisch wie eine abgenötigte sexuelle Penetration zu qualifizieren und mit dem gleichen Strafrahmen zu versehen.

1. Begriff der Vergewaltigung

Der Begriff „Vergewaltigung“ ist nach dem Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch durch das Tatmittel der Gewalt geprägt. So lautet die Definition für „vergewaltigen“ im wohl am häufigsten genutzten deutschsprachigen Wörterbuchportal „Duden.de“ „jemanden durch Anwendung, Androhung von Gewalt zum Geschlechtsverkehr zwingen“.⁴⁰

Seine heutige Bedeutung erlangte der Begriff erst im 20. Jahrhundert.⁴¹ Etymologisch geht er auf das Substantiv „Gewalt“ und die Verben „gewaltigen/gewältigen“ zurück.⁴² Auch die frühere Bezeichnung der Straftat als „Notzucht“⁴³ war eng mit dem Begriff der Gewalt verbunden, beruhte sie doch auf dem althochdeutschen „nôt zogôn“ („mit Gewalt entführen“⁴⁴ oder „gewaltsames Fortziehen“⁴⁵). Der Zusammenhang zeigt sich auch in anderen Sprachen, wie im englischen Begriff „rape“ oder in der französischen Bezeichnung „viol“, die auf „raptus“ (Raub, Entführung) bzw. „violentia“ (insb. Gewalttätigkeit) zurückgehen.⁴⁶ Gerade wegen der

<https://verfassungsblog.de/keine-blockade-sondern-eine-frage-der-kompetenz/> (19.3.2025).

Zweifel äußern auch *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (89 ff.); *Zeder*, JSt 2022, 253 (256).

³⁸ Siehe die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. September 2021 mit Empfehlungen an die Kommission über die Festlegung von geschlechtsspezifischer Gewalt als neuer Kriminalitätsbereich gemäß Artikel 83 Absatz 1 AEUV (2021/2035[INL]), P9_TA (2021) 0388.

³⁹ So auch *Esser*, StraFo 2024, 318 (322).

⁴⁰ <https://www.duden.de/rechtschreibung/vergewaltigen> (19.3.2025).

⁴¹ *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (40).

⁴² *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (37).

⁴³ Sie war auch in den Strafgesetzbüchern Deutschlands und der Schweiz vorzufinden.

⁴⁴ *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (41).

⁴⁵ So die Bedeutung der mittelniederdeutschen „notzogung“ laut *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 32. Auch die sprachlichen Vorläufer im Mittelhochdeutschen, wie „notnunft“, beziehen sich auf Gewalt, *Sick* (a.a.O.).

⁴⁶ Vgl. *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (40). Für die polnische Sprache siehe *Jasiński*, in: Hoven/Weigend (Hrsg.), Consent and Sexual Offenses. Comparative Perspectives, 2022, S. 11 (13).

Assoziation mit einer gewaltsamen Begehungsweise signalisiert der Begriff im kollektiven Gedächtnis einen der gravierendsten Eingriffe in die sexuelle Integrität und verbindet sich emotional mit einem großen Stigma.

2. Rechtstradition

In vielen Mitgliedstaaten hat sich die Verbindung der Tat mit einer *aggressiven Begehungsweise* bis in die Gegenwart erhalten. Das zeigt pars pro toto das Beispiel Österreich: Die Anfänge des österreichischen Straftatbestands sind in der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 zu finden, welche die *gewaltsame* Nötigung einer Frau zum Beischlaf als „Notzucht“ für strafbar erklärte (§ 119). Erst die StG-Novelle 1989⁴⁷ ersetzte die Deliktsbezeichnung „Notzucht“ durch jene der Vergewaltigung (§ 201 öStGB). Die Umbenennung sollte gerade den Gewaltaspekt hervorheben, verknüpft mit dem Erfordernis, das Strafverfahren auf das Verhalten des Täters zu konzentrieren: „[D]ie Sozialschädlichkeit der Tat“ liege „in erster Linie in der *brutalen* Mißachtung der Menschenwürde und sexuellen Selbstbestimmung des Menschen“.⁴⁸ Die Gesetzesänderung solle das Augenmerk weg vom „Verhalten des Betroffenen (also seine Widerstandsunfähigkeit) auf die *qualifizierte Handlung des Täters*“ lenken.⁴⁹

Die Ausweitung der Tatmittel auf die Drohung lässt sich bereits für das Gemeine Recht nachweisen.⁵⁰ Wie für andere Gewaltdelikte – man denke an die Nötigung, die Erpressung oder den Raub – wurde für das Delikt keine physische Gewaltanwendung mehr vorausgesetzt. Es genügte nunmehr, durch Einwirkung auf die Psyche das Opfer in eine Zwangslage zu versetzen. Erwähnenswert für die österreichische Rechtstradition ist die Voraussetzung einer *qualifizierten Drohung*, d.h. einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Die Drohung muss sich also gerade gegen die Physis richten.

Die StG-Novelle 1989 formulierte den Tatbestand geschlechtsneutral und bezog neben dem Beischlaf andere Formen der sexuellen Penetration⁵¹ mit ein. Zur Begründung heißt es im Gesetzesantrag, dass diese sexuellen Handlungen „nach der Intensität der sexuellen Inanspruchnahme des Opfers, der Schwere des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Ausmaß der Demütigung und Erniedrigung

⁴⁷ öBGBI. 1989/242.

⁴⁸ Initiativantrag zur StG-Novelle 1989, 128/A, 17. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 6 (*Hervorhebung* durch die *Verf.*).

⁴⁹ Initiativantrag (Fn. 48), S. 6 (*Hervorhebung* im Original); siehe auch Justizausschussbericht (JAB), 927 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 17. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 2.

⁵⁰ *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 85 ff.

⁵¹ Nach einem Teil der Lehre erfordert die im Tatbestand vorausgesetzte „dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung“ nicht unbedingt eine Penetration, *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 27), Vorbem. §§ 201 ff. Rn. 48; *Hinterhofer*, in: *Hinterhofer* (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Lfg., Stand: November 2004, § 201 Rn. 45 ff.

des Opfers und dem Ausmaß der gesundheitlichen Risiken [...] gleich sozialschädlich sind“.⁵²

Bis heute setzt der österreichische Straftatbestand der Vergewaltigung den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels und eine eingriffsintensive sexuelle Handlung voraus. Der Tatbestand erfasst die intensivste sexuelle Inanspruchnahme des Opfers durch „gewaltsam-aggressive Verhaltensweisen“⁵³. Wendet der Täter nur eine gefährliche Drohung an, ist die Tat als geschlechtliche Nötigung gem. § 202 Abs. 1 öStGB mit niedrigerer Strafe bedroht.⁵⁴ In Umsetzung der Istanbul-Konvention wurde durch das StRÄG 2015⁵⁵ in § 205a öStGB ein neuer Straftatbestand namens „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ ergänzt, der eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration unter Strafe stellt und eine nochmals niedrigere Strafdrohung als die geschlechtliche Nötigung aufweist.⁵⁶

Damit unterscheidet sich die Vergewaltigung nach österreichischem Recht erheblich von jener nach geltender Rechtslage in Deutschland. Der Tatbestand der Vergewaltigung⁵⁷ nach § 177 dStGB wurde durch das 33. StRÄG 1997⁵⁸ auf das Ausnutzen einer schutzlosen Lage des Opfers ausgeweitet.⁵⁹ Mit dem 50. StRÄG 2016⁶⁰ überschritt der Gesetzgeber den Wortsinn des Begriffs „Vergewaltigung“ endgültig, indem er dem „Nein-heißt-Nein“-Modell folgte. Die Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB unterscheidet sich vom sexuellen Übergriff gem. § 177 Abs. 1 dStGB nur durch die Voraussetzung einer besonders eingriffsintensiven sexuellen Handlung. Erforderlich ist eine dem Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung, die das Opfer besonders erniedrigt, „insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden“⁶¹ ist. Dies wird vor allem bei einer sexuellen Penetration angenommen.⁶²

3. Erfordernis getrennter Deliktstategorien

Gegen die Klassifizierung einer nicht konsensualen Penetration als Vergewaltigung bestehen zunächst *sprachliche Einwände*. Es ist sprachlich merkwürdig, die Tat allein wegen

der Eingriffstiefe der sexuellen Handlung als „Vergewaltigung“ zu bezeichnen.⁶³ Der Gedanke, eine sexuelle Penetration durch den Täter als „Gewalt“ in einem weiten Sinne zu definieren, ist schon deshalb abwegig, weil der Tatbestand sexuelle Handlungen einbezieht, bei denen die betroffene Person eine aktive Rolle einnimmt.⁶⁴ Der Ausdruck „Penetration“, den man mit einem aktiven Eindringen des Täters assoziiert, verdeckt dies.

Allenfalls könnte man bei einer nicht einvernehmlichen sexuellen Penetration von „sexueller Gewalt“ oder „sexualisierter Gewalt“⁶⁵ sprechen. Im allgemeinen Sprachgebrauch ist zu beobachten, dass der Begriff „Gewalt“ immer weiter ausufert, wie wenn von „psychischer Gewalt“, „digitaler Gewalt“⁶⁶, „verbaler Gewalt“ oder eben von „sexueller Gewalt“ die Rede ist. Das Phänomen dürfte mit der Wirkmächtigkeit des Begriffs „Gewalt“ zusammenhängen, der im Diskurs besondere Aufmerksamkeit sichert. Die Entwicklung sollte im Strafrecht nicht nachvollzogen werden. Um die Begrenzungen durch den Bestimmtheitsgrundsatz zu wahren, bedarf der strafrechtliche Begriff der Gewalt scharfer Konturen. Es ist daher an der Verbindung mit dem klassischen strafrechtlichen Gewaltbegriff als Grundform der Nötigung festzuhalten. Ein Aufweichen des Begriffs hätte zur Folge, dass auch andere Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, die in einer sexuellen Penetration resultieren, als „Vergewaltigung“ einzuordnen wären⁶⁷ und die Grenzen der Vergewaltigung endgültig verschwimmen.

Auch die *Gesetzessystematik* spricht gegen die Erfassung einer nicht konsensualen und einer nötigungsbasierten sexuellen Penetration in einer einheitlichen Deliktstategorie. Die Regelung des § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB⁶⁸ vernachlässigt,

⁶³ A.A. Hörnle, NStZ 2017, 13 (19 f.).

⁶⁴ Zur Einbeziehung einer Penetration des Täters durch das Opfer *Eschelbach* (Fn. 62), § 177 Rn. 118. Auch die Mehrzahl der Sprachversionen des Richtlinienvorschlages erfasst sexuelle Penetrationen, die von der Frau selbst vorgenommen werden (z.B. „engaging with a woman“, „avec une femme“, „con una mujer“). Allerdings gibt es auch etliche Sprachversionen, die auf eine passive Rolle der Frau beschränkt sind (z.B. „an einer Frau“, „su una donna“, „do corpo de uma mulher“). Die Unterschiede sind darauf zurückzuführen, dass es sich nur um vorläufige Übersetzungen handelt, vgl. *Eckstein/Gössler*, JSt 2023, 10 (12).

⁶⁵ So BT-Drs. 18/9097, S. 28: „ein sexueller Übergriff, der mit einem Beischlaf oder einer ähnlichen sexuellen Handlung verbunden ist,“ werde „vom Opfer als eine Form *sexualisierter Gewalt* empfunden [...] und zwar unabhängig davon, ob ‚Gewalt‘ im strafrechtlichen Sinne ausgeübt wurde“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

⁶⁶ Deutsches Institut für Menschenrechte, Bericht über die Datenlage zu geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Deutschland, 2023, S. 15.

⁶⁷ Vgl. *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3556).

⁶⁸ Siehe auch die Neuregelung der Vergewaltigung in Art. 190 schwStGB, die zwar bei einem nicht konsensualen Vorgehen (Art. 190 Abs. 1 schwStGB) eine niedrigere Strafdrohung vorsieht als bei Einsatz eines Nötigungsmittels (Art. 190

⁵² Initiativantrag (Fn. 48), S. 7; siehe auch Justizausschussbericht (Fn. 49), S. 3.

⁵³ Justizausschussbericht (Fn. 49), S. 2. Die Strafdrohung des § 201 Abs. 1 öStGB beträgt Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.

⁵⁴ Für die geschlechtliche Nötigung (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren) genügt jede geschlechtliche Handlung.

⁵⁵ öBGBI. I 2015/112.

⁵⁶ Die Strafdrohung des § 205a öStGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.

⁵⁷ Die Umbenennung von „Notzucht“ in „Vergewaltigung“ erfolgte durch das 4. StrRG 1973, BGBl. I 1973, S. 1725.

⁵⁸ BGBl. I 1997, S. 1607.

⁵⁹ Einen instruktiven Überblick über die Historie bietet *Nicklas*, ZfIStW 4/2024, 267 (267 ff.).

⁶⁰ BGBl. I 2016, S. 2460.

⁶¹ § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB.

⁶² Für viele *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 116 ff.

dass der Einsatz eines Nötigungsmittels einen deutlich höheren Unwert aufweist als die bloße Missachtung des entgegenstehenden Willens.⁶⁹ Dies verdeutlicht der Vergleich mit Diebstahl und Raub: Diebstahl und Raub unterscheiden sich dadurch, dass die Wegnahme bei Diebstahl gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, während sie bei Raub durch ein qualifiziertes Nötigungsmittel erzwungen wird. Es ist somit gerade das Mittel der Nötigung, das den höheren Unwert des Raubes begründet. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Differenzierung bei einer sexuellen Penetration verzichtbar sein sollte. Die Zusammenfassung der Konstellationen in der Kategorie „Vergewaltigung“ ist *systemfremd*, weil sie die erhebliche Divergenz im Unwertgehalt bei nicht konsensuellem und gewaltsam-aggressivem Vorgehen negiert.

Schließlich vernachlässigt die kategoriale Gleichsetzung einer nicht konsensualen Vorgehensweise, dass der Täter mit dem *besonderen, emotional aufgeladenen Stigma* des Vergewaltigers versehen wird.⁷⁰ Wegen der Assoziation mit einer brutal aggressiven Vorgangsweise kann in der Öffentlichkeit der falsche Eindruck entstehen, dass der Verurteilte die sexuelle Handlung durch den Einsatz eines intensiven Nötigungsmittels erzwungen habe. Auch Folgeentscheidungen, die an die Verurteilung anknüpfen, könnten von einem Unwertgehalt ausgehen, der nicht verwirklicht wurde.⁷¹ Ein nicht einvernehmliches Vorgehen als Vergewaltigung einzuordnen, wird dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schuldgrundsatz,⁷² der auch auf die Deliktsbezeichnung im Urteil anwendbar ist, nicht hinreichend gerecht.⁷³

4. Erfordernis abgestufter Strafdrohungen

Der Richtlinienvorschlag sieht für eine nicht konsensuale sexuelle Penetration die gleiche Mindesthöchststrafe wie für eine abgenötigte sexuelle Penetration vor. Das erscheint we-

gen der erheblichen Divergenz im Unwertgehalt mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 49 Abs. 3 GRG) nicht vereinbar. Dies zeigt wiederum der Vergleich mit Diebstahl und Raub: Würde man für einen Diebstahl dieselbe hohe Strafe wie für einen Raub androhen, wäre offenkundig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt. Die Systematik der Strafdrohungen gebietet folglich auch eine Abstufung der Strafrahmen bei einer sexuellen Penetration mit und ohne Nötigungskomponente. Ob die in § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB gewählte Lösung, für eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration die gleiche Strafdrohung⁷⁴ wie für eine abgenötigte sexuelle Penetration vorzusehen, mit dem Grundgesetz vereinbar ist, erscheint mithin zweifelhaft.⁷⁵ Die mangelnde Differenzierung könnte weiterhin gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, der es erfordert, die Strafdrohung auf das Unrecht der Tat abzustimmen.⁷⁶

Eine deutlich niedrigere Strafdrohung für eine nicht konsensuale sexuelle Penetration ist auch deshalb geboten, weil bei dieser Straftat die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten fließend sein kann. Das hat auch mit der Ungleichzeitigkeit sexuellen Begehrens und dem Umstand, dass eine Strafbarkeit bereits bei *dolus eventualis* eingreift, zu tun. Das demonstriert ein Beispiel: Bei einem zunächst einvernehmlichen Geschlechtsverkehr bringt ein Partner nach einer gewissen Zeit zum Ausdruck, genug zu haben. Der andere Partner stellt seine Aktivitäten nicht sofort ein.⁷⁷ Dieses Verhalten mit der gleichen Strafe zu bedrohen wie eine abgenötigte sexuelle Penetration, ist offensichtlich unverhältnismäßig.

Die im Richtlinienvorschlag vorgesehene Mindesthöchststrafe würde in Mitgliedstaaten, die für die Vergewaltigung am Erfordernis einer Nötigung festhalten, zu schweren Verwerfungen führen, wie am Beispiel von Österreich gezeigt sei: Da die Strafrahmenkategorie „Freiheitsstrafe bis zu acht

Abs. 2 schwStGB), jedoch beide Konstellationen als „Vergewaltigung“ klassifiziert.

⁶⁹ Vgl. *Grafl/Schmoller*, Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?, Gutachten 19. ÖJT, Bd. III/1, 2015, S. 130.

⁷⁰ Vgl. *Lederer*, StraFo 2018, 280 (281).

⁷¹ Zu den genannten Aspekten vgl. *Chalmers/Leverick*, *The Modern Law Review* 2008, 217 (226 ff., 238). Vgl. auch *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, Eine theoretische, dogmatische und rechtstatsächliche Betrachtung, 2024, S. 416 f. Umgekehrt könnte es langfristig auch zu einer Verharmlosung des Delikts der Vergewaltigung kommen, vgl. wieder *Wiedmer* (a.a.O.), S. 417 f.

⁷² Zu Bedeutung und Herleitung des Schuldgrundsatzes siehe nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 51 ff.

⁷³ Vgl. *Löffelmann*, StV 2017, 413 (416). Die „übertriebene Stigmatisierung“ kritisiert auch *Eschelbach* (Fn. 62), § 177 Rn. 114. Im englischen Recht geht es um den Grundsatz des „fair labelling“, hierzu *Chalmers/Leverick*, *The Modern Law Review* 2008, 217 (217 ff.). Diesen sieht auch *Jasiński* (Fn. 46), S. 20, 23, als verletzt an.

⁷⁴ Freiheitsstrafe von zwei bis 15 Jahren.

⁷⁵ *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (19 f.), hält die Strafdrohung für angemessen, weil die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung durch die Penetration das dominierende Unrechtselement sei. In ihrem Gesetzesvorschlag hatte *Hörnle* noch gefordert, wegen des Entfalls der Nötigungskomponente die Mindeststrafe für diese Form der Vergewaltigung zu senken, *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 2015, S. 23 f. Dies wurde vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

⁷⁶ BVerfG NJW 2002, 1779 (1780). Bei den vorstehenden Überlegungen wird von der dogmatischen Ungereimtheit abgesehen, dass es sich bei § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB nur um ein Regelbeispiel handelt, das Gericht also bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe eine Einordnung als „Vergewaltigung“ verneinen kann. Die Einordnung als Regelbeispiel könnte sich auf die verfassungsrechtliche Beurteilung auswirken.

⁷⁷ Beispiel bei *Schwaighofer*, in: *Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2018, § 205a Rn. 4.

Jahren“ im österreichischen Strafrecht nicht existiert,⁷⁸ müsste für die „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ nach § 205a öStGB der nächsthöhere Strafrahmen von Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren gewählt werden. Damit würde sich die derzeitige Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren verfünffachen. In der Folge wäre der Strafrahmen der Vergewaltigung gem. § 201 Abs. 1 öStGB von zwei bis zehn Jahren Freiheitsstrafe auf fünf bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe zu erhöhen, um die gebotene Abstufung zwischen einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person und unter Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels zu erhalten. Darüber hinaus wäre der Strafrahmen der geschlechtlichen Nötigung gem. § 202 Abs. 1 öStGB⁷⁹ anzuheben.⁸⁰

V. Schluss

Die Bezeichnung „Vergewaltigung“ hat eine besondere Signalwirkung, die sich tief in das gesellschaftliche Gedächtnis eingepägt hat und die man mit einem der gravierendsten Eingriffe in die sexuelle Integrität verbindet. Der Begriff sollte deshalb den schwersten Eingriffen in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung vorbehalten bleiben, die mittels eines Nötigungsmittels vorgenommen werden und die sexuelle Integrität besonders intensiv verletzen. Fehlt es an einer vom Täter herbeigeführten Zwangslage, erfolgt die sexuelle Penetration also nur gegen den Willen der betroffenen Person, ist das strafwürdige Unrecht deutlich geringer. Wegen der erheblichen Differenz im Unrechtsgehalt bedarf es für die beiden Begehungsweisen abgestufter Deliktskategorien. Die im Richtlinienvorschlag der Kommission angestrebte Zusammenfassung in einer gemeinsamen Deliktskategorie „Vergewaltigung“ indiziert eine Schwere der Schuld, die einer nicht konsensualen sexuellen Penetration nicht zukommt.

Auch weil die Grenzen der Strafbarkeit bei nicht konsensualen sexuellen Handlungen, insbesondere bei einem länger dauernden sexuellen Geschehen, schwierig zu ziehen sind, bleibt es vorzugswürdig, es bei einem mit moderater Strafdrohung versehenen eigenständigen Delikt zu belassen. Die besseren Gründe sprechen für einen mehrstufigen Ansatz, der den Begriff der Vergewaltigung dem intensivsten Angriff auf die sexuelle Integrität vorbehält.⁸¹ Mit dieser sinnvollen Rechtstradition⁸², wie sie etwa im österreichischen Strafrecht

verwirklicht ist, hat der Kommissionsvorschlag gebrochen.

Die weit überwiegende Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten hat die Istanbul-Konvention ratifiziert⁸³ und ist völkerrechtlich verpflichtet, auch nicht einverständliche sexuelle Handlungen mit einer anderen Person unter Strafe zu stellen. Der eröffnete Umsetzungsspielraum ermöglicht es, auf nationale Besonderheiten einzugehen und an einem mehrstufigen Ansatz festzuhalten. Die EU sollte aus kompetenzrechtlichen und sachlichen Gründen endgültig auf eine Harmonisierung des Straftatbestands der Vergewaltigung verzichten.

⁷⁸ Eine Übersicht über die verwendeten Strafrahmen findet sich bei *Grafl/Schmoller* (Fn. 69), S. 95 ff.

⁷⁹ Derzeit sechs Monate bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe.

⁸⁰ Es kann deshalb nur verwundern, dass Österreich zusammen mit zwölf weiteren Mitgliedstaaten die Ausweitung des Straftatbestands der Vergewaltigung unterstützte (Generalsekretariat des Rates, A-Punkt-Vermerk, 2022/0066[COD], S. 1).

⁸¹ Ob man, wie das österreichische Strafgesetzbuch, einen dreistufigen Ansatz (Vergewaltigung – Geschlechtliche Nötigung – Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung) wählt oder ob man sich für einen zweistufigen Ansatz entscheidet, ist nicht wesentlich.

⁸² Zum Erfordernis, die Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten zu achten, siehe Art. 67 Abs. 1 AEUV.

⁸³ Siehe oben Fn. 35.

Zwischen Transparenz und Grundrechtsschutz: Bedrohung der europarechtlichen Unschuldsvermutung durch behördliche Informationspflichten im Verbraucherschutz am Beispiel des § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB*

Von Prof. Dr. Helmut Satzger, München**

Der Beitrag untersucht die Spannungen zwischen behördlichen Informationspflichten und der europarechtlichen Unschuldsvermutung. Am Beispiel des § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB wird analysiert, inwiefern die frühzeitige Veröffentlichung von Verdachtsmomenten Unternehmen noch vor einer rechtskräftigen Feststellung eines Verstoßes schädigen kann. Es wird gezeigt, dass solche Maßnahmen eine sanktionsähnliche Wirkung entfalten und damit in Konflikt mit den strafrechtlichen Garantien der weit zu verstehenden Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 EU-GRCh geraten. Zudem werden mögliche Reformansätze diskutiert, um ein Gleichgewicht zwischen Transparenz und Grundrechtsschutz sicherzustellen, mit dem Ziel eine rechtsstaatlich angemessene Lösung zu finden, die sowohl den Verbraucherschutz als auch die Rechte der Unternehmen wahrt.

I. Einleitung

Die Informationspflicht staatlicher Behörden im Bereich des Verbraucherschutzes bildet ein hochaktuelles und zugleich rechtlich komplexes Themenfeld, das sich an der Schnittstelle zwischen Transparenzanforderungen und grundrechtlichen Schutzgütern bewegt. Insbesondere kollidiert hier das öffentliche Interesse an der Aufklärung möglicher Rechtsverstöße mit dem Schutz der Unschuldsvermutung als fundamentales rechtsstaatliches Prinzip. Diese Konfliktlinie wirft sowohl rechtliche als auch gesellschaftliche Fragestellungen auf, die einer differenzierten Analyse bedürfen.

Von besonderer Relevanz sind die Regelungen des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB) zur Öffentlichkeitsinformation, welche in den letzten Jahren wiederholt kontrovers diskutiert wurden. Insbesondere § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB steht im Zentrum der Debatte.¹ Die Norm verpflichtet die zuständigen Behörden, die Öffentlichkeit unverzüglich zu informieren, sofern hinreichend begründete Tatsachen den Verdacht auf schwerwiegende Verstöße gegen verbraucherschutzrechtliche Vorschriften begründen. Bemerkenswert ist dabei, dass diese Informationspflicht nicht an eine rechts- oder bestandskräftige Feststellung eines Verstoßes geknüpft ist. Vielmehr genügt ein hinreichend tatsachen-

gestützter Verdacht als Grundlage für eine behördliche Öffentlichkeitsinformation.

Ein solcher Mechanismus wirft erhebliche rechtliche Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der europäischen Unschuldsvermutung auf, die als tragendes Prinzip sowohl in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) als auch in Art. 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRCh) normiert ist. Die Diskrepanz zwischen der frühzeitigen Informationspflicht der Behörden und der aus der Unschuldsvermutung abgeleiteten Zurückhaltung bei der Vorverurteilung rechtfertigt eine vertiefte Auseinandersetzung mit der rechtlichen und praktischen Ausgestaltung dieser Regelungen.

Der vorliegende Beitrag analysiert die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen und untersucht die mit den behördlichen Öffentlichkeitsinformationspflichten verbundenen Herausforderungen. Ziel ist es, Lösungsansätze zu entwickeln, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem berechtigten Transparenzinteresse der Öffentlichkeit und dem Schutz der rechtlichen Interessen der betroffenen Unternehmen ermöglichen.

II. Rechtlicher Hintergrund der Öffentlichkeitsinformation

1. Grundlagen der Informationspflicht

Die Verpflichtung zur Öffentlichkeitsinformation ergibt sich grundsätzlich aus dem Gebot der Transparenz im Verbraucherschutz.² Dieses soll Verbraucher in die Lage versetzen, eigenverantwortliche Entscheidungen auf Grundlage umfassender Informationen über potenziell gesundheitsgefährdende Produkte zu treffen. Gleichzeitig steht diese Pflicht jedoch im Spannungsfeld mit der Gefahr, dass durch frühzeitige Veröffentlichungen unbegründeter Verdachtsmomente erhebliche und mitunter irreversible wirtschaftliche und reputationsbezogene Schäden für betroffene Unternehmen entstehen können. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, sowohl den Schutz der Verbraucher als auch die Wahrung der Grundrechte der Unternehmen in angemessener Weise zu gewährleisten.³ Dies bildet eine zentrale Herausforderung, der sich der Gesetzgeber, aber auch die rechtsanwendenden Organe in einem modernen Rechtsstaat stellen müssen.

In diesem Zusammenhang kommt der Qualität der veröffentlichten Informationen besondere Bedeutung zu. Es ist zwingend erforderlich, dass diese einer sorgfältigen und tatsachenbasierten Prüfung unterzogen werden, um die Verbreitung von Falschinformationen oder unbegründeten Verdächtigungen zu verhindern. Diese rechtlichen Anforderungen

* Anstoß zur Befassung mit dieser Thematik war ein dem *Verf.* im Jahr 2019 anvertrautes Gutachten, siehe dazu auch Satzger, LMuR 2021, 1 ff.; Dank schuldet der *Verf.* seiner Mitarbeiterin Frau Julia Wunsch für die Recherche und Korrekturarbeiten bzgl. der vorliegenden Fassung.

** Der Autor ist ordentlicher Professor für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der LMU München.

¹ Vgl. Rohnfelder/Freytag, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Bd. 3, 214 Lfg., Stand: Mai 2017, LFGB § 40 Rn. 13b, 13c; Möstl, LMuR 2015, 185 (188); Soravia, LMuR 2013, 120 (120).

² OVG Münster NVwZ-RR 2013, 627 (629); BVerfG NVwZ 2011, 94 (101 Rn. 174 f.).

³ Vgl. Gärditz, LMuR 2023, 111 (115); Holle, in Streinz/Meisterernst (Hrsg.), BasisVO, LFGB, Kommentar, 2. Aufl. 2025, § 40 Rn. 108.

verpflichten den Gesetzgeber, klare und praktikable Regelungen zu schaffen, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Transparenzanforderungen und dem Schutz der Rechte der betroffenen Unternehmen sicherstellen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Regelungen den Grundrechtsschutz der Unternehmen in der praktischen Anwendung ausreichend gewährleisten oder diese in unverhältnismäßiger Weise einschränken.

2. Regelung nach dem LFGB

Die zentrale Vorschrift zur Öffentlichkeitsinformation im LFGB findet sich in § 40 LFGB.

Gemäß § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB sind die zuständigen Behörden verpflichtet, die Öffentlichkeit unverzüglich zu informieren, sofern hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein Lebens- oder Futtermittel gegen gesetzliche Vorschriften verstößt und dadurch eine Gesundheitsgefährdung eintritt. Dabei müssen sowohl der Name des betroffenen Unternehmens als auch das betreffende Lebensmittel oder Futtermittel benannt werden.

Im Unterschied zu § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB, der lediglich eine Soll-Vorschrift⁴ zur Erfüllung der unionsrechtlichen Informationspflichten nach Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung⁵ darstellt, normiert § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB eine zwingende Verpflichtung der Behörden, Verbraucher über Rechtsverstöße von Unternehmen zu informieren.⁶

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs dient die Regelung zum einen dazu, eine hinreichende Grundlage für eine eigenverantwortliche Konsumententscheidung der Verbraucher zu schaffen⁷ sowie ein bundesweit einheitliches Informationssystem über die Ergebnisse amtlicher Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen zu etablieren.⁸ Zum anderen soll der potenzielle Reputationsverlust die betroffenen Unternehmen dazu anhalten, ihre Betriebsführung im Einklang mit den lebensmittel- und futtermittelrechtlichen Vorgaben zu gestalten.⁹ Letztlich soll § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB damit dem Verbraucherschutz zu Gute kommen, indem durch die Informati-

onspflicht potenziellen Gesundheitsgefahren vorgebeugt wird und die Verbraucher vor Täuschung geschützt werden.¹⁰

Diese Verpflichtung steht jedoch im Fokus erheblicher rechtlicher Bedenken, insbesondere mit Blick auf die wirtschaftlichen und reputationsbezogenen Auswirkungen für betroffene Unternehmen. Kritische Stimmen bezeichnen die behördliche Informationspraxis als eine Form der öffentlichen „Anprangerung“.¹¹

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich in einer wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 2018 mit der grundrechtlichen Dimension dieser Vorschrift auseinandergesetzt.¹²

Das BVerfG stellte fest, dass die Veröffentlichung von Verdachtsmomenten als Verwaltungsmaßnahme unmittelbar in die Markt- und Wettbewerbsbedingungen eingreift, indem sie das Konsumverhalten der Verbraucher beeinflusst und dadurch wirtschaftliche Nachteile für die betroffenen Unternehmen bewirkt.¹³ Dies stellt nach Auffassung des Gerichts einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmen gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar.¹⁴

Obgleich das BVerfG die Norm für *grundsätzlich* verfassungskonform erklärte¹⁵, beanstandete es die fehlende Befristung der Veröffentlichungen. Eine unbegrenzte Veröffentlichung könne insbesondere dann zu unverhältnismäßigen Reputationsschäden führen, wenn sich die Verdachtsmomente im Nachhinein als unbegründet erweisen.¹⁶ Derartige Reputationsverluste sind häufig irreversibel und können im Extremfall existenzbedrohende Folgen für Unternehmen nach sich ziehen. Das Gericht sah hierin eine unverhältnismäßige Grundrechtsbeeinträchtigung und erklärte die Norm *insoweit* für verfassungswidrig.¹⁷

In Reaktion auf diese Entscheidung hat der Gesetzgeber mit Einführung von § 40 Abs. 4 LFGB eine Modifikation vorgenommen.¹⁸ Die Regelung sieht nunmehr vor, dass behördliche Informationen über Rechtsverstöße spätestens nach Ablauf von sechs Monaten zu löschen sind. Diese zeitliche Begrenzung soll den Auswirkungen der Veröffentlichung

⁴ Vgl. *Rohnfelder/Freytag* (Fn. 1), LFGB § 40 Rn. 5.

⁵ Verordnung (EG) 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit = ABl. EG Nr. L 31 vom 1.2.2002.

⁶ Vgl. den Wortlaut „informiert“; siehe auch *Boch*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Nomos Kommentar, 10. Aufl. 2024, § 40 Rn. 32 f.; *Rohnfelder/Freytag* (Fn. 1), LFGB § 40 Rn. 10; vgl. auch explizit die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/7374, S. 13: „Muss-Tatbestand“, ähnl. auch S. 19 f.

⁷ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 2.

⁸ BT-Drs. 17/12299, S. 7; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2110 Rn. 23).

⁹ Vgl. BT-Drs. 17/2299, S. 7; jüngst: OVG Schleswig, Beschl. v. 20.9.2023 – 3 MB 13/23, Rn. 7.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2111 Rn. 32).

¹¹ Vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 26.1.2013 – 9 S 2423/12 = NVwZ 2013, 1022; *Reinhart*, GRUR-Prax 2018, 293 (293); *Hamm*, NJW 2018, 2099 (2100).

¹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109.

¹³ Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 15 Rn. 13.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2110 Rn. 25).

¹⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2111 Rn. 35).

¹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2112 Rn. 48, 56 f., 63).

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2110 Rn. 24).

¹⁸ Änderung durch das 1. LFGBÄndG vom 24.4.2019 (BGBl. I 2019, S. 498 [Nr. 14]), welches zum 30.4.2019 in Kraft getreten ist.

entgegenwirken und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sicherstellen.

Eine weitere Änderung der Norm erfolgte im September 2021 durch die Ergänzung des § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB um einen abschließenden Halbsatz, der die verpflichtende Veröffentlichung eines Verdachts auf eine Straftat ausdrücklich vorsieht.¹⁹ Diese Ergänzung wurde durch eine punktuelle Anpassung der seit 2012 geltenden Informationsvorschrift eingeführt und geht auf eine Initiative des Bundesrates²⁰ zurück. Ziel der Änderung war es, vor dem Hintergrund teilweise widersprüchlicher und mittlerweile überholter Rechtsprechung²¹ klarzustellen, „dass eine Information der Öffentlichkeit im Wege eines ‚Erst-recht‘-Schlusses auch dann zu erfolgen hat, wenn anstelle eines Bußgeldes in Höhe von mindestens 350 Euro die Einleitung eines Strafverfahrens zu erwarten ist und die Sache daher an die Staatsanwaltschaft übergeben wurde.“²²

Gleichwohl bleibt unklar, ob diese gesetzliche Vorgabe ausreicht, um den Schutz der betroffenen Unternehmen hinreichend zu gewährleisten. Kritiker führen an, dass Informationen, die einmal im Internet veröffentlicht wurden, auch nach ihrer Löschung durch die Ursprungsquelle weiterhin über Drittplattformen oder archivierende Suchmaschinen-dienste zugänglich sein können und sich so einer effektiven Kontrolle weitgehend entziehen.²³

Darüber hinaus wird diskutiert, ob die Veröffentlichung von Verdachtsmomenten tatsächlich im Sinne des Verbraucherschutzes ist oder ob sie nicht vielmehr kontraproduktiv wirkt, etwa durch die Verunsicherung von Verbrauchern oder durch die potenzielle Diskreditierung von Unternehmen ohne abschließende Feststellung eines Rechtsverstoßes.

Diese Bedenken verdeutlichen, dass trotz der jüngsten Reform weiterhin erheblicher Handlungsbedarf besteht, um ein Gleichgewicht zwischen Transparenzanforderungen des Verbraucherschutzes und den grundrechtlich geschützten Unternehmensschutz sicherzustellen.

III. Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung im europäischen Recht

1. Konflikt der Unschuldsvermutung mit dem LFGB

Die Veröffentlichungspflicht gem. § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB ist insbesondere aus strafrechtlicher Perspektive kritisch zu würdigen. Zentraler Streitpunkt ist dabei die Frage, ob die Regelung mit der europäischen Unschuldsvermutung vereinbar ist.

Die Unschuldsvermutung gem. Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 EU-GRCh ist ein zentraler Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und garantiert, dass niemand vor einer rechts-

kräftigen Verurteilung als schuldig behandelt werden darf.²⁴ Die Normen verfolgen das Ziel, Einzelpersonen vor Vorverurteilungen durch staatliche Organe zu schützen, wobei die EU-GRCh durch Art. 52 Abs. 3 sicherstellt, dass das durch die Charta gewährte Schutzniveau zumindest den Standards der EMRK entspricht.²⁵

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hat den Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung erheblich erweitert.²⁶ So schützt sie nicht nur vor expliziten Schuldzuweisungen, sondern auch vor öffentlichen Erklärungen, die den Eindruck erwecken könnten, eine Person habe eine Straftat begangen, bevor dies rechtskräftig festgestellt wurde. Diese Schutzwirkung erfasst nicht nur das Strafverfahren, sondern erstreckt sich auch auf verwaltungsrechtliche Maßnahmen, die vergleichbare strafähnliche Wirkungen entfalten.²⁷ Vor diesem Hintergrund wird trotz der grundsätzlich generalpräventiven Wirkung einer Öffentlichkeitsinformation, der Veröffentlichungspflicht nach § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB in der juristischen Literatur überwiegend repressiv-sanktionierenden Charakter zugeschrieben²⁸ und sie daher dem unionsrechtlichen „Strafrecht im weiteren Sinne“ zugeordnet²⁹. So verstanden spricht der weite Strafrechtsbegriff dann auch dafür, dass in Bezug auf Unternehmen als Subjekte eines solchen „Strafverfahrens“ die europäische Unschuldsvermutung zu wahren ist.³⁰

Ein wesentlicher Kritikpunkt ergibt sich insoweit daraus, dass die Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB bereits erfolgt, bevor eine behördliche oder gerichtliche Feststellung eines Rechtsverstoßes vorliegt. Die Veröffentlichung basiert somit allein auf einem Verdacht, ohne dass die Verantwortlichkeit des betroffenen Unternehmens bestätigt ist. Diese Vorgehensweise wirft erhebliche rechtliche Bedenken auf, da sie im Widerspruch zur europäischen Unschuldsvermutung stehen könnte.

Obwohl dies bereits im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2018 vielfach kritisiert und in der juristischen Literatur umfassend diskutiert wurde³¹, hat das

²⁴ Vgl. BVerfGE 19, 342 (348); 74, 358 (370); 82, 106 (114).

²⁵ Vgl. *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 52 Rn. 15 f.

²⁶ Vgl. Sog. „Engel-Kriterien“ des EGMR, EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – 73053/01 (*Jussila v. Finnland*), Rn. 31; EGMR, Urt. v. 4.3.2014 – 18640 (*Grande Stevens v. Italien*), Rn. 94.

²⁷ Vgl. *Satzger*, LMuR 2021, 1 (3 f.).

²⁸ Vgl. *Wallau*, ZLR 2024, 365 (365 f.); *Holle* (Fn. 3), § 40 Rn. 67, 69.

²⁹ Vgl. *Wallau*, LMuR 2024, 327 (327).

³⁰ Vgl. *Holle* (Fn. 3), § 40 Rn. 67.

³¹ So hatte der Bundesrat bereits zur Einführung der Vorschrift auf die Gefahr der Verletzung der Unschuldsvermutung hingewiesen, vgl. Stellungnahme des Bundesrates in BT-Drs. 17/7374, S. 24. Ähnliche Stimmen auch in der Lit., vgl. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2845); *Roffael/Wallau*, ZLR 2019, 311 ff.; *Hamm*, NJW 2018, 2099 (2100); *Grundel*, ZLR 2013, 662 (675 ff.); *Möstl*, LMuR 2015, 185 (190 f.); *Wallau*, LMuR 2018, 186.

¹⁹ Bekanntmachung der Neufassung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches v. 15.9.2021, BGBl. I 2021, S. 4253, 4277.

²⁰ BT-Drs. 19/4726, S. 10.

²¹ VGH München, Beschl. v. 12.12.2019 – 20 CE 19.1634 = LMuR 2020, 127.

²² BT-Drs. 19/25319, S. 55.

²³ *Hamm*, NJW 2018, 2099 (2100).

BVerfG in seiner Entscheidung den Konflikt mit der *europäischen* Unschuldsvermutung lediglich am Rande thematisiert. Eine explizite Auseinandersetzung mit den möglichen Verletzungen des europarechtlichen Schutzstandards blieb dabei aus.

Die Unschuldsvermutung ist indes nicht nur ein formelles Verfahrensprinzip, sondern ein fundamentaler Bestandteil des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes.³² Die öffentliche Bekanntgabe eines Verdachts kann das Vertrauen in die Unschuld eines betroffenen Unternehmens vorzeitig untergraben und zu einer faktischen Vorverurteilung führen. Dies steht nicht nur im Widerspruch zu den Grundsätzen der EMRK, sondern kann zugleich die Wettbewerbsfähigkeit sowie die wirtschaftliche Existenz der betroffenen Unternehmen gefährden.³³

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Veröffentlichungspflicht nach § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB modifiziert werden könnte, um mit den Anforderungen der Unschuldsvermutung in Einklang zu stehen.

2. Bedeutung und Auslegung der Unschuldsvermutung in der europäischen Rechtsprechung

Der EGMR hat in seiner ständigen Rechtsprechung klargestellt, dass der Begriff der „Strafe“ im Sinne der EMRK weit auszulegen ist. Demnach fallen nicht nur klassische strafrechtliche Sanktionen, sondern auch verwaltungsrechtliche Maßnahmen unter diesen Begriff, sofern sie erhebliche reputationsschädigende Konsequenzen nach sich ziehen. Eine öffentliche Bekanntmachung über einen vermuteten Gesetzesverstoß kann daher als „strafähnliche Sanktion“ betrachtet werden, insbesondere wenn sie gravierende wirtschaftliche Auswirkungen auf das betroffene Unternehmen hat.³⁴ Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat ebenfalls betont, dass die Grundrechte der Unionsbürger umfassend zu schützen sind und die Unschuldsvermutung durch nationale Regelungen nicht ausgehöhlt werden darf.³⁵ Auch vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die deutsche Regelung des LFGB, die eine Veröffentlichung bereits bei einem Verdachtsmoment vorsieht, mit den europäischen Vorgaben in Einklang steht.

Hierbei ist von besonderer Relevanz, wie verwaltungsrechtliche Sanktionen, die einen „Prangereffekt“³⁶ zur Folge haben, mit den grundlegenden Prinzipien des europäischen Rechts vereinbar sind. Insoweit hat der EuGH unmissverständlich

klargestellt, dass solche Maßnahmen nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sind. Dies impliziert zwingend, dass Veröffentlichungen verhältnismäßig sein und die Rechte der betroffenen Unternehmen angemessen gewahrt bleiben müssen. Die aktuelle Regelung des LFGB lässt jedoch Zweifel daran aufkommen, ob diesen Anforderungen in der Praxis hinreichend Rechnung getragen wird, insbesondere wenn Veröffentlichungen zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Schuldfrage noch nicht abschließend geklärt ist.

In weiteren Entscheidungen betonte der EuGH, dass es nicht ausreicht, eine Veröffentlichung pauschal zu rechtfertigen, sondern dass stets eine individuelle Abwägung der Interessen stattfinden müsse. Dies könnte bedeuten, dass Behörden in Zukunft stärker in die Pflicht genommen werden, die potenziellen Schäden für das betroffene Unternehmen gegen das öffentliche Interesse an Transparenz abzuwägen.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Pflicht zur konventionsfreundlichen Auslegung, dass nationale Gerichte in Deutschland die Vorgaben der EMRK und der EU-GrCH in ihre Rechtsprechung integrieren müssen.³⁷ Eine konsequente Beachtung der Rechtsprechung würde gewährleisten, dass die Grundrechte der betroffenen Unternehmen stärker geschützt werden und die Veröffentlichungspflichten nicht in einer Weise angewendet werden, die zu einer unverhältnismäßigen Grundrechtsverletzung führt.

IV. Rechtliche Folgen bei einem Verstoß gegen die Unschuldsvermutung

Sollte die behördliche Öffentlichkeitsinformation gem. § 40 LFGB tatsächlich gegen die europäische Unschuldsvermutung verstoßen, könnten sich daraus sowohl nationale als auch europarechtliche Konsequenzen ergeben. Betroffene Unternehmen hätten die Möglichkeit, nach Erschöpfung des nationalen Rechtswegs den EGMR im Wege der Individualbeschwerde anzurufen. Der EGMR würde in einem solchen Verfahren prüfen, ob die Veröffentlichung einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK darstellt und welche konkreten Auswirkungen dies für das betroffene Unternehmen nach sich zieht.

Das Urteil des EGMR hätte jedoch keine unmittelbar begünstigende (kassatorische) Wirkung für den Beschwerdeführer. Es handelt sich nur um ein Feststellungsurteil, das allerdings für die am Verfahren beteiligten Parteien verbindlich ist, da sich die Vertragsstaaten völkerrechtlich verpflichtet haben, das Urteil zu befolgen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). In Deutschland wird dem Urteil jedenfalls eine Orientierungs- und Leitfunktion beigemessen³⁸ – die konkret handelnde Behörde darf deshalb nicht ohne weiteres von der EGMR-Rechtsprechung abweichen, sie muss sich mit ihr zumindest auseinandersetzen und ggf. begründen, warum sie nicht berücksichtigt wurde. Ist dies nicht der Fall, besteht wiederum

³² BVerfG, Beschl. v. 16.12.1991 – 2 BvR 1542/90 = NJW 1992, 1612; BVerfG, Beschl. v. 25.11.1991 – 2 BvR 1056/90 = NJW 1992, 2011; BVerfG, Beschl. v. 21.4.1993 – 2 BvR 1706/92 = NJW 1994, 377.

³³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 = NJW 2018, 2109 (2110 Rn. 27 ff.).

³⁴ Vgl. *Irmischer*, Öffentlichkeit als Sanktion, 2019, S. 221 m.w.N.; vgl. auch *Gundel*, ZLR 2013, 662 (675 ff.).

³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 28.11.2019 – C-653/19 PPU; EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-439/16 PPU.

³⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.1.2020 – 13 ME 394/19, Rn. 9; dem OVG zu Folge sei ein gewisse „Prangerwirkung“ durch die Vorschrift „berechtigterweise beabsichtigt“.

³⁷ Vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 11 Rn. 14.

³⁸ Vgl. BVerfGE 128, 326 (368); *Lohse/Jakobs*, in: *Barthe/Gericke* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, EMRK Art. 46 Rn. 14; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (18);

die Möglichkeit die fehlende Berücksichtigung mittels Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zu rügen.³⁹

Auf diese Weise entfalten EGMR-Judikate eine faktische Präzedenzwirkung für parallel gelagerte Fälle, die über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung erlangen können. Erfolgreiche Klagen von Unternehmen gegen unverhältnismäßige Veröffentlichungen, können so langfristige Auswirkungen auf das behördliche Vorgehen haben. Behörden werden gezwungen, zukünftig zurückhaltender und differenzierter zu agieren. Veröffentlichungen dürfen dann nur erfolgen, wenn eine eindeutige und nachweisbare Gefährdung der Verbraucher vorliegt und die Grundrechte der Unternehmen nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden. Ein solcher Ansatz gewährleistet nicht nur den Schutz der Verbraucher, sondern wahrt zugleich die berechtigten Interessen der Unternehmen, was zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Transparenz und Rechtsstaatlichkeit beiträgt.

Eine Feststellung eines Verstoßes durch den EGMR hätte dabei über den Einzelfall hinausgehende Konsequenzen für die deutsche Rechtsordnung. Die EMRK, die durch ein einfaches Bundesgesetz in das deutsche Recht transformiert wurde, besitzt auch den Rang eines einfachen Bundesrechts.⁴⁰ Damit sind deutsche Gerichte verpflichtet, die Vorgaben der EMRK zu berücksichtigen und eine konventionsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts sicherzustellen.⁴¹ Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung würde folglich die Vereinbarkeit von § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB mit dem deutschen Verfassungsrecht in Frage stellen. Insoweit ist mindestens erforderlich, dass sich das BVerfG mit der Unschuldsvermutung im Rahmen seiner Entscheidungen auseinandersetzt und begründet, warum es gegebenenfalls hinter dessen Schutzzumfang zurückbleibt.⁴² Insbesondere könnte die Regelung im Lichte der Verhältnismäßigkeit und des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes überprüft werden müssen. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG – wie insbesondere die Entscheidung aus dem Jahre 2018 – überzeugt insoweit nicht, da sie die Vorgaben der EMRK unzureichend einbezieht und damit den europarechtlichen Schutzstandard nicht berücksichtigt.⁴³

Über die rein rechtlichen Folgen hinaus birgt ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung erhebliche praktische Risiken. Unternehmen könnten sich gezwungen sehen, umfangreiche Maßnahmen zur Rechtsverteidigung zu ergreifen, selbst wenn sie letztlich nicht verantwortlich sind. Dies könnte zu einer erhöhten Belastung der Justiz und zu einer Verzögerung von Verfahren führen, die wiederum das Vertrauen in

die Rechtsstaatlichkeit beeinträchtigen. Zugleich könnte der EGMR Deutschland im Falle eines festgestellten Verstoßes zur Zahlung von Entschädigungen an die betroffenen Unternehmen verpflichten – mit potenziell erheblichen finanziellen Belastungen für die öffentliche Hand.

Von nicht zu unterschätzendem Gewicht sind auch die Folgen für das Vertrauen der Bevölkerung in die behördliche Öffentlichkeitsarbeit. Der Eindruck, dass Behörden Informationen übereilt und ohne die gebotene Sorgfalt veröffentlichen, birgt die Gefahr, das langfristige Vertrauen der Öffentlichkeit in die Arbeit der zuständigen Stellen zu beeinträchtigen.

Eine sorgfältige Prüfung der Veröffentlichungsvoraussetzungen muss hier entgegenwirken. Ergänzend scheint die Einführung weitergehender Schutzmechanismen erforderlich, um das öffentliche Vertrauen in behördliche Maßnahmen zu stärken und zugleich den Schutz der Rechte der betroffenen Unternehmen zu gewährleisten.

V. Herausforderungen der aktuellen Regelung im Hinblick auf die Unschuldsvermutung

Die Praxis der behördlichen Öffentlichkeitsinformation birgt erhebliche Risiken für die betroffenen Unternehmen, insbesondere, wenn sich ein veröffentlichter Verdacht im Nachhinein als unbegründet herausstellt.

Im Falle einer Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB sind die Behörden gem. § 40 Abs. 4 LFGB zwar zur Richtigstellung der falschen Information verpflichtet, sofern der betroffene Wirtschaftsbeteiligte dies beantragt oder dies zur Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls erforderlich ist. Allerdings gilt es zu beachten, dass die stigmatisierende Wirkung eines einmal veröffentlichten Verdachts auch nach dessen Löschung oder Berichtigung fortbesteht. Regelmäßig sind die Auswirkungen einer solchen Maßnahme für die Reputation von beträchtlichem Ausmaße und können mitunter existenzvernichtende Folgen für das Unternehmen nach sich ziehen.⁴⁴

Die Dynamik digitaler Medien verstärkt diese Problematik erheblich. Durch die fortschreitende Entwicklung moderner Kommunikationsmittel verbreiten sich Informationen heute schneller und weiter als je zuvor. Eine einmal veröffentlichte Nachricht kann innerhalb kürzester Zeit über soziale Netzwerke, Nachrichtenportale und andere digitale Kanäle eine enorme Reichweite und Sichtbarkeit erzielen.⁴⁵

Die gesetzlich vorgesehene Pflicht zur Löschung der Informationen nach sechs Monaten vermag diese Problematik kaum zu entschärfen, da die Verbreitung einer Information ab dem Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung praktisch nicht mehr kontrollierbar ist. Auch nach Entfernung der Information durch die ursprüngliche Quelle, verbleiben häufig Kopien, Verweise und Archivierungen im Internet und die Anwendung von digitalen Suchmaschinen und Archivdiensten macht eine vollständige Beseitigung der Information faktisch unmöglich. Angesichts der Tatsache, dass das „globale Netz nichts vergisst“, sehen sich Unternehmen folglich einer langfristigen

³⁹ Vgl. nur *Meyer-Ladewig/Brunozzi*, in: *Ladewig/Nettesheim/Raumer* (Hrsg.), *EMRK, Handkommentar*, 5. Aufl. 2023, Art. 46 Rn. 36. Die Rüge kann auf eine Verletzung des in Frage stehenden Grundrechts in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gestützt werden.

⁴⁰ Vgl. *Satzger* (Fn. 37), § 11 Rn. 13.

⁴¹ Vgl. *Satzger* (Fn. 37), § 11 Rn. 11; vgl. *Wallau*, *LMuR* 2018, 186 (187).

⁴² Vgl. *BVerfGE* 111, 307 (329).

⁴³ Vgl. *Satzger*, *LMuR* 2021, 1 (10).

⁴⁴ Vgl. *Irmscher* (Fn. 34), S. 72 ff., 440.

⁴⁵ Vgl. *Hamm*, *NJW* 2018, 2099 (2103).

Rufschädigung ausgesetzt, deren nachteilige Folgen noch Jahre später spürbar sein können.⁴⁶

VI. Reformansätze

Was ist also zu tun? Ein möglicher Ansatz bestünde darin, die Schwelle für eine Veröffentlichung deutlich anzuheben, so dass diese nur in unzweifelhaft klaren und schwerwiegenden Fällen zulässig ist. Einer Vorverurteilung könnte dadurch entgegengewirkt werden, dass die Verpflichtung zur Öffentlichkeitsinformation ausnahmslos an das Vorliegen einer bestandskräftigen behördlichen Entscheidung oder einer rechtskräftigen Verurteilung geknüpft ist. Alternativ könnten ergänzende Prüfmechanismen etabliert werden, die vor einer Veröffentlichung sicherstellen, dass die erhobenen Vorwürfe einer mindestens grundlegenden behördlichen Überprüfung standhalten und nicht auf bloßen Verdachtsmomenten basieren. Ein weiterer Reformansatz könnte auch in der konkreten Darstellung der Information liegen.⁴⁷ So könnte die Beeinträchtigung der betroffenen Unternehmen etwa dadurch abgemildert werden, dass die Veröffentlichung ausdrücklich als bloßer Verdacht gekennzeichnet wird, um dem Publikum die Vorläufigkeit der behördlichen Feststellungen unmissverständlich zu verdeutlichen und sie insofern nicht etwa als amtliche Warnung aufzufassen ist.⁴⁸ Ein weiterer Ansatz zur faireren Gestaltung der Veröffentlichungspraxis könnte in einer frühzeitigen Einbeziehung der betroffenen Unternehmen bestehen. Zwar sieht § 40 LFGB in Abs. 3 eine Anhörung der Unternehmen vor Publikation vor. Allerdings gilt dies allein für die Fälle des § 40 Abs. 1 LFGB und nicht für die zwingende behördliche Informationspflicht nach § 40 Abs. 1a LFGB.⁴⁹ Daher sollte den Unternehmen grundsätzlich vor der Publikation die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Durch eine solche Beteiligung könnten die Unternehmen frühzeitig auf die Vorwürfe reagieren und ihre Position darlegen. Dies würde nicht nur zu einer gerechteren Behandlung der betroffenen Unternehmen führen, sondern zugleich der Öffentlichkeit ein differenzierteres und ausgewogeneres Bild der Sachlage vermitteln.

Zusätzlich wäre die Einrichtung eines unabhängigen Gremiums zu erwägen, das die beabsichtigten Veröffentlichungen im Vorfeld prüft. Eine solche Instanz könnte sicherstellen, dass nur solche Informationen publik gemacht werden, die den Anforderungen der Unschuldsvermutung sowie der Verhältnismäßigkeit genügen. Zudem hätte diese Maßnahme das Potenzial, die Wahrung der Unternehmensrechte umfassend sicherzustellen und dadurch das Vertrauen in den Prozess der behördlichen Öffentlichkeitsinformation nachhaltig zu stärken und zugleich Missbrauch oder vorschnelle Veröffentlichungen zu verhindern.

VII. Schlussfolgerung

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Regelung zur Öffentlichkeitsinformation nach § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB erhebliche rechtliche Bedenken aufwirft, insbesondere im Hinblick auf die europarechtlich verankerten Unschuldsvermutung. Die vorliegende Analyse verdeutlicht, dass die bestehende Regelung insofern problematisch ist, als sie bereits auf Grundlage eines bloßen Verdachts eine Veröffentlichung vorsieht und hierdurch die Grundrechte der betroffenen Unternehmen erheblich beeinträchtigen kann. Eine Reform der gesetzlichen Vorschriften erscheint zwingend geboten, um einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an Transparenz und dem Schutz der Unternehmensrechte zu gewährleisten.

Um diesem Konflikt zu begegnen, erscheint eine gesetzliche Anpassung unerlässlich. Eine mögliche Lösung könnte in der Erhöhung der rechtlichen Voraussetzungen der Veröffentlichungspflicht liegen. Hierdurch ließe sich sicherstellen, dass die Rechte der betroffenen Unternehmen stärker Berücksichtigung finden und die Gefahr unverhältnismäßiger Belastungen reduziert wird. Insbesondere darf eine auf Verdacht gestützte Veröffentlichung keinesfalls mehr Schaden als Nutzen verursachen, wodurch die Zielsetzung des Verbraucherschutzes letztlich untergraben würde. Die aktuelle Debatte um die Öffentlichkeitsinformation zeigt klar auf, dass der Verbraucherschutz und die Wahrung der Grundrechte der Unternehmen sorgsam austariert werden müssen, um eine faire und rechtsstaatliche Regelung zu erreichen.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage im Hinblick auf die Anforderungen des europäischen Rechts anpasst. Eine Harmonisierung mit europäischen Rechtsstandards ist dringend geboten. Die Regelung des LFGB bedürfen einer Konkretisierung und Anpassung an die Vorgaben der EMRK und der EU-GRCh. Eine Stärkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie die Einführung zusätzlicher Schutzmechanismen für die betroffenen Unternehmen hätten nicht nur die effektivere Sicherung ihrer Rechte zur Folge, sondern könnten zugleich das Vertrauen der Öffentlichkeit in behördliche Maßnahmen nachhaltig stärken. Ein solcher Rechtsrahmen setzt jedoch eine sorgfältige Abwägung aller betroffenen Interessen voraus, um eine Lösung zu schaffen, die gleichermaßen den Schutz der Verbraucher und die Grundrechte der Unternehmen wahrt.

Die Entwicklung eines solchen ausgewogenen Interessenausgleichs stellt eine der zentralen Herausforderung des modernen Verbraucherschutzrechts dar. Sie verlangt eine kontinuierliche Überprüfung und Anpassung der bestehenden gesetzlichen Grundlagen, um aktuellen und künftigen Anforderungen gerecht zu werden.

⁴⁶ Vgl. *Hornung/Hofmann*, JZ 2013, 162 (164) sowie *Hamm*, NJW 2018, 2099 (2103).

⁴⁷ Vgl. *G. Dannecker/C. Dannecker*, ZLR 2019, 175 (179).

⁴⁸ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.1.2020 – 13 ME 394/19, Rn. 9.

⁴⁹ Vgl. *Rohnfelder/Freytag* (Fn. 1), LFGB § 40 Rn. 17.

„Die da oben ... sind gefährlich!?“

Zum Verhältnis von Verschwörungsmentalität, Delinquenzneigung und materiellem Strafrecht

Von PD Dr. Oliver Harry Gerson, Leipzig*

Der interdisziplinär angelegte Beitrag untersucht, ob ein – und wenn ja, welcher – Zusammenhang besteht zwischen der Herausbildung einer Verschwörungsmentalität und der Bereitschaft, Straftaten zu begehen. Hierzu werden Verschwörungserzählungen in Bezug auf ihre Entstehung, Verbreitung und Folgen analysiert und mit dem theoretischen und empirischen kriminologischen Forschungsstand abgeglichen. Im Anschluss erfolgt eine Einordnung des Phänomens in das strafrechtsdogmatische Gesamtsystem.

I. Problemaufriss und Fragestellung

Es leuchtet bereits a priori ein, dass derjenige, der sich eine „falsche Welt“ baut, über kurz oder lang mit der echten Welt in Konflikt geraten wird.¹ Gemeint mit der „falsch gebauten“ Welt sind insbesondere die Irrungen der Anhänger von aggressiven Verschwörungserzählungen, die von allumfassender Lenkung der Gesellschaft und der Politik durch verborgene Mächte fabulieren. Derlei Narrative sind gefährlich für jede liberale Demokratie,² da sie das Institutionenvertrauen untergraben³ und damit den Rechtsfrieden massiv bedrohen. Eine weiterführende Frage ist, ob und inwieweit sich aus dem zunehmenden Glauben der Menschen an derlei Mythen⁴ auch kriminologisch bedeutsame Schlüsse ziehen lassen.⁵ Darum

* Der Verf. ist im Sommersemester 2025 Lehrstuhlvertreter an der Universität Leipzig (Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie).

¹ Aus (radikal-)konstruktivistischer Perspektive sind es die nicht „viablen“ Konstruktionen von Wirklichkeit, die dem Individuum bei der Lebensweltbewältigung Hindernisse bereiten. Die Welt der Viabilität ist indes eine Wirklichkeit „des Erlebten“, die aus „Erlebtem“ besteht und keinerlei Rückbezug zur ontologischen Wahrheit bedarf oder fordert, vgl. hierzu v. Glaserfeld, in: Watzlawick (Hrsg.), Die erfundene Wirklichkeit, Wie wissen wir, was wir glauben? Beiträge zum Konstruktivismus, 1978, S. 16 (28) sowie ders., in: ders. (Hrsg.), Wissen, Sprache und Wirklichkeit, Arbeiten zum radikalen Konstruktivismus, 1987, S. 137 (143).

² Vgl. auch den Abschlussbericht des Radicalization Awareness Networks, 28.9.2020, S. 2; Hermann/Rathje, in: Amadeu Antonio Stiftung (Hrsg.), Down the rabbit hole, Verschwörungsideologien: Basiswissen und Handlungsstrategien, 2021, S. 25.

³ Engelstätter, GSZ 2022, 109 ff.; Rees/Lamberty, in: Küpper/Berghan (Hrsg.), Verlorene Mitte – Feindselige Zustände, Rechtsextreme Einstellungen in Deutschland 2018/19, 2019, S. 203 (215); Hermann/Rathje (Fn. 2), S. 33.

⁴ Zu den empirischen Erkenntnissen noch II. 1.

⁵ Dazu auch Bannenberg, in: Lüttig/Lehmann (Hrsg.) Verschwörungstheorien, 2022, S. 51 (54 ff.); angerissen auch bei Imhoff, in: Bogerts/Häfele/Schmidt (Hrsg.), Verschwörung,

soll es im Folgenden gehen. Der Beitrag definiert und kategorisiert dazu Verschwörungserzählungen (II.) und zeichnet Erkenntnisse aus psychologischen und kriminologischen Studien nach (III.–IV.). Im Anschluss wird untersucht, wie sich diese Entwicklungen im materiellen Strafrecht auswirken können (V.).

II. Definition und Kategorien von Verschwörungserzählungen

Für die Klärung der Zusammenhänge bedarf es einer Arbeitsdefinition der „Verschwörungserzählung“. Zur Ermöglichung einer besseren Einordnung soll überdies eine Klassifikation der am weitesten verbreiteten, aktuellen Narrative erfolgen.

1. Definition der Verschwörungserzählung

Eine Verschwörungserzählung⁶ lässt sich zweiteilig definieren: Im Grunde handelt es sich um eine von mehreren Personen geteilte, faktisch falsche Überzeugung dahingehend, dass eine (kleine) Gruppe von Menschen im Verborgenen absichtlich ein – in der Regel destruktives – Ziel verfolgt und dieses Vorhaben über einen längeren Zeitraum geplant hat. Als zusätzlicher Umstand tritt hinzu, dass dieser Plan fast perfekt umgesetzt wird und gerade wegen dieser Ausführungsfehler als Verschwörung für Dritte erkennbar ist.⁷ Es handelt sich hierbei nicht um die einzig denkbare Art und Weise, eine Verschwörungserzählung zu definieren.⁸ Die Näherung weist

Ablehnung, Gewalt, 2020, S. 69 (85) in Bezug auf politische Gewalt.

⁶ Gleichbedeutend sind die Begriffe Verschwörungstheorie und Verschwörungsglaube, wobei die Konnotation zu einer „Theorie“ eine nicht vorhandene Wissenschaftlichkeit suggeriert (weniger kritisch Butter, APuZ 35–36/2021, 4 (6); Bannenberg [Fn. 5], S. 53 f.). Der Bezug zum „Glauben“ wiederum ist tauglicher, kann allerdings in Überschneidung zu einer religiösen Deutung gelangen, die nur in seltenen Fällen passend ist (dennoch dafür Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi, Advances in Political Psychology 2019, 4). Die „Erzählung“ hingegen greift den narrativen Charakter des Phänomens treffend auf. Zu einem Glossar der Begriffe vgl. Hermann/Rathje (Fn. 2), S. 8.

⁷ Endrass/Graf/Rossegger, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2021, 109.

⁸ Vgl. ähnlich bereits Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 2, 8. Aufl. 2003, S. 112; siehe auch Uscinski/Klofstad/Atkinson, Political Research Quarterly 2016, 57 (58); Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi, Advances in Political Psychology 2019, 4: „Conspiracy theories‘ are attempts to explain the ultimate causes of significant social and political events and circumstances with claims of secret plots by two or more powerful actor.“ Es fehlt jedoch jeweils das Momentum der „Aufdeckbarkeit“; zu weiteren

allerdings den Vorteil auf, dass die „faktisch falsche Überzeugung“ leicht(er) abgegrenzt werden kann vom realen Skandal, der tatsächlich besteht, faktisch richtig ist und lediglich das Risiko der Überinterpretation in sich trägt.⁹ Das vermutete Ziel der Verschwörungsgruppe ist auch typischerweise destruktiv, d.h. es unterwandert kollektive Abläufe und umgeht gesellschaftliche Regeln; es kann jedoch ausnahmsweise auch auf „harmlose“ Folgen gerichtet sein (dazu sogleich 2.). Da durch die insinuierte Aufdeckbarkeit des Komplotts aufgrund der gerade „nicht perfekten Planumsetzung“ das Bestreben der Anhänger des Narrativs begreiflicher wird, nach Spuren und Belegen des eingebildeten Plans zu suchen, wird zusätzlich der zu gleichen Teilen misstrauend-ängstliche sowie detektivisch-„wissende“ Zustand in der mentalen Ausrichtung der Verschwörungsgläubiger plastisch gespiegelt (dazu noch III. 2. und IV.).

2. Kategorisierung von Verschwörungserzählungen

Verschwörungserzählungen lassen sich in unterschiedliche Kategorien einteilen, die sich überschneiden können. Neben der groben Differenzierung in harmlose und aggressive Narrative sind zweite weiter in politische, weltwirtschaftliche, wissenschaftliche, religiöse und historische Erzählungen gliederbar.¹⁰

a) Harmlose Verschwörungserzählungen

Unter die Kategorie der weitgehend bis völlig harmlosen Verschwörungserzählungen fallen vorrangig Personen- oder Ereignismythen wie z.B. die Behauptung, dass der legendäre Rock'n'Roll-Star *Elvis Presley* seinen eigenen Tod lediglich inszeniert habe und noch (weiter-)lebe.¹¹ Derlei Gedankengut ist im engsten Sinne „unschuldig“, denn selbst, wer fest davon überzeugt ist, dass dieser Umstand zutrifft, wird das vorgebliche Komplott weder als Bedrohung für sich noch als Indikator für einen die Gesellschaft in Mitleidenschaft ziehenden Missstand bewerten. Gewöhnlicherweise entstehen

entsprechende Mythen als Kehrseite der Überglorifizierung der jeweiligen Personen und bleiben im überdrehten Fan-Kult verhaftet.¹²

Zum Teil glauben Menschen an die Behauptung, dass die Erde innen hohl sei und/oder dass dort eine geheime Zivilisation existiere.¹³ Auch solche Fantasy-Verschwörungen entfalten in der Regel¹⁴ keinen praktischen Einfluss und bleiben allein in der Welt der Science-Fiction verankert.

Diese Erzählungen unterstellen den (angeblich) hinter den Geschehnissen stehenden Personen nicht zwingend destruktive Ziele, sodass unter Anwendung der obigen Definition (siehe oben 1.) auch davon ausgegangen werden kann, dass es sich nicht um Verschwörungserzählungen im engen Sinne, sondern um bloße Gerüchte oder sog. „Urban Legends“ handelt. Im Ergebnis kann diese noch feinere Unterscheidung jedoch offenbleiben, da diese Arten von Erzählungen im Allgemeinen ohnehin nicht kriminogen wirken.¹⁵

b) Aggressive Verschwörungserzählungen

Im Gegensatz zu den harmlosen Verschwörungserzählungen sind die aggressiven Narrative darauf gerichtet, das Institutionenvertrauen ihrer Anhänger zu untergraben. In Übereinstimmung mit der hier genutzten Definition werden die behaupteten Zusammenhänge als absichtlich orchestriert sowie die beteiligten Akteure als tendenziell böse und intrigant dargestellt, wobei die vorgeblichen „Pläne“ jedoch „durchschaubar“ seien. Gerade dieses „Durchschauen“ könne den kritisch Nachforschenden jedoch selbst zur Zielscheibe der

Ansätzen *Bannenber* (Fn. 5), S. 52; *Keil*, in: *Lüttig/Lehmann* (Fn. 5), S. 13 (20 f.) m.w.N.

⁹ *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4. Ein Echauffieren über real existente politische oder wirtschaftliche Missstände (vgl. nur „Watergate-Affäre“, „Wikileaks“, „Abgas-Skandal“, „Panama-Papers“) ist für eine Demokratie und deren Diskursfähigkeit überlebenswichtig, wengleich derlei echte Ereignisse auch als Anlass für eine Extrapolation zur Verschwörungserzählung missbraucht werden können.

¹⁰ *Keil* (Fn. 8), S. 21 f. unterteilt im Anschluss an *Butter* hingegen in Ereignis-, System- und Superverschwörungen.

¹¹ Gleiches kursiert auch über andere Künstler wie *Michael Jackson* oder *Tupac Shakur*, wohingegen der „echte“ *Paul McCartney* angeblich schon lange tot sei und durch ein Double ersetzt wurde; vgl. auch *Keil* (Fn. 8), S. 21; zu den Verschwörungen um die Ermordung von *J.F. Kennedy* vgl. *Goertzel*, *Political Psychology* 1994, 731 und zu *Prinzessin Diana* vgl. *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 f.

¹² Bedenklich werden die Erzählungen, wenn es um das angebliche Fortleben historisch bedeutsamer Staatsoberhäupter geht (z.B. der angeblich inszenierte Tod *Hitlers* oder das Fortleben *Saddam Husseins*), da oftmals weitere aggressive (dazu sogleich) Momente verbunden werden, die Misstrauen gegenüber der herrschenden Auffassung der geschichtlichen Abläufe wecken sollen.

¹³ Die „Theorie“ der Hohl Erde ist eine pseudowissenschaftliche Vorstellung. Zahlreiche Kulturen weisen vergleichbare Mythen über unterirdische Welten auf, wie die griechische Unterwelt Hades, die nordische Welt Niflheim oder die buddhistischen Geschichten über Shambhala. In diesen Mythen wird die Erde als eine Art Schichtmodell beschrieben, mit einer Oberfläche und darunter liegenden geheimnisvollen Reichen. Im 19. und 20. Jahrhundert wurden die Vorstellungen über die Hohl Erde weiterentwickelt und mit spekulativen Ideen kombiniert (vgl. nur *Symmes Jr.*, *Jules Verne*). Moderne Anhänger der Hohl Erde-Erzählung behaupten, dass geheime Zivilisationen (z.B. die Überlebenden von Atlantis) oder außerirdische Wesen im Inneren der Erde leben, wobei die Hohl Erde von geheimen Zugängen an den Polen betreten werden könne.

¹⁴ Insoweit allerdings behauptet wird, dass Regierungen das Wissen um Zugänge zur „Hohl Erde“ oder zu geheimen Zivilisationen verschweigen würden, erlangen solche Vorstellungen einen aggressiven Charakter, der dazu geeignet sein kann, staatliche Institutionen in ihrem Ansehen zu gefährden und die Bevölkerung zu verunsichern.

¹⁵ Zu den Ausnahmen vgl. Fn. 12 und 14.

Verschwörer machen, da er in die Lage versetzt würde, die Machenschaften aufzudecken, und wenn nicht zu beenden, so doch zumindest zu erschweren.¹⁶ Dieses diffuse Überschätzen der eigenen Rolle in Kombination mit der eingebildeten „Gefahr“, die sowohl durch das Bestehen des Komplotts als auch durch dessen Aufdeckung drohe, charakterisiert die gesellschaftsspaltende, da aufwieglerische Natur entsprechender Erzählungen.

aa) Politische Verschwörungserzählungen

Die sog. politischen oder gouvernementalen Verschwörungserzählungen sind darauf ausgerichtet, zu insinuiieren, dass Regierungen und/oder politische Organisationen geheime Handlungen ausführten, um eine ihnen nicht zustehende Macht zu erlangen oder bereits erlangte Kompetenzen rechtswidrig zu erhalten oder auszubauen. Entweder seien die agierenden Politiker selbst korrumpiert oder gar „entsandt“¹⁷, oder aber sie agierten als bloße „Marionetten“ der dahinterstehenden „Strippenzieher“; der Staat als Ganzes gleiche dadurch einer Chimäre („Deep State“¹⁸; „Reichsbürgerbewegung“¹⁹; „QAnon“²⁰). Ebenfalls involviert in diese Machen-

schaften sei die Presse, die von Grund auf unfrei handle, da sie staatlich manipuliert werde („Lügenpresse“).²¹ Die hier zu verortende, aktuell sehr verbreitete sog. „Umvolkungs“-Erzählung stellt eine rechtsextreme Ideologie dar, die behauptet, dass von spezifischen Gruppen eine gezielte Anstrengung vorgenommen werde, die ethnische oder kulturelle Identität der „weißen Bevölkerung“ auszutauschen.²² Diese Verschwörungserzählung basiert auf dem Mythos, dass Regierungen, Eliten oder internationale Organisationen bewusst eine Migrationspolitik fördern würden, um die bestehende Bevölkerung durch Zuwanderer – insbesondere aus muslimischen oder afrikanischen Ländern – zu „ersetzen“.²³

¹⁶ Gleichwohl ist die Verschwörungsmentalität von der Paranoia abzugrenzen, vgl. *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 207.

¹⁷ So vor allem die Erzählung von den sog. „Echsenmenschen“ (dazu auch *Keil* [Fn. 8], S. 32 f.). Diese behauptet, dass eine reptilienartige außerirdische Spezies, die sich als Menschen tarne, insgeheim die Welt kontrolliere. Geschichten über reptilienartige Wesen existieren in vielen Kulturen: Beispiele sind die mesopotamischen Annunaki, die in den sumerischen Texten erwähnt werden oder die Schlangen- oder Drachwesen in asiatischen, afrikanischen und europäischen Mythen. Der britische Autor *David Icke* popularisierte die Idee der Reptiloiden in den 1990er Jahren. Er beschreibt eine geheime Elite aus reptilienartigen Wesen, die als Teil einer „globalen Verschwörung“ fungierten. Die Reptiloiden-Verschwörung wird häufig mit anderen Verschwörungen kombiniert, etwa der Neuen Weltordnung (NWO), außerirdischen Entführungen oder satanischen Kulturen. Sie enthält überdies antisemitische Elemente (dazu noch c).

¹⁸ Die Deep State-Verschwörungserzählung basiert auf der Vorstellung, dass eine geheime, undemokratische Machtstruktur innerhalb von Regierungen existiere. Anhänger glauben, dass diese verborgene Machtelite die wahre Kontrolle über politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entscheidungen innehat, während offizielle Institutionen und Politiker nur als „Marionetten“ dienen. Der Deep State festige seinen Machterhalt durch den Einsatz von Propaganda und Medienkontrolle zur Manipulation der öffentlichen Meinung, die Förderung von Kriegen und Krisen, um wirtschaftliche oder politische Vorteile zu erlangen sowie die Sabotage demokratischer Prozesse durch Wahlmanipulation oder gezielte Unterdrückung oppositioneller Bewegungen.

¹⁹ Die Reichsbürgerbewegung (zu diesen auch *Rathje*, APuZ 35–36/2021, 34 ff.; *Keil* [Fn. 8], S. 28 ff.; *Tischer*, VR 2021, 298) ist eine heterogene Sammelbewegung aus Deutschland (etwa 23.000 Mitglieder aus verschiedenen Gesellschaftsschichten), die sich durch die Ablehnung der Bundesrepublik

Deutschland als rechtmäßiger Staat auszeichnet. Anhänger dieser Bewegung stehen oft in Verbindung mit Verschwörungserzählungen, Geschichtsrevisionismus und einer antidemokratischen Haltung. Reichsbürger glauben, dass das Deutsche Reich in den Grenzen von 1937 weiterhin existiere, weil es nie formell aufgelöst wurde und dass die Bundesrepublik Deutschland (BRD) daher kein legitimer Staat, sondern eine „Firma“ oder eine Verwaltungseinheit unter Kontrolle fremder Mächte sei, z.B. der USA oder der Vereinten Nationen. Reichsbürger erkennen staatliche Institutionen, Behörden und Gerichte der BRD daher nicht an; zum Umgang im behördlichen Kontext *Caspar/Neubauer*, KommJur 2017, 361 ff.

²⁰ Bei QAnon handelt es sich um eine verschwörungserzählerische Bewegung aus den USA. Sie basiert auf Behauptungen, dass eine geheime Gruppe von Eliten – oft als „Deep State“ (siehe oben Fn. 18), bezeichnet – weltweit Machenschaften wie Kinderhandel und „Satanismus“ betreibt. Die Bewegung begann im Jahr 2017 auf der Plattform 4chan mit anonymen Beiträgen eines Nutzers namens „Q“, der vorgab, Insiderinformationen aus der US-Regierung zu haben. Hierzu ausführlich *Kleinen-von Königslöw/Nordheim*, APuZ 35–36/2021, 20 ff.

²¹ Die Verschwörungserzählung der „Lügenpresse“ basiert auf der Idee, dass etablierte Medien absichtlich Falschinformationen verbreiten, um eine bestimmte Agenda zu fördern. Der Begriff selbst hat eine lange Geschichte und wurde bereits im 19. Jahrhundert und später in der Propaganda der Nationalsozialisten genutzt. In seiner heutigen Form wurde er während der Pegida-Demonstrationen seit dem Jahr 2015 und im Umfeld rechtspopulistischer Bewegungen erneut populär.

²² Diese Theorie wird oft mit Begriffen wie „Großer Austausch“ in Verbindung gebracht. Mittlerweile müssen sich auch Gerichte damit beschäftigen, vgl. nur BVerwG NVwZ 2024, 1755 ff.

²³ Der Begriff „Umvolkung“ wurde ursprünglich bereits in der NS-Zeit verwendet, um Bevölkerungsverschiebungen oder eine imperialistische Ansiedlungspolitik zu beschreiben. Gestützt wurde die geschürte Angst vor den angeblichen Plänen zur Umvolkung Deutschlands durch die – politisch völlig unbedeutenden – Papiere von *Hooton*, *Kaufmann* und *Morgenthau* zu unterschiedlichen Fragen des Umgangs mit der deutschen Bevölkerung nach Ende des Zweiten Weltkriegs.

bb) Weltwirtschaftliche Verschwörungserzählungen

Weltwirtschaftliche Verschwörungen bzw. Globalismus-Verschwörungen konzentrieren sich auf vorgebliche „geheime Absprachen“ der sog. „Hochfinanz“²⁴ und/oder multinationalen Unternehmen, die die Weltwirtschaft manipulierten, um dadurch die „globalen Eliten“ noch reicher und einflussreicher werden zu lassen. Die in diesem Kontext populärste Verschwörungserzählung der „Neuen Weltordnung“ (NWO) behauptet beispielsweise, dass eine geheime, mächtige Gruppe von Eliten aus Politik, Wirtschaft und internationalen Institutionen (die „Globalisten“²⁵) eine weltweite Diktatur anstrebe.²⁶ Diese exklusive und restringierte Auswahl aus Superreichen, Banken, multinationalen Unternehmen, Geheimdiensten und internationalen Organisationen wie den Vereinten Nationen, dem Internationalen Währungsfonds (IWF) oder der Weltbank agierten dabei im Verborgenen, um politische und wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen, die die globale Gesellschaft in ihrem Sinne beeinflussen würden. Globale Disruptionen wie Finanzkrisen, Naturkatastrophen oder Kriege würden von diesen Eliten absichtlich herbeigeführt oder ausgenutzt, um die Schaffung der Neuen Weltordnung zu fördern. Diese konstruierten Krisen dienten quasi als Vorwand, um Notstandsgesetze zu erlassen und die nationale Souveränität zugunsten einer „Weltregierung“ aufzugeben. Im Rahmen der aktuellen (tatsächlichen) Krisenherde und Kriege erlebt dieses Narrativ erheblichen Aufschwung.²⁷

cc) Wissenschaftsbezogene Verschwörungserzählungen

Wissenschaftsbezogene Verschwörungserzählungen beziehen sich auf vermeintlich geheime wissenschaftliche Entdeckungen oder technologische Entwicklungen, die von Regierungen oder Unternehmen absichtlich unterdrückt und damit vor der eigenen Bevölkerung verborgen gehalten würden. Neben dem Glauben an die Existenz und das Wirken von Außerirdischen auf der Erde²⁸ drehen sich diese oft um die Vorstel-

lung, dass Krankheiten von Regierungen oder „der Pharmaindustrie“ absichtlich verbreitet würden, um die Bevölkerung zu kontrollieren oder um Profit zu generieren. Eine der am häufigsten kolportierten Verschwörungserzählungen im Rahmen der COVID-19-Pandemie war dementsprechend, dass das SARS-CoV-2-Virus gezielt von Menschen erschaffen und freigesetzt wurde, um eine globale Pandemie auszulösen („Plandemie“).²⁹ Anhänger dieser Erzählung glaub(t)en dabei u.a., dass das Virus als biologische Waffe entwickelt wurde, um die Weltwirtschaft zu destabilisieren, Regierungen zu entmachten oder die Bevölkerung zu reduzieren. Die anschließende Verbreitung der – im Plan bereits involvierten – COVID-19-Impfstoffe sei Teil einer groß angelegten Strategie zur Bevölkerungsreduktion oder jedenfalls zur Überwachung der Menschen gewesen. Indem den Impfstoffen Mikrochips oder Nanopartikel beigefügt wurden, sei die Kontrolle von Bevölkerungen vorbereitet worden.³⁰

dd) Religiöse Verschwörungserzählungen

Religiöse Verschwörungserzählungen verbinden profane und religiöse Elemente, Symbole oder Institutionen mit geheimen Plänen und Absichten.³¹ Entsprechende Erzählungen kommen in allen Kulturen und Religionen vor und reichen von historischen Behauptungen über kirchliche Machtstrukturen³² bis hin zu modernen Sektenmythen mit apokalyptischem Charakter.³³ Neben Verschwörungen über Religionen treten in neuerer Zeit vermehrt auch Verschwörungserzählungen durch radikalisierte Gruppen innerhalb von Religionsgemeinschaf-

51 besagt, dass die US-Regierung in der Einrichtung außerirdische Raumschiffe und die Überreste von Aliens aus verschiedenen UFO-Abstürzen aufbewahre. Anhänger behaupten, dass die Regierung diese Informationen vor der Öffentlichkeit geheim halte, um Panik zu vermeiden oder weil sie mit den Technologien der Aliens zusammenarbeiten würden. Einige andere Erzählungen behaupten, dass die Area 51 nicht (nur) ein Testgelände für UFO-Technologie, sondern auch für geheime militärische Waffen und (verbotene) Experimente sei.

²⁹ Butter, APuZ 35–36/2021, 4.

³⁰ Hier schließt sich auch der gedankliche Kreis zur Erzählung von der Neuen Weltordnung (dazu oben); zu den Ursprüngen der „Chip-Theorie“ Keil (Fn. 8), S. 36 ff.

³¹ Zum Umkehrschluss der Verschwörungserzählungen als Ersatzreligion Metzenthin, in: ders. (Hrsg.), Phänomen Verschwörungstheorien, 2019, S. 9 (10 ff).

³² Die katholische Kirche habe nach Meinung einiger Verschwörungsgläubiger geheime Agenden, wie die Unterdrückung von Wissen (z.B. über Jesus' wahre Botschaft) oder die Zusammenarbeit mit satanischen Mächten.

³³ Der Bekenntnisgemeinschaft der sog. Freimaurer wird u.a. von Mitgliedern der katholischen Kirche vorgeworfen, dass sie Teil einer antichristlichen Verschwörung seien, um die Religion zu untergraben und eine „Neue Weltordnung“ (dazu oben) zu etablieren. Auch der sog. „Islamische Staat“ (vertieft Fn. 37) propagiert eine apokalyptische Endzeitvorstellung, in der ein finaler Kampf zwischen den „Gläubigen“ und den „Ungläubigen“ stattfinden werde.

²⁴ Rees/Lamberty (Fn. 3), S. 205.

²⁵ Hierzu Hermann/Rathje (Fn. 2), S. 20. Die Begrifflichkeit aus dem rechtsextremistischen Lehrgebäude stellt eine antisemitische Chiffre dar (dazu gleich c).

²⁶ Die Idee einer „Neuen Weltordnung“ hat historische Wurzeln, die bis in die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg zurückreichen, als die Schaffung internationaler Institutionen wie des Völkerbunds und später der Vereinten Nationen als Versuch zur Verhinderung globaler Konflikte begann. In den 1990er Jahren, insbesondere nach der Auflösung der Sowjetunion, gewann die Theorie erneut an Popularität. Sie wurde durch verschiedene politische und wirtschaftliche Ereignisse befeuert, wie etwa die Schaffung der Europäischen Union, die zunehmende Wirtschaftsintegration und die (tatsächliche) Dominanz globaler Finanzmärkte; vgl. auch <https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/glossareintraege/DE/N/neue-weltordnung.html> (6.3.2025).

²⁷ Vgl. hierzu

<https://www.journal-pb.de/blog/im-kampf-gegen-die-neue-weltordnung-rechte-esoterik-auf-dem-vormarsch> (6.3.2025).

²⁸ In Visier gerät hierbei regelmäßig die Militärbasis Area 51 in den USA. Die bekannteste Verschwörungstheorie zur Area

ten auf. Religion (bzw. deren Über- und Fehlinterpretation) wird hierin als Werkzeug genutzt, um unrechtmäßige Macht zu legitimieren,³⁴ Gräueltaten zu rechtfertigen und neue Anhänger zu rekrutieren.³⁵ So propagiert der sog. „Islamische Staat“ (IS) die Errichtung eines politischen Kalifats.³⁶ Dieses Kalifat soll sowohl eine theokratische Staatsordnung als auch ein globales Herrschaftssystem bilden. Die Thesen, die der IS in diesem Zusammenhang verfolgt, beruhen auf einer radikalisierten Ideologie und einer selektiven Interpretation islamischer Schriften.³⁷ Westliche Staaten und säkulare Regierungen in muslimischen Ländern werden als Hauptgegner betrachtet, sodass ein Sturz dieser Regime und eine „Befreiung“ muslimischer Länder von westlichem Einfluss erfolgen müsse.

ee) Geschichtliche Verschwörungserzählungen

Geschichtliche Verschwörungserzählungen oder auch Ereignismythen behaupten typischerweise, dass wichtige historische Geschehnisse in der Vergangenheit absichtlich manipuliert oder in Bezug auf die „eigentlichen“ Abläufe verborgen wurden. Zum Beispiel existieren seit jeher Behauptungen, dass die Mondlandung der USA aus dem Jahr 1969 gefälscht wurde.³⁸ Solche Ereignisverschwörungen können grundsätzlich auch in die Kategorie der harmlosen Mythen fallen (dazu oben 1. a),³⁹ tragen jedoch – je nach Größenordnung bzw.

betroffenem Themenkomplex des unterstellten Komplotts – das Potenzial in sich, das Institutionenvertrauen der Anhänger zu schwächen und damit den gesamtgesellschaftlichen Frieden zu gefährden.

c) Antisemitischer Nukleus der aggressiven Verschwörungserzählungen

Die angeführten Kategorien und Beispiele moderner aggressiver Verschwörungserzählungen enthalten durchweg einen antisemitischen Kerngehalt.⁴⁰ Antisemitismus ist durchsetzt von Verschwörungserzählungen zur Grundierung des Ressentiments, wie im Gegenzug alle modernen Verschwörungserzählungen antisemitisch aufgeladen sind.⁴¹ Das gründet in den gleichlaufend ausgestalteten „Projektionsstrukturen moderner Vergesellschaftung“, die sich pathologisch gegen Abstraktion und komplexitätsbejahende Intellektualität richten.⁴² Dieser Zusammenhang zwischen Verschwörungserzählungen und Antisemitismus ist über lange Zeit historisch gewachsen.⁴³ Jüdische Menschen und Gemeinschaften werden seit jeher als die „unsichtbaren“ Draht- und Strippenzieher von globalen Ereignissen dargestellt und fungieren nach bewährtem Schema als „Sündenböcke“.⁴⁴ Die vor allem in der nationalsozialistischen Propaganda expandierende Idee von einer angeblichen jüdischen Weltverschwörung⁴⁵ wird weiterhin – in zum

³⁴ Zur Legitimation von Gewalt durch Verschwörungserzählungen auch *Eser Dacolio*, in: Metzenthin (Fn. 31), S. 19 ff.

³⁵ In gewisser Weise trifft diese Beschreibung bereits auf das Zeitalter der christlichen Kreuzzüge ab dem 11. Jahrhundert zu.

³⁶ Vgl. auch *Basit*, Counter Terrorist Trends and Analyses 2021, 7.

³⁷ Der IS strebt die Wiedererrichtung eines Kalifats an, das an die historische Einheit der muslimischen Gemeinschaft (Umma) anknüpfen soll, wie sie in der frühen islamischen Geschichte existierte. Ziel ist ein globales Herrschaftssystem, in dem die islamische Scharia als einziges Rechtssystem gilt und alle Muslime unter einem Kalifen vereint werden. Die Ausrufung dieses „Kalifats“ durch *Abu Bakr al-Baghdadi* im Jahr 2014 wird als zentrale Handlung des IS inszeniert, um ihre Legitimität als Führer der islamischen Welt zu beanspruchen. Der IS bekennt sich dabei zu einer extremistischen Interpretation des Takfirismus, einer Ideologie, die andere Muslime als „Ungläubige“ (Kuffar) brandmarkt, wenn sie sich nicht den strengen Vorgaben des IS unterwerfen, wodurch Gewalt gegen andere Muslime, insbesondere Schiiten, Sufis und andere Strömungen des Islam, sowie gegenüber Nicht-Muslimen legitimiert wird.

³⁸ Behauptungen, dass die Apollo-Mondlandungen Fälschungen seien, basieren häufig auf Missverständnissen von Technik oder Physik. Ein weiterer Grund ist das Misstrauen in staatliche Institutionen: Die Mondlandung stellte unstrittig eine Möglichkeit dar, im Rahmen des sog. „Kalten Kriegs“ Macht zu demonstrieren, was daher aus Propaganda-Zwecken (und aufgrund der angeblich fehlenden technischen Möglichkeiten) zu diesem Komplott geführt haben sollte.

³⁹ *Metzenthin* (Fn. 31), S. 10; *Engelstätter*, GSZ 2022, 109

(110).

⁴⁰ Vgl. nur *Imhoff* (Fn. 5), S. 77 ff.; *Keil* (Fn. 8), S. 43 f.; *Salzborn*, APuZ 35–36/2021, 41 (43 f.); *Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz*, NJOZ 2020, 897 (898) (in konkretem Bezug auf den Halle-Attentäter).

⁴¹ *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 204.

⁴² Dazu *Salzborn*, APuZ 35–36/2021, 41 (44): „Verschwörungsglaube ohne Antisemitismus ist strukturell ebenso wenig denkbar wie Antisemitismus ohne Verschwörungsglaube.“

⁴³ Dazu ausführlich *Imhoff* (Fn. 5), S. 69 ff.; *Hermann/Rathje* (Fn. 2), S. 38 ff. Nicht umsonst definiert ein geflügeltes Wort von *Adorno* (Minima moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben, 1951, S. 200), dass Antisemitismus „das Gerücht über die Juden“ sei. Bereits vor der Entwicklung des modernen Antisemitismus existieren jedoch – vor allem durch die Kirchen verbreitete – antijüdische Verschwörungserzählungen (u.a. Brunnenvergiftung, Gottesmord, etc.), vgl. dazu

<https://www.gra.ch/bildung/glossar/antijudaismus/> (6.3.2025).

⁴⁴ Zur „echten“ kriminologischen Sündenbocktheorie *Göppinger/Bock*, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 15 ff.

⁴⁵ Aus diversen Unterstellungen ragt vor allem die Bezugnahme der Nationalsozialisten auf die „Protokolle der Weisen von Zion“ heraus. Die „Protokolle der Weisen von Zion“ sind eine antisemitische Schrift, die Ende des 19. Jahrhunderts in Russland entstand und einen vorgeblichen Plan jüdischer Eliten zur Weltherrschaft offenlegen soll. Es handelt sich um eine plumpe Fälschung, die Texte aus älteren Quellen plagiiert und bearbeitet, um jüdische Gemeinschaften zu diffamieren. Die Schrift wurde im frühen 20. Jahrhundert weltweit verbreitet und von antisemitischen Bewegungen und Regimen, darunter dem NS-Regime, als Propagandamittel genutzt.

Teil neu formuliertem Gewand – aufrechterhalten und in ein modifiziertes globales Narrativ integriert.⁴⁶ Ein Beispiel ist die angeführte Vorstellung von einer „Neuen Weltordnung“ (NWO), in der antisemitische Erzählungen über vorgebliche, die Welt kontrollierende jüdische Eliten eine zentrale Rolle spielen. Diese Erzählung kombiniert die Vorstellung von einem geheimen Führungskader (z.B. aus Finanzinstitutionen, Regierungen oder internationalen Organisationen) mit einem starken Fokus auf jüdischen Personen (z.B. *George Soros*), Familien (z.B. „die“ *Rothschilds*),⁴⁷ Unternehmen (z.B. der Finanzdienstleister *Blackrock*⁴⁸) oder Institutionen (z.B. die Weltbank oder „Hollywood“).⁴⁹ Eine der verbreitetsten Formen antisemitischer Verschwörungserzählungen ist die Vorstellung, dass Juden „die“ Weltwirtschaft durch die Beherrschung und Unterwanderung von Banken und Finanzinstitutionen kontrollierten („Hochfinanz“⁵⁰). Die Erzählung besagt weiter, dass jüdische Eliten verantwortlich für Finanzkrisen seien, um in den aufbrandenden Disruptionen die Weltbevölkerung fortschreitend zu entmachten. Diese Geschichte vom die Finanzwelt korrumpierenden Juden findet sich bereits in klassischen antisemitischen Erzählungen über die „Bankier-Juden“⁵¹ und wird häufig mit der Idee einer jüdischen Weltregierung oder einer globalen Verschwörung zur Kontrolle der politischen und wirtschaftlichen Macht kombiniert.

Auch im Rahmen der COVID-19-Pandemie haben sich tradierte und modifizierte antisemitische Verschwörungserzählungen weiterverbreiten können, in denen unter anderem behauptet wurde und wird, dass die Pandemie von jüdischen Eliten oder Organisationen geplant und/oder absichtlich verbreitet wurde, um die Weltwirtschaft zu destabilisieren und/oder um die Bevölkerung zu kontrollieren.⁵²

Eine andere verbreitete antisemitische Erzählung besagt, dass jüdische Eliten Migrantenströme in westliche Länder lenken würden, um die Gesellschaft zu destabilisieren.⁵³ Dieses Narrativ verbindet Antisemitismus mit rassistischen und islamophoben Verschwörungserzählungen. Der ideologische Schulterschluss mit dem Mythos vom „Großen Austausch“ bzw. der „Umvolkung“ liegt dabei auf der Hand.

⁴⁶ *Hermann/Rathje* (Fn. 2), S. 38.

⁴⁷ *Herrmann*, *Kriminalistik* 2022, 195 ff.

⁴⁸ Zwar entstammt der Gründer des Unternehmens, *Laurence Douglas Fink*, einer jüdischen Familie, was jedoch *Blackrock* nicht zu einem „jüdischen Unternehmen“ macht.

⁴⁹ *Baldauf/Rathje*, in: *Amadeu Antonio Stiftung* (Fn. 2), S. 59 ff.

⁵⁰ *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 205.

⁵¹ Zum Teil auch als „Geldjuden“, oder „Wucherjuden“ sowie „Bankjuden“, „Münzjuden“, „Schacherjuden“, „Handelsjuden“ oder „Finanzjuden“.

⁵² Dazu *Salzborn*, *APuZ* 35–36/2021, 41 ff. Fälschlich werden auch der Tech-Milliardär *Bill Gates* und dessen gemeinsam mit seiner Ehefrau gegründete Stiftung als „jüdisch“ konnotiert.

⁵³ Hier wird meist der ungarnstämmige Investor *George Soros* mitverunglimpft.

III. Verbreitung und Ursachen für die Herausbildung einer „Verschwörungsmentalität“

Um zu klären, ob es sich bei den dargestellten Narrativen um Geschichten „für ein paar wenige Verzweifelte“ handelt oder aber um gesellschaftlich verfestigte „Glaubensfragen“, ist die Verbreitung von Verschwörungserzählungen innerhalb der Gesellschaft zu beleuchten. Im Anschluss geht es um die Ätiologie der Herausbildung einer entsprechenden Verschwörungsmentalität.

1. Verbreitung von Verschwörungserzählungen

Verschwörungserzählungen und der Glaube hieran sind in Deutschland weit verbreitet. Repräsentative Umfragen der letzten Jahre haben ergeben, dass bis zu 45 % der Befragten in irgendeiner Art und Weise an Verschwörungserzählungen glauben,⁵⁴ so unter anderem, dass „geheime Organisationen mit großem Einfluss politische Entscheidungen determinieren“, dass „Politiker lediglich Marionetten dahinter stehender Mächte“ seien oder auch, dass der „wahre Ursprung des Coronavirus von den Regierungen mit Absicht geheim gehalten“ würde.⁵⁵

Wer einer der obigen aggressiven Verschwörungserzählung unterliegt, wer diese also für zutreffend hält, weist eine sog. Verschwörungsmentalität⁵⁶ auf. Menschen, die eine Verschwörungsmentalität ausgebildet haben, neigen dabei dazu, vielen unterschiedlichen Verschwörungserzählungen gleichzeitig Glauben zu schenken, selbst wenn sich diese inhaltlich-logisch untereinander ausschließen.⁵⁷ Das führt zu einem undurchsichtigen Cluster an bemakelten Glaubenssätzen über eine Welt, die in dieser korrupten und feindseligen Form ausschließlich in der Einbildung existiert.

2. Ursachen der Herausbildung einer Verschwörungsmentalität

Die Ursachen und psychologischen Hintergründe der Ausbildung einer Verschwörungsmentalität sind divers, jedoch mittlerweile weitgehend aufgeklärt.⁵⁸ Es lassen sich daher allge-

⁵⁴ Vgl. u.a. *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 212 ff.; *Roose*, in: *Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.* (Hrsg.), *Sie sind überall*, 2021, S. 4, abrufbar unter

<https://www.kas.de/de/einzeltitel/-/content/sie-sind-ueberall> (6.3.2025).

⁵⁵ Weitere Studien von *Decker/Kiess/Eggers/Brähler*, in: *Decker/Kiess/Brähler* (Hrsg.), *Die enthemmte Mitte*, 2016, S. 23 ff.

⁵⁶ Dazu auch *Imhoff* (Fn. 5), S. 78 sowie *ders.*, in: *Schnebel* (Hrsg.), *Antisemitismus – und doch gefährlich!* 2022, S. 118 ff.; *Brotherton/French/Pickering*, *Frontiers in Psychology* 2013, 1 ff. („conspiracy mindset“).

⁵⁷ *Goertzel*, *Political Psychology* 1994, 731 (740); *Uscinski/Klofstad/Atkinson*, *Political Research Quarterly* 2016, 57 (60); *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4, 7; *Imhoff* (Fn. 5), S. 78; *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 206.

⁵⁸ Vgl. auch den groben Überblick bei *Hermann/Rathje* (Fn. 2), S. 15 ff.

meine psychische Dispositionen herausarbeiten, die Menschen dazu veranlassen können, Verschwörungserzählungen zu verfallen.

a) *Individual-psychologische Ursachen*

So ist der Drang, eine Verschwörungserzählung für richtig und zielführend zu halten, vor allem dem Wunsch geschuldet, „Ordnung“ in ein „Chaos“ zu bringen. Dieser Wunsch ist zwar an sich noch nicht problematisch, sondern vielmehr sinnvoll, um durch strukturiertes Begreifen von Lebenskontexten Handlungsoptionen für das eigene Verhalten zu identifizieren. Das vernünftige Bedürfnis, die erfahrbare Komplexität zu reduzieren,⁵⁹ kann allerdings – gerade in Fällen, in denen die Lebenswelt als überfordernd oder erdrückend wahrgenommen wird – zu einer zu weitreichenden Vereinfachung sowie zu einer viel zu extremen Verkürzung der tatsächlichen Zusammenhänge („monological belief system“⁶⁰) bis hin zur Realitätsverdrehung- und Verleugnung führen.

Zugleich kann eine Verschwörungserzählung als ein Wirkamkeitssubstitut fungieren und zwar dadurch, dass die eigene Psyche stabilisierende⁶¹ Pseudokausalitäten aufgebaut werden.⁶² Als übersteigerte „Pattern Perception“⁶³ und „Agency Detection“⁶⁴ wird „alles mit allem“ in Zusammenhang gestellt,⁶⁵ um sich als – vorgeblich und eingebildet – „Wissender“ verschärfte Wirkungskraft zu illusionieren.⁶⁶ Man schafft sich quasi (verquer angelehnt an den Kantianismus) einen

Weg aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit – nur eben nicht mithilfe der Vernunft, sondern mittels Ideologie. Im Ergebnis wirkt beides jedoch gleich, denn sowohl der echte als auch der lediglich eingebilddete „Durchblick“ lindert die Furcht vor der ungewissen Zukunft.⁶⁷

Häufig weisen von einer Verschwörungsmindset betroffene Menschen eine geringe oder fehlende Ambiguitätstoleranz⁶⁸ auf,⁶⁹ d.h. es handelt sich um Individuen, denen das Ertragen des Umstands, dass für die multipolaren Krisen der Gegenwart weder einfache Erklärungen noch einfache Lösungen existieren, besonders schwerfällt. In der aktuellen Zeit der „Polykrise“⁷⁰ werden entsprechend situierte Menschen demnach besonders eindringlich ge- und zugleich überfordert.⁷¹

Arrondierend greift oftmals ein spezifisches Maß der Selbstüberhöhung, bekannt als Illusion explanatorischer Tiefe⁷² oder Dunning-Kruger-Effekt.⁷³ Diese Dispositionen gaukeln dem Einzelmenschen die Einsicht vor, kompetent genug zur Durchdringung verzweigter Zusammenhänge zu sein,⁷⁴ und vermitteln ihm zugleich das Gefühl der Einzigartigkeit und der Besonderheit.⁷⁵ Um zu erkennen und sich zugleich einzugestehen, dass es an der individuellen Kompetenz mangelt, um Geschehnisse zutreffend einordnen zu können, bedarf es zum einen eines hohen Grades an Befähigung zur Selbstreflexion, zum anderen benötigt es der Einsichtsfähigkeit in die eigene kognitive Beschränktheit. Beides erhöht sich in der Regel – und senkt das Risiko für die Herausbildung einer Verschwörungsmindset – mit ansteigendem Bildungsniveau⁷⁶

⁵⁹ *Baier/Manzoni*, MschrKrim 2020, 83 (84); *Metzenthin* (Fn. 31), S. 9 ff.; umfassend zur Komplexitätsreduktion, gerade aus der systemtheoretischen Perspektive *Luhmann*, in: *Lukas/Tacke* (Hrsg.), *Schriften zur Organisation*, 2022, S. 318 ff.; zur kognitionspsychologischen Sicht u.a. *Bruner*, *A Study of Thinking*, 1956, S. 90.

⁶⁰ *Goertzel*, *Political Psychology* 1994, 731 (740).

⁶¹ Zu dieser Selbstwertstabilisierung auch *Baier/Manzoni*, MschrKrim 2020, 83; *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 207 verweisen auf Kontrollwünsche.

⁶² *Oliver/Wood*, *American Journal of Political Science* 2014, 952 (954); auch als „cum hoc ergo propter hoc“-Fehlschluss bekannt. Vermengt werden Korrelation und Ursächlichkeit.

⁶³ Die Musterwahrnehmung ermöglicht es, eine ungewisse Zukunft vorherzusagen, indem „Punkte verbunden“ werden, um Beziehungen zwischen Reizen herstellen. Solche Vorhersagen zukünftiger Ergebnisse sind allerdings auch irrationalen Überzeugungen inhärent, die häufig als Mittel zur Bewältigung unsicherer und komplexer Lebenssituationen angewendet werden. Wird diese Mustereinbildung wahnhaft, spricht man von Apophanie, was sich insbesondere bei schizophrenen Erkrankungen zeigen kann.

⁶⁴ Dies beschreibt die Neigung, das Eingreifen eines empfindungsfähigen oder intelligenten Dritten als gezielt und absichtlich wahrzunehmen, vgl. *Gray/Wegner*, *Personality and Social Psychology Review* 2010, 9 f.

⁶⁵ *Imhoff* (Fn. 5), S. 81; *Keil* (Fn. 8), S. 14 f.; *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 208.

⁶⁶ *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (7); *Keil* (Fn. 8), S. 15; *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 208.

⁶⁷ *Uscinski/Klofstad/Atkinson*, *Political Research Quarterly* 2016, 57 (60, 67); *Miller/Saunders/Farhart*, *American Journal of Political Science* 2016, 824 (825); *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (8) m.w.N.

⁶⁸ Die Begrifflichkeit geht auf *Else Frenkel-Brunswik*, *Journal of Personality* 1949, 108 ff., zurück; aus neuerer Zeit *Reis*, *Ambiguitätstoleranz*, 1997 sowie *Ziegler/Titt*, in: *Deibl/Mairinger* (Hrsg.), *Eindeutig mehrdeutig: Ambiguitäten im Spannungsfeld von Gesellschaft, Wissenschaft und Religion*, 2022, S. 15 ff.

⁶⁹ *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (7).

⁷⁰ Der Begriff geht auf *Adam Tooze* zurück. Eine Polykrise ist nicht nur die Summe einzelner Krisen, sondern ein sich gegenseitig verstärkender holistischer Krisenherd.

⁷¹ *Basit*, *Counter Terrorist Trends and Analyses* 2021, 1 (4).

⁷² Auch bekannt als IOED (illusion of explanatory depth), erforscht von *Rozenblit/Keil*, *Cognitive Science* 26 (2002), 521 ff.

⁷³ Benannt nach *Kruger/Dunning*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1999, 1121 ff.

⁷⁴ *Keil* (Fn. 8), S. 15 f.

⁷⁵ *Imhoff* (Fn. 5), S. 83.

⁷⁶ In Bezug auf den Bildungsstand vgl. *van Prooijen/Acker*, *Applied Cognitive Psychology* 2015, 753 ff. m.w.N.; zur Präventionsarbeit durch Angebote zur politischen Bildung *Chema*, *APuZ* 35–36/2021, 48 ff.

und damit einhergehender Abstraktionsbefähigung⁷⁷, wenn gleich auch intelligente(re) Menschen nicht davor gefeit sind, in Bezug auf Fragen und Themenkomplexe außerhalb des eigenen Wissens- und Kompetenzbereichs auf entsprechende Strategien der Selbstüberhöhung zurückzugreifen.

b) Linguistische Ursachen

Noch unterbelichtet ist auch der Einfluss der Sprache auf die Herausbildung einer Verschwörungsmentalität.⁷⁸ Sprache spielt jedenfalls eine entscheidende Rolle bei der Verbreitung und dem Verständnis von Verschwörungserzählungen.⁷⁹ Menschen, die an Verschwörungen glauben, nutzen oft spezifische sprachliche Muster, um ihre Ansichten zu kommunizieren und zu legitimieren. Zudem kann die Sprache, die in Verschwörungserzählungen verwendet wird, dazu beitragen, Misstrauen gegenüber offiziellen Informationen und Institutionen zu schüren und die Menschen zugleich aggressiv-emotional⁸⁰ zu aktivieren.⁸¹ Die Verwendung ideologisch aufgeladener Begriffe, Phrasen oder Chiffren kann dazu führen, dass Menschen sich stärker mit einer bestimmten Ideologie identifizieren: Wird statt „heldenhaft“ lange Zeit genug „fanatisch“ gesagt, dann glaubt die „Menge“ irgendwann, dass man ohne Fanatismus kein Held sein könne.⁸² Eine vergleichbare Vermengung findet seit längerem auch zwischen den Begriffen und Konzepten des „Patriotismus“ und der „Xenophobie“ bzw. der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit statt.⁸³

⁷⁷ Zur hemmenden Wirkung der Abstraktionsbereitschaft *Salzborn*, APuZ 35–36/2021, 41 (45), konkret in Bezug auf antisemitische Verschwörungserzählungen).

⁷⁸ Vgl. aber das DFG-Projekt „Sprache in Verschwörungstheorien“ (*Römer/Stumpf/Poloschek*) an der Universität Kassel, abrufbar unter

<https://www.uni-kassel.de/fb02/institute/germanistik/fachgebiete/sprachwissenschaft-semantik-und-lexikologie-des-neuhochdeutschen/dfg-projekt-sprache-in-verschwörungstheorien> (6.3.2025);

zum Thema u.a. *Römer/Stumpf*, in: Müller/Kirchberg (Hrsg.), *Verschwörungstheorien*, 2022, S. 60 ff.

⁷⁹ Im Hinblick auf die Sprache der Nationalsozialisten („Lingua Tertii Imperii“) wurde dies von *Klemperer*, *Die unbewältigte Sprache*, Aus dem Notizbuch eines Philologen „LTI“, 3. Aufl. 1966, ausführlich analysiert; vgl. u.a. S. 23: „Sondern der Nazismus glitt in Fleisch und Blut der Menge über durch die Einzelworte, die Redewendungen, die Satzformen, die er ihr in millionenfacher Weise aufzwang, und die mechanisch und unbewusst übernommen wurden.“

⁸⁰ Das zeigt die Forschung von *Johnson-Laird/Oatley*, *Cognition and Emotion* 1989, 81 (84 ff.), die die englische Sprache auf mehr als 600 „emotions words“ hin untersuchten und in die Klassen „happiness, sadness, anger, fear, disgust“ einordneten.

⁸¹ *Klemperer* (Fn. 79), S. 23 f.

⁸² *Klemperer* (Fn. 79), S. 24.

⁸³ Vgl. nur die Ergebnisse der Langzeitstudie „Deutsche Zustände“, in: Heitmeyer (Hrsg.), *Deutsche Zustände*, Folge 5, 2006.

Sprachphilosophisch lässt sich das als Gefangensein in einem „Sprachspiel“ deuten. In den „Philosophischen Untersuchungen“⁸⁴ betont *Wittgenstein* die Vielfalt der Sprachverwendung. Er führt dazu das Konzept der „lebendigen Sprache“ ein: Sprache sei dabei nicht nur ein Mittel zur Beschreibung der Welt, sondern auch eine soziale Praxis, die in verschiedenen „sprachlichen Spielen“ eingebettet sei.⁸⁵ „Sprachliche Spiele“ zeigen demnach auf, dass die Bedeutung von Wörtern nicht isoliert betrachtet werden könne, sondern ausschließlich im Kontext ihrer Verwendung in der Sprache. Auch Verschwörungserzählungen stellen ein solches Sprachspiel dar, in welchem bestimmte Begriffe und Konzepte eine spezifische Bedeutung innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft oder Gruppe innehaben. Die Erzählungen bieten häufig alternative Erklärungen für Ereignisse an, die von der allgemeinen Wahrnehmung abweichen und schaffen eigene Realitäten, die durch die gemeinsame Sprache und Überzeugung der Anhänger gestützt werden. Ein weiterer wichtiger Punkt in *Wittgensteins* Denken ist die Idee der „Lebensform“, die ausdrücken soll, dass unser Verständnis der Welt durch die Praktiken und Überzeugungen, die wir teilen, geformt wird.⁸⁶ Damit ließe sich erklären, aus welchem Grund Menschen an Verschwörungserzählungen festhalten: Sie bieten ihnen eine kohärente Sichtweise an, die in der individuell gewählten Lebensform Sinn ergibt, selbst wenn diese Auffassung von breiten Schichten der Gesellschaft abgelehnt wird.

Sprachgrenzen sind eben zugleich Bewusstseinsgrenzen,⁸⁷ was nicht nur ein philosophisch-ätiologisches, sondern auch ein faktisch-psychosoziales Phänomen darstellt.⁸⁸

c) Evolutionäre Ursachen

Nicht übersehen werden darf bei alledem, dass Verschwörungserzählungen einen evolutionär-phylogenetischen Nutzen aufweisen.⁸⁹ Das menschliche Gehirn hat sich in einer Umgebung entwickelt, in der Misstrauen und Vorsicht gegenüber anderen Menschen oder Situationen – insbesondere gegenüber unbekanntem oder potenziell feindlichen Gruppen – überlebenswichtig waren. Verschwörungserzählungen verstärken die Tendenz, bestimmte Individuen oder Gruppen als Bedrohung zu identifizieren und daraufhin Schutzmaßnahmen zu ergreifen.⁹⁰ Diese erhöhte Wachsamkeit gegenüber vermeint-

⁸⁴ *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1954.

⁸⁵ *Wittgenstein* (Fn. 84), § 23.

⁸⁶ *Wittgenstein* (Fn. 84), § 19: „Und eine Sprache vorstellen heißt, sich eine Lebensform vorstellen“ sowie § 23: „Das Wort ‚Sprachspiel‘ soll hier hervorheben, daß das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform.“

⁸⁷ *Wittgenstein*, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1922, Satz 5.6.

⁸⁸ Zu den psycho-sozialen Hintergründen von Spracherwerb und -nutzung vgl. *Gerson*, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 2018, S. 153 (154 ff.) m.w.N.

⁸⁹ *Keil* (Fn. 8), S. 14 ff.; *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (9) m.w.N.

⁹⁰ *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advan-*

lichen Bedrohungen war in unsicheren oder sich schnell verändernden Umgebungen damit von Vorteil. Der Drang nach der Aufdeckung von Kausalketten und das Bedürfnis, die Welt um uns herum verstehen zu wollen, haben sich also gerade aus dem vernünftigen Bestreben heraus entwickelt, das Überleben zu fördern. Indem Verschwörungserzählungen den Eindruck erwecken, dass hinter Ereignissen eine zwar versteckte, jedoch *kontrollierbare* Aktion von Menschen steckt, stellen sie zugleich das Gefühl von Kontrolle und Sicherheit (wieder) her.

Verschwörungserzählungen konnten zudem helfen, die Gruppenidentität zu stärken, indem sie den „In-Gruppen“-Mitgliedern ein gemeinsames Feindbild vermittelten. Diese Art von „Us-vs.-them-Denken“⁹¹ fördert die soziale Kohäsion innerhalb der Gruppe. Auch das Teilen von Verschwörungserzählungen kann eine soziale Funktion erfüllen: Menschen, die solche Geschichten erzählen und solche, die sie glauben, fühlen sich oft einer exklusiven Gruppe der Eingeweihten zugehörig, die das „verborgene Wissen“ über die Welt kenne. Dies fördert die Gruppenbindung und stärkt das Zugehörigkeitsgefühl, was der Erfüllung ursprünglicher und evolutionsgeschichtlich nachvollziehbarer Bedürfnisse dienlich ist.⁹²

Aus einer evolutionär-phylogenetischen Perspektive heraus konnten Verschwörungserzählungen in der Vergangenheit somit die adaptive Funktion erfüllen, Gruppen vor Bedrohungen zu schützen, den sozialen Zusammenhalt zu fördern und das Gefühl von Kontrolle und Verständnis zu erhöhen.⁹³ Die moderne Welt der Arbeitsteilung, des Globalismus und der gleichzeitigen Vereinzelung hat mit den Lebensbedingungen der Ursprünge des Menschen vor tausenden von Jahren jedoch kaum noch etwas gemein; die evolutionär tradierten Denkstrategien führen ohne Anpassungsleistung an die aktuellen Umstände zu einer Fehlinterpretation. Bildlich gesprochen sind die mentalen Antennen für Gefahr falsch ausgerichtet und in Bezug auf die Empfangsqualität auch zu ungenau: Das Dauerrauschen bleibt dem Einzelnen damit unverständlich.

IV. Zusammenhang von Verschwörungsmentalität und Kriminalität

Plakativ lässt sich eine ausgeprägte Verschwörungsmentalität unter Zusammenfassung aller aufgezeigter mentaler Dispositionen durch drei hyperpauschale Aussagen erkennen, mit denen der eingebilddete Blick „hinter die Kulissen“ von den Betroffenen argumentativ abgedichtet wird:

„Nichts geschieht durch Zufall. Nichts ist, wie es scheint. Alles ist miteinander verbunden.“⁹⁴

ces in Political Psychology 2019, 4 (18).

⁹¹ Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (18) m.w.N.

⁹² Metzenthin (Fn. 31), S. 14.

⁹³ Kritisch gleichwohl Butter, APuZ 35–36/2021, 4 (7), der keine anthropologische Konstante erkennen will.

⁹⁴ Nach Barkun, *A Culture of Conspiracy, Apocalyptic Visions in Contemporary America*, 2003, S. 3 f.; Butter, *Nichts ist, wie es scheint*, 2020; zustimmend Keil (Fn. 8), S. 21; Engelstätter, GSZ 2022, 109.

Inwiefern kann sich eine solche Verschwörungsmentalität nun auch auf die Delinquenzneigung auswirken?⁹⁵ Zunächst sind hierfür die allgemeinen Folgen einer Verschwörungsmentalität zu beleuchten. Im Anschluss erfolgt ein theoretischer Abgleich mit Kriminalitätstheorien sowie ein Blick auf aktuelle empirische Erkenntnisse.

1. Psychologische Auswirkungen einer Verschwörungsmentalität

Die Herausbildung einer Verschwörungsmentalität bleibt für den Einzelmenschen nicht folgenlos. Spürbare kognitive Konsequenzen für das Individuum sind zunächst eine fortschreitende Dichotomisierung seiner Wahrnehmung.⁹⁶ Vorgebliche und eingebilddete Unterschiede und Differenzen zwischen der eigenen und der fremden Gruppe werden weitaus stärker wahrgenommen, als sie es in Wirklichkeit sind. Betroffene dichten sich zudem zunehmend selbst ab, argumentieren zirkulär und verlieren sich häufig in analogen und medialen Filterblasen und Echokammern.⁹⁷ Es kommt dadurch auch auf der Meso-Ebene zu einer Entsolidarisierung, einem In-Group/Out-Group-Phänomen,⁹⁸ wodurch Andersdenkende und Anderslebende nicht nur als Opponenten, sondern sogar als Gegner oder Feinde interpretiert werden.⁹⁹ In der Folge werden spezifisches Verhalten von Gruppen, spezifische Selbstbilder oder das Auftreten Einzelner delegitimiert. Findet dies als kollektiver Abwehrmechanismus innerhalb gruppendynamischer Prozesse statt, kann es zur Deindividuation und letztlich zum Erlernen von Devianz kommen.¹⁰⁰ Beispiele hierfür sind die Herausbildung eines spezifischen Soziolektes („Die da oben!“, „Kartellparteien“, „Globalisten“, „Zionisten“, „Eliten“),¹⁰¹ von (des-)organisiertem Freizeitverhalten (z.B. Mahnwachen oder „Spaziergänge“,¹⁰² „Stürmungen“ von Amtsge-

⁹⁵ Dazu auch Jolley/Leite/Schrader, *British Journal of Social Psychology* 2019, 534 ff.; Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 ff.; Baier/Manzoni, *MschKrim* 2020, 83 (84 ff.) m.w.N.; Bannenberg (Fn. 5), S. 54 ff.; Lohse/Engelstätter, GSZ 2020, 156 ff.

⁹⁶ Das macht auch den paranoiden Kerngehalt aus, vgl. Oliver/Wood, *American Journal of Political Science* 2014, 952 (953); Uscinski/Klofstad/Atkinson, *Political Research Quarterly* 2016, 57 (67).

⁹⁷ Goertzel, *Political Psychology* 1994, 731 (741); zu den empirischen Hintergründen Stark/Magin/Jürgens, in: Eisenegger/Prinzinger/Ettinger/Blum (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 2021, S. 303 ff.

⁹⁸ Bannenberg (Fn. 5), S. 67; auch bekannt als Theorie der sozialen Identität nach Billig/Tajfel, *European Journal of Social Psychology*, 1973, 27 ff.

⁹⁹ Baier/Manzoni, *MschKrim* 2020, 83 (84).

¹⁰⁰ So auch Eisenberg/Kölbel, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2024, § 58 Rn. 4, 43 (für islamistische Tätergruppen); Bannenberg (Fn. 5), S. 67.

¹⁰¹ Beispielsweise auch die „Kriegsmetaphorik“, vgl. Eisenberg/Kölbel (Fn. 100), § 58 Rn. 42 (für terroristische Radikalisierungen).

¹⁰² Bannenberg (Fn. 5), S. 65 f.

bäuden¹⁰³) oder verbale Entgleisungen (in der Regel in Form von Straftatbeständen nach §§ 185 ff., aber auch nach § 130 StGB; dazu noch V. 1.).

2. Versuch der kriminologischen Deutung

Besieht man sich das Phänomen der Verschwörungsmentalität kriminalitätstheoretisch, lässt sich aufzeigen, dass sowohl mit der Theorie des anomischen Drucks, mit spezifischen Subkulturtheorien, mit der Theorie der differenziellen Assoziation als auch mit der Theorie der sekundären Devianz Abgleiche möglich sind, die einen Konnex zwischen dem Bestehen einer Verschwörungsmentalität und einer gesteigerten Delinquenzneigung begründen können.

a) Anomischer Druck

Der für die Anomie-Theorien namensgebende Begriff der „Anomie“ (zuerst *Durkheim*¹⁰⁴; *Merton*¹⁰⁵) bezieht sich auf einen Zustand der Normlosigkeit oder sozialen Instabilität. Die zentrale Annahme „der“¹⁰⁶ Anomie-Theorie ist dabei, dass Kriminalität und abweichendes Verhalten nicht nur aus individuellen Schwächen oder moralischen Mängeln, sondern als Reaktion auf die realen sozialen Strukturen einer Gesellschaft entstehe.¹⁰⁷ Ein anomischer Zustand wiederum trete auf, wenn eine Diskrepanz zwischen den gesellschaftlich geforderten Zielen und den verfügbaren Mitteln, um diese zu erreichen, existiert. Erkennen Menschen, dass sie die legalen Mittel (wie Bildung, Wohlstand, soziale Ressourcen) nicht nutzen können, um gewünschte und von der Gesellschaft propagierte Ziele umzusetzen, entstehen Spannungen, die zu kriminellen oder abweichenden Verhaltensweisen (*Rebellion*¹⁰⁸ oder *Innovation*,¹⁰⁹ d.h. illegale Mittel)¹¹⁰ führen können.

Eine Verschwörungsmentalität ist häufig mit einem Mangel an Vertrauen in Institutionen und die Gesellschaft als Ganzes verbunden.¹¹¹ Wenn Individuen das – wenngleich fehlerhaft gebildete – Gefühl beschleicht, dass die etablierten sozialen Normen und Institutionen (z.B. Regierung, Bildungssystem, Polizei) sie im Stich lassen oder sogar manipulieren,

¹⁰³ Münzner/Moldenhauer, in: Lüttig/Lehmann (Fn. 5), S. 71.

¹⁰⁴ Erstmals *Durkheim*, *Die Regeln der soziologischen Methode*, 1895.

¹⁰⁵ *Merton*, in: Klimke/Legnano (Hrsg.), *Kriminologische Grundagentexte*, 2016, S. 245 ff.

¹⁰⁶ Es handelt sich um ein Konglomerat unterschiedlicher Theorien zur Erklärung delinquenten und abweichenden Verhaltens; dazu auch *Kunz/Singelnstein*, *Kriminologie*, 8. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3 ff. m.w.N.; *Dölling/Hermann/Laue*, *Kriminologie*, Ein Grundriss, 2022, § 6 Rn. 33 m.w.N. und *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 23 ff. m.w.N. zu den verschiedenen Strömungen und Ausprägungen.

¹⁰⁷ Vgl. umfassend (mit Fokus auf den USA und den Erkenntnissen zur dortigen Gesellschaft) auch *Lilly/Cullen/Ball*, *Criminal Theory*, 2015, S. 65 ff.

¹⁰⁸ So insbesondere für terroristische Tätergemeinschaften *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 100), § 58 Rn. 39.

¹⁰⁹ *Neubacher*, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2023, § 8 Rn. 28.

¹¹⁰ *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 30 ff.

¹¹¹ *Baier/Manzoni*, *MschKrim* 2020, 83 (85) m.w.N.

kann dies Anomiedruck hervorrufen.¹¹² Verschwörungserzählungen bieten eine scheinbar kohärente Erklärung für diese Unsicherheiten und die wahrgenommene Ungerechtigkeit. Sie helfen den Individuen dabei, für den Einzelnen nicht nachvollziehbare soziale Normen und Ziele zu „erklären“, indem sie äußere, oft unsichtbare Kräfte als Verursacher von Problemen anbieten. Eine Verschwörungsmentalität kann damit als eine mögliche Reaktion auf den Anomiedruck verstanden werden.¹¹³

Das führte zunächst zwar zur Befriedung. Eine auf diese Weise ausgebildete und ausgeprägte Verschwörungsmentalität könnte sodann jedoch auch zu kriminellem Verhalten führen, vor allem, wenn sie eine rationale Grundlage für abweichendes Verhalten bietet. Menschen, die an Verschwörungserzählungen glauben, könnten davon überzeugt sein, dass sie von einem System oder einer Elite betrogen oder unterdrückt werden. In Form von Aufbegehren, bei dem Verschwörungsgläubige davon ausgehen, dass ihr Handeln notwendig sei, um „das System“ zu bekämpfen und die „Wahrheit“ aufzudecken, sind die Wahl von (auch extremistischen) Taten als Durchsetzungsmittel denkbar.

b) Subkulturtheorien

„Die“ kriminologischen Subkulturtheorien¹¹⁴ befassen sich mit dem Entstehen von abweichendem Verhalten in bestimmten sozialen Gruppen. Sie bieten Erklärungsmuster, auf welche Art und Weise spezifische, der Mehrheitsgesellschaft zum Teil diametral gegenüberstehende Werte, Normen und Verhaltensweisen entstehen können.¹¹⁵

Sowohl Subkulturen als auch Gemeinschaften von Anhängern von Verschwörungserzählungen beschäftigen sich mit der Bildung von alternativen Weltanschauungen und sozialen Bindungen, die sich gegen die vorherrschenden gesellschaftlichen Normen richten.¹¹⁶ Menschen, die sich aus der Gesellschaft ausgegrenzt oder von dieser ungerecht behandelt fühlen, könnten in Verschwörungserzählungen eine Möglichkeit entdecken, um sich mit anderen Gleichgesinnten zu verbinden, die ähnliche Frustrationserfahrungen teilen. Diese *Subkulturen des Misstrauens* bieten nicht nur Erklärungsmuster für soziale Missstände, sondern auch eine Bemächtigungsplattform, um sich selbst als Teil einer exklusiven und „aufgeklärten“ Gemeinschaft zu sehen, die die „wahren Zustände“ (er-)kennt.

¹¹² *Douglas/Uscinski/Sutton/Cichocka/Nefes/Ang/Deravi*, *Advances in Political Psychology* 2019, 4 (10).

¹¹³ So auch die Ergebnisse von *Baier/Manzoni*, *MschKrim* 2020, 83 (93).

¹¹⁴ Zu diesen und den jeweiligen Unterformen *Dölling/Hermann/Laue* (Fn. 106), § 6 Rn. 49 ff. m.w.N.; *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 10 ff. m.w.N. zu den unterschiedlichen Ansätzen.

¹¹⁵ Dem Theorienkonglomerat kann zum Teil die fehlende empirische Abdichtung vorgeworfen werden, so u.a. auch *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 19. Zudem treffen die Ansätze eher auf urbane und nicht auf ländliche Milieus zu.

¹¹⁶ Diesen Zusammenhang greift auch *Bannenberg*, (Fn. 5), S. 67, auf.

Aus subkultureller Sicht sind auch der etwaige moral shift und die Veränderung des Wertekanons zu erklären. Vertreter von Subkulturtheorien gehen davon aus, dass bestimmte soziale Gruppen alternative Normen und Werte entwickeln, die sich von den allgemeinen gesellschaftlichen Normen unterscheiden und abweichendes Verhalten begünstigen.¹¹⁷ Auch verschwörungsgläubige Subkulturen teilen bestimmte gemeinsame Überzeugungen, die mit den „mainstream-gültigen“ Erklärungen in Konflikt stehen und schaffen damit eine Art „subkulturelle Identität“, die sich in einem kollektiven Widerstand gegen etablierte Institutionen (z.B. Regierung, Medien, Wissenschaft) manifestieren könnte.¹¹⁸ In ähnlicher Weise wie Subkulturen, die sich von der breiten Gesellschaft durch andere oder abgewandelte Werte und Normen abgrenzen, entstehen auch Verschwörungsglaubensgemeinschaften als Subkulturen des Misstrauens. Die Anhänger entwickeln ein starkes Gemeinschaftsgefühl, das auf einem geteilten Glauben an die Existenz geheimer Kräfte basiert. In diesem Zusammenhang finden sich zahlreiche Parallelen: Wie bei Subkulturen, die sich von der breiten Gesellschaft abgrenzen, manifestiert sich bei Verschwörungsgläubigen ein starkes „Wir gegen die“-Gefühl, das sich gegen die breite Gesellschaft, etablierte Institutionen oder die „Mainstream-Medien“ richtet. Anhänger von Verschwörungserzählungen fühlen sich oft als „die einzigen, die die Wahrheit kennen“, was ihnen ein Gefühl der Exklusivität und Authentizität verleiht. Diese Wahrnehmung findet sich auch bei Individuen in Subkulturen, die sich durch ihre eigene, vom Mainstream abweichende Lebensweise oder Denkweise definieren. Subkulturen entstehen zudem oft als Reaktion auf soziale Anomie. In ähnlicher Weise bieten Verschwörungserzählungen eine kohärente Erklärung für wahrgenommene gesellschaftliche Missstände und lassen sich als eine Art „alternative Ordnung“ verstehen, die den Status quo infrage stellt (siehe oben 1.). Dies könnte den Anhängern bei der Bewältigung des Gefühls der sozialen Entfremdung oder des Kontrollverlusts helfen.

Individuen in kriminogenen Subkulturen wenden zum Teil spezifische Techniken an, um etwaiges kriminelles Verhalten zu rechtfertigen oder zu entschuldigen, ohne sich dabei selbst als „kriminell“ anzusehen.¹¹⁹ Zu diesen Techniken gehören Verleugnung der Verantwortung („Ich hatte keine Wahl“), Verleugnung des Schadens („Niemand wurde verletzt“), Verleugnung des Opfers („Sie haben es verdient“), Verurteilung der Verurteilenden („Die Polizei ist korrupt“) sowie der Appell an höhere Autoritäten („Ich habe das getan, weil ich meinen Freunden helfen musste“).¹²⁰ Menschen mit

einer ausgeprägten Verschwörungsmoralität könnten ebenfalls rechtfertigende Narrative entwickeln, um ihr abweichendes Denken zu stützen, wie unter anderem die Verleugnung des Schadens („Die Eliten sind sowieso schuld an den Problemen“), die Verleugnung des Opfers („Das System hat uns alle schon längst betrogen“) und die Verurteilung der Verurteilenden („Die Mainstream-Medien und Wissenschaftler sind alle Teil der Verschwörung“).

c) Lerntheorien

Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass – gerade, wenn es um erlebte Erfahrungen geht – deviante Techniken und Verhaltensweisen durch Beobachtung und durch operante Konditionierung imitiert werden. In der Kriminologie existieren unterschiedliche Theorien, die zu erklären versuchen, wie kriminelles Verhalten durch soziale und individuelle Lernprozesse erlernt werden kann.¹²¹ Nach der Theorie des sozialen Lernens (unter anderem *Bandura*,¹²² *Akers*¹²³) eignen Menschen sich kriminelles Verhalten durch Beobachtung, Nachahmung und Verstärkung an. Das Verhalten werde durch positive Verstärkung (z.B. finanzieller Gewinn) oder durch das Vermeiden negativer Konsequenzen (z.B. Angst vor Strafe) intensiviert.¹²⁴ Nach der differenziellen Assoziationstheorie (*Sutherland*) wird kriminelles Verhalten durch Interaktion mit anderen Personen indoktriniert. Menschen übernehmen nach dieser Näherung kriminelle Normen und Werte, wenn sie in Kontakt mit Personen stehen, die kriminelles Verhalten befürworten. Die Häufigkeit, Dauer, Intensität und Priorität solcher Kontakte beeinflussen das Risiko, kriminelles Verhalten zu adaptieren.¹²⁵

Verschwörungserzählungen können ebenfalls durch sozialen Kontakt mit Personen oder Gruppen erlernt werden, die entsprechende Überzeugungen teilen. Interagiert jemand häufig mit Menschen, die Verschwörungserzählungen propagieren, wird er mit steigender Wahrscheinlichkeit diese Denkmuster übernehmen. Wiederholter Kontakt mit Verschwörungsgläubigen könnte dadurch die Akzeptanz solcher Weltanschauungen erhöhen, insbesondere, wenn sie von Vertrauenspersonen herrühren. Eine Verschwörungsmoralität kann auch durch Beobachtung und Nachahmung von Vorbildern (z.B. populäre Figuren, Influencer) erlernt werden. Der Glaube

Teil wird diese Theorie der Neutralisierungstechniken (nach *Sykes/Matza*) auch den Lerntheorien zugerechnet, vgl. *Dölling/Hermann/Laue* (Fn. 105), § 6 Rn. 72; ebenso *Neubacher* (Fn. 109), § 8 Rn. 25.

¹²¹ Überblick bei *Salisbury*, in: Cullen/Wilcox (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Theory*, 2013, S. 115 ff.; *Dölling/Hermann/Laue* (Fn. 106), § 6 Rn. 71 ff. m.w.N.; *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 9 Rn. 31 ff.; *Kunz/Singelstein* (Fn. 106), § 10 Rn. 7 ff. m.w.N.; *Neubacher* (Fn. 109), § 8 Rn. 23 ff.

¹²² *Badura*, *Sozial-kognitive Lerntheorie*, 1979.

¹²³ *Akers*, *Social Learning and Social Structure*, 1998.

¹²⁴ *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 9 Rn. 46 ff.

¹²⁵ *Sutherland*, *Principles of Criminology*, 4. Aufl. 1947; *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 9 Rn. 38 ff. (auch zu den Fortentwicklungen: differenzielle Identifikation und differenzielle Verstärkung).

¹¹⁷ So in Bezug auf Jugendgangs bereits *Cohen*, *Delinquent Boys*, 1955.

¹¹⁸ Hier ist zwischen den Vertretern *Cohen* und *Miller* umstritten, ob der Wertekodex lediglich eine Antithese zum Mainstream darstelle (so *Cohen*), oder ob es sich um genuin gewachsene, vom Milieu determinierte Moralvorstellungen einer „Unterschichtkultur“ handle (so *Miller*); vgl. auch *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 17 ff.

¹¹⁹ Zu diesen Neutralisierungstechniken erstmals *Sykes/Matza*, *American Sociological Review* 1958, 664 ff.

¹²⁰ *Göppinger/Bock* (Fn. 44), § 10 Rn. 19 ff. m.w.N. Zum

an Verschwörungen wird dabei durch Belohnung (Anerkennung, Zugehörigkeit, „Geheimwissen“ verwalten) verstärkt, während Skepsis oder Gegenargumente unter Umständen sogar für den Einzelmenschen unerwünschte Effekte wie Ablehnung oder soziale Isolation nach sich ziehen können und dadurch abgebaut bzw. immer seltener geäußert werden.

d) *Theorie der sekundären Devianz*

Die Theorie der sekundären Devianz ist ein zentraler Bestandteil des Labeling-Ansatzes.¹²⁶ Diese Theorie versucht zu deuten, ob und wie gesellschaftliche Reaktionen auf abweichendes Verhalten (Devianz) zur Verstärkung und Stabilisierung von Kriminalität führen können. Sekundäre Devianz entstehe, wenn eine Person durch die Gesellschaft zunächst als „abweichend“ etikettiert (gelabelt) wird und dieses Label ihre Identität und ihr Verhalten beeinflusst. Sie beginne dann, sich selbst als abweichend wahrzunehmen und in Übereinstimmung mit dieser Rolle zu handeln.¹²⁷

Die Theorie der sekundären Devianz lässt sich auf die Entwicklung und Verstärkung einer Verschwörungsmentalität übertragen, da beide Phänomene durch gesellschaftliche Reaktionen und soziale Stigmatisierung beeinflusst werden.¹²⁸ Indem Anhänger von Verschwörungserzählungen gesellschaftlich stigmatisiert werden, droht womöglich die Gefahr, dass diese Menschen sich (nur) deshalb deviant verhalten, weil sie sich ausgegrenzt fühlen und/oder ohnehin bereits als „kriminell“ gelten. Eine Person oder Gruppe, die als „abweichend“ etikettiert wird, könnte sich durch solche Etikettierungen weiter in eine Verschwörungsmentalität hineinbewegen.¹²⁹ Stigmatisierung kann dazu führen, dass die betroffene Person sich ausgegrenzt fühlt und sich mit der Rolle des „Abweichlers“ identifiziert. Die Ablehnung durch die Mehrheitsgesellschaft (z.B. Freunde, Familie, Medien) treibt Menschen dazu, sich stärker in Gruppen von Gleichgesinnten zu integrieren, in denen ihre Ansichten bestätigt werden. Verstärkt wird dadurch zugleich das Gefühl, „anders“ oder „erleuchtet“ zu sein. Die betroffene Person übernimmt dadurch das Selbstbild des Kritikers und entwickelt eine Gegenidentität, die sie gegen die „Mainstream-Gesellschaft“ abgrenzt. Innerhalb solcher Subkulturen (dazu oben 2. b) wird die Abweichung zur Norm uminterpretiert, z.B. wird das Label „abweichend“ umgedeutet in ein positives Merkmal, z.B. „kritisch denkend“ oder „aufgeklärt“. Sowohl bei sekundärer Devianz als auch bei einer Verschwörungsmentalität kann sich somit eine Spirale der Radikalisierung entwickeln: Ein erstes abweichendes Verhalten oder eine abweichende Überzeugung (primäre Devianz) führt zu gesellschaftlichen Sanktionierung und damit

¹²⁶ Zu diesem statt vieler *Kunz/Singelstein* (Fn. 106), § 13 Rn. 7 ff. m.w.N.; *Neubacher* (Fn. 109), § 10 Rn. 5 ff. m.w.N.

¹²⁷ *Neubacher* (Fn. 109), § 10 Rn. 9; *Dölling/Hermann/Laue* (Fn. 106), § 6 Rn. 110.

¹²⁸ So bei terroristischen Gruppierungen auch *Eisenberg/Köbel* (Fn. 100), § 58 Rn. 40 f.

¹²⁹ Hinzu kommt, dass Verschwörungserzählungen nicht nur deshalb weniger Glauben geschenkt wird, weil sie als solche etikettiert werden, vgl. *Wood*, *Political Psychology* 2016, 695 ff.

Stigmatisierung (Labeling). Dadurch verstärkt sich die Identifikation mit der abweichenden Rolle und unter Umständen erfolgt sogar ein Anschluss an subkulturelle Gruppen des Misstrauens (dazu oben 2. b).

e) *Empirische Belege*

Repräsentative Studien, unter anderem aus der Schweiz,¹³⁰ haben ergeben, dass anomische Einstellungen, geringes Institutionenvertrauen und politische Deprivation die Zustimmung zu einer oder mehreren Verschwörungserzählungen erhöhen können. Gerade diese verstärkte Verschwörungsmentalität steigert sodann die Zustimmung zu extremistischen Einstellungen.¹³¹ Es lässt sich somit ein Konnex annehmen zwischen extremistischen Einstellungen, die auf Verschwörungserzählungen beruhen, und der darauf gründenden Bereitschaft, Straftaten zu begehen. Eine Verschwörungsmentalität korreliert auch eng mit dem Konstrukt der gruppenbezogenen Menschenfeindlichkeit.¹³²

Vergleichbares ist auf europäischer Ebene bereits diskutiert worden.¹³³ Verschwörungserzählungen sind nach einheitlicher Auffassung als Gefahr für liberale Demokratien ausgewiesen. Sie bildeten ein Kernstück extremistischer Ideologien und Vorstellungen und seien damit unstrittig Radikalisierungsbeschleuniger.¹³⁴ Analog verlaufen damit das Risiko der Radikalisierung durch eine Verschwörungsmentalität und das der „gewöhnlichen“ Radikalisierung.¹³⁵ Frustration, Befassung mit extremistischen/verschwörungserzählerischen Inhalten, Identifikation mit der Szene, Ablehnung des Staates als Schutzmacht, Steigerung der Delinquenzbereitschaft und letztlich unter Umständen sogar die Ausführung einer Straftat.¹³⁶ Die Schaffung von „Notwehr-Narrativen“¹³⁷ (genauer: Not-

¹³⁰ Umfassend hierzu *Baier/Manzoni*, *MschKrim* 2020, 83 ff. m.w.N.

¹³¹ *Baier/Manzoni*, *MschKrim* 2020, 83 (94).

¹³² *Rees/Lamberty* (Fn. 3), S. 210 f., 217 f.; *Keil* (Fn. 8), S. 25 f.; umfassend hierzu die Sammelbände „Deutsche Zustände, Bände 1 bis 10“ zur gleichnamigen Langzeitstudie (Hrsg. von Heitmeyer).

¹³³ Vgl. nur den Abschlussbericht des Radicalization Awareness Networks, 28.9.2020.

¹³⁴ Abschlussbericht des Radicalization Awareness Networks, 28.9.2020, S. 3 ff.; ebenso *Basit*, *Counter Terrorist Trends and Analyses* 2021, 1 (9). Eine Einschränkung ist zu tätigen: Nicht jeder Verschwörungsglaube führt zur Radikalisierung. Gerade die Kategorie der *harmlosen* Erzählungen (siehe oben I. 2. a) zieht nur ein geringes bis kann kein Risiko für Radikalisierung nach sich.

¹³⁵ So auch *Bannenberg* (Fn. 5), S. 51; *Basit*, *Counter Terrorist Trends and Analyses* 2021, 1 ff.; zur Radikalisierung auch *Neubacher* (Fn. 109), § 22 Rn. 5; in einem gedanklichen Atemzug auch *Lohse/Engelstätter*, *GSZ* 2020, 156 ff. (konkret zum Rechtsextremismus-/terrorismus).

¹³⁶ Vgl. *Youth*, in: Glaser (Hrsg.), *Talking to the Enemy*, 2017, S. 131 ff.; *Gerson*, in: Glaser (a.a.O.), S. 165 ff. m.w.N.; hierzu auch *Hermann/Rathje* (Fn. 2), S. 33.

¹³⁷ *Keil* (Fn. 8), S. 48.

stands-Narrativen) kann hierbei als mentale Abdichtung fungieren.

V. Materiell-strafrechtliche Auswirkungen

In materiell-strafrechtlicher Sicht ist mit Hilfe des bisher Aufbereiteten auf zwei Felder zu blicken: Zeigt sich eine Verschwörungsmentalität auch in „Verschwörungstaten“ und wie wirkt sich der determinierte mentale Zustand auf Fragen der Strafzumessung aus?

I. „Verschwörungstaten“ im StGB?

Die allermeisten Menschen mit einer ausgeprägten Verschwörungsmentalität verhalten sich „polizeilich unauffällig“.¹³⁸ Gleichwohl ist die Begehung von Straftaten nicht nur aus kriminologischer Sicht erklärbar (siehe oben IV. 2.), sondern lässt sich auch nachweisen.

Blickt man in das StGB, wird man zunächst zwar vergeblich nach entsprechenden „Verschwörungstaten“ suchen.¹³⁹ Das ist stimmig, ist das Strafrecht doch ultima ratio und kein Gesinnungsrecht,¹⁴⁰ das mehrheitsabweichende Meinungen als solche pönalisiert. Gleichwohl existieren typische Taten, die sich aus dem Glauben an eine Verschwörungserzählung bzw. einer Verschwörungsmentalität ergeben können.¹⁴¹ Das sind unter anderem Hate-Speech-Delikte wie §§ 185 ff. StGB, aber auch § 130 StGB.¹⁴² Darunter fallen häufig auch die Bedrohung (§ 241 StGB) und die Billigung von Straftaten (§ 140 StGB). Aus einer Verschwörungsmentalität heraus können jedoch auch „handfeste“ Delikte begangen werden, wie Sachbeschädigungen nach §§ 303 ff. StGB, Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB) und Nötigungen (§ 240 StGB), gerade auch solche gegenüber Vollstreckungsbeamten (§§ 113 ff. StGB) sowie klassische Staatsschutz- und Propagandadelikte (unter anderem §§ 86 ff.,¹⁴³ 105, 129a und 129b,¹⁴⁴ 316b StGB¹⁴⁵).

¹³⁸ Engelstätter, GSZ 2022, 109 (110).

¹³⁹ Auch ein Täter mit gefestigter Verschwörungsmentalität handelt grundsätzlich nicht nach §§ 32, 34 StGB gerechtfertigt, da diese Vorschriften objektive Bedrohungen und Gefahren erfordern, die bei einer rein subjektiven Bedrohungswahrnehmung nicht vorliegen. In Extremfällen könnte allerdings ein i.E. bedeutsamer Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegen (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog oder § 17 S. 1 StGB). Die Hürden hierfür sind jedoch hoch und bei einem so ausgeprägten Grad an fehlerhafter Einsichtsbefähigung liegt eher die Annahme von §§ 20, 21 StGB nahe (dazu gleich 2.).

¹⁴⁰ Münzner/Moldenhauer (Fn. 103), S. 72.

¹⁴¹ Hierzu auch Münzner/Moldenhauer (Fn. 103), S. 75 ff.

¹⁴² Vgl. z.B. BayObLG, Beschl. v. 20.3.2023 – 206 StRR 1/23: Darstellung des Eingangstors eines Konzentrationslagers mit dem Schriftzug „Impfen macht frei“ und zweier schwarz uniformierter Männer jeweils mit einer überdimensionierten Spritze in der Hand, versehen mit dem Kommentar: „Alles schon mal dagewesen“, erfüllt den Straftatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB (Verharmlosen); vgl. aber ferner LG Köln, Urt. v. 17.2.2017 – 157 Ns 101/16 („Hetze“ gegen Muslime – aufgehoben).

¹⁴³ Vgl. nur OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.7.2022 – 5-2 StE 18/17 – 5a – 1/17 (Berufssoldat mit „völkisch-nationalis-

Aus dieser Aufzählung ergibt sich zugleich der Pool der typischen Geschädigten: Polizeibeamte, Politiker und andere Mandatsträger, Medienvertreter sowie Privatpersonen, nicht nur in herausgehobener Stellung, sondern auch in Bereichen der ehrenamtlichen oder der karitativen Betätigung.¹⁴⁶

Die weit verbreitete Verschwörungsmentalität (siehe oben III. 1.) als Ursache einer „Verschwörungstat“ ist in der polizeilichen Kriminalstatistik zwar nicht unmittelbar wiederzufinden. Eine mögliche Klassifikation lässt sich jedoch über die Auswertung der Statistiken zur politisch motivierten Kriminalität (PMK)¹⁴⁷ vollziehen.¹⁴⁸ Dort wird als Phänomenbereich „rechts“, „links“, „ausländisch“, „religiös“ oder „sonstige“ seit Jahren ein steter Zuwachs entsprechender Taten aufgezeigt. Mehr als 30 % der Delinquenzen sind dabei sog. Propagandadelikte.¹⁴⁹ Gleichwohl spiegelt die PMK nur einen Ausschnitt der „Verschwörungstaten“ wider, da die Einordnung in „rechts“, „links“, „ausländisch“, „religiös“ und „sonstige“ nicht ausschließlich verschwörungserzählerische Elemente betrifft.¹⁵⁰

2. Auswirkungen auf die Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB

Die Bewertung der Beweggründe, Ziele und der Gesinnung des Täters i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB dient dazu, die Strafe an die individuelle Schuld und das Maß der persönlichen Vorwerfbarkeit anzupassen. Die Strafzumessungstatsachen sind dabei ambivalent; je nach Kontextualisierung können sie für oder gegen den Täter wirken.¹⁵¹ Die Beweggründe und Ziele des Täters beziehen sich auf die Motive, die ihn zur Tat veranlasst haben und auf das, was er mit der Tatbegehung

tischer, rassistischer und demokratiefeindlicher Gesinnung. Besondere Abneigung hat er gegenüber Menschen jüdischen Glaubens, denen er – verbunden mit verschwörungstheoretischen Gedanken – den Wunsch nach einer ‚Weltherrschaft des Zionismus‘ unterstellt“).

¹⁴⁴ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 20.12.2023 – AK 86/23; BGH, Beschl. v. 13.7.2023 – AK 37/23 (Reichsbürger und QAnon); OLG München, Beschl. v. 19.8.2022 – 2 Ws 463/22 (gerichtet gegen einen Online-Plattformbetreiber).

¹⁴⁵ Hierzu Engelstätter, GSZ 2022, 109 (111 ff.). Zu denken ist auch an Verstöße gegen das Versammlungsrecht, vgl. Münzner/Moldenhauer (Fn. 103), S. 86.

¹⁴⁶ Bannenberg (Fn. 5), S. 51.

¹⁴⁷ Vgl. BMI/BKA, Bundesweite Fallzahlen 2023 Politisch motivierte Kriminalität, Factsheet (Stand: 21.5.2024).

¹⁴⁸ Bannenberg (Fn. 5), S. 55 ff.; darauf stellen auch Münzner/Moldenhauer (Fn. 103), S. 93 und Engelstätter, GSZ 2022, 109 (110 f.) ab.

¹⁴⁹ Ausführlich Münzner/Moldenhauer (Fn. 103), S. 81 ff.

¹⁵⁰ So kann eine „rein rassistische“ Tat auch ohne Bezug zu einer Verschwörungserzählung begangen werden, zumindest wenn die Xenophobie nicht auf einer Ideologie der vorgeblichen unterschiedlichen Wertigkeit der „Rassen“, sondern auf bloßer Ablehnung des als „fremd“ Erkannten basiert.

¹⁵¹ Maurach/Gössel/Zipf/Dölling, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 63 Rn. 145.

(neben der Tatbestandsverwirklichung selbst) erreichen wollen.¹⁵² Verwerfliche Motive wie Rache, Habgier oder sonstige niedrige Beweggründe können die Strafe schärfen.¹⁵³ Im Gegensatz dazu wirken Motive wie ein Handeln aus Not, Verzweiflung oder altruistischen Gründen grundsätzlich strafmildernd.¹⁵⁴ Die Gesinnung, die aus der Tat spricht, beschreibt – im Grunde überschneidend zu den „Beweggründen und Zielen“¹⁵⁵ – die innere Einstellung oder Haltung des Täters, die sich aus seinem Verhalten während der Tatbegehung ablesen lässt.¹⁵⁶ Eine besonders verwerfliche Gesinnung, wie etwa Hass, Rohheit, Fremdenfeindlichkeit, Grausamkeit oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Opfer, wirkt in der Regel strafscharfend.¹⁵⁷ Eine nachvollziehbare Haltung kann hingegen strafmildernd berücksichtigt werden.¹⁵⁸

Das Bestehen einer Verschwörungsmentalität im dargestellten Sinne lässt regelmäßig Rückschlüsse auf die Beweggründe, Ziele und die Gesinnung des Täters bei Begehung der Tat zu.¹⁵⁹ Wenn ein Täter aus der festen Überzeugung heraus handelt, gegen eine vermeintlich „böartige Macht“ vorzugehen, können die Beweggründe Hass, Fanatismus oder extremistische Überzeugung als Ausdruck verwerflicher Motive gewertet werden, die strafscharfend zu berücksichtigen sind.¹⁶⁰ Dabei muss die *verwerfliche* Gesinnung¹⁶¹ allerdings „aus der Tat sprechen“.¹⁶² Eine isolierte Strafscharfung der Tat eines Täters mit rassistischem oder extremistischem Gedankengut allein wegen seiner Einstellung scheidet auch nach mehrfa-

cher¹⁶³ Modifikation des Gesetzeswortlauts schon aus systematischen Gründen aus.¹⁶⁴ Auch reine „Überzeugungs-“ bzw. „Gewissenstäter“ handeln dabei regelmäßig schuldhaft, da sie sich bewusst für den *ihnen erkennbaren* (sonst wäre es schließlich kein Aufbegehren gegen „das System“) Rechtsbruch entscheiden, und sind daher regelmäßig nicht über § 17 S. 1 StGB exkulpierbar.¹⁶⁵ Nur bei nachvollziehbarer Motivation kommt im Einzelfall eine Strafmilderung in Betracht.¹⁶⁶ Politische Verblendung hingegen mildert die strafrechtliche Schuld nicht.¹⁶⁷ In Fällen, in denen die Verschwörungsmentalität die Einsichtsfähigkeit oder das Urteilsvermögen des Täters deutlich einschränkt, ist dies jedenfalls dann als mildernder Umstand zu berücksichtigen, wenn der Täter dadurch in seiner Fähigkeit zur realistischen Einschätzung der Tat beeinträchtigt ist. In Extremfällen ist nicht ausgeschlossen, dass auch das Maß oder das Bestehen der Schuldfähigkeit hinterfragt werden müssen,¹⁶⁸ unter Umständen kommt also die Anwendung des § 21 StGB¹⁶⁹ oder § 20 StGB¹⁷⁰ in Betracht. Das Tatmotiv muss dafür allerdings in unmittelbarem Zusammenhang zur wahnhaften Verschwörungsmentalität stehen.¹⁷¹

¹⁵² Statt vieler *Maier*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 204 ff. m.w.N.

¹⁵³ *Schneider*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 46 Rn. 81; *Gubitz/Gerson/Hailer/Weber*, Strafmaßfindung und Strafmaßverteidigung, 2013, Rn. 243 ff.

¹⁵⁴ Absolute h.A., vgl. nur *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 7. Aufl. 2024, Rn. 607 ff. m.w.N.; *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 85.

¹⁵⁵ Für eine Streichung aufgrund von Redundanz daher *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 81; *Kaspar*, Gutachten C zum 72. DJT, 2018, S. 71.

¹⁵⁶ *Gubitz/Gerson/Hailer/Weber* (Fn. 153), Rn. 248 ff.

¹⁵⁷ *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 87.

¹⁵⁸ *Bußmann*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 46 Rn. 14.

¹⁵⁹ Zu Recht rügt es der BGH, wenn zulässiges Verteidigungsverhalten – technisch falsch – als „Verschwörungstheorie“ bezeichnet wird, vgl. BGH StV 2002, 73.

¹⁶⁰ *Maier* (Fn. 152), § 46 Rn. 209.

¹⁶¹ Eine nachvollziehbare Gesinnung kann wiederum strafmildernd zu Buche schlagen, so *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 154), Rn. 616 (Teilnahme an Sitzblockaden gegen die Atomwaffennachrüstung oder „für den Weltfrieden“).

¹⁶² BGH NJW 1954, 1516; BGH NJW 1979, 1835 sowie aus neuerer Zeit BGH NStZ 2023, 409; ebenso *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 46 Rn. 27: „Einzeltatgesinnung“

¹⁶³ Vgl. das Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags v. 12.6.2015 (BGBl. I 2015, S. 925), das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 30.3.2021 (BGBl. I 2021, S. 441) sowie das Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt v. 26.7.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 203).

¹⁶⁴ So auch *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 80; *Maier* (Fn. 152), § 46 Rn. 211; kritisch zu den Ergänzungen um immer weitere „-ismen“ *Gerson*, KriPoZ 2020, 22 ff.

¹⁶⁵ Vgl. nur *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 97; *Fischer* (Fn. 162), § 17 Rn. 3b; *Heuchemer*, in: v. Heimtschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 17 Rn. 16 f. „Überzeugungstäter“ glauben, dass sie aufgrund moralischer, naturrechtlicher, religiöser oder sonstiger Gründe zur Handlung berechtigt seien. Der „Gewissenstäter“ sieht sich sogar als zum Widerstand gegen die Rechtsordnung verpflichtet an.

¹⁶⁶ *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 97; *Gubitz/Gerson/Hailer/Weber* (Fn. 153), Rn. 248.

¹⁶⁷ Treffend *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 97.

¹⁶⁸ *Schneider* (Fn. 153), § 46 Rn. 83; *Münzner/Moldenhauer* (Fn. 103), S. 74.

¹⁶⁹ LG Dresden, Urt. v. 9.9.2020 – 610 Js 36258/19 (in Kombination mit einer „Cannabispsychose“).

¹⁷⁰ Vgl. z.B. LG Oldenburg, Urt. v. 1.9.2022 – 5 Ks 801 Js 35051/21 (8/22), Rn. 83 ff.; LG Bochum, Urt. v. 19.5.2020 – 241 Js 15/17 13 Kls 6/20; LG Köln, Urt. v. 3.12.2015 – 111 Ks 6/15-90 Js 56/14. Das wurde z.B. im aufgehobenen Urteil des LG in BGH NStZ-RR 2024, 386 f. übersehen (zunehmende Affinität zu Verschwörungstheorien, zu Spiritualität und zu alternativen Erklärungsmustern); nachvollziehbar verneint wiederum in LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 23.10.2017 – 5 Ks 113 Js 1822/16 (Reichsbürger).

¹⁷¹ BGH NStZ-RR 2022, 102 ff. (i.E. abgelehnt).

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Nicht jeder, der an eine Verschwörungserzählung glaubt, bricht Verhaltensregeln. Demzufolge ist der individuelle Zustand, eine Verschwörungsmentalität innezuhaben, auch nicht als solcher kriminell. Bestraft werden nach dem geltenden Verständnis ausschließlich schädigende Handlungen, nicht böse Gedanken ohne innewohnendes Potenzial zur Beeinträchtigung von Rechtsgütern und ganz ohne Außenweltbezug. Wenngleich eine Verschwörungsmentalität demnach nicht per se kriminell ist, so ist sie – gerade bei einem verfestigten Glauben an eine oder mehrere aggressive Verschwörungserzählungen – doch *kriminogen*. Die Ätiologie der Herausbildung entsprechender mentaler Zustände als Wirksamkeitskatalysatoren, die psycho-sozialen Folgen einer Verschwörungsmentalität in Form von Dichotomisierung und Radikalisierung sowie die Grundierung anhand gängiger Kriminalitätstheorien hierzu spiegeln sich in den empirischen Befunden über die Delinquenzneigung wider. „Verschwörungstaten“ nehmen zu, gerade weil der Glaube an Verschwörungserzählungen zunimmt – und umgekehrt. Im materiellen Recht offenbaren sich typische „Verschwörungstaten“ in der Regel weniger auf der objektiv-tatbestandlichen Ebene, als vielmehr in Bezug auf die innere Tatseite. Sie wirken sich jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung bei der Bewertung der Beweggründe, Ziele und der Gesinnung des Täters aus, oder in extremen Fällen sogar durch den Wegfall der Möglichkeit einer Schuldzuschreibung.

Was bleibt? Trotz der Vielzahl der behandelten Topoi ist das Thema in seinem Facettenreichtum und in seiner gesellschaftlichen Tiefenwirkung in dieser Abhandlung – schon aus Gründen der Rezipierbarkeit – allenfalls an der Oberfläche angekratzt worden. Unstreitig bedarf es in diesem Bereich für die Zukunft weiterer Anstrengungen unterschiedlicher Wissenschaftszweige, neben der Rechtswissenschaft und der Kriminologie namentlich der Psychologie, der Soziologie und der (politischen) Bildungsforschung. Aggressive Verschwörungserzählungen lassen sich mit dem scharfen Schwert des Strafrechts weder effektiv noch nachhaltig bekämpfen. Indes ist bereits ihre Entstehung mittels durchdachter Präventionsarbeit einzudämmen. Die Abstraktionsfähigkeit fördernde Bildung, soziale Absicherung und verständige rhetorische Vermittlung der gesellschaftlichen Zusammenhänge durch staatliche Akteure vermindern politische Deprivation und Vertrauensverluste in die herrschenden Institutionen und lindern dadurch das allgemein grassierende Gefühl der Unsicherheit.

Eines scheint aber sicher: Da Verschwörungsnarrative vor allem vermittelt *über die Sprache* in die Köpfe gelangen, sind dieselben Köpfe auch in der Lage, aktiv Gegenrede zu leisten, um sich nicht verführen zu lassen. Dann gelingen weder die Saat von Hass noch Aufhetzung oder Spaltung, weder in Fragen der politischen Anschauung, noch der Gesinnung, der Herkunft oder der Ethnie. Denn:

„Sprache ist mehr als Blut“.¹⁷²

¹⁷² Franz Louis August Rosenzweig, jüdischer Historiker und Philosoph (1986–1929).

Der Beitrag widmet sich der bisher von Rechtsprechung und Literatur nur stiefmütterlich behandelten Frage, inwiefern das Tatbestandsmerkmal der „Gutgläubigkeit“ i.R.v. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB auszulegen ist. Entgegen der vorherrschenden Auffassung in der Fachliteratur ist für die Auslegung der Gut- respektive Bösgläubigkeit nicht auf § 932 Abs. 2 BGB, sondern auf die Legaldefinition (!) in § 122 Abs. 2 BGB abzustellen. Danach reicht einfache Fahrlässigkeit für die Bösgläubigkeit des Drittempfängers aus. Lediglich die tatsächlichen Anforderungen, anhand derer der Tatrichter das Vorliegen einfacher Fahrlässigkeit zu beurteilen hat, ergeben sich aus einer Parallele zu § 932 Abs. 2 BGB. Neben der anfänglichen, schadet grundsätzlich auch die nachträgliche Bösgläubigkeit, allerdings nur dann, wenn dem Dritten nach Übertragung des Gegenstands mindestens Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann.

I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“¹ hat der Gesetzgeber in § 73b StGB die Vermögensabschöpfungs-Richtlinie (2014/42/EU) vom 3.4.2014 umgesetzt und damit zugleich die grundlegende Differenzierung des BGH² zur Einziehung bei Dritten nachgezeichnet.³ Nach nunmehr geltendem Recht ist die Einziehung bei demjenigen stets möglich, dem etwas ohne Gegenleistung oder Rechtsgrund übertragen wurde (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a StGB). Erhält der Empfänger den Vermögensgegenstand indes entgeltlich und mit Rechtsgrund, was in der Praxis weitaus häufiger der Fall sein dürfte, ist für eine „interessengerechte Gewinnabschöpfung“⁴ danach zu differenzieren, ob der Empfänger erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB). Mit anderen Worten: der Vermögensgegenstand ist einziehungsfest, sofern der Dritte gutgläubig ist. Der Beitrag nimmt die soeben skizzierte Differenzierung zum Anlass, das einziehungsausschließende Merkmal der Gutgläubigkeit näher zu beleuchten. Denn nach wie vor scheinen weder die Rechtsprechung noch die Fachliteratur geeignete Kriterien herausgearbeitet zu haben, um das einen freien Warenverkehr gewährleistende Spezifikum zu konturieren. In diesem Zusammenhang geht es neben der positiven Kenntnis (II.) vor allem um den Grad schädlicher Fahrlässigkeit (III.)

* Der Autor war zum Zeitpunkt der Entstehung des Beitrags Referendar im Bezirk des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts und Wiss. Mitarbeiter am Institut für Kriminalwissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.
¹ RegE BT-Drs. 18/9525, S. 66 f.
² BGHSt 45, 235 ff.
³ Dazu ausführlich *Fleckenstein*, Die strafrechtliche Abschöpfung von Taterträgen bei Drittbegünstigten, 2017, S. 199 ff.
⁴ *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.2.2023, § 73b Rn. 2.

1.), den Fahrlässigkeitsmaßstab (III. 2.) und den relevanten Zeitpunkt, in dem der Dritte gutgläubig sein muss (III. 3.).

II. Positive Kenntnis des Drittempfängers

Hinsichtlich der positiven Kenntnis des Drittempfängers wird regelmäßig auf die bestehenden Maßstäbe und Abstufungen des Vorsatzes verwiesen, wobei jede Form – mithin auch *dolus eventualis* – für die Annahme von Bösgläubigkeit ausreichen soll.⁵ Der Anwendungsbereich positiver Kenntnis wird jedoch durch zwei Umstände begrenzt.

Erstens überschneidet sich der Anwendungsbereich des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB mit jenem des § 73 StGB in Fällen des vorsätzlich handelnden Empfängers. Denn dieser erfüllt durch das Erlangen der wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand regelmäßig §§ 257, 259 oder 261 StGB,⁶ sodass für die Einziehung bereits an seinen Täterstatus angeknüpft werden kann. Die Einziehung beim Empfänger gem. § 73 StGB geht nämlich der nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB vor.⁷ Die Frage der Vorsätzlichkeit ist für die Gutgläubigkeit demzufolge nur noch in denjenigen Fällen relevant, in denen sich potentielle Abschöpfungslücken etwa deshalb ergeben, weil das für den Drittbegünstigten in Betracht kommende Delikt, an das die Einziehung anknüpft (z.B. § 261 StGB), bereits verjährt ist, die Tat, aufgrund derer er bereichert ist (z.B. § 250 StGB), hingegen noch verfolgt ist.⁸

Zweitens wurde die fahrlässige Unkenntnis in die Tatbestandsfassung des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB gerade deshalb aufgenommen, weil der Nachweis positiver Kenntnis um das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat in der Praxis nicht immer leicht zu führen ist.

Der dem Verkehrsschutz insoweit vorgehende Zweck der nunmehr geltenden Einziehungsregeln besteht folglich darin, die Gewinnabschöpfung nicht bereits dann scheitern zu lassen, wenn der Empfänger zwar die Herkunft der Mittel kannte, ihm aber nicht nachweisbar ist, dass er daraus den Schluss auf die Rechtswidrigkeit der Erwerbsquelle hätte ziehen müssen, dies jedoch nicht getan hat. Auch wenn die Norm zwar keine Beweislastumkehr begründet, enthält sie dennoch eine Erleichterung der materiellen Abschöpfungsvoraussetzungen.⁹ Liegt es gerade in der Natur der Sache, dass positive Kennt-

⁵ *Heuchemer* (Fn. 4), § 73b Rn. 7.

⁶ Dies gilt im Fall des § 261 Abs. 6 StGB sogar für die Leichtfertigkeit.

⁷ Siehe bereits BT-Drs. 18/9525, S. 66; so auch *Joecks/Meißner*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 73b Rn. 17.

⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 67; *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 73b Rn. 8; *Joecks/Meißner* (Fn. 7), § 73b Rn. 17; *Corsten/Schilling*, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 13 Rn. 55.

⁹ *Bittmann*, NZWiSt 2018, 209 (210).

nis nicht immer nachweisbar sein wird, wird es entscheidend auf die fahrlässige Unkenntnis des Drittempfängers ankommen.

III. Fahrlässige Unkenntnis des Drittempfängers

1. Grad der Fahrlässigkeit

a) Meinungsstand

Innerhalb des bisherigen Meinungsbilds, das das Schrifttum hinsichtlich des „hätte erkennen müssen“ herausgearbeitet hat, besteht Einigkeit darüber, dass die soeben genannte Formulierung derjenigen der strafrechtlichen Fahrlässigkeit entspricht. Dabei ist umstritten, welcher Grad fahrlässigen Verhaltens für die Bösgläubigkeit ausschlaggebend sein soll. Es stehen sich im Wesentlichen zwei Lager gegenüber, von denen das eine jede Fahrlässigkeit¹⁰ ausreichen lassen möchte, während das andere alles unterhalb grober Fahrlässigkeit¹¹ oder Leichtfertigkeit¹² als unschädlich einstuft. Namentlich letztere machen für ihre Ansicht den Wortlaut von § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB („müssen“) dienlich und ziehen eine Parallele zum gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 932 Abs. 2 BGB. Danach soll der Dritte nur dann bösgläubig sein, wenn er sich in einer Lage befunden hat, in der es für ihn auch bei nur durchschnittlichem Merk- und Erkenntnisvermögen leicht zu erkennen war, dass das Erlangte aus einer Straftat stammt.¹³ Andernorts wird zur Klärung derartiger Fragen pauschal auf das zivilrechtliche Bereicherungsrecht verwiesen.¹⁴

b) Stellungnahme

Die Verweise auf das zivilrechtliche Bereicherungsrecht (vgl. §§ 812 ff. BGB) oder auf § 932 Abs. 2 BGB liegen zum einen aufgrund des kondiktionsähnlichen Charakters der Einziehung,¹⁵ zum anderen aufgrund der ähnlichen Formulierung und Stoßrichtung der vorliegenden Problematik nahe, scheinen aber auf einen zweiten Blick überprüfungswürdig, da das strafrechtliche Regelungssystem der Einziehung anders als die zivilrechtliche Kondiktion nicht zwischen Leistenden, sondern einseitig durch die Strafverfolgungsbehörden erfolgt, wodurch der Gutgläubigkeit zumindest im Grundsatz eine andere Schutzwirkung zuteilwird, da sie gegen staatliche Eingriffe schützen soll. Hinzu kommt, dass das Bereicherungsrecht in § 819 BGB lediglich die positive Kenntnis, jedoch nicht die fahrlässige Unkenntnis als schädlich deklariert, wodurch der angebotene Vergleich zur Klärung jener Rechtsfrage, welcher Fahrlässigkeitsgrad einschlägig sein soll, ins Leere läuft. Hinsichtlich der gezogenen Parallele zu § 932 Abs. 2 BGB ist zu erinnern, dass die als schutzwürdig anerkannte Position des gutgläubigen Erwerbers auf einem Ver-

trauenstatbestand basiert, den der Alteigentümer zurechenbar veranlasst hat.¹⁶ Gerade dieses Vertrauen soll bei deliktisch erlangtem Eigentum nach § 935 BGB grundsätzlich nicht schutzwürdig sein. Zudem drängt sich die geschlagene Brücke zum Wortlaut des § 932 Abs. 2 BGB nicht in der Deutlichkeit auf, wie sie von ihren Erbauern proklamiert wird. Denn während § 932 Abs. 2 BGB ausdrücklich von „grober Fahrlässigkeit“ spricht, verwendet der Gesetzgeber bei § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB die Formulierung „hätte erkennen müssen“.

Auch wenn sich die Formulierung des „Kennenmüssens“ nicht unmittelbar in § 932 Abs. 2 BGB widerspiegelt, so findet sie in zahlreichen (anderen) Vorschriften des Zivilrechts Anklang (z.B. in §§ 123 Abs. 2 S. 1, 166 Abs. 2 S. 2, 179 Abs. 3 S. 1, 254 Abs. 2 S. 1, 434 Abs. 3 S. 3 BGB), zumal sie in § 122 Abs. 2 BGB eine Legaldefinition gefunden hat. Danach soll die Schadensersatzpflicht u.a. desjenigen entfallen, der eine Willenserklärung nach §§ 119 f. BGB angefochten hat, wenn der Geschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste). Mit Ausnahme des Modus – der Gesetzgeber hat sich bei § 122 Abs. 2 BGB für den Indikativ, bei § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB hingegen für den Konjunktiv entschieden – ist der Wortlaut, anders als bei der vermeintlichen Parallele zu § 932 Abs. 2 BGB, hier identisch. Insoweit überzeugt die Annahme grober Fahrlässigkeit unter Verweis auf das Modalverb „müssen“ nicht, denn der verwendete Konjunktiv verleiht der Formulierung keinen anderen Aussagegehalt als der andernorts verwendete Indikativ. Im Rahmen des § 122 Abs. 2 BGB möchte der Gesetzgeber unter „kennen musste“ einfache Fahrlässigkeit verstanden wissen.¹⁷ Gleiches gilt für diejenigen zivilrechtlichen Normen, die ebenfalls auf das Kennenmüssen abstellen.¹⁸ Auch für das Zivilrecht ist anerkannt, dass Legaldefinitionen grundsätzlich mit einem allgemeinen Geltungsanspruch auftreten, aber je nach Norm und Sachzusammenhang unterschiedliche Bedeutungen entfalten können.¹⁹ Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung müssen allerdings die Legaldefinitionen anderer Rechtsmaterien in das Strafrecht hineinragen, insbesondere und insoweit der Gesetzgeber keine gegenteilige Deutungsvariante seines gleichlautenden Gesetzestextes durch einen Hinweis in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck bringt. Um es rechtstechnisch auszudrücken: Es besteht ein intendiertes Ermessen bzw. ein dringender Tatverdacht, den Wortlaut entsprechend, d.h. gleichlaufend, auszulegen,

¹⁰ Heuchemer (Fn. 4), § 73b Rn. 7.

¹¹ Eser/Schuster (Fn. 8), § 73b Rn. 8.

¹² Fleckenstein (Fn. 3), S. 226 f.; Bittmann, KriPoZ 2016, 121 (125).

¹³ Eser/Schuster (Fn. 8), § 73b Rn. 8; Joecks/Meißner (Fn. 7), § 73b Rn. 17.

¹⁴ So etwa Corsten/Schilling (Fn. 8), § 13 Rn. 60.

¹⁵ Joecks/Meißner (Fn. 7), § 73 Rn. 4 m.w.N.

¹⁶ Oechsler, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 4 ff.

¹⁷ Siehe nur Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 4.

¹⁸ Siehe etwa Huber, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 1.3.2023, § 166 Rn. 14; Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 179 Rn. 56.

¹⁹ Rehberg, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Fn. 18), Stand: 1.9.2024, § 122 Rn. 16.

sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Die sekundäre Darlegungslast liegt beim Gesetzgeber, falls er seinen Gesetzestext anders verstanden wissen möchte.

Fraglich ist, ob jene Indizwirkung, die soeben aufgezeigt wurde, durch § 73e Abs. 2 StGB erschüttert wird. Nach der Vorschrift ist eine Einziehung beim Dritten ausgeschlossen, wenn dieser im Zeitpunkt des Wegfalls der Bereicherung gutgläubig war. Nach dem expliziten Wunsch des Gesetzgebers soll der Dritte hier bösgläubig sein, wenn ihm „Umstände [...] bekannt [waren] oder infolge von Leichtfertigkeit unbekannt“ geblieben sind. In systematischer Hinsicht liege ein Gleichlauf von Begründung der Einziehung und ihrem Ausschluss nahe. Ein Auseinanderfallen der Bösgläubigkeitsmaßstäbe könne nicht gewollt sein.²⁰ Hiergegen spricht jedoch, dass die Anknüpfungstatsachen und ihre Rechtsfolgen zwischen der Begründung der Einziehung und ihrem Ausschluss differieren. Bei § 73b StGB bezieht sich die Gutgläubigkeit auf das Herrühren des Erlangten aus einer rechtswidrigen Tat, bei § 73e StGB indes auf Umstände, die die Einziehung beim Täter oder Teilnehmer mit Ausnahme der Entreichung zugelassen hätten. Dies verlangt beim Ausschluss der Einziehung gegenüber ihrer Begründung ein „mehr“, da der Drittempfänger in der Parallelwertung seiner Laiensphäre nicht nur nachvollziehen muss, dass der erlangte Vermögensgegenstand (aufgrund irgendeiner Tat) kontaminiert ist (es ist gerade nicht erforderlich, dass der Verschiebende den Gegenstand selbst aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hat (sog. Bereicherungskette), sondern auch, dass eine Einziehung des Gegenstands beim Täter oder Teilnehmer zulässig gewesen wäre. Dies mag in Fällen keinen Unterschied machen, in denen der Dritte den Gegenstand unmittelbar vom Tatbeteiligten erlangt. Bei Verschiebungsketten kann dem Dritten die Identität des Tatbeteiligten allerdings unbekannt sein und somit auch die Umstände anhand derer die Voraussetzungen einer Einziehung gem. § 73 StGB zu beurteilen gewesen wären. Insoweit sind an den Ausschlussgrund des § 73e Abs. 2 StGB erhöhte Anforderungen zu stellen, da es nicht nur auf die Bemakelung des Gegenstands ankommt, sondern auch auf die Person, die ihn ursprünglich erlangt hat. Auch wenn man die unterschiedlichen Anknüpfungstatsachen nicht als derart erheblich einstufen mag, dass sie eine Differenzierung legitimieren würden, unterliegt es letztlich dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative, welche Anforderungen er an die Begründung der Einziehung und an ihren Ausschluss knüpft. Zumal man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, dass er den Begriff der Leichtfertigkeit im Rahmen der Einziehung nicht kenne und sich deshalb einer anderen Formulierung in § 73b StGB bedient habe. Entscheidet sich der Gesetzgeber nämlich, zwei Normen im Rahmen einer Gesetzesänderung gleichzeitig und innerhalb eines systematisch abgestimmten Regelungsgefüges zu ändern und unterschiedliche Voraussetzungen anzuordnen, wird dadurch der unmissverständliche Wille erkennbar, die Begriffe „Leichtfertigkeit“ und „hätte erkennen müssen“ nicht etwa simultan auszulegen, sondern diese bewusst unterschiedlich zu verstehen.

²⁰ *Altenhain/Fleckenstein*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 73b Rn. 5 Fn. 18.

Zwar ist es im Rahmen der zivilrechtlichen Vertrauensatbestände anerkannt, dass die Annahme einfacher Fahrlässigkeit aufgrund der drohenden Alles-oder-Nichts-Entscheidung zurückhaltend beurteilt werden muss.²¹ Dieses „Augenmaß“ kann auch bei der Einziehung eine Rolle spielen, etwa bei der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung, darf aber nicht über den eindeutigen Wortlaut hinwegtäuschen, den der Gesetzgeber gewählt hat. Einer übermäßigen Belastung des Dritten kann allenfalls durch die Verhältnismäßigkeitsklausel des § 459g StPO begegnet werden. An der Alles-oder-Nichts-Entscheidung kann letztlich auch die grobe Fahrlässigkeit nichts ändern, denn sie erhöht zwar die erforderliche Hürde, ändert aber nichts an der vollständigen und insoweit kompromisslosen Einziehung des Erlangten. Im Ergebnis ist dies zwar ein massiver Eingriff in den Wirtschaftsverkehr, ändert aber nichts an einer zwingend notwendigen positivistischen Gesetzesauslegung. Schließlich entspricht die gewählte Auslegung auch der Richtlinie der Europäischen Union, auf die die Harmonisierung des Einziehungsrechts zurückzuführen ist. Art. 6 der RL stellt darauf ab, dass eine Dritteinziehung bereits dann möglich sein soll, wenn der illegale Ursprung der Erträge bekannt war oder, falls dem Dritten dieser nicht bekannt war, „eine vernünftige Person in der Lage aufgrund der konkreten Tatsachen und Umstände den illegalen Ursprung der Erträge vermutet hätte“.²² Dies entspricht der allgemeinen Umschreibung einfacher Fahrlässigkeit.

Ergänzend bleibt festzuhalten, dass das Merkmal der Fahrlässigkeit im untechnischen Sinne zu verstehen ist, da sich die Gutgläubigkeit – ebenso wie etwa § 932 Abs. 2 BGB²³ – nicht auf echte Pflichten des Empfängers gegenüber anderen Personen bezieht, sondern nur auf eine Pflicht gegenüber sich selbst. Es handelt sich folglich um eine Obliegenheit.

2. Anforderungen an die Fahrlässigkeit

Ist der Maßstab des Kennenmüssens gefunden, hat damit jedoch nur eine Übersetzung in einen weiteren normativen Begriff, nämlich den der einfachen Fahrlässigkeit stattgefunden. Dies führt vorab nur zu der schlichten Erkenntnis, dass die Grenze zur einfachen Fahrlässigkeit leichter überschritten ist als jene zur groben Fahrlässigkeit bzw. Leichtfertigkeit. Da es im strafrechtlichen Kontext für die Fahrlässigkeit zentral darauf ankommt, dass sich der Empfänger sorgfaltswidrig verhalten hat,²⁴ wird es im Folgenden vor allem darauf ankommen, welche Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt zu stellen sind. Dabei bringen die in Praxis wie Wissenschaft verbreiteten Floskeln, ob der Empfänger die Kontamination bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, ob er das Maß an Sorgfalt außer Acht gelassen hat, das im Zusammenleben innerhalb der Rechtsgemeinschaft billigerweise er-

²¹ *Rehberg* (Fn. 19), § 122 Rn. 17 m.w.N.

²² Abgedruckt in *BR-Drs.* 135/12, S. 23 f.

²³ *Oechsler* (Fn. 16), § 932 Rn. 42 Fn. 139 m.w.N.

²⁴ Siehe dazu nur *Kudlich*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 35 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), § 15 Rn. 121 ff.

wartet werden darf²⁵ oder ob die Umstände des Einzelfalls einen vernünftigen Empfänger wenigstens zu einer Rückfrage beim Veräußerer veranlasst hätten,²⁶ nur bedingt Licht ins Dunkel. Denn was gehörig ist oder billigerweise hätte erkannt werden können, beantwortet die eingangs aufgeworfene Frage nach dem Sorgfaltsmaßstab keinesfalls, sondern formuliert sie allenfalls um. Denn der Maßstab der Sorgfaltspflichtverletzung kann sich nicht – wie im Strafrecht ohnehin üblich – aus der Verletzung der entsprechenden Norm selbst ergeben.²⁷ Die Quellen der geltenden Sorgfaltspflicht müssen also andernorts gefunden werden. Festzuhalten bleibt, dass der Bezugspunkt der einfachen Fahrlässigkeit das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat ist. Zieht man eine Parallele zu § 261 Abs. 1 StGB, muss der Dritte zumindest erkennen oder fahrlässig verkennen, dass der Gegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Sinne eines Kausalzusammenhangs aus einer rechtswidrigen Tat stammt.²⁸ Was eine rechtswidrige Tat ist, ergibt sich aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

a) Objektive Sorgfaltspflicht

Zieht man eine Parallele zu § 932 Abs. 2 BGB, können neben Umständen, die während der Übertragung des Erlangten bekannt werden, auch bereits die Vertragsanbahnung oder bei zeitlichem Auseinanderfallen von Verpflichtung- und Verfügungsgeschäft die Art und Weise des Zustandekommens des Kausalgeschäfts, dessen Inhalt, die Art der übertragenen Sache sowie die Person des Veräußerers eine Bösgläubigkeit des Dritten indizieren.²⁹

Beim Erwerb ist dies beispielsweise der Fall, wenn der Veräußerer ohne nachvollziehbaren Grund auf größte Eile drängt³⁰ oder auf Barzahlung besteht, obwohl dies den Umständen nach unüblich ist.³¹ Auch Ort und Zeit der Vertragsabwicklung können maßgeblich sein.³² Dagegen sollen weitere Nachforschungen nicht etwa schon deshalb notwendig sein, nur weil der Gegenstand durch einen „Straßenverkauf“ erworben wird.³³ Aus dem Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts muss sich der Verdacht aufdrängen, wenn die vereinbarten Haupt- und Nebenleistungspflichten aus dem Rahmen des Üblichen fallen, beispielsweise wenn das Erlangte erheblich unter seinem Marktwert³⁴ oder kurze Zeit nach seinem „Erwerb“ unter dem „Einkaufspreis“ angeboten wird und weitere Umstände hinzutreten, wie z.B. die Veräußerung eines Pkw

unter Wert, ohne dass der Veräußerer im Kfz-Brief als Halter eingetragen ist.³⁵ Die Art des erlangten Gegenstands ist vor allem dann von Bedeutung, wenn es sich beim Erlangten um Kunstgegenstände oder wertvolle Musikinstrumente handelt.³⁶ Speziell im geschäftlichen Verkehr trifft den Erwerber eine Aufklärungspflicht, wenn nicht geringwertige Investitions- oder Konsumgüter von einem anderen als dem Hersteller erworben werden und die Sache noch nicht älter als ihre übliche Finanzierungszeit ist.³⁷ Wird eine Baumaschine veräußert, deren Betrieb genehmigungspflichtig ist, muss der Erwerber Verdacht schöpfen, wenn der Veräußerer nicht in der Lage ist, die Betriebsgenehmigung im Original vorzulegen.³⁸ Schließlich können sich auch aus der Person des Veräußerers Verdachtsmomente ergeben. Dabei ist der Erwerber nicht schon deshalb zu weiteren Nachforschungen angehalten, weil er weiß, dass sich der Veräußerer in einer wirtschaftlichen Krise befindet.³⁹ Ist dem Erwerber jedoch bekannt, dass sich der Veräußerer in anderen Zusammenhängen „unkaufmännisch“ verhalten hat, kann dies zu weiteren Nachforschungen Anlass geben,⁴⁰ ebenso wenn der Veräußerer offenkundig nicht über einen Bildungsstand verfügt, wie ihn der angeblich von ihm ausgeübte Beruf erfordert.⁴¹

b) Individuelle Sorgfaltspflicht

Der Maßstab der einzuhaltenden Sorgfalt ist im Ausgangspunkt objektiv zu bestimmen und insbesondere nicht von vornherein durch individuell-defizitäre Fähigkeiten des Dritten begrenzt. Umgekehrt werden besondere Fähigkeit und Kenntnisse des Dritten jedoch zu seinen Lasten berücksichtigt, sodass man sich der schlagwortartigen Formel bedienen kann, dass nach unten zu generalisieren, nach oben hingegen zu individualisieren ist.⁴² Anders als im Rahmen der subjektiven Fahrlässigkeit, die die Schuld des Fahrlässigkeitsdelikts mangels individueller Vermeidbarkeit bzw. Sorgfaltspflichtverletzung entfallen lassen kann, können individuelle Defizite des Dritten nur im Rahmen der Vollstreckung, etwa bei der Verhältnismäßigkeit gem. § 459g StPO berücksichtigt werden, da eine strikte Übertragung der Fahrlässigkeitsdogmatik auf eine „Maßnahme eigener Art“ wie die der Einziehung angesichts ihres eindimensionalen Aufbaus nur schwerlich möglich ist.

c) Erfordernis eines Zurechnungszusammenhangs

Fraglich ist, ob zwischen der Verletzung der Aufklärungspflicht und dem Herrühren des Erlangten aus einer rechtswidrigen Tat ein innerer Zurechnungszusammenhang bestehen muss. Bejaht man dies, kann sich der Empfänger bei der

²⁵ Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 24), § 15 Rn. 123.

²⁶ Vgl. dazu etwa Hoyer, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Anh. § 16 Rn. 13 m.w.N.

²⁷ Kudlich (Fn. 24), § 15 Rn. 36.

²⁸ Zu § 261 StGB Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 261 Rn. 5 m.w.N.

²⁹ Vgl. Bittmann, NZWiSt 2018, 209 (210): „dubiose Umstände“.

³⁰ OLG München NJW 2003, 673.

³¹ OLG Schleswig NJW 2007, 3007 (3008).

³² OLG Oldenburg, Urt. v. 27.3.2023 – 9 U 52/22 (nachts um ein Uhr vor einem Imbiss).

³³ BGH NJW 2013, 1946 (1947 Rn. 15).

³⁴ BGH NJW 2019, 3147 (3152 Rn. 47).

³⁵ BGH NJW-RR 1987, 1456 (1457).

³⁶ Oechsler (Fn. 16), § 932 Rn. 49.

³⁷ Siehe im Einzelnen Klinck, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Fn. 18), Stand: 1.12.2024, § 932 Rn. 46 Fn. 153.

³⁸ BGH NJW 1993, 1649.

³⁹ BGH NJW 1983, 1114.

⁴⁰ BGH NJW 1981, 227 (228).

⁴¹ OLG Koblenz NJW-RR 2011, 555 (556).

⁴² Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 53 ff.

Verletzung seiner Aufklärungspflicht etwa auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen. Hätte er auch bei pflichtgemäßem Handeln das Herrühren aus einer Straftat nicht erkennen können, bleibt er insgesamt gutgläubig. Im Rahmen von § 932 Abs. 2 BGB tritt dieses Problem vor allem beim Gebrauchtwagenkauf auf, wenn der Erwerber sich die Zulassungsbescheinigung Teil II (Kfz-Brief) vom Veräußerer nicht vorlegen lässt, zugleich aber geltend macht, dass der Veräußerer einen so geschickt gefälschten Brief hätte vorlegen können, dass die fehlende Berechtigung in keinem Fall aufgefallen wäre. Gleiche oder ähnliche Situationen lassen sich für das Strafrecht nicht nur im Zusammenhang mit dem Erwerb von Kfz konstruieren, sondern auch wenn ein Verkäufer Liefer- oder Herkunftspapiere von Waren lebensecht fälscht. Der BGH hat in den Fällen des § 932 BGB das Erfordernis eines Zurechnungszusammenhangs verneint und damit die Bösgläubigkeit bereits wegen des bloßen Pflichtverstoßes bejaht.⁴³ Die Literatur ist dem überwiegend gefolgt.⁴⁴ Begründet wird dies mit der Überlegung, dass der Erwerber seine Schutzwürdigkeit bereits durch die Verletzung der Aufklärungspflicht verliere.⁴⁵ Dies wird teilweise kritisiert, da die Ahndung von Verhaltensunrecht ohne Ansehung des eingetretenen Erfolgs einen genuin strafrechtlichen Zweck darstelle und dem Zivilrecht fremd sei.⁴⁶ Hierfür spreche, dass sich die Zurechnung von Verhaltensunrecht an der Lehre vom Schutzzweck der Norm orientiere, wonach sich die haftungsbegründenden Verhaltenspflichten auf einen persönlichen und sachlichen Schutzbereich beschränken, sodass ihre Verletzung in einem inneren Rechtswidrigkeitszusammenhang zum Taterfolg stehen muss.⁴⁷ Mag diese Sichtweise im Zivilrecht eine untergeordnete Rolle genießen, so ist sie im Strafrecht gleichwohl anerkannt. Speziell bei Fahrlässigkeitsdelikten führt die Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens zum Unrechtsausschluss und muss entsprechend auch bei Maßnahmen eigener Art Anwendung finden. Es ist nämlich anerkannt, dass die haftungsauslösende Kausalität durch das haftungsbegrenzende Prinzip des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs begrenzt wird. Denn nur wenn eine Verbindung zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen Erfolg vorliegt, ist der eingetretene Erfolg auch auf das pflichtwidrige Verhalten zurückzuführen.⁴⁸ Im Ergebnis kann es dabei keinen Unterschied machen, ob sich die Haftung auf ein strafrechtlich-relevantes oder lediglich einziehungsrelevantes Verhalten stützt. Letztlich stellt man beim Maßstab der Sorgfaltspflicht auf einen objektiven Dritten in der Rolle des

Empfängers ab. Ist die Zulassungsbescheinigung Teil II so geschickt gefälscht, dass die Fälschung nicht aufgefallen wäre, wäre dies auch für einen objektiven Dritten nicht erkennbar gewesen.

3. Relevanter Zeitpunkt der Gutgläubigkeit – Schädlichkeit nachträglich erlangter Umstände?

Neben dem Grad und den Anforderungen, die an die fahrlässige Unkenntnis zu stellen sind, gilt es – auch für die positive Kenntnis – zu klären, welcher Zeitpunkt maßgeblich ist. Die auf den ersten Blick rechtsdogmatisch überlagerte Fragestellung gewinnt spätestens dann an praktischer Bedeutung, wenn der Empfänger, nachdem ihm das Erlangte übertragen wurde, positive Kenntnis erlangt oder ihm Umstände bekannt werden, aufgrund derer er hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer rechtswidrigen Tat herrührt. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob das Bekanntwerden nachträglicher Umstände für die Gutgläubigkeit schädlich ist. Die Formulierung „übertragen wurde“ spricht zunächst dafür, auf den Zeitpunkt der Übertragung des deliktisch erlangten Gegenstands abzustellen, also auf den Zeitpunkt, in dem der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsgewalt erlangt. In Abkehr von den bisherigen Grundsätzen des BGH (Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts)⁴⁹ impliziert dies, auf die Vornahme des Erfüllungsgeschäfts abzustellen.⁵⁰ Allerdings bleibt offen, ob sich der Empfänger immer noch auf seine Gutgläubigkeit berufen kann, wenn er nachträglich bösgläubig wird. Zu dieser Fragestellung verhält sich der Wortlaut des § 73b StGB uneindeutig. Zum einen nennt die Norm zwei Voraussetzungen (Übertragung „und“ Bösgläubigkeit), die für eine Anordnung der Einziehung kumulativ vorliegen müssen. Der jeweils spätere Eintritt einer der Voraussetzungen löst insgesamt die Anordnung der Einziehung mit der Folge aus, dass auch nachträgliche Bösgläubigkeit schadet. Hätte der Gesetzgeber für die Bösgläubigkeit auf den Zeitpunkt der Übertragung abstellen wollen, so hätte er dies durch eine entsprechende Formulierung kenntlich machen können („bei der Übertragung erkannt hat oder hätte erkennen müssen [...]“). Zum anderen muss man den Wortlaut nicht zwingend dahingehend verstehen, denn auch bei anderen Vertrauenstatbeständen, vornehmlich solchen des Zivilrechts, ist trotz eines offenen Wortlauts anerkannt, dass die Bösgläubigkeit auf die jeweilige Vornahme des Rechtsgeschäfts beschränkt ist. Bei § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ist für das Kennenmüssen die Vornahme des Vertretergeschäfts der relevante Zeitpunkt.⁵¹ Nachträgliche Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis schließen die Haftung des Vertreters nicht aus, sondern können nur i.R.v. § 254 Abs. 1 S. 1 BGB Bedeutung erlangen.⁵² Im Rahmen von § 932 Abs. 2 BGB soll eine erst nach Einigung und Übergabe

⁴³ BGH NJW 1991, 1415 (1417); BGH NJW 1994, 2022 (2024).

⁴⁴ Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 46 Rn. 12; Höpfner, in: Soergel, BGB, Kommentar, Bd. 14, 13. Aufl. 2002, § 932 Rn. 24 f.

⁴⁵ Vor allem Westermann/Gursky/Eickmann (Fn. 44), § 46 Rn. 12; Höpfner (Fn. 44), § 932 Rn. 24 f.

⁴⁶ Oechsler (Fn. 16), § 932 Rn. 46; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 10 Rn. 12.

⁴⁷ Oechsler (Fn. 16), § 932 Rn. 46.

⁴⁸ Siehe nur Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 24), § 15 Rn. 129 m.w.N.

⁴⁹ BGH wistra 2014, 219 (223).

⁵⁰ Altenhain/Fleckenstein (Fn. 20), § 73b Rn. 5; Fleckenstein (Fn. 3), S. 228. Auf die gegenteilige Deutung, dass ein Abstellen auf das Verpflichtungsgeschäft in systematischer Hinsicht näher liege, kommt es aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht an.

⁵¹ Schubert (Fn. 18), § 179 Rn. 60 m.w.N.

⁵² Schubert (Fn. 18), § 179 Rn. 60 m.w.N.

aufretende ungewöhnliche Art der Abwicklung oder Erfüllung einer Nebenleistung den einmal eingetretenen Eigentumserwerb nicht mehr nachträglich zerstören.⁵³ Nach h.M. soll die Vollendung des Erwerbstatbestandes maßgeblich sein.⁵⁴

In teleologischer Hinsicht würde die Möglichkeit einer nachträglichen Einziehung zu einer ausufernden Haftung des Dritten führen, da er jederzeit damit rechnen müsste, dass Umstände bekannt werden, aufgrund derer er Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen. Ebenso könnten die Strafverfolgungsbehörden die nachträgliche Kenntnis sogar selbst herbeiführen, indem sie den Dritten über die Kontamination des Gegenstands in Kenntnis setzen. Andererseits hat der Gesetzgeber durch die Einführung der „Einziehung von Taterträgen bei anderen“ gerade deutlich gemacht, dass ein besonderes Interesse des Staates besteht, kontaminierte Vermögensgegenstände aus dem Verkehr zu ziehen. Andernfalls liegt nämlich auch der Verdacht nahe, denjenigen Dritten zu belohnen, der kontaminierte Ware zeitlich unmittelbar nach der rechtswidrigen Tat „ohne Fragen zu stellen“ entgegennimmt, und erst später etwa durch die Medien erfährt, dass sein neues Kfz aus einer Diebstahlstat herrührt.

Letztlich dürfte aber ein systematisches Argument ausschlaggebend sein. Denn nach § 73e Abs. 2 StGB ist die Einziehung beim Dritten ausgeschlossen, wenn dieser beim Wegfall der Bereicherung gutgläubig war. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die Einziehung beim Dritten zwischen der Übertragung und dem Wegfall der Bereicherung möglich ist, sofern der ursprünglich gutgläubige Dritte (spätestens) zum Zeitpunkt der Entreicherung bösgläubig wird. Ist der Dritte im Zeitpunkt der Übertragung nämlich bösgläubig, wird er auch zum Zeitpunkt der Entreicherung typischerweise noch bösgläubig sein. In diesem Fall hätte die Regelung keine Relevanz, denn der anfänglich bösgläubige Dritte ist nicht schutzwürdig. Ein Ausschluss der Einziehung kommt für ihn nicht in Betracht. Demnach findet die Norm allein auf den anfänglich gutgläubigen Dritten Anwendung, der nachträglich bösgläubig wird.⁵⁵ Denn wenn der Dritte zwischen Übertragung und Entreicherung durchweg gutgläubig ist, liegen die Voraussetzung nach § 73b StGB schon gar nicht vor, sodass man auch über einen möglichen Ausschluss der Einziehung nicht debattieren müsste. Folglich geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine Einziehung auch beim nachträglich bösgläubigen Dritten zulässig ist. Allerdings gilt hier ein strengerer Maßstab für die Bösgläubigkeit, nämlich positive Kenntnis oder Leichtfertigkeit (§ 73e Abs. 2 StGB a.E.). Daraus ergibt sich folgendes Konstrukt: Zum Zeitpunkt der Übertragung reicht bereits einfache Fahrlässigkeit für die Bösgläubigkeit aus, während für den anschließenden Zeitraum bis zur Entreicherung lediglich Leichtfertigkeit oder Vorsatz schädlich sind.

Dem steht auch nicht das Simultanitäts- und Koinzidenzprinzip entgegen, das nach überwiegender Ansicht auch bei

Fahrlässigkeitsdelikte Anwendung findet,⁵⁶ da dieses nur für Straftaten i.S.d. § 11 Abs. Nr. 5 StGB und nicht für straflose Handlungen gilt, an die Maßnahmen eigener Art (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) wie die Einziehung anknüpfen.

IV. Zusammenfassung

Der Beitrag hat deutlich gemacht, dass der gesetzgeberische Wortlaut des § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB aufgrund der Legaldefinition des § 122 Abs. 2 BGB allein so zu verstehen ist, dass bereits einfache Fahrlässigkeit für die Bösgläubigkeit des Dritten ausreicht. Hinsichtlich der konkreten Anforderungen an den Fahrlässigkeitsmaßstab liegt demgegenüber eine Parallele zu § 932 Abs. 2 BGB nahe, wobei sich die Bösgläubigkeit aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ergeben kann. Abschließend ergab sich aus der Systematik zu § 73e Abs. 2 StGB, dass auch nachträgliche Bösgläubigkeit schadet, jedoch nur dann, wenn dem Dritten nach Übertragung des Gegenstands mindestens Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann.

⁵³ *Oechsler* (Fn. 16), § 932 Rn. 49.

⁵⁴ *Klinck* (Fn. 37), § 932 Rn. 54; *Oechsler* (Fn. 16), § 932 Rn. 38.

⁵⁵ *Eser/Schuster* (Fn. 8), § 73e Rn. 3.

⁵⁶ *Hoyer* (Fn. 26), Anh. zu § 16 Rn. 25; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 12 Rn. 18 f.; *Weigend*, in: *Dölling/Erb* (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 129 (134).

Rechtsstaatliche Defizite der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Vergleich am Beispiel des ministeriellen Weisungsrechts gegenüber der Staatsanwaltschaft*

Von Kilian L. Scholz, Hannover**

Schon lange Zeit gibt es Kritik an dem in § 147 GVG normierten ministeriellen Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft. Insbesondere wird das vorhandene Weisungsrecht als rechtsstaatlich defizitär bezeichnet und vereinzelt auch de lege lata die Unvereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht sowie dem Recht der Europäischen Union konstatiert. Aktuell liegt (einmal mehr) ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vor, der das Weisungsrecht begrenzen möchte. In diesem Beitrag wird die rechtsstaatliche Problematik des ministeriellen Weisungsrechts überblicksartig dargestellt und kritisch untersucht, inwieweit durch den Entwurf eine tatsächliche Änderung der Rechtslage eintritt.

I. Einleitung

Der Verfassungsgeber entschied sich durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, für eine dreigliedrige Gewaltenteilung¹ für die Bundesrepublik Deutschland.² Sie findet ihre Ausgestaltung in der Unterscheidung zwischen Exekutiv-, Legislativ- und Judikativgewalt.³ Die Gewaltenteilung stellt ein zentrales Organisationsprinzip des GG dar⁴ und ist unveränderlich, vgl. Art. 79 Abs. 3 GG⁵. Durch Trennung in organisatorischer, funktionaler und personeller Hinsicht soll eine Begrenzung hoheitlicher Macht erreicht und dadurch die Freiheit des Einzelnen

geschützt werden.⁶ Die vorgesehene Gewaltenteilung ist jedoch nicht in Absolutheit zu verstehen.⁷ Vielmehr geht diese notwendigerweise mit einer Gewaltenverschränkung einher.⁸ Dies ist in Grenzen gewollt: „Das Grundgesetz will die politische Machtverteilung, das Ineinandergreifen der drei Gewalten und die daraus sich ergebende Mäßigung der Staatsherrschaft.“⁹

Die Zuordnung der parlamentarischen Arbeit in Form der Aufgabe politischer Leitentscheidungen¹⁰ als Tätigkeit der Legislative bereitet wenige Probleme.¹¹ Ferner ist die klassische verwaltungsbehördliche Arbeit trotz einzelner Gewaltenverschränkungen wie der beschränkten Normsetzungskompetenz, Art. 80 GG,¹² der Exekutive zuzurechnen.¹³ Auch die richterliche Tätigkeit ist unstreitig als Tätigkeit einer unabhängigen Judikative einzuordnen, vgl. Art. 92, 97 Abs. 1, 20 Abs. 2 S. 2 GG. Hingegen bereitet die Einordnung der Staatsanwaltschaft im horizontalen¹⁴ Gewaltengefüge verfassungsrechtliche Probleme.¹⁵

Denn sie steht als Strafverfolgungsbehörde der Judikative nahe, ist aber aufgrund des in §§ 146 f. GVG normierten ministeriellen Weisungsrechts dem politischen Einflussbereich unterworfen. Hieraus resultieren Fragen zur Einordnung im Gewaltengefüge und zu Rechtsstaatlichkeitsanforderungen. Es gilt: „Die Problematik der Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte stellt eine der rechtlich und rechtspolitisch umstrittensten Grundfragen des Rechts der Staatsanwaltschaften dar.“¹⁶

Gerade eine objektive und unabhängige (Straf-)Justiz ist aber zwingende Voraussetzung eines demokratischen und rechtsstaatlichen¹⁷ Gemeinwesens.¹⁸ Dies zeigt auch ein geschichtlicher Rückblick. So wurde die Staatsanwaltschaft historisch als Mittel zur politischen Machtdurchsetzung ver-

* Zugleich eine kritische Betrachtung des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz vom 30. April 2024 zum Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft.

** *Kilian L. Scholz* ist Polizeikommissar des Landes Niedersachsen, derzeit abgeordnet als hauptamtlich Lehrender für Öffentliches Recht, insb. Strafprozessrecht, an die Polizeiakademie Niedersachsen. Daneben ist er Lehrbeauftragter im Bereich des öffentlichen Rechts (u.a. Polizeirecht) an verschiedenen öffentlichen Hochschulen. Der Beitrag stellt ausschließlich seine persönliche Auffassung dar. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die Sprachform des generischen Maskulinums angewandt. Es wird darauf hingewiesen, dass die Verwendung der männlichen Form geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

¹ Differenzierend *Koller*, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde?, 1997, S. 145.

² *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, § 33 Rn. 1.

³ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 Rn. 92.

⁴ BVerfGE 3, 225 (227) = NJW 1954, 65 (68); BVerfGE 34, 52 (59) = NJW 1973, 451 (451); BVerfGE 67, 100 (130) = NJW 1984, 2271 (2273) = NStZ 1984, 515 (519).

⁵ *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 4.

⁶ *Vofßkuhle/Kaufhold*, JuS 2012, 314.

⁷ *Grzeszick* (Fn. 3), Art. 20 Rn. 101.

⁸ BVerfGE 34, 52 (59) = NJW 1973, 451 (451).

⁹ BVerfGE 34, 52 (59) = NJW 1973, 451 (451).

¹⁰ *Vofßkuhle/Kaufhold*, JuS 2012, 314.

¹¹ So auch BVerfGE 34, 52 (59 f.).

¹² *Kment*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 80 Rn. 1.

¹³ BVerfGE 34, 52 (60) = NJW 1973, 451 (451).

¹⁴ Hierzu *Vofßkuhle/Kaufhold*, JuS 2012, 314.

¹⁵ *Beining*, ZJS 2015, 546.

¹⁶ *Krauß*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 11, 27. Aufl. 2022, GVG § 146 Rn. 30; Zum Meinungsstand m.w.N. *Thomas*, KriPoZ 2020, 84 (85).

¹⁷ Zum Begriff des Rechtsstaates umfassend *Trentmann*, JuS 2017, 979.

¹⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 74, 218.

wendet, etwa in Deutschland während der Zeit des Dritten Reichs, wo über das Weisungsrecht hinaus seitens der NS-Justizführung eine weitgehende Instrumentalisierung erfolgte.¹⁹ Auch in der DDR wurde eine nach sowjetischem Vorbild politisch instrumentalisierte Staatsanwaltschaft eingerichtet, die rechtsstaatlicher Liberalität diametral gegenüberstand.²⁰ Auch heute führt die Weisungsgebundenheit zu Zweifeln an der hinreichenden Unabhängigkeit. Besonders problematisch in diesem Zusammenhang sind strafrechtliche Ermittlungen auf höchster politischer Ebene oder aber die Beeinflussung von politisch bedeutsamen Fällen gegen Dritte.²¹ Als aktuelles Beispiel aus Mai 2024 können staatsanwaltliche Ermittlungen wegen Untreue im Zusammenhang mit einer Gehaltserhöhung der Büroleiterin des Niedersächsischen Ministerpräsidenten Weil dienen.²² Aber auch im Nachgang als rechtswidrig erkannte²³ Durchsuchungen aufgrund strafrechtlicher Ermittlungen im Bundesministerium der Finanzen²⁴ sowie im damaligen Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz,²⁵ die kurz vor der Bundestagswahl 2021 stattfanden²⁶ und den Vorwurf des Machtmissbrauchs gegenüber dem CDU-geführten Justizministerium Niedersachsen hervorriefen,²⁷ zeigen, dass bereits die bloße Möglichkeit politischer Einflussnahme auf konkrete Ermittlungen den Eindruck

rechtsstaatlicher Defizite vermitteln kann.²⁸

Während die Problematik im Schrifttum bereits seit Jahrzehnten aufgezeigt und Lösungsansätze diskutiert werden,²⁹ brachte insbesondere ein Urteil des EuGH aus 2019³⁰ eine neue Dimension der Handlungsnotwendigkeit. Der EuGH stellte im Zusammenhang mit der Funktion der Staatsanwaltschaft als ausstellende Behörde eines Europäischen Haftbefehls fest, dass diese u.a. aufgrund der unzureichenden Regelungen des ministeriellen Weisungsrechts in §§ 146 f. GVG keine Gewähr für unabhängiges Handeln biete.³¹ Der Koalitionsvertrag der Ampelkoalition aus 2021 sah unter Berücksichtigung der Rechtsprechung folgerichtig einer Änderung des ministeriellen Weisungsrechts vor.³² Mit Datum vom 30. April 2024 wurde seitens des Bundesministeriums der Justiz ein Referentenentwurf zum „Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft“ vorgelegt.³³ Dieser erhebt den Anspruch, durch ausdrückliche Regelung des Weisungsrechts den genannten Kritikpunkten zu begegnen.³⁴

Im Rahmen dieses Aufsatzes soll zunächst überblicksartig die gegenwärtige einfachrechtliche Rechtslage des insbesondere ministeriellen Weisungsrechts dargestellt werden.³⁵ Hiernach werden die verfassungsrechtlichen und, unter Einbeziehung der Rechtsprechung des EuGH, die unionsrechtlichen Anforderungen an eine unabhängige Strafverfolgungsbehörde dargestellt. Anschließend soll der Gesetzentwurf dahingehend

¹⁹ *Bichat*, Die Staatsanwaltschaft als rechts- und kriminalpolitische Steuerungsinstanz im NS-Regime, 2016, S. 386; *Schumacher*, Staatsanwaltschaft und Gericht im Dritten Reich – Zur Veränderung der Kompetenzverteilung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik, 1985, S. 70 ff.; *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561 (562); *Trentmann*, JuS 2017, 979 (980).
²⁰ *Booß/Richter*, „Kristallhart gegenüber allen Feinden“, Die DDR-Staatsanwaltschaft und das MfS im politischen Strafprozess, 2024, S. 35 f.

²¹ *Trentmann*, ZIS 2016, 130 f.; weitere Beispiele bei *Kurzrock*, Die Zulässigkeit politischer Einflussnahme auf Strafverfahren, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Staatsanwaltschaft, 2003, S. 1 f.

²² NDR v. 31.5.2024, abrufbar unter https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_wes-er-leinegebiet/Gehaltserhoehung-von-Weils-Bueroleiterin-Staatsanwaltschaft-ermittelt-gehaltsaffaere102.html (17.2.2025).

²³ Für das Bundesministerium der Finanzen LG Osnabrück BeckRS 2022, 31154; für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz LG Osnabrück NJW-Spezial 2022, 882 = StV 2022, 500.

²⁴ *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2023, 26; siehe auch LG Osnabrück BeckRS 2022, 31154.

²⁵ LG Osnabrück NJW-Spezial 2022, 882 = StV 2022, 500.

²⁶ LTO-Redaktion v. 11.11.2022, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/50151 (17.2.2025).

²⁷ Süddeutsche Zeitung v. 31.5.2023, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-durchsuchung-im-finanzministerium-verfahren-eingestellt-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-230531-99-892416> (17.2.2025).

²⁸ *Carsten/Rautenberg*, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2015, S. 476 f.

²⁹ Nur eine Auswahl *Kurzrock* (Fn. 21); *Schmidt*, MDR 1964, 713; *Krauß* (Fn. 16), GVG § 146; *Beining*, ZJS 2015, 546; *Carsten/Rautenberg* (Fn. 28), S. 494 ff.; *Wallenta*, Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild, Eine Betrachtung des ministeriellen Einzelweisungsrechts im Lichte des unionsrechtlichen Anerkennungsprinzips, 2021, S. 36 ff.; *Wedel/Holznagel*, ZRP 2020, 143; *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561; *Trentmann*, ZIS 2016, 130 (134 ff.); *Roxin*, DRiZ 1997, 109; *Combé*, Stellung und Objektivität der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 2007, S. 58 ff.; *Rudolph*, NJW 1998, 1205; *Rennicke*, NK 32 (2020), 475.

³⁰ EuGH, Ur. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 PPU [ECLI:EU:C:2019:456] = NJW 2019, 2145.

³¹ EuGH, Ur. v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 PPU [ECLI:EU:C:2019:456], Rn. 81 ff. = NJW 2019, 2145 (2149 f.).

³² Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen, Freie Demokratische Partei (FDP), Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 84, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (17.2.2025).

³³ Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Transparenz_Weisungen.pdf?blob=publicationFile&v=2 (17.2.2025).

³⁴ Bundesministerium der Justiz (Fn. 33), S. 1.

³⁵ *Thomas*, KriPoZ 2020, 84 (87).

überprüft werden, ob dieser die insbesondere europarechtlichen Anforderungen hinreichend umsetzt.

II. Derzeitige einfachrechtliche Rechtslage

Ihre rechtsstaatlich gebotene Objektivität erlangt die Staatsanwaltschaft einfachrechtlich durch das sich aus §§ 160 Abs. 1, 152 Abs. 2, Abs. 1 StPO ergebende Legalitäts- und Officialprinzip, wonach ihr bei Kenntnis vom Verdacht einer Straftat zunächst eine Sachverhaltserforschungspflicht als spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips³⁶ zukommt (Sachverhaltsaufklärungspflicht)³⁷ und sie zugleich allein über die Anklage entscheidet (Anklagemonopol, §§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO)³⁸, ferner durch die Objektivitätspflicht, wonach sie nicht nur be-, sondern auch entlastend zu ermitteln hat, vgl. § 160 Abs. 2 StPO³⁹. Jede Tangierung stellt eine Beeinträchtigung der objektiven Funktion dar⁴⁰ und bedarf näherer Betrachtung.

Hinsichtlich der Weisungsgebundenheit sind die Regelungen des 10. Abschnitts des GVG von Relevanz (Überschrift: „Staatsanwaltschaft“), der die hierarchische Struktur⁴¹ der Staatsanwaltschaft zum Ausdruck bringt, vgl. § 144 Abs. 1 GVG. Gem. § 146 GVG haben die Beamten der Staatsanwaltschaft den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen. Die heutige Wortlaut-Regelung findet ihren historischen Ursprung bereits im GVG vom 27. Januar 1877, dort § 147 GVG a.F.,⁴² und geht zurück auf die Ablösung des Inquisitionsprozesses durch den Anklageprozess.⁴³

Dienstliche Anweisungen sind sowohl allgemeine Anordnungen in Form von Richtlinien (z.B. RiStBV,⁴⁴ RiVAST,⁴⁵ MiStra⁴⁶) als auch (konkrete) Einzelanweisungen.⁴⁷ Eine bestimmte Form für die Anweisung ist de lege lata nicht vonnöten.⁴⁸ Insofern ist auch eine mündliche Erteilung ohne Aktenkundigkeit denkbar. Vorgesetzte im Sinne der Vorschrift sind

die vorgesetzten Staatsanwälte (bis zum Generalstaatsanwalt⁴⁹) sowie der Justizminister.⁵⁰ Da der Justizminister kein Staatsanwalt ist, wird das ministerielle Weisungsrecht auch externes Weisungsrecht genannt.⁵¹

Die einzelnen Weisungsbefugnisse ergeben sich aus § 147 GVG. Danach haben das Recht der Aufsicht und Leitung der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte und die Landesjustizverwaltung (einschließlich des Landesjustizministers⁵²) hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes, § 147 Nr. 1 und 2 GVG (sog. externes Weisungsrecht⁵³), und die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks, § 147 Nr. 3 GVG (internes Weisungsrecht⁵⁴).

Das interne Weisungsrecht befugt den vorgesetzten Staatsanwalt nach § 145 Abs. 1 GVG, die Ermittlungen jederzeit an sich zu ziehen (Devolutionsrecht) oder andernfalls einen anderen Staatsanwalt mit der Ermittlung zur betrauen (Substitutionsrecht).⁵⁵ Es ist insoweit unproblematisch, als es den internen Bereich der Staatsanwaltschaft betrifft und keine Verschränkung mit der Ministerialebene, also dem politischen Einflussbereich, gegeben ist. Die in Rede stehende Gewaltverschränkung stellt sich hier also nicht. Vielmehr soll hierdurch eine einheitliche Rechtsanwendung im Bereich der Staatsanwaltschaft sichergestellt werden, mithin ist sie „[...] unverzichtbarer Bestandteil der [...] Organisationsstruktur der Staatsanwaltschaft [...]“.⁵⁶

Auch das externe Weisungsrecht umfasst die Möglichkeit der Erteilung von allgemeinen Anweisungen und Einzelanweisungen.⁵⁷ Es wird regelmäßig an den Generalstaatsanwalt gerichtet, der wiederum die Weisung weiter erteilt, was zu einer Umwandlung in eine interne Weisung führt.⁵⁸ Auch eine direkte ministerielle Weisung an den jeweiligen Staatsanwalt ist allerdings zulässig, z.B. in Eilfällen.⁵⁹ Diese umfasst jedoch nicht das Devolutionsrecht, da der Justizminister kein Staatsanwalt ist.⁶⁰ Jedenfalls ermöglicht das externe Weisungsrecht den ministeriellen (damit politischen) Eingriff in konkrete Ermittlungen, etwa die Aufforderung zur Einstellung oder Aufnahme von Ermittlungshandlungen.

³⁶ Diemer, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 152 Rn. 3.

³⁷ Kölbl/Ibold, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 160 Rn. 29.

³⁸ Peters, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 37), § 152 Rn. 21.

³⁹ Combé (Fn. 29), S. 51 f.

⁴⁰ Combé (Fn. 29), S. 51.

⁴¹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 9 Rn. 5; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 67. Aufl. 2024, GVG § 147 Rn. 2.

⁴² Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 1877, RGBl. I 1877, S. 41, 68.

⁴³ Rudolph, NJW 1998, 1205.

⁴⁴ Niedersachsen RiStBV-AV i.d.F. v. 30.11.2022 (Nds. Rpfl. 1/2023, S. 39, geändert durch AV v. 19.1.2023 (Nds. Rpfl. 2/2023, S. 258, 321) = BAnz. AT 19.06.2023 B1.

⁴⁵ Niedersachsen RiVAST-Runderlass v. 26.10.2017 (Nds. MBl. Nr. 44/2017, S. 1470) = BAnz. AT 12.10.2017 B1.

⁴⁶ Niedersachsen MiStra-AV v. 30.6.2022 (Nds. Rpfl. 8/2022, S. 249); BAnz. AT 13.07.2017 B1.

⁴⁷ Krauß (Fn. 16), GVG § 146 Rn. 3–5.

⁴⁸ Krauß (Fn. 16), GVG § 146 Rn. 5.

⁴⁹ Roxin/Schünemann (Fn. 41), § 9 Rn. 6.

⁵⁰ Schmitt (Fn. 41), GVG § 146 Rn. 1.

⁵¹ Schmitt (Fn. 41), GVG § 146 Rn. 1.

⁵² Rennicke, NK 32 (2020), 475 (476).

⁵³ Duttge/Kangarani, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, GVG § 147 Rn. 1.

⁵⁴ Duttge/Kangarani (Fn. 53), GVG § 147 Rn. 1.

⁵⁵ Roxin/Schünemann (Fn. 41), § 9 Rn. 5.

⁵⁶ Krauß (Fn. 16), GVG § 146 Rn. 7.

⁵⁷ Rudolph, NJW 1998, 1205 (1206).

⁵⁸ Beining, ZJS 2015, 546 (547).

⁵⁹ Beining, ZJS 2015, 546 (547).

⁶⁰ Heghmanns, in: ders./Herrmann, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 6. Aufl. 2021, S. 1, 9.

Das Weisungsrecht gilt nicht uferlos. Eine allgemeine Grenze ist im Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG⁶¹ und den beamtenrechtlichen Vorschriften zur Remonstrationspflicht nach §§ 63 Abs. 2 BBG,⁶² 36 Abs. 2 BeamStG zu erblicken.⁶³ Danach müssen bei Anordnung des Vorgesetzten jedoch rechtswidrige⁶⁴ Anweisungen ausgeführt werden, es sei denn, sie verstoßen gegen die Menschenwürde oder stellen eine Straf- oder Ordnungswidrigkeit dar.⁶⁵ Eine Anweisung zur pflichtwidrigen Einstellung der Sachverhaltsaufklärung trotz eines Anfangsverdachts scheidet hingegen an Strafvorschriften der Strafverteilung im Amt, § 258a StGB, eine Anweisung zur strafrechtlichen Verfolgung einer Person in Ermangelung von Verdachtsmomenten wegen Verfolgung Unschuldiger, § 344 StGB.⁶⁶ Reine Ermessensentscheidungen, welche Ermittlungshandlungen getroffen werden, sind hiervon allerdings nicht betroffen.⁶⁷

III. Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Anforderungen an eine unabhängige Staatsanwaltschaft

Expressis verbis wird die Staatsanwaltschaft im Grundgesetz nicht erwähnt, was die Diskussion über die verfassungsrechtliche Stellung bis heute befördert.⁶⁸

Es werden zahlreiche Meinungen zur Stellung im horizontalen Gewaltengefüge vertreten.⁶⁹ Sie ist nach einer Ansicht weder Verwaltungsbehörde im engeren Sinne, da sie auch an Entscheidungen justizieller Natur mitwirkt, denen im Ergebnis Rechtskraft zukommen kann vgl. § 153a Abs. 1 S. 5 StPO,⁷⁰ noch ist sie aufgrund der einfachrechtlich gegebenen internen⁷¹, d.h. innerhalb der Staatsanwaltschaft durch den Dienstvorsetzten,⁷² und externen, d.h. ministeriellen,⁷³ Weisungsgebundenheit, vgl. §§ 146 f. GVG, unabhängiges Organ der Judikative, vgl. Art. 97 GG.⁷⁴ Teilweise wird sie daher als Institution *sui generis* im Bereich der Strafrechtspflege⁷⁵ gesehen, welche weder dem Bereich ausschließlich der Exe-

kutivgewalt noch der Judikativgewalt unterfällt.⁷⁶ Andere wollen sie der Judikative zuordnen, was eine völlige Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit bedingen würde, vgl. Art. 92, 97 GG.⁷⁷ Das BVerfG ordnet die Staatsanwaltschaft der Exekutive zu, wenngleich es eine Zugehörigkeit zum Bereich der Strafrechtspflege bejaht und zudem die besondere Bindung an Recht und Gesetz aufgrund des Legalitätsprinzips hervorhebt.⁷⁸

Zutreffend erscheint es, die Staatsanwaltschaft schwerpunktmäßig als Exekutivbehörde zu verstehen, welche dennoch aufgrund ihrer Objektivitätsverpflichtung⁷⁹ als Institut *sui generis* im Bereich der Strafrechtspflege einzuordnen ist. Denn nach dem Wortlaut des Grundgesetzes wird eine aus dem hierarchischen Staatsaufbau der Exekutivbehörden herausgelöste Staatsanwaltschaft nicht gefordert. Eine solche Auffassung mit Zuordnung zur Judikative ist mit Blick auf das der Judikative gegenüber der Staatsanwaltschaft fremde Initiativrecht (vgl. §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO) abwegig.⁸⁰ Denn gerade das initiativ Eingriffsrecht ist klassisches Merkmal exekutiven Handelns.⁸¹ Hinzu treten der hierarchische Aufbau und das Weisungsrecht.⁸² Auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, lässt sich die Anforderung an eine unbedingt weisungsfreie Staatsanwaltschaft nicht ableiten.⁸³ Vielmehr ist das Rechtsstaatsprinzip aufgrund der Bindung der Staatsanwälte an Recht und Gesetz als Grenze des Weisungsrechts zu verstehen.⁸⁴ Danach ist ein ministerielles Weisungsrecht nach den Vorgaben des GG grundsätzlich zulässig, wobei hinsichtlich der Einzelheiten zwischen dem internen und externen Weisungsrecht zu differenzieren ist.

Da die Staatsanwälte stets als Vertreter des ersten Beamten handeln, § 144 Hs. 1 GVG, bedarf es schon aus diesem Grund eines internen Weisungsrechts. Weil auch der erste Beamte bis zum Generalstaatsanwalt in der staatsanwaltlichen Sphäre handelt, ist hierin kein Gewaltenteilungsproblem zu erkennen. Das sachlich begründete Interesse an einer einheitlichen Rechtsanwendung und Verfahrensweise durch allgemeines Weisungsrecht begegnet daher keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Entsprechendes gilt für die interne Einzelfallweisung.

Anderes gilt für das externe Weisungsrecht. Die Notwendigkeit wird mit dem tradierten Verfassungsdanken in Gestalt des sog. Legitimationsmodells begründet, wonach es für jedes staatliche Handeln mit Eingriffscharakter einer ununterbrochenen demokratischen Legitimation in personeller und

⁶¹ BGH NJW 1960, 2346 (2346 f.).

⁶² Hier exemplarisch. Entsprechend das Landesbeamtenrecht bei Staatsanwälten, etwa für Niedersachsen § 64 Abs. 2 NBG.

⁶³ Carsten/Rautenberg (Fn. 28), S. 459.

⁶⁴ Für lediglich rechtmäßige Maßnahmen *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 143.

⁶⁵ Rennie, NK 32 (2020), 475 (477).

⁶⁶ Burchardi/Klempahn/Wetterich, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, 4. Aufl. 1978, S. 4.

⁶⁷ Wallenta (Fn. 29), S. 21.

⁶⁸ Koller (Fn. 1), S. 21 f.

⁶⁹ Umfassend zum Meinungsstand mit den hier gewählten Oberkategorien *Kurzrock* (Fn. 21), S. 69 ff.; *Koller* (Fn. 1), S. 35 ff.

⁷⁰ *Heghmanns* (Fn. 60), S. 1, 2; a.A. *Schmitt* (Fn. 41), GVG Vor § 141 Rn. 5; *Beining*, ZJS 2015, 546.

⁷¹ *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, GVG, Stand: 15.11.2024, § 146 Rn. 4.

⁷² *Inhofer* (Fn. 71), § 146 Rn. 4.

⁷³ *Inhofer* (Fn. 71), § 146 Rn. 6.

⁷⁴ *Heghmanns* (Fn. 60), S. 1, 2.

⁷⁵ *Inhofer* (Fn. 71), § 146 Rn. 1.

⁷⁶ *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (114).

⁷⁷ *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561 (606).

⁷⁸ BVerfGE 9, 223 (228) = NJW 1959, 871 (872); so auch BVerfGE 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121 (1123).

⁷⁹ *Beulke/Swoboda* (Fn. 64), Rn. 146.

⁸⁰ *Combé* (Fn. 29), S. 60 f.

⁸¹ *Kurzrock* (Fn. 21), S. 76.

⁸² *Beulke/Swoboda* (Fn. 64), Rn. 146.

⁸³ Vgl. auch BVerfGE 9, 223 (228) = NJW 1959, 871 (872).

⁸⁴ *Roxin*, DRiZ 1997, 109 (118).

sachlich-inhaltlicher Hinsicht bedarf.⁸⁵ Es findet seinen Ursprung in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG.⁸⁶ Die personelle Hinsicht betrifft die Frage der Ernennung und Ermächtigung des Personals, während die Frage der sachlich-inhaltlichen Ebene die ordnungsgemäße Gesetzesausübung der Exekutive, Art. 20 Abs. 3 GG, umfasst, was durch übergeordnete Stellen, auch den Minister, durch Aufsicht und Weisung sichergestellt werden soll.⁸⁷ Die Rechtsprechung des BVerfG zeigt jedoch, dass das Modell nicht starr anzuwenden ist, sondern nach dem GG die Effektivität der Legitimation maßgeblich ist:

„Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Dieses kann bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein; innerhalb der Exekutive ist dabei auch die Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung zu berücksichtigen.“⁸⁸

Für das allgemeine Weisungsrecht (sachlich-inhaltliche Dimension) zum Erlass von allgemeinen Anordnungen gilt, dass es Legitimation dadurch erfährt, dass hierdurch eine ununterbrochene Legitimation (Souverän, Parlament, Regierung, Minister, Staatsanwaltschaft) sichergestellt wird.⁸⁹ Auch das einzelfallbezogene Weisungsrecht erfährt hierdurch entsprechende Legitimation.⁹⁰ Allerdings sprechen die historischen Erfahrungen und funktionstechnischen Besonderheiten der Staatsanwaltschaft gegenüber anderen Exekutivbehörden, insb. das Anklagemonopol,⁹¹ dafür, die Anforderungen der Legitimation für den Bereich der Einzelfallweisungen einzuschränken, um schon dem Schein politischer Einflussnahme auf konkrete Ermittlungsmaßnahmen zu begegnen.⁹² Denn entscheidend für eine den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG genügende Legitimation ist nach der Rechtsprechung des BVerfG lediglich eine effektive Sicherung. Die konkrete Ausgestaltung bleibt in diesen Grenzen dem Gesetzgeber überlassen.⁹³ Eine hinreichende demokratische Kontrolle dürfte bereits durch ein kodifiziertes allgemeines Weisungsrecht erreicht werden können.

Für das Unionsrecht ist zunächst festzuhalten, dass es der Union nach den Verträgen nicht eingeräumt ist, im Bereich

der nationalen Justizorganisation harmonisierende Vorgaben zu erlassen.⁹⁴ Die vom EuGH aufgerufenen Defizite im Hinblick auf das Unionsrecht betreffen daher gegenwärtig lediglich die Problematik der Unabhängigkeit im Zusammenhang mit dem Erlass eines Europäischen Haftbefehls durch die deutsche Staatsanwaltschaft und die Funktion der Staatsanwaltschaft als vollstreckende Justizbehörde des Europäischen Haftbefehls.⁹⁵ So ist es der Staatsanwaltschaft durch Entscheidung des EuGH verwehrt, nach dem nationalen Strafprozessrecht ohne richterliche Beteiligung, vgl. § 131 StPO,⁹⁶ Europäische Haftbefehle auszustellen.⁹⁷

„Nach alledem ist [...] zu antworten, dass der Begriff ‚ausstellende Justizbehörde‘ iSv Art. 6 I des Rahmenbeschlusses 2002/584 dahin auszulegen ist, dass darunter nicht die Staatsanwaltschaften eines Mitgliedstaats fallen, die der Gefahr ausgesetzt sind, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden.“⁹⁸

Gefordert wird vielmehr zur Wahrung des Freiheitsrechts aus Art. 6 GRCh eine von der Exekutive einflussfreie Entscheidungssphäre in Bezug auf Einzelfälle,⁹⁹ nötigenfalls durch gesetzliche Normierung richterlicher Kontrollmöglichkeit.¹⁰⁰ Dies sei in Deutschland aufgrund des hinsichtlich der Reichweite nicht hinreichend kodifizierten externen Einzelfallweisungsrechts nicht der Fall.¹⁰¹

Mit Urteil vom 24.11.2020¹⁰² betreffend die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls „[...] hat der EuGH nunmehr seine Anforderungen an die Unabhängigkeit der ‚ausstellenden Justizbehörde‘ auch auf den Begriff der ‚vollstreckenden Justizbehörde‘ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 RB-EuHb übertragen.“¹⁰³ Ferner moniert auch die Europäische Kommission im Bericht über die Rechtsstaatlichkeit aus den genannten Gründen fortwähren das externe Weisungsrecht.¹⁰⁴

⁹⁴ Gärditz, GSZ 2019, 133.

⁹⁵ Wallenta (Fn. 29), S. 19.

⁹⁶ OLG Celle NSTZ 2010, 534; ebenso m.w.N. Hustus, in: Karpenstein/Kotzur/Vasel (Hrsg.), Handbuch Rechtsschutz in der Europäischen Union, 4. Aufl. 2024, Rn. 1–422, Rn. 293.

⁹⁷ EuGH NJW 2019, 2145 (2150).

⁹⁸ EuGH NJW 2019, 2145 (2150).

⁹⁹ Externe Weisungen allgemeiner Natur und interne Einzelfallweisungen hält der EuGH (BeckRS 2019, 31241 Rn. 54–57) dagegen für zulässig; auch EuGH IWRZ 2020, 89 (91); vgl. EuGH BeckRS 2019, 31226 Rn. 30.

¹⁰⁰ EuGH NJW 2019, 2145 (2149).

¹⁰¹ EuGH NJW 2019, 2145 (2150).

¹⁰² EuGH IWRZ 2021, 84 (84 Ls. 1 und 2) = BeckRS 2020, 31838.

¹⁰³ Wallenta (Fn. 29), S. 19.

¹⁰⁴ Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023, S. 5, abrufbar unter https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/17_1_52572_coun_chap_germany_de.pdf (17.2.2025).

⁸⁵ Gurlit, ZBB 35 (2023), 69 (75 f.); Badura, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 25 Rn. 27.

⁸⁶ Badura (Fn. 85), § 25 Rn. 27.

⁸⁷ Gurlit, ZBB 35 (2023), 69 (76).

⁸⁸ BVerfGE 83, 60 (72) = NJW 1991, 159 (160); vgl. bereits BVerfGE 49, 89 (125) = NJW 1979, 359 (359).

⁸⁹ So auch Wallenta (Fn. 29), S. 26.

⁹⁰ So auch Wallenta (Fn. 29), S. 26.

⁹¹ §§ 152 Abs. 1, 170 StPO.

⁹² Trentmann, ZIS 2016, 130 (137).

⁹³ Vgl. BVerfGE 83, 60 (72).

Dass es auch unionsrechtskonform anders geht, zeigen andere Mitgliedstaaten: Eine unabhängige Strafrechtspflege besteht nach Einschätzung des Europarates innerhalb der Europäischen Union in Italien, Portugal, Lettland, Ungarn, Litauen, der Slowakei, Slowenien, Rumänien, Zypern und Polen, weil die dortigen Staatsanwaltschaften von der Regierung unabhängig eingerichtet worden sind.¹⁰⁵ Auch der Europarat empfiehlt eine hinreichende Unabhängigkeit der nationalen Staatsanwaltschaften,¹⁰⁶ wenngleich einschlägige Rechtsprechung des EGMR bislang nicht vorliegt.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass bis auf den Bereich des Europäischen Haftbefehls derzeit keine unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft bestehen.¹⁰⁷ Schon deshalb bedarf es allerdings gesetzlicher Modifikationen der §§ 146 f. GVG. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass der EuGH auch in anderen Verfahren eine entsprechende Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften vornehmen dürfte.

IV. Reformansatz durch den Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft

Mit Referentenentwurf vom 30. April 2024 legte das Bundesministerium für Justiz einen Gesetzentwurf zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft vor, um die Vorgaben des EuGH¹⁰⁸ umzusetzen.¹⁰⁹ Der Entwurf zielt auf das externe Weisungsrecht.¹¹⁰ Er „[...]“ sieht vor, in § 146 GVG die engen rechtlichen Grenzen des Weisungsrechts ausdrücklich zu normieren und klarzustellen. Außerdem wird ein Schriftlichkeits- und Begründungserfordernis für sämtliche externe Weisungen eingeführt. Damit wird die Transparenz in Fällen erhöht, in denen ministerielle Weisungen an die Staatsanwaltschaften erfolgen.¹¹¹ § 146 GVG erhält danach eine neue Fassung, wonach der gegenwärtige Wortlaut zu § 146 Abs. 1 GVG n.F. wird. § 146 Abs. 2 S. 1 GVG n.F. ordnet an, dass Weisungen zur Sachleitung durch Vorgesetzte nach § 147 GVG den Legalitätsgrundsatz zu beachten haben und nur bei Vorliegen der Voraussetzungen aus § 146 Abs. 2 Nr. 1–3 GVG zulässig sind.

Die Voraussetzungen sind zunächst die Verhinderung rechtswidriger Entscheidungen (§ 146 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GVG n.F.), soweit in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum besteht (§ 146 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GVG n.F.) oder im Bereich der Ermessensausübung (§ 146 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GVG n.F.). Sie müssen nach § 146 Abs. 2 S. 2 GVG n.F. frei von justizfremden Erwägungen ergehen. Als Begründung für die Beibehaltung des

Weisungsrechts wird die Notwendigkeit einer ununterbrochenen demokratischen Legitimationskette angeführt, welche auch bei einer sektoralen Ausnahme (etwa für den Bereich des Europäischen Haftbefehls) fehle.¹¹² Mit Blick auf das externe allgemeine Weisungsrecht ist dies unter Berücksichtigung der obigen theoretischen Darlegungen verfassungsrechtlich zwar vertretbar,¹¹³ jedoch derart restriktiv für das Einzelfallweisungsrecht nach Rechtsprechung des BVerfG nicht geboten.¹¹⁴ Denn die ununterbrochene demokratische Legitimation kann auch durch anderweitige Mechanismen¹¹⁵ erreicht werden, sofern ein hinreichendes und effektives Legitimationsniveau eingehalten wird.¹¹⁶ Es erklärt sich nicht, wieso das allgemeine Weisungsrecht nicht zur hinreichenden Steuerung und demokratischen Legitimation genügen sollte.¹¹⁷

Anders liegt dies für das Unionsrecht. Die derzeit angeordnete Umsetzung genügt den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH¹¹⁸ nicht, weil dieser bereits das uferlose „Ob“ des ministeriellen Weisungsrechts infrage stellt.¹¹⁹

Das „Ob“ des Weisungsrechts wird aber durch den Gesetzentwurf in keiner Weise beschränkt.¹²⁰ Auch der Hinweis auf das Legalitätsprinzip ist rein deklaratorischer Natur. Er war bereits zuvor zu beachten und hat als strafprozessuales Prin-

¹¹² Bundesministerium der Justiz (Fn. 33), S. 2.

¹¹³ So auch *Pschorr*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft, S. 2, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2024/0524_Transparenz_Weisungen_St_A_RefE_NRV.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (17.2.2025);

sich dafür aussprechend Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft des Bundesministeriums der Justiz, S. 4, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2024/0501_Transparenz_Weisungen_St_A_RefE_DAV.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (17.2.2025).

¹¹⁴ BVerfGE 83, 60 (72 f.) = NJW 1991, 159 (160).

¹¹⁵ Mit zahlreichen anderweitigen Legitimationsansätzen *Pschorr* (Fn. 113), S. 2.

¹¹⁶ BVerfGE 83, 60 (72 f.) = NJW 1991, 159 (160); BVerfGE 93, 37 (67) = NVwZ 1996, 574 (575).

¹¹⁷ *Eisele/Trentmann*, NJW 2019, 2365 (2367).

¹¹⁸ EuGH NJW 2019, 2145 (2149 Rn. 73).

¹¹⁹ So auch *Killmer/Piechaczek/Zapf*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für den Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Transparenz von Weisungen gegenüber der Staatsanwaltschaft, S. 5 f., abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2024/0501_Transparenz_Weisungen_St_A_RefE_DRB.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (17.2.2025); *Pschorr* (Fn. 113), S. 2; a.A. DAV (Fn. 113), S. 6.

¹²⁰ *Killmer/Piechaczek/Zapf* (Fn. 119), S. 5 f.

¹⁰⁵ *Rautenberg*, ZRP 2016, 38.

¹⁰⁶ Ministerkomitee des Europarats, Die Rolle der Staatsanwaltschaft in der Strafgerichtsbarkeit, Empfehlung Rec (2000) 19, S. 6, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16804a9c00> (17.2.2025).

¹⁰⁷ Vgl. *Wallenta* (Fn. 29), S. 19.

¹⁰⁸ EuGH NJW 2019, 2145.

¹⁰⁹ Bundesministerium der Justiz (Fn. 33), S. 1.

¹¹⁰ Bundesministerium der Justiz (Fn. 33), S. 1.

¹¹¹ Bundesministerium der Justiz (Fn. 33), S. 1.

zip allgemeine Geltung. Zwar ist es erfreulich, dass Weisungen nur den Bereich der Ermessensausübung betreffen dürfen, doch bewirkt auch dies keine wesentliche Veränderung, fallen anderweitige Entscheidungen unter Berücksichtigung des Rechtsstaats- und Legalitätsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO) ohnehin in einen ermessensmäßig indisponiblen Bereich der Gesetzesausübung seitens der Strafverfolgungsbehörde.

Auch die Klarstellung aus § 146 Abs. 2 S. 2 GVG n.F., dass justizfremde Erwägungen kein tauglicher Ansatzpunkt der Entscheidungsfindung sein dürfen, erscheint als bloße Worthülse,¹²¹ monieren doch die Rechtsprechung des EuGH¹²² und das Schrifttum¹²³ richtigerweise, dass bereits die Möglichkeit der Einflussnahme rechtsstaatlich problematisch sei. Hieran ändert eine Klarstellung unter Beibehaltung des Weisungsrechts wenig.

Im Hinblick auf das Einzelfallweisungsrecht führt die angedachte Neuregelung damit zu einer Kodifizierung, jedoch nicht zu einer Verbesserung der materiellen Rechtslage.

Faktisch verbleibt es beim einschränkungsfreien ministeriellen Weisungsrecht. Der Deutsche Richterbund spricht in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf daher zu Recht von einem „[...] kosmetischen Beitrag.“¹²⁴

V. Fazit und Ausblick

Der vorliegende Gesetzentwurf wird mit Ausnahme der Dokumentationspflichten aus § 146 Abs. 3 GVG n.F. keine ernsthafte materiell-rechtliche Veränderung herbeiführen. Zwar werden die bestehenden Rechtsinstitute (Legalitätsprinzip, strenge Bindung an Recht und Gesetz, Verbot sachfremder Erwägungen) nunmehr *expressis verbis* aufgeführt, doch verbleibt es ohne Ausnahme beim ministeriellen Weisungsrecht für auch einzelfallbezogene Weisungen.

Eine Klarstellung der Reichweite des Weisungsrechts wurde vom EuGH gefordert, jedoch bislang ersichtlich nicht hinreichend umgesetzt. Dabei ist eine Abschaffung des ministeriellen Einzelfallweisungsrechts unionsrechtlich geboten und verfassungsrechtlich nicht verwehrt. Vielmehr wäre eine Abschaffung gerade in der aktuellen Zeit mit aufstrebenden politischen Kräften, die den Rechtsstaat ablehnen, ein wirksames Zeichen für eine rechtlich abgesicherte objektive Strafverfolgung.¹²⁵ Dies ist rechtsstaatlich geboten.

Es erstaunt nicht, dass der Bundesminister der Justiz¹²⁶ als weisungsbefugter Minister wenig gewillt ist, durch Gesetzesvorhaben die eigenen Rechte zu beschränken. Zu fragen ist, ob hier nicht unvereinbare (machtpolitische) Interessenkonflikte vorherrschen, welche eine vorausschauende Sicherung der Rechtsstaatfestigkeit der Staatsanwaltschaften verhindern. Es bleibt zu hoffen, dass im Zuge der Gesetzesberatungen entsprechende Impulse erfolgen. Anderweitige Vorschläge zur gesetzlichen Ausgestaltung unter Ausklammerung des Einzelfallweisungsrecht liegen genügend vor.¹²⁷ Hingegen ist eine gänzliche Abschaffung des auch allgemeinen externen Weisungsrechts abzulehnen, denn dies dürfte die Schlagkräftigkeit und Einheitlichkeit staatsanwaltlichen Handelns bundesweit beeinträchtigen.

¹²¹ So zutreffend auch *Killmer/Piechaczek/Zapf* (Fn. 119), S. 12.

¹²² EuGH NJW 2019, 2145 (2149 Rn. 73).

¹²³ *Kurzrock* (Fn. 21), S. 265 f.; *Rautenberg*, ZRP 2016, 38 f.; *Krauß* (Fn. 16), GVG § 146 Rn. 11 m.w.N.; *Inhofer* (Fn. 71), GVG § 146 Rn. 7.

¹²⁴ *Killmer/Piechaczek/Zapf* (Fn. 119), S. 1.

¹²⁵ *Killmer/Piechaczek/Zapf* (Fn. 119), S. 10; *Schleif*, rbb24 v. 3.1.2024, abrufbar unter <https://www.rbb24.de/politik/beitrag/2024/01/justiz-staatsanwaltschaft-justizminister-weisungsrecht-margarete-koppers.html> (17.2.2025).

¹²⁶ Der Referentenentwurf (Fn. 33) wurde während der Amtszeit von Marco Buschmann als Bundesminister der Justiz veröffentlicht. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Aufsatzes ist nunmehr Volker Wissing Bundesminister der Justiz.

¹²⁷ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion v. 25.6.2019, BT-Drs. 19/11095; Gesetzesantrag des Freistaats Thüringen vom 28.10.2020, BR-Drs. 6444/20; zahlreiche Ansätze auch bei *Wallenta* (Fn. 29), S. 36.

B u c h r e z e n s i o n

Nils Hübenthal, Selbstbelastungsfreiheit und Internal Investigations, Duncker & Humblot, Berlin, 2024, 429 S., € 109,90.

Die von *Renzikowski* betreute Dissertation *Hübenthals* befasst sich im Wesentlichen mit der Frage, auf welche Weise Unternehmensmitarbeiter in einem Strafverfahren vor selbstbelastenden Aussagen, die sie im Rahmen von internen Untersuchungen („Internal Investigations“) getätigt haben, geschützt werden sollten. Wenngleich es bereits einiges an Literatur zu dieser Fragestellung gibt,¹ vermag die über 400 Seiten starke Dissertation einen umfassenden Überblick über den aktuellen Stand der Diskussion zu verschaffen. Die Arbeit gliedert sich zzgl. zu Einleitung und Ergebniszusammenfassung in drei Teile (Selbstbelastungsfreiheit; Internal Investigations; Internal Investigations und Strafverfahren).

Die Einleitung (S. 17–23) beinhaltet einen Problemaufriss und eine Definition der Aufgabenstellung. Im Problemaufriss gibt *Hübenthal* kurz die Geschichte und Praxis von internen Untersuchungen in den USA sowie deren „Überschwappen“ nach Deutschland anlässlich des sog. „Siemens-Falls“ wieder. Dabei zeigt *Verf.* das sich daraus ergebende Dilemma für Unternehmensmitarbeiter auf, wenn in der internen Untersuchung eine sogar selbstbelastende Aussage gemacht werden muss und deren Inhalt sodann an eine Ermittlungsbehörde, wie die United States Securities and Exchange Commission (SEC) weitergegeben wird, obgleich die Behörde selbst die Aussage nicht hätte erzwingen können (S. 18). An dieser Stelle wäre lediglich die direkte Verwendung von US-Quellen wünschenswert gewesen, anstatt sich allzu ausgiebig auf deutsche Autoren und deren Verständnis des „US-Rechts“² zu verlassen. Insbesondere wäre für den Leser von Interesse gewesen, ob in den USA Unternehmensmitarbeiter überhaupt zu selbstbelastenden Auskünften bei internen Untersuchungen verpflichtet sind bzw. wie dort dieses Problem gehandhabt und ggf. aufgelöst wird. Seine Aufgabenstellung sieht *Hübenthal* sodann darin „einen Lösungsvorschlag zu entwickeln, wie die arbeitsvertragliche Auskunftspflicht gegenüber dem staatlichen Verwendungsinteresse an solchen Aussagen im Strafprozess in verträglichen Ausgleich gebracht werden kann, bzw. herauszufinden, ob die Selbstbelastungsfreiheit durch ein solches Vorgehen überhaupt in rechtlich nicht mehr tolerabler Weise beeinträchtigt wird, d.h. [es] eines solchen Ausgleichs bedarf“ (S. 21). Diese Aufgabenstellung bearbeitet *Hübenthal* sodann in drei sehr überzeugenden Teilen und kommt zu dem Ergebnis, so viel sei hier

¹ Vgl. statt vieler *Momsen*, ZIS 2011, 508 ff.; *Greco/Caracas*, NSStZ 2015, 7 ff.; *Hettche*, Unternehmensinterne Untersuchungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive (Unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit), 2021; *Dorneck*, wistra 2022, 141 ff.

² Selbstverständlich muss man das US-Bundesrecht von den einzelstaatlichen Rechtsordnungen unterscheiden, vgl. dazu *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 2 ff.

vorweggenommen, dass es bei der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht auch bei selbstbelastenden Inhalten bleibt, es jedoch in einem Strafverfahren zu einem Beweisverwertungsverbot kommt, welches aus einer staatlichen Schutzpflicht folgt.

In dem ersten Teil („Selbstbelastungsfreiheit“, S. 24–147) befasst sich *Hübenthal* mit der Herleitung und dem Inhalt der Selbstbelastungsfreiheit. Dieser Teil beginnt, im Anschluss an ein BGH-Urteil aus dem Jahr 2007³, mit der Feststellung, dass sowohl über den Inhalt als auch die Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Einzelnen keine Einigkeit bestehe (S. 24). *Hübenthal* führt das im Wesentlichen auf die uneindeutige verfassungsrechtliche Verortung und ein einfachrechtliches Vorverständnis von der Selbstbelastungsfreiheit, die die Gefahr zirkulärer Argumentationsmuster mit sich bringe (S. 25), zurück.

Sodann zeigt *Hübenthal* die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit in England und Deutschland unter dem zutreffenden Hinweis darauf auf, dass der historischen Auslegungsmethode nur eine eingeschränkte Rolle zukommen kann (S. 36 f.: „blinder Transfer“ historischer Etappen in die normative Gegenwart“; S. 28–37). Obgleich die Mühe rechtsvergleichender Erwägungen anzuerkennen ist, hätte der historisch-vergleichende Teil mehr Detailtiefe gut vertragen. Dem historischen Abriss schließt sich ein kurzer Abschnitt zu dem Einfluss völkerrechtlicher Verfahrensgarantien, namentlich Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, an (S. 37–40).

Darauf folgen ausführliche argumentative Auseinandersetzungen mit verschiedenen denkbaren Geltungsgründen der Selbstbelastungsfreiheit (S. 40–107). *Hübenthal* widerlegt zunächst naturalistische (S. 48), menschenwürdeorientierte (S. 57) und persönlichkeitsrechtliche Ansätze (S. 64, 68, 71) zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit. Stattdessen sieht *Verf.* in der Selbstbelastungsfreiheit im Ergebnis ein Verfahrensrecht, nämlich – *Gaede*⁴ folgend – ein selbstständiges Teilhaberecht des Beschuldigten, das im Recht auf ein faires Verfahren wurzelt (S. 96–98, 107). In diesem Teil überzeugen insbesondere instruktive Fallbeispiele (S. 75–77), anhand derer *Hübenthal* den Nachweis führt, dass die Unschuldsvermutung und die Selbstbelastungsfreiheit „zwei gleichwertige, nebeneinanderstehende Rechte“ (S. 77) bilden, sowie die Rückführung dieser Rechte – gemeinsam mit der Waffengleichheit und dem Recht auf rechtliches Gehör – auf den gemeinsamen Nenner des Fair Trial (S. 92). Aus Sicht des Praktikers wichtig, weil nicht immer beherzigt, ist *Hübenthals* Hinweis auf S. 77 f., wonach auch der Unschuldige eine belastende Aussage machen kann, weshalb im Schweigen niemals ein Schuldeingeständnis gesehen werden könne (S. 77 f.).

³ BGH, Urt. v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07 = NJW 2007, 3138.

⁴ *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007.

Die inhaltliche Ausformung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit bestimmt *Hübenthal* sodann dreistufig anhand des „klassischen Grundrechtsaufbau[s] von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung“ (S. 107–147). Wesentliche Erkenntnisse dieses Abschnitts sind die Begrenzung dieses Rechts auf Strafverfahren (S. 107, 111), einschließlich des Ordnungswidrigkeitenrechts und u.U. des Disziplinarrechts (S. 115). Etwas kurz fällt die Auseinandersetzung mit der Frage aus, ob die Selbstbelastungsfreiheit – gerade da *Hübenthal* ihr über ein (nur strafprozessuales) Beweisverwertungsverbot Geltung verschaffen möchte – auch Wirkungen in einem Zivilprozess entfalten müsste (was *Hübenthal* verneint, S. 109 f.). Denn infolge unternehmensinterner Untersuchungen werden in der Praxis strafrechtliche Vorwürfe gerade auch im Rahmen von Zivilverfahren erhoben⁵, sodass das Dilemma hier in ähnlicher Weise besteht. Auf den S. 122–128 arbeitet *Hübenthal* sodann heraus, dass die Selbstbelastungsfreiheit nicht nur natürlichen Personen zugutekommen soll, sondern auch Verbänden, die in eine Beschuldigtenstellung geraten können (S. 128). Von eher akademischem Interesse mögen die Abwägungsüberlegungen sein, mit denen *Hübenthal* die Absolutheit des Selbstbelastungsfreiheit nachweisen möchte (S. 139, 147).

Der zweite Teil („Internal Investigations“, S. 148–223) ist der Rechtslage zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bzw. der Frage, ob in diesem Verhältnis eine Selbstbeziehung erzwungen werden darf, gewidmet (S. 150). Der Abschnitt beginnt mit einer ausführlichen Darstellung, warum Unternehmen aus rechtlichen und faktischen Gründen interne Untersuchungen durchführen (könnten, S. 150–184). Im Ergebnis überzeugend legt *Hübenthal* dar, dass sich die Rechtspflicht zur Durchführung eigener Untersuchungen aus einem Zusammenspiel, nämlich im Innenverhältnis aus der gesellschaftsrechtlichen Legalitätskontrollpflicht (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) und im Außenverhältnis aus der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Aufsichtspflicht nach §§ 30 Abs. 1, 130 Abs. 1 OWiG, ergibt (S. 174). Das betreffe allerdings nur das „Ob“, während das „Wie“ der internen Untersuchung einzelfallabhängig sein soll (S. 153, 161, 174). An dieser Stelle bleiben die Ausführungen indes allzu abstrakt und bringen wenige neue Erkenntnisse mit sich. Gerade im Hinblick auf kleine und mittlere Unternehmen wäre es etwa verdienstvoll gewesen, diese sehr schnell angenommenen Rechtspflichten trotz aller Einzelfallabhängigkeit einmal zu konkretisieren, anstatt „den Fokus auf die Aktiengesellschaft“ zu legen und für die GmbH lediglich einen „weitgehenden Gleichlauf“ zu behaupten (S. 155).

In Bezug auf die anschließend thematisierten Mitarbeiterbefragungen (S. 184–223) kommt *Hübenthal* zu der wohl zutreffenden Feststellung, dass die Praxis, was Arbeitnehmerbefragungen und dabei die freiwillige Einräumung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit angeht, „recht heterogen“ sei (S. 186–187). Dies werde auch durch rechtstatsächliche Untersuchungen gezeigt (S. 187). Leider wird auf solche

Untersuchungen nicht näher eingegangen, um ein genaueres Praxisbild zu vermitteln.⁶ Die weiteren Ausführungen zu Mitarbeiterbefragungen betreffen die rechtlichen Pflichten von Mitarbeitern im Rahmen von internen Untersuchungen (Erscheinenspflicht, S. 187; Auskunftspflicht, S. 188) bzw. deren Durchsetzung („Druckmittel“, S. 200) durch Zwangsvollstreckung, Zurückbehaltung von Lohn, (Verdachts-)Kündigung oder Schadensersatzforderungen. Hervorzuheben ist *Hübenthals* Hinweis auf die in der Praxis nicht stets bekannte Differenzierung zwischen Auskünften zu dem unmittelbaren Tätigkeitsfeld des Mitarbeiters (§ 666 BGB) und dem sonstigen betriebsbezogenen Bereich (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) (vgl. S. 191–192, 198–200). Jedenfalls für ersteren nimmt *Hübenthal* eine uneingeschränkte Auskunftspflicht an, während für letzteren der Einzelfall maßgebend sei (S. 191–192, 199).

Der ca. 160 Seiten umfassende dritte Teil („Internal Investigations und Strafverfahren“, S. 224–383) untersucht verschiedene strafverfahrensrechtliche Probleme von Internal Investigations (S. 224) und gliedert sich seinerseits in drei Abschnitte.

Zunächst beleuchtet *Hübenthal* in dem weitaus ausführlichsten ersten Abschnitt die Selbstbelastungsfreiheit des Arbeitnehmers (S. 224–332). Nach einer Zusammenführung der Erkenntnisse aus dem zweiten Teil – Pflicht zur Aufklärung von Fehlverhalten durch den Arbeitgeber bzw. geschuldete Auskünfte durch den Arbeitnehmer, selbst bei strafrechtlich belastendem Inhalt – führt *Hübenthal* auf das Eingangsproblem zurück, dass diese selbstbelastenden Aussagen an Strafverfolgungsbehörden gelangen könnten, welche diese Aussagen selbst nicht hätten erzwingen können (vgl. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; S. 224–225). Dieses Problem sucht *Hübenthal* durch ein Verwertungsverbot aufzulösen, dessen Herleitung im Anschluss eingehend diskutiert wird. Analysiert (und abgelehnt) werden in diesem Zusammenhang zunächst Verwertungsverbote nach Strafverfahrensrecht (S. 225–238), als Ausfluss der Gemeinschuldnerentscheidung des BVerfG⁷ (vgl. heute § 97 Abs. 1 S. 2 und 3 InsO) bzw. der Rechtsprechung des EGMR (S. 238–252, 277–296) sowie infolge der Zurechnung von privaten Untersuchungshandlungen zu der Staatsanwaltschaft, die nur im Einzelfall (S. 273) möglich sei (S. 252–277). Sodann erarbeitet *Hübenthal* einen eigenen Ansatz, indem er – den Eingriff in das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gedanklich in zwei Akte aufteilend ([1.] Erwirkung einer unfreiwilligen Aussage und [2.] Verwendung dieser Aussage im Strafprozess) – herausarbeitet, dass der Staat im Regelfall nur die zweite Eingriffshandlung zu verantworten habe (S. 296), während ihm die Erwirkung der eigentlichen Aussage im Kontext der internen Untersuchung nur im Ausnahmefall zuzurechnen sei (S. 300, 317).

⁵ Denkbare Anspruchsgrundlagen in Verbindung mit einschlägigen Strafnormen bilden z.B. die § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG, §§ 823 Abs. 2, 826 BGB.

⁶ An anderer Stelle, nur wenige Seiten davor, gibt *Hübenthal* hingegen ausführlich verschiedene Studien zum Beleg der These wieder, dass Unternehmen interne Untersuchungen gerade auch deswegen durchführen, um einen Kontrollverlust zu vermeiden, vgl. S. 178–184.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 = NJW 1981, 1431.

Auf dieser zweiten Ebene befürwortet *Hübenthal* – das dürfte die zentrale These und Erkenntnis der Arbeit sein –, dass sich als Resultat einer staatlichen Schutzpflicht ein Verwertungsverbot im Strafverfahren ergebe (S. 305, 307, 317, 335), welches er allerdings zur Disposition des Beschuldigten stellt (S. 329). Die insoweit vorgetragene Argumentation ist stringent und nachvollziehbar. Zweifelhaft erscheint lediglich *Hübenthals* Einschränkung, dass kein Verwertungsverbot bestehen soll, wenn „die Auskunft des Arbeitnehmers freiwillig [erfolgt], etwa weil der Arbeitgeber ausdrücklich eine Schweigemöglichkeit zugesteht oder sie unbeeinflusst von Drohmitteln abgegeben wurde“ (S. 317). Damit liefe *Hübenthals* an sich überzeugender Ansatz praktisch nahezu ins Leere. Denn Arbeitnehmer werden in der für sie ungewohnten Befragungssituation ihre Auskunftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber regelmäßig entweder bereits kennen (bzw. bei Unkenntnis eine solche jedenfalls annehmen) und sich einem faktischen Zwang ausgesetzt sehen, ohne dass überhaupt ausdrücklich ein Drohmittel ausgesprochen werden muss.⁸ Dass zwischen beiden ein Privatrechtsverhältnis bestehen mag, ändert daran nichts, denn im Arbeitsverhältnis besteht trotz allem ein gewisses Kräfteungleichgewicht zwischen den Parteien. Großzügiger ist *Hübenthal* wiederum bezüglich der Fernwirkung bzw. Früh-/Vorwirkung des von ihm befürworteten Beweisverwertungsverbots (S. 318–328), wenngleich es fraglich sein dürfte, ob diese Reichweite von der insoweit zurückhaltenden Rechtsprechung aufgegriffen werden wird.⁹

Der zweite Abschnitt des dritten Teils setzt sich, nunmehr eher von rechtshistorischem Interesse, kritisch mit dem Ansatz des VerSanG-E auseinander (S. 333–353). Dieser sah auf Ebene der Sanktionszumessung die (sanktionsmildernde) Möglichkeit für den Verband vor, durch eine verbandsinterne Untersuchung einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten. Eine solche Untersuchung hätte den Grundsätzen eines fairen Verfahrens entsprechen müssen. Nach dem Willen des Regierungsentwurfs hätte dazu gehört, den Arbeitnehmer u.a. dahingehend zu belehren, dass seine Aussagen in einem Strafverfahren verwendet werden können, und ihm das Recht einzuräumen, die Auskunft zu verweigern, soweit dem Mitarbeiter oder einem Angehörigen i.S.v. § 52 Abs. 1 StPO eine Strafverfolgung droht (dazu insb. S. 336–337). Dieser Ansatz stellt sich nach *Hübenthal* allerdings als „lückenhaftes Anreizmodell“ (S. 352) dar.

Im dritten Abschnitt des dritten Teils befasst sich *Hübenthal* unter zwei verschiedenen Blickwinkeln mit der Selbstbelastungsfreiheit des Verbandes bei internen Untersuchungen (S. 354–383). Während *Verf.* in der im zweiten Teil herausgearbeiteten Pflicht zur Durchführung von internen

Untersuchungen und damit einhergehend der Produktion ggf. selbstbelastenden Materials im Ergebnis keine beeinträchtigende Wirkung sieht (S. 361), könne sich aus der Kooperation des Verbands mit der Staatsanwaltschaft eine solche ergeben, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Verband in diesem Zusammenhang mit einer unvertretbar weiten Sanktionsschere konfrontieren (S. 376, 383). Es bleibt hier leider offen, wie einer dennoch geäußerten unvertretbar weiten Sanktionsschere praktisch begegnet werden könnte. Generell passt dieser etwas kurz abgehandelte Abschnitt thematisch nicht so recht zur übrigen Arbeit mit einem erkennbaren Schwerpunkt auf der Selbstbelastungsfreiheit von Individuen.

Alles in allem ist *Hübenthals* Dissertation äußerst lesenswert und zu Recht mit dem Promotionspreis des Freundeskreises der Juristischen Fakultät e.V. an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg ausgezeichnet worden.¹⁰ Manche Themen der Arbeit mögen aus Sicht des Praktikers über- und andere unterbeleuchtet worden sein, aber das dürfte Geschmackssache sein. Die wenigen hier geäußerten Kritikpunkte sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass *Hübenthals* Arbeit das Thema hervorragend aufbereitet und wichtige Denkanstöße liefert. In dieser gelungenen Monografie werden gleichsam Praktiker wie akademisch Interessierte fündig, sodass die Lektüre nachdrücklich empfohlen werden soll.

*Rechtsanwalt Dr. Andreas Dürr, M.Jur. (Oxford), München**

⁸ Gegenüber staatlichen Organen mögen sich Beschuldigte – hier fälschlicherweise – ebenfalls als zur Auskunft verpflichtet halten. Dieser Fehlannahme entgegenzuwirken, stellt gerade den Sinn und Zweck der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO dar, vgl. BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 = NJW 1463, 1465.

⁹ Zur Fernwirkung siehe *Schuhr*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 136 Rn. 82 m.w.N.

¹⁰ https://www.duncker-humblot.de/buch/selbstbelastungsfreiheit-und-internal-investigations-9783428190980/?page_id=1 (22.3.2025).

* Der *Autor* ist Rechtsanwalt einer auf Wirtschafts- und Strafrecht & Compliance spezialisierten Kanzlei in München.