

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schiemann
Wiss. Mit. Sabine Horn

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Lovell Fernandez
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 2–50

- 2** | **Das neue Sexualstrafrecht – Der Prozess einer Reform**
von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven
- 12** | **Kommentar zum Beitrag von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven**
von Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- 16** | **Menschenhandel – Konturlose Tatbestände dank EU-Vorgaben?**
von Prof. Dr. Martin Böse
- 21** | **Integrität des Sports – Was sollen neue Tatbestände schützen?**
von Prof. Dr. Carsten Momsen
- 29** | **Kommentar zum Beitrag von Prof. Dr. Carsten Momsen**
von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel
- 32** | **Lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr**
von Prof. Dr. Jörg Eisele
- 39** | **Kommentar zum Beitrag von Prof. Dr. Jörg Eisele**
von Prof. Dr. Tonio Walter
- 44** | **Strafschärfung als Kriminalpolitik?**
von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz
- 48** | **Kommentar zum Beitrag von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz**
von Prof. Dr. Volker Erb

BUCHBESPRECHUNGEN | 51 – 56

- 51** | **Lennart Lutz: Automatisiertes Fahren, Dashcams und die Speicherung beweisrelevanter Daten**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 53** | **Elisa Frank: Der Irrtumsnachweis beim Massenbetrug**
von Dr. Oliver Harry Gerson

TAGUNGSBERICHT | 57 – 59

- 57** | **Interdisziplinäre Fachtagung Autonomes Fahren in Hannover**
von Dr. Andreas Dieckmann, Akad. Rat a.Z.

EDITORIAL

Das vorliegende Sonderheft der KriPoZ enthält die Beiträge der 2. Tagung des Kriminalpolitischen Kreises, die sich am 10. November 2017 an der Universität zu Köln mit dem Thema „Kriminalpolitik – Rückblick und Ausblick“ beschäftigt hat.

Der Kriminalpolitische Kreis (KriK) besteht aus 35 kriminalpolitisch interessierten StrafrechtslehrerInnen aus 28 verschiedenen Universitäten. Die Mitglieder haben es sich zur Aufgabe gemacht, zu aktuellen relevanten rechtspolitischen Fragen aus wissenschaftlicher Sicht Stellung zu nehmen. In Zeiten, in denen das Strafrecht zunehmend als „politischen Allzweckwaffe“ eingesetzt wird, möchte der Kreis Impulse für eine sachliche und ausgewogene Diskussion über Aufgaben und Grenzen strafrechtlicher Sanktionierung geben. Die Mitglieder wollen dabei nicht nur auf vorhandene Gesetzgebungsvorhaben reagieren, sondern auch aus eigener Initiative Vorschläge für eine bessere Gestaltung strafrechtlicher Normen erarbeiten. Diesem Ziel dient zum einen die jährlich stattfindende Tagung des Kriminalpolitischen Kreises, zum anderen die Arbeit in kleineren Gruppen zu speziellen Vorhaben.

Auf seiner ersten Tagung im Jahre 2016 beschäftigte sich der KriK mit „Entbehrlichen Tatbeständen“; die Referate sind in ZStW 129 (2017), 334 ff. abgedruckt. Die Tagung des Jahres 2017 war einem Rückblick auf den strafrechtlichen Ertrag der vergangenen Legislaturperiode gewidmet. Wegen der Fülle der strafrechtlichen Neuerungen der letzten vier Jahre musste eine Auswahl getroffen werden; die Beiträge greifen einige kontroverse und kriminalpolitisch besonders brisante Themen heraus.

Elisa Hoven und *Tatjana Hörnle* setzen sich mit der Reform des § 177 StGB und der Einführung neuer Tatbestände gegen weniger schwerwiegende sexuelle Übergriffe (§§ 184i, 184j StGB) auseinander. *Hoven* kritisiert den Einfluss, den die in den Medien repräsentierte „öffentliche Meinung“ auf die Reformdebatte genommen hat. Ferner erörtern die Autorinnen die technische Qualität der neuen Vorschriften sowie die Frage, wie die Schutzgüter in diesem Bereich zu definieren sind.

Der Beitrag von *Martin Böse* stellt anhand der Neuregelung der Strafbarkeit des Menschenhandels (§ 232 StGB) die Probleme einer Umsetzung von EU-Richtlinien in das nationale Recht dar; dabei beschäftigt er sich insbesondere mit der unterschiedlichen Rolle des Bestimmtheitsgrundsatzes im europäischen und im nationalen Recht.

Bei der Diskussion der neuen Regelungen zum Sportstrafrecht analysieren *Carsten Momsen* und *Michael Kubiciel* die Strafvorschriften des Anti-Doping-Gesetzes sowie die neuen Tatbestände des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe (§ 265d StGB). Neben Problemen der Tatbestandsbestimmtheit steht die Frage der kriminalpolitischen Notwendigkeit der neuen Normen im Vordergrund, insbesondere die Frage, ob ein schutzbedürftiges Rechtsgut „Integrität des Sports“ existiert. Während für *Momsen* die Integrität des Sports eine „strafrechtliche Chimäre“ darstellt, hebt *Kubiciel* die eminente gesellschaftliche Bedeutung des Leistungssports hervor und gelangt zu der Einschätzung, dass die Einhaltung der grundlegenden Wettbewerbsregeln durchaus strafrechtlichen Schutz verdiene.

Mit der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung von illegalen Autorennen und den Fragen, die der neue § 315d StGB aufwirft, beschäftigen sich die Aufsätze von *Jörg Eisele* und *Tonio Walter*. Während *Eisele* die einzelnen Merkmale der neuen Vorschrift und deren Auslegungsprobleme untersucht, nimmt *Walter* die Einführung des § 315d StGB zum Anlass für eine Kritik an der Gleichstellung der unterschiedlichen „Vorsatzarten“ und plädiert für eine allgemein mildere Behandlung des Eventualvorsatzes gegenüber dem direkten Vorsatz.

Schließlich beschäftigen sich *Cornelius Prittwitz* und *Volker Erb* mit der Erweiterung der Strafnormen über Angriffe auf Vollstreckungsbeamte (§§ 113 ff. StGB). *Prittwitz* sieht diese Änderungen kritisch; er betrachtet Strafschärfungen in vorhandenen Tatbeständen generell als „untaugliches und anachronistisches Mittel der Kriminalpolitik“. *Erb* spricht sich demgegenüber für die vorgenommene Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes auf Rettungshelfer sowie auf Polizeibeamte aus, die keine Vollstreckungshandlungen vornehmen.

Wir sind davon überzeugt, dass die Beiträge allen kriminalpolitisch Interessierten Anregungen und Stoff zum Nachdenken geben, und wünschen eine angenehme Lektüre!

J-Prof. PD Dr. Elisa Hoven
Prof. Dr. Thomas Weigend

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Das neue Sexualstrafrecht – Der Prozess einer Reform

von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven*

I. Die Rolle der Medien für die Strafrechtspolitik

Die Bedeutung der Medien für die Gestaltung der Strafrechtspolitik ist kaum zu überschätzen. Immer häufiger werden mehr oder weniger spektakuläre Einzelfälle zum Anlass für mediale Kampagnen gegen das geltende Recht. Die Berichterstattung suggeriert dringenden staatlichen Handlungsbedarf und schafft eine gesellschaftliche Stimmung, die von politischen Parteien oft bereitwillig aufgegriffen wird. Eine Reform des Strafrechts bietet dem Gesetzgeber eine entschlossen wirkende und zugleich kostengünstige Lösung, um auf die öffentlichen Forderungen zu reagieren und seine Handlungsfähigkeit zu demonstrieren.¹ Dieser Form der spontanen, aktionistischen Symbolpolitik hat das StGB die unklare und ausufernde „Lex Edathy“² ebenso zu verdanken wie die übereilte Abschaffung des § 103 StGB.

Im Bereich des Sexualstrafrechts ist der Einfluss der Medien besonders erheblich. Medienberichte über Sexualstraftaten prägen die Wahrnehmung sexueller Gewalt als soziales Problem, formulieren Schuldzuschreibungen und identifizieren praktische und politische Defizite bei der Prävention und Bekämpfung sexueller Gewalt. Damit geben sie Maßstäbe für die (richtige) Reaktion auf Sexualdelinquenz vor und tragen als „Vierte Gewalt des Staates“³ zur Konstitution gesellschaftlicher Bilder und der Entstehung einer „öffentlichen Meinung“ bei.⁴ Journalisten intendieren hierbei jedoch nicht zwingend die neutrale Aufklärung der Rezipienten, sondern folgen der Eigengesetzlichkeit der Medien; sie setzen teilweise eine eigene politische Agenda um oder versuchen – nicht selten durch eine skandalisierende Darstellung – die Zahl ihrer Konsumenten und damit den wirtschaftlichen Erfolg ihres Publikationsorgans zu steigern.⁵

Die „Kölner Silvesternacht“ und der „Fall Gina Lisa Lohfink“ waren Anstoß für intensive mediale Diskussionen über das geltende Sexualstrafrecht und die Notwendigkeit seiner Verschärfung. Mit der im November 2016 in Kraft

getretenen Neuregelung hat der Gesetzgeber die zentrale Vorschrift des § 177 StGB weitgehend umgestaltet und die populäre Forderung „Nein heißt Nein“ zur Grundlage des Sexualstrafrechts gemacht. Zugleich wurden zwei neue Strafvorschriften (§§ 184i und 184j StGB) eingeführt, durch die weniger schwere sexuelle Übergriffe pönalisiert worden sind.⁶

Dieser Beitrag wirft einen Blick auf die Rolle der Medien im Vorfeld der Reform des Sexualstrafrechts. Im Rahmen einer Analyse digitaler Medienberichte⁷ wird untersucht, welche Positionen zur Einführung eines „Nein heißt Nein“-Modells kommuniziert und welche Bilder von der damals geltenden Rechtslage sowie ihrer praktischen Anwendung gezeichnet wurden. Anschließend werden einige Aspekte der Neuregelung betrachtet und die Schwächen einer durch medialen Druck forcierten Gesetzgebung erörtert.

II. Erkenntnisse der Medienanalyse

1. Methodisches Vorgehen und Fragestellungen der Medienanalyse

Gegenstand der Analyse sind 60 Text-Beiträge, die sich mit der Reform des Sexualstrafrechts auseinandersetzen. In die Studie einbezogen wurden digital verfügbare journalistische Texte, darunter sowohl online verfügbare Beiträge der Printmedien als auch reine Online-Publikationen; ausgenommen wurden Blog-Einträge von Privatpersonen ohne Anbindung an ein bestehendes Publikationsorgan. Die Studie beschränkt sich auf Artikel, die im Zeitraum vom 1.4.2016 bis zum 7.7.2016 – also unmittelbar vor dem Beschluss des Bundestages zur Reform des Sexualstrafrechts⁸ – erschienen sind. Eine an inhaltlichen Kriterien ausgerichtete Vorselektion erfolgte nicht, vielmehr wurde versucht, alle Beiträge aus dem relevanten Zeitraum zu erfassen. Von den 60 Beiträgen wurden 36 näher untersucht; bei den übrigen 24 handelte es sich um

* Die Verfasserin ist Juniorprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln.

¹ Dies erkennt auch der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Maas, NSZ 2015, 305 (309).

² Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 32. Ed. (2016), § 201a Rn. 3.

³ Süß/Lampert/Wijnen, Medienpädagogik, 2013, S.108.

⁴ Aufermann/Bohrmann/Sülzer, Gesellschaftliche Kommunikation und Information, 1973; Merten, Die Wirklichkeit der Medien, 1994, S. 318; Schorb/Mohn/Theunert, Sozialisation durch Massenmedien, in: Hurrelmann/Ulrich (Hrsg.), Handbuch der Sozialisationsforschung, 1998, S. 493 (494).

⁵ Pundt, Medien und Diskurs. Zur Skandalisierung von Privatheit in der Geschichte des Fernsehens, 2015, S. 10; Schenk, Medienwirkungsforschung, 2007, S. 446 f.; Schetsche, Die Karriere sozialer Probleme, 1996, S. 40; Walter, Von der Kriminalität in den Medien zu einer Bedrohung durch Medienkriminalität und Medienkriminalologie, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Kölner Symposium. Kriminalität in den Medien, 2000, S. 10 (13).

⁶ BGBl. I 2016, S. 2460. Zur Begründung siehe BT-Drs. 18/9097 v. 6.7.2016.

⁷ Eine ausführliche Darstellung der Medienanalyse findet sich bei Hoven, MschrKrim 2017, 161. Stellen des vorliegenden Beitrags sind aus der Veröffentlichung in der MschrKrim entnommen.

⁸ BGBl. I 2016, S. 2460.

Interviews, wortgleiche Wiederholungen bereits analysierter Beiträge sowie knappe Wiedergaben von Expertenpositionen ohne substanzialle eigene Ergänzungen oder Positionierungen. Diese Beiträge wurden allein unter dem Gesichtspunkt der Tendenzverstärkung mit Blick auf die kommunizierte Haltung zur Reform einbezogen.

Im Rahmen der Inhaltsanalyse wurden Haltung und Diskursstrategie des jeweiligen Beitrages untersucht. Neben der grundsätzlichen Positionierung zum „Nein heißt Nein“-Modell (II.2.) sollen nachfolgend drei häufige Argumentationsmuster dargestellt werden: Die falsche Kommunikation von Statistiken (II.3.), die unrichtige Wiedergabe der Gesetzeslage (II.4.) und die selektive Auswahl von Fallbeispielen (II.5.).

2. Haltung zur Reform

Von den 24 Beiträgen, die keine eigene Stellungnahme enthalten, kommunizieren 19 eine positive Sicht auf die Einführung eines „Nein heißt Nein“-Modells; sie haben Interviews mit Befürwortern zum Gegenstand oder geben die Position von Politikern oder AktivistInnen wieder, die sich für eine Reform aussprachen.

„Doch dem Deutschen Juristinnenbund (djb) gehen diese Reformen nicht weit genug. Der djb begrüße zwar, Strafbarkeitslücken in gravierenden Fällen sexueller und sexualisierter Übergriffe zu schließen, das greife aber im Hinblick auf die Kriminalisierung nicht einverständlicher sexueller Handlungen zu kurz.“⁹

Vier Beiträge zeichnen ein ausgewogenes Bild von der Reform (enthalten also sowohl befürwortende als auch ablehnende Sichtweisen) und nur ein Artikel ein überwiegend kritisches. Wenngleich sich die Verfasser der Beiträge nicht explizit für oder gegen eine Neuregelung aussprechen, vermitteln sie durch die Auswahl der zitierten Personen – PolitikerInnen und AktivistInnen auf der einen, StrafverteidigerInnen und Justiz auf der anderen Seite – eine klare Haltung zur Notwendigkeit der Reform.

Von den 36 näher untersuchten Beiträgen argumentieren 26 für eine Reform¹⁰, sechs sind neutral (weisen also differenziert auf Vor- und Nachteile hin) und vier positionieren sich gegen eine Neuregelung.

„Kann ein ausgesprochenes ‚Nein‘ ausreichen, um einen Menschen zu verurteilen? Darf man das gesetzlich festschreiben? Ja, man kann. Man muss es sogar.“¹¹

3. Falsche Kommunikation von Statistiken

16 der 36 Beiträge berufen sich für ihre Forderung nach einer Reform auf Statistiken zu Sexualstraftaten und deren Verfolgung. Die Verfasser stützen die Notwendigkeit einer Verschärfung des Sexualstrafrechts auf die geringen Verurteilungszahlen. Die Daten der Strafverfolgungsstatistiken werden dabei in Relation zur polizeilichen Kriminalstatistik oder gar zu den Erkenntnissen der Dunkelfeldforschung gesetzt.

„Momentan werden in Deutschland nur einer von 100 strafrechtlich relevanten sexuellen Übergriffen geahndet.“¹²

Die Behauptung einer fehlenden Ahndung sexueller Gewalt wird häufig gekoppelt mit der Annahme eines hohen Dunkelfelds und dem Hinweis auf nur geringe Falschbeschuldigungszahlen.

„2012 wurden von allen angezeigten Vergewaltigungen nur 8,4 Prozent der Täter_innen verurteilt. Die Falschbeschuldigungsquote liegt bei etwa 5 Prozent. Und der Rest der angezeigten Fälle, immerhin über 80 Prozent der Verfahren, können wegen Geringfügigkeit, gegen Auflagen oder weil kein hinreichender Tatbestand besteht eingestellt werden oder nach Beginn eines Strafverfahrens auch mit einem Freispruch aus Mangel an Beweisen enden. 85-95 Prozent aller Menschen, die vergewaltigt wurden, zeigen übrigens gar nicht erst an.“¹³

„Tatsächlich liegt das Verhältnis bei ungefähr 135:1, also: Auf jeden Fall von falschen Vergewaltigungsvorfällen kommen 135 reale Vergewaltigungen.“¹⁴

Die Berufung auf Daten und Zahlen vermittelt den Eindruck von Objektivität; die Position des Verfassers wird aus dem Bereich des Subjektiven und Ambivalenten gehoben und auf das scheinbar neutrale und damit unangreifbare Fundament der Statistik gestellt.¹⁵ Die in den untersuchten Beiträgen verwendeten Daten beruhen jedoch auf – bewussten oder unbewussten – Fehlinterpretationen, Übertreibungen und Verzerrungen.¹⁶

⁹ Hein, Fall Lohfink treibt Debatte um Sexualstrafrecht an, RP-Online v. 14.6.16, abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/fall-lohfink-befoerdert-debatte-um-sexualstrafrecht-neinheisstnein-aid-1.6043891> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

¹⁰ Sechzehn forderten eine Verschärfung mit Nachdruck, zehn äußerten sich zustimmend, ohne selbst eine Forderung aufzustellen.

¹¹ Reinsch, Nein heißt Nein, Frankfurter Rundschau Online v. 14.6.16, abrufbar unter: <http://www.fr.de/politik/meinung/leitartikel/sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-a-339290> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

¹² Maas, Heißt Nein bald wirklich Nein?, bento.de v. 10.6.16, abrufbar unter: <http://www.bento.de/politik/neues-sexualstrafrecht-in-deutschland-heisst-nein-bald-endlich-nein-617471/> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

¹³ So kann das nicht bleiben – zur Reform des Sexualstrafrechts, Blogbeitrag kleinerdrei.org v. 26.4.16, abrufbar unter: <http://kleinerdrei.org/author/nicole/> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

¹⁴ Maas, Gina-Lisa Lohfink: Warum bestraft das deutsche Recht Opfer und schützt Vergewaltiger?, bento.de v. 11.6.16, abrufbar unter: <http://www.bento.de/politik/fall-gina-lisa-lohfink-warum-das-deutsche-recht-vergewaltiger-schuetzt-und-opfer-bestraft-621468/> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

¹⁵ Zum unseriösen Umgang mit Statistiken siehe etwa Krämer, So läuft man mit Statistik, 2015. Ders. jüngst auch in Zeit Online v. 26.4.16, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/wissen/2017-04/statistiken-walter-kraemer-rechenfehler-medien> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017); Bosbach/Korff, Lügen mit Zahlen. Wie wir mit Statistiken manipuliert werden, 2011.

¹⁶ Hierzu auch Fischer, Im Medienrausch der Sexismus-Debatte, Zeit Online v. 6.12.17, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-12/sexualstrafrecht-sexismus-debatte-zahlen> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

Es existieren keine seriösen Daten zum tatsächlichen Anteil von Falschbeschuldigungen an Vorwürfen sexueller Gewalt. Die wenigen Studien, die sich mit falschen Verdächtigungen wegen einer Sexualstraftat beschäftigen,¹⁷ beruhen auf den Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) sowie der Strafverfolgungsstatistiken des Statistischen Bundesamtes (StVStat). Eine falsche Verdächtigung nach § 164 StGB geht jedoch nur dann in die PKS ein, wenn sie zur Anzeige gebracht wurde; in der Verurteilungsstatistik erscheint sie nur dann, wenn der Täter auch verurteilt wurde. Es spricht vieles dafür, dass die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig nur in eindeutig gelagerten Fällen gegen das vorgebliche Opfer einer Sexualstraftat ermitteln. Für diese Zurückhaltung gibt es gute Gründe – schließlich soll das Risiko, ein tatsächliches Opfer sexueller Gewalt zu Unrecht wegen falscher Verdächtigung anzuklagen und damit ein weiteres Mal zu viktimisieren, weitgehend ausgeschlossen werden. Unabhängig von einer womöglich restriktiven Verfolgungspraxis lässt sich in allen „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen, in denen das Gericht die Wahrheit nicht zu ermitteln vermochte, eine falsche Verdächtigung ebenso wenig ausschließen wie ein sexueller Übergriff. Jeder Einstellung und jedem Freispruch, die nicht aus Rechtsgründen erfolgen, liegt daher möglicherweise eine Falschbeschuldigung zugrunde. Da diesen Non-liquet-Situationen die Ungewissheit darüber, ob die Tat in der behaupteten Form stattgefunden hat oder erdacht wurde, immanent ist, verbietet sich seriöserweise eine Aussage über den prozentualen Anteil von Falschbeschuldigungen.

Ebenfalls problematisch ist die Argumentation mit einem großen Dunkelfeld bei Sexualdelikten. Die Behauptung hoher Opferzahlen außerhalb des statistisch erfassten Bereichs ist eine gängige Methode zur Skandalisierung gesellschaftlicher Probleme.¹⁸ Der Hinweis auf eine weite Verbreitung des Phänomens verdeutlicht den Rezipienten das Risiko einer eigenen Betroffenheit und suggeriert zugleich einen dringenden staatlichen Handlungsbedarf.¹⁹ Doch die von Lobbygruppen wie dem Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff)²⁰ kolportierten Zahlen über das Erleben sexueller Übergriffe sind zu wenig verlässlich, um eine überzeugende Grundlage für die Reformdiskussion zu bilden.

Neben den allgemeinen Limitationen der Dunkelfeldforschung²¹ wirkt sich im Bereich der Sexualdelinquenz insbesondere die Subjektivität der Erfahrungsbewertung aus. Mit Dunkelfeldbefragungen wird schließlich nicht die objektive „Kriminalitätswirklichkeit“, sondern immer nur die Selbstbeurteilung und Selbstauskunft der Befragten gemessen²². Sexuelle Übergriffe können sich in ganz unterschiedlichen Formen zeigen; wo die Grenze zwischen einer (straflosen) Distanzlosigkeit, einer Belästigung oder einer abgenötigten sexuellen Handlung liegt, wird von den Betroffenen unterschiedlich empfunden und ist auch rechtlich nicht immer eindeutig zu beurteilen. Einen Hinweis auf die individuell abweichende Einschätzung sexueller Übergriffe gibt die viel zitierte Studie „Gewalt gegen Frauen“ der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.²³ Die europaweite Befragung von Frauen zu Gewalterfahrungen – auch im sexuellen Kontext – kommt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass 81 Prozent der Schwedinnen bereits Opfer sexueller Belästigung geworden sind, jedoch nur 24 Prozent der Bulgarinnen.²⁴ Hier liegt die Vermutung nahe, dass über Voraussetzungen und Verständnis sexueller Übergriffe kein Konsens existiert.²⁵ Die Wahrnehmung einer Viktimisierung hängt offenbar auch von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ab; eine mögliche Erklärung der divergierenden Resultate besteht darin, dass eine fortgeschrittene Gleichstellung der Frau (wie in Schweden) mit einer höheren Sensibilität für die Verletzung der eigenen sexuellen Grenzen korreliert.

Der wohl schwerwiegendste Fehler der Berichterstattung liegt jedoch in der Berufung auf eine Verurteilungsquote, der zufolge Sexualstraftaten in Deutschland nur in seltenen Fällen geahndet werden.²⁶

„Deutschland hat eine durchschnittliche Verurteilungsquote bei sexueller Gewalt von rund 8%. Wenn man die Vielzahl der erst gar nicht angezeigten Fälle (siehe auch #ichhabnichtangezeigt) hinzuzieht, dann muss man konstatieren, dass sexuelle Gewalt ein nahezu strafloses Verbrechen ist.“²⁷

Die Verurteilungsquote von 8 Prozent beruht auf gleich mehreren Missverständnissen.²⁸ Sie ist nicht das Ergebnis einer detaillierten Verlaufsstudie²⁹, sondern das Resultat einer schlichten Gegenüberstellung der Zahlen aus PKS

¹⁷ Siehe etwa *Elsner/Steffen*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, 2005, S. 182, 282. *Elsner* und *Steffen* gehen allerdings von einer Quote von 7,4 Prozent aus.

¹⁸ *Schetsche* (Fn. 5), S. 89.

¹⁹ A.a.O.

²⁰ *Frauen gegen Gewalt e.V.*, abrufbar unter: <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/Kampagne-Vergewaltigung-verurteilen.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²¹ Siehe hierzu *Prätor*, Ziele und Methoden der Dunkelfeldforschung, in: *Eiffler/Pollich* (Hrsg.), *Empirische Forschung über Kriminalität*, 2014, S. 31.

²² *Heinz*, in: *FS Kury*, 2006, S. 241 (244); vgl. auch *Bock*, *Kriminologie*, 2013, Rn. 256.

²³ Abrufbar unter: <http://fra.europa.eu/de/press-release/2014/gewalt-gegen-frauen-sie-passiert-taglich-und-allen-kontexten> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²⁴ Studie „Gewalt gegen Frauen“ (Fn. 23), S. 99.

²⁵ So auch *Krämer*, der die Studie zur „Unstatistik des Monats“ gewählt hat, abrufbar unter: http://www.rwi-essen.de/media/content/pages/presse/downloads/Unstatistik_Maerz_Layout.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²⁶ So auch *Frauen gegen Gewalt e.V.*, *Zahlen und Fakten zum Plakat „Vergewaltigung verurteilen“*, abrufbar unter: <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/zahlen-und-fakten-zum-plakat-vergewaltigung-verurteilen.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²⁷ *Dahlberg*, *Der Fall Gina-Lisa – Eine historische Chance für ein neues Sexualstrafrecht?*, *huffingtonpost.de* v. 13.6.16, abrufbar unter: http://www.huffingtonpost.de/hanna-dahlberg/sexuelle-gewalt-lohnt_b_10435224.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²⁸ Hieran ist auch die Wissenschaft nicht ganz unschuldig. Die Aussagen gehen zurück auf eine Veröffentlichung des Kriminologischen Instituts Niedersachsen, abrufbar unter: http://www.wedit.kfn.de/versions/kfn/assets/Presseerklaerung_Vergewaltigung.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

²⁹ So etwa *Kerner*, *Kriminalistik* 70 (2016), 30 und *Hartmann/Schrage/Boetticher/Tietze*, *Untersuchung zu Verfahrensverlauf und Verurteilungsquoten bei Sexualdelikten in Bremen*, Abschlussbericht, 2015.

und StVStat. Eine solche Konstruktion von Verurteilungsquoten ignoriert sowohl die Natur der Statistiken als auch den ganz üblichen Ausfilterungsprozess („Strafverfolgungstrichter“)³⁰ im Strafverfahren. PKS und StVStat sind Tätigkeitsnachweise der jeweiligen Behörden, die unterschiedlichen, nicht aufeinander abgestimmten Parametern folgen. So entstehen Verzerrungen bereits im Rahmen einer rechtlichen Neubewertung der Tat zwischen Anzeige und Verurteilung. Wurde ein sexueller Übergriff etwa als Vergewaltigung nach § 177 StGB a.F. angezeigt und stellt das Gericht dann eine sexuelle Nötigung nach § 240 Abs. 4 StGB a.F. fest, so erscheint dieser Verfahrensausgang bei einem mechanischen Vergleich der Statistiken als „Freispruch“ in Bezug auf die angezeigte Vergewaltigung.

Neben den Verzerrungen aufgrund eines direkten Vergleichs von Daten aus PKS und StVStat leidet die Bildung einer „Verurteilungsquote“ an dem grundlegenden Fehler einer Gleichsetzung von Anzeigen und Taten. Die Berichterstattung geht davon aus, dass es sich bei jeder angezeigten Tat um einen „strafrechtlich relevanten sexuellen Übergriff“ handelt und eine geringe Verurteilungsquote daher Ausdruck eines ungerechten und defizitären Strafrechtssystems ist. Diese Sichtweise blendet zunächst aus, dass nicht jeder Anzeige auch tatsächlich ein strafbares Verhalten des Angeklagten zugrunde liegen muss. Der berechnete Freispruch eines Beschuldigten – etwa nach einer falschen Verdächtigung oder weil es sich nicht um den wahren Täter handelt – wird nach dieser Lesart jedoch zu einem Teil der „desaströsen“ Verurteilungsquote.

Besonders bedeutsam für die Reformdiskussion ist die mediale Darstellung, dass die Verurteilung einer angezeigten Tat an zu hohen Strafbarkeitsvoraussetzungen scheitert („Das Opfer muss sich wehren“, hierzu sogleich unter 3.); eine Annahme, mit der die Forderung nach einer Verschärfung des Sexualstrafrechts begründet wird. Verlaufsstudien legen jedoch nahe, dass nicht die Hürden des Rechts, sondern Probleme der Nachweisbarkeit wesentliche Ursache für die Einstellung von Strafverfahren sind. So stellten *Hartmann et al.* fest, dass in 40 Prozent der von ihnen untersuchten Fälle die Verfahrenseinstellung ihren Grund (auch) in dem Verhalten des Anzeigerstatters hatte: der Opferzeuge widerrief die eigene Aussage oder machte von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch.³¹ Erstattet eine Person also Anzeige bei der Polizei und verweigert anschließend weitere Angaben, so liegt die Verurteilungsquote – erneut – bei 0 Prozent; ein Befund, an dem auch ein extensives Strafrecht nichts zu ändern vermag.

4. Die unrichtige Wiedergabe der Gesetzeslage

18 der untersuchten Beiträge behaupten, dass die Strafbarkeit des Täters nach § 177 StGB a.F. eine aktive körperliche Gegenwehr des Opfers voraussetze.³²

„Heute muss das sexuelle Selbstbestimmungsrecht wehrhaft verteidigt werden, man muss also körperlich Widerstand leisten.“³³

„Wer sich beim Akt nicht deutlich und körperlich wehrt, wird nach deutschem Recht also auch nicht vergewaltigt.“³⁴

Bereits ein kurzer Blick auf § 177 StGB a.F. zeigt, dass es sich hier um ein – bedauerlicherweise verbreitetes –³⁵ Missverständnis handelt. Die Norm knüpft allein an die Handlung des Täters an; ein besonderes Abwehrverhalten des Opfers ist erkennbar keine Voraussetzung der Strafbarkeit. Nach altem Recht musste der Täter das Selbstbestimmungsrecht seines Opfers durch Gewalt, Drohung oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage verletzen. In all diesen Fällen oblag es dem Opfer – selbstverständlich – nicht, sich gegen den Täter zur Wehr zu setzen.

Die Fehldeutung der Vorschrift lässt sich damit erklären, dass der Täter – wenn sich das Opfer nicht bereits in einer schutzlosen Lage befand – ein Nötigungsmittel einsetzen musste. Tat er dies nicht und blieb das Opfer vollständig passiv, so war der Handelnde (mangels Nötigung) nicht strafbar. Durch eine Gegenwehr konnte das Opfer also eine Situation herbeiführen, in der sich der Täter eines Nötigungsmittels bedienen und damit die Grenze zur Strafbarkeit überschreiten musste.³⁶ Allerdings genügte hierfür etwa bereits der Versuch, den Raum zu verlassen; in diesem Fall war der Täter gezwungen, mit Gewalt oder Drohungen auf das Opfer einzuwirken, um die sexuelle Handlung vornehmen zu können. Eine körperliche – oder gar eine „kräftige“ oder „massive“ – Gegenwehr war unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich erforderlich.³⁷

Die Beschreibung der Rechtslage ist in einigen Beiträgen in einer Weise unrichtig, die mit bloßen Recherchefehlern kaum zu erklären ist. Während der Tatbestand teilweise auf die Begehungsform der Gewaltausübung beschränkt wird, kumulieren andere Autoren die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 177 StGB a.F. und stellen damit praktisch kaum erfüllbare Anforderungen an die Verwirklichung der Strafnorm.

³⁰ Bei der Betrachtung aller angezeigten und verurteilten Taten ergibt sich eine „Verurteilungsquote“ von etwa 11,8 Prozent. Sie liegt damit zwar höher als in Fällen sexueller Übergriffe, weicht aber auch nicht in einem dramatischen Umfang ab.

³¹ *Hartmann/Schrage/Boetticher/Tietze* (Fn. 29), S. 27.

³² Sechs Beiträge stellten die Rechtslage weitgehend zutreffend dar, zehn verhielten sich zu diesem Punkt nicht.

³³ *Reich/Clemm*, Wann heißt Nein endlich Nein?, *zeit.de* vom 20.4.16, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/kultur/2016-04/sexualstrafrecht-gesetzesentwurf-kritik-geschlechterverhaeltnis-10nach8> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

³⁴ *Maas* (Fn. 14).

³⁵ Diese Fehlvorstellung von den Anforderungen des § 177 StGB a.F. finden sich erstaunlicherweise auch in Veröffentlichungen in Rechtszeitschriften: *Herning/Iligner*, ZRP 2016, 77.

³⁶ Hierzu auch *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182.

³⁷ Das Tatbestandsmerkmal der „Gewalt“ ist etwa auch erfüllt, wenn der Täter die Beine des Opfers auseinander presst; *BGH* NSTz 2010, 149; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 177 Rn. 25.

„[§§ 177 ff.] besagen aktuell, dass sich eine Frau körperlich wehren muss, also um sich schlagen, um einen Mann wegen Vergewaltigung anzeigen zu können. Außerdem müsse sie sich in einer schutzlosen Lage befinden und ihr Leben bedroht sein.“³⁸

Darüber hinaus werden an die Handlungsvarianten Bedingungen gestellt, die weder nach dem Wortlaut der Norm noch nach der Rechtsprechung vorliegen müssen: so soll allein die „massive“ Gewalt und die Bedrohung des Lebens für eine Verurteilung des Täters ausreichen.

„Als Vergewaltigung zählt nur eine Penetration gegen den Willen des Opfers unter Anwendung massiver physischer Gewalt“³⁹

5. Selektive Auswahl von Fallbeispielen

27 Beiträge stützen die Notwendigkeit einer Reform auf „erhebliche Schutzlücken“ im Sexualstrafrecht. Illustriert werden die legislativen Mängel durch Berichte über Fälle, in denen nach damals geltender Gesetzeslage eine Verurteilung des Täters – nach Ansicht der Autoren zu Unrecht – nicht möglich gewesen sei. Die Schilderung individueller Schicksale spricht den Rezipienten emotional an und löst, gerade im Bereich der Sexualdelinquenz, „bei sehr vielen Menschen Einfühlungsbereitschaft“⁴⁰ aus. Die Rechtslage wird hierbei auf ein anschauliches Fallbeispiel reduziert, die mögliche Ambivalenz einer komplexen Beweislage ausgeblendet und die „richtige“ Bewertung der Tat als alternativlos vorausgesetzt. Das vermittelte Gefühl, einem Opfer sexueller Gewalt werde Gerechtigkeit versagt, führt zu einer Affektbindung, die eine „anhaltende moralische und vielleicht auch politische Empörung auslösen“⁴¹ kann. Hinzu tritt, dass der dargestellte Fall als „Teil eines größeren, dahinterstehenden, bedeutsameren und bedrohlicheren Problems“ erscheint und damit und in der Wahrnehmung der Leser keine Ausnahme, sondern „nur die ‚Spitze des Eisberges‘“ bildet.⁴² Durch die selektive Auswahl werden höchst seltene – und bei näherer Betrachtung meist nicht eindeutig zu beurteilende – Taten an der Grenze des gesetzlich Strafbaren oder schlichte Fehlurteile⁴³ zum Beleg für grundlegende Missstände des Rechts stilisiert.⁴⁴

³⁸ In Deutschland reicht ein ‚Nein‘ nicht aus: Politiker setzen sich für *Gina-Lisa Lohfink* ein, in focus.de v. 13.06.16, abrufbar unter: http://www.focus.de/kultur/vermischtes/gina-lisa-lohfink-politiker-setzen-sich-fuer-sie-ein_id_5623153.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

³⁹ *Elmenthaler* in Deutschlandradio Kultur – Sein und Streit v. 19.6.2016, abrufbar unter: http://www.deutschlandradiokultur.de/debatte-ueber-sexualstrafrecht-gegen-stereotypen-in-den.2162.de.html?dram:article_id=357639 (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

⁴⁰ *Klimke/Lautmann*, Zeitschrift für Sexualforschung 19 (2006), 1 (8).

⁴¹ *Schetsche* (Fn. 5), S. 89.

⁴² *Cremer-Schäfer*, KrimJ 1992, 23 (32); *Walter* (Fn. 5), S. 18 f.; *Walter*, MschrKrim 1998, 433 (435).

⁴³ *Frommel*, Beiheft ‚Sexualität und Strafe‘ zu KrimJ 2016, 53 (56).

22 Beiträge, die sich mit der Reform des Sexualstrafrechts beschäftigten, nahmen auf die „Kölner Silvesternacht“ Bezug, 17 Texte auf den „Fall *Gina-Lisa Lohfink*“. Die Ereignisse in der Silvesternacht wurden in 16 Beiträgen explizit als Beleg für die Schutzlücken des deutschen Rechts herangezogen; das Verfahren gegen *Gina-Lisa Lohfink* war in 13 Berichten Anlass für die Forderung nach einem „Nein heißt Nein“-Modell.

„Der Fall *Gina-Lisa Lohfink* zeigt: Das deutsche Sexualstrafrecht muss endlich reformiert werden.“⁴⁵

„Wenn ein Justizminister die Kölner Betroffenen zur Anzeige auffordert, wohl wissend, dass unser derzeitiges Sexualstrafrecht gar keinen Straftatbestand für ein solches Verhalten vorsieht.“⁴⁶

In Wahrheit eignen sich beide Aufhänger nicht oder nur sehr begrenzt als argumentative Grundlage für den Ruf nach einer Reform. Es ist nicht bekannt, dass eine Verurteilung der auf der Kölner Domplatte begangenen Taten an den Unzulänglichkeiten des damals geltenden Rechts scheiterte. Die berichteten Tatumstände legen es jedenfalls nahe, dass die in der Silvesternacht begangenen Handlungen auch nach altem Recht ohne Weiteres strafbar waren; schließlich wurde durch das Einkesseln der Frauen Gewalt ausgeübt oder eine schutzlose Lage geschaffen. Das Ausbleiben strafrechtlicher Sanktionen hat seine Ursache vielmehr darin, dass die überforderten Polizeikräfte die notwendigen Festnahmen nicht durchführen konnten und eine spätere Identifikation der Täter kaum möglich war. Die Kölner Silvesternacht erscheint hier als Vorwand für die Durchsetzung einer zuvor nicht mehrheitsfähigen Agenda und der Ruf nach einer Verschärfung des Strafrechts als Manöver der Ablenkung von den eigentlichen politischen Versäumnissen.⁴⁷

Nicht anders zu bewerten ist die Rolle der Medien im Fall *Gina-Lisa Lohfink*. Das Verfahren gegen die Anzeigerstatin wegen falscher Verdächtigung wurde von Medien und Politik zum Symbol für die Schwächen eines Strafrechts erhoben, das ein „Nein“ des Opfers nicht genügen lässt. Doch auch hier war das Beispiel schlecht gewählt; die Video-Aufzeichnungen des Sexualakts legten

⁴⁴ So war etwa die Entscheidung *BGH* 3 StR 385/12 Grund für Empörung, vgl. etwa <http://www.tagesspiegel.de/politik/umstrittene-urteile-des-bgh-warum-das-gesetz-gegen-vergewaltigung-geaendert-werden-muss/12817908.html> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017). Das Gericht hat eine Vergewaltigung hier zwar nicht abgelehnt, sondern die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landgericht zurückverwiesen. Doch wäre die Annahme einer konkludenten Drohung durch den Täter, der den Freund des Opfers in ihrem Beisein erschossen hatte und die Tatwaffe weiterhin bei sich führte, naheliegend gewesen. Die Entscheidung *des 3. Strafsenates* weist daher eher auf eine zu restriktive Anwendung des geltenden Rechts als auf dessen Mangelhaftigkeit hin.

⁴⁵ *Reinsch* (Fn. 11).

⁴⁶ *Dahlberg* (Fn. 27).

⁴⁷ Die Debatte um die Kölner Silvesternacht hat allerdings eine tatsächliche Schwachstelle des Sexualstrafrechts in den Blick gerückt: Das sogenannte „Grabschen“ konnte nach früherem Recht allein als tätliche Beleidigung, nicht aber als Sexualdelikt bestraft werden. Die Einführung einer speziellen Regelung gerade im Sexualstrafrecht trägt der Tatsache Rechnung, dass es sich in diesen Fällen nicht um eine Verletzung der Ehre, sondern der sexuellen Selbstbestimmung handelt.

nahe, dass sich das von *Gina-Lisa Lohfink* geäußerte „Hör auf“ allein auf das Filmen und nicht auf die sexuelle Handlung bezog. Da ein entgegenstehender Wille für den objektiven Betrachter also nicht erkennbar war, hätten sich die Beteiligten auch nach dem „Nein heißt Nein“-Modell nicht strafbar gemacht. Die mediale Berichterstattung ist hier nicht nur irreführend, sondern schafft auch falsche Erwartungen; sieht man in der fehlenden Verurteilung der Männer eine „Schutzlücke“, so wird sie auch durch das neue Recht nicht geschlossen.

III. Die Reform des Sexualstrafrechts und ihre Defizite

Der medial erzeugte Reformdruck konnte an Politik und Gesetzgeber nicht spurlos vorübergehen.⁴⁸ Selbst die damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses, Renate Künast, stützte ihre Forderung nach einem „Nein heißt Nein“-Modell auf in den Medien verbreitete Fehlannahmen:

„Die Reform ist ein historischer Schritt. (...) Wir haben nie akzeptiert, dass eine Frau sich wehren muss, damit eine Vergewaltigung auch als solche bestraft werden kann.“⁴⁹

Die im Wesentlichen einstimmige⁵⁰ Verabschiedung des Gesetzes wurde als „Sternstunde“ der parlamentarischen Demokratie⁵¹ gepriesen.

Tatsächlich erfolgte die Änderung des Sexualstrafrechts überhastet und ohne die notwendige Auseinandersetzung mit den Inhalten und Folgen des neuen Rechts.

In seiner Eile blendete der Gesetzgeber die sensiblen Fragen der Grenzziehung zwischen sexueller Selbstbestimmung und individueller Freiheit ebenso aus wie die Erkenntnisse der vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Anfang 2015 zur Reform des Sexualstrafrechts eingesetzten Expertenkommission.⁵² Auch der zurückhaltendere Änderungsentwurf der Bundesregierung zu § 177 StGB⁵³ wurde im Rechtsausschuss des Bundestages beiseite geschoben und ohne nennenswerte Diskussion durch eine offenbar spontan und kurzfristig erstellte neue Fassung ersetzt.⁵⁴

Die problematischen Folgen dieser Form aktionistischer Gesetzgebung sollen anhand von vier Beispielen knapp dargelegt werden: Die fehlende Reflexion der Neuausrichtung des geschützten Rechtsguts (a), die systematischen Schwächen des § 177 StGB (b), die Verwendung unklarer Begriffe (c) sowie die verfassungsrechtlich fragwürdige Einführung symbolträchtiger, aber rechtsdogmatisch undurchdachter Tatbestände (d).

a) Die Neuausrichtung des Schutzguts der „sexuellen Selbstbestimmung“

Nach § 177 StGB a.F. setzte die Strafbarkeit des Täters die Ausübung von Gewalt, eine Drohung oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage des Verletzten voraus. Für § 177 Abs. 1 StGB n.F. genügt nunmehr die Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den „erkennbaren Willen“ der anderen Person.⁵⁵ Befürworter der Reform begrüßten diese Umsetzung des „Nein heißt Nein“-Modells als Weg zur Schließung zuvor bestehender Strafbarkeitslücken.⁵⁶ Tatsächlich wird mit der Neuregelung jedoch keine „Lücke“ geschlossen, sondern das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung neu definiert.

Von dem Schließen einer „Lücke“ kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn mit der Änderung des Strafrechts das bestehende Schutzniveau nicht lediglich aufrecht erhalten, sondern erweitert werden soll. § 177 StGB a.F. schützte die sexuelle Selbstbestimmung als Fähigkeit eines jeden Menschen, frei über seine Sexualität entscheiden und nach dieser Entscheidung handeln zu können; also sexuell selbstbestimmt zu leben. So formuliert etwa *Sick*, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dem Opfer die „physischen und psychischen Voraussetzungen für die Fähigkeit erhalten soll, selbst zu bestimmen, ob es jetzt, hier und von dieser Person in ein sexualbezogenes Geschehen einbezogen werden will oder nicht.“⁵⁷ Legt man dieses Verständnis zugrunde, sind Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung konsequenterweise als Nötigungsunrecht auszugestalten: Der Täter verletzt das Recht eines anderen auf sexuelle Selbstbestimmung dann, wenn er die Autonomie seines Opfers etwa durch die Anwendung von Gewalt oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage überwindet.

⁴⁸ Zur Macht der öffentlichen Meinung und der Medien vgl. etwa *Luhmann*, Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven, 1990, S. 180; *Dölling/Gössel/Waltoš*, Kriminalberichterstattung in der Tagespresse. Rechtliche und kriminologische Probleme, 1998; *Hamm*, Große Strafprozesse und die Macht der Medien, 1997; *Frehsee*, Kriminalität in den Medien. Eine kriminelle Wirklichkeit eigener Art, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Kölner Symposium. Kriminalität in den Medien, 2000, S. 23 (37); *Walter* (Fn. 42), 433 f.

⁴⁹ *Renate Künast*, zitiert nach http://www.deutschlandfunk.de/sexualstrafrecht-bundestag-beschliesst-nein-heisst-nein.1818.de.html?dram:article_id=359399 (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

⁵⁰ Gegenstimmen gab es nur bezüglich der Einführung von § 184j StGB; s. BT-Protokoll 18/183, S. 17999, 18015.

⁵¹ Siehe die Stellungnahme der Abg. *Winkelmeier-Becker* (CDU), abrufbar unter <http://www.elisabeth-winkelmeier-becker.de/index.php/neuigkeiten/neuigkeiten-berlin/1515-reform-des-sexualstrafrechts-war-sternstunde-des-parlaments> (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

⁵² Zum Auftrag der Expertenkommission siehe https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02202015_Stn_Reform_Sexualstrafrecht.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2017).

⁵³ BT-Drs. 18/8210 v. 25.4.2016.

⁵⁴ Hierzu bereits *Hoven/Weigend* (Fn. 36); deutlich *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 177 Rn. 5 (in der aktuellen Auflage deutlich zurückhaltender).

⁵⁵ § 177 Abs. 1 StGB: „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

⁵⁶ Siehe zu der Diskussion z.B. *Hörnle*, GA 2015, 313; *dies.*, ZIS 2015, 206; *Walter*, JR 2016, 361.

⁵⁷ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 87; übereinstimmend *Wolters*, in: SK -StGB, 8. Aufl. (2012), § 177 Rn. 2.

Dem neuen § 177 Abs. 1 StGB liegt hingegen ein anderer Begriff der sexuellen Selbstbestimmung zugrunde. Hiernach hat jede Person einen Anspruch darauf, dass die von ihr getroffene (und geäußerte) Entscheidung über die eigene Sexualität respektiert wird. Ein so verstandenes Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist bereits dann berührt, wenn der Täter die von seinem Opfer kommunizierte Ablehnung sexueller Handlungen ignoriert.⁵⁸

Das Schutzgut der neuen Vorschrift ist also die Achtung der Willensentscheidung einer Person und nicht mehr – wie bisher – deren *Fähigkeit* zur sexuellen Selbstbestimmung. Als rechtspolitische Entscheidung ist dies durchaus vertretbar. Der Gesetzgeber hat damit jedoch nicht eine „Schutzlücke“ innerhalb des früheren Konzepts geschlossen, sondern das geschützte Rechtsgut neu definiert und den Bereich des Strafbaren über den bisherigen Schutz der Willensbetätigung hinaus ausgedehnt.⁵⁹ Eine solch grundlegende Änderung der Kernvorschrift des Sexualstrafrechts steht dem Gesetzgeber selbstverständlich frei. Es wäre allerdings sinnvoll und notwendig gewesen, die Voraussetzungen und Auswirkungen einer derart weitreichenden Neukonzeption in Ruhe zu bedenken – anstatt sie als bloße Korrektur des alten Rechts eilig zu beschließen.

b) Systematische Schwächen

Ein gravierender Mangel der Neuregelung besteht in der wenig plausiblen Ausgestaltung der Qualifikationstatbestände und Regelbeispiele in § 177 StGB. So sieht etwa § 177 Abs. 6 StGB für den Fall der Vergewaltigung einen besonders schweren Fall mit einer Mindeststrafandrohung von 2 Jahren vor. Das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges wird demgegenüber in Abs. 7 als Qualifikation mit einer Mindeststrafe von drei Jahren geahndet. Es wird also härter bestraft, wer mit einem Schraubenzieher in der Tasche sein Opfer überraschend in den Schritt fasst als derjenige, der an seinem Opfer gegen dessen Willen den Geschlechtsverkehr vollzieht. Die Einteilung in Qualifikationen und Regelbeispiele sowie die Festlegung unterschiedlicher Strafmaßandrohungen folgt hier keiner erkennbaren systematischen Logik.

Problematisch erscheint auch, dass Qualifikationen und besonders schwere Fälle unterschiedslos für sämtliche Tathandlungen in den Abs. 1 bis 5 gelten sollen; also bereits für den sexuellen Übergriff ohne Anwendung von Gewalt oder Drohung. Die Schwierigkeit einer fehlenden Differenzierung zwischen sexuellen Übergriffen und sexueller Nötigung zeigt sich insbesondere am Beispiel des Beisichführens gefährlicher Werkzeuge (§ 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB). Nach der Gesetzesbegründung liegt das gesteigerte Unrecht des Beisichführens eines gefährlichen

Werkzeugs in dem „erhöhten Gefahrenpotenzial“ des Täters.⁶⁰ Ein solches Potenzial kann jedoch nur dann von Bedeutung sein, wenn der Täter damit rechnen muss, das Werkzeug möglicherweise zur Überwindung des Widerstandes seines Opfers einzusetzen. Möchte der Täter die sexuelle Handlung etwa durch Gewalt oder Drohung (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 5 StGB) erreichen, so erhöht das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges die Gefährlichkeit der Situation. Nutzt der Täter zur Vornahme der sexuellen Handlung dagegen die Bewusstlosigkeit des Opfers (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB), dessen Überraschung (§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB) oder eine bestehende Bedrohungslage (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB) aus, so besteht keine vergleichbare Eskalationsgefahr. Aus seiner Sicht kommt ein Widerstand des Opfers und damit auch der Einsatz eines zufällig mitgeführten Werkzeuges gar nicht in Betracht, so dass auch die Gefährlichkeit der Tat nicht gesteigert wird. Der Gesetzgeber hätte daher den Anwendungsbereich von § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB auf solche Begehungsweisen begrenzen sollen, bei denen der Täter damit rechnen muss, dass er mit einem entgegenstehenden Willen des Opfers konfrontiert wird.

Ein überzeugenderes Konzept für die Regelung ungewollter sexueller Handlungen schlägt auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht in ihrem 2017 vorgelegten Abschlussbericht vor: An die Stelle des § 177 StGB sollten eine Vorschrift für Nötigungstatbestände und eine Vorschrift für sexuelle Übergriffe treten, für die jeweils passende Qualifikationstatbestände vorgesehen werden.⁶¹

c) Begriffliche Unklarheiten

Dass ein neu geschaffener Straftatbestand auslegungsbedürftige Begriffe enthält und Streitfragen aufwirft, ist für sich genommen weder verwunderlich noch gänzlich vermeidbar. Wird ein Gesetz allerdings in einem hektischen Verfahren ohne nennenswerte Einbeziehung von Experten und kritischer Überprüfung durch Sachverständige beschlossen, so besteht eine besondere Gefahr für normative Ungenauigkeiten. Beispiele hierfür sind die unklare Formulierung der „Erkennbarkeit“ in § 177 Abs. 1 StGB⁶² sowie der misslungene § 184i StGB (Sexuelle Belästigung), auf den im Folgenden kurz näher eingegangen werden soll.

Nach § 184i StGB macht sich strafbar, wer „eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt“. Hier ist zunächst fraglich, aus wessen Perspektive die Sexualbezogenheit der Handlung zu ermitteln ist: der eines objektiven Beobachters oder der des Täters.⁶³ Letzteres legt die Gesetzesbegründung nahe: eine körperliche Berührung soll dann „in sexuell bestimmter Weise“ erfolgen, wenn sie „sexuell motiviert“

⁵⁸ So *Hörnle*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), vor § 174 Rn. 28; *dies.*, ZStW 127 (2015), 851 (862). Ähnlich *Frommel*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), vor § 174 Rn. 1, die das Unrecht darin sieht, dass sich der Täter über den Willen der anderen Person hinwegsetzt, und dabei die Wahl der Nötigungsmittel „unberücksichtigt“ lassen möchte. Eine mittlere Position nimmt *Renzikowski*, in: MüKo-StGB (Fn. 37), vor § 174 Rn. 8, ein; er versteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als „Freiheit davor, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden“.

⁵⁹ *Fischer*, StGB (Fn. 54), § 177 Rn. 5f.

⁶⁰ BT-Drs. 18/9097 (Fn. 6), S. 29.

⁶¹ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 305, 727.

⁶² *Fischer*, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 2015, 312 (317).

⁶³ Hierzu ausführlich *Hoven/Weigend* (Fn. 36).

ist.⁶⁴ Danach wäre etwa die Berührung des Fußes durch einen Fußfetischisten sexuell bestimmt und nach § 184i StGB strafbar. In der Literatur wird hingegen – bislang für die Auslegung der „sexuellen Handlung“ § 184h Nr. 1 StGB – ein objektiver Ansatz vertreten.⁶⁵ Danach kann eine für den durchschnittlichen Betrachter neutrale Handlung nicht allein durch die Wahrnehmung des Täters zu einer „sexuellen“ werden. Diese Sichtweise ist für den neuen § 184i StGB richtig. Da die Berührung hier nicht einmal „erheblich“ i.S.v. § 184h Nr. 1 StGB sein muss, wären bei einer rein tätergesteuerten sexuellen „Bestimmung“ auch Handlungen erfasst, die – wie etwa das Berühren des Unterarms einer anderen Person – von der großen Mehrzahl der Menschen nicht mit Sexualität in Verbindung gebracht werden und die daher auch der Betroffene zwar vielleicht als unangenehmes Eindringen in seine Persönlichkeitsphäre, aber nicht als Verletzung seiner *sexuellen* Selbstbestimmung versteht. Der Gesetzgeber hätte diese – auf der Hand liegende – Zweifelsfrage durch eine Beschränkung des Tatbestandes auf objektiv eindeutig sexualbezogene Berührungen vermeiden können.

Eine weitere begriffliche Unklarheit liegt in der Voraussetzung einer „Belästigung“. Der Gesetzgeber hat die Formulierung aus § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) übernommen – ohne zu beachten, dass das Tatbestandsmerkmal seit langer Zeit erheblicher Kritik ausgesetzt und in seinen Konturen weitgehend unbestimmt ist.⁶⁶

Eine „Belästigung“ soll nach dem Verständnis des Gesetzgebers dann vorliegen, wenn das Opfer „in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigt“ wurde.⁶⁷ Ausgeschlossen ist eine Belästigung hingegen dann, wenn der Vorgang bei dem Betroffenen „nur Interesse, Verwunderung oder Vergnügen auslöst“.⁶⁸ Die Verwirklichung des § 184i StGB hängt also von der Reaktion des Opfers – und damit vom „Glück“ des Täters – ab. Küsst etwa ein Mann in der Diskothek eine ihm unbekannt Frau unvermutet auf den Hals, so ist er strafbar, wenn sich die Frau hierdurch belästigt fühlt; er bleibt straflos, wenn er bei ihr auf Interesse stößt.

Dass die Strafbarkeit des Täters durch die Präferenzen und Emotionen des Opfers bestimmt wird, ließe sich vermeiden, wenn § 184i StGB nicht auf das subjektive Empfinden des Opfers, sondern auf die objektive Eignung der Berührung zur Belästigung, d.h. zum Hervorrufen negativer Emotionen, abstellen würde.⁶⁹ Es ist vor allem mit der Eile des Gesetzgebers zu erklären, dass er diesen Ansatz, den er erst vor kurzem für den Tatbestand der Nachstellung

umgesetzt hat,⁷⁰ nicht auf die sexuelle Belästigung übertragen hat.

d) Verfassungsrechtliche Probleme

Die mit weitem Abstand schärfste Kritik hat der im Zuge der Reform eingeführte § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) auf sich gezogen. Wer „eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird (gem. § 184j StGB) bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

Die Vorschrift weist zunächst eine Vielzahl begrifflicher Unschärfen auf (Wann handelt es sich um eine „Gruppe“ und keine bloße Ansammlung? Wie „beteiligt“ man sich an einer Gruppe? Wie kann der Wille zur Begehung einer Straftat durch die Gruppe gebildet werden? Ist „Fördern“ ein eigenes TB-Merkmal? Oder besteht das „Fördern“ in der Beteiligung? Was ist die „Straftat“?). Besonders problematisch erscheint jedoch die Voraussetzung einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit, die zugleich die Verbindung der an sich nicht sexualbezogenen Tathandlung des § 184j StGB zu den Sexualdelikten des 13. Abschnitts herstellen soll: Ein Beteiligter der Gruppe muss eine Straftat nach § 177 StGB oder § 184i StGB begangen haben. Der einzelne Beteiligte wird hier mit Blick auf die Tat eines anderen Gruppenbeteiligten bestraft, obwohl er dessen exzessives Verhalten nicht notwendig voraussehen konnte und obwohl es – anders als bei der Mittäterschaft – mangels gemeinsamen Tatentschlusses keine Grundlage für eine Kollektivverantwortung aller Gruppenmitglieder gibt.

Renzikowski befand, dass der „neue Straftatbestand [...] eine der schlimmsten Verirrungen des Gesetzgebers [sei] und [...] mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht nichts zu tun“ habe.⁷¹ Auch *Fischer* stuft die Norm als verfassungsrechtlich bedenklich ein und hält sie für „unter den Anforderungen des Schuldprinzips kaum vertretbar“.⁷²

Hörnle hingegen kritisiert den „vorschnellen Rückgriff auf das Verfassungsrecht“ als eine „unter deutschen Juristen verbreitete Unart“.⁷³ Eine Verletzung des Schuldgrundsatzes sieht *Hörnle* nicht; anderenfalls, so *Hörnle*, müssten sämtliche objektive Strafbarkeitsbedingungen, die das StGB – etwa in § 231 oder § 323a StGB kennt – ebenfalls zur Verfassungswidrigkeit der jeweiligen Tatbestände führen.⁷⁴

⁶⁴ BT-Drs. 18/9097 (Fn. 6), S. 31.

⁶⁵ Siehe *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 184g Rn. 6; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 184g Rn. 4; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 184g Rn. 6, jeweils m.w.N.

⁶⁶ Kritisch zu diesem Merkmal *Hörnle*, in: MüKo-StGB (Fn. 65), § 183 Rn.11.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9097 (Fn. 6), S. 31.

⁶⁸ A.a.O.; ebenso zu § 183 StGB *Hörnle*, in: MüKo-StGB (Fn. 65), § 183 Rn. 10; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 65), § 183 Rn. 4; *Fischer*, StGB (Fn. 54), § 183 Rn. 6.

⁶⁹ So bereits für § 183 StGB *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 183 Rn 3.

⁷⁰ Die Verwirklichung des Tatbestands der Nachstellung (§ 238 StGB) hängt nun nicht mehr von einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Opfers ab. Vielmehr kommt es nach der – notwendigen – Neufassung nur noch auf die *Eignung* der Handlung an, die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend zu beeinträchtigen; siehe BT-Drs. 18/9946 v. 12.10.2016.

⁷¹ *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3557).

⁷² *Fischer*, StGB (Fn. 54), § 184j Rn. 20; ebenso *Bezjak*, KJ 16, 557 ff.

⁷³ *Hörnle*, BRJ 1/2017, 57 (60). Eine ähnliche Kritik an der deutschen Strafrechtswissenschaft äußert *Gärditz*, JZ 2016, 641 (648).

⁷⁴ *Hörnle* (Fn. 73), 59.

Hörnles Mahnung, nicht jede unliebsame Neuregelung als verfassungswidrig zu rügen, um den eigenen kriminalpolitischen Einwänden „Drastik“ zu verleihen, ist durchaus berechtigt.⁷⁵ Ebenso ist es richtig, dass dem StGB die Verknüpfung einer missbilligten Handlung mit einer objektiven Strafbarkeitsbedingung nicht fremd ist. Es lässt sich argumentieren, dass das vorsätzliche Bedrängen zur Begehung einer Straftat sozialinadäquat ist und durch die körperliche Nähe zum Opfer das naheliegende Risiko für eine Sexualstraftat schafft.

Nach dem Wortlaut des § 184j StGB der Norm muss jedoch kein innerer Zusammenhang mit dem Anliegen der Gruppe vorhanden sein; die unvorhersehbare Exzesstat eines einzelnen Beteiligten reicht aus. Auch braucht das Opfer nicht zu denjenigen Personen zu gehören, die durch die Gruppe „bedrängt“ wurden, sondern kann offenbar sogar ein Mitglied der Gruppe selbst sein.⁷⁶ Demnach wäre der Beteiligte X an einer Gruppe nach § 184j StGB auch dann strafbar, wenn nach erfolgreichem Diebstahl das Gruppenmitglied A dem Gruppenmitglied B in den Schritt fasst. Eine Verurteilung des Beteiligten X wäre hier mit dem Schuldgrundsatz tatsächlich nicht zu vereinbaren. Zwar ist es nicht erforderlich, dass der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung kausal auf die Tathandlung des Einzelnen rückführbar ist; sie muss jedoch naheliegende Folge des tatbestandlich umschriebenen Verhaltens sein. Anders gewendet: Als objektive Strafbarkeitsbedingungen dürfen nur solche Erfolge normiert werden, die im typischen Gefahrenbereich des vorwerfbaren sozialinadäquaten Verhaltens liegen. Ein lediglich zufälliges, allenfalls anlässlich der Gruppentat begangenes Sexualdelikt kann daher keine Strafbarkeit des hieran unbeteiligten Gruppenmitglieds begründen. Lässt sich das oben skizzierte Ergebnis nicht durch eine restriktive Auslegung der Norm erreichen,⁷⁷ wäre § 184j StGB zu Recht als verfassungswidrig einzustufen.

Die Einführung des § 184j StGB war eine unmittelbare Reaktion auf die Übergriffe in der „Kölner Silvesternacht 2015“. Wie so häufig, wenn das Strafrecht als „politische Allzweckwaffe“⁷⁸ zur Beruhigung der (Medien-)Öffentlichkeit eingesetzt wird, entstehen Normen von maßgeblich symbolischer Wirkung mit etlichen „handwerklichen“ Mängeln. Es verwundert daher nicht, dass die Reformkommission in ihrem Abschlussbericht die Streichung des § 184j StGB empfiehlt.⁷⁹

IV. Fazit

Medienberichte suggerieren, dass für die Bewertung strafrechtlich relevanter Vorgänge keine besondere Befähigung nötig ist. Sie appellieren an Emotionen und Moral der Rezipienten und blenden komplexere Rechtsfragen

bei der Beschreibung der Gesetzeslage überwiegend aus. Die verkürzte Darstellung des Rechts, verbunden mit einer emotionalisierten Ansprache lässt Rufe nach einer Ausweitung strafrechtlicher Normen laut werden. Die Gefahr einer solchen Popularisierung des Strafrechts ist eine wenig reflektierte Punitivität in der öffentlichen Meinung.

Für diesen Prozess bietet die Reform des Sexualstrafrechts ein eindrucksvolles Beispiel. Angesichts der klaren Täter-Opfer-Bilder und die Nähe zur Lebenswirklichkeit der Bevölkerung hat eine einseitige Medienberichterstattung in besonderer Weise das Potential, Einfluss auf die öffentliche Meinung zu nehmen. Die hier vorgestellte Medienanalyse hat verschiedene Diskursstrategien gezeigt, mit denen Stimmung für die Einführung eines „Nein heißt Nein“-Modells gemacht wurde. Die – wissentlich oder versehentlich – falsche Kommunikation empirischer Erkenntnisse und gesetzlicher Regelungen, flankiert durch skandalisierte Einzelfälle hat die öffentliche Sicht auf das Sexualstrafrecht maßgeblich beeinflusst und den Gesetzgeber in Zugzwang gebracht.⁸⁰ In einem solch emotionalisierten Klima ist eine sachliche Auseinandersetzung mit den tatsächlich bestehenden Schwächen des Rechts und den Möglichkeiten seiner Reform kaum mehr möglich. Am Ende der gesellschaftlichen Diskussion über die Reform des Sexualstrafrechts steht eine gesetzliche Neuregelung, die zwar der öffentlichen Forderung nach einer Rechtsverschärfung Rechnung trägt, die jedoch gravierende dogmatische Mängel aufweist und die in der Praxis kaum zu steigenden Verurteilungszahlen führen wird.⁸¹

Möchte sich die Strafrechtswissenschaft nicht dem Vorwurf zu großer Zurückhaltung ausgesetzt sehen, muss sie sich künftig noch stärker in die öffentliche Diskussion einbringen.

„[W]enn sensationalistische Medienberichte (über Sexualmorde und Serientäter) die Stimmung aufheizen, dann ziehen nüchtern Denkende vielleicht die Augenbrauen hoch, Experten zucken mit den Achseln – aber sie sagen nichts. Die Gegenkritik ist mundtot. Dabei müsste in einer modernen Rechtskultur, die sich für aufgeklärt und wissenschaftlich informiert hält, jede Strafforderung untersucht und abgewogen werden.“⁸²

Es liegt in der Verantwortung der Strafrechtswissenschaft, einer tendenziösen Medienberichterstattung mit sachlichen Argumenten entgegenzutreten, verzerrte Darstellungen von Recht und Praxis zu korrigieren und alternative Regelungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Sie sollte die Gestaltung des Strafrechts nicht anderen Akteuren überlassen, sondern den Mut haben, auf Medien und Politik zuzugehen, um Gegenimpulse zu setzen und die Basis für eine seriöse und ausgewogene Debatte zu schaffen. Der

⁷⁵ Hierzu auch *Hoven*, DRiZ 2017, 280 (281 f.).

⁷⁶ Daran knüpft sich die interessante Frage, ob ein Gruppenmitglied, das selbst Opfer einer von einem anderen Beteiligten begangenen Sexualstraftat geworden ist, nach § 184j StGB bestraft werden kann. Zu der parallelen Frage bei § 231 StGB (wo Strafbarkeit des schwer verletzten Beteiligten an der Schlägerei angenommen wird) siehe *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 231 Rn. 4, 7.

⁷⁷ Ähnliche Überlegungen stellen *Paeffgen/Böse* für § 231 an; *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 231 Rn. 20.

⁷⁸ *Mitsch*, ZIS 2016, 352.

⁷⁹ Abschlussbericht der Reformkommission (Fn. 61), S. 14.

⁸⁰ Zur Wirkung von Medien auf politische Entscheidungsprozesse siehe bereits *Scherer*, KrimJ 1978, 223 (223); vgl. auch *Walter* (Fn. 5), S. 20.

⁸¹ Hierzu *Hoven/Weigend* (Fn. 36).

⁸² *Klimke/Lautmann* (Fn. 40), 5.

Kriminalpolitische Kreis als Zusammenschluss kriminalpolitisch interessierter und engagierter StrafrechtslehrerInnen soll hierfür als Forum dienen.

Sexualstrafrecht – Der Prozess einer Reform

Kommentar zum Beitrag von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle^{*}

I. Medienberichte im Vorfeld der Reform des Sexualstrafrechts

Elisa Hovens Kritik am journalistischen Umgang mit Zahlen ist teilweise berechtigt. Es ist für die Qualität einer Darstellung besser, keine Zahlen anzuführen, die vorgeben, präzise Angaben etwa zur Größe des Dunkelfelds bei Sexualstraftaten zu machen. Tatsächlich ist es nicht möglich, dazu exakte und aktuelle Daten zu bekommen. Es gibt bedauerlicherweise in Deutschland keine in kurzen Abständen durchgeführten repräsentativen Erhebungen zum Dunkelfeld bei Sexualstraftaten und anderen Delikten (ein Manko, das behoben werden sollte). Allerdings ist die Kritik, dass *Falschdarstellungen* verbreitet wurden, zu streng. Damit wird suggeriert, dass die Unterstützung für einen geänderten § 177 StGB auf sachlich unrichtige Darstellungen der Lebens- und Verfahrensrealität zurückzuführen gewesen sei. Tatsächlich handelte es sich aber nur um Ungenauigkeiten beim Umgang mit statistischem Material, die *nicht* zu einer grundlegenden Verfälschung der inhaltlichen Tendenz führten. Angaben zu ungefähren Größenordnungen sind auf der Basis vorhandener Forschung durchaus möglich, etwa die Aussage, dass ein Großteil der Sexualdelikte nicht angezeigt wird.¹ Natürlich kann bei fast jeder empirischen Erhebung über Details gestritten werden (z.B. weil ein für Umfragen maßgebliches Alltagsverständnis von sexueller Gewalt nicht unbedingt mit rechtlichen Definitionen übereinstimmen muss oder weil eine Untersuchung schon länger zurückliegt). Aber daraus folgt nicht, dass *gar nichts* über die Größe des Dunkelfelds bekannt wäre oder es kein Dunkelfeld gäbe. Das Gleiche gilt für den beträchtlichen Schwund, der sich zeigt, wenn man Anzeigen und Verurteilungen vergleicht. *Hoven* verweist zu Recht darauf, dass man es bei einem sorgfältigen Umgang mit Statistiken unterlassen sollte, Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik und der Strafverfolgungsstatistik zusammenzuziehen und Prozentzahlen zu errechnen, die dann als numerisch bezifferbare Schwundquote ausgewiesen werden. Aber auch ohne Nennung exakter Prozentzahlen kann ein Befund dem Grund nach festgestellt werden: Die Schwundquote *ist* groß.

^{*} Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Strafrechtsvergleichung, Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag basiert auf einem Ko-Referat zum Beitrag von *Elisa Hoven* bei der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises am 10.11.2017.

¹ S. dazu eine Dunkelfeldstudie des Bundesfamilienministeriums: *Müller/Schrötle*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, 2004, S. 64 ff.

Zum Vorwurf einer unrichtigen Wiedergabe der alten Gesetzeslage möchte ich Folgendes anmerken: Die Aussage, dass eine Strafbarkeit an der aktiven Gegenwehr des Opfers hing, ist dann unzutreffend, wenn man sie auf die Tatbestandsvoraussetzungen in § 177 StGB a.F. bezieht. Dort wird, worauf *Hoven* hinweist, Täterverhalten und nicht Opferverhalten beschrieben. Gleichwohl ist festzuhalten, dass das alte Recht im Hinblick auf Verhaltenserwartungen an Opfer (zu) anspruchsvoll war. Bei Interaktionsdelikten ergeben sich aus den Beschreibungen strafbaren Täterhandelns *mittelbar* auch Vorgaben für die andere Person. Dabei kann nicht von Pflichten i.e.S. gesprochen werden, aber es wird ein indirekter Anreiz zur Verhaltensanpassung gesetzt. Strafrechtliche Normen ziehen die Grenze zwischen Recht und Unrecht. Nach altem Recht reichte das explizite und von allen Beteiligten als ernsthaft erkannte „Nein“ nicht aus, um einen sexuellen Übergriff zur strafbaren Handlung zu machen. Daraus ergab sich ein vom Gesetz gesetzter Anreiz, sich zu wehren oder zu fliehen, wenn absehbar war, dass eine erklärte Ablehnung ignoriert würde – anderenfalls würde dem Täter attestiert, dass das Recht auf seiner Seite stand.

II. Erweiterung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung im Lichte des deutschen Ultima-Ratio-Dogmas

Der Ultima-Ratio-Grundsatz lässt sich bildlich als eine Monstranz beschreiben, welche die deutsche Strafrechtswissenschaft vor sich her trägt. Es ist nicht zu bestreiten, dass diese Monstranz wertvoll ist. Das zeigt insbesondere der Vergleich mit dem US-amerikanischen Strafrecht. Es ist wichtig, dass bei allen in der Profession, bei Strafrechtswissenschaftlern ebenso wie bei den von uns ausgebildeten Praktikern, der Ultima-Ratio-Grundsatz in Ehren gehalten wird und das Bewusstsein dafür lebendig bleibt, dass Strafrecht sparsam eingesetzt werden sollte. Aber es sind mit dem häufigen Einsatz unserer Monstranz auch Probleme verbunden. Ein solches Problem ist, dass damit Status-quo-Effekte maskiert werden und das geltende Recht als optimale Lösung glorifiziert wird. Status-quo-Verzerrungen sind ein bekanntes psychologisches Phänomen² und sind natürlich auch bei Diskussionen über Gesetzesänderungen zu erwarten.

Für mich war es eine wesentliche Erkenntnis aus der Teilnahme an der Reformkommission Sexualstrafrecht,

² S. z.B. *Eidelman/Crandall*, Bias in Favor of the Status Quo, *Social and Personality Psychology Compass* 2012, S. 270.

wie stark vor allem bei Praktikern der Status-quo-Effekt ausgeprägt ist und wie gering die Bereitschaft und Fähigkeit ausfällt, sich vom geltenden Recht gedanklich zu entfernen. Für eine ernsthafte Reform wäre das eine notwendige Haltung. Der Ansatzpunkt müsste sein, sich vorzustellen, dass *kein* Sexualstrafrecht existiere. Es wäre auf dieser Basis zu überlegen: erstens, was sexuelle Selbstbestimmung bedeutet; zweitens, welche Handlungen sexuelle Selbstbestimmung missachten; drittens, wie diese Überlegungen in präzise, für Laien verständliche und für Juristen anwendbare Tatbestandsformulierungen umgesetzt werden können. Leider hat sich aber gezeigt, dass Juristen kaum fähig sind, sich auf dieses Abstraktionsniveau einzulassen und sich gedanklich von dem abzukoppeln, was als vertrauter Bestand des deutschen Rechts erlernt wurde. Wer vom geltenden Recht ausgeht und sich allenfalls Reparaturen hier und da vorstellen kann, wird nur einen weiteren Flicker auf einem Flickenteppich anbringen, der das Produkt insgesamt nicht besser macht.

Von einer Glorifizierung des geltenden Rechts kann nicht für alle Rechtsgebiete die Rede sein. Aber im Bereich des Sexualstrafrechts hält sich leider ein hartnäckiger Mythos, dem zufolge in den großen Reformwellen Ende der sechziger und siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts eine vorbildhafte Liberalisierung erreicht wurde und danach nur noch Verschlechterungen zu verzeichnen seien.³ Das ist so nicht richtig. Der 13. Abschnitt des StGB wurde seit der Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 nie von Grund auf überdacht. Der Übergang von einem vorkonstitutionellen Rechtszustand zu neuartigen Vorgaben im Grundgesetz (Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG, und Gleichberechtigung der Geschlechter, Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG) legte es eigentlich nahe, dass damit auch die Grenzen für sexuelle Handlungen neu justiert werden müssten. Die vielfältigen Änderungen in den seit 1871 vergangenen fast 150 Jahren haben, etwa mit der Einführung der Strafbarkeit sexueller Nötigung auch in der Ehe, zwar einige der offensichtlich heute unhaltbaren Annahmen vergangener Jahrhunderte beseitigt. Letztlich blieben aber Ergänzungen und Streichungen punktueller Natur und schufen den bereits erwähnten Flickenteppich. Dies gilt auch für die Reformgesetze in den sechziger und siebziger Jahren. Das dürfte nicht nur an der Zusammensetzung des Personenkreises liegen, der damals mit einer Reform des Sexualstrafrechts befasst war. Ein vertieftes, in breite Teile der Gesellschaft vorgedrungenes Verständnis dessen, was Sexualautonomie auch für Frauen bedeutet, hat sich erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts entwickelt. Auch in anderen Ländern, die schon vor einigen Jahren die Definitionen für sexuelle Übergriffe geändert haben,⁴ kamen gesellschaftliche Debatten, anfangs beschränkt auf feministische Zirkel, erst seit den sechziger und siebziger Jahren allmählich in Gang. Es wird Zeit, den Mythos zu verabschieden, dass es im deutschen StGB seit

dem 4. StrRG vom 23.11.1973 ein perfektes Sexualstrafrecht gegeben habe und dass Ausweitungen der Strafbarkeit automatisch als „Moralisierung“ zu etikettieren seien. Dass auch die jetzt geltende Gesetzeslage in § 177 StGB n.F. alles andere als perfekt ist, weil über die schwierige Frage der Tatbestandsformulierung nicht intensiv genug beraten wurde, ist kein Grund, die alte Rechtslage zu idealisieren.

III. Sexuelle Belästigung und Straftaten aus Gruppen

In der kürzlich statt gefundenen #MeToo-Kampagne wurden erneut Forderungen erhoben, besser gegen sexuelle Belästigung vorzugehen. Bundesfamilienministerin *Katarina Barley* sprach sich in einem Interview dafür aus, dass unser Rechtssystem „schärfer“ werden müsse⁵ – auf die Einführung des § 184i StGB im Jahr 2016 ging sie dabei nicht ein. Ein Problem bei diesen erregt geführten Debatten ist, dass unterschiedliche Themen nicht auseinandergehalten werden. Manche via soziale Medien erhobenen Beschwerden gelten unmanierlichem oder ungeschicktem Verhalten jenseits von Abhängigkeitsverhältnissen. Das Anliegen, Geschlechterstereotype und die Grenzen zwischen schlechten, akzeptablen und guten Manieren diskursiv auszuleuchten, ist grundsätzlich berechtigt. Soweit es um konkrete Vorfälle mit namentlich genannten Personen geht, ist es allerdings auch erforderlich, sich selbstreflektiert damit zu befassen, dass es Grenzen für eine Erörterung menschlicher Unzulänglichkeiten in der Öffentlichkeit geben muss und dass selbstgerechtes Moralisieren unerfreulich sein kann. Ein davon zu trennendes Thema ist der Komplex „korruptionsähnliches Verhalten – Ausnutzen von Macht innerhalb einer Organisation“. An dieser Stelle wird die Schwelle zwischen außerrechtlichen und rechtlichen Verhaltensnormen überschritten, wobei allerdings nicht das Straf-, sondern vor allem das Arbeitsrecht gefragt ist. Rechtliche Regulierung kann mit dem persönlichen Schutz der Betroffenen begründet werden, aber auch damit, dass aus Sicht einer Organisation oder eines Kollektivs das Einfordern sexueller Handlungen von abhängigen Personen selbst dann problematisch sein kann, wenn es Betroffenen im Einzelfall gelingt, solche Anforderungen ohne persönliche Probleme zurückzuweisen, oder wenn sie sich in überlegter Weise darauf einlassen.

Schließlich bleibt der uns interessierende Bereich der strafrechtlichen Folgen. Dabei ist eine Überforderung des Strafrechts zu vermeiden, die eintreten würde, wenn man erwartet, dass ein breites Spektrum an lästigen Verhaltensweisen und Übergriffen sanktioniert werden solle. In öffentlichen Diskussionen werden Trennlinien mit dem Schlagwort „Sexismus“ zugekleistert und das Strafrecht als allgemeine Moralvollstreckungsinstanz wahrgenommen. An dieser Stelle ist auf den Ultima-Ratio-Gedanken und das Schutzgut „sexuelle Selbstbestimmung“ zurückzukommen. Aus dem Gesamtspektrum unerwünschter körperlicher Berührungen bilden Handlungen, die sexuelle Selbstbestimmung verletzen, nur einen Ausschnitt. Damit Verhalten sexuelle Selbstbestimmung tangiert, muss es eine sexuelle Komponente aufweisen.

³ S. zu diesem Mythos z.B. *Klimke/Lautmann*, Zeitschrift für Sexualforschung 2006, 97 ff.; *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 502 ff.

⁴ S. etwa die ersten Tatbestände im Sexual Offences Act 2003 für England und Wales.

⁵ Zeit Online v. 22.10.2017.

Das bedeutet, dass bei der Anwendung von § 184i StGB die körperliche Berührung als solche sexueller Natur sein muss.⁶ Beim Griff um die Taille, dem Kuss auf die Wange⁷ oder der Hand auf dem Knie ist das nicht der Fall. Sinn und Zweck der Einführung des § 184i StGB liegt darin, bisher straflose sexuelle Berührungen (etwa: Busengrapschen) zu erfassen, die zuvor wegen der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB in Kombination mit dem hohen Strafraum in § 177 Abs. 1 StGB a.F. nicht strafrechtlich geahndet wurden. Für die Zwecke des Strafrechts kann es nicht genügen, auf die Rechtsprechung von Arbeitsgerichten abzustellen⁸ – Fürsorgepflichten gegenüber Arbeitnehmern rechtfertigen einen *weitergehenden* Schutz vor Belästigungen am Arbeitsplatz als dies beim allgemeinen Schutz sexueller Selbstbestimmung der Fall ist. Es bleibt zu hoffen, dass die Strafgerichte § 184i StGB nicht extensiv auslegen.

Elisa Hoven geht in ihrem Vortrag kritisch auf § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) ein. Dazu möchte ich nur kurz Stellung nehmen, da ich mich an anderer Stelle ausführlicher zu dieser Norm und ihrer Auslegung geäußert habe.⁹ Meine Kritik kurz zusammengefasst: In der deutschen Strafrechtswissenschaft besteht die Tendenz, in rechtspolitischen Diskussionen zu schnell die Keule „verfassungswidrig“ einzusetzen. § 184j StGB ist nicht unbestimmter als viele andere, ebenfalls auslegungsbedürftige Straftatbestände. In der Verwendung einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit liegt keine Verletzung des Schuldprinzips, wenn der Tatbestand im Übrigen Unrecht beschreibt. § 184j StGB läuft nicht auf die Bestrafung für fremdes Unrecht hinaus. Die vorsätzliche Förderung einer Straftat durch Bedrängen einer anderen Person mittels einer Personengruppe begründet eigenes Unrecht und eigene Vorsatzschuld. Dass in einem solchen Gedränge Gruppenmitglieder die Gelegenheit für weitere Delikte ausnutzen, ist kein Exzess, der eine Zurechnung unterbrechen würde. Ein vorsichtigerer Umgang mit dem Argument der Verfassungswidrigkeit bedeutet natürlich nicht den Verzicht auf rechtspolitische Kritik. Zu bemängeln ist, dass die Auswahl der objektiven Bedingung der Strafbarkeit in § 184j StGB nicht gut begründet ist. Der Verweis auf die Straftaten in der Kölner Silvesternacht legt es nicht nahe, sich nur auf Sexualstraftaten zu konzentrieren – es wurden schließlich auch eine Reihe anderer Delikte begangen. Der Sache nach handelt es sich bei „Straftaten aus Gruppen“ um eine Ausweitung der Lehre von Täterschaft und Teilnahme, die im Allgemeinen Teil des StGB anzusiedeln wäre. Dass die deutsche Strafrechtswissenschaft auf § 184j StGB mit überzogener Polemik reagiert,¹⁰ befördert eine sachliche Diskussion über Gefahren und Strafwürdigkeit gruppendynamischer Tatgeschehen nicht.

⁶ Dazu *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (20).

⁷ Dazu explizit BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁸ So aber *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 8.

⁹ *Hörnle*, Bonner Rechtsjournal 2017, 57 ff.

¹⁰ S. z.B. die Kommentierung von *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 184j

IV. Nochmals zu Medien und Gesetzgebung

Abschließend möchte ich auf die Grundthese von *Hoven* zurückkommen, dass die 2016 erfolgte Änderung des Sexualstrafrechts durch skandalisierende und falsche Berichterstattung beeinflusst worden sei. Ihre These zur Gesetzesgenese würde ich in dieser starken Formulierung nicht unterschreiben. Unpräzise formulierte Aussagen oder fehlendes Verständnis für die Grenzen dessen, was man aus Statistiken ableiten kann, sind aus wissenschaftlicher Sicht ärgerlich, aber keine genuine Falschdarstellung. Vor allem verwundert es, dass sich *Hoven* auf journalistische Berichte beschränkt und die Aktivitäten in den sog. sozialen (oft zutreffender: asozialen) Medien ausblendet. Twitter, Blogs und Kommentare auf Internetseiten sind sowohl unter dem Aspekt „mindestens grob fahrlässige Falschdarstellungen“ als auch unter dem Aspekt „Aufschaukelung von Emotionen“ problematischer als selbst die schlechteren Presseartikel. Dies gilt auch dann, wenn sich grobes Polemisieren mit dem Nimbus des hohen Amtes verbindet, wie es *Thomas Fischer* zum Befremden vieler praktiziert hat.

Dass zu den Medien auch unsere eigene Fachliteratur gehört, ist ebenfalls zu betonen. Eigentlich sollte es in unserem Kreis überflüssig sein, an die Verantwortung zu erinnern, die Kommentatoren des geltenden Rechts für die Anwendbarkeit desselben in der Praxis haben. Leider gibt es aber in der Kommentarliteratur Autoren, die versuchen, missliebige Entscheidungen des Gesetzgebers zu umgehen, indem sie die eigene rechtspolitische Position ausführlich ausbreiten, aber die Gesetzesmaterialien ignorieren.¹¹

Elisa Hoven ist allerdings in ihrem Fazit zuzustimmen, dass die Änderung des Sexualstrafrechts 2016 in überhasteter Weise erfolgte und deshalb § 177 StGB auch in der neuen Fassung überarbeitungsbedürftig ist.¹² Ein wesentlicher Grund für die Überhastung liegt meines Erachtens in der zu kurzen Legislaturperiode des Bundestags. Wenn man die Arbeitsbedingungen für Abgeordnete kennt, die sich in kurzer Zeit mit einer Fülle von Regelungsanliegen auseinandersetzen sollten, ist es nicht verwunderlich, dass das „Fenster der Gelegenheiten“, in

¹¹ Dies führt vor allem dann zu Problemen, wenn es sich um einen sog. Praktikerkommentar handelt. Es ist eine Sache, eine Gesetzesänderung zu kritisieren, eine andere aber, die Rechtsanwender unzureichend zu informieren, indem man die Gesetzesmaterialien ignoriert. So wäre ein Blick in BT-Drs. 18/9097 geeignet, das Urteil zu korrigieren, dass in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB „Menschen mit psychischen Behinderungen ... die Fähigkeit abgesprochen wird, selbstverantwortliche Entscheidungen über ihr Sexualverhalten zu treffen“ (*Fischer*, 64. Aufl., 2017, § 177 Rn. 29). Das Gegenteil ist richtig: Weil das Tatbestandsmerkmal „Zustimmung“ auf den faktischen, natürlichen Willen verweist, wird im Gegensatz zur alten Rechtslage klargestellt, dass geistig behinderte Menschen nach ihren Wünschen Sexualkontakte haben können, ohne dass sich die andere Person strafbar macht, die diesen Wunsch kennt (BT-Drs. 18/9097, S. 24). Unverständlich bleibt auch, warum *Fischer* schreibt, dass es zwischen Gewalt bzw. Drohungen und sexuellen Handlungen (früher § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2; nunmehr § 177 Abs. 5 Nr. 1, 2 StGB) nach wie vor eines Finalzusammenhangs bedürfe (§ 177 Rn. 69), ohne die entgegengesetzte Aussage in BT-Drs. 18/9097, S. 27, und den geänderten Gesetzeswortlaut zu erwähnen.

¹² S. dazu den Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 293 ff.

dem sich Fraktionen auf gemeinsames Handeln verständigen können, für ein Thema nur kurz geöffnet bleibt. Nicht optimal sind die kurzen Legislaturperioden natürlich auch für die Arbeit in den Ministerien. Reformprojekte fordern langen Atem. Gleichzeitig gilt es unter den Bedingungen einer modernen Mediengesellschaft als opportun, in hoher Schlagzahl neue Projekte zu verkünden, was es erschwert, Vorhaben durchdacht und mehrfach geprüft zu Ende zu bringen.

Wir sollten uns auch keine Illusionen machen: Die Situation wird sich nicht verbessern. Je mehr Zeit in einer fragmentierten Gesellschaft und fragmentierten Parteienlandschaft in die Gründung und den Zusammenhalt von Koalitionen investiert werden muss, umso weniger Zeit steht für Gesetzesreformen zur Verfügung. Es ist unwahrscheinlich, dass in der Zukunft die intensive Beschäftigung mit den Schwächen geltender Gesetze hohe Priorität haben wird.

Menschenhandel – konturlose Tatbestände dank EU-Vorgaben?

von Prof. Dr. Martin Böse*

I. Einleitung

Der Bezugsrahmen der Kriminalpolitik ist traditionell die staatliche Gesetzgebung, der primäre Akteur das nationale Parlament. Dies spiegelt sich auch im Programm der zweiten Tagung des Kriminalpolitischen Kreises wider, allerdings mit Ausnahme des mir zgedachten Themas, das den Blick auf die Einflüsse des Unionsrechts auf die deutsche Strafgesetzgebung lenkt und zugleich mit ironischem Unterton danach fragt, ob und in welchem Umfang dem nationalen Gesetzgeber bei der Ausfüllung des unionsrechtlichen Rahmens überhaupt noch kriminalpolitische Spielräume verbleiben. Besonders deutlich hervorgetreten ist der beklagte Verlust an politischer Gestaltungsmacht (und politischem Gestaltungsanspruch) in dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum Europäischen Haftbefehl, in dem der Bundestagsabgeordnete *Hans-Christian Ströbele* zu Protokoll gab, dass er sich aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts bei der Abstimmung über den Gesetzesentwurf „normativ unfrei“ gefühlt habe.¹ Der dagegen gerichtete Appell des *BVerfG* an den Gesetzgeber, die Umsetzung von Unionsrecht notfalls zu verweigern,² ist seit der Eingliederung der strafrechtlichen Zusammenarbeit in den supranationalen Rahmen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon keine Option mehr. Das *BVerfG* hat vielmehr die Kompetenzen der Union, das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren und dem nationalen Gesetzgeber damit verbindliche Vorgaben zur Ausgestaltung von Strafvorschriften zu machen (Art. 83 AEUV), als mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt.³ Diese Prämisse liegt – ungeachtet aller Kritik an der Übertragung derartiger Zuständigkeiten auf die Union⁴ – den folgenden Ausführungen zu Grunde.

Im Rahmen der strafrechtlichen Zusammenarbeit sind Union und Mitgliedstaaten gemeinsam für die Strafgesetzgebung verantwortlich (geteilte Zuständigkeit, Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV): Die Union legt durch Richtlinien Mindestvorgaben zu Straftaten und Strafen fest (Art. 83 Abs. 1, 2 AEUV), die von den Mitgliedstaaten in das innerstaatliche Recht, d.h. in unmittelbar anwendbare Strafgesetze, umgesetzt werden. Den Anforderungen an eine rationale, rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtete Strafgesetzgebung muss also nunmehr

nicht nur der nationale, sondern auch der europäische Gesetzgeber gerecht werden. Letzteres wird daher zu Recht von der European Criminal Policy Initiative (ECPI) eingefordert.⁵ Dessen ungeachtet bleibt der nationale Gesetzgeber bei der Ausfüllung der Gestaltungsspielräume, die ihm die Richtlinie bei der Umsetzung in das innerstaatliche Recht belässt, weiterhin für die Wahrung grundlegender Prinzipien der Strafgesetzgebung verantwortlich.

Wie weit diese Spielräume auf nationaler Ebene reichen und infolgedessen eine prinzipiengeleitete Strafgesetzgebung überhaupt zulassen, wird der folgende Beitrag am Beispiel des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 49 Abs. 1 S. 1 GrCH, Art. 103 Abs. 2 GG) untersuchen. Als Bezugsgegenstand dient der Tatbestand des Menschenhandels (§ 232 StGB), der zur Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie⁶ mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels⁷ im Oktober 2016 neu gefasst worden ist.

In einem ersten Schritt werden die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie erläutert; dabei wird auch auf die Frage einzugehen sein, ob und inwieweit die Definition des tatbestandlichen Unrechts grundlegenden Bestimmtheitsanforderungen gerecht wird (II.). In einem zweiten Schritt (III.) wird sodann auf die Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht beleuchtet, um die eingangs aufgeworfene Frage zu beantworten, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber den Tatbestand des Menschenhandels präziser hätte fassen dürfen (angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben) und müssen (mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot).

II. Die Vorgaben der EU-Richtlinie und ihre Bestimmtheit

Die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Menschenhandels (im Folgenden: EU-Richtlinie) ist die erste Richtlinie zur Strafrechtsangleichung, die auf der Grundlage des Lissabonner Vertrages erlassen worden ist, und ersetzt den entsprechenden Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2002.⁸ Die unionsrechtlichen Vorgaben zur Strafbarkeit des Menschenhandels gehen auf völkervertragliche Regelungen

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der auf der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises „Kriminalpolitik – Rückblick und Ausblick“ am 10.11.2017 an der Universität zu Köln gehalten wurde.

¹ Zitiert nach *Schorkopf* (Hrsg.), *Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht* (2006), S. 247.

² *BVerfGE* 113, 273 (301).

³ *BVerfGE* 123, 267 (369 ff., 406 ff.).

⁴ S. zuletzt *Noltenius*, *Die Europäische Idee der Freiheit und die Etablierung eines Europäischen Strafrechts*, 2017, S. 344 ff.

⁵ *Asp/Bitzilekis/Bogdan/Elholm/Foffani/Frände/Fuchs/Kaiafa-Gbandi/Leblois-Happe/Nieto/Martin/Prittowitz/Satzger/Symeonidou-Kastanidou/Zerbes*, *European Criminal Policy Initiative (ECPI) Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, ZIS 2009, 697 ff.

⁶ Richtlinie 2011/36/EU v. 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, ABl. EU L 101/1.

⁷ Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels v. 11.10.2016, BGBl. I 2016, S. 2452.

⁸ Rahmenbeschluss 2002/629/JI v. 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. EU L 203/1.

gegen den Sklavenhandel zurück, deren Ursprünge sich bis zum Wiener Kongress von 1815 zurückverfolgen lassen.⁹ Zentrale Bedeutung hat insoweit die UN-Konvention gegen grenzüberschreitende Kriminalität mit dem Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels.¹⁰ Die in Art. 3 des Protokolls enthaltene Definition des Menschenhandels wurde in der EU-Richtlinie (Art. 2) nahezu wortgleich übernommen und nur geringfügig ergänzt (s. dazu sogleich).¹¹ Der nationale Gesetzgeber hat danach als Menschenhandel folgendes Verhalten unter Strafe zu stellen:

Die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen, einschließlich der Übergabe oder Übernahme der Kontrolle über diese Personen, durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die die Kontrolle über eine andere Person hat, zum Zwecke der Ausbeutung (Art. 2 Abs. 1 EU-Richtlinie).

Diese Definition besteht aus drei Unrechtselementen, nämlich der Tathandlung, dem Tatmittel und dem Zweck der Tat.¹²

Als **Tathandlungen** werden zunächst eine Reihe von Tätigkeiten auf der Nachschub- und Logistikebene genannt, die sämtliche Phasen von der Rekrutierung bis zur Ausbeutung der Opfer erfassen:¹³ Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung und Aufnahme von Personen (einschließlich der Übergabe oder Übernahme der Kontrolle über diese Personen).

Zur Ausführung der Tat muss sich der Täter bestimmter **Tatmittel** bedienen, die es ihm ermöglichen, Kontrolle über das Tatopfer auszuüben: Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit, Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die die Kontrolle über eine andere Person hat.

Schließlich muss mit der Tat der **Zweck** verfolgt werden, das Opfer auszubeuten. Nach Art. 2 Abs. 3 der EU-Richtlinie umfasst der Begriff **Ausbeutung** die Ausnutzung zur

Prostitution oder andere Formen sexueller Ausbeutung, Zwangsarbeit oder erzwungene Dienstleistungen, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Organentnahme. Darüber hinaus werden – über die bisherige völkervertragliche Definition hinaus – auch die Ausnutzung zu Betteltätigkeiten oder Begehung strafbarer Handlungen erfasst.

Sind diese unionsrechtlichen Vorgaben konturlos? Ungeachtet der klaren Struktur der Beschreibung des tatbestandlichen Unrechts ist einzuräumen, dass die verwendeten Begriffe zum Teil recht vage sind (z.B. Missbrauch von Macht, Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit).¹⁴ Dies gilt auch für die Definition der besonderen Schutzbedürftigkeit, die dann vorliegen soll, wenn das Opfer keine wirkliche oder annehmbare andere Möglichkeit hat, als sich dem Missbrauch zu beugen (Art. 2 Abs. 2 EU-Richtlinie).¹⁵ Mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz wäre dies allerdings nur dann problematisch, wenn man mit den Begründern der European Criminal Policy Initiative davon ausgeht, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass von Richtlinien an diesen Grundsatz gebunden ist (vgl. Art. 49 Abs. 1 S. 1 GrCH).¹⁶

Genau diese Prämisse erscheint indes nicht zweifelsfrei. Art. 83 AEUV ermächtigt zur Festlegung von Mindestvorschriften, d.h. dem nationalen Gesetzgeber bleibt es unbenommen, über diesen strafrechtlichen Mindeststandard hinauszugehen, indem er den Tatbestand weiter fasst.¹⁷ Dementsprechend legt die Richtlinie fest, welche Ausbeutungsformen der nationale Straftatbestand „mindestens“ erfassen muss (Art. 2 Abs. 3 EU-Richtlinie). Soweit der nationale Gesetzgeber sich jedoch auf den unionsrechtlichen Mindeststandard beschränken will, wird die Grenze zwischen straflosem und strafbarem Verhalten im Ausgangspunkt durch Unionsrecht festgelegt. Damit, so könnte man meinen, bleibt der Unionsgesetzgeber in der Pflicht, die entsprechenden Vorgaben für das nationale Strafrecht klar und präzise festzulegen.

Durch diese Vorgaben des Bestimmtheitsgebots gerät der Unionsgesetzgeber indes in einen Zielkonflikt, denn die Beschränkung der in Art. 83 AEUV vorgesehenen Harmonisierungskompetenz auf das Instrument der Richtlinie soll gewährleisten, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben substantielle Spielräume verbleiben.¹⁸ Dieser Umsetzungsspielraum ist notwendig, um es den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die neuen Strafvorschriften in die bestehende Strafrechtsordnung einzufügen, ohne dass Wertungswidersprüche und

⁹ Eingehend zur historischen Entwicklung *Knospe*, ZESAR 2017, 69 (70 ff.).

¹⁰ Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels v. 15.11.2000 (BGBl. II 2005, S. 995); s. auch das Europarats-Übereinkommen gegen Menschenhandel v. 16.5.2005 (SEV Nr. 197).

¹¹ S. auch den Verweis auf das Zusatzprotokoll und das Europarats-Übereinkommen (jeweils Fn. 10) in Erwägungsgrund (9) der Richtlinie.

¹² Erläuternder Bericht zum Europarats-Übereinkommen gegen Menschenhandel, Rn. 74 ff.; *McCLean*, Transnational Organized Crime – A Commentary on the UN Convention and its Protocols, 2007, S. 323; *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, S. 281 ff.

¹³ *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, 2014, S. 7.

¹⁴ *Satzger/Zimmermann/Langheld*, EuCLR 2013, 107 (114); s. auch die allgemeine Kritik von *Corral-Maraver*, EuCLR 2017, 123 (136 f.).

¹⁵ *Satzger/Zimmermann/Langheld*, a.a.O.; vgl. dagegen ECPI, ZIS 2009, 697 (703).

¹⁶ ECPI, ZIS 2009, 697 (698); dezidiert *Satzger*, in: Böse (Hrsg.), *EnzEuR* Bd. 9 (2013), § 2 Rn. 41 ff.

¹⁷ Zumindest in Bezug auf den hier thematischen Art. 83 Abs. 1 AEUV ist dies allgemein anerkannt, s. insoweit *Böse*, in: ders. (Hrsg.), *EnzEuR* Bd. 9 (2013), § 4 Rn. 13 m.w.N.

¹⁸ S. auch ECPI, ZIS 2009, 697 (698).

Inkohärenzen entstehen. Mit der Beschränkung der unionsrechtlichen Vorgaben auf das zur Angleichung unbedingt erforderliche Maß trägt der Unionsgesetzgeber den vertraglichen Schranken für die Kompetenzzusübung Rechnung, die sich aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ergeben (Art. 5 Abs. 4 EUV).¹⁹

Unbestimmte Begriffe und vage Formulierungen in den unionsrechtlichen Vorgaben mögen daher unter dem Aspekt mangelnder Bestimmtheit kritikwürdig sein, sind aber zugleich mit Blick auf die Wahrung von Umsetzungsspielräumen des nationalen Gesetzgebers zu begrüßen. Bei der Ausfüllung dieser Spielräume ist der nationale Gesetzgeber dann freilich gehalten, die Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes zu beachten.

Exemplarisch: Nach der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten eine erhöhte Strafe vorsehen, wenn dem Opfer durch die Tat ein besonders schwerer Schaden zugefügt wurde (Art. 4 Abs. 2 lit. d EUV). Der deutsche Gesetzgeber hat diese recht ungenaue Vorgabe²⁰ durch eine Qualifikation umgesetzt, indem er den „besonders schweren Schaden“ durch den Begriff der schweren körperlichen Misshandlung präzisiert hat, der seinerseits an den Begriff der schweren Gesundheitsschädigung (vgl. § 221 Abs. 1 StGB) anknüpft.²¹ Dem nationalen Gesetzgeber wird es auf diese Weise ermöglicht, an andere, bereits bestehende Qualifikationen zu anderen Tatbeständen anzuknüpfen. Auf diese Weise wird zweierlei gewährleistet, nämlich einerseits die Kohärenz der nationalen Strafrechtsordnung, andererseits ein höheres Maß an Rechtssicherheit, da die Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung der Qualifikation an ein bestehendes Begriffsverständnis anknüpfen kann.

Nun mag man dagegen einwenden, dass jede Präzisierung durch den nationalen Gesetzgeber das Risiko birgt, die unionsrechtlichen Vorgaben zu verfehlen (z.B. indem in dem oben genannten Beispiel finanzielle Schäden nicht erfasst werden).²² Im Ergebnis liefe dieser Einwand indes auf eine Forderung nach maximaler Bestimmtheit hinaus, die dem nationalen Gesetzgeber jeden Spielraum bei der Ausgestaltung der betreffenden Strafvorschrift nähme. Das Ziel, den Mitgliedstaaten solche Spielräume zu belassen, ist jedoch in der vertraglichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten verankert. Das Bestimmtheitsgebot (Art. 49 Abs. 1 S. 1 GrCH) gilt insoweit nicht absolut, sondern der Unionsgesetzgeber muss zugleich das kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 4 EUV) beachten.

Vor diesem Hintergrund relativiert sich die Kritik an der Vagheit der unionsrechtlichen Begriffe „Missbrauch von

Macht“ und „Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit“. Natürlich lassen sich diese Begriffe über Definitionen präzisieren, indem etwa die Kriterien angegeben werden, auf denen die Machtstellung des Täters bzw. die Schutzbedürftigkeit (besser: Hilflosigkeit) des Opfers beruht (Alter, Krankheit, wirtschaftliche Not).²³ Es ist jedoch mit Blick auf die vertragliche Kompetenzordnung grundsätzlich legitim, wenn der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten insoweit Umsetzungsspielräume eröffnet und es damit dem nationalen Gesetzgeber überlässt, diese Begriffe zu präzisieren.²⁴

Damit ergibt sich als Zwischenfazit eine erste Antwort auf die eingangs gestellte Frage: Soweit die unionsrechtlichen Vorgaben unbestimmte Begriffe enthalten, ist der nationale Gesetzgeber keineswegs gehalten, diese zu übernehmen, sondern vielmehr im Rahmen der Umsetzung zu einer Präzisierung dieser Begriffe berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet. Der Tatbestand des Menschenhandels ist schon aus diesem Grund nicht „dank EU-Vorgaben“ konturenlos.

III. Die Konturlosigkeit des § 232 StGB

Damit stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber seiner Verantwortung gerecht geworden ist, die unionsrechtlichen Vorgaben in dem Tatbestand des Menschenhandels in einer Weise zu präzisieren, die den Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes entspricht.

Anders als die vorherige Konzeption, folgt die seit dem vergangenen Jahr geltende Fassung im Ausgangspunkt der völker- bzw. unionsrechtlichen Beschreibung des tatbestandlichen Unrechts.²⁵ Die Umsetzung der drei Elemente (Tathandlung, Tatmittel, Tatzweck) variiert dabei allerdings erheblich.

In Bezug auf die **Tathandlung** werden die unionsrechtlichen Vorgaben nahezu wörtlich übernommen („anwirbt, befördert, weitergibt, beherbergt oder aufnimmt“). Die Übernahme oder Übergabe der Kontrolle wird nicht eigens erwähnt, aber der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass diese von den anderen Handlungen (Weitergabe, Aufnahme) bereits erfasst werden,²⁶ auch die Richtlinie legt nahe, dass die selbstständige Erwähnung vor allem eine klarstellende Funktion hat („einschließlich“). Die Tathandlungen werden insoweit hinreichend bestimmt beschrieben.

Bei den **Tatmitteln** wird der Überblick dadurch erschwert, dass der deutsche Gesetzgeber diese zum Teil in § 232 Abs. 1, zum Teil in § 232 Abs. 2 StGB erfasst hat,

¹⁹ S. allgemein *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, 2012, S. 355 m.w.N.; s. insoweit zur Harmonisierung von Strafen und Strafrahmen: Generalanwalt *Mazak*, Schlussanträge v. 28.6.2007, in: *EuGH Rs. C-440/05*, Slg. 2007, I-9097 Rn. 106 ff.

²⁰ S. die entsprechende Kritik von *Satzger/Zimmermann/Langheld*, *EuCLR* 2013, 107 (115).

²¹ S. insoweit *BT-Drs. 18/9095*, S. 31.

²² *Satzger/Zimmermann/Langheld*, *EuCLR* 2013, 107 (115); *Satzger*, in: *Böse* (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 9* (2013), § 2 Rn. 61.

²³ S. insoweit die Vorschläge bei *Satzger/Zimmermann/Langheld*, *EuCLR* 2013, 107 (118).

²⁴ S. auch zu ausdrücklich eingeräumten Umsetzungsspielräumen: *Satzger*, in: *Böse* (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 9* (2013), § 2 Rn. 61; s. auch *ECPI*, *ZIS* 2009, 697 (698).

²⁵ S. insoweit *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), vor § 232 Rn. 1, § 232 Rn. 2 f.; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 232 Rn. 29 ff.

²⁶ *BT-Drs. 18/9095*, S. 23 f.

da er bestimmten Tatmitteln einen höheren Unrechtsgehalt beigemessen hat.²⁷ Zusammenfassend ergibt sich dabei folgendes Bild:²⁸

Tatmittel nach Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2011/36	Tatmittel nach § 232 StGB
Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung	Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel (Abs. 2 Nr. 1)
Entführung	Entführen (Abs. 2 Nr. 2)
Betrug, Täuschung	List (Abs. 2 Nr. 1)
Missbrauch von Macht, Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit	<ul style="list-style-type: none"> Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist (Abs. 1) Opfer mit einem Alter von weniger als 21 Jahren
Erlangung der Kontrolle (durch Gewährung von Zahlungen oder Vorteilen)	Sich-Bemächtigen (Abs. 2 Nr. 2)
Übertragung der Kontrolle (durch Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen)	Vorschub-Leisten der Bemächtigung durch Dritte (Abs. 2 Nr. 2)

Der Gesetzgeber orientiert sich auch insoweit eng an den unionsrechtlichen Vorgaben, präzisiert diese allerdings weiter, indem er sinngemäß auf entsprechende Tathandlungen in den Delikten zum Schutz der Freiheit Bezug nimmt (§§ 234 ff. StGB).

Von besonderem Interesse ist insoweit die Umsetzung der als zu unbestimmt kritisierten Tatmittel (Missbrauch von Macht, Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit). Der Gesetzgeber fasst diese beiden Tatmittel zusammen, was insofern plausibel erscheint, als Macht und Schutzbedürftigkeit denselben Sachverhalt aus der unterschiedlichen Perspektive von Täter und Opfer darstellen: Es ist regelmäßig die besondere Hilflosigkeit des Opfers, die dem Täter eine entsprechende Machtposition verleiht.²⁹ Mit der Umsetzung hat der Gesetzgeber dieses Tatmittel konturiert, indem er Kriterien angibt, auf denen die besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers beruhen muss (persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage, auslandsspezifische Hilflosigkeit, Alter unter 21 Jahren). Im Schrifttum ist insoweit die Sorge geäußert worden, dass die unionsrechtlichen Vorgaben mit dieser Konkretisierung recht eng gefasst worden seien und es daher unter Umständen einer richtlinienkonformen Auslegung bedürfe.³⁰ Diese Kritik lässt erkennen, dass das Umsetzungsgesetz jedenfalls in höherem Maße bestimmt ist als die unionsrechtliche Unrechtsbeschreibung. Zudem kann die Rechtsanwendung auch insoweit auf einem weitgehend entwickelten Begriffsverständnis aufbauen. Ein grundlegendes Defizit an Bestimmtheit ist daher nicht auszumachen.

Damit bleibt als drittes Unrechtselement der **Tatzweck** (Ausbeutung). Die Umsetzung lehnt sich auch insoweit sehr eng an die unionsrechtlichen Vorgaben an.

Tatzweck nach Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2011/36	Tatzweck nach § 232 StGB
Prostitution, sexuelle Ausbeutung	Prostitution, Vornahme/Duldung sexueller Handlungen (Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a)
Zwangsarbeit, erzwungene Dienstleistungen	Schuld knechtschaft und entsprechende / ähnliche Verhältnisse (Abs. 1 S. 1 Nr. 2) Ausbeuterische Beschäftigung (Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b, Abs. 1 S. 2)
Betteltätigkeiten	Ausübung der Bettelei (Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. c)
Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken	Sklaverei und entsprechende / ähnliche Verhältnisse (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)
Leibeigenschaft	Leibeigenschaft und entsprechende / ähnliche Verhältnisse (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)
Ausnutzung strafbarer Handlungen	Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen (Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. d)
Organentnahme	Entnahme von Organen (Abs. 1 S. 1 Nr. 3)

Der einzige Punkt, in dem der deutsche Gesetzgeber von der unionsrechtlichen Definition abweicht, betrifft die Ausbeutung im Wege der Zwangsarbeit. An die Stelle des unions- bzw. völkerrechtlichen Begriffs („forced labour or services“) tritt in weiten Teilen die ausbeuterische Beschäftigung und damit ein Konzept, das weit über die unionsrechtlichen Vorgaben hinausgeht.

Eine ausbeuterische Beschäftigung liegt vor, wenn die Beschäftigung aus rücksichtslosem Gewinnstreben zu Arbeitsbedingungen erfolgt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen (§ 232 Abs. 1 S. 2 StGB).

Das auffällige Missverhältnis ist dem Tatbestand des Wuchers (§ 291 StGB) entlehnt.³¹ Diese Bezugnahme trägt jedoch nur bedingt zu einer Konturierung des tatbestandlichen Unrechts bei.³² So stellt sich bereits die Frage, ob die Kriterien des § 291 StGB (eines Vermögensdelikts) sinnvollerweise auf einen Tatbestand angewandt werden können, der vor Zwang zur Erbringung von Arbeitsleistung schützen soll.³³ Ausweislich der Gesetzesmaterialien will der Gesetzgeber selbst nicht an der im Rahmen des Wuchertatbestandes entwickelten Auslegung festhalten, wonach ein auffälliges Missverhältnis bei Zahlung von weniger als 66 % des Tariflohns anzunehmen ist, sondern ein auffälliges Missverhältnis erst ab einer Unterschreitung des Mindestlohns um mindestens 50 % annehmen,³⁴ ohne dass ein Grund für diese Abweichung angegeben

²⁷ BT-Drs. 18/9095, S. 26.

²⁸ S. insoweit BT-Drs. 18/9095, S. 24 f., 30.

²⁹ S. dagegen die Kritik an der fehlenden Umsetzung des Elements „Missbrauch von Macht“: Bürger, ZIS 2017, 169 (176).

³⁰ Eisele, Schriftliche Stellungnahme, Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8.6.2016, S. 5 f.; Petzsche, KJ 50 (2017), 236 (241).

³¹ BT-Drs. 18/9095, S. 27 f.

³² Vgl. dagegen die grundsätzlich positive Stellungnahme zu § 232 Abs. 1 S. 2 StGB bei Bürger, ZIS 2017, 169 (175).

³³ Vgl. die entsprechende Kritik am wirtschaftlichen Konzept der Ausbeutung in § 232 StGB: Renzikowski, Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8.6.2016, S. 6.

³⁴ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

wird.³⁵

Weitere Unsicherheiten ergeben sich daraus, dass die Feststellung einer ausbeuterischen Beschäftigung eine „Gesamtbetrachtung“ erfordert, bei der alle Aspekte des Beschäftigungsverhältnisses zu berücksichtigen sind. Bedeutsam sind u.a. die wöchentliche und tägliche Arbeitszeit, Ruhe- und Pausenzeiten, freie Tage, Urlaubsansprüche, Provisionen, die Gewährung anderer geldwerter Leistungen durch den Arbeitgeber, z. B. von freier Kost und Logis, mögliche unzulässige Lohnkürzungen oder „Strafen“ des Arbeitgebers und sonstige Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz, einschließlich der Einhaltung anerkannter Regeln des Arbeitsschutzes.³⁶ Ungeachtet der strengeren Anforderungen an das auffällige Missverhältnis (s. oben zur Unterschreitung des Mindestlohns) trägt der Tatbestand trägt damit – wie bereits das entsprechende Merkmal in § 233 StGB a.F. – die Gefahr einer nahezu uferlosen Anwendung in sich.³⁷

Schließlich setzt ein ausbeuterisches Verhältnis noch ein „rücksichtsloses Gewinnstreben“ voraus. Mit diesem Merkmal wollte der Gesetzgeber Konstellationen ausschließen, in denen der Täter aus einer persönlichen Notlage heraus handelt.³⁸ Ob dem Merkmal damit eine sinnvolle Funktion zugewiesen werden kann, wird jedoch mit der (rhetorischen) Frage nach dem „rücksichtsvollen Ausbeuter“ zu Recht bezweifelt.³⁹

Die Feststellung eines ausbeuterischen Beschäftigungsverhältnisses ergibt sich damit aus einer Gesamtwürdigung objektiver und subjektiver Umstände, die im Gesetz nur ansatzweise beschrieben sind und deren Inhalt und Gewicht weitgehend unklar bleiben; das Ergebnis der Prüfung ist daher für den Normadressaten kaum vorhersehbar.

Als Zwischenfazit ist daher auch mit Blick auf die Neufassung des § 232 StGB festzuhalten, dass ein Mangel an Bestimmtheit nicht auf die unionsrechtlichen Vorgaben, sondern auf die Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen ist, den Tatbestand des Menschenhandels auf ausbeuterische Beschäftigungsverhältnisse zu erstrecken.

IV. Ergebnis und Schlussbetrachtung

Die im Titel dieses Beitrags enthaltene These, dass die Unbestimmtheit des § 232 StGB den Vorgaben des Unionsgesetzgebers zu verdanken ist, ist nach alledem nicht

begründet. Soweit sich der Wortlaut des § 232 StGB eng an den unionsrechtlichen Vorgaben orientiert, gibt er in puncto Bestimmtheit kaum Anlass zu Kritik (s. oben zu Tathandlungen, Tatmittel und Tatzweck). Demgegenüber wird der neue Tatbestand – wie auch die Vorläuferfassung – vor allem dort wegen seiner Unbestimmtheit kritisiert, wo der deutsche Gesetzgeber über die unionsrechtlichen Pflichten hinausgegangen ist (s. oben zur ausbeuterischen Beschäftigung).

Darüber hinaus begegnet die Ausgangsthese auch grundsätzlichen Bedenken: Soweit die EU-Richtlinie Vorgaben enthält, die vage und unbestimmt sind, steht es dem deutschen Gesetzgeber nicht an, diese in stiller Demut hinzunehmen und möglichst wortlautgetreu („eins zu eins“) in das deutsche Recht umzusetzen. Mit Blick auf die vertragliche Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten und die Eigenheiten der Richtlinie als Instrument der Strafrechtsangleichung ist es vielmehr Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, die ihm auf diese Weise eröffneten Spielräume in eigener Verantwortung auszufüllen und in Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben Strafgesetze zu erlassen, die dem Bestimmtheitsgebot hinreichend Rechnung tragen.⁴⁰

Dies entspricht auch der individualschützenden Funktion des Bestimmtheitsgebotes: Anders als der Unionsgesetzgeber, der über Richtlinien nur punktuell auf die Strafgesetzgebung einwirkt, kann der nationale Gesetzgeber an Begriffe und Rechtsnormen anknüpfen, die in der nationalen Strafrechtsordnung und ihrer strafrechtlichen Dogmatik fest verankert sind und damit Orientierung für die Auslegung und Anwendung des harmonisierten Strafrechts bieten können. Daraus ergibt sich eine reduzierte Bindung des Unionsgesetzgebers an das Bestimmtheitsgebot, der bei dem Erlass von Richtlinien zur Strafrechtsangleichung eine praktische Konkordanz zwischen Bestimmtheitsgebot (Art. 49 Abs. 1 S. 1 GrCh) und der Rücksicht auf die Kompetenz des nationalen Strafgesetzgebers (Art. 5 Abs. 4 EUV) herzustellen hat.

Die Europäische Kriminalpolitik liegt damit in der gemeinsamen Verantwortung des unionalen und des nationalen Strafgesetzgebers. Ungeachtet der Verbindlichkeit der nach Art. 83 AEUV erlassenen Richtlinien sollte der deutsche Gesetzgeber daher genau prüfen, welche Umsetzungsspielräume ihm verbleiben. Die Vagheit sekundärrechtlicher Vorgaben stellt ihn keineswegs von der Bindung an den Bestimmtheitsgrundsatz frei.

³⁵ Kritisch auch *Petzsche*, KJ 50 (2017), 236 (242); *Renzikowski* (Fn. 33), S. 9.

³⁶ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

³⁷ S. bereits die Kritik von *Eydner*, NSiZ 2006, 10 (11, 13).

³⁸ BT-Drs. 18/9095, S. 28.

³⁹ *Renzikowski* (Fn. 33), S. 10; s. auch *Petzsche*, KJ 50 (2017), 236 (242).

⁴⁰ Diese Spielräume sind enger, soweit der nationale Gesetzgeber über eine Richtlinie nach Art. 83 Abs. 2 AEUV zur Kriminalisierung von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verpflichtet wird. Das Unionsrecht kann insoweit allerdings auch eine strafbarkeitsbegrenzende Wirkung entfalten, s. zum Kapitalmarktstrafrecht *Böse, wistra* 2018 (im Erscheinen).

Integrität des Sports – Was sollen neue Tatbestände schützen?

von Prof. Dr. Carsten Momsen *

Der Duden bietet einige Synonyme für das Wort Integrität – Anständigkeit, Ehrlichkeit, Makellosigkeit etc. Wie aber kann nun der Sport in der heutigen Gesellschaft, welche von mitunter ungezügelmtem Streben nach citius, altius, fortius, in sportlicher wie ökonomischer Hinsicht geprägt ist, anständig bleiben?

I. Einführung

Nahezu jeder gerät mit Sport auf irgendeine Art in Berührung. Sei es als aktiver (Hobby) Sportler oder als Fan, der seine Mannschaft unterstützt. Jede Sportart folgt dabei gewissen Regeln, die den reibungslosen Spielablauf erst möglich machen und daher als wichtig eingeschätzt werden. Oft werden dem Sport auch Werte wie Fairness und Teamgeist zugeschrieben. Darüber hinaus kommt dem Sport jedoch auch eine wirtschaftliche Bedeutung zu. Dies findet neben gewaltigen, angesichts der sozialen Probleme auch in den westlichen Industrieländern geradezu obszönen, Transfersummen wie auch den Beträgen, welche für Übertragungsrechte aufgerufen und – jedenfalls in Deutschland aus Gebühren – bezahlt werden, nicht zuletzt auch Ausdruck in den weiterhin zunehmenden Wetten auf sportliche Ereignisse.

Nimmt man hinzu, dass die internationalen Spitzenverbände des Sports - IOC und FIFA seien nur als die prominentesten Beispiele herausgegriffen - in einer durch offene systemische Korruption gekennzeichneten Wirklichkeitsblase leben und zugleich mit nationalen und internationalen politischen Spitzenorganisationen und Staaten interagieren, so stellt sich die Frage, welche Interessen eigentlich tatsächlich durch die neuen Vorschriften zum Schutze des Sports gefördert werden.

Amerikanische Strafverfolgungsbehörden ermitteln gegen die FIFA (und andere Sportverbände) wegen diverser Wirtschaftsdelikte, wegen Korruption und wegen „Conspiracy“. Letzterer Tatbestand ähnelt in gewisser Weise unserem strafrechtlichen Verbot krimineller Vereinigungen, hat aber eine erheblich stärkere Klammerwirkung und erlaubt den Ermittlungsbehörden und Gerichten einen enormen Spielraum bei der Zielrichtung der strafrechtlichen Ermittlung und Sanktionierung. Er findet auch An

wendung bei Verfahren gegen das organisierte Verbrechen, die Mafia – und deutsche Automobilhersteller. Wobei die Criminal Division des DoJ dazu neigt, die FIFA näher an die Mafia als an die Autokonzerne zu rücken¹ – soweit hier überhaupt differenziert wird. Läge es bei diesem Befund nicht nahe, die Organisation zu verbieten – anstatt daran zu glauben, man könne diese Geschäfte auch auf integre Weise ausüben? Eine Volte, die der amerikanisch-italienischen Mafia übrigens in geradezu bewunderungswürdiger Weise gelungen ist.²

Die Frage ist rhetorisch und angesichts der Bedeutung, die dem Spitzensport nicht nur hierzulande zugeschrieben wird, wohl auch obsolet.

Gleichwohl: Gibt es die in den Begründungen beider Gesetze, des „Anti-Doping-Gesetzes“ und des Gesetzes zur „Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben“, im Vordergrund stehende „Integrität“ des Sports?

Wenn es sie gibt – handelt es sich um ein strafrechtlich zu schützendes Interesse? Oder gar ein Rechtsgut?

II. Rechtsgüter und das Konzept strafrechtlich geschützter Interessen

Vorab sei klargestellt, dass zwei Diskussionen an dieser Stelle nicht geführt werden: Die Diskussion um den Rechtsgutsbegriff und die Diskussion darum, ob die staatliche Förderung des Spitzensports und der Sportorganisationen überhaupt sinnvoll bzw. legitimierbar ist. Letzteres wird als Prämisse unterstellt.

Der Begriff Rechtsgut wird hier synonym mit dem Begriff des strafrechtlich geschützten Interesses verwendet. Zur Kritik verweise ich auf die Ausführungen von *Thomas Fischer* in einer sehr aufschlussreichen Zeit-Kolumne³ und auf den Beitrag von *Hans Kudlich* auf der Augsburger Strafrechtslehrertagung.⁴

Methodisch arbeite ich nachfolgend mit einem systemkritischen dualistischen Rechtsgutsbegriff, der sich als eher analytisches Konzept zur Differenzierung von Recht und

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrecht, Strafrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag war ein Vortrag anlässlich eines Treffens des „Kriminalpolitischen Kreises“ im November 2017 in Köln. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Ich danke meinen Mitarbeiterinnen *Lisa Eisenberger* und *Clarissa Streitner* für die Unterstützung.

¹ DoJ- „A 47-count indictment was unsealed early this morning in federal court in Brooklyn, New York, charging 14 defendants with racketeering, wire fraud and money laundering conspiracies, among

other offenses (...)“: <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and-zuletzt-abgerufen-am-11.12.2017>.

² Holder-Memo, Organized Crime, 2012; <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao/legacy/2012/10/31/usab6006.pdf>, zuletzt abgerufen am 11.12.2017.

³ *Thomas Fischer*, „Was ist ein Rechtsgut“, Zeit online v. 2.6.2015, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-06/strafrecht-tierschutz-fischer-im-recht/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 31.10.2017).

⁴ *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 ff.

diffusen Moralvorstellungen dem „Harm Principle“ annähert.⁵

Vor über 15 Jahren habe ich – gemeinsam mit *Cherkeh* – in jugendlichem Übermut formuliert, das Strafrecht dürfe den „Sportethos“ schützen, da es sich hierbei um ein Allgemeinrechtsgut handele.⁶ Diese Bemerkung, deren Autorentenschaft ich schon wenige Jahre später gern geleugnet hätte, hat sich als einflussreicher erwiesen als man hätte befürchten müssen.

Tatsächlich formuliert der Aufsatz aber, zugegebenermaßen etwas zaghaft, was aus meiner Sicht heute richtig ist: dass es in Wahrheit um andere Interessen gehen muss. Ein Rechtsgut, auch wenn es ein solches der Allgemeinheit ist, ist nur dann legitimierbar, wenn es sich auf Individualinteressen zurückführen lässt, letztlich mittelbar deren Schutz dient.

Doping, so der Ansatz, verzerre den sportlichen Wettbewerb. Dieser Wettbewerb ist als Ausschnitt eines allgemeinen Wettbewerbsgedankens nicht umfassend geschützt, sondern dort, wo er fremde geschützte Interessen tangiert. Dies, so formulierten wir damals, setze eine Vermögensrelevanz des Wettbewerbs voraus. Weitere Interessen wie Gesundheit oder Körperintegrität seien ausreichend durch das (2001) vorhandene strafgesetzliche Instrumentarium geschützt.

Der wirtschaftliche bzw. wirtschaftsstrafrechtliche Zugang prägt meinen Blick auf die neuen Gesetze auch weiterhin. Dementsprechend ist vorzuschicken, dass meiner Ansicht nach Doping nur als eine Form der Wettbewerbsverzerrung zugleich eine spezifische Erscheinungsform der Korruption bzw. der korruptiven Wettbewerbsstörung darstellt.

Daraus folgt, wie ich vor gut einem Jahr hier in Köln auf der Tagung zu Korruption im Sport näher ausgeführt habe, dass die Normen der beiden neuen Gesetze, wenn überhaupt, dann nur im Zusammenhang mit den §§ 299 und 331 ff. ein tragfähiges Schutzkonzept darstellen können. Ferner folgt daraus, dass Korruption immer einen zumindest potentiellen Wettbewerbsbezug voraussetzt, was für die Interpretation des sog. „Geschäftsherrnmodells“ § 299 Abs. 1 und 2 jeweils Nr. 2 StGB eine Rolle spielt – aber auch Rückwirkung auf die Bekämpfung der Korruption im Sport hat. Auch hier ist ein Wettbewerbsbezug mit wirtschaftlicher Konnotation vorauszusetzen. Für Näheres darf ich auf den sicher bald erscheinenden Tagungsband der vorgenannten Tagung verweisen. Die individuelle Gesundheit kann namentlich durch Doping beeinträchtigt werden. Hier jedoch stellt Doping ebenso wenig

wie der Betäubungsmittelmissbrauch eine spezifische Rechtsgutsschädigung dar. Bei genauer Betrachtung liegt auch keine in strafrechtlichen Kategorien spezifische Angriffsmodalität vor. Dementsprechend ist insoweit – isoliert betrachtet – das Schutzsystem der §§ 223 ff. StGB vorrangig.

Last but not least resultiert aus diesem Ansatz auch eine prozessuale Konsequenz, welche mit den neuen Gesetzen umgesetzt wurde: Es geht nicht um die Beeinträchtigung verbandsinterner Rechtsgüter im Schutzbereich des Art. 9 GG – soweit dies überhaupt denkbar ist. Dementsprechend gibt es keinen Primat sportgerichtlicher bzw. schiedsgerichtlicher Konfliktlösung, sofern auch strafrechtliche Rechtsgüter betroffen sind.

Schauen wir uns vor diesem Hintergrund die neuen Regelungen an. Was ist die „Integrität des Sports“?

III. Das Anti-Doping-Gesetz

Am 18.12.2015 trat das Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG) in Kraft – die Aushängeschilder des Sports – Chancengleichheit, Vertrauen und Fair Play erschienen gerettet – die Zahl der Verurteilungen seit 2015: Null. Doping werde durch die innere Systemlogik des Sports provoziert.⁷ Noch-Justizminister *Heiko Maas* findet Doping in seiner rechtspolitischen Bilanz der 18. Legislaturperiode „unfair, unsportlich und gefährlich“.⁸ Sucht man in den FIFA Statuten von 2012⁹ nach dem Wort Doping so erscheinen sechs Treffer – in den aktuellen Statuten von 2016¹⁰ erzielt man bereits fast das Doppelte – nämlich elf Treffer. Eine Sensibilisierung für das Thema Doping ist zweifelsfrei durch die neue Möglichkeit der Strafbarkeit nach einem formellen Gesetz geschaffen worden. Wie aber sind die sich daraus resultierenden tatsächlichen Möglichkeiten zu beurteilen?

Nach § 1 AntiDopG ist der Zweck des Gesetzes die Bekämpfung der Verwendung von Dopingmitteln um die Gesundheit der Sportler*innen zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern sowie die Integrität des Sportes zu wahren. Bei den Rechtsgütern „Fairness und Chancengleichheit“ sowie „Integrität des Sports“ handelt es sich um sprachlich wie strafrechtlich unbestimmte Begriffe, welche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen. Insoweit wurde diskutiert, den Gesetzeszweck doch auf den Schutz der Athleten-gesundheit zu fokussieren und nur mittelbar den Wettbewerb zu schützen.

⁵ Vgl. *Dubber*, 53 *American Journal of Comparative Law* 2006, 679: „Rechtsgut as Analytical Tool - In the end, the most important function of the concept of legal good may well be the facilitation of critical analysis, rather than critique itself. The very existence of the concept stands for the proposition that there are limits within which modern criminal law must operate if it is to claim legitimacy, and ultimately obedience, and therefore effectiveness. The notion of legal goods provides critical analysis of German criminal law with a language for expressing itself, no less, but also not much more (...).“

⁶ *Cherkeh/Momsen*, NJW 2001, 1745 ff.

⁷ *Adolphsen*, *Internationale Dopingstrafen*, 2013, S. 26.

⁸ *Maas*, ZRP 2017, 130.

⁹ <https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/bo-dies/01/62/05/99/eanlagedeutsch.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.10.2017).

¹⁰ https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutsweben_neutral.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2017).

Im Hinblick auf die Chancengleichheit bei Wettbewerben wird man schwerlich ein entsprechendes Individualrechtsgut formulieren können, genauso wenig, wie sich niemand eine strafbewehrte unbestimmte Verpflichtung zur Fairness wünschen wird. Fairness und Chancengleichheit können sich also nur als Allgemeinrechtsgut auf den Wettbewerb beziehen.

Da der Wettbewerb genauso wenig wie das Vertrauen in das Funktionieren desselben um seiner selbst in allen Erscheinungsformen geschützt ist, bedarf es der Eingrenzung des Schutzbereiches auf den sportlichen Wettbewerb, soweit dieser geeignet ist, strafrechtlich geschützte Interessen Dritter zu tangieren, im Falle der Aushebelung des Wettbewerbs zu verletzen. Gefragt ist also in erster Linie eine Vermögensrelevanz. Selbstdoping müsste strukturell als Selbstverletzung straflos bleiben, die Gesundheit ist nach Maßgabe der §§ 223 ff. StGB geschützt. Der oben beschriebene Ansatz weist also in die falsche Richtung. Ein eigenständiges Rechtsgut „Integrität“ ist durch § 1 des Gesetzes nicht geschaffen worden.

§ 2 Abs. 3 AntiDopG sowie § 3 Abs. 4 AntiDopG stellen allein den Besitz von Dopingmitteln unter Strafe – was in Sportlerkreisen zu Aufregung führt. *Silke Kassner*, stellvertretende Vorsitzende der Athletenkommission des DOSB und Olympiateilnehmerin äußerte beim Kölner Kolloquium zur Wirtschaftskriminalität¹¹ Anfang 2017 ihre Bedenken: Sportler hätten große Sorge, kriminalisiert und vorbestraft zu werden – das Schmuggeln von Dopingsubstanzen in fremde Sporttaschen sei nun einmal ein leichtes Spiel. Schutzzweck dieser Bestimmung soll die Allgemeingesundheit sein – eine Strafbarkeit soll somit bereits vor Inverkehrbringen begründet werden können. § 2 Abs. 3 AntiDopG ersetzt das bisherige Verbot des § 6a Abs. 2 lit. a AMG.¹² Der Schutzzweck des § 2 Abs. 3 AntiDopG ist nicht beim Besitz von geringen Mengen, die als Eigenverbrauch zu verbuchen und nicht zur Weitergabe bestimmt sind, erfüllt – vielmehr behält der Gesetzgeber die Grauzone der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Auge und stellt auf die Strafbarkeit des Besitzes als zwingendes Durchgangsstadium sowie mit § 3 Abs. 4 auf die Integrität des organisierten Sports ab. Ab wann die Grenze der geringen Menge überschritten ist, soll im Einzelfall ein Sachverständiger unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Datenlage klären.¹³ Frau *Kassners* Bedenken können vermutlich ausgeräumt werden – bei § 3 Abs. 4 AntiDopG handelt es sich nach überwiegender Auffassung um eine Norm, welche einer Verfassungsbeschwerde nicht standhalten würde.¹⁴ Die Norm dient schon qua Begründung weniger der Integrität des Sports als dem ebenfalls ominösen Rechtsgut der „allgemeinen Gesundheit“. Die Nähe zum BtMG und dem dort geschützten Rechtsgut der „Volksgesundheit“ ist nicht nur zufällig, die Formulierung etwas weniger vorbelastet. Allerdings ist es schwer vorstellbar – auch nicht im BtMG – dass ein Einzelner verantwortlich sein soll für die Gesundheit aller – es müsste sich ja zumindest der Hauch einer

garantenähnlichen Pflicht finden lassen. Ein solcher ist jedoch nicht zu spüren. Genauso wenig wie es vorstellbar ist, dass die Gesundheit aller durch den Besitz von Dopingmitteln einzelner Sportler gefährdet werden könnte. Die Idee eines sog. „Kumulationsdelikts“ geht hier ebenfalls ins Leere. Sinn ergibt die Norm dort, wo das Umfeld an der Vorbereitung und Durchführung von korruptiven Verzerrungen des Wettbewerbs durch Doping gehindert werden soll. Der Sache nach haben wir es mit einem Vorfeldtatbestand zu tun.

Gem. **§ 3 AntiDopG** ist Selbstdoping strafbar – dies gilt für alle Sportler*innen, die an einem Wettbewerb des organisierten Sports teilnehmen. Nach § 3 Abs. 3 AntiDopG ist ein Wettbewerb des organisierten Sports eine Sportveranstaltung, die von einer nationalen oder internationalen Sportorganisation oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird und bei welcher Regeln – gestellt von eben einer solchen Organisation – einzuhalten sind. Es handelt sich somit grds. um Sportler, die sich als Mitglied eines Testpools im Rahmen des Dopingkontrollsystems Trainingskontrollen unterziehen müssen und/oder durch ihre sportliche Leistung eine Einnahmequelle für sich schaffen.

Die erste Reihe beim Marathon muss also vorsichtig sein – die anderen Läufer können sich auf ihrer EPO-Behandlung ausruhen? Sanktionierung von Vorbildversagen? – argumentativ durchaus vertretbar ... wie aber ließe sich sonst der so kritisch beäugte Aspekt der Selbstgefährdung relativieren?

Tathandlungsvarianten sind das Bei-Sich-Anwenden und das Bei-Sich-Anwendenlassen bspw. durch einen Arzt/Trainer etc. Erfolgt die Anwendung durch eine dritte Person, so ist es irrelevant, ob diese gut- oder bösgläubig ist.¹⁵ Einziges Ausschlusskriterium ist, wenn es sich bei der Anwendung um eine medizinische Indikation handelt. Angewendet werden muss das Mittel zu dem Zweck, sich in einem Wettbewerb des organisierten Sports einen Vorteil zu verschaffen – ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang muss nicht bestehen – soweit das Mittel angewendet wird, um bei einem späteren Wettbewerb die beabsichtigte Leistungssteigerung zu erzielen. Widerspricht aber nun die ausschließliche Strafbarkeit von Vorbildversagen Art. 3 Abs. 1 GG? Vermutlich nicht. Dieser Frage schließt sich denklogisch die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Selbstdopings an. So ist und muss es strafrei bleiben, wenn sich der oder die Sportler*in privat dazu entscheidet leistungsunterstützend Dopingmittel zu nutzen und dabei eigenverantwortlich seine bzw. ihre Gesundheit zu schädigen. Zwingend muss jedoch zum organisierten Sport unterschieden werden – in welchem Fairness und Chancengleichheit herrschen – sowie das exponentiell viel höhere Risiko besteht andere Sportler mittelbar zum Doping zu zwingen – damit auch diese dem unmenschlichen Leistungsniveau ihrer gedopten Konkurrenz standhalten können. Auch hier lässt sich kein konkretisierender Hinweis auf ein Rechtsgut „Integrität“ des

¹¹ *Streitner*, ZIS 2015, 277.

¹² *Momsen/Grützner*, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Rn. 56 ff.

¹³ *Striegel*, in: NK- AntiDopG, 1. Aufl. (2017), § 2 Rn. 85.

¹⁴ *Greco*, GA 2010, 62.

¹⁵ *Putzke*, in: NK-AntiDopG, § 3 Rn. 8.

Sports finden. Vielmehr kann Selbstdoping nur deshalb strafbar sein, weil und soweit es sich eine Angriffsmodalität auf eine strafrechtlich geschützte Erscheinungsform des sportlichen Wettbewerbs handelt. Erforderlich ist also die Rückbindung auf individuelle Rechtsgüter, die durch die Funktionsstörung des Wettbewerbs beeinträchtigt werden können. In der Regel das Vermögen.¹⁶ Die individuelle Gesundheit des Sportlers ist hier nicht Gegenstand eines spezifischen Angriffs, daher sind auch insoweit die § 223 ff. angesprochen.¹⁷

Nach § 4 **AntiDopG** wird die Strafbarkeit für Hintermänner, die das Doping initiieren, verschärft. Trainer, Betreuer, Mannschaftsärzte und Funktionäre können sich danach auch nach dem **AntiDopG** strafbar machen.¹⁸ Um es mit *Heiko Maas* zu sagen „nur fair“...und alles andere als selbstgefährdend. In Bezug auf die individuelle Gesundheit greifen hier die § 223 ff. StGB unmittelbar ein. Die Zielrichtung liegt in der Organisation von und Beteiligung an korruptiven Eingriffen in den geschützten Wettbewerb.

Mit § 8 **AntiDopG** ist nun der Austausch zwischen Nationaler Anti Doping Agentur Deutschland (NADA), Gerichten und Staatsanwaltschaft gesetzlich geregelt worden – die Regelung soll sicherstellen, dass die NADA auch von Amts wegen die nötigen Informationen erhält. Hauptanzeiger von Missbrauchsfällen ist nach wie vor die NADA. Positiver Nebenaspekt des Gesetzes könnte die Weiterentwicklung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften sein – nach 2009 in München und 2012 in Freiburg folgen vermutlich zeitnah weitere.

§ 11 **AntiDopG** stellt nun die Anwendbarkeit einer Schiedsgerichtsbarkeit gem. §§ 1029, 1030 ZPO gesetzlich fest. Wesentliche Vorteile des Schiedsgerichtsverfahrens liegen auf der Hand – jene Verfahren sind nicht öffentlich, die Schiedsrichter sind Experten – Schiedssprüche sind vollstreckbar und *last but not least* sparen die Verfahren Zeit und Kosten. Sportverbände regeln vermehrt rechtliche Auseinandersetzungen mit den ihren Statuten unterworfenen Athleten, Vereine oder Clubs exklusiv durch die Vereinbarung eben solche vor Schiedsgerichten auszutragen. Letztinstanzlich entscheidend werden dann bspw. national das Deutsche Sportschiedsgericht in Köln oder international der Court of Arbitration for Sport in Lausanne tätig.¹⁹ Wie aber gestaltet sich nun die Konkurrenz von Schiedsgerichten zu ordentlichen Gerichten? Grundsätzlich sind Schiedsverfahren endgültig bindend. Sie können nur unter besonderen Umständen vor staatlichen Gerichten angefochten werden – bspw. wenn die Vereinbarung der Parteien auf Durchführung eines Schiedsverfahrens unwirksam waren. Nicht jedoch, wie sich aus neuester Rechtsprechung ergibt, wenn dem Verband eine derartige Monopolstellung zugewiesen werde, dass der Sportler als sein Gegenüber keine andere Wahl hätte als der Schiedsvereinbarung zuzustimmen.²⁰ Begründet wird dies mit den sich schlussendlich deckenden Interessen von Verband und Sportler*in – welche doch an

einem Strang ziehen würden. Des Weiteren würden die Schiedsgerichte die Rechte des Athleten in hinreichendem Umfang wahren – somit sei eine Zwangssituation bzw. eine nur einseitig profitable Lage abzulehnen. Es ist zusammenzufassen, dass Art. 6 I EMRK dem Ausschluss der Anrufung staatlicher Gerichte durch Übereinstimmung zu einer schiedsgerichtlichen Vereinbarung nicht im Wege steht – solange die Vereinbarung wirksam erfolgte.²¹ Ferner bleibt die Überprüfung durch staatliche Gerichte vorhanden – was auch im Hinblick auf die Auswirkungen von Schiedssprüchen auf das Arbeitsverhältnis des Sportlers unabdingbar ist.

Problematisch stellt sich das Beweisverwertungsverbot der im sportrechtlichen Verfahren erzielten Erkenntnisse im gerichtlichen Verfahren dar. Grundsätzlich gilt das *nemo tenetur se ipsum prodere* Prinzip. Im verbandsrechtlichen Verfahren ist der Athlet faktisch gezwungen zur Sache auszusagen – die Aussage dürfte im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden. Sogleich stellt sich die Frage der Doppelbestrafung – Art. 103 Abs. 3 GG steht dem insoweit nicht entgegen – da dies nur für die Verhängung zweier Kriminalstrafen beruhend auf den allgemeinen Gesetzen gilt. Die Verurteilung nach Vereinsrecht beispielsweise auf Rückzahlung von Preisgeldern oder Verhängung einer Wettkampfsperre einerseits, schließt einen Freispruch im gerichtlichen Verfahren andererseits nicht aus. Dem lässt sich dennoch entgegenhalten, dass eine solche „Aufteilung“ von Sanktionen bspw. im Straßenverkehrsrecht durchaus üblich ist.

Diese Normen geben für eine rechtsgutsbezogene Analyse unmittelbar nichts her. Allerdings könnte man aus der unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens sehr positiv zu bewertenden Verlagerung des Anti-Doping-Kampfs auf die staatliche Strafjustiz schlussfolgern, dass sich das Gesetz eben nicht nur mit einem sportlichen bzw. sportrechtlichen Internum befasst – was die „Integrität des Sports“ wohl wäre.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Sensibilisierung für das Thema Doping seit Einführung des Gesetzes enorm gestiegen ist. Nicht nur bei den Athleten – auch bei der Gesellschaft, welche den Sportler und die Sportlerin nun noch kritischer beäugt. Sogar Netflix ist aufgesprungen und hat mit der Produktion von „Icarus“ einiges zur Diskussion in den Medien beigetragen.

In der olympischen Geschichte mussten bislang 74 Gold-Silber- und Bronzemedallien zurückgegeben werden – das Dunkelfeld ist vermutlich doppelt bis dreimal so groß. Die Erweiterung der Strafbarkeit von Verbandskontrolle auf gesetzliche Kontrolle und die damit verbundene Möglichkeit Aufklärungs- und Ermittlungsarbeit der Exekutive zu übergeben – selbstredend mit fortlaufender Unterstützung der NADA – welche primärer Hinweisgeber bleibt – stellt eine enorme Verbesserung der heutigen Lage im Vergleich zu vor 2015 dar.

¹⁶ Vgl. näher *Cherkeh/Momsen*, NJW 2001, 1745 ff.

¹⁷ Vgl. *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: SSW-StGB, 3. Aufl. (2017), § 223 Rn. 54 ff.

¹⁸ *Putzke*, in: NK-AntiDopG, § 4 Rn. 11.

¹⁹ *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66.

²⁰ *BGH*, Urt. v. 12.7.2016 – KZR 6/15; NJW 2016, 2266.

²¹ *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66.

IV. Korruption – Gesetz zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

Wie einleitend erwähnt, dominieren ökonomische Interessen den Sport, insbesondere den Leistungssport stark und in weiter zunehmendem Maße. Ein Indikator dafür ist auch das schon seit Jahren verzeichnete hohe Volumen an Sportwetten. Anders als im Bereich der korruptiven Wettbewerbsverzerrung durch Doping sind die Wetten gar nicht so sehr an den Leistungssport im engeren Sinne geknüpft. Gerade im Bereich der Commonwealth-Staaten kann man im praktisch zu jedem Zeitpunkt auf alles und jeden wetten.

Wird der Wettbewerb im Zusammenhang mit Wetten korrumpiert, so sind gerade Veranstaltungen in niedrigeren Ligen für die Täter interessant, da diese nicht so sehr im Fokus der Öffentlichkeit und der Aufsichtsinstitutionen stehen. Zudem lassen sich die Akteure aufgrund der geringeren Saläre häufig mit weniger Kapitaleinsatz kaufen.²²

Eben jene korruptive Verhaltensweisen, welche sich ungezügelt durch alle Ligen schleichen und Akteure sowie Funktionäre beschämend bereichern verdeutlichen, dass Korruption im Sport nicht nur Schummeln ist, sondern wirtschaftlich kriminelles Verhalten. Tatbestandserfüllend fungiert der Sport als Instrument derer, die wettbewerbsverzerrend Vermögensschädigungen initiieren.

Korruption im Sport stellt sich hier als gewinnbezogene Wirtschaftskriminalität im eigentlichen Sinne dar, welche sich des Sports als Instrument zur Wettbewerbsverzerrung und in aller Regel intendierten Vermögensschädigung bedient.

Insbesondere der Fußballsport war in den letzten Jahren von Spielmanipulationen geprägt.²³ Problematisch war die Erfassung der evidenten Vermögensverschiebungen mit den vorhandenen vermögensschützenden Tatbeständen. Im Bereich des Betrugs wurde die Rechtsfigur des Quotenschadens entwickelt. Eine weitgehende Ablösung von der bisherigen Ausformung des Schadensbegriffs, im Bereich der Wortlautgrenze und der Unrechtskonkretisierung höchst problematisch.

Vor diesem Hintergrund traten am 19.4.2017 mit § 265c StGB (Sportwettbetrug) und § 265d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) zwei Straftatbestände in Kraft, die nach der Einführung des AntiDopG im Jahr 2015 ebenfalls unter anderem die Integrität des Sports schützen sollen. Beide Tatbestände stellen jeweils Manipulationsabsprachen zwischen einem Vorteilsnehmer und einem Vorteilsgeber in Bezug auf den Verlauf oder das Ergebnis eines Sportwettbewerbs unter Strafe.

Der Unterschied liegt darin, dass § 265c StGB Sportwettbewerbe, die Gegenstand einer öffentlichen Sportwette sind, schützt, während § 265d StGB auch Sportwettbewerbe ohne Bezug zu einer Sportwette einschließt. Mit der Einführung der beiden Tatbestände wird nun erstmals korruptives Verhalten, das sich auf die Manipulation von Sportwettbewerben richtet, sanktioniert. Die Bestechung im Sportbereich war bisher nicht von § 299 StGB erfasst, da diese nicht den geschäftlichen Verkehr betrifft. Bislang konnte nur der im Zusammenhang mit der Manipulation eventuell ebenfalls vorliegende Betrug nach § 263 StGB bestraft werden. Da in vielen Fällen die exakte Höhe des Vermögensschadens nicht genau beziffert werden konnte, schied eine Bestrafung wegen vollendeten Betrugs oftmals aus.²⁴ Stellt die Einführung der §§ 265c und 265d StGB nun eine sinnvolle Ergänzung der bisherigen Regelungen dar?

§ 265c StGB und § 265d StGB liegt eine weitgehend gleiche Konzeption zugrunde. Beide Tatbestände sollen die Integrität des Sports sowie das Vermögen als Individualrechtsgut schützen.²⁵

Der Vermögensschutz ist im Wesentlichen unproblematisch, wie aber lässt sich „Integrität“ hier interpretieren?

In der Entwurfsbegründung heißt es, die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung des Sports seien durch Sportwettbetrug und Spielmanipulation gefährdet. Der Sport verliere dadurch seine Faszination und könne Werte wie *Leistungsbereitschaft*, *Fairness* und *Teamgeist* nicht mehr vermitteln.²⁶ Was genau Sportintegrität jedoch ist, bleibt völlig unklar und lässt sich beliebig mit Wertvorstellungen füllen. Allein, dass die Integrität des Sports zu den wichtigsten Werten unserer Gemeinschaft gehöre, erscheint zweifelhaft. Sicherlich sind Fairness und Teamgeist positive Werte, die gewiss erstrebenswert sind – es stellt sich jedoch die Frage, ob dies den Einsatz strafrechtlicher Mittel rechtfertigt.²⁷ Vor dem Hintergrund der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts können nicht alle Vorstellungen, die Einzelnen erstrebenswert erscheinen, strafrechtlich geschützt werden. Würde man dies jedoch annehmen, so müsste konsequenterweise jeder erhebliche Regelverstoß im Sport, wie beispielsweise das Foulspiel, das evident gegen das Gebot des Fairplays verstößt, strafrechtlich verfolgt werden können oder zumindest in abgestufter Form eine „Ordnungswidrigkeit“ darstellen.

Aus dem Ultima-Ratio-Prinzip ergibt sich zudem die primäre Verantwortlichkeit der Veranstalter der Sportwettbewerbe, für die Integrität des Sportes zu sorgen.

Trotz aller positiver Attribute sportlicher Wettbewerbe bleibt die Bedeutung für die Werte der Gesellschaft als Gesamtheit fraglich. Die „Werte“ des Sports können eine Strafbarkeit legitimieren, insoweit Sport ein Wirtschaftsbereich von zentraler gesellschaftlicher Bedeutung ist.

²² Näher Momsen, Sciamus 3/2013, 27 ff.; Momsen/Vaudlet, in: Emrich/Pierdzioch/Pitsch, Falsches Spiel im Sport – Analysen zu Wettbewerbsverzerrungen, 2015, S. 219 ff.

²³ So beispielsweise der Skandal um den Schiedsrichter Hoyzer 2005, BGHSt 51, 165 ff.

²⁴ Zum Schadensbegriff BVerfGE 130, 1 (47).

²⁵ BT-Drs. 18/8831, S. 1, 10 ff.

²⁶ A.a.O., S. 13, 18.

²⁷ Jahn, SpuRt 2015, 149.

Darüber hinaus allerdings bleiben die positiven Attribute stets äußert vage. Nicht zufällig bemühen deren Protagonisten immer ausgesprochen schnell das Argument der Evidenz, gern angereichert um persönliche Erfahrungen oder Erlebnisse, die sich kaum ohne gleichzeitig die betreffende Person in ihrer Integrität infrage zu stellen, relativieren lassen. Ansonsten, außerhalb vieler moralischer Wertungen, bleibt häufig das meiste hinter einem Nebelschleier der Vagheit. In einem rationalen Diskurs, geführt mit überprüfbar Argumenten, ergibt sich, dass die Integrität des Sports auch hier kein Interesse beschreibt, das die für eine Strafnorm nötige Rechtsgutsqualität aufweist. Vage Allgemeininteressen gehören nicht zu dem Kern strafrechtlich zu schützender Interessen. Vielmehr dient der Begriff letztlich der moralischen Aufwertung des Wettbewerbs- und Vermögensschutzes, für die ein rationaler Anlass nicht erkennbar ist.

§ 265c StGB schützt in erster Linie die Vermögensinteressen der Wettanbieter sowie das der redlichen Wettteilnehmer. § 265d hingegen zielt insbesondere auf den Schutz von Sportlern und Vereinen ab.²⁸ Unklar ist jedoch, warum gerade im Sportbereich derartige strafrechtliche Sonderregeln aufgestellt werden sollen. Mit welchem Grund verdienen Sportwettanbieter oder Akteure im Bereich des Profisports Sonderbehandlungen? Die Entwurfsbegründungen verweisen immer wieder auf die mit dem Sport verbundenen Vermögensinteressen ohne diese jedoch genauer auszuführen und ihre Schutzbedürftigkeit zu begründen.²⁹ Weshalb diese indes einen weiterreichenden Schutz als sonstige Vermögensinteressen erfahren sollten, bleibt offen.

Systemkohärent wäre es vielmehr, auch hier den Wettbewerb als Allgemeinrechtsgut in den Vordergrund zu stellen, dessen Funktionieren die Vermögensinteressen Dritter befördert.

§ 265c StGB erstreckt sich auf sämtliche Akteure, die auf den Verlauf oder das Ergebnis eines Sportwettbewerbs unmittelbar Einfluss nehmen können. Problematisch erscheint hier die Regelung des § 265c Abs. 6 S. 2 StGB. Demnach werden einem Trainer Personen gleichgestellt, die aufgrund ihrer beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung wesentlichen Einfluss auf den Einsatz oder die Anleitung von Sportlern nehmen können. Im Gesetzestext lässt sich jedoch kein Anhaltspunkt finden, was genau unter „wesentlichem Einfluss“ zu verstehen ist. Dies ist gleichwohl für die Bestimmung der Tätereigenschaft von herausragendem Interesse. Insbesondere in Hinsicht auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erscheint dies nicht unproblematisch.

Das strafbare Verhalten in § 265c Abs. 1 und 3 StGB knüpft an das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils – wie bereits aus § 299 StGB bekannt – an. Spiegelbildlich dazu wird in § 265c Abs. 2 und 4 StGB das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils unter Strafe gestellt. Hier orientiert sich

§ 265c StGB an den Tatbestandsvarianten des § 299 StGB, sodass auf die hierzu entwickelten Grundsätze verwiesen werden kann.³⁰

Auch in Bezug auf den Vorteilsbegriff greift die Entwurfsbegründung auf die Grundsätze der §§ 299 und 331 ff. StGB zurück. Sozialadäquate Zuwendungen unterfallen auch hier nicht dem Begriff des Vorteils.³¹

Zwischen Vorteilszuwendung und Manipulationshandlung muss ein Zusammenhang bestehen. Der Vorteil muss also gerade die Gegenleistung für eine zukünftige Spielmanipulation darstellen. Die Unrechtsvereinbarung muss sich zudem auf einen Wettbewerb des organisierten Sports beziehen. Unter den Begriff der Sportveranstaltung fallen sowohl Turniere mit mehreren zusammengehörigen Wettkämpfen als auch Einzelwettkämpfe, unabhängig davon, ob sie unter Profi- oder Amateursportlern ausgetragen werden.³² Wie auch beim Erlass des Anti-Doping-Gesetzes wird hier seitens des Gesetzgebers auf eine Definition von „Sport“ verzichtet. Es soll vielmehr auf das allgemeine Verständnis von Sport abgestellt werden.³³ Im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erscheint der Verzicht auf eine Legaldefinition des Sportbegriffs höchst problematisch. Besonders die Abgrenzung des Sports zum bloßen Spiel oder Zeitvertreib dürfte im Einzelfall Probleme bereiten. Ein Kriterium zur Bestimmung des Begriffs Sport könnte der Leistungsgedanke sein, der im Vordergrund stehen muss. Wäre Schach demnach ein Sport? Im Allgemeinen würde man dies wohl bejahen. Eine Begründung nach dem gesellschaftlichen allgemeinen Verständnis von Sport zu finden, fällt jedoch nicht leicht. Argumentiert man, die Einbeziehung von Schach begründet sich in der zu erbringenden Denkleistung, so folgt darauf die Frage, warum andere Denkspiele nicht geschützt sein sollen. Skat erfordert sicherlich auch einiges an Denkleistung, wird aber im Gegensatz zu Schach gemeinhin eher weniger als Sport betrachtet. Wo lässt sich also die Grenze zwischen Spiel und Sport ziehen?

Nebenbei: Zudem stellt sich die Frage, ob sogenannter eSport – elektronischer Sport – auch vom Sportbegriff umfasst ist. Auch bei den eSports gibt es internationale Wettbewerbe wie die World Cyber Games und die Möglichkeit, Wetten auf eSport-Wettkämpfe abzuschließen. Ob § 265c StGB diese Form des „Sports“ umfasst, ist noch völlig offen.

Eine Grenzziehung über den Bereich des strafrechtlich geschützten Wettbewerbs ist denkbar, steht jedoch auch vor dem Problem, dass definiert werden muss, warum dieses Wettbewerbssegment schutzwürdig ist. Die Frage, ob es sich um Sport handelt, könnte in den Hintergrund treten, wenn es sich um wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 299 handeln würde.

Für die Strafbarkeit nach § 265c StGB genügt bereits bedingter Vorsatz. Der Vorteilsnehmer muss es zumindest

²⁸ BT-Drs. 18/8831, S. 20.

²⁹ A.a.O., S. 1, 8, 13, 18.

³⁰ BT-Drs. 18/8831, S. 13.

³¹ A.a.O., S. 13.

³² A.a.O., S. 17.

³³ A.a.O., S. 17.

billigend in Kauf nehmen, dass der Vorteilsgeber oder ein Dritter aufgrund der Spielmanipulation einen Wettgewinn erzielen soll – eine konkrete Vorstellung des Vorteilnehmers hinsichtlich Zeit, Ort und Form der Wettsetzung ist nicht nötig.³⁴

§ 265d StGB setzt im Gegensatz zu § 265c StGB nicht voraus, dass ein Zusammenhang zu einer Sportwette besteht. Jedoch bezieht sich § 265d StGB lediglich auf berufssportliche Wettbewerbe. Erforderlich hierfür ist, dass die sportliche Betätigung für die Mehrzahl der teilnehmenden Sportler eine Einnahmequelle im Sinne eines wiederholten Erlangens wirtschaftlicher Vorteile darstellt. Preisgelder sind dabei ebenso wenig ausreichend wie eine bloße Kostenerstattung.³⁵ Kritisch zu sehen ist an dieser Stelle die Zufälligkeit des Vorliegens einer solchen Professionalisierung. Ob an einer Sportveranstaltung überwiegend Sportler teilnehmen, die durch ihre sportliche Betätigung Einnahmen von erheblichem Umfang erzielen, könnte von dem jeweils zufälligen Gegner abhängen.³⁶ Auch die verschiedenen Spielerkonstellationen durch Verletzungen oder Sperren haben dadurch Einfluss darauf, ob eine Sportveranstaltung zu einem berufssportlichen Wettbewerb gezählt wird.

Vor der Gesetzesbegründung, die Integrität des Sports schützen zu wollen, erscheint die Nichterfassung des Amateursports inkonsequent. Besonders beim Fußball sind auch die Oberliga und Landesliga von erheblichem öffentlichen Interesse, sodass auch dem Amateursport eine wichtige Rolle bei der Vermittlung von Werten wie Teamfähigkeit und Fairplay zukommt.³⁷ Zudem sind auch häufig Wettbewerbe des Amateursports Gegenstand von Sportwetten und können Opfer der Spielmanipulation sein. Als organisierte Sportwettbewerbe sind Wettbewerbe des Amateursports zwar von § 265c StGB erfasst. In der Praxis wird es jedoch oftmals schwer sein, den Nachweis über den Zusammenhang zwischen Spielmanipulation und einer Wettsetzung zu erbringen. Somit kann der § 265d StGB als Auffangtatbestand betrachtet werden. Sind Wettbewerbe des Amateursports von diesem jedoch nicht erfasst, so kann er diese Funktion nur unzureichend erfüllen.³⁸

Tatsächlich dürfte sich wiederum zeigen, dass es nicht um eine wie auch immer geartete „Integrität des Sports“ geht. Ganz offensichtlich besteht der Zweck des Gesetzes darin, erwerbswirtschaftliche Vermögensinteressen vor einer Gefährdung durch manipulative Beeinflussung sportlicher Wettbewerbe abzusichern. Nur dann lässt sich schlüssig erklären, warum eine Erheblichkeit dieser Interessen gefordert ist.

Im Rahmen des § 265d StGB muss sich die Unrechtsvereinbarung auf eine wettbewerbswidrige Beeinflussung von Verlauf oder Ergebnis des Wettbewerbs beziehen. Ausgenommen werden sollen solche Einflussnahmen auf den Wettbewerb, bei denen lediglich wettbewerbsmima-

nente Vorteile gewährt werden und die Manipulation zumindest mittelbar dem eigenen sportlichen Erfolg dient. Aufgeführt wird hier die Vereinbarung eines Unentschiedens, da dies zwar eine Beeinflussung des Wettbewerbs zugunsten des Gegners darstellt, jedoch für beide Teilnehmer im weiteren Turnierverlauf und somit im Gesamtwettbewerb vorteilhaft sei.³⁹ Dabei wird jedoch außer Acht gelassen, dass bei einem Turnier wie beispielsweise einer Fußball-Europameisterschaft nicht nur zwei Mannschaften gegeneinander antreten, sondern eine Vielzahl von Mannschaften beteiligt sind. Wenn auch ein Unentschieden für Vorteilsgeber und -nehmer günstig sein mag, so sind dennoch die Interessen der anderen Mannschaften zu berücksichtigen, auf die sich die Manipulationsabrede unter Umständen nachteilig auswirkt.

Hier findet sich der Versuch einer Angleichung an § 299 StGB. Die Parallele ist im Grundsatz, wenn auch nicht in allen gesetzestechnischen Einzelheiten, konsequent zum Wettbewerbsmodell der Nr. 1 gezogen. Positiv ist auch, dass man hier auf ein „Geschäftsherrnmodell“ verzichtet. Dennoch bleibt hier ein Nachbesserungsbedarf, um den relevanten sportlichen Wettbewerb besser abzubilden. Es scheint so zu sein, dass der Gesetzgeber versehentlich wettbewerbsneutrale Handlungsmotive berücksichtigt hat, um die Grenze des Wettbewerbs zu definieren. Fragen einer weitergehenden „Integrität“ des Sports spielen jedenfalls keine Rolle.

V. Fazit

Insgesamt sind die neu eingeführten Tatbestände der §§ 265c und 265d StGB kritisch zu sehen. Die Korruptionsvorschriften weisen sowohl hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG, als auch angehendender Schutz des sportlichen Wettbewerbs ist wie oben gezeigt letztlich nicht zu rechtfertigen. Die tatsächliche praktische Bedeutung der eingeführten Tatbestände bleibt jedoch abzuwarten.

Problematisch ist die zentrale Legitimation durch die „Integrität des Sports“. „Integer“ kann nur eine Person sein, nicht aber ein Bereich gesellschaftlichen Lebens. Spricht man von der Integrität des Sports, meint man also die individuelle Integrität aller Akteure. Dann aber hieße Integrität in etwa „wettbewerbsgemäßes Verhalten aus innerer Überzeugung“. Genau diese innere Überzeugung ist aber nicht Gegenstand des Strafrechts. Nicht „verhalte dich moralisch korrekt“ lautet die Grundnorm, sondern „beeinträchtige keinen anderen“. Integrität ist dann nichts Anderes als Moralität.

Die „Integrität des Sports“ ist also eine strafrechtliche Chimäre, genau so wenig ein Rechtsgut wie das „Sportethos“. Sie vernebelt als strafrechtlich irrelevante diffuse Moralität den Zugang auf die schützenswerten Rechtsgüter, die im Umfeld des Sports durch spezifische Angriffs-

³⁴ A.a.O., S. 14.

³⁵ A.a.O., S. 20.

³⁶ Pfister, StraFo 2016, 441 (447).

³⁷ Satzger, JA 2016, 1142 (1151).

³⁸ Kubiciel, jurisPR-StrafR 3/2016, Anm. 1.

³⁹ BT-Drs. 18/8831, S. 19.

modalitäten verletzt werden können: Individuelle Gesundheit, wenngleich nicht durch spezifisch sportkorrumpatives Verhalten, sondern insoweit als „Kollateralschaden“. In der Hauptsache geht es um Vermögensschutz und um einen ausschnittshaften Wettbewerbsschutz. Die neuen Tatbestände stehen damit vor allem in einem funktionalen Paradigma mit den §§ 299, 299a, 299b, 331 ff. StGB.

Versteht man Rechtsgut und Harm Principle als, wie *Dubber*⁴⁰ es formuliert, „Analyse Tools“, so kann man zwar sagen, dass der Gesetzgeber weitgehend frei darin ist,

Rechtsgüter zu formulieren. Wenn das Ziel dieser Analyse ist, die Grenzen zu benennen, innerhalb derer ein verfassungsgemäßes Strafrecht sich bewegen muss, so befindet sich der Topos „Integrität des Sports“ mangels Bestimmtheit und Unterlegung durch konkret schützenswerte Individualinteressen jenseits dieser Grenze. Die vorstehend diskutierten Gesetze sind jedoch gleichwohl verfassungsgemäß, soweit sie andere legitimierte Rechtsgüter schützen, wie beispielsweise das Vermögen oder abgrenzbare Formen des wirtschaftlichen Wettbewerbs.

⁴⁰ *Dubber*, 53 *American Journal of Comparative Law* (2006), 679.

Integrität des Sports – Konkretisierung eines Begriffs

Kommentar zum Beitrag von Prof. Dr. Carsten Momsen

von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel *

I. Einleitung

1. Die Fragestellung

Der Frage, was die „neuen Tatbestände“ schützen sollen, kann man sich auf zweifache Weise nähern: Man kann induktiv vorgehen und nach dem – mutmaßlichen – Willen des Gesetzgebers bzw. dem Ziel des von ihm geschaffenen Gesetzes fragen oder deduktiv anhand gesetzesechter Kriterien – die häufig unter dem Label „Rechtsgut“ firmieren – ausführen, was die Tatbestände schützen *sollen*.

2. Wege zu einer Antwort

Im Folgenden wird der erste, induktive Weg beschritten, dies nicht nur aus Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern auch deshalb, weil es einen auch nur einigermaßen klar konturierten Rechtsgutsbegriff nicht gibt, wie die Referate von *Engländer* und *Kudlich* auf der Augsburger Strafrechtslehrertagung gezeigt haben¹ und wie auch auf unserer letztjährigen (ersten) Sitzung des Kriminalpolitischen Kreises deutlich geworden ist.² So haben bezeichnenderweise diejenigen, die den Rechtsgutsbegriff zuletzt verteidigt haben, in ihm keinen feststehenden Begriff erblickt, sondern einen Platzhalter für kriminalpolitische Strafwürdigkeitsdiskurse, einen „space of reason“, wie *Kudlich* das treffend genannt hat.³ Als Platzhalter bezeichnet das Rechtsgut lediglich einen *Ort*, an dem über das Für und Wider einer Kriminalisierung diskutiert wird, aber keinen feststehenden Begriff, der diesen Diskurs anleiten oder gar ersetzen könnte. Dies zu Recht: Denn auch die zur Konkretisierung des Rechtsguts üblicherweise verwendeten Begriffe – Wert, Interesse, subjektives Recht – sind von stupender Allgemeinheit,⁴ ebenso wie der häufig anzutreffende Satz, das Strafrecht habe dem Schutz der Freiheit zu dienen. Neu ist diese Erkenntnis übrigens nicht, sie ist nur jahrzehntelang

erfolgreich verdrängt worden. Schon 1886 prägte der große *von Liszt* die Wendung vom Rechtsgut als „Proteus“, der bald diese, bald jene Gestalt annehme,⁵ *Hans Welzel* wiederholte sie um die Mitte des 20. Jahrhunderts.⁶ Und inzwischen nimmt selbst *Schünemann*, der entschiedenste Verteidiger der Rechtsgüterschutzlehre, an, dass der wissenschaftliche Rechtsgutsbegriff nicht feststeht, sondern ausgehend von einem anhand der Tatbestände zum Schutz von Leib, Leben und Freiheit Kern zu entwickeln sei; damit nähert er sich der Position an, der zufolge das Strafrecht die personale Freiheit und deren Voraussetzungen zu schützen habe.⁷

3. Struktur der folgenden Überlegungen

Angesichts dieser begrifflichen Vagheit drängt es sich nicht auf, dem Gesetzgeber mit einem scheinbar vorgefertigten Rechtsgutsbegriff gegenüberzutreten und dessen Verbindlichkeit für den Gesetzgeber zu behaupten. Stattdessen soll zunächst gefragt werden, welches Ziel der Gesetzgeber bzw. die von ihm geschaffenen §§ 265c, 265d StGB verfolgen (II.). Sodann soll diese Zielsetzung präzisiert werden (III.).

II. Zweck des Gesetzes und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

Der Gesetzesbegründung zufolge schützen die §§ 265c, 265d StGB die Integrität des Sports und das Vermögen. In welcher Reihen- bzw. Rangfolge ist streitig. Manche halten die Ziele für gleichwertig, andere sehen einen Vorrang des Integritätsschutzes, wiederum andere lehnen den Integritätsschutz gänzlich ab.⁸ Das Rangverhältnis soll hier nicht näher untersucht werden, da dieses von der Vorentscheidung abhängt, ob der Staat die Integrität des Sports überhaupt mit dem Mittel des Strafrechts schützen darf.⁹

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Straf-, Medizin- und Wirtschaftsstrafrechts und Leiter einer Forschungsstelle für Verbandssanktionenrecht. Dem Text liegt der Vortrag an der Universität zu Köln am 9.11.2017 zugrunde, den der Verf. zum Thema „Integrität des Sports – Was sollen die neuen Tatbestände schützen?“ gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 ff.; *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 ff.

² *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 ff.

³ So *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (651); *Martins*, ZStW 125 (2013), 234 (248). S. bereits *Vogel*, in: Festschrift für Roxin, 2001, S. 105 (114). Dazu und zum Folgenden näher *Kubiciel*, JZ 2018 (im Erscheinen).

⁴ Zur Offenheit *Jakobs*, Rechtsgüterschutz, 2012, S. 15 f.: „chamäleonhafte Wandelbarkeit“. S. ferner *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2012, S. 51 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 130 f.; *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 (357).

⁵ Wiederabgedruckt in *von Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1970, S. 224.

⁶ *Welzel*, Strafrechtliche Abhandlungen, 1972, S. 94 f., 130 ff.

⁷ *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 7; *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (662).

⁸ S. dazu (mit weiteren Nachweisen) *Krack*, wistra 2017, 289; *Rübenstahl*, JR 2017, 265 (268); *Bittmann/Rübenstahl/Nuzinger*, in: BeckOK-StGB, 35. Edition (1.8.2017), § 265c Rn. 8 ff.; sowie die Beiträge von *Kubiciel* und *Tsambikakis*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport, 2018, S. 37 ff., 61.

⁹ Krit. *Krack*, ZIS 2016, 540 (544 ff.); *Reinhart*, SpuRt 2016, 235 (237 f.); *Rübenstahl*, JR 2016, 264 (268); *Satzger*, Jura 2016, 1142 (1153); *Swoboda/Bohn*, JuS 2016, 686 (689); affirmativ hingegen *Cherkeh/Momsen*, NJW 2001, 1745 (1747 f.); *König*, SpuRt 2010, 106 (107); *Kubiciel*, WiJ 2016, 256 (261 ff.); *Rössner*, in: FS Mehle, 2009, S. 567 (573).

Ohne Zweifel: Die Wendung „Integrität des Sports“ ist nicht sehr präzise, jedoch lässt sie sich konkretisieren. Meines Erachtens besteht genau darin die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft: das Ziel des Gesetzes exakter zu formulieren, den Gesetzgeber also besser zu verstehen als dieser sich selbst verstanden hat. Demgegenüber sehe ich die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft nicht darin, mit Verweis auf die Interpretationsbedürftigkeit der Formel „Integrität des Sports“ den Tatbeständen ein legitimes „Rechtsgut“ abzusprechen und dann die Akte zu schließen. Wer käme schon auf die Idee, dem Vermögen, trotz der erheblichen konzeptionellen Probleme des strafrechtlichen Vermögensbegriffs und seiner großen Randunschärfen, die Schutzwürdigkeit abzusprechen?

III. Der institutionalisierte Sport und seine Schutzwürdigkeit

Der erste Konkretisierungsschritt ist leicht zu gehen: Die §§ 265c, 265d StGB schützen nicht den Sport schlechthin, nicht jede Art der sportlichen Betätigung, sondern nur Wettbewerbe des verbandsmäßig organisierten Sports, d.h. Wettbewerbe des Sports als einer gesellschaftlich verfestigten Institution. Diese Institution ist aus wirtschaftlichen und ideellen Gründen schutzwürdig.¹⁰

In ökonomischer Hinsicht ist der Sport seit langem mit anderen großen Wirtschaftszweigen (Fahrzeugbau, Mineralölwirtschaft, Landwirtschaft) vergleichbar.¹¹ Einer auf das Jahr 2008 bezogenen wissenschaftlichen Studie zufolge erreicht die sportbezogene Bruttowertschöpfung eine Gesamthöhe von knapp 73,1 Mrd. EUR, was einem Anteil von 3,3% der gesamtwirtschaftlichen Bruttowertschöpfung entspricht.¹²

Weitaus wichtiger als diese ökonomische Dimension ist die gesellschaftliche Bedeutung des organisierten Sports. Der Sport bietet Spielern und Zuschauern die in modernen Gesellschaften seltene Möglichkeit einer Gemeinschaftsbildung durch geteilte Erlebnisse, Emotionen und Erinnerungen.¹³ Er nivelliert dabei Standes- und Statusunterschiede, die in anderen gesellschaftlichen Bereichen relevant sind, und erfüllt auf diese Weise eine Integrationsaufgabe, die in einer individualisierten, pluralistischen Gesellschaft von nicht zu überschätzendem Wert ist.¹⁴ Es dürfte jedenfalls in den (säkularen) Ländern der Europäischen Union kaum ein anderes Thema geben, das von Woche zu Woche, Turnier zu Turnier eine derart hohe und breite Gesellschaftskreise erfassende Aufmerksamkeit erfährt wie der Spitzensport. Mit der Einführung und Ausweitung der UEFA Champions League und der UEFA Eu-

ropa League eröffnet der Profifußball sogar einen paneuropäischen Diskursraum, dessen Bedeutung und Integrationskraft von anderen europäischen Institutionen nicht einmal im Ansatz erreicht wird. Darüber hinaus übt der Sport eine Repräsentations- bzw. Vorbildfunktion aus, indem er die tragenden Prinzipien unserer Gesellschaft – Gleichheit, Freiheit, Wettbewerb, Fairness – in einer Weise abbildet, die für breite Bevölkerungskreise nachvollziehbar und anschlussfähig ist.¹⁵ Schließlich erbringt der in Vereinen ausgeübte Sport eine Sozialisationsleistung, weil er Kinder, Jugendliche, aber auch Sport treibende Erwachsene in einen regelgeleiteten und wertebasierten Leistungswettbewerb einübt.¹⁶

All diese Funktionen des Sports sind keine Hirngespinnste des Gesetzgebers, sondern sportsoziologisch bekannt.¹⁷ Eine weitere Aufgabe für die Strafrechtswissenschaft liegt übrigens darin, die Bedeutung der Institution Sport und ihre Funktionsbedingungen zu analysieren und die soziologischen und sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse zu rezipieren. Wie oft wird eine Hinwendung der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften postuliert oder eine stärkere Berücksichtigung der Empirie angemahnt? Hier könnte die Strafrechtswissenschaft zeigen, dass sie ihre eigenen Forderungen ernst nimmt!

Die beschriebenen Leistungen des Sports kann ein nur in Privatinitiative betriebenes Freizeitvergnügen nicht in gleicher Weise entfalten; dazu ist allein der organisierte, der institutionalisierte Sport in der Lage. Ihn unterstützt der Staat mit jährlich rund zwei Milliarden Euro.¹⁸ Unbestritten ist in der verfassungsrechtlichen Literatur auch, dass die Förderung des Sports eine Staatsaufgabe ist.¹⁹ Wenn der Staat den institutionalisierten Sport aber sogar fördern soll, dann kann es nicht illegitim sein, ihn gegen Angriffe zu schützen. Und eben darum geht es: Die §§ 265c, 265d StGB kriminalisieren den sportwettbewerbsfremden Tausch von Vorteilen einerseits und Verzerrungen des Spiels bzw. Spielverlaufs. Pönalisiert wird nicht der bloße Regelverstoß, also: das Foulspiel, obwohl selbst dies nicht ausgeschlossen ist, da ein Foul auch eine Körperverletzung sein kann. Pönalisiert wird vielmehr eine Regelverletzung, die aus einem Tausch mit einem (in Aussicht gestellten) sportwettbewerbsfremden Vorteil hervorgeht bzw. hervorgehen soll. Insofern erfolgt der Angriff auf die Institution zwar („räumlich“ betrachtet) von innen, seinem Sinngehalt nach handelt es sich aber um einen externen Angriff, da sich das Unrecht nicht in der Verletzung einer Sportregel erschöpft.

¹⁰ Die nachfolgenden Passagen führen frühere Überlegungen weiter, s. *Kubiciel*, WiJ 2016, 256 ff. Daran zweifelt *Jansen*, GA 2017, 600 (603 ff.), die den Sport gesellschaftlich für entbehrlich hält.

¹¹ Dazu und zum Folgenden *Heilemann*, Bestechlichkeit und Bestechung im sportlichen Wettbewerb als eigenständiger Straftatbestand, 2014, S. 25 f., 59 f.; s. ferner *Hutz/Kaiser*, NZWiSt 2013, 379 (382); *Pieth/Zerbes*, ZIS 2016, 619; *Satzger*, Jura 2016, 1142.

¹² *Ahlert*, Die wirtschaftliche Bedeutung des Sports in Deutschland, GWS Research Report 2013/2, S. 27.

¹³ *Schild*, Jura 1982, 464 (470 f.).

¹⁴ A.a.O., S. 468.

¹⁵ BT-Drs. 18/8831, S. 8; umfassend dazu *Schild*, Jura 1982, 464 (468, 471); *Steiner*, Gegenwartsfragen des Sportrechts, 2004, S. 241 f.

¹⁶ *Rössner/Adolphsen*, in: *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger* (Hrsg.), Sportrecht in der Praxis, 2012, Rn. 1.

¹⁷ *Weis*, in: *Winkler* (Hrsg.) *Soziologie des Sports*, 1995, S. 127 (130 ff.).

¹⁸ Umfassend zur (finanziellen) Sportförderung durch den Bund 13. Sportbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 18/3523, passim. Auf S. 21 wird für den Zeitraum 2010-2013 eine Gesamtförderung in Höhe von mehr als 6 Mrd. EUR ausgewiesen.

¹⁹ *Steiner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 4, 3. Aufl. (2006), § 87 Rn. 3.

IV. Konkretisierung des Begriffs „Integrität“

Gegen die Straftatbestände bzw. die Schutzwürdigkeit des Sports lässt sich nicht einwenden, dass die Integrität ein (zu) vages Gut sei.²⁰ Dies verkennt nämlich, dass die §§ 265c, 265d StGB ebenso wenig wie alle anderen Straftatbestände einen absoluten, umfassenden Integritätsschutz anstreben. Vielmehr sichern sie die für den Sport grundlegenden Spiel-, genauer: Wettbewerbsregeln gegen eine korruptive Umgehung ab. Diese Wettbewerbsregeln sind auch nicht vage, sondern im Gegenteil häufig präziser als die nicht nur in Randbereichen fließenden, informellen Verhaltensnormen, auf welche anerkannte Tatbestände wie §§ 223, 222 StGB Bezug nehmen. Die Wettbewerbsregeln des Sports haben keinen bloß „moralischen Anspruch“,²¹ sondern sind für die Sportler konkret handlungsleitend und für den Sport als Institution schlechterdings konstitutiv. Wer diese Wettbewerbsregeln im Wege der Korruption aushebelt, benachteiligt nicht nur andere Spieler, sondern unterminiert die regelbasierte Sportart als Institution.

Insgesamt verfolgen die §§ 265c, 265d StGB damit ein verfassungsrechtlich zulässiges und rechtspolitisch nachvollziehbares Ziel: Sie sollen den wegen seiner gesellschaftlichen Bedeutung schutzwürdigen institutionalisierten Sport vor einer korruptiven Beeinflussung der für die in Rede stehende Sportart konstitutiven Wettbewerbsbedingungen und -regeln schützen. Integrität ist also nicht als allgemeine Anständigkeit und Ehrlichkeit zu verstehen, sondern institutionenökonomisch als „integrity“, als Handeln, das in Einklang mit den Organisationsprinzipien und -regeln einer Institution steht und diese nicht pervertiert.²²

Ein so verstandener Schutz der Integrität des (institutionalisierten) Sports ist es, was die neuen Tatbestände leisten „sollen“. Der Schutz der Vermögensinteressen von Wettanbietern und anderen Wettlern (§ 265c StGB) bzw. von anderen Sportlern, Mannschaften und Vereinen (§ 265d StGB) ist demgegenüber von deutlich untergeordneter Bedeutung.

²⁰ Feltes/Kabuth, NK 2017, 91 (92); Kudlich, SpuRt 2010, 108 f.; Rübenstahl, JR 2016, 264 (268); a.A. Kubiciel, SpuRt 2017, 188 (189).

²¹ So Feltes/Kabuth, NK 2017, 91 (92).

²² Vgl. Aleem/Brooks/Button, Fraud, Corruption and Sport, 2013, S. 55.

Lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr

von Prof. Dr. Jörg Eisele*

I. Einleitung

Vor Kurzem ist die Strafvorschrift des § 315d StGB in Kraft getreten, die verbotene Kraftfahrzeugrennen unter Strafe stellt.¹ Anlass waren zunehmende Berichte über Unfälle im Zusammenhang mit illegalen Autorennen in der sog. Raser-Szene.² So wurden etwa im Kölner Raser-Fall, bei dem eine Radfahrerin getötet wurde, die Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren sowie einem Jahr und neun Monaten verurteilt, wobei die Vollstreckung der Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das Urteil, das inzwischen vom Bundesgerichtshof aufgehoben wurde,³ rief erhebliche Empörung hervor. Hingegen fand die Verurteilung der Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe durch das *LG Berlin*⁴, bei dem ein unbeteiligter Autofahrer getötet wurde, jedenfalls in Politik und breiter Öffentlichkeit viel Beifall. Damit ist das Thema meines heutigen Vortrages auch schon eingegrenzt, das demnach nur einen kleinen Ausschnitt lebensgefährlicher Verhaltensweisen im Straßenverkehr zum Gegenstand hat und sich auf die neu geschaffene Strafvorschrift des § 315d StGB konzentrieren möchte.

Welche Größenordnung dem Raser-Phänomen in tatsächlicher Hinsicht überhaupt zukommt, war dem Gesetzgeber offenbar unbekannt. Wie die Antwort der Bundesregierung im Jahre 2016 auf eine Kleine Anfrage belegt,⁵ standen ihr keine Zahlen zu illegalen Straßenrennen und zur Raser-Szene zur Verfügung.⁶ In der Anfrage selbst wird lediglich auf Angaben der Polizei verwiesen, wonach im Jahre 2015 in Nordrhein-Westfalen 230 Anzeigen erstattet wurden. Allein im Landkreis Konstanz, wo häufig schweizerische Staatsbürger an illegalen Autorennen beteiligt sind, wurden 2015 insgesamt 39 Anzeigen erstattet.⁷ Angesichts der zahlreichen Berichte über illegale Autorennen in ganz Deutschland, die teils mit schweren Unfällen verbunden sind, dürfte immerhin davon auszugehen

sein, dass es sich um kein zu vernachlässigendes Phänomen handelt.

In einem ersten Schritt soll im Folgenden zunächst kurz auf die Frage geblickt werden, ob illegale Autorennen nicht schon bislang hinreichend von den geltenden Strafvorschriften erfasst werden konnten, bevor dann in einem zweiten Schritt etwas ausführlicher auf die neue Strafvorschrift geblickt werden soll.

II. Notwendigkeit der Schaffung eines neuen Straftatbestandes

Die Schaffung eines neuen Straftatbestandes wäre überhaupt nur erforderlich gewesen, wenn Autorennen auf öffentlichen Straßen nicht schon von den zuvor bestehenden Strafvorschriften hinreichend erfasst worden wären. Ob bei tödlichen Folgen eine Verurteilung sogar wegen Totschlags oder Mordes sachgerecht ist, wird selbst in der Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert. Für die Annahme von Eventualvorsatz mag sprechen, dass im Einzelfall die Beteiligten – wie im Berliner Raser-Fall mit dem Überfahren zahlreicher auf Rotlicht geschalteter Ampeln bei einer Geschwindigkeit von bis zu 170 km/h – ein extrem lebensgefährdendes Verhalten an den Tag legen.⁸ Dagegen mag man anführen, dass es sich um eine bloße Selbstüberschätzung der Fahrkünste handelt, weil bei einem Unfall auch das Leben der Rennteilnehmer selbst sowie eine schwere Beschädigung ihrer mitunter zum Lebensinhalt gewordenen Fahrzeuge in Rede steht, solche Folgen aber gerade nicht billigend in Kauf genommen werden.⁹ Unabhängig von dieser Diskussion bleibt an dieser Stelle jedenfalls festzuhalten, dass es zahlreiche Rennkonstellationen – etwa auf Autobahnen – gibt, in denen ein Eventualvorsatz nicht vorliegt oder sich kaum erweisen lassen wird und somit nur eine fahrlässige Tötung verbleibt.¹⁰

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 10.11.2017 im Rahmen der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises "Kriminalpolitik – Rückblick und Ausblick" an der Universität zu Köln gehalten hat.

¹ 56. StrÄG – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr v. 30.9.2017, BGBl. I 2017, S. 3532.

² BT-Drs. 18/12936, S. 1.

³ BGH, VRR 2017, Nr. 9, 13-15 m. Anm. Kubiciel, jurisPR-StrafR 15/2017.

⁴ *LG Berlin*, NStZ 2017, 471 ff.; hierzu auch *Jäger*, JA 2017, 786 ff.; *Jahn*, JuS 2017, 700 ff.; *Kubicieł/Hoven*, NStZ 2017, 439 ff.; *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70); *Preuß*, NZV 2017, 303 ff.; *Sasse*, NJ 2017, 387 f.; *Walter*, NJW 2017, 1350 ff.

⁵ BT-Drs. 18/8993 (Antwort der Bundesregierung); BT-Drs. 18/8802 (Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

⁶ Vgl. auch *Piper*, NZV 2017, 70 (72).

⁷ <https://www.suedkurier.de/region/kreis-konstanz/kreis-konstanz/II-legale-Rennen-Jagd-auf-der-Autobahn;art372432,8288244> (zuletzt abgerufen am 24.10.2017).

⁸ So *Kubicieł/Hoven*, NStZ 2017, 439 ff.

⁹ *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70); *Walter*, NJW 2017, 1350 ff.; ferner *Schuster*, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 3 f.

¹⁰ Soweit Tatopfer ein Rennbeteiligter, typischerweise der Beifahrer ist, bleibt noch zu prüfen, ob nicht eine rechtfertigende Einwilligung in die lebensgefährliche Handlung vorliegt, wobei streitig ist, ob die Grenzen des § 228 StGB auch für § 222 StGB Geltung beanspruchen; siehe nur BGHSt 53, 55 ff.; *Eisele*, in: FS Kühl, 2014, S. 159 ff.

Kommt es zu einer konkreten Gefährdung von anderen Fahrzeugen oder Personen kann sich die Strafbarkeit zudem aus § 315c StGB ergeben. Dieser setzt freilich voraus, dass eine der „sieben Todsünden“ des Abs. 1 Nr. 2 verwirklicht ist. Gerade bei Innenstadttrennen dürfte dies regelmäßig der Fall sein,¹¹ da hier in der Regel grob verkehrswidrig und rücksichtslos die Vorfahrt nicht beachtet (lit. a), falsch überholt oder bei Überholvorgängen sonst falsch gefahren (lit. b), an Fußgängerüberwegen falsch gefahren (lit. c), an unübersichtlichen Stellen, an Straßekreuzungen, Straßeneinmündungen oder Bahnübergängen zu schnell gefahren (lit. d) oder an unübersichtlichen Stellen nicht die rechte Seite der Fahrbahn eingehalten wird (lit. e). Bei Rennen auf Schnellstraßen oder Autobahnen kann hingegen ein solcher Verkehrsverstoß im Einzelfall zu verneinen sein, da bloß grob verkehrswidrige und rücksichtslose Geschwindigkeitsüberschreitungen von Nr. 2 lit. d nicht erfasst werden.¹² Nicht erfasst werden zudem alle Fälle, in denen eine konkrete Gefahr nicht eintritt, weil die Beteiligten einen „Beinaheunfall“, bei dem der Eintritt des Schadens nur noch vom Zufall abhängt, vermeiden können, oder der Gefährdungserfolg nicht gefahrspezifisch („dadurch“) auf dem genannten Verkehrsverstoß beruht.¹³

Die sieben Todsünden erfassen Verkehrsverstöße, bei denen Ordnungswidrigkeiten zu Straftaten aufgestuft werden, abschließend. Ein Rückgriff auf § 315b StGB im Wege des sog. verkehrsfremden Eingriffs ist nach der Rechtsprechung nur unter drei engen Voraussetzungen zulässig: Objektiv bedarf es einer groben Einwirkung in den Straßenverkehr, was man im Einzelfall bejahen mag. Hinzutreten muss aber ferner die Absicht, in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen, d.h. eine bewusste Zweckentfremdung des Fahrzeugs als Waffe oder Schadenswerkzeug zu verkehrsfeindlichen Zwecken („Pervertierungsabsicht“); ferner muss der Täter noch mit Schädigungsvorsatz (zumindest *dolus eventualis*) handeln.¹⁴ Mag sich im Einzelfall ein Schädigungsvorsatz noch erweisen lassen,¹⁵ so ist jedoch die Pervertierungsabsicht zu verneinen. Anders als in Fällen, in denen ein Straftäter auf eine Polizeisperre zurast, wird das Fahrzeug hier nicht final als Schädigungswerkzeug eingesetzt, sondern zur Fortbewegung genutzt, so dass es sich nicht um einen sog. „Außeneingriff“ handelt.¹⁶ Für die Beteiligung an verbotenen Kraftfahrzeugrennen verblieb damit bislang in einigen Fällen nur eine (nunmehr aufgehobene) Ordnungswidrigkeit nach §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO, die im Regelfall mit einer Geldbuße in Höhe von 400 Euro und einem Fahrverbot von einem Monat belegt werden konnte.¹⁷

III. Struktur des § 315d StGB

Was die Struktur des neuen Tatbestandes anbelangt, so statuiert § 315d Abs. 1 StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das in den Nrn. 1 bis 3 verschiedene Handlungen mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe pönalisiert. Bestraft wird demnach, wer im Straßenverkehr ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichtet oder durchführt (Nr. 1), als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnimmt (Nr. 2) oder sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (Nr. 3). Nicht anders als § 316 StGB soll die neue Vorschrift die Sicherheit im Straßenverkehr als Allgemeinrechtsgut schützen.¹⁸ Nach Abs. 3 ist der Versuch (nur) in Fällen der Nr. 1 strafbar. Qualifiziert werden Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 durch Abs. 2, der parallel zu § 315c StGB bei Gefährdung von Leib oder Leben oder fremder Sachen von bedeutendem Wert ein konkretes Gefährdungsdelikt mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren statuiert. Im Falle des Abs. 2 ist nach Abs. 4 auch die fahrlässige Gefahrverursachung strafbar. Abs. 5 normiert für Fälle des Abs. 2 eine Erfolgsqualifikation als Verbrechen mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, wenn der Täter durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht. § 315f sieht – zur nachhaltigen Beeindruckung der Raser – ergänzend die Einziehung der Kraftfahrzeuge für Taten nach § 315d StGB vor;¹⁹ ausgenommen ist lediglich § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB. Ferner ordnet die Vorschrift die Geltung des § 74a StGB für die Dritt-einziehung an. Um die Entziehung der Fahrerlaubnis leichter zu ermöglichen, ist der Täter in den Fällen des § 315d StGB nunmehr regelmäßig als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen (§ 69 Abs. 2 Nr. 1 lit. a StGB).²⁰

IV. Die einzelnen Vorschriften

1. Abstraktes Gefährdungsdelikt des § 315d Abs. 1 StGB

a) § 315d Abs. 1 Nr. 2: Teilnahme an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen

§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB pönalisiert die Teilnahme an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im öffentlichen Straßenverkehr und stellt damit den eigentlichen Kern der Neuregelung dar. Der Gesetzgeber rechtfertigt die Normierung des abstrakten Gefährdungsdelikts mit ei-

¹¹ Das *LG Berlin*, NStZ 2017, 471 (473), bejahte im Berliner Raser-Fall § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und lit. d StGB; ferner *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (444); *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70); *Piper*, NZV 2017, 70; *Walter*, NJW 2017, 1350 (1353); *Zieschang*, JA 2016, 721 (722).

¹² Nicht überzeugend daher Stellungnahme DAV Nr. 25/2017, S. 9.

¹³ *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70).

¹⁴ BGHSt 48, 233 (237); *BGH*, StV 2004, 136 (137); *BGH*, NStZ 2010, 391 (392); krit. *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2018), § 315b Rn. 10.

¹⁵ Krit. insoweit schon *Hansen*, NZV 2017, 2014.

¹⁶ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 1; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (444 f.); *Mitsch*, DAR 2017, 69 (71).

¹⁷ Nr. 248 der Anlage zu § 1 Abs. 1 BKatV; Tatbestandsnummer 129618 des Bundeseinheitlichen Tatbestandskatalogs. Für Veranstalter war eine Regelgeldbuße von 500 Euro vorgesehen; Nr. 249 der Anlage zu § 1 Abs. 1 BKatV; Tatbestandsnummer 129624 des Bundeseinheitlichen Tatbestandskatalogs. Vgl. hierzu auch BT-Drs. 18/12964, S. 4; *Mitsch*, DAR 2017, 69 (71).

¹⁸ Siehe auch BT-Drs. 18/12964, S. 4; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 1; *Jansen*, NZV 2017, 214 (215).

¹⁹ BT-Drs. 18/12964, S. 7.

²⁰ Zustimmung *Piper*, NZV 2017, 70 (75).

nem gegenüber der Trunkenheitsfahrt sogar erhöhten Unrechtsgehalt, der letztlich zu einem gegenüber § 316 StGB höheren Strafraumen geführt hat.²¹ Dies wird im Schrifttum zum Teil kritisch gesehen, da Rennen auf menschenleeren Straßen auch völlig ungefährlich sein könnten.²² Geht man freilich davon aus, dass bei Autorennen psychologische und gruppenspezifische Aspekte eine nicht unerhebliche Bedeutung spielen,²³ weil der Wettbewerb die Beteiligten bestärkt, die Verkehrs- und Fahrsicherheit außer Acht zu lassen, insbesondere Innenstadttrennen extreme Gefahren für unbeteiligte Dritte mit sich bringen, wenn es zu kritischen Verkehrssituationen kommt, die Beteiligten die Aufmerksamkeit nicht nur auf den Straßenverkehr, sondern auch auf die Konkurrenten richten und mitunter fünfstelligen Siegesprämien ausgelobt werden, die die Risikobereitschaft deutlich erhöhen, so ist die Entscheidung des Gesetzgebers, die Rennbeteiligung selbst unter Strafe zu stellen, überzeugend, jedenfalls aber gut vertretbar.²⁴ Anders als in den typischen Fällen des § 315c StGB geht es bei solchen Rennen regelmäßig auch nicht nur um punktuelle Verkehrsverstöße, sondern – ähnlich wie bei der Trunkenheitsfahrt – um ein verkehrswidriges Verhalten während der gesamten Fahrt.

Nach der Verwaltungsvorschrift zum früheren § 29 Abs. 1 StVO, auf die zur Konkretisierung zurückgegriffen werden kann,²⁵ sind Rennen „Wettbewerbe oder Teile eines Wettbewerbes (z.B. Sonderprüfung mit Renncharakter) sowie Veranstaltungen zur Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten oder höchsten Durchschnittsgeschwindigkeiten mit Kraftfahrzeugen (z.B. Rekordversuch)“.²⁶ Entscheidend ist also das Moment der Geschwindigkeit.²⁷ Erfasst werden auch nichtorganisierte „wilde“ und spontan durchgeführte Straßenrennen,²⁸ während nach § 29 Abs. 2 i.V.m. § 46 Abs. 2 S. 1 und S. 3 Hs. 2 StVO genehmigte Rennen ausgenommen sind.²⁹ Erfasst werden sollen nicht nur parallele Fahrten, sondern es genügt im Sinne eines sog. Einzelzeitfahrens, wenn die Fahrzeuge getrennt starten und die Zeit gemessen wird,³⁰ wobei in solchen Fällen das psychische Moment des unmittelbaren Wettbewerbs zwischen den Beteiligten herabgesetzt ist.³¹ Indizien für den Renncharakter sollen „die Verwendung renntypischer Begriffe, die Beteiligung von Sponsoren, gemeinsame Start-, Etappen- und Zielorte, der nahezu gleichzeitige Start aller Fahrzeuge, Startnummern, beson-

dere Kennzeichnung und Werbung an den Fahrzeugen sowie vorgegebene Fahrtstrecken und Zeitnahmen (auch verdeckt) und die Verbindung zwischen den einzelnen Teilnehmern bzw. zwischen den Teilnehmern und dem Veranstalter (per Funk, GPS o. Ä.)“ sein.³² Sog. Geschicklichkeits-, Zuverlässigkeits-, Leistungsprüfungs- oder Orientierungsfahrten fallen nur dann unter den Begriff des Rennens, wenn es dabei auch auf die Höchstgeschwindigkeit ankommt.³³ Wird lediglich vereinbart, dass jeder Beteiligte mit seinem PKW möglichst schnell zu einem gemeinsamen Treffpunkt fährt, wobei jedoch die Verkehrsregeln und damit auch die zulässigen Höchstgeschwindigkeiten einzuhalten sind, so läge kein Rennen vor. Es ginge primär darum, durch geschicktes Fahren und Nutzen der kürzesten Wege zum Ziel zu kommen.

Soweit sich in den Gesetzgebungsmaterialien der Hinweis findet, dass der Tatbestand auch bei verkehrsgerechtem Verhalten verwirklicht sein kann,³⁴ überzeugt dies wenig, weil ohne ein objektiv verkehrswidriges Verhalten kaum von einer rennspezifischen Gefahr gesprochen werden kann.³⁵ Dass die Beteiligten möglicherweise allein durch den Wettbewerb abgelenkt sind, begründet kein hinreichendes Unrecht, da auch ansonsten allerlei mögliche Ablenkungen – Gespräche mit dem Beifahrer, Einlegen einer CD, Blick zu Fußgängern – denkbar sind. Meist dürfte es in solchen Fällen ohnehin am Renncharakter fehlen, da bei verkehrsgerechtem Verhalten regelmäßig nicht die Geschwindigkeit im Vordergrund steht. Anderes kann im Wesentlichen nur für Straßen ohne Geschwindigkeitsbegrenzung gelten, wo in engen Einzelfällen ein Rennen ohne Verkehrsverstoß denkbar ist. Aber selbst auf Autobahnen ist zu beachten, dass der auf der rechten Spur fahrende Beteiligte gegen § 5 Abs. 6 S. 1 StVO („wer überholt wird, darf seine Geschwindigkeit nicht erhöhen“) verstoßen kann und sich damit nicht verkehrsgerecht verhält.

Der Begriff der Teilnahme soll im Übrigen – wie bei § 231 StGB oder beim neuen § 184j StGB – nicht im technischen Sinne der §§ 26, 27 StGB zu verstehen sein. Renn Teilnehmer sind nur diejenigen Kraftfahrzeugführer, die untereinander den Wettbewerb austragen.³⁶ Richtigerweise bedarf es hierfür des Beginns des Rennens, d.h. der Bewegung der Fahrzeuge.³⁷ Beschränkt man den Täterkreis auf Kraftfahrzeugführer und klammert den Beifahrer

²¹ BT-Drs. 18/12964, S. 6; *Jansen*, NZV 2017, 214 (219).

²² *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70); *Zieschang*, JA 2016, 721 (722 und 726); ferner *Dahlke/Hofmann-Holland*, KriPoZ 2017, 35 (36); *Kutsche*, NZV 2017, 414 (419).

²³ BT-Drs. 18/12964, S. 5; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 1; *Piper*, NZV 2017, 70 (73). Krit. aber *Müller*, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 3.

²⁴ *Kutsche*, NZV 2017, 414 (418); *Mitsch*, DAR 2017, 69 (71); krit. *Dahlke/Hofmann-Holland*, KriPoZ 2017, 35 (37 ff.).

²⁵ Stellungnahme DAV Nr. 25/2017, S. 6.

²⁶ Ferner BT-Drs. 18/12964, S. 5; *OLG Hamm*, NZV 1997, 367 und NZV 2013, 403; *OLG Bamberg*, NStZ-RR 2011, 256; *Eisele*, in: FS Kühl, 2014, 159 (170); *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 3; *Preuß*, NZV 2017, 105 (109).

²⁷ *Jansen*, NZV 2017, 214 (216).

²⁸ *OLG Hamm*, NZV 1997, 367 und NZV 2013, 403; *OLG Bamberg*, NStZ-RR 2011, 256; *Jansen*, NZV 2017, 214 (216).

²⁹ Entscheidend ist die verwaltungsrechtliche Wirksamkeit der Genehmigung; vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 4; *Jansen*, NZV 2017, 214 (216); vgl. aber *Zieschang*, JA 2016, 721 (724).

³⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 5; *Mitsch*, DAR 2017, 69 (72).

³¹ Gegen die Einbeziehung solcher Fälle daher *Mitsch*, DAR 2017, 69 (72).

³² BT-Drs. 18/12964, S. 5.

³³ *Zutr. Janker/Hühnermann*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. (2016), § 29 StVO Rn. 2; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 3; *Jansen*, NZV 2017, 214 (216); *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl. (2017), § 29 StVO Rn. 2; *Zieschang*, JA 2016, 721 (723); vgl. aber auch *OLG Hamm*, NZV 2013, 403.

³⁴ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

³⁵ *Kutsche*, NZV 2017, 414 (415).

³⁶ *Mitsch*, DAR 2017, 69 (70).

³⁷ *Kutsche*, NZV 2017, 414 (416); *Schuster*, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 5; a.A. *Zieschang*, JA 2016, 721 (725), wonach das Bereitstehen an der Startlinie genügen soll.

aus,³⁸ dann ist von einem eigenhändigen Delikt auszugehen.³⁹ Im Übrigen sind in weitem Umfang Teilnahmehandlungen an einer Haupttat nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB denkbar.⁴⁰ Neben dem Beifahrer, Start- und Streckenposten ist auch an Personen zu denken, die am Tuning der Fahrzeuge in Kenntnis des Rennens beteiligt sind. Für Personen, die wie etwa Kfz-Werkstätten an der Instandsetzung der Fahrzeuge beteiligt sind, sind ggf. die Grundsätze über die sog. neutrale Beihilfe anzuwenden.⁴¹

b) § 315d Abs. 1 Nr. 1: Ausrichten oder Durchführen eines Rennens

Nach Nr. 1 wird derjenige bestraft, der im öffentlichen⁴² Straßenverkehr ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichtet oder durchführt. Die Merkmale des Ausrichtens und Durchführens hat der Gesetzgeber anstelle des ursprünglich vorgesehenen Veranstaltens⁴³ gewählt. Damit soll vor allem derjenige erfasst werden, der ein illegales Rennen im Hintergrund organisiert.⁴⁴ Das Merkmal des Ausrichtens soll denjenigen erfassen, „der als geistiger und praktischer Urheber, Planer und Veranlasser die Veranstaltung vorbereitet, organisiert oder eigenverantwortlich gestaltet“⁴⁵, etwa die Strecke plant, den Veranstaltungstermin festlegt, Anmeldungen entgegennimmt oder die Wettbewerbsregeln aufstellt.⁴⁶ Hingegen soll das Durchführen organisatorische Maßnahmen – etwa als Rennleiter – zwischen Beginn und Beendigung des Rennens erfassen, die nicht unter das Ausrichten fallen.⁴⁷ Soweit die Hilfstätigkeiten freilich nicht ein entsprechendes Gewicht wie das Ausrichten erlangen, handelt es sich dabei richtigerweise nur um Beihilfehandlungen, so dass entgegen der Gesetzesbegründung etwa Startzeichengeber oder Streckenposten nicht täterschäftlich das Merkmal des Durchführens erfüllen.⁴⁸ Dies folgt schon daraus, dass das Durchführen nur ein Unterfall des Veranstaltens ist, dass der Gesetzgeber in das Ausrichten und Durchführen aufgesplittet hat.

Unklar ist, ob bereits die bloße Organisation der Veranstaltung, also die Eröffnung der Teilnahmemöglichkeit, strafbar sein soll. Dafür könnte sprechen, dass der ursprünglich vorgesehene Begriff des Veranstaltens sich auch in § 284 StGB findet, es aber dort nicht zum Glücksspiel selbst gekommen sein muss.⁴⁹ Dagegen spricht aber schon der Begriff des Ausrichtens, der mehr darauf hindeutet, dass die Veranstaltung auch tatsächlich ausgerichtet wird.⁵⁰ Mehr noch streitet für diese Ansicht aber, dass die reine Organisation des Rennens noch nicht einmal eine abstrakte Gefahr für den Straßenverkehr schafft und damit

die Strafbarkeit zu weit nach vorne verlagert würde.⁵¹ Vielmehr bedarf es hierfür zumindest des Beginns des Rennens.⁵² Insoweit besteht auch ein entscheidender Unterschied zu § 284 StGB, der die Spieler selbst vor den Gefahren der Beteiligung am Glücksspiels schützen möchte, während bei § 315d StGB nicht die beteiligten Fahrer geschützt werden, sondern unbeteiligte Dritte vor Gefahren, die erst durch die eigenverantwortliche Rennteilnahme der Fahrer eintreten.

Freilich wird durch die in Abs. 3 vorgesehene Versuchsstrafbarkeit auch bei einer solch restriktiven Auslegung die Strafbarkeit immer noch weit vorverlagert, wenn man den Versuch mit der Vornahme der tatbestandlichen Organisationshandlungen beginnen lässt. Hier ergibt sich ein eigenständiger Anwendungsbereich gegenüber einer Strafbarkeit wegen Beteiligung an einer Tat nach Nr. 2 in Fällen, in denen es nicht zum Rennen kommt. Um nicht uferlos Vorbereitungshandlungen miteinzubeziehen, wird man aber zumindest verlangen müssen, dass die Organisation zur Kenntnis Dritter gelangen kann, so dass die heimliche Planung der Route am Computer noch nicht genügt, die Ausschreibung des Rennens via Internet aber bereits die Versuchsschwelle überschreiten würde.⁵³

Selbst bei einer solch eng verstandenen Auslegung bleibt aber immer noch ein weites Feld möglicher und auch ungewisser Strafbarkeit. Machen sich etwa die beiden Fahrer auch wegen Ausrichtens strafbar, wenn sie ihre eigene Wettfahrt organisieren, was letztlich für diese auch eine Versuchsstrafbarkeit begründen würde, die in Nr. 2 gerade nicht vorgesehen ist? Oder erfordert das Ausrichten, dass zumindest ein an der Organisation unbeteiligter Fahrer teilnimmt? Liegt Beihilfe des Fahrers zum Ausrichten vor, wenn er Informationen über das geplante Rennen in der Szene weitergibt? Meines Erachtens schießt die Regelung über das eigentliche Ziel hinaus, indem sie Vorbereitungshandlungen pönalisiert, die weit im Vorfeld der eigentlichen Gefahren im Straßenverkehr liegen. Auch ansonsten bleibt ja das Ausrichten gefährlicher Veranstaltungen im StGB grundsätzlich straflos. Im Bereich des Straßenverkehrs wird auch derjenige nicht bestraft, der Trunkenheitsfahrten (§ 316 StGB) oder Geisterfahrten auf der Autobahn (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. f StGB) organisiert. Mitwirkungshandlungen können ohnehin in vielen Fällen sachgerecht als Anstiftung oder Beihilfe zu Nr. 2 erfasst werden, so dass es einer Hochstufung zur Täterschaft – das Wegfallen der Milderung für Beihilfe nach § 27

³⁸ Jansen, NZV 2017, 214 (217).

³⁹ Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 6; Kutsche, NZV 2017, 414 (416); Zieschang, JA 2016, 721 (724 f.); a.A. Mitsch, DAR 2017, 69 (71).

⁴⁰ Mitsch, DAR 2017, 69 (71); Zieschang, JA 2016, 721 (725).

⁴¹ Dazu nur Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 9 ff.

⁴² Zieschang, JA 2016, 721 (724).

⁴³ Vgl. noch BT-Drs. 18/10145 (Gesetzesentwurf des Bundesrates).

⁴⁴ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ Näher Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 5.

⁴⁷ BT-Drs. 18/12964, S. 5; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2011, 286; Kutsche, NZV 2017, 414 (415 f.).

⁴⁸ Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 6.

⁴⁹ In diesem Sinne Jansen, NZV 2017, 214 (217); Piper, NZV 2017, 70 (71); Zieschang, JA 2016, 721 (723); zu § 284 StGB nur OLG Düsseldorf, JMBINRW 1991, 19; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 284 Rn. 15.

⁵⁰ Zum zunächst vorgesehenen Begriff des Veranstaltens Mitsch, DAR 2017, 69 (72).

⁵¹ Siehe auch Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 5; Kutsche, NZV 2017, 414 (416).

⁵² Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 5; Kutsche, NZV 2017, 414 (416); Müller, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 4 f.

⁵³ So auch Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 12; Jansen, NZV 2017, 214 (217).

Abs. 2 S. 2 StGB einmal beiseite gelassen – nicht bedarf.⁵⁴ Das Schließen weniger Strafbarkeitslücken im Vorfeld in Fällen einer nur versuchten Ausrichtung, bei der es nicht zum Rennen kommt, wird durch eine unklare und zu weitgehende Regelung teuer erkauft.⁵⁵

c) § 315d Abs. 1 Nr. 3: Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit

Der Tatbestand der Nr. 3 ist – jedenfalls in seiner Ausgestaltung – vollständig misslungen. Bestraft wird demnach, wer sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen damit diejenigen Fälle erfasst werden, „in denen nur ein einziges Fahrzeug objektiv und subjektiv ein Kraftfahrzeugrennen nachstellt“. Diese Regelung über Einzel-Rennen, die erst im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz eingefügt wurde,⁵⁶ geht jedoch deutlich über das Nachstellen von Rennen hinaus. Strafbar ist also unter den weiteren Voraussetzungen etwa auch der Professor, der zu seinem Dienstort pendelt und täglich versucht, seine bisherige Bestzeit zu schlagen. Darüber hinaus kann aber sogar eine einmalige Fahrt die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllen. In Wahrheit hat dieser Tatbestand mit Autorennen wenig zu tun.⁵⁷ Das gesetzgeberische Motiv der Gruppendynamik und der Ablenkung durch Mitbewerber trifft hier nicht zu. Es geht zunächst schlicht darum, Raser zu pönalisieren, wobei es des Eintritts einer konkreten Gefahr nicht bedarf.⁵⁸

Erforderlich ist in objektiver Hinsicht eine Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit i.S.d. § 3 StVO,⁵⁹ wobei dies wie bei den sieben Todsünden in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB grob verkehrswidrig und rücksichtslos sein muss.⁶⁰ Aufgrund des Merkmals der groben Verkehrswidrigkeit bedarf es eines besonders schweren Verstoßes gegen das Gebot, mit der angepassten Geschwindigkeit zu fahren.⁶¹ Die Rücksichtslosigkeit dürfte hingegen kaum eigenständige Bedeutung haben, weil diese regelmäßig mit der besonderen Absicht einhergehen wird.⁶² In subjektiver Hinsicht ist insoweit nicht nur Vorsatz erforderlich. Vielmehr muss es dem Täter darum gehen, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen; tatsächlich erreicht werden muss sie nicht.⁶³ Damit sollen reine Geschwindigkeitsüberschreitungen von der Straf-

barkeit auch dann ausgeklammert werden, wenn sie erheblich sind.⁶⁴ Was mit höchstmöglicher Geschwindigkeit genau gemeint ist, bleibt rätselhaft.⁶⁵ Ginge es allein um die Geschwindigkeit des Wagens, dann wäre der Ferrari-Fahrer, der „nur“ mit 200 km/h durch die Fußgängerzone fahren möchte, straflos, während der Kia-Fahrer, der auf der Autobahn das Limit seines Wagens mit 140 km/h erreichen möchte, strafbar wäre. Oder soll es – wie die Begründung, die auf verschiedene Komponenten wie die Höchstgeschwindigkeit des Fahrzeugs, die Beschleunigung, subjektives Geschwindigkeitsempfinden, Verkehrslage, Witterungsbedingungen und andere Komponenten abstellt, vermuten lässt – auf die aus Sicht des Fahrers unter den gegebenen Umständen höchstmögliche Geschwindigkeit ankommen? Damit würde normalerweise etwa eine regenasse Fahrbahn die dem Fahrer höchstmögliche Geschwindigkeit absenken, es sei denn – maßgeblich ist seine subjektive Sicht – er würde glauben, dass er eine ebenso hohe Geschwindigkeit wie auf trockener Fahrbahn erzielen kann; verzichtet er darauf, würde er sich auch nicht fortbewegen, um die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen. Wie die Einlassung des Fahrers, er habe nicht die höchstmögliche Geschwindigkeit erreichen wollen, sondern einen Puffer eingebaut, bei einer solchen Zusammenschau je widerlegt werden kann, ist nicht ersichtlich. Vielleicht ist dem Gesetzgeber auch nur ein Fehler bei der Formulierung unterlaufen, so dass er nicht die „höchstmögliche Geschwindigkeit“, sondern eine „möglichst hohe Geschwindigkeit“ gemeint hat. Aufgrund der Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG bleibt hier ohnehin kein Spielraum für Korrekturen.

Hätte man eine sinnvolle Regelung schaffen wollen, hätte man – ungeachtet der Ausgestaltung im Detail – besser den Katalog des § 315c StGB für Fälle massiver Geschwindigkeitsüberschreitungen erweitern sollen. Gegenüber der misslungenen Fassung des Nr. 3 hätte selbst ein konkretes Gefährdungsdelikt einen größeren praktischen Anwendungsbereich gehabt. Möchte man an einem abstrakten Gefährdungsdelikt festhalten, so wäre jedenfalls zu prüfen, ob es nicht weitere Fälle des § 315 c StGB gibt – zu denken ist insbesondere an Abs. 1 Nr. 2 lit. f. – die ebenso pönalisierungswürdig sind.

2. Konkretes Gefährungsdelikt des § 315d Abs. 2 StGB

Für die Tatbestände des Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 enthält Abs. 2 einen Qualifikationstatbestand,⁶⁶ der als konkretes

⁵⁴ Kubiciel, JurisPR-StrafR 16/2016 IV; Kutsche, NZV 2017, 414 (416); Mitsch, DAR 2017, 69 (72).

⁵⁵ Krit. auch Mitsch, DAR 2017, 69 (72); unklar Kutsche, NZV 2017, 414 (418 f.), der meint, der Gesetzgeber sei innerhalb seines Beurteilungsspielraums geblieben.

⁵⁶ Zu entsprechenden Forderungen Kubiciel, JurisPR-StrafR 16/2016 IV; Müller, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 5; Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

⁵⁷ Siehe auch Franke, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 3; Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 8.

⁵⁸ Zutr. Kubiciel, JurisPR-StrafR 13/2017 III 1.

⁵⁹ Nach § 3 StVO darf der Kraftfahrzeugführer nur so schnell fahren, dass das Fahrzeug ständig beherrscht wird. Die Geschwindigkeit ist insbesondere den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen sowie den persönlichen Fähigkeiten und den Eigenschaften von Fahrzeug und Ladung anzupassen, was letztlich einer Einzelfallbewertung bedarf.

⁶⁰ Kutsche, NZV 2017, 414 (417).

⁶¹ Kutsche, NZV 2017, 414 (417); zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder, § 315c Rn. 27. Darauf, ob die Geschwindigkeitsüberschreitung „erheblich“ ist, kommt es nicht an; so aber der Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD, Ausschuss-Drs. 18/(6)360, S. 2.

⁶² Kutsche, NZV 2017, 414 (417).

⁶³ BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

⁶⁴ A.a.O., S. 6.

⁶⁵ Siehe auch Franke, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 3 f., der verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht; zust. Fuchs, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 2; ferner Dahlke/Hofmann-Holland, KriPoZ 2017, 306 (307 ff.).

⁶⁶ BT-Drs. 18/12964, S. 6.

Gefährdungsdelikt an § 315c Abs. 1 StGB angelehnt ist. Bei Eintritt einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben oder fremder Sachen von bedeutendem Wert wird der Strafraum auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren erhöht. Damit sollen Lücken in Fällen geschlossen werden, in denen ausnahmsweise keine der sieben Todsünden nach § 315c StGB verwirklicht ist.⁶⁷ Da der Gesetzgeber die Teilnahme an einem illegalen Rennen per se als grob verkehrswidrig und rücksichtslos ansieht, wurden diese Merkmale anders als bei § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht aufgenommen.⁶⁸ Nach Abs. 4 ist die Tat auch strafbar, wenn die Gefahr fahrlässig verursacht wird; wie bei § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB handelt es sich um eine sog. Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination i.S.d. § 11 Abs. 2 StGB,⁶⁹ bei der die Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 vorsätzlich vorgenommen wird, hinsichtlich der Gefahr aber Fahrlässigkeit genügt. Konkret ist die Gefahr, wenn die Gefährlichkeit der Handlung so gesteigert ist, dass der Eintritt eines bestimmten Schadens auf Grund der Unbeherrschbarkeit des Gefährungsverlaufs nur noch vom Zufall abhängt und eine andere Person bzw. eine fremde Sache in die Gefahrenzone gerät und es dabei tatsächlich zu einer kritischen Situation („Beinahe-Unfall“) kommt.⁷⁰ Das ist noch nicht der Fall, wenn es dem anderen Verkehrsteilnehmer möglich ist, mit einem im Bereich einer verkehrüblichen Reaktion liegenden Brems- und Ausweichmanöver zu reagieren und so einen Unfall abzuwenden.⁷¹ Soweit andere Tatbeteiligte in Gefahr geraten, sind diese nicht per se vom Tatbestand ausgenommen,⁷² vielmehr ist zunächst nach den Grundsätzen der objektiven Zurechnung zu entscheiden, ob der Tatbestand aufgrund eigenverantwortlicher Selbstgefährdung zu verneinen ist.⁷³ Ggf. bleibt zu erörtern, ob eine rechtfertigende Einwilligung hinsichtlich des Gefahrenintritts möglich ist oder ob dies aufgrund des hinzutretenden Allgemeinrechtsguts der Sicherheit des Straßenverkehrs zu verneinen ist.⁷⁴ Wie bei § 315c StGB scheidet das Täterfahrzeug – wenn dieses im Eigentum eines Dritten steht – als Gefährdungsobjekt aus, da das Gefährdungsmittel nicht zugleich Objekt der Gefährdung sein kann.⁷⁵

3. Erfolgsqualifikation des § 315d Abs. 5 StGB

Abs. 5 normiert für Fälle des Abs. 2 eine Erfolgsqualifikation i.S.d. § 18 StGB als Verbrechen mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, wenn der Täter

durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht. Damit soll dem gegenüber § 222 StGB und § 229 StGB erhöhten Unrechtsgehalt Rechnung getragen werden.⁷⁶ Nicht einbezogen sind Fälle des Ausrichtens und Durchführens nach Abs. 1 Nr. 1. Soweit der Veranstalter jedoch zugleich wegen Teilnahme an einer Tat nach Abs. 1 Nr. 2 strafbar ist, kann er auch die Erfolgsqualifikation verwirklichen, sofern ihm selbst zumindest i.S.d. § 18 StGB Fahrlässigkeit zur Last fällt.⁷⁷

Wie bei allen Erfolgsqualifikationen muss sich in der schweren Folge gerade die spezifische Gefahr der Rennsituation niederschlagen. Abs. 5 erfasst die versuchte Erfolgsqualifikation insoweit, als bei vollendetem Grunddelikt des Abs. 2 die schwere Folge in den Tatentschluss aufgenommen wird. Einen erfolgsqualifizierten Versuch gibt es hier auf Grundlage der h.M. nicht, da der Versuch von Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, auf die sich Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 bezieht, nicht strafbar ist und allein der Erfolgsqualifikation in solchen Fällen eine strafbegründende Wirkung nicht beigemessen wird.⁷⁸ Eine schwere Gesundheitsschädigung liegt vor, wenn das Opfer in eine ernste, langwierige Krankheit verfällt, eine dauernde oder langwierige schwerwiegende Beeinträchtigung der Gesundheit,⁷⁹ der Arbeitskraft oder anderer körperlicher Fähigkeiten oder eine nachhaltige Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Stabilität⁸⁰ gegeben ist. Wann eine (einfache) Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen anzunehmen ist, ist bei dem vergleichbaren Merkmal bei der Brandstiftung in § 306b Abs. 1 StGB ebenfalls unklar. Im Wege der systematischen Auslegung ist zu verlangen, dass der Unrechts- und Schuldgehalt einer schweren Gesundheitsschädigung i.S.d. Var. 1 erreicht wird. Absolute Grenzen lassen sich kaum sinnvoll festsetzen. Nach Ansicht des *BGH* sollen bei der Brandstiftung vierzehn Personen ausreichend sein,⁸¹ nicht hingegen drei Personen.⁸²

Meines Erachtens ist die Normierung der Erfolgsqualifikation angesichts der schweren Folgen, die illegale Autorennen mit sich bringen, zu begrüßen.⁸³ Dabei ist der Strafraum im Vergleich zu anderen Erfolgsqualifikationen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr sogar recht niedrig angesiedelt.⁸⁴ Möglicherweise hätte es sich angeboten, nur die schwere Folge des Todes aufzunehmen und hierfür wie bei § 227 StGB eine Mindestfreiheitsstrafe

⁶⁷ Krit. *Piper*, NZV 2017, 70 (72), der solche Rennen für Beteiligte und Zuschauer als „langweilig“ einstuft.

⁶⁸ BT-Drs. 18/12964, S. 6; *Ceffinato*, ZRP 2016, 201.

⁶⁹ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 13.

⁷⁰ *BGH*, NSStZ-RR 2010, 120; *BGH*, NSStZ 2013, 167; *Eisele*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 1136.

⁷¹ *OLG Hamm*, NSStZ-RR 2005, 245.

⁷² So aber etwa *BGHSt* 27, 40 (43); *BGH*, NSStZ 2012, 701 f.; *BGH*, NSStZ 2013, 167.

⁷³ Siehe auch *Mitsch*, DAR 2017, 69 (73); ferner *Jansen*, NZV 2017, 214 (218 f.); zu § 315c StGB *Rengier*, Strafrecht BT II, 18. Aufl. (2017), § 44 Rn. 17; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315c Rn. 31.

⁷⁴ *Bejahend* *BGHSt* 53, 55 ff.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 15.

⁷⁵ *BGHSt* 27, 40 (43 f.); *Eisele*, BT I, Rn. 1136; *Mitsch*, DAR 2017, 69 (73); a.A. aber *König*, in: LK-StGB, Bd. 11, 12. Aufl. (2008), § 315c Rn. 168 f.

⁷⁶ BT-Drs. 18/12964, S. 6.

⁷⁷ *Mitsch*, DAR 2017, 69 (72).

⁷⁸ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315d Rn. 14; allgemein zu diesen Konstellationen *Eisele*, BT I, Rn. 261; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 29 Rn. 323; a.A. *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2016), § 22 Rn. 13 f.; *ders.*, DAR 2017, 69 (72).

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 27 f.; BT-Drs. 18/12964, S. 7.

⁸⁰ Vgl. auch *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 225 Rn. 21.

⁸¹ *BGHSt* 44, 175 (178).

⁸² A.a.O., S. 177.

⁸³ Grundsätzlich auch *Walter*, NJW 2017, 1350 (1353); krit. dagegen *Piper*, NZV 2017, 70 (72).

⁸⁴ So auch *Mitsch*, DAR 2017, 69 (72).

von drei Jahren und einen minder schweren Fall mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorzusehen. Fälle der Gesundheitsschädigung werden ohnehin von Abs. 2 erfasst, weil die konkrete Gefahr erst Recht bei Eintritt des Erfolges vorliegt.⁸⁵

V. Folgerungen

Die Pönalisierung der Beteiligung an unerlaubten Autorennen i.S.d. Abs. 1 Nr. 2 ist überzeugend. Freilich hätte es in Parallele zu § 316 StGB genügt, für die eigentliche Rennbeteiligung ein abstraktes Gefährdungsdelikt zu schaffen. Die Regelungen in Nr. 1 über Ausrichtung und Durchführung von Rennen sowie in Nr. 3 über Einzelrennen sind hingegen wenig überzeugend. Das konkrete

Gefährdungsdelikt des Abs. 2 sowie die dazugehörige Erfolgsqualifikation in Abs. 5 hätten für Fälle der Beteiligung an Rennen ohne Weiteres in § 315c StGB integriert werden können, wobei die Erfolgsqualifikation dann für alle dort genannten Verkehrsverstöße Anwendung finden sollte.⁸⁶ Außerhalb der Frage der Strafbarkeit von Rennen hätte man dann dort auch eine Strafvorschrift schaffen können, die grob verkehrswidrige und rücksichtslose Raserei im Falle der Verursachung einer konkreten Gefahr pönalisiert.⁸⁷ Hierzu hätte man dann ggf. in Anlehnung an Art. 90 des Schweizerischen Strassenverkehrsgesetzes auch eine konkrete Höhe der Geschwindigkeitsüberschreitung als Tatbestandsvoraussetzung aufnehmen können.⁸⁸

⁸⁵ Vgl. zu § 315c StGB nur *Rengier*, BT II, § 44 Rn. 10; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 315c Rn. 31.

⁸⁶ So der Vorschlag von *Walter*, NJW 2017, 1350 (1353); vgl. ferner BT-Drs. 362/16 (Gesetzesantrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hessen).

⁸⁷ Vgl. etwa BT-Drs. 18/12558, S. 2 (Antrag Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), wonach in § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB die einschränkenden Wörter „an unübersichtlichen Stellen, an Straßenkreuzungen, Straßeneinmündungen oder Bahnübergängen“ gestrichen werden sollten und ferner eine Erfolgsqualifikation eingefügt werden sollte. *Boetticher*, Schriftliche Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 3: „die zulässige Höchstgeschwindigkeit erheblich, grob verkehrswidrig und rücksichtslos überschreitet“. In diese Richtung auch *Kubiciel*, JurisPR-StrafR 16/2016 IV; *Mitsch*, DAR 2017, 69 (72); *Walter*, NJW 2017, 1350 (1353).

⁸⁸ Art. 90 Abs. 3 des Schweizerischen Strassenverkehrsgesetzes (Verletzung der Verkehrsregeln) lautet:

„Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren wird bestraft, wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen.“

Abs. 4 lautet:

„Absatz 3 ist in jedem Fall erfüllt, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wird um:

a. mindestens 40 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 30 km/h beträgt;
 b. mindestens 50 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 50 km/h beträgt;
 c. mindestens 60 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 80 km/h beträgt;
 d. mindestens 80 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit mehr als 80 km/h beträgt.“

Lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr - Was man aus den Raser-Fällen für eine *lex ferenda* zu Vorsatz und Fahrlässigkeit lernen kann

Kommentar zum Vortrag von Prof. Dr. Jörg Eisele

von RiOLG Prof. Dr. Tonio Walter*

I. Von Ameisen und Elefanten

Mein Kommentar zu Jörg Eiseles Vortrag wird ein wenig so verfahren wie jener Biologiestudent, der sich für eine mündliche Prüfung allein auf das Thema „Ameise“ vorbereitet hatte und dann gefragt wurde, was er über den Elefanten wisse? Antwort: „Der Elefant ist ein sehr großes Tier! Ganz im Gegensatz zur Ameise. Und zur Ameise muss man unbedingt das Folgende wissen ...“ Ich werde also zum neuen § 315d StGB, den Jörg Eisele behandelt hat, nur wenig sagen – und dann etwas längere Ausführungen zu einem Thema machen, das in den Raser-Fällen, vor allem dem des *LG Berlin*¹, die Hauptrolle gespielt hat, doch über diese Fälle hinaus von allgemeinem Interesse ist: der bedingte Vorsatz, das heißt seine Definition und seine Strafbarkeit im geltenden Recht sowie in einer *lex ferenda*.

II. § 315d StGB und die Systematik der Verkehrsdelikte

Dass ich mich zu § 315d StGB kurz fasse, liegt allerdings daran, dass ich Jörg Eisele in praktisch allen Punkten zustimme: Für die folgenlose Teilnahme an einem illegalen Rennen hätte es gereicht, ein abstraktes Gefährdungsdelikt nach Art des § 316 StGB zu schaffen. Auch dessen Strafraumen hätte gepasst. Ebenso gut vertretbar wäre ein etwas härterer Strafraumen von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe gewesen, wie man ihn etwa von der tätlichen Beleidigung kennt (§ 185 2. Alt. StGB). Denn das kollektive Rasen dürfte pauschalierend betrachtet gefährlicher sein als die durchschnittliche Trunkenheitsfahrt. Für die Fälle einer konkreten Gefährdung anderer hätte man die Teilnahme an den Rennen als weitere „Todsünde“ in § 315c StGB aufnehmen sollen. Gleiches gilt für das „Solorasen“, für dessen tatbestandliche Erfassung man sich – mit Jörg Eisele – eine gelungenere Formulierung gewünscht haben würde. Das Ausrichten und Durchführen von Rennen hingegen bedurfte keines Straftatbestandes. Jörg Eisele hat dazu alles Erforderliche gesagt.

Für § 315c StGB wäre sodann eine Erfolgsqualifizierung sinnvoll gewesen – und ist dies übrigens auch so und ganz ohne an die Raser-Fälle zu denken. Wenn man sich die Erfolgsqualifikationen der anderen gemeingefährlichen Delikte ansieht, hätte zu ihnen folgende zweistufige Re-

gelung gepasst: bei schwerer Gesundheitsschädigung eines anderen oder der Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren (so im StGB auch in § 309 Abs. 3, § 312 Abs. 3, § 315 Abs. 3 Nr. 2, auch in Verbindung mit § 315b Abs. 3, und in § 318 Abs. 3). Und bei leichtfertiger Todesverursachung Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (vgl. im StGB § 308 Abs. 3, auch in Verbindung mit § 313 Abs. 2 und § 314 Abs. 2, ferner § 309 Abs. 4, § 312 Abs. 4, § 316a Abs. 3, § 316c Abs. 3 und in § 318 Abs. 4). Allerdings zeigt der Blick auf die eben in Klammern angeführten Regelungen zu Todeserfolgsqualifikationen, dass sie nicht ganz einheitlich ausgestaltet worden sind. Mal wird Leichtfertigkeit verlangt, mal nicht. Und manchmal findet man noch eine Regelung zu einem minder schweren Fall. Auch beim Strafraumen gibt es Ausreißer. Das sind Unstimmigkeiten, die man beseitigen sollte.

Mit der Einführung des neuen § 315d StGB hat die kriminalpolitische Diskussion über lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr also vielleicht doch noch nicht ihr Ende erreicht. Erstrecken sollte sich diese Diskussion aber nicht nur auf die Tatbestände der Verkehrsdelikte, sondern auch auf die Vorschriften des Allgemeinen Teils betreffend Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn die Raser-Fälle haben den Streit darüber neu entfacht, wann jemand mit bedingtem Vorsatz handele und wann bloß fahrlässig. Diesen Streit berührt der neue § 315d StGB überhaupt nicht: Handelt ein Raser mit Verletzungs- oder gar Tötungsvorsatz, so verwirklicht er §§ 224, 226 oder §§ 212, 211 StGB, und diese Frage nach seinem Vorsatz stellt sich stets ganz unabhängig von § 315d StGB. Im Folgenden möchte ich den Blick noch einmal darauf lenken, dass der Grund jenes Streits um die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit womöglich nicht so sehr eine dogmatische Verwicklung ist als vielmehr eine unbefriedigende Gesetzeslage.

III. Der bedingte Vorsatz im geltenden Recht und in einer *lex ferenda*

1. AT-Kriminalpolitik

Das Wort „Gesetzeslage“ ist in diesem Zusammenhang allerdings eine gelinde Übertreibung, denn es handelt sich lediglich um eine einzige Vorschrift: den § 16 StGB. Nur er sagt etwas über den Inhalt des Vorsatzes. Und das auch nur indirekt, indem er uns wissen lässt, wann der Vorsatz

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Regensburg und Richter am *OLG Nürnberg*. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 10.11.2017 an der Universität Köln gehalten wurde.

¹ *LG Berlin*, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 251 Js 52/16 (8/16), NStZ 2017, 471 m. Bespr. *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439.

fehlt. Bloß nebenbei und der Vollständigkeit halber der Hinweis, dass auch diese legislative Entscheidung zur Kriminalpolitik gehört. Zwar geht es in der Kriminalpolitik heute fast immer um Tatbestände des Besonderen Teils. Aber nicht immer. Eine aktuelle Ausnahme ist zum Beispiel die Diskussion darüber, ob man auch juristische Personen dem Kriminalstrafrecht unterwerfen sollte.² Und auch abgesehen von solchen evident politischen Fragen gehören die Entscheidungen des Gesetzgebers im Allgemeinen Teil zur Kriminalpolitik. Sie sind zwar oft weniger weltanschaulich oder gar parteipolitisch geprägt, doch nichtsdestoweniger politisch; zum Beispiel wenn es darum geht, ob ein Anstifter tatsächlich wie ein Täter bestraft werden sollte und ob der ungefährliche, ja sogar der grob unverständige Versuch tatsächlich unter Strafe gestellt gehört.

2. Die Schwächen des § 16 StGB

Kriminalpolitisch bedenklich ist § 16 StGB in zweifacher Hinsicht. Zum einen ist er dem Vorwurf ausgesetzt, mit seinem Wortlaut für den Vorsatz zu viel zu verlangen, nämlich ein *Kennen* der Tatumstände – was erstens hinsichtlich alles Zukünftigen ausgeschlossen ist, da man nur Tatsachen kennen kann und sie allein in der Gegenwart oder der Vergangenheit liegen, und was zweitens bedingten Vorsatz (eigentlich) ausschließt, da er sich für die intellektuelle Komponente des Vorsatzes mit einem Fürmöglich-Halten begnügt; und das ist weniger als ein Kennen. Zum zweiten ist § 16 StGB kriminalpolitisch insofern bedenklich, als er genauso wenig wie § 15 StGB zwischen den Vorsatzformen unterscheidet: Das deutsche Strafgesetz behandelt grundsätzlich – von wenigen Tatbeständen abgesehen – alle Vorsatzformen gleich und droht dem Absichtsverbrecher dieselbe Strafe an wie jemandem, der sich mit Skrupeln trägt, die Vollendung am liebsten verhinderte und nur um eines außertatbestandlichen Zieles willen handelt. Im Einzelnen:

a) Der Wortlaut des § 16 StGB stellt bedingten Vorsatz straffrei

§ 16 StGB schließt die Vorsatzstrafe aus, sobald jemand die tatbestandserfüllenden Umstände „nicht kennt“. Im Umkehrschluss heißt dies – ausnahmsweise zwingend –, dass der Vorsatz eine Kenntnis des Sachverhalts verlangt und dass ein Tatbestandsirrtum immer dann vorliegt, wenn man nicht mehr von einer solchen Kenntnis sprechen kann. Dabei umfasst das Nichtkennen sowohl Fälle völliger Ahnungslosigkeit, die man „Unkenntnis“ nennen mag, als auch Fälle, in denen jemand nicht sicher ist, wie es sich tatsächlich verhält; in denen er also die wahre Sachlage durchaus für möglich hält und in Betracht zieht, sie aber nicht als die Gewissheit betrachtet, die sie objektiv ist, und sie folglich nicht *kennt*. Denn Kenntnis heißt im allgemeinen deutschen Sprachgebrauch „als Wahrheit wissen“. Nur wenn man *weiß*, wie etwas ist, kennt man

den Sachverhalt. Sagt jemand „Ich kenne die Notrufnummer der Polizei“, dann weiß er, dass er in Notfällen die 110 wählen muss. Und wer das Alter eines anderen kennt, kann es entweder aufs Jahr genau angeben; oder er kennt nicht das Alter des anderen, sondern nur eine bestimmte Eigenschaft dieses Alters, etwa die Volljährigkeit, oder lediglich die Altersstufe („Teenager“, „Ü30“, „Senior“). Hingegen umfasst ein Kennen im Deutschen nie den Fall, dass jemand etwas lediglich für möglich hält, sich aber nicht sicher ist, wie die Dinge tatsächlich liegen.

Außerdem kann sich ein Kennen ebenso wie ein Wissen stets nur auf Tatsachen beziehen. Tatsachen wiederum sind beweisbare Sachverhalte der Gegenwart oder Vergangenheit, jedoch keine erst künftig eintretenden Umstände.³ All dies führt dazu, dass § 16 StGB, wenn man seinen Wortlaut ernst nimmt, für den Vorsatz nur wenig übrig lässt. Denn Vorsatz ist gemäß diesem Wortlaut nur möglich hinsichtlich solcher Umstände, die schon „bei Begehung der Tat“ vorliegen, also im Zeitpunkt des tatbestandsmäßigen Verhaltens, und bis in die Vollendung hinein fort dauern. Beispiele sind das kindliche Alter eines Missbrauchsoffiziers, die Fremdheit der gestohlenen Sache und dass eine rechtswidrige Tat begangen wurde, deren Täter vor einer Bestrafung geschützt wird (§ 258 StGB – Strafvereitelung). Keine Kenntnis haben kann ein Täter aber beispielweise vom Tod des Opfers, wenn er den Abzug seiner Pistole betätigt. Denn zu diesem Zeitpunkt liegt jener Tod noch in der Zukunft. Der Täter kann ihn voraussehen – aber noch nicht kennen. Demgemäß hat der E 1962 die Wissentlichkeit ausdrücklich doppelt definiert, nämlich als die Fälle, dass jemand etwas „weiß oder als sicher voraussieht“ (so in § 16 und in § 17 Abs. 2 des E 1962). Wenn man den geltenden § 16 StGB folglich bei seinem Wortlaut nimmt, sind nur noch wenige Handlungen ein Vorsatzdelikt.

Dagegen lässt sich vieles Vernünftige einwenden: die gegenteilige Absicht des Gesetzgebers, der Unsinn des Ergebnisses – und dass noch nie jemand darauf verfallen sei, § 16 StGB so pedantisch zu lesen. Nur nützt das leider alles nichts, weil dem Analogieverbot solche klugen Hinweise einerlei sind. Das Analogieverbot ist nachgerade das Gebot, ein unvernünftiges Ergebnis hinzunehmen, ja eine Pflicht zum Unsinn. Denn der Sinn – der Sinn des Gesetzes – gebietet doch immer die Analogie; sonst wäre sie keine, will sagen: sonst läge ihre wichtigste Voraussetzung nicht vor. Dass der Unsinn ein untragbares Ausmaß annähme, wenn man die Wortlautgrenze des § 16 StGB beachtete, erklärt zwar den rechtstatsächlichen Befund, dass man dies nicht tut noch je tun wird; ganz gleich, wie viele Stimmen sich der hier vorgestellten Analyse anschließen. Doch diese Analyse selbst, ihr einfaches sprachliches und methodisches Ergebnis lassen die theoretisch zu ziehenden Konsequenzen kalt. Und eine dieser Konsequenzen ist nicht nur theoretisch zu ziehen: die Forderung nach einem besseren Gesetz.

² Vgl. *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend* (Hrsg.), Grundfragen eines modernen Verbandssanktionenrechts, 2017.

³ RGSt 41, 193 (194); *Hilgendorf*, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998, S. 113 ff.; *Tiedemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 9.

b) § 16 StGB behandelt alle Vorsatzformen gleich – eine ungerechte Regelung

Die Forderung nach einem besseren Gesetz folgt auch noch aus einer zweiten Erwägung, und zwar der, dass es kriminalpolitisch verfehlt ist, alle Vorsatzformen auf der Rechtsfolgenseite gleichzustellen. Aus empirischen Erhebungen wissen wir, dass für die Gerechtigkeitsintuitionen der Menschen die böse Absicht, die jemand hat, von großer Bedeutung ist. Man hat gegenüber jemandem, der ein verbrecherisches Ziel verfolgt, wesentlich stärkere Vergeltungsbedürfnisse als gegenüber jemandem, der ein schlimmes Ereignis lediglich für möglich hält und um eines ganz anderen Zieles willen in Kauf nimmt.⁴ Das lässt sich auch damit erklären, dass eine deliktische Absicht die Rechtsordnung besonders nachhaltig in Frage stellt und oft für eine besondere Gefährlichkeit des Täters spricht.⁵ Zudem ist es in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Strafzumessung unstreitig, dass jedenfalls der bedingte Vorsatz milder zu bestrafen ist als die Absicht.⁶ Das sollte sich im Strafgesetz spiegeln. Vor allem dann, wenn man wie ich der Ansicht ist, dass die Aufgabe des Strafrechts darin besteht, nachhaltig und mehrheitlich feststellbaren Gerechtigkeitsintuitionen der Menschen zu entsprechen. Diese Gerechtigkeitsintuitionen sind nichts anderes als Vergeltungsbedürfnisse, weniger verfänglich formuliert: Bedürfnisse nach einem gerechten Schuldausgleich. Aber auch wenn man den Zweck der Strafen anders bestimmt, dürfte es sinnvoll erscheinen, einer empirisch so klar feststellbaren Überzeugung von der hohen Strafwürdigkeit absichtlichen Verhaltens und der geringeren Strafwürdigkeit bedingten Vorsatzes schon im Gesetz Rechnung zu tragen – und nicht erst in der Strafzumessung. Denn alle wesentlichen Entscheidungen hat der Gesetzgeber selbst zu treffen und darf sie nicht den Gerichten überlassen.⁷ Dies führt zu der Forderung, im Allgemeinen Teil des Strafrechts zumindest dafür zu sorgen, dass der bedingte Vorsatz eine geringere Strafe nach sich zieht als die Absicht.

Es fragt sich dann, was für die Wissentlichkeit gelten sollte, auch direkter Vorsatz zweiten Grades genannt. Definiert wird sie üblicherweise wie im E 1962, siehe oben, das heißt als subjektiv sicheres Wissen hinsichtlich gegenwärtiger oder vergangener Tatsachen sowie als subjektiv sichere Voraussicht künftiger Ereignisse. In dieser Form erachtet man sie in Bezug auf das Maß der Schuld überwiegend als der Absicht gleichwertig.⁸ Begründen lässt sich das damit, dass die Wissentlichkeit zwar voluntativ hinter der Absicht zurückbleibt, aber kognitiv über sie hinausreichen kann (wenn auch nicht muss): Absichtlich

handeln kann auch, wer die Vollendung nur für möglich hält. Gegenüber dem bedingten Vorsatz hingegen ist die Wissentlichkeit kognitiv stets dichter, und voluntativ steht sie jedenfalls nicht unter ihm – so dass sie per saldo ein größeres Gewicht auf die Schuldwaage wirft. In der Zusammenschau erscheint es daher berechtigt, unter den Vorsatzformen mit Blick auf die Strafraumen nur eine Zweiteilung vorzunehmen: Absicht und Wissentlichkeit auf der einen Seite, bedingter Vorsatz auf der anderen.

3. Wie man den Schwächen des § 16 StGB abhelfen könnte

a) Grundlinien

Der Schwäche eines zu engen Wortlauts ist naheliegenderweise abzuweichen, indem man ihn weiter fasst. Wollte man dabei bleiben, in § 16 StGB mit dem Tatbestandsirrtum nur die kognitive Kehrseite des Vorsatzes zu definieren, könnte es dort heißen: „Wer einen der Umstände, die den Tatbestand erfüllen, weder kennt noch für möglich hält oder als sicher oder möglich voraussieht ...“ Es fragt sich aber mit Nachdruck, warum man an einer solchen nur partiellen und rein negativen Definition des inneren Tatbestandes festhalten sollte? Welchen Vorteil hat sie gegenüber einer positiven Bestimmung der Vorsatzformen – aus der dann im Umkehrschluss zwanglos folgte, welche Vorstellungen keinen Vorsatz begründen können? Sie liegt nicht nur intuitiv näher als die negative Methode, sondern hätte den weiteren Vorteil, auch voluntative Erfordernisse berücksichtigen zu können. Der Vorschlag für eine *lex ferenda* unten wird daher in einer positiven Begriffsbestimmung bestehen.

Der ungerechten Gleichbehandlung der Vorsatzformen durch das geltende Recht ist abzuweichen, indem man bereits im Allgemeinen Teil für den bedingten Vorsatz mildere Strafraumen vorsieht als für die Absicht und die Wissentlichkeit. Der Umfang der Milderung ist Verhandlungssache. Mir erscheint derzeit eine Ermäßigung um ein Drittel als angemessen. Dieser Vorschlag beruht aber einzig auf einer eigenen Schwereinschätzung und hätte besser begründeten Alternativen zu weichen. Das gilt entsprechend für eine weitere Anregung:

b) Der Vorschlag, den Begriff der Wissentlichkeit weiter zu fassen

Vorschlagen möchte ich noch, die Wissentlichkeit etwas weiter zu definieren als bislang, und zwar nicht nur als subjektiv sicheres Wissen und als sichere Voraussicht,

⁴ Siehe *Carlsmith/Darley/Robinson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 83, 2002, S. 284–298 (286); *Robinson*, *Intuitions of Justice and the Utility Desert*, 2013, S. 49 ff., 84; *ders.* und *Darley*, *Justice, Liability and Blame, Community Views and the Criminal Law*, 1995, S. 157 ff.; jew. m.w.N.

⁵ Für diese Kennzeichnung der Absicht *Frisch*, *BGH-FG*, 2000, S. 269 (290); *ders.*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 498 f.; *Grünwald*, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, S. 154 ff.

⁶ Für die Rechtsprechung *BGH*, *StV* 2009, 464; für das Schrifttum *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, 28. Aufl. (2014), § 46 Rn. 33; *Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 263; *Streng*, *Anm. zu BGH*, *Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15*, *StV* 2017, 523, ebd. S. 526 (527).

⁷ *BVerfGE* 98, 218 (251); 95, 267 (307); *BVerwGE* 109, 29 (37); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, 13. Aufl. (2014), Art. 20 Rn. 47.

⁸ *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (1996), S. 298; *Hörnle*, S. 263; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. (2014), § 15 Rn. 69; *Streng*, *Anm. zu BGH*, *Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15*, *StV* 2017, 523, ebd. S. 526 (527); anders *Grünwald*, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, S. 157 ff.; *Eschelbach*, in: *SSW-StGB*, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 208; *Fischer*, *StGB*, 64. Aufl. (2017), § 46 Rn. 17a.

sondern auch als den Fall, dass jemand die Vollendung lediglich – aber immerhin – für wahrscheinlich hält. Gemeint ist damit die Einschätzung des Täters, dass es mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Vollendung kommen werde, das heißt mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 Prozent. Nicht mehr ausreichend wäre subjektive Ungewissheit dergestalt, dass man aus Sicht des Täters auch eine Münze werfen könnte, also eine subjektive 50:50-Prognose. Erst recht reichte es nicht, wenn der Täter die Vollendung zwar für möglich hielte, aber für weniger wahrscheinlich als ihr Ausbleiben. Dieser Vorschlag beruht erneut auf einer Vermutung, und zwar auf der Annahme, dass die Gleichstellung eines Für-wahrscheinlich-Haltens mit einem Als-sicher-Voraussehen den Gerechtigkeitsintuitionen der meisten Menschen entspricht. Gegenüber dem bedingten Vorsatz wöge das kognitive Element weiterhin schwerer. Und dies täte es weiterhin auch gegenüber der Absicht, da auch ein Für-wahrscheinlich-Halten mehr ist, als die Absicht als Minimum verlangt. Der kognitive Vorsprung des Für-wahrscheinlich-Haltens gegenüber der Absicht spricht für die Gleichstellung mit ihr: Was dem Für-wahrscheinlich-Halten an voluntativer Stärke fehlt, gleicht es durch kognitive Dichte aus. Wie schon der Vorschlag, die Strafrahen bei bedingtem Vorsatz um ein Drittel zu mildern, steht diese Gleichstellung unter dem Vorbehalt abweichender Forschungsergebnisse betreffend die Gerechtigkeitsintuitionen der Rechtsunterworfenen.

4. Formulierungsvorschlag für einen neuen § 16 StGB und weitere Erläuterungen

a) Wortlaut

Ein neuer § 16 StGB könnte zum Beispiel wie folgt lauten:

§ 16 Vorsatzformen.

(1) ¹Vorsatz hat nur, wer bei Begehung der Tat deren Vollendung anstrebt (Absicht) oder sie ohne Absicht als sicher oder wahrscheinlich voraussieht (Wissentlichkeit) oder für möglich hält (bedingter Vorsatz).²Bei bedingtem Vorsatz ermäßigen sich Höchst- und Mindeststrafen um ein Drittel und eine lebenslange Freiheitsstrafe auf zeitige Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

(2) [...] [wie bisher]

Dieser Vorschlag ist minimalinvasiv, da er allein das berücksichtigen soll, was oben ausgeführt ist. Damit möchte ich allerdings nicht von den weiterreichenden Empfehlun-

gen abrücken, die ich in meiner Habilitationsschrift gemacht habe.⁹ Der Vorschlag hier ist also gewissermaßen nur ein Hilfsantrag – als solcher aber vollumfänglich ernst gemeint. Für die Überschrift des neuen § 16 StGB schlage ich *Vorsatzformen* vor, da die alte Überschrift „Irrtum über Tatumstände“ nun nicht mehr passte: Von einem Irrtum spricht jetzt nur noch Abs. 2. Der Begriff der Vorsatzformen steht zwar in erster Linie für den Inhalt des Abs. 1, umfasst aber auch noch den Abs. 2. Denn den dort geregelten Irrtum – die irrige Annahme eines privilegierenden Sachverhalts – könnte man auch „Privilegierungsvorsatz“ nennen.

b) Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit wird einfacher

Der hier unterbreitete Vorschlag für eine Neufassung des § 16 StGB erübrigt die bekannte Diskussion um eine Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Denn der neue Wortlaut definiert den bedingten Vorsatz klar und schlicht als das Für-möglich-Halten der Vollendung (ohne dass sie angestrebt würde – sonst Absicht). In der Abgrenzungsdiskussion entspricht das der Möglichkeitstheorie.¹⁰ Sie schlägt alle Fälle der bewussten Fahrlässigkeit dem bedingten Vorsatz zu. Mit anderen Worten gibt es unter ihrer Herrschaft keine bewusste Fahrlässigkeit. Zwar verschwindet dann die Chance, den Handelnden mit der Formel zu entlasten, er habe auf ein Ausbleiben der Vollendung vertraut. Doch ist diese Formel erstens begrifflich fehlerhaft (wiewohl kriminalpolitisch verständlich). Denn wer die Möglichkeit des Erfolges als eine ernste erkennt, kann nur noch hoffen, er werde ausbleiben, aber nicht mehr darauf vertrauen. Wer wirklich vertraut – und dies nicht bloß behauptet –, ist unbesorgt und subjektiv sicher, dass es gutgehen werde.¹¹ Zweitens wird sie kriminalpolitisch entbehrlich, wenn man den bedingten Vorsatz einem milderen Strafrahen unterwirft – wie es der hiesige Reformvorschlag tut. Natürlich bleibt dann noch immer Klärungsbedarf, vor allem zu der Frage, wann der Handelnde die Vollendung für eine buchenswerte und nicht nur theoretische Möglichkeit hält. Aber es hat noch kein Gesetz gegeben, das ganz ohne Auslegungsfragen ausgekommen wäre. Und jedenfalls verspricht der hiesige Reformvorschlag, die Probleme deutlich zu verringern.

c) Der Tatbestandsirrtum muss nicht gesondert geregelt werden

Eine neue Regelung zum Tatbestandsirrtum erübrigt sich. Vielmehr ergibt sich die Wirkung eines solchen Irrtums – dass der Vorsatz entfällt – aus der Definition der Vorsatzformen: Wer auf eine Regentonne schießt und nicht weiß,

⁹ T. Walter, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, S. 438 ff.

¹⁰ Für diese Theorie Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2008), § 7 Rn. 70; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2015), Kap. 11 Rn. 25; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2015), § 14 Rn. 16 ff.; Langer, Jura 2003, 135 (138); Lesch, JA 1997, 802 (805 ff.); Otto, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. (2004), § 7 Rn. 35; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl. (1984), Kap. 10 Rn. 87 ff.

¹¹ Siehe T. Walter, NJW 2017, 1350 (1351).

dass sich in ihr ein Kind versteckt, begeht objektiv ein Tötungsdelikt, strebt aber die Vollendung dieser Tat weder an noch sieht er sie voraus oder hält sie für möglich. Und auch in den Fällen, in denen der Täter irrig einen anderen tatbestandsmäßigen Sachverhalt annimmt, etwa bei der *aberratio ictus*, lässt sich der Vorsatz verneinen, weil der Täter nicht die Vollendung *dieser* objektiv am falschen Opfer vollendeten Tat gewollt hat; und das neue Gesetz verlangt, dass er bei der Begehung der Tat „deren“ Vollendung anstrebt, also die Vollendung der objektiv verwirklichten Tat – und nicht die eines anderen, wenn auch tatbestandsgleichen Delikts. Natürlich sind dann die Grenzen dieser Tatidentität fraglich. Aber das sind sie auch schon im geltenden Recht, zu sehen etwa an dem Streit um die Strafbarkeit der *aberratio ictus* (Vollendung oder Versuch?) und an dem Streit zu ihrer Abgrenzung vom *error in persona*, etwa wenn eine Briefbombe den Falschen tötet.¹²

Auch dass bei solchen Irrtümern die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat unberührt bleibt, braucht nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, denn es versteht sich von selbst. Wer gleichwohl eine Klarstellung wünscht, mag den alten S. 2 des § 16 Abs. 1 StGB als neuen S. 3 hinzufügen. Und wer zusätzlich zu den Definitionen der Vorsatzformen doch noch eine inhaltsgleiche Regelung des Tatbestandsirrtums will – wieder zur Klarstellung –, der mag sie erneut in den § 16 Abs. 1 StGB schreiben und die Vorsatzdefinitionen in einem neuen § 15 Abs. 2 StGB unterbringen. Die Überschrift des § 15 StGB bräuchte man dafür nicht zu ändern. Die des § 16 StGB dürfte dann aber nicht mehr „Vorsatzformen“ lauten, sondern müsste zum Beispiel in „Sachverhaltsirrtümer“ geändert werden (was wiederum sowohl den Abs. 1 als auch den Abs. 2 umfasste).

d) Erlaubnistatbestandsirrtümer

Nicht leichter würde es durch die Neuformulierung, Erlaubnistatbestandsirrtümer zu erfassen. Aber auch nicht schwerer, denn die ganz herrschende Meinung wendet schon den aktuellen § 16 Abs. 1 StGB lediglich analog an.¹³ Das ginge genauso mit der oben vorgeschlagenen Fassung, denn aus ihr ergibt sich im Umkehrschluss, dass in allen nicht genannten Fällen, also außerhalb der gesetzlich neu definierten Vorsatzformen, der Vorsatz fehlt und höchstens wegen Fahrlässigkeit bestraft werden kann. Zu dem gleichen Ergebnis könnte man sogar durch eine Auslegung der neuen Vorschrift gelangen. Dazu müsste man nur den Begriff der „Vollendung“ auslegen im Sinne von: Erfüllen der Merkmale des Verbotstatbestandes, ohne einen Erlaubnistatbestand zu verwirklichen. Besser wäre es

wohl, den Erlaubnistatbestandsirrtum ausdrücklich zu regeln. Aber das ist eine Mahnung, die sich schon gegen das geltende Gesetz richtet und den Themenkreis dieses Beitrages überschreitet.

IV. Zusammenfassung

Für den neuen § 315d StGB würde es genügt haben, als abstraktes Gefährungsdelikt die Teilnahme an einem illegalen Rennen zu erfassen – so wie § 316 StGB Trunkenheitsfahrten erfasst. Das „Solerasen“ hingegen wäre als weitere „Todsünde“ in § 315c StGB besser aufgehoben gewesen, ebenso die Teilnahme an einem Rennen, wenn es zu einer Gefährdung anderer oder gar zu einem Unfall kommt. Außerdem sollte § 315c StGB – auch in seiner heutigen Fassung – Erfolgsqualifizierungen für die Fälle bekommen, in denen der Täter schwere gesundheitliche Schäden bis hin zum Tod anderer Verkehrsteilnehmer verursacht.

Die Raser-Fälle haben auch die Diskussion über die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit neu belebt. Diese Diskussion ist zunächst eine rein dogmatische und keine kriminalpolitische. Doch lenkt sie den Blick zugleich auf eine kriminalpolitische Frage, und zwar jene, ob sich die Regelungen des Allgemeinen Teils zu Vorsatz und Fahrlässigkeit verbessern ließen. Im Mittelpunkt steht dabei § 16 StGB. Er hat zwei Schwächen: Erstens begrenzt sein Wortlaut, wenn man ihn ernst nimmt, den Vorsatz auf wenige Fälle; denn dieser Wortlaut verlangt für den Vorsatz ein *Kennen*, und das fehlt sowohl hinsichtlich aller erst künftig eintretenden Umstände als auch dann, wenn jemand einen Umstand lediglich für möglich hält. Zweitens stuft weder § 16 StGB noch eine andere Norm des Allgemeinen Teils die Strafdrohungen nach der Vorsatzform ab. Das ignoriert die Einschätzung fast aller Menschen, dass jedenfalls der nur bedingte Vorsatz in der Schuld weniger schwer wiegt als Absicht und Wissentlichkeit. Abzuhelfen ist diesen Schwächen, indem man in § 16 StGB statt des Tatbestandsirrtums die Vorsatzformen positiv definiert und für den bedingten Vorsatz eine allgemeine Milderung der Strafraumen anordnet. Einer Regelung für den Tatbestandsirrtum bedarf es dann nicht, weil sich seine Gestalt und seine Rechtsfolge aus der Definition der Vorsatzformen ergeben: Was diesen Definitionen nicht entspricht, ist kein Vorsatz – und verhindert also eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat. Dass eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt bleibt, versteht sich dann von selbst.

¹² Zur Strafbarkeit der *aberratio ictus* BGHSt 37, 214 (216) (Hoferben-Fall); Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 16 Rn. 78 (jeweils Versuch, gegebenenfalls in Tateinheit mit einem fahrlässigen Delikt); Daleman/Heuchemer, JA 2004, 460 (462 f.); Puppe, GA 1987, 1 (20) (jeweils Vollendung); zur Abgrenzung vom *error in persona* BGH, NStZ 1998, 294; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. (2006), § 17 Rn. 177 (jeweils *error in persona*; herrschende Meinung); Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 174 (*aberratio ictus*).

¹³ BGH, NStZ 2012, 272 (273 f.); Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. (2016), Rn. 704 f.; Jescheck/Weigend, § 41 IV 1 d (S. 464 f.); Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, § 16 Rn. 18; Roxin, § 14 Rn. 64; Vogel, in: LK-StGB, § 16 Rn. 116, 125.

Angriffe gegen Vollstreckungsbeamte: Strafschärfung als Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz*

I. Berlin 2017: Der Fall zum Thema?

„Mir doch egal, wer hier gerade reanimiert wird“, soll ein 23 Jahre alter Berliner Autofahrer die Polizeibeamten angebrüllt haben, als sie ihn daran hinderten, die Rettungssanitäter zu bedrohen und ihren Krankenwagen zu demolieren. Der Einsatz war nötig geworden, weil in der Kita „Die Wilde 13“ ein 1 Jahr altes Kind bewusstlos umgefallen war. Der Rettungswagen stand im Einsatz vor der Kita, der Autofahrer wollte und musste zur Arbeit.¹

Auf den ersten Blick schier unglaublich, auf den zweiten Blick ein willkommener Beleg für alle, die meinen, den strafrechtlichen Schutz von Vollstreckungsbeamten und ihnen gleichgestellten Kräften durch Strafschärfung und Strafbarkeitsausweitung verbessern zu müssen. Auf den – oft sinnvollen – dritten Blick fragt man sich, ob es sich vielleicht doch nur um einen Fall fast normal gewordener – unausgeschlafener, gestresster und deswegen – „durchgeknallter“ Großstadtautofahrer handelt, denen entweder gar nicht oder allenfalls therapeutisch, jedenfalls kaum mit Strafrechtsverschärfungen zu beizukommen ist.

II. Strafschärfungen und Strafbarkeitsausweitungen des 52. StÄG

Am 30.5.2017 ist bekanntlich das 52. Strafrechtsänderungsgesetz in Kraft getreten.² In sprachlich an sich erfreulicher, sachlich entweder camouflierender³ oder vielleicht enthüllender⁴ Begrifflichkeit handelt es sich nicht um ein „Bekämpfungsgesetz“, sondern um ein Gesetz „zur Stärkung des Schutzes“. Stärker strafrechtlich geschützt werden sollen Vollstreckungsbeamte, Rettungskräfte und andere Helfer. Wer wollte da spontan widersprechen? Dementsprechend beginnen nicht wenige Stellungnahmen zu den diversen Gesetzentwürfen, die letzt-

lich zur Änderung des StGB geführt haben, mit der Betonung des „legitimen und wichtigen Anliegen(s.) Vollstreckungsbeamte und Rettungskräfte besser zu schützen.“⁵

Sieht man aber von der Stellungnahme *Michael Kubiciel*s vor dem Rechtsausschuss des Bundestages am 22.3.2017⁶ zunächst ab, überwiegen trotz der Referenz, die den zu Schützenden erwiesen wird, wenn ich es recht sehe, die skeptischen oder sogar ablehnenden Stellungnahmen.⁷

Bevor ich zu der mir aufgegebenen Frage, wie „Strafschärfung als Kriminalpolitik“ zu bewerten sei, Stellung nehme, seien kurz die durch dieses Gesetz bewirkten Strafschärfungen und Strafausweitungen skizziert. Im Kern geht es neben der hier nicht zu diskutierenden Neuordnung der §§ 113 ff. StGB um drei Neuerungen:

In § 114 StGB n.F. wird die (bisher schon in § 113 StGB genannte) Begehungsform des „tätlichen Angriffs“ als selbständiger Straftatbestand formuliert. Dabei wird der Bereich strafbaren Handelns insofern *ausgeweitet* als der (in § 113 StGB noch geforderte) Bezug zu einer Vollstreckungshandlung nicht mehr gefordert wird; gleichzeitig wird der bisher (in § 113 StGB enthaltene) Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe) *zweifach erhöht*: Angedroht werden nunmehr Freiheitsstrafen von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Zu der heraufgesetzten Mindeststrafe gesellt sich also eine heraufgesetzte Höchststrafe.

Die in § 113 Abs. 2 StGB genannten Regelbeispiele wurden in zweifacher Hinsicht erweitert. Beim Regelbeispiel des Abs. 2 Satz 2 Nr.1 wurde auf die bisher notwendige Verwendungsabsicht bei der mitgeführten Waffe (oder dem gefährlichen Werkzeug) verzichtet, und es wurde mit Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 das neue Regelbeispiel der gemein-

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 10.11.2017 auf der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises in Köln gehalten wurde.

¹ Berliner Zeitung v. 3.11.2017.

² 52. StÄG – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften vom 23.5.2017.

³ Camouflierend insoweit, als der (im Schutz durch Strafrecht immer enthaltene) Aspekt des „Schutzes“ durch *Bekämpfung* der Feinde der Schutzwürdigen in sprachlich in den Hintergrund tritt.

⁴ Enthüllend insofern, als (und wenn) tatsächlich der Schutzgedanke des Schutz- und Vorsorgestaats den Kampfgedanken oder zumindest die Kampfrhetorik abgelöst hat.

⁵ So z.B. *D. Magnus* in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf der CDU/CSU und der SPD vor dem Rechtsausschuss des Bundestages (und leicht abgemildert jetzt in GA 2017, S. 530). Auch der *Deutsche Richterbund* stellt seiner *skeptischen* Stellungnahme zum Gesetzentwurf die salvatorische Klausel voraus, man begrüße, „dass Polizeibeamte und sonstige Einsatzkräfte – gegebenenfalls auch durch das Strafrecht – besser vor Gewalt ... geschützt werden sollen.“ (Stellungnahme Nr. 6/17 vom Januar 2017, S. 1).

⁶ *Kubiciel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 22.3.2017 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten – BT-Drs. 18/11161.

⁷ Vgl. etwa *Magnus*, GA 2017, 530 (542 f.); *Müller*, Stellungnahme zum Gesetzesvorhaben BT-Drs. 18/11161 und zu den Empfehlungen der Bundsratsausschüsse in BR-Drs. 126/1/17; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme vom Januar 2017 (o. Fn. 2); deutlich: *Feltes*, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Rheinland-Pfalz am 16.7.2015 vom 4.7.2015.

schaftlichen Begehung mit einem anderen Beteiligten hinzugefügt.

Schließlich wurde im sogenannten „Gaffer-Paragrafen“ des § 323c Abs. 2 StGB der strafrechtliche Schutz, der bisher in § 114 StGB a.F. nur den organisierten Hilfeleistenden (der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder der Rettungsdienste) „gewährt“ wurde, im neuen § 323 Abs. 2 StGB auf alle Personen, die Hilfe leisten oder leisten wollen, ausgedehnt. Diese Behinderung Hilfeleistender wird der unterlassenen Hilfeleistung gleich mit Strafe bedroht.

III. Stellungnahme

Wie ist nun zu diesen Strafschärfungen und Strafbarkeitsausweitungen Stellung zu nehmen? Ich halte diese neuesten Aspekte punitiver, also auf mehr und härtere Strafe setzender, Kriminalpolitik unabhängig von der auch von mir geteilten Überzeugung der Schutzwürdigkeit von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften für verfehlt. Und dies aus drei Gründen, die ich gleich zu Beginn zusammenfassend nennen will.

Es sind Zweifel an den Zahlen, die zur Begründung angeführt werden, anzumelden, zudem Zweifel an der (erhofften) Wirksamkeit der Strafschärfungen. Dazu kommende Zweifel an der Legitimität des ungleichen Schutzes der durch §§ 113 ff. StGB geschützten Personenkreises, und schließlich erhebliche und grundsätzliche Zweifel an der Legitimität des „Gaffer-Paragrafen“.

1. Zweifel an den Zahlen

Man muss, da ist *Kubiciel* Recht zu geben,⁸ nicht behaupten, dass Polizeibeamte zu Falschanzeigen neigen. Mehr als anekdotische Hinweise dafür gibt es wohl nicht. Gänzlich unplausibel erscheint es allerdings nicht, das muss man sagen dürfen, dass sich die Hüter von Recht und Ordnung, erst Recht, wenn ihnen unkorrektes Verhalten vorgeworfen wird, grundsätzlich eher „im Recht“ fühlen und das auch gut durchsetzen können.⁹ Ein polizeilicher Korpsgeist, gegen den per se erst einmal nichts einzuwenden ist, kann in einer gesellschaftlichen Situation, in der Polizeigewalt thematisiert wird, Polizeigewalt, die es natürlich gibt, und die von einigen als grundsätzlicher Angriff auf die Polizei, missverstanden wird, auch dazu führen, dass man sich mit den Mitteln, die man kennt, strafjuristisch wehrt.

Viel wichtiger sind die vielfach hervorgehobenen Zweifel an der Zuverlässigkeit der Daten, die der PKS entnommen werden. *Kubiciel* will auch sie nicht gelten lassen, ich

möchte ihm da widersprechen, ohne umgekehrt behaupten zu wollen, es gebe keinen Anstieg. *Thomas Feltes* hat es als kriminologisches Basiswissen¹⁰ bezeichnet, dass die dort verwendeten Statistiken durch eine Reihe von Faktoren derart verzerrt werden können, dass sie nicht als verlässliches Abbild der Realität gelten können. Dem ist eigentlich wenig hinzuzufügen, vielleicht aber doch noch, dass die Gefahr von Verzerrungen (wohlgemerkt: Verzerrungen, nicht von Manipulationen) dort besonders nahe liegend ist, wo die Produzenten der Daten selbst kriminalpolitisch die „Nutznießer“ der behaupteten Datenlage und ihrer gesetzgeberischen Konsequenz sind.¹¹

Das ist, wie mir scheint, auch der Kern des Arguments von *Singelstein* und *Putzke*, wenn sie auf die unterschiedliche Wahrnehmung des Geschehens durch (Bürger) Täter und (Polizisten-) Opfer anspielen.¹² Wenn *Kubiciel* dagegen hält, dass es diesen Wahrnehmungsunterschied zwischen Täter und Opfern regelmäßig gibt,¹³ ist das zwar zutreffend; kaum bestreitbar erscheint aber, dass die Definitions- und soziale Beschwerdemacht¹⁴ von Opfer-Polizisten, unterstützt von einer aktiven Polizeigewerkschaft sowie Teilen der Politik und der öffentlichen Meinung im Vergleich zur Definitions- und sozialen Beschwerdemacht nicht polizeilicher Opfer eindrucksvoll wirkmächtiger erscheint.

Schließlich führt *Kubiciel* an, endgültig widerlegt seien die Zweifel an der Faktenlage durch die Daten der Strafverfolgungsstatistik, die (zwischen 2002 und 2015) ebenfalls einen beachtlichen (+ 27%) Anstieg der gegen Polizisten verübten Widerstandskriminalität zeige.¹⁵ Einen solchen Anstieg mag es geben, erwiesen sein dürfte er durch die Zahlen der Strafverfolgungsstatistik nicht. Denn natürlich wird sich eine erhöhte Zahl von Ermittlungen, die ja keineswegs missbräuchlich sein muss, auch in Verteilungen widerspiegelt. Dies umso mehr, wenn es gesellschaftliche und auch in der Justiz vorhandene Wahrnehmungen gibt, dass die Gewalt gegen Polizei zunimmt.

2. Zweifel an der Wirksamkeit der Strafschärfung

Auch wenn feststünde, dass Gewalt gegen Polizei und Rettungskräfte zugenommen hat, stünde ich diesen Gesetzesänderungen skeptisch gegenüber. Denn ebenso wie die Zweifel an der Aussagekraft der PKS kriminologisches Basiswissen sind (was bekanntlich die Politik nicht daran hindert, systematisch auf kriminologischen Sachverstand zu verzichten),¹⁶ gehören die Zweifel an dem generalprä-

⁸ *Kubiciel*, (o. Fn. 6), S. 4 f. ohne Nachweis.

⁹ Auch dazu skeptisch („belegt ist diese Hypothese nicht“): *Kubiciel* (o. Fn. 6, S. 4 unter Verweis auf Blogbeiträge (Fundstellen bei *Kubiciel*, a.a.O.) von *Müller* und *Fischer*.

¹⁰ Vgl. zum („ideologisch“ unverdächtigen) Beispiel: *Schwind*, *Kriminologie und Kriminalpolitik*, 23. Aufl. (2016), § 2 Rn. 2 ff, der aber, auch das soll nicht unterschlagen werden, die PKS „trotz ihrer Fehlerquellen (als) das noch relativ brauchbarste Instrument zur Kriminalitätsmessung“ bezeichnet (a.a.O., Rn. 14).

¹¹ Aufschlussreich erscheint der Hinweis von *Müller* (o. Fn. 7), S. 6 auf die nachweisbar dramatisch größere Bereitschaft von Polizeibeamten (im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung), auch versuchte Körperverletzungen anzuzeigen.

¹² *Singelstein/Putzke*, NJW 2011, 3473 (3475 f.).

¹³ *Kubiciel* (o. Fn. 6), S. 4.

¹⁴ Vgl. dazu *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl. (2006), Rn. 340-344.

¹⁵ *Kubiciel* (o. Fn. 6), S. 5.

¹⁶ Was die Politik (nachvollziehbar, aber kritisierbar) nicht daran hindert, dort, wo kriminologische Erkenntnisse eine kriminalpolitische Aktivität stützen, sich ihrer legitimatorisch zu bedienen.

ventiven Effekt von Strafschärfungen zum kriminologischen Basiswissen.¹⁷ Es gibt, abgesehen vom (auch nur vermeintlich: rettenden) Strohalm des Beispiels der Gurtanschnallpflicht¹⁸ schlicht keinen Beleg für solche Effekte.

Nun mag man argumentieren, es komme entscheidend nicht auf die Reduzierung der entsprechenden Kriminalität an, sondern auf die symbolische Wirkung, die symbolische Rückenstärkung der Polizei und Retter. Auf den ersten Blick wird man sich angesichts des gesellschaftlichen und staatlichen Nutzens der durch das 52. StÄG stärker strafrechtlich geschützten Personengruppe diesem Argument nicht entgegenstellen wollen. Der zweite Blick lehrt Anderes: Wenn es denn richtig ist, dass es einer solchen Rückenstärkung bedarf, dann ist das in der Tat alarmierend. Dann aber hat dieser Ansehensverlust seine gesellschaftlichen und politischen Gründe, denen mit strafrechtsverstärkter Autorität kaum beizukommen sein dürfte.¹⁹ Es wäre zudem nicht das erste Mal, dass der potentiell *gesetzgebende* und potentiell *geldgebende* Staat, das billigere Strafrechtssymbol der teuren personellen und Ausstattungsverstärkung bevorzugt.²⁰

3. Zweifel an der Legitimität des bevorzugten Schutzes der durch §§ 113 ff. StGB geschützten Personen

Denkt man zunächst an die Teilgruppe der Vollstreckungsbeamten – die Gleichbehandlung mit den Rettungskräften ist in sich problematisch, die jetzt noch angehängte Mitnahme privater Helfer hochproblematisch – ist den verbreiteten Zweifel daran, dass diese Gruppe im Vergleich zu anderen Bürgern bevorzugten Schutz verdienen, zuzustimmen.

Das ist keine Vollstreckungsbeamtenfeindlichkeit, sondern zunächst ein Gebot der Gleichbehandlung.²¹ Nun wird ja dagegen eingewandt, Vollstreckungsbeamte trügen höhere Risiken und bedürften daher verstärkten Schutzes. Vollstreckungsbeamte mögen (und werden wohl) ein größeres Risiko tragen, dass man sich ihnen widersetzt, ja, dass man sie tätlich angreift. Aber sie sind dafür auch, anders als der normale Bürger, vorbereitet. Es sind spezifische Berufsrisiken, wie wir sie analog auch in § 35 StGB „zu Lasten“ der zu Risiken verpflichteten kennen. Ein strafrechtlicher Sonderschutz für solche berufsspezifische Risiken ist, worauf *Fischer* hinweist, auch kaum mit der Rechtsprechung des *BGH* zu vereinbaren, „die Taten gegen Personen, die professionell mit Konfliktsituationen umgehen und hierfür geschult und ausgerüstet

sind, zutreffend als eher weniger „erheblich“ ansieht.“²²

Hinzu kommt, dass der ursprünglich bei § 113 StGB Pate stehende Gedanke einer sogar *privilegierten* Nötigung unvermindert Geltung beanspruchen kann. Die Berücksichtigung der Erregung des Bürgers, wenn der Staat gegen ihn Gewalt anwendet, legitime Gewalt, deren Legitimität aus der Sicht des Betroffenen freilich nicht immer eingesehen wird – manchmal zu recht, manchmal zu Unrecht, hat für mich nichts mit einem unzeitgemäßen Paternalismus²³ zu tun. Natürlich kann das auch von *Kubicziel* als angemessen empfundene „selbstsichere Auftreten der Bürger“ gegenüber der Polizei²⁴ umschlagen kann in ein rechthaberisches, u.U. auch unverschämtes uneinsichtiges Verhalten. Das eingangs genannte Beispiel illustriert das überdeutlich. Aber das sind Exzesse. Und selbst wenn das Phänomen nicht mehr „selbstbewusster“, sondern „aufsässiger“ Bürger überhandnimmt, geht es nicht um den Untergang des gesitteten und gehorsamen Abendlandes. Wenn man gegen solch aufsässige Bürger meint, mit mehr Strafgewalt antreten zu müssen, als ihnen ohnehin durch die Vorschriften des allgemeinen Strafrechts droht, stärkt man eher autoritäre Muster als vorbildliche Autorität.²⁵

4. Erhebliche Zweifel an der Legitimität des „Gaffer-Paragraphen“

Nur kurz nur sei zu dem „Gaffer-Paragraphen“ Stellung bezogen. „Gaffen“ bedeutet dem Duden zufolge, „verwundert, neugierig, selbstvergessen, häufiger aber sensationellüster [mit offenem Mund, und dümmlichen Gesichtsausdruck] jemanden oder etwas anzustarren“. Gaffen ist also bisweilen nachvollziehbar, weil der Mensch nicht immer die Kraft zum homo sapiens hat, oft aber schlicht widerlich. Dass durch „Gaffer“ Helfer behindert werden ist, auch hier sei wieder auf das Eingangsbeispiel verwiesen, schrecklich. Aber: § 115 Abs. 3 StGB n.F., der § 114 Abs. 3 StGB a.F. entspricht, trägt dem ebenso Rechnung wie der allgemeine Grundsatz, dass als Täter eines aktiven Verhaltens verantwortlich ist, wer einen rettenden Kausalverlauf abbricht.²⁶ Dass die Einführung eines strafrechtlichen „Gaffer-Paragraphen“, der auch noch so bezeichnet wird, von einer großen Volkspartei (knapp sechs Monate vor einer Bundestagswahl) als „erfreulich“ bezeichnet wird,²⁷ symbolisiert unverhüllten Populismus.

¹⁷ Vgl. z.B. umfassend und (kriminalpolitisch) unaufgeregt: *Kunz/Singelstein*, *Kriminologie*, 7. Aufl. (2016), § 20, Rn. 6 ff. (S. 286 ff.), zusammenfassend: Rn. 22 f. (S. 292).

¹⁸ Vgl. *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. (1996), § 78, Rn. 11, der aber auch einräumt, auf einen Zusammenhang zwischen Sanktionsandrohung und Abnahme der Unfalltoten lasse sich nicht mit Sicherheit schließen.

¹⁹ Ähnlich *Magnus*, GA 2017, S. 530 ff. (543.).

²⁰ Ähnlich *H.E. Müller* (o. Fn. 7), S. 14.

²¹ Deziert so: *Magnus*, GA 2017, 530 und *Zöller*, *KriPoZ* 2017, 143 ff. (147).

²² *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 113 Rn. 2. mit Hinweis auf *BGH*, StV 2017, 577.

²³ So aber *Kubicziel* (o. Fn. 6), S. 2.

²⁴ *Kubicziel* (o. Fn. 6) S. 3.

²⁵ Ebenfalls deutlich, wenngleich einen anderen Akzent setzend: *Müller* (o. Fn. 7), S. 8: „Die Vorstellung, durch Erhöhung der Strafe für Verhaltensweisen, die allgemein als nicht strafwürdig angesehen werden und die nur gegenüber einer bestimmten Opfergruppe überhaupt strafbar sind, werde dieser Opfergruppe tatsächlich ein „Schutz“ durch erhöhten „Respekt“ gewährt, ist kaum rational begründbar.“ (Hervorhebung C.P.).

²⁶ So auch *Magnus*, GA 2017, 541. Anders wohl *Müller* (o. Fn. 7, S. 18), der für den Schutz von Rettungseinsätzen die „strafrechtliche Erfassung aktiver Handlungen, die Rettungseinsätze gefährden, durch eine eigene Strafnorm in Ergänzung und im Umfeld des § 323c StGB“ empfiehlt.

²⁷ Pressemitteilung der CDU/CSU Fraktion vom 27.4.2017.

IV. Fazit: Anachronismus und verfehlte Symbolik

Strafschärfung ist ein untaugliches und anachronistisches Mittel der Kriminalpolitik. Dass die uns umgebenden populistischen Tendenzen in Zeiten unübersichtlicher gesellschaftlicher Entwicklungen besonders anfällig sind für die Sehnsucht nach den „guten alten Zeiten“, in denen

man noch richtig (hart) bestraft hat, ist keine Überraschung. Dass der Gesetzgeber dieser Sehnsucht gerne nachkommt, wenn er symbolisch und also billiger dabei wehkommt, als wenn er sich auf mehr Erfolg versprechende, aber teurere Maßnahmen einlässt, dürfte auch niemanden überraschen. Das ist das wenig erfreuliche Fazit.

Angriffe gegen Vollstreckungsbeamte: Strafschärfung als Kriminalpolitik? Kommentar zum Beitrag von Prof. Dr. Cornelius Prittwitz

von Prof. Dr. Volker Erb*

Die 2011 und 2017 erfolgten Reformen der §§ 113, 114 StGB sind ohne Zweifel gleichermaßen handwerklich schlecht und in der Sache untauglich, die vom Gesetzgeber reklamierten generalpräventiven Ziele zu erreichen. Insofern kann ich dem Erstreferenten nur nachdrücklich zustimmen. Ich möchte die Verschärfungen deshalb aber nicht pauschal verwerfen. Im Mittelpunkt meiner Überlegungen soll vielmehr – losgelöst von präventiven Erwägungen – die Überlegung stehen, wie es um den typischen Unrechts- und Schuldgehalt der einschlägigen Taten bestellt ist. Betrachtet man die Erweiterungen, die der alte § 113 StGB seit 2011 erfahren hat, unter diesem Gesichtspunkt, so ergibt sich m.E. ein differenziertes Bild.

I. Herkömmlicher Anwendungsbereich

Werfen wir zunächst einen Blick auf den herkömmlichen Anwendungsbereich von § 113 StGB, also auf Widerstandshandlungen und tätliche Angriffe im Zusammenhang mit konkreten Vollstreckungshandlungen.

1. Psychische Ausnahmesituation

Hier dürfte es sich bei den Tätern ganz überwiegend um Personen handeln, die von der jeweiligen Vollstreckungshandlung betroffen sind.¹ Diese befinden sich in einer psychischen Ausnahmesituation, in der Gegenwehr gegen die rechtmäßige Diensthandlung natürlich nicht legitim, aber typischerweise doch in viel höherem Maße einführbar erscheint, als das bei beliebigen Nötigungshandlungen der Fall ist.² Aus diesem Grund ist hier unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten grundsätzlich eine mildere Sanktionierung geboten, was dem Verständnis von § 113

StGB a.F. als privilegierter Form der Nötigung entspricht.³

b) Taten mit erhöhtem Unrechts- und Schuldgehalt

Dieser mildernde Umstand hat nichts mit der Häufigkeit entsprechender Fälle zu tun und schlägt deshalb auch dann unvermindert zu Buche, wenn die Fallzahlen in den Jahren vor den beiden Reformen jeweils gestiegen sind.⁴ Soweit dabei in Teilbereichen zugleich die Brutalität von Angriffen auf Polizeibeamte gewachsen sein sollte, bedurfte es keiner Verschärfung von § 113 StGB, um den erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt solcher Taten angemessen abzubilden: Bei Übergriffen, die für die betroffenen Beamten wirklich mit der Gefahr erheblicher Verletzungen verbunden sind, ist regelmäßig zumindest ein Versuch von § 224 StGB gegeben, der einen weitaus höheren Strafraum eröffnet, als er selbst für die „besonders schweren Fälle“ der §§ 113, 114 StGB vorgesehen ist.⁵ Verletzt der Täter tatsächlich einen Beamten, so eröffnet § 223 StGB selbst dort, wo es sich nur um minimale Blessuren handelt, genau die gleiche Strafobergrenze wie § 113 Abs. 2 und § 114 StGB n.F. Um eine schuldangemessene Ahndung dieser Taten zu ermöglichen, ist die Obergrenze sämtlicher Strafraum der §§ 113, 114 StGB n.F. also völlig irrelevant – heute genauso wie vor den Verschärfungen der vergangenen Jahre.

c) Irrelevanz des erhöhten Mindeststrafrahmens bei § 113 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Was die Erhöhung des Mindeststrafrahmens nach § 113 Abs. 2 StGB betrifft, so dürfte diese bei Nr. 2 de facto

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Mainz. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 10.11.2017 beim Symposium des Kriminalpolitischen Kreises in Köln gehalten wurde.

¹ Vgl. Falk, *Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*, 2000, S. 19 ff.; Puschke/Rienhoff, *JZ* 2017, 924 (926).

² Diese Betrachtung impliziert entgegen Paeffgen, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 113 Rn. 3, keine „paternalistische Großmut“ gegenüber dem Bürger, sondern trägt nur dem provozierenden Element Rechnung, das der Konfrontation mit Zwang gegen die eigene Person stets innewohnt. Es ist zwar richtig, dass dieses Element bei einem Zugriff „eingriffsberechtigter Mitbürger“, bei dem eine Privilegierung evtl. Widerstandshandlungen nicht vorgesehen ist, ebenfalls vorliegt (so der Einwand von Paeffgen a.a.O.). Bei Amtsträgern kommt im Falle *einfacher* Widerstandshandlungen (also nicht bei schweren Gewalttätigkeiten, bei denen die §§ 223 ff. StGB für eine angemessene Ahndung erforderlich und ausreichend sind, dazu sogleich) aber noch der folgende Aspekt ins Spiel, der es legitimiert, dem schuld mindernden Umstand in besonderem Maße Rechnung zu tragen: Da sie für entsprechende Situationen speziell ausgebildet und ausgerüstet sind, stellt deren Bewältigung für sie typischerweise ein weitaus geringeres Problem dar als für Privatpersonen bei der Ausübung von Notrechten.

³ Dazu etwa Eser, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 29. Aufl. (2014), § 113 Rn. 3; Wolters, in: SK-StGB, Stand Juli 2012, § 113 Rn. 2, wobei diese Interpretation des Tatbestands freilich beachtlichen Einwänden ausgesetzt war, dazu näher Zopfs, *GA* 2012, 259 (268 ff.); im Übrigen bestand in der Justiz schon früher die Tendenz, Verstöße gegen § 113 StGB trotz des geringeren Strafrahmens weit aus konsequenter zu verfolgen und im Durchschnitt mit höheren Strafen zu ahnden als solche gegen § 240 StGB, Bosch, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 113 Rn. 4; Puschke/Rienhoff, *JZ* 2017, 924 (926).

⁴ So das Hauptargument zur Begründung der beiden Reformen, vgl. BT-Drs. 17/4143, S. 1, 6 und BT-Drs. 18/11161, S. 1, 8; krit. gegenüber der Berufung auf die Fallzahlen der PKS Zopfs, *GA* 2012, 259 (261 f.); Magnus, *GA* 2017, 530 (532); Puschke/Rienhoff, *JZ* 2017, 924 (925 f.); Zöller, *KriPoZ* 2017, 143 f.; für eine von der Entwicklung der Fallzahlen unabhängige Legitimität sowohl eines effektiven Strafrechtsschutzes als auch der Berücksichtigung besonderer Konfliktsituationen zutr. Hoffmann-Holland/Koranyi, *ZStW* 127 (2015), 913 (914).

⁵ Zutr. bereits Singelstein/Puschke, *NJW* 2011, 3473.

ebenfalls keine Rolle spielen. Abgesehen von besonderen Ausnahmefällen, in denen es ohnehin naheliegt, die Indizwirkung des Regelbeispiels zu verneinen, dürfte hier nämlich kaum ein Gericht auf die Idee kommen, bei Zumesung der Strafe aus dem Strafraumen der versuchten gefährlichen Körperverletzung in einen Bereich herabzugehen, der unterhalb von sechs Monaten Freiheitsstrafe liegt.

d) Überkriminalisierung bei § 113 Abs. 2 Nr. 1 und 3 StGB

Demgegenüber droht bei Nr. 1 und Nr. 3 eine maßlose Überkriminalisierung von Bagatelldelikten. Die typische Unrechtssteigerung, die das bloße Beisichführen gefährlicher Gegenstände oder eine gemeinschaftliche Tatbegehung mit sich bringt, fällt hier nämlich viel geringer aus, als das bei anderen Delikten, etwa bei einem Diebstahl unter den Voraussetzungen von § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB, regelmäßig der Fall ist: Da der Widerstandstäter zumeist nicht planmäßig, sondern überraschend in die Tatsituation gerät, ist es für sich genommen kein Ausdruck erhöhter krimineller Energie, sondern reiner Zufall, ob er einen bestimmten Gegenstand bei sich führt, oder ob er als eine von mehreren Personen Adressat der Vollstreckungshandlung wird, die sich bei Eskalation der Situation dann gemeinschaftlich zu Widerstandshandlungen hinreißen lassen.⁶ Wie wird also z.B. der typische Fall einer Widerstandshandlung aussehen, in dem die Voraussetzungen von § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt sind – ohne dass der Täter Anstalten macht, den gefährlichen Gegenstand tatsächlich zu Verletzungszwecken einzusetzen, was ja ohnehin über § 224 StGB zu einer erhöhten Mindeststrafe führen würde? Etwa so: Jemand hat – völlig legal – ein etwas größeres Taschenmesser einstecken, während er als Autofahrer in eine Alkoholkontrolle gerät. Er weigert sich, freiwillig zur Blutprobe mitzukommen, versetzt dem Polizisten, der ihn überwältigt, einen leichten Schubser, und stemmt sich gegen das Abführen. Dass der Unrechts- und Schuldgehalt einer solchen Tat in der großen Mehrzahl der Fälle – was mit der Einführung eines einschlägigen Regelbeispiels ja unterstellt wird –, so hoch sein sollte, dass er eine Mindestfreiheitsstrafe von 6 Monaten rechtfertigt, erscheint schlicht abwegig.

2. Neu einbezogene Konstellationen

Wenden wir uns nun aber den Konstellationen zu, die durch die beiden Reformen in den Anwendungsbereich der heutigen §§ 113 ff. StGB neu einbezogen wurden.

a) Tätlicher Angriff außerhalb von Vollstreckungssituationen

Die in der jüngsten Reform erfolgte Erfassung des „tätlichen Angriffs“ durch § 114 StGB n.F. auch in solchen Fällen, in denen ein Vollstreckungsbeamter nicht konkret mit einer Vollstreckungshandlung befasst ist, betrifft ersichtlich Konstellationen, in denen sich der Täter nicht in der besonderen persönlichen Ausnahmesituation befindet, in der er eine mildere Behandlung verdient. Die Frage ist nun, ob solche Fälle – wiederum bei typisierender Betrachtung – im Gegenteil ein qualifizierendes Element aufweisen, das gegenüber der gewöhnlichen Nötigung umgekehrt eine Strafschärfung rechtfertigt. Ich meine, dass die gewalttätige Erschwerung legitimer Staatstätigkeit, die speziell im Alltag von Vollstreckungsbeamten mit besonderen Belastungen und Gefahren verbunden ist, durchaus eine besondere Unrechtskomponente beinhaltet.⁷ Dafür braucht man nicht auf eine besondere Schutzwürdigkeit staatlicher Autorität zu rekurrieren,⁸ sondern nur auf die Funktionsfähigkeit wichtiger staatlicher Institutionen, zu deren Schutz ich den Einsatz des Strafrechts ohne weiteres für legitim erachte.⁹ Unter diesem Gesichtspunkt kann man die Schaffung eines besonderen strafrechtlichen Schutzes für Diensthandlungen außerhalb der Vollstreckungstätigkeit unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten m.E. durchaus als Schließung einer Lücke betrachten: Es geht hier um die Abbildung einer Strafwürdigkeit, die zwischen der Nötigung und den (hier nicht notwendigerweise einschlägigen, in gravierenden Fällen dann zusätzlich zu Buße schlagenden) §§ 223, 224 StGB zu verorten ist. Dass die §§ 113, 114 StGB einer anderen Ausgestaltung bedürften, um diesen Erwägungen gerecht zu werden,¹⁰ steht auf einem anderen Blatt: Richtigerweise hätte man wie gesagt einerseits eine Milderung für den Vollstreckungsbetroffenen vorsehen müssen. Andererseits wäre die erhöhte Strafdrohung unabhängig vom Vorliegen einer Vollstreckungshandlung und unabhängig von der Tatmodalität auf alle Fälle zu erstrecken gewesen, in denen Unbeteiligte in gewalttätig-nötigender Form die rechtmäßige Dienstausbübung von Vollstreckungsbeamten beeinträchtigen.

b) Professionelle Hilfeleistung in Notlagen

Die vorgenannten Überlegungen gelten in verstärktem Maße für die bereits durch die Reform von 2011 in den Schutzbereich der Vorschriften einbezogene professionelle Hilfeleistung in Notlagen.¹¹ Hier kommt neben der

⁶ Vgl. *Singelstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3474); demgegenüber betont *Schiemann*, NJW 2017, 1846 (1847) für die gemeinschaftliche Tatbegehung deren „erhöhtes Gefährdungspotenzial“; ebenso im Ergebnis *Magnus*, GA 2017, 530 (539).

⁷ Ähnlich *Kubicziel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 22.3.2017 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten, BT-Drs. 18/11161, S. 11.

⁸ Gegen die Behandlung des Interesses nach der Erzeugung von Respekt gegenüber Amtsträgern als strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut zutr. *Puschke/Rienhoff*, JZ 2017, 924 (929).

⁹ Im Ergebnis ebenso *Magnus*, GA 2017, 530 (536). Die Beschränkung des besonderen strafrechtlichen Schutzes auf Vollstreckungsbeamte aufgrund der Einschätzung, dass diese im Vergleich zu anderen Amtsträgern, die ebenfalls wichtige öffentliche Funktionen ausüben, eine besonders gewaltexponierte Tätigkeit ausüben, wird man mit *Kubicziel* (Fn. 7), S. 11, als Bestandteil der dem Gesetzgeber „verfassungsrechtlich zustehenden kriminalpolitischen Einschätzungsprerogative“ betrachten können; insoweit a.A. *Zöller*, ZIS 2015, 445 (451); *ders.*, KriPoZ 2017, 143 (147 f.).

¹⁰ Zu den Ungereimtheiten im Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander *Magnus*, GA 2017, 530 (533 ff.); zu dem insgesamt misslungenen und dogmatisch kaum nachvollziehbaren Konzept von § 113 StGB bereits in den früheren Fassungen eingehend *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 113 Rn. 4 ff.

¹¹ Deren Einbeziehung grds. begrüßend auch *Magnus*, GA 2017, 530 (539 f.).

Beeinträchtigung wichtiger Aufgaben, die im öffentlichen Interesse erfüllt werden, nämlich noch ein weiteres unrechtssteigerndes Element hinzu, das m.E. sogar eine zusätzliche Qualifikation tragen könnte: Die in § 115 Abs. 3 StGB n.F. genannten Hilfskräfte sind nicht nur deshalb besonders verletzlich, weil sie durch die Notlage typischerweise voll und ganz in Anspruch genommen werden. Ihnen fehlt vielmehr auch die erhöhte Wehrhaftigkeit, über die Vollstreckungsbeamte normalerweise verfügen. Vor diesem Hintergrund sehe ich dort, wo z.B. ein asozialer Mob Feuerwehrleute und Sanitäter bedroht, die wegen einer Notlage herbeigerufen wurden, in der Tat eine ganz massive Strafwürdigkeit, die weit über diejenige einer x-beliebigen Nötigung hinausgeht. Ebenso wie beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bedürfte es freilich wiederum einer Privilegierung desjenigen, der selbst von einer – vielleicht als aufgezwungen empfundenen – Hilfe betroffen ist und sich insofern wiederum in einer besonderen persönlichen Ausnahmesituation befindet. Hier

wäre zu fragen, ob der Hilfsbedürftige selbst nicht überhaupt vom Kreis tauglicher Täter ausgenommen werden sollte.¹² Das gilt unabhängig davon, dass solche Tötlichkeiten speziell gegenüber medizinischem Personal wohl durchaus häufig vorkommen und von diesen als besonderes Problem empfunden werden.¹³

c) Systematische Ungereimtheiten

Ob es sachgerecht und legitim erscheint, einen gesonderten strafrechtlichen Schutz nur für professionelle, nicht aber für private Helfer bei Unglücksfällen vorzusehen, ist freilich eine andere Frage, die ich klar verneinen würde.¹⁴ Den weiteren Einwand, der Schutz von Nothelfern sei in den §§ 113 ff. StGB falsch verortet,¹⁵ halte ich ebenfalls für zutreffend. Er spricht aber wiederum nur für eine andere Ausgestaltung des Gesetzes, nicht aber gegen die Legitimität einer entsprechenden Strafdrohung an sich.

¹² Heger/Jahn JR 2015, 508 (511); Bosch, in: MüKo-StGB, § 114 Rn. 11.

¹³ Vgl. Bosch, in: MüKo-StGB, § 114 Rn. 10.

¹⁴ Kritisch etwa auch Hoffmann-Holland/Koranyi, ZStW 127 (2015), 913 (926); Paeffgen, in: NK-StGB (Fn. 2), § 114 Rn. 11a.

¹⁵ Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3473 (3474); Zopfs, GA 2012, 259 (264, 273 ff.); Heger/Jahn JR 2015, 508 (510 f.); Hoffmann-Holland/Koranyi, ZStW 127 (2015), 913 (925 f.); Heinrich, in: HK-GS, 4. Aufl. (2017), § 113 Rn. 2, 11; Paeffgen, in: NK-StGB, § 114 Rn. 11a; Wolters, in: SK-StGB, § 114 Rn. 9.

BUCHBESPRECHUNGEN

Lennart Lutz: Automatisiertes Fahren, Dashcams und die Speicherung beweisrelevanter Daten. Rechtsprobleme der Datenerhebung und des Datenzugriffs de lege lata

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Verlag Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4117-5, S. 271, Euro 69,00.

Die Dissertation von *Lutz* beschäftigt sich mit der Frage der Notwendigkeit eines speziellen Datenspeichers für hochautomatisierte Fahrzeuge. Solche speziellen Datenspeicher sind (noch) Zukunftsmusik. Insofern ist es verdienstvoll, in einer ersten Grundlagenarbeit zunächst zu untersuchen, inwieweit die Ausstattung von Pkw mit solchen speziellen Datenspeichern überhaupt de lege lata zulässig ist. Danach betont *Lutz* zu Recht, dass auch bei rechtlicher Zulässigkeit eine Datenaufzeichnung nur dann sinnvoll ist, wenn bei entsprechendem Beweisbedarf ein Zugriff auf die gewonnenen Informationen durch die jeweils betroffenen Akteure erfolgen kann.

Nach einer Einführung beschreibt der Verfasser in einem zweiten Teil äußerst knapp die Grundlagen. Die bisherige Entwicklung der Datenspeicherung im Fahrzeug, Datenkategorien und Automatisierungsstufen werden vorgestellt. Hier hätte man sich ein wenig mehr Hintergrundinformationen gewünscht. Insbesondere krankt die Diskussion ums automatisierte oder autonome Fahren häufig daran, dass die einzelnen Automatisierungsstufen mit unterschiedlichem Inhalt gefüllt werden oder unterschiedliche Skalen beinhalten. So spricht auch *Lutz* von einer „üblicherweise(n)“ Unterscheidung von sechs Automatisierungsstufen (S. 25). Dagegen bezeichnet das Bundesamt für Straßenwesen lediglich vier Level (S. 26). Eine genauere Abgrenzung und Ausdifferenzierung wäre insofern hilfreich gewesen.

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht der Datenspeicher für hochautomatisierte Fahrzeuge, der interne, d.h. auf das eigene Fahrzeug bezogene und externe, d.h. auf die Umwelt bezogene, Daten und den sog. Zeitstempel erfasst, worunter der Zeitpunkt der Aktivierung und Deaktivierung des automatisierten Fahrmodus verstanden wird. Daneben wird ergänzend die Videoaufzeichnung untersucht.

Im dritten Teil seiner Dissertation geht *Lutz* der Motivation für die Speicherung von Fahrzeugdaten nach. Primärer Nutzen ist natürlich der, bestehende Beweisschwierigkeiten durch die Datenaufzeichnung zu überwinden. Bei automatisierten Fahrzeugen ist eine Datenaufzeichnung nach Auffassung des Autors unabdingbar, um zwischen einer Fahrzeugsteuerung durch den Menschen und durch die Maschine differenzieren zu können (S. 41). Da den

Menschen nach Aktivierung des automatisierten Modus in Zukunft de lege ferenda keine Überwachungspflichten treffen dürften, sei die Datenaufzeichnung insbesondere aus der Perspektive des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts geboten. Auch im Produkthaftungsprozess käme dem Beweis aus der Datenaufzeichnung entscheidende Bedeutung zu (S. 42).

In den folgenden zwei Kapiteln geht der Verfasser der Frage nach, ob die freiwillige Einführung eines Fahrzeugdatenspeichers durch die Fahrzeughersteller de lege lata möglich wäre. Hierzu beleuchtet er in Kapitel 4 die einschlägigen Vorschriften im KUG, UrhG und StVO. *Lutz* kommt zu dem Ergebnis, dass Videoaufzeichnungen, bei denen Personen erkennbar sind, nur nach Maßgabe der §§ 22 ff. KUG möglich sind, die insoweit vorrangig gegenüber dem BDSG sind. Allerdings komme Personendarstellungen neben der Darstellung des Unfallgeschehens keine eigenständige Relevanz zu, so dass eine Verwendung zulässig sei. Videoaufzeichnungen von Gegenständen seien ebenfalls nach DesignG und UrhG zulässig. Nach einem Unfall legitimierten zudem § 34 Abs. 1 Nrn. 5, 6 StVO den Umgang mit punktuellen Videoaufnahmen und Daten (S. 61).

In Kapitel 5 widmet sich *Lutz* den Vorgaben des BDSG auf über 80 Seiten sehr ausführlich. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass das Datenschutzrecht auf die Erfassung von Zeitstempeln vollumfänglich anwendbar ist. Die Erfassung könne aber nicht über § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG gerechtfertigt werden, da die Daten ausschließlich einer Belastung des Fahrers im Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren dienen. So könne sich die Erhebung von Zeitstempeln allenfalls bei Einwilligung der betroffenen Fahrer als zulässig erweisen – jedoch müsse dann der Fahrer zumindest technisch die Möglichkeit haben, die Datenaufzeichnung zusammen mit dem automatisierten Fahrmodus zu deaktivieren. Zu beachten seien ferner diverse Betreiberpflichten, insbesondere die Meldepflicht nach § 4d BDSG.

Erlaubt seien dagegen punktuelle Videoaufnahmen sowie der Umgang mit internen und externen Daten. Mangels Personenbezug sei der Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes hier nicht eröffnet, zudem legitimiere die Spezialvorschrift des § 34 Abs. 1 Nr. 5, 6 StVO nach einem Unfall den Datenumgang, so dass das BDSG als subsidiär zurücktrete. Diese Auffassung des Autors ist nicht

unumstritten, allerdings weist er darauf hin, dass ggf. auch ein Umgang mit den Daten gem. § 28 oder § 32 BDSG gerechtfertigt wäre.

In Kapitel 6 beschäftigt sich der Autor mit dem Datenzugriff im materiellen Recht, d.h. er prüft materiell-rechtliche Ansprüche, die sich aus Vertrag oder ausdrücklicher Anordnung im materiellen Recht ergeben, wobei er sich auf die „praktisch bedeutsamsten“ „Konstellationen“ beschränkt (S. 147). Auch hier hätte es sich angeboten, etwas tiefer in der Rechtsmaterie zu schürfen oder intensiver darzulegen, weshalb die genannten Konstellationen die bedeutsamsten sind. Letztlich bezeichnet *Lutz* den Datenzugriff nach materiellem Recht angesichts der beweisrechtlichen Herausforderungen des automatisierten Fahrens als kaum befriedigend (S. 173). Untersucht werden in der Arbeit Informationsansprüche nach § 34 Abs. 1 BDSG und Mitwirkungsansprüche gem. § 809 BGB. Kurz erwähnt werden auch Vorlageansprüche aus § 810 BGB, Besichtigungsansprüche und der allgemeine Auskunftsanspruch. Da es sich um eine strafrechtlich ausgerichtete Dissertation handelt, ist dieses minimalistische Kapitel sicherlich gut vertretbar. Allerdings zeigt sich, dass auch eine zivilrechtliche, differenzierte Grundlegung des automatisierten Fahrens dringend Not tut.

Verdienstvoll ist insofern auch die Aufarbeitung der speziellen Möglichkeiten des Datenzugriffs im Rahmen des Zivilprozesses in Kapitel 7 auf immerhin knapp 50 Seiten. Resümierend stellt *Lutz* fest, dass Informationen problemlos mittels Sachverständigenbeweises in den Prozess eingeführt werden können, sofern der Hersteller die Datenschnittstellen offenlegt. Genau das ist aber teilweise das Problem. Denn sind die Daten nicht frei zugänglich, so ist der Hersteller bei ausschließlich lokaler Speicherung im Fahrzeug nicht unmittelbar zur Mitwirkung an der Datenauswertung oder –auswertung verpflichtet. Anders sieht die Rechtslage allerdings aus, wenn der Hersteller die Fahrzeugdaten zentral auf einem eigenen Server ablegt. Insofern sollte in einer weiteren zivilrechtlich ausgerichteten Monografie überprüft werden, inwieweit man de lege ferenda die Rechtslage vereinheitlichen und Unstimmigkeiten beseitigen kann. Schließlich kann es nicht vom Speicherort abhängen, ob ein Beweis geführt werden kann und darf oder nicht.

Kapitel 8 beschäftigt sich mit dem Datenzugriff im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Hier stellt der Autor zunächst die Unterschiede zwischen dem parteibetriebenen Zivilprozess und dem strafrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz gegenüber (S. 225), um so auf die unterschiedliche rechtliche Bewertung einzustimmen. Im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren bestünden weitreichende Möglichkeiten des Datenzugriffs. So könnten Fahrzeug-

daten beschlagnahmt und sichergestellt werden, der erforderliche Anfangsverdacht sei bei einem Unfall regelmäßig gegeben. Auch wenn *Lutz* Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz macht (S. 236 ff.), so ist er hier doch recht großzügig, was den Datenabgriff betrifft, es hätte sich meines Erachtens an dieser Stelle eine dezidiere Auseinandersetzung mit der durchaus differenzierenden Literatur angeboten. Auch beim Hersteller lässt *Lutz* Durchsuchungen und Beschlagnahmen großzügig zu, hält hier aber zumindest einschränkend für erforderlich, dass wenigstens wegen einer Ordnungswidrigkeit verfolgt wird, bei deren Nachweis dem Betroffenen ein Fahrverbot droht. Das kann man auch anders sehen. Neben der zu erwartenden Sanktion spielt daneben auch – der gänzlich unberücksichtigte Punkt – eine Rolle, ob nicht gegebenenfalls durch weniger einschneidende Maßnahmen eine Unfallrekonstruktion möglich ist, z.B. durch äußere Spuren und Zeugenaussagen.

Im vorletzten Kapitel geht der Verfasser der Frage nach, ob es neben dem freiwilligen Einsatz von Datenspeichern bei hochautomatisierten Fahrzeugen auch gesetzliche Einbaupflichten geben könnte. Die Beantwortung dieser durchaus zukunftsweisenden und praxisrelevanten Fragestellung wird leider auf „einen knappen Überblick“ (S. 243) beschränkt. Das Ergebnis ist allerdings recht eindeutig. Das Fehlen einer positiven Regelung berechtigt die Mitgliedsstaaten der EU nicht zur Aufstellung eigener Anforderungen, zumal der *EuGH* die Befugnisse der Mitgliedstaaten beschränkt hat. Aufgrund des zwingenden und abschließenden Charakters der Richtlinie 2007/46/EG sei es den Mitgliedstaaten verwehrt, die Zulassung eines Neufahrzeuges von der Ausrüstung mit Datenspeichergeräten abhängig zu machen (S. 249). Insofern ist der Schlussapell des Autors konsequent, hier nicht nur den Fahrzeughersteller, sondern auch den Gesetzgeber aufzufordern, zeitgleich mit den automatisierten Fahrzeugen auch einen Fahrzeugdatenspeicher einzuführen (S. 251). Dies kann nichts anderes bedeuten, als neben der freiwilligen Verpflichtung der Fahrzeughersteller auch für die verpflichtende Einführung der Datenspeicher eine (europa)rechtliche Regelung zu schaffen.

Die Dissertation von *Lutz* ist lesenswert und bildet eine gute Basis, um sich den Rechtsproblemen rund um die Datenspeicherung in automatisierten Fahrzeugen zu nähern. Der interessierte Leser wird zudem zahlreiche Anregungen finden, die Stoff für die weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung bieten. So könnte man z.B. de lege ferenda entwickeln, welche europa(rechtlichen) Voraussetzungen erfüllt sein müssten, um eine verpflichtende Datenspeicherung einzuführen. Vielleicht sollte man aber vorher überlegen, ob man das überhaupt möchte.

Elisa Frank: Der Irrtumsnachweis beim Massenbetrug. Anforderungen an die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bei einer Vielzahl von Zeugen

von Dr. Oliver Harry Gerson

2017, Duncker & Humblodt, Berlin, ISBN 978-3-428-15293-3, S. 373, Euro 89,90 €.

Als strafrechtlichen „Massenbetrug“ bezeichnet man gezielte Einwirkungen auf das Vorstellungsbild einer Vielzahl von Rezipienten, die diese zu irrumsbedingten vermögensschädigenden Verfügungen bewegen sollen. Bekannte Beispiele sind „Ping-Anrufe“ oder diverse Spielarten von Schneeball- und Ponzisystemen. Das relativ neue Phänomen ist aus zwei Perspektiven spannend und reizvoll: „Wie handelte der mutmaßliche Täter?“ und „Wie weise ich den vermeintlichen Irrtum beim Opfer nach?“

Die Schrift von *Frank*, die der Juristischen Fakultät der Ludwigs-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2016/2017 als Dissertation vorlag (Betreuer: Prof. Dr. Matthias Krüger), behandelt die dogmatische und strafprozessuale Seite des Massenbetruges fokussiert auf die Frage, wie in Fällen, in denen eine Vielzahl getäuschter, irrender und daher verfügbarer Personen vorliegt, die Beweisaufnahme durchgeführt werden sollte. Im Vordergrund steht für *Frank* dabei das Problem des Irrtumsnachweises, welches prozessual den „Knackpunkt“ und für das Verfahren zugleich ein „schier unlösbares Problem“ darstelle (S. 29). Die Arbeit trete daher an, um die Problematik des Irrtumsnachweises in all ihren Facetten zu beleuchten, bereits bestehende Lösungsansätze kritisch zu hinterfragen, ergangene Rechtsprechung zu systematisieren sowie einen eigenen Lösungsansatz (von *Frank* „Kombinationslösung“ genannt) vorzulegen. Die „rechtsstaatlich gebotene Lösung“ des Problems der Beweiserhebung bei einer Vielzahl von Zeugen sei nach *Frank* „irgendwo im Kampffeld der für eine möglichst umfassende Beweisaufnahme plädierenden Verfahrensprinzipien und den gegenläufigen, eine ausufernde Beweisaufnahme vermeidenden Erwägungen“ zu erarbeiten (S. 31).

I.

Die Arbeit beginnt mit einem knapperen Teil 1 mit zwei Kapiteln, der in die verfahrensrechtlichen und -technischen Schwierigkeiten beim Massenverfahren einführt (S. 33-48). Im Teil 2 werden in drei Kapiteln einige Tatbestandsmerkmale des Betruges gem. § 263 StGB (Täuschung, Irrtum), konkurrenzrechtliche Fragestellungen sowie die Strafzumessung behandelt (S. 49-93) und zudem in einer Rechtsprechungsübersicht besondere Fallgruppen (S. 94-106) sowie charakteristische Strukturmerkmale des Massenbetruges analysiert (S. 107-113). Das Herzstück der Überlegungen bildet Teil 3, der in acht Kapiteln die bisherigen Lösungsansätze für die zuvor in Teil 1 und 2 aufgezeigten Problemfelder aufbereitet und

einen eigenen Ansatz präsentiert (S. 114-354). In einem kurzen Fazit (S. 355-359) werden die wesentlichen Leitlinien der Arbeit resümiert.

II.

1. Einleitend definiert *Frank* den Massenbetrug und das sog. Massenbetrugsverfahren, wobei sie vorausschickt, dass die in ihrer Abhandlung aufgeworfenen Lösungsansätze allein für dieses Phänomen konzipiert wurden und daher auf andere Massenverfahren nicht ohne Weiteres übertragen werden könnten (S. 33). Unter einem Massenbetrugsverfahren sollen Verfahren gefasst werden, bei denen eine Vielzahl mutmaßlich *Geschädigter* (nicht: Täter) einen überdurchschnittlichen Umfang der Beweisaufnahme befürchten lasse. Der Terminus „Serienstraftat“ sei tatbestandlich weiter, da er auch die vielfache Deliktsbegehung gegen den identischen Rechtsgutsträger umfasse. Ebenso könne für den von *Frank* untersuchten Massenbetrug zunächst dahinstehen, ob es sich um tateinheitliche oder tatmehrheitliche Begehung handele (S. 34).

2. Da sich das Verfahrensrecht nicht ausdrücklich dazu äußere, ob und wie der Geschädigte im Rahmen der Beweisaufnahme über sein konkretes Vorstellungsbild zu vernehmen sei (S. 35), untersucht *Frank* zunächst sowohl den Amtsaufklärungsgrundsatz, § 244 Abs. 2 StPO und den Beweiswürdigungsgrundsatz, § 261 StPO, welcher die „ureigene Aufgabe des Tatrichters“ darstelle, um daraus die Prämisse möglichst umfassender und präziser Aufklärung abzuleiten. Als Ziel des Verfahrens wird die „Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bei einem festgestellten Verstoß gegen das materielle Strafrecht“ gesetzt (S. 35), was jedoch zahlreiche Zielkonflikte impliziere. Im Rekurs auf die Rechtsprechung des *BVerfG* sei die Ermittlung des wahren Sachverhalts zwar Grundlage zur Erfüllung des materiellen Schuldprinzips, wobei einem geflügelten Wort gemäß die Wahrheitsermittlung nicht „um jeden Preis“ erfolgen dürfe (S. 35-40). Zugleich seien auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht zu bedenken, wobei dem Unmittelbarkeitsgrundsatz keine Vorgabe entnommen werden könne, wie viele Zeugen zu vernehmen seien (S. 40-43). Diametral hierzu („Gegenpole“) stünden Prinzipien wie der Grundsatz der effektiven Strafverfolgung, die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, die Beschleunigungsmaxime und die Verfahrensökonomie (S. 45-47). *Frank* erkennt Gefahren in der Überbetonung solcher Praktikabilitätsabwägungen, weist aber darauf hin, dass gerade der charakteristische Umfang des Massenbetrugsverfahrens auch verfahrensökonomische Überlegungen erfordere (S. 48).

III.

Teil 2 beginnt mit der Klärung der für die Abhandlung erheblichen Tatbestandsmerkmale des Betrugstatbestandes (Täuschung und Irrtum) und mit der Frage „wie normativ die Tatbestandsmerkmale zu verstehen“ seien (S. 49).

1. Im Folgenden werden die ausdrückliche, die konkludente und die Täuschung durch Unterlassen näher analysiert, wobei *Frank* aus dem Wesen des Betrugs als „Kommunikationsdelikt“ ableitet, dass der Täuschungshandlung ein Erklärungswert in Form einer kommunikativen Handlung zukommen müsse (S. 53). Sie geht sodann auf einige modifizierende Ansätze zur Bestimmung des konkludenten Täuschens aus der Literatur (faktisch-normativ / rein normativ) und der Rechtsprechung ein (S. 55-62). In ihrer Stellungnahme lehnt *Frank* die rein normativen Ansätze zur Bestimmung der konkludenten Täuschung ab und favorisiert stattdessen den „faktisch-normativen Mischansatz“ der überwiegenden Auffassung, der bei der Bestimmung der Täuschung auf einen objektivierten Empfängerhorizont abstelle, da etwaige subjektive Abweichungen beim Getäuschten über das Merkmal des Irrtums auszugleichen seien (S. 67 f.).

2. Dem Irrtumsmerkmal widmet sich *Frank* im weiteren Verlauf (S. 71-80) zielgerichtet in Hinblick auf Fragen der Opfermitverantwortung, wobei sie die viktimodogmatische Theorie, die bei fehlender Schutzbedürftigkeit des Opfers die Annahme eines Irrtums ausschließt, ablehnt (S. 74-77). Zum Streit der an die normative Auslegung der Täuschung anschließenden Normativierung des Irrtumsmerkmals resümiert *Frank*, dass der Irrtum mit der überwiegenden Auffassung „physisch-faktisch“ zu bestimmen sei, d.h. es darauf ankomme, wovon der Getäuschte *tatsächlich* ausgegangen sei und nicht, wovon er ausgehen hätte müssen. Das wirke sich auch prozessual aus, da der Irrtum dadurch eine „feststellungsbedürftige innere Tatsache“ darstelle, deren Vorliegen als Tatfrage im Einzelfall durch Beweiserhebung geklärt werden müsse. In keinem Fall dürfe das Tatgericht den Irrtum ungeprüft unterstellen (S. 78).

3. Vertieft geht *Frank* im Folgenden auf die Konkurrenzen ein (S. 81-89), welche beim Massenbetrug als „sensible Schaltstelle“ fungiert. Sodann spielt sie zahlreiche Fallgestaltungen durch, so z.B. die Tateinheit bei Handlungseinheit (Ping-Anruf, der gleichzeitig 500 Leute erreicht) sowie die Tatmehrheit bei Handlungsmehrheit (gelegentlicher Ping-Anruf in unregelmäßigen Abständen an eine je unterschiedliche Zahl Personen). Die Darstellung schließt mit der Strafzumessung und ergänzt einen kurzen Überblick über die Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 StGB (S. 89-92).

4. Das zweite und dritte Kapitel des Teil 2 stellen in Fallgruppen eingeordnet (Abrechnungsbetrug, unbegründete/überhöhte Forderungen, Abschluss nachteiliger Verträge, Kostenfallen, dysfunktionale Geschäftsmodelle) Sachverhalte aus der Rechtsprechung des *BGH* aus den Jahren 2002 bis 2015 knapp vor (S. 94-106). Aus der phä-

nomenologischen Analyse dieser jüngeren Rechtsprechung zum Massenbetrug ergebe sich nach *Frank*, dass typische Charakteristika des Massenbetruges die enorme Menge an mutmaßlich Irrenden (von 261 bis 528.000), häufig eine Begehungsweise mithilfe von modernen Telekommunikationsmedien, ein relativ geringer Individualvermögensschaden bei zugleich großem Gesamtschaden sowie oft eine organisierte Vorgehensweise seien („Paradefall“ des Massenbetruges, S. 113). Gerade die modernen Telekommunikationsmedien ließen aufgrund der Anonymität die Hemmschwelle sinken und ermöglichten die flächendeckende Erreichbarkeit der Opfer bei geringstem finanziellen Aufwand (S. 107-113).

IV.

Im Teil 3 werden zunächst bestehende Lösungsansätze untersucht und bewertet. Dazu legt *Frank* sich vorab fest, dass man den Anforderungen der Strafprozessordnung nur dann vollends gerecht werde, wenn man in der Hauptverhandlung alle potentiell Geschädigten als Zeugen vernähme. Da das jedoch verfahrensökonomisch nicht tragbar sei, habe man stattdessen „erstaunlich kreativ“ mit verschiedenen Ansätzen versucht, der Aufgabe gerecht zu werden (S. 114).

1. Zunächst untersucht *Frank* das prozessuale Mittel der Beschränkung des Verfahrensstoffs über §§ 154, 154a StPO. Im Ergebnis sei dieser Lösungsansatz jedoch nur zielführend, sofern sich der Massenbetrug auf Fälle mit erheblich *unterschiedlicher* Schadenshöhe beziehe. Bei einer großen Anzahl von Fällen mit jeweils ähnlich geringer Summe helfe diese Methode nicht. Zudem bestünden Bedenken aus generalpräventiver Sicht (S. 116-123).

2. Ein anderer Lösungsansatz bevorzugt es, bei Nichtfeststellbarkeit des Irrtums lediglich eine Strafbarkeit wegen Versuchs anzunehmen. Das sei insbesondere der von vielen Instanzgerichten favorisierte Weg, wohingegen der *BGH* diesem Ansatz nahezu geschlossen kritisch gegenüberstehe (S. 124-131).

a) *Frank* bewertet die materiell-rechtliche Konstruktion der Annahme eines Versuchsstrafbarkeit als prozessuales Ausweichen, da der Irrtum als objektives Tatbestandsmerkmal des Betrugstatbestandes beim Versuchsdelikt „in den subjektiven Tatbestand rutscht“ [sic.] und daher nur noch im Rahmen der Tätervorstellung festgestellt werden müsse. Dieser Ansatz sei jedoch deshalb ungeeignet, da es bei den einschlägigen Fällen des Massenbetruges nicht an der Vollendung fehlte, sondern lediglich die Nachweisbarkeit der Vollendung nicht gelungen sei (S. 131). Vorteilhaft bei Annahme einer Versuchsstrafbarkeit sei jedoch, dass nicht mehr das irrierte Vorstellungsbild beim mutmaßlichen Opfer, sondern nur noch eine innere Tatsache des Täters (ergo: seine „Vorstellung von der Tat“ i.S.d. § 22 StGB) bewiesen werden müsste, was in der Regel über das Geständnis des Angeklagten erfolge. Ohne Geständnis würde der Nachweis im Wege des Indizienbeweises erbracht (S. 132-135).

b) Der „prozessuale Weg“ finde sich in der Anwendung des Zweifelssatzes zu Gunsten einer bloßen Versuchsstrafbarkeit des Täters. Eine andere Lösung bedient sich auch hier wahlweise des § 154a StPO direkt oder analog. In ihrer Stellungnahme erteilt *Frank* beiden Ansätzen eine Absage: Die Anwendung des Zweifelssatzes verbiete sich aus Gründen der Amtsaufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO, wenn das Gericht zwar aufklären könnte, es aber aus verfahrensökonomischen Gründen unterlasse. Bei noch möglicher Aufklärung verbleibe für in *dubio pro reo* kein Raum. Eine Anwendung von § 154a StPO scheitere am Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen. Für eine analoge Anwendung der Vorschrift fehle es bereits am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke (S. 139-148).

3. Im dritten Kapitel des Teil 3 setzt sich *Frank* mit dem uneigentlichen Organisationsdelikt auseinander, welches als konkurrenzrechtliche Rechtsfigur gewisse Beweiserleichterungen mit sich bringe. Nach der Darlegung einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie einer dogmatisch tiefen Auseinandersetzung mit der akademischen Aufbereitung dieser Rechtsfigur durch die Literatur sowie den konkurrenzrechtlichen Auswirkungen (S. 149-173), nimmt *Frank* pointiert zu diesem Lösungsansatz Stellung, insbesondere zur Frage, ob mithilfe des „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ Fälle des Massenbetruges handhabbar gemacht werden könnten. Da sie Verstöße gegen das Schuldprinzip, die Unschuldsvermutung und Friktionen mit der Beteiligungslehre ausmacht, lehnt sie die Rechtsfigur im Ergebnis ab (S. 202 f.), da das uneigentliche Organisationsdelikt ohne spürbaren Mehrwert die bereits aufgegebene „fortgesetzte Tat“ revitalisiere (S. 182-201) und im Grunde funktioniere „wie eine Zauberkiste, in die oben eine Organisationstätigkeit eingefüllt wird, aus der unten geschädigte Personen herauskommen.“ (S. 182).

4. Nunmehr schließt sich die Untersuchung der wohl überwiegend präferierten Auffassung an, nämlich der Lösung über das „normativ geprägte Vorstellungsbild“ (S. 204-246).

a) Nach der Darlegung einschlägiger Rechtsprechung (S. 204-213) diskutiert *Frank* die von den Gerichten aus der Normativierung abgeleitete Beweiserleichterung durch Indizienschluss. Zwar bleibe der Irrtum auch bei normativer Prägung Tatfrage; gleichwohl werde die Vernehmung jedes einzelnen Verfügenden für entbehrlich gehalten, und stattdessen aus Indizien auf das Vorliegen eines Irrtums geschlossen. *Frank* arbeitet als Besonderheit heraus, dass dabei viele im Einzelnen fragwürdige Indizienschlüsse vollzogen würden. Zwar sei nicht grundsätzlich ausgeschlossen, von objektiven Umständen auf subjektive Merkmale zu schließen (S. 229). Dieser Schluss vollziehe sich aber in der Regel innerhalb eines einzigen Delikts. Der von der überwiegenden Auffassung angewandte Indizienschluss beim Massenbetrug hingegen schließe u.a. vom Irrtum des einen Verfügenden auf den Irrtum der anderen, was daher „stichprobenartige“ Zeugenvernehmungen ausreichen lasse. Des Weiteren werde in der untersuchten Rechtsprechung vom Geständnis des

Angeklagten auf den Irrtum der Verfügenden und auch von äußeren Umständen auf den Irrtum des Verfügenden geschlossen.

b) In ihrer umfassenden Bewertung (S. 246-291) arbeitet *Frank* als Vorzüge dieses Lösungsansatzes heraus, dass der durchgeführte Indizienschluss eine effektive, praktische und verfahrensökonomische Beweiserhebung in jeder Größenordnung ermögliche. Kritisch sieht sie allerdings die Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot gem. § 103 Abs. 2 GG, dem Amtsaufklärungsgrundsatz, § 244 Abs. 2 StPO sowie dem Beweiswürdigungsgrundsatz, § 261 StPO. Durch die Normativierung werde zuvörderst die Erkennbarkeit von Tatbestandsmerkmalen für den Normadressaten erschwert sowie zumindest beim Irrtumsmerkmal auch die Wortlautgrenze überschritten. *Frank* recurriert dazu u.a. auf das geltende „Verschleifungsverbot“, das für jedes Tatbestandsmerkmal eine eigene Feststellung verlange (S. 248-259). Der Amtsaufklärungsgrundsatz werde verletzt, da vor allem die vorgenommenen Schätzungen grundlegenden statistischen Überlegungen nicht standhielten. Eine Ausnahme sei allenfalls bei massenhaftem und standardisiertem Charakter des Verfügungsgeschäftes denkbar (S. 259-282). Der Beweisgrundsatz sei verletzt, weil der Indizienschluss nicht auf dasselbe Delikt beschränkt sei, sondern von einer Tatsache in einem Delikt auf eine andere Tatsache in einem anderen Delikt geschlossen werde, so dass im Ergebnis *de facto* eine Art „Beweislastumkehr“ zuungunsten des mutmaßlichen Täters erfolge, welche nicht mit der Unschuldsvermutung zu vereinen sei (S. 282-290).

c. Einzige Ausnahme für einen zulässigen Indizienschluss könne daher ein Massenbetrug mit einem „echten“ normativ geprägten Vorstellungsbild sein (d.h. gleiche Täuschungshandlung bei massenhaften und standardisierten Verfügungen) auf Grundlage von Zeugenvernehmungen *pars pro toto* (S. 278-282, 292). Diesem letzten Ansatz fehle jedoch die Ermittlung „in die Breite“, die *Frank* über den von ihr vorgelegten Lösungsansatz (dazu sogleich) liefern möchte.

5. Im fünften Kapitel des Teil 3 geht *Frank* auf das Verlesen von Fragebögen ein (S. 293-307). Zwar würden diese bereits eingesetzt. Problematisch sei aber zum einen die stets erforderliche Zustimmung gem. § 251 I Nr. 1 StPO, zum anderen der fehlende Hebel, um ein Ausfüllen zu erzwingen. Prozessual ergäben sich nach *Frank* zudem Friktionen mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz, der Amtsaufklärung (Qualitätssicherung), dem Beweiswürdigungsgrundsatz (Manipulationsanfälligkeit) sowie dem Konfrontationsrecht. Kurz werden im sechsten Kapitel noch zwei Vorschläge aus der Literatur *de lege ferenda* angesprochen, zum einen die Einführung eines neuen Tatbestandes in Form eines „Eignungsdeliktes“ sowie erneut die Ausweitung des § 154a StPO (S. 307-309). Vor der Darlegung des eigenen Vorschlages setzt *Frank* im siebten Kapitel einen Exkurs („Seitenblick“) ins Beweisanzugsrecht (S. 311-320).

V.

Frank entwickelt als eigenen Lösungsansatz (S. 321-354), der „besonnen, differenziert und praxisgerecht“ sein soll, sowie „Unsicherheiten über den Irrtumsnachweis so weit wie möglich ausräume [...]“ (S. 321), eine „Kombinationslösung“, welche die Vorteile des Indizienschlusses aufgrund der Vernehmung einiger mutmaßlich Irrrender als Zeugen „*pars pro toto*“ mit den Vorzügen des Einsatzes von Fragebögen vereine. Während der Fragebogen quantitative Ermittlung „in die Breite“ sicherstelle, werde durch die Zeugenvernehmung „*pars pro toto*“ die qualitative Ermittlung „in die Tiefe“ geleistet. Dadurch biete die „Kombinationslösung“ eine prozessuale Lösung für ein prozessuales Problem“ (S. 321).

Damit die „Kombinationslösung“ als Lösungsansatz überhaupt Anwendung finden kann, setzt *Frank* Vorbedingungen: Die Täuschungen müssten ähnlich beschaffen sein, denn je individueller die Tatumstände, desto schlechter könne ein abstrahierter Fragebogen wirken (S. 322). Zudem müsse eine „ermittlungstechnische Ausnahmesituation“ vorliegen, um die Umgehung möglicher (d.h. umsetzbarer) Beweisaufnahmen nicht zu erleichtern (S. 323). Unerheblich seien hingegen Art des Irrtums und die konkurrenzrechtliche Bewertung.

1. Als „erste Maßnahme“ sollten im Ermittlungsverfahren unter Mitwirkung des Beschuldigten und/oder seines Verteidigers erstellte Fragebögen an die mutmaßlich Geschädigten versendet werden, um die ermittelten Ergebnisse in Form des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung einzuführen. Die Fragebögen sollten als „Multiple-Choice-Bogen“ gestaltet sein, um die Vorstellungsbilder der mutmaßlich Geschädigten möglichst detailliert zu erfassen (S. 324-327). Idealerweise sollte die Erfassung der Bögen nach *Frank* online erfolgen, um Ressourcen einzusparen. Zugleich sollte ein Ermittlungsbeamter über den Vorgang und Erstellung des versendeten Fragebogens vernommen und dem Gericht ein nicht ausgefüllter Fragebogen zur Verfügung gestellt werden.

Zwar werden – äußerst knapp – sozialwissenschaftliche Probleme wie die Gefahr der Suggestion, der Freifeld-Option, des fehlenden Zwangs zur Ausfüllung sowie die Auswertungsmethodik angerissen. Leider lässt *Frank* an dieser Stelle aber gerade die Fragen, wie der Bogen konkret gestaltet ist, was er abprüft und wer ihn auswertet, völlig offen. Umfassender gelingt die rechtliche Diskussion über die Einführung der Bögen in die Hauptverhandlung (S. 328-344), die zumindest *de lege lata* nicht reibungslos funktionieren würde (S. 343). Daher schlägt sie u.a. vor, § 69 StPO zu modifizieren (S. 326) und weist auf bedenkenswerte Impulse zur Erneuerung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes von *Krüger* und den sog. AE-Beweisaufnahme (GA 2014, 1 ff.) hin (S. 329 ff.).

2. Als „zweiter Baustein“ (S. 344-354), der die qualitative Ermittlung verwirkliche, sollte ein Teil der mutmaßlich Irrrenden *pars pro toto* als Zeugen vernommen werden. Dieser Teil des Lösungsansatzes stütze sich auf die von der überwiegenden Auffassung präferierte Lösung des normativ geprägten Vorstellungsbilds (S. 344). Dadurch könne im Rahmen der Beweisaufnahme überprüft werden, ob die im Fragebogen abgegebene Antwort mit der Zeugenaussage in der Hauptverhandlung übereinstimme. Sofern eine Übereinstimmung vorliege, sei der Irrtumsnachweis *in allen Einzelfällen* erbracht (S. 346 f., 358). *Frank* geht davon aus, dass sich diese Methode bereits *de lege lata* bei Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten umsetzen lasse.

Auch an dieser Stelle fallen die interdisziplinären Erkenntnisse gering aus, vor allem wurden zur Frage der Stichprobenauswahl, die für die empirische Nutzbarmachung entscheidend ist, keine Nachweise aus den Sozialwissenschaften aufgezeigt. Genau hier liegt jedoch eine neuralgische Weiche. Paradigmatisch ist *Franks* lakonischer Hinweis, dass bei Nichtübereinstimmung von Fragebogenauswertung und Zeugenaussage „entweder der Fragebogen nicht gut konzipiert oder die Anzahl der Zeugen zu gering“ gewesen sei und ein „schlecht konzipierter Fragebogen [...] zugegebenermaßen nur durch eine erneute Befragung wieder wettgemacht werden“ könne (S. 347). Ausführlicher gelingt erneut die rechtliche Bewertung hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Methode mit den Verfahrensprinzipien (S. 349-353). Die Praxistauglichkeit des Lösungsansatzes wird mit der anzweifelbaren Einschätzung begründet, dass die vorgeschlagene Kombinationslösung „den Gerichten und Ermittlungsbehörden nicht viel abverlangt“ (S. 353).

VI.

Die Abhandlung ist stringent strukturiert, überzeugt mit schnörkelloser und klarer Sprache sowie treffsicheren Stellungnahmen zu bestehenden materiell-rechtlichen und prozessualen Diskussionsherden rund um die Betrugsstrafbarkeit, so dass die Lektüre lohnt. Hervorzuheben ist insbesondere die ausgewogene Aufbereitung der Streitstände auch und gerade zwischen divergierenden Interessen und inmitten diverser Zielkonflikte. Schade ist, dass bei der Ausarbeitung des eigenen Lösungsansatzes die interdisziplinäre Forschung, speziell die empirischen und statistischen Grundlagen, zu kurz kommt. Der von *Frank* gegebene Hinweis zur Modifikation des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (u.a. S. 329 ff.) – wie er z.B. von *Krüger* und durch den sog. AE-Beweisaufnahme angeregt wird – ist daher weniger Folge, als vielmehr Bedingung weitergehender Überlegungen zum verbesserten Nachweis innerer Tatsachen von Zeugen in Massenverfahren.

TAGUNGSBERICHT

Interdisziplinäre Fachtagung Autonomes Fahren in Hannover

von Dr. Andreas Dieckmann, Akad. Rat a.Z.

Am 28.11.2017 fand an der Leibniz Universität Hannover die „Interdisziplinäre Fachtagung Autonomes Fahren“ statt. Vor zahlreichen Teilnehmern aus Wissenschaft, Wirtschaft und von staatlichen Stellen eröffnete Universitätspräsident *Prof. Dr. iur. Epping* die Tagung. Er betonte die juristischen Herausforderungen, die das autonome Fahren an Wissenschaft und Praxis stellt, aber auch die entscheidende Bedeutung der interdisziplinären Zusammenarbeit in diesem Bereich, da hier Technik und Recht unmittelbar aufeinandertreffen.

Im Anschluss daran begrüßten *Prof. Dr. iur. Oppermann* und Frau *Prof. Dr. iur. Stender-Vorwachs* als Veranstalter der Tagung die Teilnehmer und hoben den Anlass der Tagung hervor. So hatten Herr *Oppermann* und Frau *Stender-Vorwachs* Anfang 2017 einen Sammelband zum autonomen Fahren herausgegeben, in dem eine Vielzahl von Mitgliedern der juristischen Fakultät der Leibniz Universität das Thema des autonomen Fahrens aus verschiedenen rechtlichen Perspektiven beleuchtet hatten und dabei auf die technische Expertise von Herrn *Prof. Dr.-Ing. Wagner* vom Institut für Systems Engineering des Fachgebiets Echtzeitsysteme an der Leibniz Universität Hannover zurückgreifen konnten. Der Sammelband sei bei wirtschaftlichen und staatlichen Stellen auf erfreulich gute Resonanz gestoßen, sodass sich hier der Bedarf für eine Tagung zum Thema „Autonomes Fahren“ deutlich zeigte.

Als Reaktion darauf wurde zwischenzeitlich das „Interdisziplinäre Institut für Automatisierte Systeme e.V.“ in Hannover gegründet. Vorsitzende des Vereins ist Frau *Prof. Dr. iur. Buck-Heeb*, ihre Stellvertreter sind Herr *Oppermann*, Frau *Stender-Vorwachs* und Herr *Steege*, alleamt Mitglieder der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Zweck des Vereins ist die Etablierung eines Kompetenznetzwerkes in den Bereichen Verkehr und Mobilität, Produktion und Wirtschaft sowie Medizin.

Den ersten Vortrag hielt *Dr.-Ing. Wisselmann*, Referent „Automatisiertes Fahren“ in der BMW Entwicklung „Automatisiertes Fahren und Fahrerassistenz“ der BMW Group, zum Thema „BMW 2021 – Der Weg zum Automatisierten Fahren“. Er stellte zunächst klar, dass der Fahrer derzeit noch ständig die Hände am Steuer haben muss und wir uns daher zurzeit immer noch erst auf Level 2 des automatisierten Fahrens befinden. Ziel für 2021 ist es Level 3 zu erreichen, sodass der Fahrer nicht mehr während der gesamten Fahrt das Steuer in den Händen halten muss, sondern lediglich nach Aufforderung durch das automatisierte Fahrsystem die Steuerung des Fahrzeugs wieder

selbst übernimmt. Das setze jedoch mit Notwendigkeit voraus, dass das automatisierte System dem Fahrer rechtzeitig auf eine Gefahrensituation aufmerksam mache, so dass der Fahrer noch ausreichend Zeit habe, um darauf angemessen reagieren zu können. Die rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür habe der Gesetzgeber mit der Änderung des StVG im Juni 2017 geschaffen, wobei allerdings das europäische Zulassungsverfahren für Fahrzeuge des Level 3 noch ausstehe. Herr *Wisselmann* machte überdies deutlich, dass sich automatisierte Fahrsysteme am schnellsten und effektivsten in einer urbanen Umgebung umsetzen ließen, da die Geschwindigkeit der Kfz hier gering sei. Auf Autobahnen sei zwar die Geschwindigkeit der Fahrzeuge hoch. Da es dort aber keinen Gegenverkehr gibt, sei gerade die Autobahn besonders gut für automatisierte Fahrsysteme geeignet.

Im Anschluss daran ging Herr *Dr. Hartmann*, Head of Legal Case and Business Innovation bei der Daimler AG, in seinem Vortrag aus Herstellersicht auf „Juristische Herausforderungen des automatisierten Fahrens“ ein. Für die Hersteller von automatisierten Fahrsystemen gehe es hier vor allem um die Zulassung der Fahrsysteme für den Straßenverkehr und damit um den Marktzutritt, aber auch um das Straßenverkehrsrecht als Verhaltensrecht für die Autofahrer, das Haftungsrecht, die Produkthaftung und -sicherheit sowie den Datenschutz. Durch die Änderung des StVG im Juni 2017 habe Deutschland als eines der ersten Länder auf der Welt die verhaltensrechtliche Seite des automatisierten Fahrens geregelt und damit eine Vorreiterrolle übernommen. Es bleibe allerdings abzuwarten, ob andere Länder, wie etwa die USA oder China, darauf zurückgriffen, da diese Staaten allein schon aufgrund ihrer Größe auf eine eigenständige Regelung der Materie Wert legten. Herr *Hartmann* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nicht nur im StVG selbst, sondern auch in der StVO die verhaltensrechtliche Seite des autonomen Fahrens normiert sei. Doch ständen gerade hier noch Regelungen aus, etwa zum fahrerlosen Parken, der Zulassung der automatisierten Systeme sowie zum Erfordernis, die automatisierten Autos mit einem Datenspeicher auszurüsten. Der Datenschutz, so Herr *Hartmann*, habe auch deswegen ein solch enormes Gewicht, weil das Funktionieren des automatisierten Fahrens zwingend die Vernetzung mit anderen Fahrzeugen voraussetze. Infolgedessen werde notwendigerweise eine Vielzahl von Daten gesammelt und verwendet, um die automatisierten Fahrzeuge und den reibungslosen Verkehrsfluss aufeinander abzustimmen. Des Weiteren machte er darauf aufmerksam, dass gerade beim automatisierten Fahren des Level 3 eine

Interaktion von Mensch und Maschine erforderlich sei, da der menschliche Fahrer nach Aufforderung durch das automatisierte System jederzeit in den Fahrvorgang eingreifen können muss. Der Mensch müsse für diese neue Fahraufgabe jedoch besonders geschult sein, sodass es nach Ansicht von Herrn *Hartmann* durchaus angezeigt sein könnte, menschliche Fahrer erst nach einer gesonderten Prüfung ein Level-3-Fahrzeug führen zu lassen. Die Anforderungen an einen solchen Führerschein müssten indes noch formuliert werden. Auch hier bestehe eine weitere juristische Herausforderung des autonomen Fahrens.

Herr *Prof. Dr. Köster*, Bereichsleiter Automotive am Institut für Verkehrssystemtechnik des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt e.V. (DLR), beleuchtete wiederum die technische Seite des autonomen Fahrens und hier vor allem dessen Erprobung unter realen Bedingungen im Straßenverkehr. Dazu stellte er die „Testfelder für automatisiertes und vernetztes Fahren in Niedersachsen“ dar und betonte die große Bedeutung solcher Testfelder, da die Einführung neuer Technologien stets mit Risiken verbunden sei, die deswegen im Vorfeld ausreichend getestet werden müssten. Für das Testfeld „Autobahn“ gehe es dabei nicht nur um die Fahrzeugdigitalisierung und -automatisierung, sondern auch um die Verkehrsinfrastruktur, um auf diese Weise eine bedarfsgerechte Nutzung von Verkehrsräumen, etwa die Vermeidung von Staus, zu ermöglichen. Beim autonomen Fahren stehe deshalb nicht nur das individuelle Fahrzeug und dessen Vernetzung mit anderen Fahrzeugen im Vordergrund, sondern auch der sichere und effektive Transport von Waren und Gütern sowie der öffentliche Personennahverkehr. Auch hier sei das Ziel, den Verkehrsfluss zu verbessern, um dadurch den Verkehr effizient, ökologisch verträglich sowie sicher zu machen. Nachdem automatisierte Systeme zunächst schon in der Stadt Braunschweig erprobt worden seien, gehe es bei dem neuen Testfeld um die Autobahnstrecken zwischen Wolfsburg, Braunschweig, Hannover und Hildesheim (A 2 und A 7). Dafür sei neben der Vernetzung der Fahrzeuge ein detailliertes Kartenmaterial über die Teststrecken erforderlich, was überdies eine vorherige virtuelle Erprobung der automatisierten Systeme ermögliche.

Frau *Prof. Dr. iur. Stender-Vorwachs* und Herr *Steege*, beide von der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität, gingen in ihrem gemeinsamen Vortrag auf die „Grundrechtlichen Implikationen Autonomen Fahrens“ ein und stellten zunächst einmal klar, dass das Grundgesetz technologieoffen sei. Gleichwohl sei stets in die Überlegungen einzubeziehen, dass Grundrechte der Beteiligten durch das autonome Fahren beeinträchtigt sein könnten. An der Durchführung von Verkehrskontrollen machte Herr *Steege* exemplarisch deutlich, vor welche neuen Herausforderungen die Polizei durch das autonome Fahren in der Zukunft gestellt sein könnte. Beim autonomen Fahren sei es denkbar, dass die Insassen, da sie das Fahrzeug nicht mehr selbst steuern und den Verkehr nicht mehr beobachten müssen, eine Aufforderung zum Anhalten des Fahrzeugs gar nicht wahrnehmen, sodass es insoweit an einem Adressaten der polizeilichen Verfügung

fehl. Das gelte erst Recht, wenn das Fahrzeug ohne Insassen unterwegs sei. Um ein solches Fahrzeug dennoch anhalten zu können, schlug Herr *Steege* vor, der Polizei nicht direkt, sondern vermittelt über den Hersteller des autonomen Fahrsystems die Möglichkeit einzuräumen, das Fahrzeug zum Stillstand zu bringen, indem der Hersteller als Verwaltungshelfer auf Initiative der Polizei den Fahrvorgang des Fahrzeugs übersteuert. Auf diese Weise sei einer Missbrauchsgefahr vorgebeugt, da allein der Hersteller und nicht auch Dritte auf die automatisierten Fahrsysteme zugreifen könnten. Danach befasste sich Herr *Steege* mit den datenschutzrechtlichen Aspekten des automatisierten Fahrens. Durch die Vernetzung der Fahrzeuge und deren Sensoren, vor allem Kameras, würden nicht nur personenbezogene Daten über den Fahrer und die Insassen des Kfz gesammelt, sondern auch über Dritte, die sich außerhalb des automatisierten Fahrzeugs befinden, wie etwa Fußgänger, die den Weg des Fahrzeugs kreuzen. Dadurch könne jedoch das grundrechtliche geschützte Recht des Dritten auf informationelle Selbstbestimmung verletzt sein. Hier sei stets vom Grundsatz der Datensparsamkeit auszugehen, sodass ausschließlich die Daten erfasst und verwendet werden dürften, die für das Funktionieren der automatisierten Systeme zwingend erforderlich seien.

Im Anschluss daran ging Frau *Stender-Vorwachs* der Frage nach, ob sich vielleicht aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit sogar eine Verpflichtung, zumindest aber eine Rechtfertigung, ergeben könnte, dass der Gesetzgeber autonome Fahrsysteme verpflichtend einführt. So sei mit dem autonomen Fahren das Ziel verknüpft, die Unfallzahlen deutlich zu reduzieren, da eine Vielzahl von Unfällen mit Verletzten und Toten auf menschlichen Fahrfehlern beruhe, die die automatisierten Fahrsysteme minimieren oder am Ende bei autonomem Fahren dann vollständig ausschließen könnten. Dabei verwies Frau *Stender-Vorwachs* auf die Entscheidungen des *BVerfG* zur Einführung der Gurtpflicht in PKW (*BVerfG* NJW 1987, 180) und die Helmpflicht bei Motorkrafträdern (*BVerfG* NJW 1982, 1276). Auch hier hatte das Gericht ausdrücklich das Recht des Gesetzgebers bejaht, zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Fahrzeuginsassen bzw. der Motorradfahrer eine Gurt- bzw. Helmpflicht einzuführen. Am Ende ihres Vortrags schilderte Frau *Stender-Vorwachs* die auch aus ethischer Sicht virulente Dilemma-Situation: Ein autonom fahrendes Fahrzeug erkennt, dass es den Zusammenstoß mit einem Verkehrshindernis nur vermeiden kann, indem es dem Objekt ausweicht, dann aber entweder eine ältere Dame mit Rollator überfahren müsste oder eine Gruppe von Kindergartenkindern. Darf das automatisierte System so programmiert sein, dass es sich entweder automatisch dafür entscheidet, die ältere Dame oder aber die Kindergartenkinder zu überfahren? Frau *Stender-Vorwachs* betonte, die Beantwortung dieser Frage sei nicht nur eine Aufgabe des Gesetzgebers, sondern der Gesellschaft insgesamt, und verwies dabei auf die Entscheidung des *BVerfG* zum Luftsicherheitsgesetz, das den Fall regeln sollte, dass ein Flugzeug abgeschossen werden darf, das von Terroristen entführt worden ist und als Waffe für einen terroristischen Anschlag missbraucht werden soll. Das Gericht hatte das

Gesetz für verfassungswidrig erklärt, da menschliches Leben nicht gegeneinander abgewogen werden dürfe. Diese Überlegung des *BVerfG* sei auch hier beim autonomen Fahren zu berücksichtigen.

An die Vorträge schloss sich eine von Herrn *Oppermann* moderierte Statementrunde auf dem Podium an. Die Diskussionsrunde eröffnete zunächst Herr *Prof. Dr.-Ing. Wagner*, der darauf hinwies, dass es autonom gesteuerte Fahrzeuge durchaus schon seit längerer Zeit gibt, diese aber bei wirtschaftlichen Unternehmen, und hier vor allem als fahrerlose Transportsysteme in einem einfachen Umfeld eingesetzt würden. Anders als dort sei der öffentliche Straßenverkehr jedoch derart komplex, dass die automatisierten Fahrsysteme erhöhte Anforderungen erfüllen müssten, um sich auch im öffentlichen Straßenverkehr sicher bewegen zu können. Hier werde es noch etliche Jahre dauern, bis auch hier autonomes Fahren Wirklichkeit werde. Aus philosophischer Sicht beleuchtete Herr *Prof. Dr. phil. Hübner* das autonome Fahren. Zwar gehe der Antrieb für das autonome Fahren entscheidend von der Wirtschaft aus, gleichwohl sei dieses Phänomen durchaus moralisch konnotiert. Das autonome Fahren schaffe für ältere oder behinderte Menschen einen wertvollen Zugewinn an Mobilität und könne zudem zur Reduzierung der Zahl von Unfallopfern beitragen, was aus ethischer Sicht wünschenswert sei. Aus philosophischer Sicht sei besonders die bereits von Frau *Stender-Vorwachs* dargestellte sog. Dilemma-Situation äußerst interessant.

Den juristischen Abschnitt der Diskussionsrunde leitete Frau *Prof. Dr. Beck* ein, die aus der Warte des Strafrechts Stellung zum autonomen Fahren bezog. Als Herausforderung für das Strafrecht hob sie die Neubestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabs hervor, da sich durch das Zusammenwirken von Mensch und Maschine das Verhalten des menschlichen Fahrers grundlegend verändere und sich daher die Frage aufwie, welche Sorgfaltsanforderungen an den Fahrer eines automatisierten Kfz zu stellen seien, etwa wie schnell er die Steuerung vom automatisierten System wieder übernommen haben muss, um noch sorgfaltsgemäß gehandelt zu haben. Da auch ein automatisiertes System nicht immer fehlerfrei funktionieren könne, sei es Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung hier das noch erlaubte Risiko zu bestimmen.

Auf die zivilrechtliche Haftung ging im Anschluss daran Frau *Prof. Dr. Buck-Heeb* ein. Sie machte in ihren Ausführungen deutlich, dass automatisierte Fahrzeuge zwar neue Herausforderungen an Rechtswissenschaft und -praxis stellten, diese aber durchaus lösbar seien. So habe der Gesetzgeber mit der Änderung des StVG im Juni 2017 den Sorgfaltsmaßstab für den Fahrer modifiziert, wenn dieser nicht mehr ständig die Hände am Steuer haben müsse, gleichzeitig aber verpflichtet sei, in einer Gefahrensituation rechtzeitig in den Fahrvorgang einzugreifen. Auch hier sei es Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, den genauen Sorgfaltsmaßstab des Fah-

rens zu bestimmen. Ansonsten seien die Herausforderungen des automatisierten Fahrens durchaus auch schon mit den bestehenden gesetzlichen Regelungen beherrschbar. So mache es vor allem für die Haftung des Halters nach § 7 Abs. 1 StVG keinen Unterschied, ob ausschließlich ein menschlicher Fahrer das Kfz steuere oder ein automatisiertes Fahrsystem, da der Halter stets für die Betriebsgefahr einzustehen habe, die der Halter schon allein deshalb zu tragen habe, weil er das Auto in den Verkehr gebracht hat und dort unterhält.

Herr *Prof. Dr. Eichelberger* schloss hieran an und setzte sich in seinem Diskussionsbeitrag mit den versicherungsrechtlichen Aspekten des autonomen Fahrens auseinander. Er betonte dabei, dass sich allein im Innenverhältnis zwischen Halter und Hersteller bzw. deren Haftpflichtversicherungen die Haftung faktisch mehr und mehr auf den Hersteller und damit auf dessen Versicherung verlagere, da der menschliche Fahrer als Fehlerfaktor durch den Einsatz automatisierten Fahrsysteme zunehmend ausgeschaltet werde. Neben diesem Aspekt sprach Herr *Eichelberger* noch den Versicherungsvertrag zwischen dem Halter und seiner Haftpflichtversicherung an. Wenn es durch den Einsatz von automatisierten Systemen tatsächlich in der Zukunft zu weniger Unfällen und damit zu versicherungsrelevanten Schäden komme, sei eine Obliegenheit des Halters in Betracht zu ziehen, ein automatisiertes System zu nutzen und nicht mehr, zumindest vollständig selbst das versicherte Fahrzeug zu steuern.

Herr *Prof. Dr. Schwarze* ging zum Schluss der Statementrunde auf die arbeitsrechtlichen Implikationen des autonomen Fahrens ein. Auch er betonte nochmals nachdrücklich, dass Rechtswissenschaft und -praxis die Herausforderungen, die das autonome Fahren an das Recht stellt, durchaus bewältigen könnten. Das gelte auch oder vielmehr vor allem für das Arbeitsrecht. Exemplarisch verwies Herr *Schwarze* auf einen Lkw-Fahrer, der sich angesichts seines Arbeitsvertrags weigere, einen automatisiert gesteuerten Lkw zu fahren, da in seinem Arbeitsvertrag als Tätigkeit nur das „Fahren“ eines Lkw genannt sei. „Fahren“ bedeute aber, den Lkw selbständig zu steuern, was bei einem automatisierten System aber nicht mehr der Fall sei. Der Begriff des Fahrens sei, so Herr *Schwarze*, wie auch sonst im Arbeitsrecht auch hier funktional auszulegen und berücksichtige daher auch den technischen Fortschritt, sodass unter „Fahren“ auch das autonome oder automatisierte Fahren zu verstehen sei.

Den Abschluss der professionell organisierten und von allen Teilnehmern als gelungen empfundenen Tagung bildete eine lebhaft geführte Diskussion mit dem Publikum, bei der nochmals deutlich wurde, welche enorme Bedeutung das Thema des autonomen Fahrens für Technik, Recht, Wissenschaft, Forschung, Wirtschaft und Staat, aber auch für jeden Einzelnen hat und auch in der Zukunft weiterhin haben wird.