

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schieman
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 Schieman
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 | 325 – 367

325 | Nach der Reform ist vor der Reform

Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht

von Prof. Dr. Joachim Renzikowski und Dr. Anja Schmidt

334 | Die erkennbare Willensbarriere gem. § 177 Abs. 1 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

339 | Intransparente Ermessensausübung, erschwerter Zugang zum Recht und defizitäre Fehlurteilskorrektur

von Prof. Dr. Carsten Momsen

350 | Grenzen des polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen flüchtige Strafverdächtige

von Prof. Dr. Fredrik Roggan und PK Michael Brösang

358 | Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Raserfällen“

von Prof. Dr. Christoph Zehetgruber

362 | Die mäßig pazifistische Neuregelung des Aggressionsverbrechens nach § 13 VStGB

von Annegret L. Hartig, LL.M., maître en droit

BUCHBESPRECHUNGEN | 368 – 372

368 | Annemarie Dax: Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung

von Prof. Dr. Anja Schieman

370 | Simon Funk: Gnade und Gesetz. Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen

von Prof. Dr. Anja Schieman

TAGUNGSBERICHT | 373 – 374

373 | 23. DBH-Bundestagung „Straftat – Verurteilung – Und dann? Community Justice – Wiedereingliederung als gemeinschaftliche Aufgabe!“

von Daniel Wolter und Rebekka Öchsler

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Nach der Reform ist vor der Reform

Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht

von Prof. Dr. Joachim Renzikowski
und Dr. Anja Schmidt*

Abstract

Wenige Bereiche des Besonderen Teils sind vom Gesetzgeber schon so häufig geändert worden wie der 13. Abschnitt über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Kritiker monieren seit der Entkriminalisierung durch die große Strafrechtsreform einen moralisierenden "roll back". Davon abgesehen führen zumeist punktuelle Änderungen auf längere Sicht immer zu Verwerfungen. Umso erfreulicher ist es, dass sich in den letzten Jahren eine Expertenkommission im Auftrag des BMJV um eine kritische systematische Bestandsaufnahme bemüht hat.

I. Einleitung

Weniger als einen Monat nach dem 49. StÄG vom 21.1.2015¹ mit weitreichenden Änderungen im 13. Abschnitt setzte der Bundesjustizminister am 20. Februar eine Kommission mit zwölf Mitgliedern aus Wissenschaft und Praxis ein, die die (weitere) Reformbedürftigkeit des Sexualstrafrechts untersuchen sollte. Unter anderem sollte geklärt werden, ob es überkommene Vorschriften wie etwa die Straftatbestände der Erregung öffentlichen Ärgernisses oder der Verbreitung tierpornographischer Vorschriften gibt und ob das Sexualstrafrecht Schutzlücken enthält. Zu einzelnen Themen wurden externe Sachverständige angehört. Nach über zweieinhalb Jahren legte die Kommission am 19.7.2017 einen umfangreichen Abschlussbericht vor. Auf 1.399 Seiten finden sich 61 Empfehlungen, die Protokolle von 28 Sitzungen mit durchaus kontroversen Diskussionen sowie Impulsreferate und Präsentationen² – insgesamt ein eindrucksvolles Bild vom derzeitigen Stand des Sexualstrafrechts und seinen Brüchen, die sich im Lauf der Zeit angesammelt haben. Die

Arbeit der Kommission wurde durch die völlige Umgestaltung des § 177 StGB durch das 50. StÄG vom 4.11.2016³ mit seinem überstürzten Gesetzgebungsverfahren überholt, so dass zu befürchten ist, dass die Vorschläge der Reformkommission versanden. Erfreulicherweise hat dies die Kommission nicht daran gehindert, auch zum neuen § 177 StGB kritisch Stellung zu beziehen. Damit liegt mit dem Bericht eine umfassende Kritik des Sexualstrafrechts vor. Im Folgenden sollen vor allem die Empfehlungen der Kommission gewürdigt werden.

II. Reformbedarf bei § 177 StGB

Die Frage, ob das Sexualstrafrecht Schutzlücken enthält, wurde insbesondere im Hinblick darauf diskutiert, ob der Straftatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung (§ 177 StGB a.F.) den Anforderungen der Istanbul-Konvention genügt, wonach nicht einverständliche sexuelle Handlungen unter Strafe zu stellen sind (S. 10).⁴ Die ersten 12 Empfehlungen des Berichts sind dementsprechend einer Überarbeitung der Strafrechtsnormen gegen sexuelle Nötigung / Vergewaltigung gewidmet. Wie schon angesprochen, wurde die Arbeit der Reformkommission durch die Gesetzgebung überholt. Das 50. StÄG verankerte mit dem neuen Tatbestand des „Sexuellen Übergriffs“ (§ 177 Abs. 1 und 2 StGB) nicht nur den Grundsatz „Nein heißt Nein“ im Sexualstrafrecht, sondern führte auch die Strafbarkeit der „Sexuellen Belästigung“ (§ 184i StGB) und den Straftatbestand der „Straftaten aus Gruppen“ (§ 184j StGB) ein. Der Bericht der Kommission enthält insoweit den Verlauf der Diskussion bis zum Erlass des 50. StÄG (S. 41–56), aber auch die Diskussion zur neuen Rechtslage (S. 56–92) und die diesbezüglichen Empfehlungen (S. 299–313).

* Prof. Dr. Joachim Renzikowski ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Dr. Anja Schmidt leitet das von der DFG finanzierte Forschungsprojekt „Pornographie und sexuelle Selbstbestimmung“, das an diesem Lehrstuhl verankert ist.

¹ BGBl I 2015, 1255.

² Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?sessionid=F4A392FDBD253F562DB336076A67387F.2_cid297?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 24.10.2018). In dem inzwischen erschienenen Band BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Baden-Baden, Nomos 2017, 362 S., sind die Sitzungsprotokolle und, bedauerlicherweise, die Impulsreferate der

Kommissionsmitglieder und externer Sachverständiger nicht abgedruckt. Leider wird das Datum der Übergabe des Berichts im Vorwort nicht erwähnt. Die im Text angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf das Buch. Zum Abschlussbericht s. auch *Bezjak*, Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht, ZStW 130 (2018), 303 ff. mit einem eigenen ausgearbeiteten Gesetzesvorschlag.

³ BGBl I 2017, 2460.

⁴ Vgl. Explanatory Report, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800d383a> (zuletzt abgerufen am 24.7.2018), § 190: „all acts of a sexual nature without the freely given consent of one of the parties involved“, ebenso § 194. In der Diskussion war die Reformbedürftigkeit des § 177 StGB a.F. nicht unbestritten, s. dazu statt vieler die Kontroverse zwischen *Hörnle*, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206 ff. und *Fischer*, Noch einmal – § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 2015, 312 ff.

Die Kommission war sich bis auf eine Gegenstimme und eine Enthaltung einig darin, dass § 177 StGB a.F. reformbedürftig war, hält die Norm in der Neufassung allerdings für überarbeitungsbedürftig und eine kritische Beobachtung der Rechtspraxis hinsichtlich Falschbeschuldigungen und Problemen der Beweisführung für geboten (Empfehlung Nr. 1, S. 299–301). Schutzlücken des alten Rechts sah die Kommission vor allem in folgenden Konstellationen: Fehlen eines finalen Zusammenhangs zwischen Gewalt oder Drohung und dem Sexualkontakt, insbesondere bei der Ausnutzung eines „Klimas der Gewalt“, Fälle, in denen mit etwas anderem als einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gedroht wurde, Ausnutzung lediglich der subjektiv empfundenen Schutzlosigkeit, überraschende Sexualangriffe (S. 300).⁵ Dabei sprach sich die Hälfte der Kommission vor dem Hintergrund von Art. 36 Istanbul-Konvention für einen punktuell-kasuistische Lösung, die andere Hälfte für die Beibehaltung des Grundsatzes „Nein heißt Nein“ aus (S. 300).⁶ Dies zeigt, dass der durch die Neuregelung erfolgte Paradigmenwechsel hin zu einem Kommunikationsmodell⁷ auch innerhalb der Kommission sehr umstritten war. Bemerkenswerterweise traf die „Nur Ja heißt Ja“-Lösung, die jüngst in Schweden Gesetz geworden ist und derzeit auch in Spanien diskutiert wird, auf keine Gegenliebe (S. 53 f., 55). Festzuhalten ist, dass die „Nein heißt Nein“-Lösung jedenfalls den Vorgaben von Art. 36 Istanbul-Konvention entspricht.

Die anschließende gesetzestechnisch-systematische Empfehlung 2 ist in jeder Hinsicht berechtigt. Die Kommission empfiehlt, die in § 177 StGB n.F. enthaltenen Übergriffs- und Nötigungstatbestände in getrennten Vorschriften zu regeln, um diese übersichtlicher zu gestalten und die einzelnen Tatbestände und Strafraumen besser aufeinander abzustimmen (S. 301 f.).⁸ Die in den Abs. 6–8 vorgesehenen Strafschärfungsgründe gelten für sexuelle Übergriffe nach Abs. 1 ebenso wie für die schwerere sexuelle Nötigung nach Abs. 5. Die damit verbundenen Strafraumensprünge sind für Taten nach Abs. 1 wenig überzeugend (vgl. S. 73, 74 f.). Hinzu kommt, dass einige Qualifikationen der Abs. 7 und 8 nicht passen, soweit sie keine Nötigung mehr verlangen. Dies trifft vor allem auf die Alternativen des Beisichführens einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs zu. Nach der Gesetzesbegründung soll das gesteigerte Unrecht im „erhöhten Gefahrenpotential“ des Täters liegen,⁹ aber das leuchtet für Taten nach Abs. 2 Nr. 1–4 nicht ein, denn in diesen Alternativen leistet das Opfer von vornherein keinen Widerstand.¹⁰

Empfehlung 3 bezieht sich auf § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der für sexuelle Handlungen mit Personen, die aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustandes in der Bildung oder Äußerung ihres Willens eingeschränkt sind, die Strafbarkeit vorsieht, wenn sich der Täter nicht der Zustimmung dieser Person versichert hat. Hier wird also abweichend für körperlich oder psychisch in der Willensbildung oder -äußerung beeinträchtigte Personen der Grundsatz „Nur Ja heißt Ja“ verankert.¹¹ Die Kommission hält dies überwiegend für eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen, die ihnen das Leben von Sexualität erschwert. Denn auch behinderte Menschen könnten einen erkennbaren natürlichen Willen bilden, so dass sie keines weitergehenden Schutzes bedürfen. Daher wird mehrheitlich empfohlen, diese Alternative zu streichen. Dieser Empfehlung gingen intensive Beratungen auf der Basis der Anhörung von drei Sachverständigen voraus, deren Ergebnisse im Bericht auch referiert werden (vgl. S. 93–105). Diese empfahlen, die Sexualität von Menschen mit Behinderung nicht strafrechtlich zu unterbinden und zum Maßstab der Einverständlichkeit einen wenn auch nur rudimentären „natürlichen Willen“ zu nehmen. Sie wiesen außerdem daraufhin, dass die Willensentscheidung gegebenenfalls mit Hilfe von Dritten nachvollziehbar gemacht werden müsse (S. 97 f.). Man kann nicht genug betonen, dass Menschen mit geistiger Behinderung auch ein Recht auf Sexualität haben.¹² Zu bedenken ist allerdings, dass die ausschließliche Maßgeblichkeit eines „natürlichen Willens“ dazu führt, dass geistig behinderte Personen leichter manipuliert werden können, ohne dass die Tatbestandsfassung irgendein Korrektiv – wie etwa die Missbrauchsklausel in § 179 StGB – bereithält.¹³ Ob man sich hier damit trösten kann, dass in jeder sexuellen Beziehung „schlechte Erfahrungen“ möglich sind (S. 97), erscheint fraglich. Ebenso ist nicht ausgemacht, dass die §§ 174a Abs. 2, 174 c StGB einen ausreichenden Schutz bieten. Eine sexualpädagogische Begleitung von Menschen mit Behinderung (S. 98) ist unbestreitbar sinnvoll, aber im Gesetz hat sie keinen Niederschlag gefunden. Das letzte Wort dürfte auf diesem äußerst komplexen und schwierigen Feld noch nicht gesprochen sein.

Die Kommission empfiehlt weiter mit zehn zu zwei Stimmen, die Qualifikation des § 177 Abs. 4 StGB zu streichen, Abs. 4 stuft den sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu einem Verbrechen herauf, wenn die absolute Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung

⁵ So auch u.a. *djb*, Stellungnahmen 14-07 vom 9.5.2014, S. 3 f. und 14-14 vom 25.7.2014, S. 15 f.; *Rabe/Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Policy Paper des DIMR, 2014, S. 22; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208 ff.).

⁶ Einschränkung schlägt allerdings *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 313 f., 328, die Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB nicht an den „erkennbaren“ Widerwillen, sondern an eine tatsächliche – auch konkludent mögliche – Erklärung anzuknüpfen.

⁷ Vgl. *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15); krit. etwa *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 177 Rn. 12 und 26.

⁸ S. dazu den Regelungsvorschlag von *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 314 f., 328 f., die begrüßenswert klarstellt, dass auch eine (nur) subjektive empfundene Bedrohung die sexuelle Selbstbestimmung einschränken kann. Für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. hat die h.L. eine subjektivierende Deutung der schutzlosen Lage abgelehnt, vgl. BGHSt 50, 359 (362); *BGH*, NStZ 2013, 466 mit abl. Anm. *Renzikowski/Sick; Fischer* (Fn. 7), § 177 Rn. 89 und 104. Auch die Gesetzesänderung hat

diese Frage nicht abschließend geklärt; s. etwa BT-Drs. 18/9097, S. 26; a.A. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 177 n.F. Rn. 89.

⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 28 f.

¹⁰ Berechtigte Kritik bei *Bezjak*, KJ 2016, 557 (567) und *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (188); zu weiteren Wertungswidersprüchen s. *Renzikowski* (Fn. 8), § 177 n.F. Rn. 10 ff.

¹¹ S. *Hörnle*, NStZ 2017, 17; krit. *Fischer* (Fn. 7), § 177 Rn. 29 f., 32 f.

¹² S. etwa *Walter*, in: ders. (Hrsg.), Sexualität und geistige Behinderung, 6. Aufl. (2005), S. 29 (35); *Trost*, in: Clauß/Karle/Günther/Barth (Hrsg.), Sexuelle Entwicklung – sexuelle Gewalt, 2. Aufl. (2010), S. 22 ff.

¹³ Krit. *Renzikowski* (Fn. 8), § 177 n.F. Rn. 75. Damit soll nicht für eine Rückkehr zur ihrerseits problematischen Vorschrift des § 179 StGB plädiert werden.

auf einer Krankheit oder Behinderung beruht. Der Strafrahmensprung von sechsmonatiger bis fünfjähriger Freiheitsstrafe zu mindestens einem Jahr bis zu 15 Jahren ist nach Auffassung der Kommissionsmehrheit unberechtigt, weil der Täter kein schwerwiegenderes Unrecht verwirklichte und diese Alternative zu einer unberechtigten Diskriminierung innerhalb der Gruppe der Menschen mit Behinderungen führe (S. 69 f., 303 f.). Man kann aber fragen, ob ein sexueller Übergriff gegenüber einem Opfer, welches keinen Willen bilden oder äußern kann und daher konstitutionell schutzlos ist, nicht schwereres Unrecht verwirklicht als ein „gewöhnlicher“ sexueller Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB.¹⁴

§ 177 Abs. 5 StGB sieht ebenfalls den erhöhten Strafrahmen von einem Jahr bis 15 Jahren für Fälle vor, in denen der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), oder ihm gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine schutzlose Lage des Opfers ausnutzt (Nr. 3). Die Kommission spricht sich mit zwei Gegenstimmen dafür aus, Nr. 3 zu streichen, denn die Schutzlücke, die von dieser Alternative geschlossen werden sollte, sei nun durch die Strafbarkeit nicht einverständlicher sexueller Handlungen gefüllt und das Unrecht der Tat wiege nicht schwerer als ein sexueller Übergriff (S. 304 f.). Diese Einschätzung ist zweifelhaft, denn die Ausnutzung der Furcht des Opfers vor Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit¹⁵ ist etwas ganz anderes als die Befürchtung irgendwelcher sozialen Nachteile. Auf der anderen Seite handelt es sich in diesen Fällen immer um eine konkludente Drohung mit körperlicher Gewalt, die sich mit einigem guten Willen unter § 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB subsumieren ließe.¹⁶ Die Frage, ob in der Neufassung der Nötigungszusammenhang entfallen ist,¹⁷ und wenn ja, ob zu Recht, spielte in den Beratungen eine gewisse Rolle (vgl. S. 70–72); diesbezüglich erfolgte aber keine Abstimmung. Für § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB soll nach der Vorstellung der Kommission (Empfehlung Nr. 39) es künftig – ebenso wie für § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB – ausreichen, dass die Tat, dem Wortlaut von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB entsprechend, „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ begangen wird (S. 193, 344). Die aktuelle Formulierung („mit mehreren gemeinschaftlich“) wird von der Rechtspraxis und der h.L. abweichend von § 224 StGB so verstanden, dass sich die Strafschärfung auf Mittäterschaft i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB beschränkt.¹⁸ Der Grund für die Strafschärfung bei den sog. „Konvergenzdelikten“ liegt in der gesteigerten Gefährlichkeit der Tat für das Opfer: Gegenüber mehreren zusammenwirkenden Angreifern sind seine Abwehrmöglichkeiten eingeschränkt und gruppendynamische Prozesse bergen immer eine Eskalationsgefahr in sich.¹⁹ Diese Gesichtspunkte hängen nicht mit der

Differenzierung der Beteiligungsformen zusammen. Leider hat sich die Kommission in diesem Zusammenhang nicht dafür ausgesprochen, den Wertungswiderspruch zwischen § 177 Abs. 6 StGB (Regelbeispiel) und § 176a Abs. 2 (Qualifikation) zu beheben.

Zuzustimmen ist der Empfehlung der Kommission, das Bei-sich-Führen eines gefährlichen Werkzeugs entgegen § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB auf die Fälle zu beschränken, in denen der Täter Gewalt anwendet oder androht (S. 305 f.). Ferner stimmten fast alle Kommissionsmitglieder dafür, die Qualifikationen des § 177 Abs. 7 Nr. 1, 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB auf Nötigungsfälle zu beschränken (S. 306 ff.).²⁰ Weiter schlägt die Kommission vor, den Strafrahmen von § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB an § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB anzupassen und einheitlich für die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung eine Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren vorzusehen (S. 344 f.). Schließlich soll der minder schwere Fall nach Abs. 9 auf die Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs nach Abs. 8 Nr. 1 begrenzt werden (S. 195 f., 345 f.). Eine Strafrahmenschiebung in den anderen Alternativen des Abs. 8, bei schwerer körperlicher Misshandlung oder konkreter Lebensgefahr (Nr. 2), ist in der Tat schwerlich vorstellbar.

III. Reformbedarf bei §§ 184i, 184j StGB

Die Empfehlungen 8 bis 11 beziehen sich auf den neu eingeführten Straftatbestand der sexuellen Belästigung in § 184i StGB. Mit 10 zu 2 Stimmen empfiehlt die Kommission, diesen Straftatbestand beizubehalten, da auch sexuelle körperliche Berührungen unterhalb der Schwelle der sexuellen Handlung die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers beeinträchtigen können (S. 308 f.). Sie sind daher auch nicht sozialadäquat.²¹ Derartige Übergriffe können mit erheblichen Konsequenzen für die Lebensgestaltung des Opfers verbunden sein, die von Verunsicherung über psychosomatische Beschwerden bis zum Rückzug von Berufstätigkeit und sozialen Kontakten verbunden sind. Auf den ersten Blick mag die Strafbarkeit einer „nicht erheblichen“ sexuellen Handlung irritieren. Die „Erheblichkeitsschwelle“ in § 184h Nr. 1 StGB soll jedoch das Erfolgsunrecht in Beziehung zu den Strafrahmen der §§ 174 ff. StGB setzen.²² Der Strafrahmen des § 184i Abs. 1 StGB liegt darunter und entspricht der tätlichen Beleidigung nach § 185 StGB, ist mit einer Obergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe allerdings deutlich höher als vergleichbare Regelungen in Österreich und der Schweiz.²³ Völlig überzogen und nicht mehr zu rechtfertigen ist der Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf

¹⁴ So *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 314, 329.

¹⁵ Vgl. BGHSt 50, 359 (366); 51, 280 (284).

¹⁶ Vgl. *Renzikowski* (Fn. 8), § 177 n.F. Rn. 133.

¹⁷ So BT-Drs. 18/9097, S. 26; *Hörnle*, NStZ 2017, 19; a.A. *Renzikowski* (Fn. 8), § 177 n.F. Rn. 101.

¹⁸ Vgl. BGH, NStZ 2017, 580 f.; s. auch BT-Drs. 18/9097, S. 28; *Fischer* (Fn. 7), § 177 Rn. 157, wobei nach BGH, NJW 1999, 2910 auch sukzessive Mittäterschaft ausreichen soll.

¹⁹ Eingehend *Küper*, GA 1997, 301 ff.; *ders.*, GA 2003, 363 ff.

²⁰ Eine entsprechend zwischen sexuellem Übergriff und sexueller Nötigung differenzierende Regelung schlägt *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 328 ff. vor.

²¹ Skeptisch *Fischer* (Rn. 7), § 184i Rn. 9 ff.; es herrscht jedoch eine überraschend hohe Übereinstimmung darüber, an welchen Körperzonen sich Personen von anderen gern berühren lassen und wo nicht, vgl. *Suvilehto/Gleree/Dunbar/Hari/Nummenmaa*, Topography of social touching depends on emotional bonds between humans, Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA 112 (2015), 13811 ff., abrufbar unter: <http://www.pnas.org/content/112/45/13811> (zuletzt abgerufen am 29.7.2018).

²² Vgl. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 184h Rn. 20.

²³ § 218 Abs. 1 StGB-Österreich sieht eine höchstens sechsmonatige Freiheitsstrafe vor; Art. 198 Abs. 2 StGB-Schweiz sogar nur eine Geldstrafe. Krit. auch *Fischer* (Fn. 7), § 184i Rn. 14.

Jahren für besonders schwere Fälle nach Abs. 2, namentlich die gemeinschaftliche Begehung²⁴ – auch wenn man ihn mit den Strafdrohungen der §§ 174 bis 174c StGB vergleicht. Für die Berücksichtigung von solchen Übergriffen durch Gruppen reicht der Strafraum von Abs. 1 völlig aus, so dass dem Vorschlag, Abs. 2 zu streichen (S. 85 f., 311), zuzustimmen ist.

Das Merkmal der körperlichen Berührung „in sexuell bestimmter Weise“ soll nach mehrheitlicher Auffassung der Kommission objektiviert werden, weil die Aufklärung der subjektiven Motivation schwierig sei und es Handlungen gebe, die zwar sexuell motiviert seien, aber die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers nicht verletzen, z.B. wenn jemand eine Hand auf das Knie lege (S. 83 f., 309 f.).²⁵ Die Diskussion erinnert ein wenig an den Streit bei § 184h StGB, ob objektiv neutrale Handlungen allein durch die Motivation des Handelnden zu einer sexuellen Handlung werden können.²⁶ Für eine subjektivierte Auslegung besteht auch bei § 184i StGB kein Anlass. Vielmehr ist die sexuelle Konnotation der Körperberührung aufgrund einer Würdigung der Beziehung zwischen den Beteiligten zu ermitteln.²⁷ Die weitere einstimmige Empfehlung der Kommission, die Subsidiaritätsklausel des § 184i Abs. 1 StGB auf Delikte des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB zu beschränken (S. 310 f.), ist berechtigt, denn ein Taschendiebstahl ist kein vergleichbares Delikt wie die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung.²⁸

Zehn Mitglieder der Kommission stimmten dafür, den ebenfalls neu eingeführten Straftatbestand der Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB) aufgrund handwerklicher Mängel und wegen Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip zu streichen (S. 312 f.). Dem ist zuzustimmen. Zwar rückt die Norm Fälle in den Fokus, die ähnlich wie die sexuelle Belästigung, bisher nicht als Unrecht wahrgenommen wurden. Zu denken ist auch hier an den Zug voller Fußballfans, die aus der Gruppe heraus gegenüber Mitreisenden übergriffig werden. Allerdings bleibt der Verstoß gegen das Schuldprinzip, denn nach § 184j StGB kann auch bestraft werden, wer nichts davon wusste oder nicht damit rechnete, dass aus dieser Gruppe heraus eine Sexualstraftat begangen wird.²⁹

IV. Reformbedarf bei den Kinder- und Jugendschutztatbeständen

1. Sexueller Missbrauch an Kindern

In wenigen Punkten war sich die Reformkommission so einig wie im Festhalten an der absoluten Schutzaltersgrenze von 14 Jahren, bis zu der jedweder Sexualkontakt bei Strafe verboten ist (S. 107 ff., 313 f.). Nun sind absolute Schutzaltersgrenzen grundsätzlich problematisch, weil sie die unterschiedliche Entwicklung der Sexualität – sowohl bei Jungen und Mädchen als auch individuell – nicht berücksichtigen.³⁰ Eine praktikable Alternative ist jedoch nicht ersichtlich. Kinder und Jugendliche müssten in jedem Einzelfall umfassend begutachtet werden; die Feststellung des Vorsatzes würde unlösbar. Um eine normative Festsetzung bestimmter Altersgrenzen kommt man also nicht herum.³¹ Jedoch geht es viel zu weit, wenn altersgemäße „Knutschereien“ zwischen nahezu Gleichaltrigen vom geltenden Recht kriminalisiert werden. So verurteilte beispielsweise im Jahr 2011 das *AG Arnstadt* einen zum Tatzeitpunkt 14jährigen Schüler, der seine noch 13jährige Klassenkameradin mit ihrem Einverständnis am Hals geküsst hatte, so dass ein „Knutschfleck“ sichtbar war. Außerdem hatte er mehrfach ihr bedecktes Geschlechtsteil berührt. Aufgrund der Verurteilung wegen sexuellen Kindesmissbrauchs ordnete das *AG Erfurt* gemäß § 81g StPO eine DNA-Analyse an, was erst vom *BVerfG* gestoppt wurde.³² Und das soll laut Auskunft von verschiedenen Staatsanwälten kein Einzelfall sein! Die Konsequenz einer zwanzigjährigen Eintragung (§ 46 Abs. 1 Nr. 3 BZRG) ins erweiterte Führungszeugnis schließt solche Jugendliche von vielen Berufsmöglichkeiten von vornherein aus. Das ist absurd, da es sich in der Regel um altersgemäße Sexualität handelt. Diese Problematik wurde in der Kommission diskutiert (vgl. S. 109 f.), ohne dass man sich jedoch zu einem konkreten Vorschlag durchringen konnte. Immerhin wird mit knapper Mehrheit empfohlen, durch eine Regelung im StGB sicherzustellen, dass Sexualkontakte bei einem geringen Altersunterschied straflos bleiben sollen (S. 314 ff.). Ein Vorbild wären gleitende Schutzaltersgrenzen wie in Österreich oder der Schweiz.³³ Die Rückkehr zum minder schweren Fall bei § 176 StGB (S. 316)³⁴ ist dafür jedenfalls keine Lösung.

²⁴ Ebenso *Fischer* (Fn. 7), § 184i Rn. 15.

²⁵ Zu einem entsprechenden Formulierungsvorschlag s. *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 328, die zudem den Tatbestand als absolutes Antragsdelikt ausgestalten will. Die Reformkommission sah das anders (vgl. S. 88 f.).

²⁶ S. dazu – zu Recht verneinend – *Hörnle*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 184h Rn. 4 m.w.N.

²⁷ Wobei man über die Bewertung des Beispiels durch die Reformkommission streiten kann; vgl. dazu *Renzikowski* (Fn. 8), § 184i Rn. 8 m.w.N.; auch der *BGH*, NJW 2018, 2655 (2656 f.) hat entschieden, dass es nicht allein auf die sexuelle Motivation des Täters ankommt, auch eine demütigende Berührung kann die sexuelle Selbstbestimmung missachten.

²⁸ Das entspricht auch der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 30, die sich allerdings im Gesetzeswortlaut nicht niedergeschlagen hat, wie es auch der *BGH*, NJW 2018, 2655 (2657 f.), sieht.

²⁹ Zu den Problemen des § 184j StGB s. *Fischer*, „Straftaten aus Gruppen“ (§ 184j StGB) – Ein Lehrstück zwischen Horden, Dogmatik und deren Simulation, in: FS Neumann, 2017, S. 1089 ff.; dagegen

hält *Hörnle*, BRJ 2017, 57 (61 f.) dieses Haftungsmodell für attraktiv und verallgemeinerbar. Die dahinter stehende Furcht vor Menschenmengen ist nicht neu, vgl. *Le Bon*, Psychologie der Massen, 1895, kann aber eine Kriminalisierung schwerlich tragen. Man müsste konsequenterweise schon jede Menschenansammlung verbieten.

³⁰ Krit. deshalb *Baurmann*, Sexualität, Gewalt und psychische Folgen, 2. Aufl. (1996), S. 76; *Schetsche*, MschrKrim 1994, 201 (209).

³¹ *Hörnle*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), Vorb. § 174 Rn. 60 und 70.

³² *BVerfG*, StV 2014, 78 – freilich ohne die strafgerichtliche Verurteilung zu kritisieren.

³³ S. §§ 206 Abs. 4, 207 Abs. 4 StGB-Österreich; Art. 187 Abs. 2 StGB-Schweiz. *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 319 schlägt für Strafflosigkeit vor, dass der Täter nicht mehr als zwei Jahre älter als das Opfer ist.

³⁴ Gestrichen durch das SexualdelÄndG v. 27.12.2003 mit der hanebüchenen Begründung, es stelle für die Opfer eine nicht unerhebliche seelische Belastung dar, wenn die gegen ihre Person gerichtete Straftat als minder schwer eingestuft werde und wenn vor Gericht darüber verhandelt werden müsse (BT-Drs. 15/350, S. 17).

Wenn die Kommission gleichwohl mit deutlicher Mehrheit die Wiedereinführung eines minder schweren Falls bei § 176 Abs. 1 und 2 StGB vorschlägt, dann entspricht dies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und trägt der großen Bandbreite möglicher sexueller Handlungen Rechnung. Taten, die die Erheblichkeitsschwelle des § 84h Nr. 1 StGB nur knapp überschreiten, müssen nicht mit mindestens sechs Monaten bestraft werden. Zu Recht weist die Kommission auf den Widerspruch hin, dass ein minder schwerer Fall des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176a Abs. 1 StGB gemäß Abs. 4 nur mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten bedroht ist (S. 112 f., 316 f.). Angesichts der ungebrochenen Beliebtheit der Verbrechenlösung im politischen Raum dürfte dieser Vorschlag es am schwierigsten haben.

Weitere Empfehlungen betreffen Einzelheiten der Ausgestaltung von § 176 StGB. So soll § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB künftig auf sexuelle Handlungen ausgedehnt werden, die der Täter von einem Dritten an sich selbst vornehmen lässt, denn hierbei handelt es sich nicht (immer) um eine sexuelle Handlung des Täters selbst (S. 113 f., 317 f.). Das Anbieten eines Kindes oder die Verabredung zum sexuellen Missbrauch nach § 176 Abs. 5 StGB soll sich künftig nicht mehr auf die Tatbestandsvarianten des Abs. 4 Nr. 3 („Grooming“) und 4 (Einwirken durch Pornographie) beziehen (S. 123 f., 318 ff.). Beiden Empfehlungen ist zuzustimmen, aber die Reformvorschläge greifen insgesamt zu kurz. Bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hat die Kommission es verpasst, die von der Praxis geforderte Strafbarkeit des untauglichen Versuchs³⁵ einzuführen (vgl. S. 114 ff.), was allerdings eine Restriktion dieser zu weit gefassten Alternative auf die Vorgaben von Art. 23 der Lanzarote-Konvention und Art. 6 RL 2011/93/EU³⁶ erfordert hätte (die Kommissionsmehrheit hat dies abgelehnt, vgl. S. 130). Ein Vorbild für eine derartige Regelung wäre § 208a StGB-Österreich.³⁷ Irritierend ist auch die mehrheitliche Ansicht der Kommission, bei dem Vorbereitungstatbestand des § 176 Abs. 5 StGB solle es abweichend von § 30 StGB weiterhin nicht auf die Ernstlichkeit der Erklärung ankommen (vgl. S. 122 f., 129).³⁸ Diese Strafbarkeit von „Scheinerklärungen“ ist im deutschen Strafrecht einmalig und hat mit dem Rechtsgüterschutz nichts mehr zu tun.³⁹

Auch § 176a StGB wird in mehrfacher Hinsicht als reformbedürftig angesehen. Bemerkenswert ist der mit deutlicher Mehrheit angenommene Vorschlag, die Qualifizierung von Wiederholungstaten als Verbrechen gem. § 176a Abs. 1 StGB zu streichen (S. 174, 322 f.). Diese bereichsspezifische Rückfallklausel ist ein Fremdkörper im StGB⁴⁰ und war ein Zugeständnis an die Anhänger ei-

ner Verbrechenlösung bei § 176 StGB.⁴¹ Auf diesem kriminalpolitisch verseuchten Minenfeld müssen die Erfolgsaussichten dieser zu begrüßenden Empfehlung skeptisch beurteilt werden. Ansonsten geht es um Detailfragen. So soll 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB künftig auch Personen über 18 Jahre erfassen, die ein Kind zum Beischlaf mit einer Person unter 18 Jahren bestimmen (S. 124 ff., 320 f.). Weiterhin soll Abs. 3 (Kindesmissbrauch zu pornographischen Zwecken) einen minder schweren Fall erhalten (S. 127, 321 f.).

2. Sexueller Missbrauch an Schutzbefohlenen

Die Strafvorschriften gegen den sexuellen Missbrauch an Schutzbefohlenen sind bislang auf § 174 StGB und § 180 Abs. 3 StGB (als Überbleibsel der alten Vorschrift gegen Kuppelei) verteilt. Es wäre deshalb sinnvoll, sie in einer Vorschrift zusammenzuführen, wie die Kommission vorschlägt, wobei für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt einheitlich ein geringerer Strafraum (Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe) angeregt wird (S. 134 ff., 323 f.). Zugleich wird einstimmig empfohlen, § 174 StGB auf sexuelle Handlungen mit oder vor Dritten zu erweitern (S. 324 f.). Kontrovers wurde das Merkmal der Erregungsabsicht in Abs. 3 diskutiert, welches sich seit der Änderung von § 176 StGB durch das 6. StrRG in keinem anderen Sexualdelikt mehr findet. Um bei § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB sozialadäquate Handlungen der Eltern auszunehmen, verlangt die Rspr. bei sexuellen Handlungen vor einem Kind einschränkend die Absicht, es derart in die sexuelle Handlung einzubeziehen, dass es den Vorgang mitbekommt.⁴² Aus diesem Grund empfiehlt die Kommission mehrheitlich, die Erregungsabsicht nur im Hinblick auf die Nr. 2 zu streichen, denn sie spielt keine Rolle für die Bestimmung des Schutzbefohlenen, sexuelle Handlungen vor dem Täter vorzunehmen (S. 326). Andererseits sind Umstände kaum vorstellbar, in denen Sexualkontakte zwischen Ausbildern oder Betreuern vor dem Schutzbefohlenen sozialadäquat sind.

Die Empfehlungen Nr. 24 und 25 beziehen sich auf die Systematik des § 174 Abs. 1 und 2 StGB, die grundlegend umgestaltet werden soll. Bislang differenziert § 174 StGB folgendermaßen: Für Personen zu 16 Jahren, die dem Täter zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung anvertraut sind oder die einer entsprechenden Institution angehören, ergibt sich aus Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 ein absolutes Abstinenzgebot. In Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 wird der Schutz bei Jugendlichen bis zu 18 Jahren insofern erweitert, als nunmehr auch Dienst- und Arbeitsverhältnisse erfasst sind, und zugleich auf den Missbrauch der Abhängigkeit beschränkt. Auf den „kleinen Inzest“ nach Abs. 1 Nr. 3 StGB soll hier nicht

³⁵ Vgl. BR-Drs. 422/1/14, S. 3.

³⁶ Beide knüpfen die Strafbarkeit jeweils an eine konkrete Verabredung und nicht bereits an die erste Kontaktaufnahme wie § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB. Krit. zur weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit Fischer (Rn. 7), § 176 Rn. 15.

³⁷ Mit einer zudem viel präziseren Beschreibung der Tatmittel anstelle des unpassenden Schriftenbegriffs, vgl. Renzikowski (Fn. 8), § 176 Rn. 44, nämlich Telekommunikation, die Verwendung von Computersystemen sowie die Täuschung über die wahre Absicht. S. auch den Vorschlag von Bezjak, ZStW 130 (2018), 321 (332 f.).

³⁸ Ebenso BT-Drs. 15/350, S. 18; BGH, NStZ 2013, 224.

³⁹ S. Renzikowski (Fn. 8), § 176 Rn. 61; vgl. auch den Vorschlag von Bezjak, ZStW 130 (2018), 321 (333) – wenn man nicht überhaupt auf diese Vorschrift verzichten will, die sich etwa im Strafrecht unserer Nachbarländer nicht findet.

⁴⁰ Zu den damit verbundenen Problemen s. Renzikowski (Fn. 8), § 176a Rn. 13 ff. m.w.N.

⁴¹ S. dazu Kreß, NJW 1998, 633 (639).

⁴² Vgl. BGHSt 49, 376 (380 f.); BGH, NStZ 2011, 633; abl. u.a. Bezjak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestands des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, 2015, S. 315 ff.

eingegangen werden.⁴³ Die Kommission sprach sich einstimmig dafür aus, die Abstufung nach zwei Schutzaltersgrenzen aufzugeben und die Norm einheitlich für alle Minderjährigen neu zu fassen und bei der Abhängigkeit durch ein Erziehungs- oder Betreuungsverhältnis jegliche Sexualkontakte zu verbieten, während bei es (für alle Jugendlichen einheitlich) bei Dienst-, Ausbildungs- und Arbeitsverhältnisse auf den Missbrauch der damit verbundenen Abhängigkeit ankommen soll (S. 132 f., 326 ff.). Umstritten war dagegen die Empfehlung Nr. 25 zu § 174 Abs. 2 StGB, die nur mit knapper Mehrheit beschlossen wurde: Die Alternative nach Nr. 1 StGB soll gestrichen werden und aus der verbleibenden Alternative nach Nr. 2 soll das Ausbildungsverhältnisse herausgenommen werden (S. 328 ff.). Damit werden Personen in Erziehungs- oder Betreuungsinstitutionen unabhängig von ihrem Alter einheitlich davor geschützt, dass pädagogisches Personal ihre Abhängigkeit zu Sexualkontakten missbräuchlich ausnutzt.⁴⁴

3. Sexueller Missbrauch an Jugendlichen

Wenige Streichungsempfehlungen waren so eindeutig wie diese: Einstimmig empfiehlt die Kommission die Streichung von § 180 Abs. 1 StGB. Die Förderung an sich erlaubter Sexualkontakte sei nicht strafwürdig. Das Kuppeleiverbot sei ein Relikt aus früherer Zeit mit dem Anliegen, jungen Menschen keine Gelegenheit zu außerehelichen sexuellen Handlungen zu geben (S. 144 f., 330 f.). Tatsächlich geht es um den Schutz einer bestimmten Sexualmoral,⁴⁵ wie auch das problematische Erzieherprivileg nach S. 2⁴⁶ beweist. Dieser Empfehlung kann man nur zustimmen.⁴⁷

Bei § 182 Abs. 3 StGB sprach sich die Kommission mehrheitlich für die Beibehaltung der Altersgrenzen auf Opfer- und Täterseite aus (S. 145 f., 331 f.). Dass die Altersvorgaben „in der Bevölkerung verinnerlicht“ seien (S. 332), ist angesichts der sehr geringen praktischen Bedeutung dieser Tatbestandsalternative nicht viel mehr als eine Floskel. Die Probleme liegen anderswo: Entweder jemand ist – aus welchen Gründen auch immer – (noch) nicht in der Lage, über seine Sexualität zu disponieren, dann leuchtet die Altersgrenze für den Täter nicht ein. Oder das Gesetz betrachtet das Altersgefälle von mindestens fünf Jahren als ein widerlegliches Indiz für die strafwürdige Ausnutzung eines Machtgefälles.⁴⁸ Diese Vorstellung lässt sich aber nicht mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen.⁴⁹ Die Überlegung, § 182 Abs. 3 StGB verlange vom Rechtsanwender eine „kontextsensible Analyse der

sozialen Interaktion“ in jedem Einzelfall⁵⁰ ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht vereinbar: Jedes Sexualdelikt beruht darauf, dass das Opfer seine sexuelle Selbstbestimmung gegenüber dem Täter nicht durchsetzen konnte, was immer vom Kontext abhängt. Das Gesetz muss aber angeben, welcher Kontext für die Strafbarkeit relevant ist.⁵¹

Die Empfehlungen Nr. 28 und 29 beziehen sich auf entgeltliche Sexualkontakte mit Jugendlichen. Die Kommission schlägt einstimmig vor, § 180 Abs. 2 StGB (Vermittlung) und § 182 Abs. 2 StGB (eigene entgeltliche Sexualkontakte) in einer Vorschrift zusammenzufassen. Bei dieser Gelegenheit sollen verschiedene Wertungswidersprüche behoben werden, indem die Altersgrenze von über 18 Jahren für Täter in § 182 Abs. 2 StGB gestrichen und einheitlich auch entgeltliche sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt (wie jetzt schon in § 180 Abs. 2 StGB) erfasst werden sollen (S. 146 ff., 332 ff.). Die unterschiedliche Schutzaltersgrenze von 21 Jahren bei § 232a Abs. 1 StGB ist nach Ansicht der Reformkommission kein Widerspruch (vgl. S. 334).⁵²

V. Der Missbrauch institutioneller Abhängigkeit

Der Missbrauch institutioneller Abhängigkeit wird auf verschiedene Weise von den §§ 174a, 174b, 174c StGB erfasst. Kennzeichnend für diese Delikte ist eine asymmetrische Beziehung zwischen Täter und Opfer, in der Macht und Abhängigkeit ungleich verteilt sind. Da eine Partnerschaft zwischen Gleichberechtigten nicht möglich ist, bewertet das Gesetz die Entscheidung des unterlegenen Opfers nicht als frei.⁵³ Die Kommission sieht auch hier Änderungsbedarf (Empfehlungen Nr. 30–37):

So sollen die §§ 174a ff. StGB durchgehend um sexuelle Handlungen mit Dritten erweitert werden, um einen Gleichklang zu § 180 Abs. 3 StGB herzustellen, bei dem es auch um die Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses geht (S. 158, 335). Ferner soll § 174a Abs. 1 StGB auf Personen ausgedehnt werden, die stationär in einer Einrichtung der Jugendhilfe untergebracht sind (S. 162 f., 335 f.). Damit reagiert die Kommission auf die neuere Rspr. des BGH, wonach der Gesetzeswortlaut eine behördliche Unterbringungsanordnung voraussetzt.⁵⁴ Die von der Kommission angenommenen Schutzlücken⁵⁵ bestehen in diesem Fall jedoch nicht, weil die sexuelle Selbstbestimmung der Jugendlichen in diesen Einrichtungen nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 StGB umfassend geschützt wird.⁵⁶ § 174a Abs. 1 StGB soll weiterhin

⁴³ Vgl. dazu S. 136 f.; die Kommission lehnte eine Erweiterung auf alle in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen ab.

⁴⁴ Vgl. dazu den Gesetzesvorschlag von *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 321 (334).

⁴⁵ So ausdrücklich *Horstkotte*, JZ 1974, 84 (85).

⁴⁶ S. dazu *Renzikowski* (Fn. 8), § 180 Rn. 40.

⁴⁷ S. auch *Weigend*, ZStW 129 (2017), 523 f.

⁴⁸ So die Deutung von *Wolters* in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 182 Rn. 20.

⁴⁹ S. BT-Drs. 18/2601, S. 29; vgl. auch *Hörnle*, in: FS Schöch, 2010, S. 401 (406).

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 29 nach einem Vorschlag von *Hörnle/Klingbeil/Rothbart*, Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwen-

dige Reformen im Strafrecht, o.J., S. 136, abrufbar unter: http://hornle.rewi.hu-berlin.de/Gutachten_Strafrecht_2.pdf (zuletzt abgerufen am 3.8.2018); dort findet sich das Zitat.

⁵¹ *Renzikowski* (Fn. 8), § 182 Rn. 57 f.

⁵² S. demgegenüber *Renzikowski* (Fn. 8), § 232a Rn. 3.

⁵³ *Hörnle* (Fn. 31), Vor § 174 Rn. 41 und 72; vgl. auch Kommission (Fn. 2), S. 155 ff.

⁵⁴ BGHSt 60, 233 (235 ff.).

⁵⁵ Ebenso *Hörnle* (Fn. 31), § 174a Rn. 12.

⁵⁶ Die Begründung der Kommission, § 174a StGB solle neben der sexuellen Selbstbestimmung auch die Integrität der Institution schützen, kann sich zwar auf die h.L. stützen, vgl. *Fischer* (Fn. 7), § 174a Rn. 2 m.w.N., ist aber nicht nur wegen dieses „Scheinrechtsguts“ fragwür-

auf Anstaltspersonal erweitert werden, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist (S. 164 f., 337). Eine entsprechende Schutzlücke wird schon länger beklagt.⁵⁷ Bedenken gegen eine Erweiterung⁵⁸ lassen sich dadurch entkräften, dass die Missbrauchsklausel die Strafbarkeit ausschließt, wenn für den Sexualkontakt jeder Einfluss des Abhängigkeitsverhältnisses ausgeschlossen werden kann.⁵⁹ Schließlich sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b Abs. 1 StGB auf Fälle erweitert werden, in denen es um die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung geht (S. 163 ff., 337 f.). Hierbei handelt es sich vor allem um Personen, die von einem Betreuer untergebracht werden (vgl. §§ 1906 Abs. 2 BGB, 70 ff. FGG), denn die Entscheidung des Betreuungsgerichts gilt nicht als „behördliche Anordnung“.⁶⁰

Auch bei § 174c StGB sieht die Kommission punktuellen Änderungsbedarf. So soll Abs. 1 tatbestandlich eingeschränkt werden, sofern es um Personen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung geht (S. 169 ff., 339). Richtig ist, dass die Behandlung von körperlichen Leiden nicht von vornherein mit einverständlichen Sexualkontakten unvereinbar ist.⁶¹ Eine geeignete Formulierung anstelle der jetzigen Missbrauchsklausel ist allerdings kaum zu sehen und auch die Kommission bietet keine entsprechende Formulierungshilfe an.⁶² Daneben sollen in das tatbestandsmäßige Betreuungsverhältnis auch Vorsorge- und Nachsorgeuntersuchungen einbezogen werden (S. 340). Schließlich soll klargestellt werden, dass eine psychotherapeutische Behandlung i.S.v. § 174c Abs. 2 StGB weder voraussetzt, dass der Täter zugelassener Psychotherapeut nach dem PsychThG ist, noch dass er sich einer ärztlich anerkannten Methode bedient (S. 171 ff., 340 ff.). Der Widerspruch zur Rspr. des BGH ist nur zu berechtigt. Der 1. Senat hat den Täterkreis nach Abs. 2 auf Personen begrenzt, die die Qualifikation nach §§ 5, 6 PsychThG besitzen und darüber hinaus nach der Psychotherapie-Richtlinie anerkanntes Verfahren anwenden,⁶³ obwohl der Gesetzgeber mit dieser Alternative Außenseitermethoden bis hin zu reiner Scharlatanerie erfassen wollte, um gerade diejenigen strafrechtlich verfolgen zu können, die sexuelle Handlungen unter dem Deckmantel einer psychotherapeutischen Behandlung vornehmen.⁶⁴ Diese Rechtsprechung ist auf einhellige Kritik gestoßen und es ist zu hoffen, dass sie sich auch ohne gesetzliche Klarstellung nicht durchsetzen wird. Ein Aspekt wurde in der Kommission leider nicht diskutiert: Der Anwendungsbereich von § 174a Abs. 2 und § 174c StGB ist nahezu deckungs-

gleich.⁶⁵ Hier wäre eine bessere Abstimmung wünschenswert.

VI. Reformbedarf bei den Prostitutionsdelikten

Die Empfehlungen Nr. 42–48 haben Delikte, die die Prostitution betreffen, zum Gegenstand. Die Kommission empfiehlt mit großer Zustimmung, die Delikte zur Prostitution im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB und zum Menschenhandel im 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, soweit diese die Prostitution betreffen, im 13. Abschnitt zusammenzuführen. Letztere betreffen vorrangig die sexuelle Selbstbestimmung und nicht die persönliche Freiheit (S. 346 f.).⁶⁶ Zwar beeinträchtigt der Menschenhandel gem. § 232 StGB die Selbstbestimmung und körperliche Integrität, wenn auch in unterschiedlicher Hinsicht, so dass eine einheitliche Regelung insofern sinnvoll ist.⁶⁷ Allerdings reguliert § 232a StGB spezifisch die Zwangsprostitution und damit Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, so dass hier ein Zusammenführen mit den anderen Prostitutionsdelikten nahe liegt, zumal Widersprüche zu den Regelungen des Sexualstrafrechts bestehen. Beispielsweise enthalten auch §§ 180 Abs. 2, 182 StGB Straftatbestände zum Schutz von Minderjährigen vor der Prostitution mit zum Teil gleichen Tathandlungen, aber unterschiedlichen Schutzaltersgrenzen (hier 18 Jahre, bei §§ 232 ff. StGB 21 Jahre) und unterschiedlichen Strafrahmen. Die Strafuntergrenze für Freier von Zwangsprostituierten liegt mit drei Monaten unter der Mindestfreiheitsstrafe für sexuelle Übergriffe von 6 Monaten nach § 177 Abs. 1 StGB, was den Eindruck erweckt, dass Zwangsprostituierte weniger schützenswert seien.⁶⁸ In den Empfehlungen spiegeln sich derartige Bedenken nicht wider.

Die Straftatbestände der Ausbeutung (§ 180a StGB) und der Zuhälterei (§ 181a StGB) sollen nach einhelliger Auffassung der Kommission zusammengeführt werden, weil sie sich inhaltlich weitreichend überschneiden (S. 203 ff., 347 f.).⁶⁹ Dabei soll die dirigistische Zuhälterei gem. § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB auf Weisungen beschränkt werden, die nach dem ProstG und ProstSchG unzulässig sind (S. 348 f.). Dies entspricht schon jetzt der Praxis der Gerichte⁷⁰ und ist auch durch den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung geboten. Unter dieser Voraussetzung kann auf die schwer verständliche „Beziehungsklausel“ in § 181a StGB, wonach eine Strafbarkeit für die ausbeuterische, dirigistische und fördernde Zuhälterei davon ab-

dig, sondern passt auch nicht zum Gesetz, welches kein absolutes Verbot enthält. Zum „Missbrauch der Stellung“ s. etwa BGH, NStZ 1999, 29, 349.

⁵⁷ Vgl. Hörnle (Fn. 31), § 174a Rn. 19.

⁵⁸ S. etwa Bezjak, ZStW 130 (2018), 318.

⁵⁹ S. Renzikowski (Fn. 8), § 174a Rn. 17 m.w.N.

⁶⁰ Hörnle (Fn. 31), § 174a Rn. 13.

⁶¹ Was BGHSt 56, 226 (230 ff.) m. krit. Anm. Renzikowski, NStZ 2011, 696 ff. leider geflissentlich ignoriert.

⁶² Auch Bezjak, ZStW 130 (2018), 318, hält die Missbrauchsklausel für ausreichend.

⁶³ BGHSt 54, 169 ff. mit abl. Anm. Renzikowski, NStZ 2010, 694 ff.; der Kritik von Fischer (Fn. 7), § 174c Rn. 6b ff. ist nichts hinzuzufügen.

⁶⁴ Sehr klar BT-Drs. 13/2003, S. 4; BT-Drs. 13/8267, S. 7.

⁶⁵ Vgl. Renzikowski (Fn. 8), § 174a Rn. 35.

⁶⁶ S. Renzikowski (Fn. 8), § 232a Rn. 1 m.w.N.; a.A. Bürger, ZIS 2017, 169 (177); Schroeder, NStZ 2017, 320 (321). Zu Vorschlägen für eine Neuregelung s. Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 132 (November 2014), S. 34 ff., 53 f., und – erheblich kürzer – Bezjak, ZStW 130 (2018), 325 f., 335.

⁶⁷ Vgl. auch § 104a StGB-Österreich, Art. 182 StGB-Schweiz.

⁶⁸ S. Renzikowski, KriPoZ 2017, 358 (363); zu weiteren Fraktionen ders., in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), § 232a Rn. 5 f.

⁶⁹ Zur umstrittenen Abgrenzung zwischen §§ 180a und 181a StGB vgl. Renzikowski (Fn. 8), § 181a Rn. 36 ff. m.w.N.

⁷⁰ Vgl. BGHSt 48, 314 (318 f.).

hängt, dass zum Tatopfer Beziehungen unterhalten werden, die über den Einzelfall hinausgehen, in der Tat verzichtet werden zu streichen (S. 214, 349). Damit könnte außerdem das sog. „Vermieterprivileg“ nach § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB⁷¹ abgeschafft werden, wonach ein Vermieter, der Prostituierte ausbeutet, derzeit milder bestraft als der „gewöhnliche“ Ausbeuter nach § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Mit zehn zu zwei Stimmen sprach sich die Kommission für die Freierstrafbarkeit bei Zwangsprostitution (vgl. § 232a Abs. 6 StGB),⁷² aber gegen eine allgemeine Freierstrafbarkeit nach dem schwedischen Modell aus (S. 349 f.). Damit wird die durch das ProstG von 2001 getroffene Unterscheidung zwischen freiwilliger und daher erlaubter Prostitution einerseits und unfreiwilliger und daher rechtlich missbilligter Prostitution andererseits beibehalten.

Schließlich empfiehlt die Kommission, die Straftatbestände der Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und der jugendgefährdenden Prostitution (§ 184g StGB) aufgrund des Ultima-Ratio-Prinzips zu streichen (S. 217 ff., 351 f.). Der beharrliche Verstoß gegen das Verbot, Prostitution nicht an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten auszuüben, verletzt, wie auch die Kommission feststellt, nicht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Für den Schutz der Allgemeinheit vor Belästigungen genügt die Einordnung als Ordnungswidrigkeit zumal das unerlaubte Betreiben eines Prostitutionsgewerbes gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG auch als Ordnungswidrigkeit geahndet wird. Auch um Minderjährige vor aufdringlicher kommerzialisierter Sexualität zu schützen, reicht eine Ordnungswidrigkeit aus.⁷³

VII. Reformbedarf bei §§ 183, 183a StGB

Der Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionismus) wurde in der Kommission kontrovers diskutiert. Einerseits wurde geltend gemacht, dass es sich beim Exhibitionismus lediglich um eine soziale Lästigkeit handelt, andererseits wurde von einer Vorstufe zu einer weiteren Sexualstraftat gesprochen. Zudem war umstritten, ob auch Frauen als mögliche Täterinnen erfasst werden müssten (vgl. S. 236–239).⁷⁴ Letztendlich empfahl die Kommission mit acht zu vier Stimmen, § 183 StGB zu streichen oder, mit neun zu drei Stimmen, den Tatbestand zumindest auf Täterseite geschlechtsneutral zu fassen (vgl. S. 354 f.).⁷⁵ Bei § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) sprachen sich hingegen fast alle Kommissionsmitglieder dafür aus, die Norm zu streichen, weil es sich lediglich um eine bloße Konfrontation mit sexuellen

Handlungen handele, so dass eine Bestrafung aufgrund des Ultima-Ratio-Prinzips nicht gerechtfertigt sei (S. 239, 355 f.). Beide Empfehlungen sind insofern nachvollziehbar, als das Sexualstrafrecht nur Handlungen erfassen sollte, die die sexuelle Selbstbestimmung verletzen. Zudem dürften beide Normen noch im Kontext eines moralisierenden Sexualstrafrechts stehen, wie der Begriff „öffentliches Ärgernis“ zeigt.⁷⁶ Kinder sind vor den Täterinnen und Tätern eines Exhibitionismus und der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses ohnehin durch 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB ausreichend geschützt. Man könnte allenfalls darüber diskutieren, ob das Zeigen von Geschlechtsorganen und öffentliche sexuelle Handlungen in ihrer Intensität und Aufdringlichkeit den Grad einer sexuellen Belästigung erreichen können, so dass von einer Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gesprochen werden kann.⁷⁷

VIII. Reformbedarf bei den Pornographiedelikten

Die Empfehlungen Nr. 55 bis 61 zum Pornographiestrafrecht in den §§ 184–184e StGB wurden entweder einstimmig oder mit nur ein bis zwei Gegenstimmen angenommen. Empfohlen wird, die Straftatbestände in Bezug auf einfache Pornographie zu modernisieren, weil die Verbreitung von Pornographie inzwischen weitgehend über das Internet erfolgt (Nr. 60, S. 356 f.). Dementsprechend sollen die Verbote des § 184d StGB, Pornographie über den Rundfunk oder Telemedien zu verbreiten, in die Regelungsgehalte der §§ 184–184c StGB integriert werden (S. 352 f.). Diesem redaktionellen Vorschlag ist zuzustimmen, insbesondere der unübersichtlich gefasste § 184 Abs. 1 StGB ist hinsichtlich der dort in den Blick genommen Verbreitungswege veraltet.

Die Kommission empfiehlt, Verbote in Bezug auf einfache Pornographie auf den Jugendschutz zu reduzieren (Nr. 55, S. 240 ff., 356 f.). Damit würde insbesondere das Verbot ungewollter Konfrontation gegenüber Erwachsenen (§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB) entfallen, weil sich Erwachsene ungewollten Inhalten leicht selbst entziehen können. Letzterem ist zuzustimmen⁷⁸ Auch § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB sollte gestrichen werden, allein schon weil die Auslandsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland kein Aspekt sexueller Selbstbestimmung sind. Zweifelhaft – und offenbar innerhalb der Kommission höchst umstritten (vgl. S. 246 f.) – ist allerdings, ob es des Schutzes Jugendlicher vor einfacher Pornographie bedarf. Denn mit den Ergebnissen der neuere Wirkungs- und Nutzungsforschung Pornographie lässt sich eine schädliche Wirkung des Konsums einfacher Pornographie nicht hinreichend

⁷¹ Dessen Handhabung in der Rechtspraxis ohnedies fragwürdig ist, s. *Renzikowski* (Fn. 8), § 180a Rn. 45.

⁷² Gegenüber § 177 Abs. 1 und 2 StGB ist § 232a Abs. 6 StGB freilich überflüssig, s. *Renzikowski* (Fn. 8), § 232a Rn. 7, was in der Kommission anscheinend nicht näher erörtert wurde.

⁷³ Vgl. zum Ganzen auch *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 306, die ein Bedürfnis zum Schutz von Minderjährigen aber gänzlich verneint.

⁷⁴ Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes rügt bereits *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (89 ff.); das *BVerfG*, Urt. v. 22.3.1999 – 2 BvR 398/99, BeckRS 1999, 30052472 hatte indes keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 183 StGB.

⁷⁵ Eine geschlechtsneutrale Fassung enthält etwa Art. 194 StGB-Schweiz. Gegen eine Streichung auch *Bezjak*, ZStW 130 (2018),

303 f., aber die Begründung einer Kriminalisierung mit der Notwendigkeit therapeutischer Betreuung beweist eigentlich schon, dass das Strafrecht das falsche Regelungsinstrument ist.

⁷⁶ Vgl. auch *Weigend*, ZStW 129 (2017), 513 f., 519 ff.

⁷⁷ Auch insoweit findet sich Anschauungsmaterial im schweizerischen Strafrecht, vgl. Art. 198 Alt. 1 StGB-Schweiz, dazu – krit. – *Kummer*, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, 2002, S. 41 ff., 64 ff.

⁷⁸ Dies steht schon länger in der Kritik, vgl. nur *Hörnle* in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 184 Rn. 8; § 184 Rn. 5; *Schreibauer*, Das Pornographieverbot des § 184 StGB, 1999, S. 266; *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 232.

belegen, wie auch der von der Kommission angehörte Sachverständige darlegte (vgl. S. 242–245). Hinzu kommt, dass der von § 184 Abs. 1 StGB normierte reine „Bewahrschutz“ weder faktisch funktioniert noch Jugendliche darin unterstützt, sich in der Auseinandersetzung mit Pornographie zu eigen- und sozialverantwortlichen Personen in Bezug auf die Pornographienutzung zu entwickeln.⁷⁹ Angezeigt ist vielmehr die Förderung von Kompetenzen im Umgang mit Pornographie.⁸⁰

Einer kritischen Bewertung hätte auch der Begriff der Pornographie selbst unterzogen werden können. Es bestehen immerhin erhebliche Bedenken hinsichtlich dessen Bestimmtheit und dessen unzureichender Fokussierung auf eine Verletzung oder Gefährdung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung.⁸¹

Mit großer Mehrheit empfiehlt die Kommission, den Tatbestand der Verbreitung von Tierpornographie in § 184a StGB zu streichen, weil er keine Verhaltensweisen erfasst, die die sexuelle Selbstbestimmung gefährden (Nr. 56, S. 248 ff., 357 f.). Diese Norm lässt sich nicht auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zurückführen und ist ein Überbleibsel moralisierenden Strafrechts.⁸²

Die Tatbestände der Kinder- und Jugendpornographie wurden in der Kommission in vielerlei Hinsicht diskutiert (vgl. S. 247–272). Letztendlich empfiehlt die Kommission, in den Begriff der Kinderpornographie in § 184b Abs. 1 Nr. 1 b StGB statt Darstellungen einer „unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung“ „aufreizende geschlechtsbetonte“ Haltungen einzubeziehen, weil Kinder derartige Haltungen auch unwillkürlich im Schlaf, also auf natürliche Weise einnehmen (S. 254 f., 358).⁸³ Das Strafmaß von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe für den Besitz von Kinderpornographie in § 184b Abs. 3 StGB wird als ausreichend erachtet, der Strafraum dürfe nicht zu Ermittlungszwecken angehoben werden (S. 256 ff., 358 f.). Die Definition der jugendpornographischen Schrift in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB soll der der kinderpornographischen Schrift in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB angepasst werden, da § 184c StGB anders seine Auffangfunktion nicht erfüllen könne (S. 359 f.).

Schließlich wird empfohlen, die Strafbarkeit für klar als solche erkennbare fiktive Kinder- und Jugendpornographie entfallen zu lassen, da eindeutig künstliche Darstellungen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht verboten werden müssen. Denn durch derartige Darstellungen würden weder Kinder noch Jugendliche in ihrer sexuellen Selbstbestimmung verletzt und eine Nachah-

mung stehe nicht zu befürchten (Nr. 61, S. 260 ff., 361 f.).

Diese Empfehlung folgt dem Ansatz, die Pornographiedelikte auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu fokussieren.⁸⁴ Dies entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben. Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention lässt Ausnahmen von der Strafbarkeit nicht nur bei ausschließlich simulierten, sondern auch wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Darstellungen zu. Die RL 2011/93/EU erfasst gem. Art. 2 lit. c) nur reale oder simulierte Darstellungen als Kinderpornographie.

IX. Fazit

Die von der Kommission einstimmig empfohlene grundlegende Neuordnung und Neusystematisierung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (S. 180 ff., 343) ist eine hohe Herausforderung an den Gesetzgeber.⁸⁵ Die Reformkommission hat dazu in zweieinhalbjährigen Diskussionen wesentliche Vorarbeiten geleistet, die im vorliegenden Buch in kompakter Form dokumentiert sind. Der Bericht dokumentiert den Stand des Sexualstrafrechts auf einem sehr hohen Niveau. Es ist zu hoffen, dass er nicht in irgendwelchen Schubladen verschwindet, auch und gerade weil die Entrümpelung des Strafrechts und die Streichung von Straftatbeständen unpopulär sind und die Gerichte unter den ständigen Reformen des Sexualstrafrechts ohnehin zu leiden haben.

Wenn man unabhängig von den Einzelheiten, über die man immer streiten kann, etwas kritisieren möchte, dann dies: Es ist schade, dass man bei Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber so wenig rechtsvergleichend über den Tellerrand des deutschen Rechts blickt. Wie sich gezeigt hat, enthalten die Strafgesetzbücher Österreichs und der Schweiz eine Fülle von Anregungen, wie man es besser – oder vielleicht auch besser nicht so – machen könnte. Ungeachtet dessen lohnt sich die genaue Lektüre, denn der Bericht enthält eine umfassende Kritik des Sexualstrafrechts (und eben auch eine der ersten umfassenden kritischen Betrachtungen des 50. StÄG), die sich konsequent am strafrechtlich notwendigen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung orientiert. Zudem bleibt es bei gesetzgeberischem Handlungsbedarf. Dieser besteht insbesondere im Hinblick auf eine klare und systematische Fassung der Straftatbestände des sexuellen Übergriffs und der sexuellen Nötigung, eine Abschaffung des § 184j StGB, eine Vereinheitlichung der Regelungen zur Prostitution, eine Modernisierung des Pornographiestrafrechts und dessen Fokussierung auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.

⁷⁹ Vgl. dazu *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 308; *Lenz*, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht, 2017, S. 305–325, 369; *Schmidt*, in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, S. 333 (337–340).

⁸⁰ *Schmidt*, in: dies. (Hrsg.), Pornographie, 2016, S. 149 (165–169).

⁸¹ Vgl. dazu *Schmidt* (Fn. 79), S. 342 f.; *H. Schumann/A. Schumann*, Sicherheitsdenken, in: *FS Seebode*, 2008, S. 351 (367); *Marc Liesching*, Jugendmedienschutz in Deutschland und Europa, 2002, S. 78, 81.

⁸² Vgl. dazu *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 184a Rn. 4; *Greco*, RW 2011, 275 (297, 301); *Beisel*, ZUM 1996, 859

(861).

⁸³ Im Verhältnis zur Ausdrucksweise in Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention („jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen oder jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken“), ähnlich Art. 2 lit. c RL 2011/93/EU, bleibt die Definition der Kinderpornographie in § 184b Abs. 1 StGB mit unklaren Wertungsprädikaten aufgeladen.

⁸⁴ Vgl. *Hörnle* in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 184b Rn. 5.

⁸⁵ *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 328 ff. zeigt, wie eine solche Neuordnung aussehen könnte.

Die erkennbare Willensbarriere gem. § 177 Abs. 1 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Mit der Implementierung der kryptischen „Nein heißt Nein“-Formel¹ im neuen § 177 Abs. 1 StGB hat die Gesetzgebung die Strafbarkeit aufgedrängter Sexualität erweitert. In die Rolle des tatbestandsmäßig angegriffenen Opfers gedrängt zu werden setzt keine Nötigung mehr voraus.² Strafbar ist bereits jeder sexuelle Übergriff gegen den erkennbaren Willen der betroffenen Person. Dieser neue Maßstab für die Bewertung unerwünschter Sexualhandlungen als Straftat bewahrt den fachlich Interessierten nicht vor Verständnis- und Auslegungsproblemen. Wer – wie der Verfasser – das Interesse theoretisierend in der behaglichen Atmosphäre des universitären Dienstzimmers oder der heimischen Gelehrtenstube ausleben kann, dem hat der Gesetzgeber damit eine Freude bereitet. Praktiker, die an der Front der Strafrechtsanwendung mit der Festlegung des subsumtionsrelevanten Norminhalts und der prozessrechtskonformen Feststellung der zu subsumierenden Tatsachen betraut sind, werden weniger begeistert sein.³ Enttäuschung bereitet das Gesetz möglicherweise sogar denjenigen, die sich eine spürbare Ausdehnung des Strafrechts und einen korrespondierenden Zuwachs an Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts⁴ erhofft haben.⁵ Die folgenden Ausführungen werden zeigen, dass nach Ansicht des Verfassers die neue Strafbarkeitsregelung Ungereimtheiten enthält, deren Effekt auf die Reichweite des Strafrechtsschutzes gegen sexuelle Übergriffe ein strafbarkeitseinschränkender ist.

I. Einführung

Schon vor der Umgestaltung des Sexualstrafrechts durch das 50. StÄG⁶ war ein straftatbestandsmäßiger Angriff auf die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung notwendig mit der Überwindung einer Willensbarriere oder der Ausnutzung schwächebedingten Fehlens einer solchen Barriere verbunden. Strafbar war nur der Täter, der entweder das Opfer mit qualifizierten Mitteln genötigt (§ 177 StGB) oder des Opfers konstitutionsbedingte Widerstandsunfähigkeit ausgenutzt hatte (§ 179 StGB). Wer mit dem sexuellen Geschehen wirklich einverstanden ist, braucht vom

Täter nicht genötigt zu werden und wird es auch nicht. Die Zustimmung des Rechtsgutsinhabers ist bei Tatbeständen mit Nötigungskomponente – so auch bei § 177 StGB a.F.⁷ – tatbestandsausschließendes Einverständnis.⁸ Erschleichen eines Einverständnisses durch Täuschung begründete keine Strafbarkeit aus § 177 StGB.⁹ Da auch krankheits- oder behinderungsbedingt sowie körperlich widerstandsunfähige Menschen ein Recht auf ein Sexualleben haben, müssen sie Sexualpartner haben können, die sich durch ihr Handeln nicht strafbar machen. Strafbarkeit aus § 177 StGB oder § 179 StGB konnte also dadurch ausgeschlossen werden, dass der Wille der betroffenen Person – bzw. im Fall der Einwilligungsunfähigkeit ein normatives Willensäquivalent¹⁰ – nicht entgegenstand. Gab es eine solche Zustimmung nicht und wurde der Willenswiderstand durch Nötigung gebrochen, lag eine strafbare Verletzung der negativen sexuellen Selbstbestimmung vor. Dabei war es nicht Voraussetzung, dass der entgegenstehende Wille irgendwie explizit oder konkludent geäußert wurde. Auch auf Erkennbarkeit für den Täter oder Dritte kam es nicht an. Unkenntnis des Nichteinverständnisses als solche gab und gibt es nicht, allenfalls die irige Annahme eines Einverständnisses. Diese kann als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum Einfluss auf die Strafbarkeit haben, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.¹¹

Nach jetzt geltendem Recht kommt es auf einen „erkennbaren Willen“ der betroffenen Person an und zwar auch dann, wenn der Täter die willensbrechenden Mittel einsetzt,¹² die nach altem Recht den Tatbestand der sexuellen Nötigung (§ 177 StGB a.F.) erfüllen: § 177 Abs. 5 StGB n.F.¹³ Daraus entsteht zwangsläufig die Frage, welche strafrechtliche Bedeutung ein zwar vorhandener, aber nicht erkennbarer entgegenstehender Wille hat. Hinzu kommen Probleme der denkbaren verschiedenen (Fehl-)Vorstellungen des Täters in Bezug auf den Willen und seine Erkennbarkeit. Insgesamt lassen sich zahlreiche Fälle bilden, in denen die Elemente Wille, Erkennbarkeit und Tätervorstellung unterschiedlich in Erscheinung treten und zudem unterschiedlich miteinander kombiniert sind (z.B.: Wille ist nicht erkennbar, Täter kennt ihn

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Zutreffend Fischer, ZEIT online („Fischer im Recht“) v. 28.6.2016: „Ein schön klingendes Schlagwort, das aber in der Praxis kaum etwas erklärt oder erleichtert“.

² Hörnle, NStZ 2017, 13 (14); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 1; Wolters/Noltenius, in: SK-StGB, Bd. IV, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 6.

³ Deckers, StV 2017, 410 ff.; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186).

⁴ So wird das geschützte Rechtsgut bezeichnet, vgl. Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. (2015), § 10 Rn. 3; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (183); Lackner/Kühl-Heger, § 177 Rn. 1; Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 177 Rn. 1; Wolters/Noltenius, in: SK-StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 8.

⁵ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (184): „§ 177 StGB n.F. weckt daher falsche Erwartungen bei denjenigen, die sich ... eine häufigere Bestrafung unwillkommener sexueller Handlungen erhofft haben.“

⁶ Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 4.11.2016, BGBl I, S. 2460.

⁷ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

⁸ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder/, StGB, 29. Aufl. (2014), Vorb. § 32 Rn. 31.

⁹ Ebel, NStZ 2002, 404 (407).

¹⁰ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 179 Rn. 12.

¹¹ Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 177 Rn. 13.

¹² Nötigung ist zur Erfüllung des Tatbestandes aber auch bei § 177 Abs. 5 StGB keine Voraussetzung, El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (160).

¹³ Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 2), § 177 Rn. 13.

gleichwohl; Wille ist erkennbar, Täter hat aber weder vom Willen noch von seiner Erkennbarkeit Kenntnis). Die Herausforderungen an die Strafrechtsdogmatik sind also vielfältig und nicht einfach. Den Gepflogenheiten des Gesetzgebungsverfahrens sind dogmatische Glasperlenspieleleien jedoch eher fremd. Deshalb kommen manchmal Gesetze zustande, denen man ansieht, dass ihre Schöpfer nicht alle mehr oder weniger realitätsnahen Konstellationen durchdacht haben. Was man alles bedenken könnte und in die Normgestaltung einfließen lassen sollte, wird dann erst nach und nach sichtbar, während das Gesetz schon lange in Geltung ist. Im Folgenden soll untersucht werden, in welchem Umfang dies auf den neuen § 177 StGB zutrifft.

II. Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB – Überblick

1. Objektiver Tatbestand

a) Entgegenstehender Wille

Aus dem Gesetzestext geht deutlich hervor, dass zum objektiven Tatbestand ein tatsächlicher Wille der betroffenen Person gehört, der die vom Täter selbst vorgenommenen oder veranlassten sexuellen Handlungen ablehnt.¹⁴ Auf der Opferseite ist also mehr erforderlich als das Fehlen eines Einverständnisses. Nicht ausreichend ist somit eine Tatsituation, in der die betroffene Person überhaupt keine aktuelle voluntative Einstellung zu dem Tatgeschehen hat. Die Vornahme sexueller Handlungen an einem „willenlosen“ Opfer erfüllt den objektiven Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB nicht. Mit der Konstruktion eines „mutmaßlichen Gegenwillens“ kann der daraus resultierenden Straflosigkeit nicht begegnet werden.¹⁵ Das durchbräche die Wortlautgrenze und verstieße gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Zumindest teilweise wurde Strafbarkeitslücken durch die ergänzenden Tatbestandsvarianten des § 177 Abs. 2 StGB gesetzgeberisch vorgebeugt. Fraglich ist allerdings, ob damit tatsächlich alle relevanten Fallkonstellationen erfasst sind.

b) Erkennbarkeit

Wieso die Strafbarkeit von der objektiven Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens abhängen soll, obwohl der Täter gemäß § 15 StGB die innere Ablehnung seitens des Opfers ohnehin kennen muss,¹⁶ ist eines der Rätsel, die das neue Gesetz aufgibt.¹⁷ Eine nur innerliche nicht erkennbare ablehnende Haltung begründet auch dann keine

Vollendungsstrafbarkeit, wenn sie dem Täter bekannt ist (zur Versuchsstrafbarkeit unten IV 2).¹⁸ Gewiss schützt das Erkennbarkeitsmerkmal gutgläubige Täter vor haltlosen Bezichtigungen. Jedoch bedarf dieses Schutzes nicht, wer trotz Nichterkennbarkeit¹⁹ Kenntnis vom entgegenstehenden Willen hat.²⁰ Auf der anderen Seite schränkt das Erfordernis der Erkennbarkeit die Strafbarkeit untauglicher Versuche ein (s.u. IV 2). Dies ist zwar ein wünschenswerter Effekt. Allerdings dürfte dieser ohne nennenswerte praktische Bedeutung sein. Wohl kein Sexualpartner einer tatsächlich konsensualen sexuellen Interaktion wird auf die Idee kommen, gegen den anderen eine Strafanzeige zu erstatten und diese darauf zu stützen, dass jener gemeint haben könnte, er/sie – der/die Anzeigegeratter/in – sei nicht einverstanden gewesen. Für die Bestimmung der Umstände, aus denen auf den entgegenstehenden Willen zu schließen ist, soll es auf die Perspektive eines „objektiven Dritten“ ankommen.²¹ Ist der entgegenstehende Wille nicht für jedermann, sondern nur für den über Sonderwissen verfügenden Täter – z.B. den Ehepartner oder Lebensgefährten des Opfers – erkennbar, liegt danach keine tatbestandsmäßige Situation vor. Auch diese strafbarkeitseinengende Anreicherung des objektiven Tatbestandes hat das Potential zu Strafbarkeitslücken.

c) Sexuelle Handlungen usw.

Die Beschreibung des tatbestandsverwirklichenden Täterverhaltens in § 177 Abs. 1 StGB ist teilweise unklar und insoweit kaum mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren.²² Hinreichend konturiert ist allein die *erste Variante* „sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt“. Der Täter berührt hier den Körper des Opfers in einer Weise, die den sexuellen Charakter der Handlung unzweideutig zum Ausdruck bringt.²³ Was der Täter aber tun muss, um die *zweite Variante* „von ihr vornehmen lässt“ zu verwirklichen, geht aus dem Gesetzestext nicht hervor. Gewiss ist irgendeine Art von Einwirkung auf das Opfer erforderlich, damit dieses zur Vornahme sexueller Handlungen veranlasst wird.²⁴ Indessen gibt der Gesetzestext nicht den Hauch eines Hinweises darauf, wie diese Einwirkung konkret beschaffen sein muss und wer deren Urheber sein kann, nur der Täter oder auch ein Dritter? Nahe liegender Weise wird man eine Art Nötigung verlangen müssen.²⁵ Eine Täuschung reicht nicht aus, weil das Opfer in diesem Fall keinen erkennbaren entgegenstehenden Willen bildet.²⁶ Fraglich ist überhaupt, wie der erkennbar entgegenstehende Wille zur willentlichen Vornahme sexueller Handlungen passt.²⁷ Vollkommen offen ist zudem, welche Beziehung des vom Opfer zu

¹⁴ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (163).

¹⁵ A.a.O.

¹⁶ A.a.O., S. 167; Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 56.

¹⁷ Nach Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 47 versteht sich hingegen das Erfordernis der Erkennbarkeit von selbst. Von jeder Person könne erwartet werden, „ihren Willen eindeutig und klar auszudrücken“. Die Frage ist aber, warum das überhaupt eine Voraussetzung der Strafbarkeit sein soll.

¹⁸ Hörnle, NSTZ 2017, 13 (15); Wolters/Noltenius, in: SK-StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 12.

¹⁹ Da die „Erkennbarkeits“-Indizien einem „objektiven Dritten“ den Schluss auf den entgegenstehenden Willen ermöglichen müssen, ergibt sich die Erkennbarkeit nicht zwangsläufig daraus, dass der Täter den Willen der betroffenen Person tatsächlich kennt.

²⁰ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187).

²¹ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 5; Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 47.

²² Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186).

²³ Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 45.

²⁴ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

²⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 50.

²⁶ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (164).

²⁷ Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 50.

vollziehenden sexuellen Aktes zu irgendeinem davon betroffenen menschlichen Körper – dem eigenen, dem des Täters, dem eines Dritten²⁸ – erforderlich ist. Sicherlich ist es vom Gesetzestext gedeckt, wenn der Täter jemanden zur Masturbation überredet.²⁹ Ob jedoch zur Begründung der Tatbestandsmäßigkeit darüber hinaus notwendig ist, dass dies nicht privatissime „im stillen Kämmerlein“ oder auf einer Toilette, sondern vor jemand anderem – dem Täter, einem Dritten – geschieht und von diesem beobachtet wird, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen.³⁰ Auch bei der *dritten Variante* „zur Vornahme oder Duldung ... bestimmt“ bereitet das Erfordernis des erkennbaren entgegenstehenden Willens Probleme.³¹ Wenn der Täter das Opfer durch Vorspiegelung von Entgeltzahlungswilligkeit zur Vornahme sexueller Handlungen motiviert, existiert jedenfalls während des durch Täuschung erschlichenen Opferverhaltens keine Willensbarriere.

2. Subjektiver Tatbestand

§ 177 Abs. 1 StGB normiert ein Vorsatzdelikt. Es gilt § 15 StGB, eine gesetzliche Anordnung von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gibt es nicht. Das Merkmal „Erkennbarkeit“ ist zwar eine typische Fahrlässigkeitskomponente. In dem tatbestandlichen Zusammenhang, in dem hier die Erkennbarkeit steht, kann man dem Merkmal nicht die Funktion zuschreiben, eine verkappte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einzuführen.³² Ausreichend ist *dolus eventualis*. Vorsatzgegenstand sind alle objektiven Tatbestandsmerkmale, also auch der – von den seine Erkennbarkeit begründenden Umständen zu unterscheidende – entgegenstehende Wille.³³ Da die Erkennbarkeitsindizien zum objektiven Tatbestand gehören, muss der Vorsatz des Täters sich auch auf sie beziehen.³⁴

III. Willensmängel beim Tatbestandsmerkmal „gegen den erkennbaren Willen“

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn das Opfer gar kein Opfer ist, weil sein Wille der sexuellen Handlung nicht entgegensteht, mag dies erkennbar sein oder nicht.³⁵ Der objektive Tatbestand ist auch nicht erfüllt, wenn ein entgegenstehender Wille des Opfers nicht erkennbar ist, mag dieser innerlich vorhanden sein oder nicht. Erörterungsbedarf erzeugen verschiedene Varianten von Willensmängeln. Willensmangelbehaftet sein kann das Fehlen eines entgegenstehenden Willens bzw. die Nichtkundgabe dieses Willens oder das Bilden eines entgegenstehenden Willens bzw. dessen Kundgabe. Bildet das Opfer auf Grund eines Irrtums keinen entgegenstehenden Willen

oder unterlässt es irrtumsbedingt dessen Erkennbarmachung, ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Die Ursache des Irrtums ist unerheblich. Auch eine – vom Täter oder einem Dritten begangene – Täuschung vermag das Fehlen des Gegenwillens oder der Erkennbarkeit nicht zu kompensieren.³⁶ Beispiele: (1) Der Täter nähert sich dem Opfer in der Dunkelheit und spiegelt erfolgreich vor, der Lebensgefährte zu sein. (2) Eine Frau äußert kein „Nein“, weil sie glaubt, der Täter wisse ohnehin, dass sie keinen sexuellen Kontakt wünsche.

Anders verhält es sich mit Gewalt und Drohung:³⁷ Wendet jemand diese Nötigungsmittel an, um Widerstand zu unterdrücken, führt er damit beim Nötigungsadressaten keine innerliche Zustimmung herbei. Die innere Ablehnungshaltung bleibt bestehen, ihre Erkennbarkeit ergibt sich daraus, dass der Täter die Willensbarriere mit Gewalt oder Drohung durchbrechen muss. Wo jemand einen anderen mit Gewalt oder Drohung dazu bringt etwas zu tun oder zu dulden, besteht für den neutralen Beobachter Grund zu der Annahme, diese Mittel sind zur Überwindung eines entgegenstehenden Willens notwendig.

Einen tatsächlich entgegenstehenden Willen bildet auch, wer sich irrtümlich Umstände vorstellt, die ihn zu dieser Willenshaltung motivieren. Hält eine Frau ihren in der Dunkelheit sie sexuell berührenden Freund oder Ehemann irrtümlich für einen Fremden und stößt sie deswegen den Mann zurück, sind sowohl entgegenstehender Wille als auch Erkennbarkeit gegeben. Die Irrtumsbehaftetheit ändert daran nichts. Aus einem „Nein“ wird kein „Ja“, weil die Person die Umstände verkannt hat und bei klarer Sicht der Dinge „ja“ gesagt hätte. Schutzwürdigkeit des „Opfers“ und korrespondierende Strafwürdigkeit des „Täters“ würde aber niemand ernsthaft behaupten. Im Medizinstrafrecht operiert die Rechtsprechung in Situationen, die der hiesigen ähneln, mit der „hypothetischen Einwilligung“. Die Strafrechtslehre bringt dieser dogmatischen Erfindung aber wenig Sympathie entgegen.³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang das gewünschte Strafflosigkeitsergebnis auf eine hypothetische Nichtablehnung zu stützen, würde wahrscheinlich Zustimmung zum Ergebnis, nicht aber zur Begründung hervorrufen. Das ist gewiss so lange ungefährlich, wie die Beziehung intakt ist, denn eine Strafanzeige wird es unter diesen Umständen nicht geben. Bedenklich ist aber, dass das Sexualstrafrecht ein Instrument ist, das „als Waffe gegen den ehemaligen Partner eingesetzt werden kann“.³⁹

Anders als bei einem irrtümlich gebildeten entgegenstehenden Willen liegen die Dinge in Fällen der Nötigung:

²⁸ In der Aufzählung der Varianten bei Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 44 tauchen sexuelle Handlungen des Opfers an sich selbst nicht auf.

²⁹ Bezjak, KJ 49 (2016), 557 (561).

³⁰ Nach Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 49 ist räumliche Anwesenheit des Täters und Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch diesen nicht erforderlich; ebenso Hörnle, NStZ 2017, 13 (14).

³¹ Löffelmann, StV 2017, 413 (415).

³² Anders Fischer, ZEIT online („Fischer im Recht“) v. 28.6.2016: „Hier haben wir es mit einem Fahrlässigkeitstatbestand zu tun“; richtig El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165); Hörnle, NStZ 2017, 13 (16); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187).

³³ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165); Renzikowski, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 56.

³⁴ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187).

³⁵ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (163).

³⁶ A.a.O., S. 164.

³⁷ Entgegen El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (164) ist das nicht problematisch.

³⁸ Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2018), 15/35; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. (2018), Rn. 598.

³⁹ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165).

Wer innerlich „ja“ sagt, nach außen aber wider Willen ein deutliches „Nein“ kundtut, weil ein Dritter dies von ihm unter Übelsandrohung erwirkt hat, errichtet keine wirkliche innere Willensbarriere. Die Eltern, die ihrer 16-jährigen Tochter mit Stubenarrest drohen, wenn sie nicht dem gleichaltrigen Klassenkameraden, der zu sexuellen Annäherungen haud ingrata neigt, ein klares „Stopp“-Signal zeigt, bauen mit ihrer Nötigung keinen strafrechtlichen „Schutz“ für ein „Rechtsgut“ auf, dessen Inhaberin gar nicht geschützt werden will. Ohne tatsächlich entgegenstehenden inneren Willen besteht keine tatbestandsmäßige Situation. Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs ist aber möglich (dazu unten IV 2).

IV. Erkennbarkeit, Kenntnis und Irrtümer

Den Gesamtbereich strafrechtlich erheblicher Fehlvorstellungen des Täters kann man grob in Unkenntnis gegebener Strafbarkeitsvoraussetzungen und irrige Annahme nicht gegebener Strafbarkeitsvoraussetzungen gliedern.⁴⁰ Irrtümer der ersten Kategorie haben die Tendenz zur Entlastung des Täters, bei den Irrtümern der zweiten Kategorie ist es umgekehrt. § 177 Abs. 1 StGB bietet dafür mit den beiden Tatbestandsmerkmalen „entgegenstehender Wille“ und „Erkennbarkeit“ mannigfache Möglichkeiten der Exemplifizierung. Vor allem sind komplizierte Konstruktionen von „Doppelirrtümern“ möglich.

1. Entlastende Irrtümer

Dass der Täter ohne Vorsatz handelt, wenn er bei tatsächlich vorhandenem und auch erkennbarem entgegenstehenden Willen des Opfers irrig annimmt, das Opfer sei einverstanden, ist banal, vgl. § 16 Abs. 1 StGB.⁴¹ Etwas schwieriger wird die Tatbeurteilung, wenn der Täter die Erkennbarkeit wahrnimmt, weil das Opfer „nein“ gesagt hat, er aber dennoch an Konsensualität glaubt, weil die kundgegebene Negation seiner Ansicht nach Teil des „Spiels“ ist, das der/die andere zum Zwecke der Stimulierung treibe. Verweisen kann man hier auch auf den Fall *Gina Lisa Lohfink*: Die Frau rief laut und vernehmlich „Hör auf!“, die Täter glaubten aber, das beziehe sich nicht auf den Geschlechtsverkehr, sondern auf die Aufnahme desselben mit der Videokamera. Der Täter hat zwar Vorsatz bezüglich der Erkennbarkeitsindikatoren.⁴² Aber zum objektiven Tatbestand gehört auch der innere ablehnende Wille, auf den sich der Vorsatz ebenso beziehen muss. Dem Vorstellungsbild des Täters in der skizzierten Situation fehlt dieser Vorsatz, er befindet sich in einem Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.⁴³ Die Bestrafung allein auf den Erkennbarkeitsvorsatz zu stützen, bedeutete den sexuellen Übergriff contra legem in ein Fahrlässigkeitsdelikt umzuformen.⁴⁴

Kennt oder vermutet der Täter den tatsächlich entgegenstehenden Willen des Opfers, nicht aber die äußeren Indizien, die diese innere Willenshaltung erkennbar machen, besteht für den Täter an sich genügend Anlass, von der Tat Abstand zu nehmen oder sich zumindest vorher durch Nachfrage zu vergewissern. Das Gesetz lässt dies jedoch zur Begründung der Strafbarkeit nicht ausreichen.⁴⁵ Erkennbarkeit ist eigenständiges objektives Tatbestandsmerkmal neben dem entgegenstehenden Willen und daher auch Vorsatzgegenstand. Wer das „nein“ des Opfers überhört hat, aber anderweitig die Vorstellung eines entgegenstehenden Willens hat, befindet sich in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.⁴⁶

Die Konstellation des „Doppelirrtums“ betrifft unter anderem⁴⁷ Fälle, in denen der Täter hinsichtlich eines der beiden Tatbestandsmerkmale kenntnislos ist, aber gleichwohl annimmt eine strafbare Tat zu begehen. Diese Fehlvorstellung ist insbesondere in dem letztgenannten Beispiel naheliegend: Der Täter kennt die – objektiv erkennbare – ablehnende innere Haltung des Opfers, nicht aber deren Erkennbarkeit, glaubt jedoch gleichwohl, er mache sich schon wegen der Missachtung dieses entgegenstehenden Willens strafbar. Der Täter geht also von der Geltung eines merkmalsärmeren Straftatbestandes aus, er hat ein über das geltende Recht hinauschießendes Unrechtsbewusstsein. Ein Vorsatz ist das nicht. Denn die Fehlvorstellung erzeugt hier nicht ein inneres Tatbild, in dem das Erkennbarkeitsmerkmal enthalten ist, sondern vielmehr die – dem geltenden Recht widersprechende – Annahme, die Tat sei ohne dieses Erkennbarkeitselement strafbar. Der Täter hat also ein Unrechtsbewusstsein auf der Grundlage einer vorgestellten Tat, die nach geltendem Recht nicht strafatbestandsmäßig ist. Das Fehlen von Vorsatz kann aber niemals durch ein Unrechtsbewusstsein kompensiert werden.⁴⁸ Dass diese zweite Fehlvorstellung die erste (Unkenntnis der Erkennbarkeitstatsachen) nicht neutralisiert, wird deutlicher, wenn das Erkennbarkeitsmerkmal auch objektiv fehlt: dann stellt sich die Tat als strafloses Wahndelikt dar und ist nicht als (untauglicher) Versuch strafbar (dazu unten 2.). Nicht anders ist es hier: Es bleibt dabei, dass der Täter ohne Vorsatz gehandelt hat und sein Verhalten deshalb straflos ist.

2. Belastende Irrtümer

Irrtümer sind belastend, wenn ihre dogmatische Funktion darin besteht, trotz Fehlens der vom Täter irrtümlich angenommenen Strafbarkeitsvoraussetzung eine Strafbarkeit zu begründen. Die Straftaterscheinungsform, die das betrifft, ist der Versuch. Da es sich um Fälle einer von Anfang an fehlenden Strafbarkeitsvoraussetzung handelt,

⁴⁰ Instruktiv die Grobeinteilung von Irrtümern bei *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2015), § 13 Rn. 90 ff.: Unkenntnis – Irrige Annahme.

⁴¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 20; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 57.

⁴² Nach *Renzikowski*, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 57 fehle es bei „ambivalenten Situationen“ an der Erkennbarkeit.

⁴³ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 20 *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 15.

⁴⁴ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB (Fn. 4), § 177 Rn. 56; *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB (Fn. 2), § 177 Rn. 15.

⁴⁵ Zutreffend bezeichnen *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187) die gesetzliche Regelung als „normativ ziemlich sinnlos“.

⁴⁶ Nach *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15) sei eine derartige Konstellation nur bei einem Täter möglich, der über die seltene Gabe des Gedankenlesens verfüge.

⁴⁷ Instruktiv zur thematischen Vielfalt *Haft*, JuS 1980, 430 (432).

⁴⁸ *Haft*, JuS 1980, 588 (589).

geht es um den untauglichen Versuch⁴⁹ und dessen Abgrenzung vom strafflosen Wahndelikt. Der unproblematische Fall des strafbaren untauglichen Versuchs hat bei § 177 Abs. 1 StGB folgende Struktur: Das „Opfer“ hat keinen entgegenstehenden Willen und/oder dieser ist nicht erkennbar. Der Täter glaubt aber irrtümlich, das Opfer lehne die sexuelle Interaktion ab und ein solcher Wille sei erkennbar. Diese Tat ist gemäß § 177 Abs. 3 StGB strafbar. Nicht ausreichend ist bei objektivem Fehlen beider Tatbestandsmerkmale die irrige Annahme nur eines dieser Merkmale: Die sexuell berührte Person hat keinen entgegenstehenden Willen und es existieren auch keine äußeren Indikatoren, die auf einen derartigen inneren Willen deuten. Der Täter glaubt aber, die Person lehne die sexuell konnotierte Aktion ab, obwohl er keine diese Annahme stützenden äußeren Anzeichen wahrnimmt. Strafbare Versuch setzt eine Tat voraus, die den kompletten subjektiven Tatbestand des Delikts erfüllt. Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen.⁵⁰ Das ist nicht der Fall, wenn der Täter sich zwar den entgegenstehenden Willen vorstellt, nicht aber die äußeren Willenerkennbarkeitsmerkmale. Ebenso verhält es sich, wenn der Täter objektiv nicht vorhandene Erkennbarkeitszeichen zu sehen meint, zugleich aber davon ausgeht, dass die Person innerlich mit der sexuellen Handlung einverstanden sei. Kommt in den beiden letztgenannten Konstellationen jeweils die Fehlvorstellung hinzu, die Tat, die der Täter sich vorstellt, sei strafbar, liegt ein straffloses Wahndelikt vor.

V. Schluss

Das Erkennbarkeitsmerkmal hat eine strafbarkeitsbeschränkende Wirkung, die den Täter auch dann begünstigt, wenn er den tatsächlichen inneren Willen des Opfers kennt oder ihn sich irrig vorstellt. In diesen Fällen hat die

Tat aber den materiellen Strafwürdigkeitsgehalt einer vollendeten bzw. untauglich versuchten Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Wenn die Erkennbarkeit daneben dennoch eine eigenständige rechtliche Bedeutung hat, dann liegt diese auf einer anderen Ebene.⁵¹ Die Beschränkung der Strafbarkeit auf Fälle erkennbar entgegenstehenden Willens bewahrt das Strafverfahren vor Angeklagten und Verteidigern, die – nicht ohne Aussicht auf Erfolg – mit sekundärviktimisierenden Nebeneffekten („Sie wollte es doch! Warum hat sie sich denn nicht gewehrt?“ usw.) den entgegenstehenden Willen vehement bestreiten oder zumindest einen Tatbestandsirrtum behaupten. Auch ein Herumstochern im sexuellen Vorleben der einen illegalen Übergriff behauptenden Person („auf dem letzten Betriebsfest hat sie es mit jedem getrieben, der nicht bei drei auf den Bäumen war“) wäre kaum zu vermeiden, wenn der verfahrensgegenständliche Tatverdacht nicht von aussagekräftigen Willensindizien getragen wäre. Mit einer Häufung von in-dubio-Freisprüchen wäre dem Anliegen eines verbesserten Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung kein guter Dienst erwiesen.⁵²

Wie der Fall *Gina Lisa Lohfink* gezeigt hat, können sogar auf der Basis des § 164 StGB die Rollen von Täter und Opfer wechseln. Die Abhängigkeit der Strafbarkeit von objektiver Erkennbarkeit der ablehnenden Opferhaltung macht schon Sinn. Dennoch beschränkt die Platzierung des Merkmals im objektiven Tatbestand die Strafbarkeit in unnötigem Ausmaß. Als Alternative bietet sich die Qualifizierung als objektive Strafbarkeitsbedingung an. Ein „Königsweg“ ist das gewiss nicht. Aber wenigstens entgeht auf dieser dogmatischen Grundlage der Täter nicht der Strafbarkeit, der den entgegenstehenden inneren Willen kannte, obwohl er die äußeren Erkennbarkeitszeichen nicht wahrgenommen hat oder dies zumindest behauptet.

⁴⁹ Zur Abgrenzung von tauglichem und untauglichem Versuch *Mitsch*, in: FS Maiwald, 2010, S. 539 (543).

⁵⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT (Fn. 38), Rn. 939.

⁵¹ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187): Vermischung von Fragen des objektiven und des subjektiven Tatbestandes mit Beweisproblemen.

⁵² *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (185).

Intransparente Ermessensausübung, erschwelter Zugang zum Recht und defizitäre Fehlurteilskorrektur

von Prof. Dr. Carsten Momsen*

Abstract

Die Revisionsgerichte haben die Anforderungen an die Begründung einer Verfahrensrüge in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gesteigert. Der vorerst letzte Schritt ist, dass Revisionsführer nicht nur vorliegende rügevernichtende Tatsachen angeben müssen, sondern die Abwesenheit hypothetischer rügevernichtender Tatsachen darzulegen haben, sog. „negative Tatsachen“. In vielen Fällen wird der Revisionsführer angehalten, Rügen nicht aufzusparen, sondern im Verfahren zu widersprechen. Bemerkte er den Verfahrensfehler erst später oder schreibt der Instanzverteidiger nicht die Revision, kommt es faktisch zu einer Beweislastumkehr für die Zulässigkeit. Ob dadurch die immer wieder behauptete Arbeitserleichterung bei den Revisionsgerichten tatsächlich eintritt, muss bezweifelt werden.

Möglicherweise geht es den Senaten darum, ein möglichst breites und unüberprüfbares Ermessen für die eigene Entscheidung zu sichern. Damit wird in der absoluten Mehrzahl aller Rügen über die Verwerfung als unzulässig oder offensichtlich unbegründet ein Weg eröffnet, die Revisionsentscheidung im Beschlusswege und ohne jede Begründung zu treffen. Vergleichbar unterschiedliche Voraussetzungen findet man bzgl. der Frist, welche für die Revisionsführer völlig unabhängig vom Umfang des Verfahrens nie mehr als einen Monat beträgt, wohingegen für die Tatgerichte häufig eine deutlich längere Urteilsabsetzungsfrist, für die staatsanwaltliche Seite keine vergleichbare Stellungnahmefrist und für die Revisionsgerichte gar keine formelle Entscheidungsfrist existiert. Das selbst eingeräumte Ermessen ermöglicht den Revisionsgerichten, fast wahlweise eine Revision nach formalen oder materiellen Kriterien zu entscheiden. Aus Sicht der Angeklagten und der Verteidigung bleibt das Verfahren vielfach intransparent, die Entscheidung unerklärt.

Dies dient weder der Rechtsprechungsvereinheitlichung noch der Einzelfallgerechtigkeit. Zugleich begibt sich die Revisionsinstanz der ohnehin beschränkten Möglichkeiten, die Mehrzahl der auf Absprachen außerhalb des § 257c StPO beruhenden Urteile zu überprüfen sowie

Fehlurteile aufzudecken und zu korrigieren. Diese Entwicklung ist angesichts des Umstands, dass in der landgerichtlichen Instanz die Revision das einzige reguläre Rechtsmittel ist und einer Verwerfungsquote von weit über 75% unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich. Sie führt nicht nur zu einer Entwertung der Verfahrensrüge, sondern zu einer Relativierung der den Angeklagten schützenden Verfahrensvorschriften.

I. Einleitung

Die heutige Praxis der Revisionsentscheidungen hat nicht nur mit der Vorstellung des Gesetzgebers, sondern auch mit der eigenen Praxis des BGH bis vor etwa fünfundzwanzig Jahren nicht mehr viel zu tun. Revisionshauptverhandlungen sind die Ausnahme geworden.¹ Selbst in umfangreichsten und schwierigsten Revisionsfällen mit rechtsgrundsätzlicher Bedeutung wird heute weithin – kontra vice pro – im Beschlusswege entschieden.² Diese Praxis fußt auf keiner Entscheidung des Gesetzgebers, sondern allein auf der Praxis der Revisionsgerichte selbst, ist also Rechtsfortbildung in eigener Sache.³ Jedoch stellen diese Entscheidungen nur das Symptom einer ausufernden Ermessenspraxis der Revisionsgerichte dar. Problematischer sind die Entscheidungen, die ohne Begründung in der geltend gemachten Rechtsfrage ergehen.

II. Zur Funktion des Revisionsverfahrens

Auch wenn die Revision nach tradierter Auffassung im Vergleich zur Berufung kein „volkstümliches“ Rechtsmittel ist, so ist es für den Betroffenen gleichwohl häufig kaum verständlich, dass mit der Revision nicht vorgetragen werden kann, „wie es wirklich war“, und selbst erfahrene Verteidiger können nur zögernd akzeptieren, dass es kein rechtliches Mittel dagegen gibt, dass das Gericht laut Urteil Beweisergebnisse (etwa Zeugenaussagen) konträr zu dem aufgefasst hat, was ihrem eigenen Erleben der Verhandlung entspricht. Hier liegt die Ursache der (von der Rechtsprechung grundsätzlich zurückgewiesenen) Versuche, das Gericht an bestimmte Beweisergebnisse der Hauptverhandlung zu binden (oder jedenfalls an die Einlassung des Angeklagten, wie er sie verstanden wissen

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin sowie als Verteidiger tätig bei „Hannover und Partner“ Bremen (of Counsel). Der Text ist Grundlage eines Vortrags, gehalten auf der Tagung der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. in Chorin am 14./15.9.2018 – „Die Revision im Zeitalter der Prozessökonomie: Rechtskontrolle versus Ressourcen und Verständigung“. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

¹ Abgesehen von Revisionen der Staatsanwaltschaft, über die grundsätzlich verhandelt werden muss.

² Momsen, in: SSW-StPO, 3. Aufl. (2018), § 349 Rn. 1.

³ Beispiele aus den jüngeren Bänden der Amtlichen Sammlung: BGHSt 55, 11 (3 St: Milderer Gesetz und Verjährung, Auslandszeugen bei Auslandstaten, AWG-Ausfuhrliste); BGHSt 55, 138 (5 StR: Verwertungsverbot für verdecktes Verhör eines inhaftierten Beschuldigten); BGHSt 55, 288 (1 StR: Untreue bei rechtswidrigen Zahlungen [Siemens/AUB]); BGHSt 56, 11 (1 StR: Geiselschießung in Italien im Jahr 1944); BGHSt 56, 203 (1 StR: Verstöße gegen ParteienG als Untreue); BGHSt 56, 196 (4 StR: Amtsanmaßung durch Vortäuschung der Zugehörigkeit zu den Feldjägern).

wollte). Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte oder wenn eine andere Beurteilung nähergelegen oder überzeugender gewesen wäre.

Denn es obliegt dem Tatrichter, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Damit hängt auch zusammen, dass nicht wenige Revisionsbegründungen durch unzulässige Angriffe auf die tatrichterliche Beweiswürdigung geprägt sind, die die formelhafte Erwidern des Generalbundesanwalts oder der Generalstaatsanwaltschaft auslösen, die vom Tatrichter gezogenen Schlüsse müssten nicht zwingend sein, es genüge, dass sie möglich sind (worauf häufig ein ebenfalls nur formelhaft begründeter Verwerfungsbeschluss nach § 349 Abs. 2 StPO) folgt. Die aktuelle Diskussion um die Reform der Dokumentation der Hauptverhandlung ist auch vor diesem Hintergrund zu sehen.

Ermöglicht wird dies durch die Verwerfung als unzulässig sowie die Verwerfung als offensichtlich unbegründet – § 349 Abs. 1 und 2 StPO oder in Kombination von Abs. 2 und 4. Während die Verwerfung als unzulässig an sich gar keine Entscheidung zur geltend gemachten Rechtsfrage zulässt, ermöglicht der sog. „OU-Beschluss“ die Entscheidung ohne Begründung. In beiden Fällen werden die Zwecke der Revisionsrechtsprechung nur unvollkommen erreicht, da sich keine leitende rechtliche Erwägung aus dem Tenor, d.h. der Sanktionsentscheidung ableiten lässt. Da in der Praxis die weitaus meisten Entscheidungen nach Abs. 1 oder 2 ergehen und somit zumindest in vielen Fällen keine Begründung erfolgt, stellt sich die Frage der Dysfunktionalität des Rechtsmittels.

Was die Akzeptanz, genauer gesagt die Akzeptanzfähigkeit von Revisionsentscheidungen betrifft, hängt alles daran, wie überzeugend sie für die Betroffenen ausfallen. Auch wenn es sicherlich in vielen Fällen die beste Begründung nicht vermag, einen verurteilten Straftäter davon zu überzeugen, dass eine langjährige Freiheitsentziehung genau das ist, was er „verdient“ hat,⁴ so kann eine überzeugende Begründung doch in vielen Fällen dazu beitragen. Das gilt auch für die Öffentlichkeit, die eine höchstrichterliche Entscheidung zwar nicht emotional richtig finden muss, aber doch in einem objektiven Sinne als „dem Rechte gemäß“.

Potentiell dysfunktional sind daher Entscheidungen ohne oder ohne überzeugende Begründung. Sie erweisen sich

allzu schnell als Ausdruck richterlicher Autorität, die zwar wichtig und zu respektieren ist, aber niemals die Begründung für eine sachliche Entscheidung darstellen kann. Anderenfalls weicht das Recht letztlich der Autoritätsstruktur, im Ergebnis der Macht zu entscheiden, also der Staatsmacht selbst.⁵ Mag dies auch nicht zwingend zu falschen Entscheidungen führen, so unterminieren nur mit Entscheidungsautorität begründete Richtersprüche den Rechtsstaat auf lange Sicht.

Unmittelbar können sie in einem materiellen Sinne weder zur Einzelfallgerechtigkeit noch zur Rechtsvereinheitlichung, genauer gesagt zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, beitragen. Denn weder kann etwas gerecht sein, was nicht begründet wird noch kann das Recht vereinheitlicht werden, wenn die Kriterien der Vereinheitlichung nicht offengelegt werden. Wiederum: Es muss klar werden welches Recht nach welchen Kriterien angewendet wird, wo die Parallelen zu anderen Konstellationen liegen und wo die Unterschiede. Ist all das nicht erkennbar, wird Macht gleichmäßig ausgeübt, nicht mehr – nicht weniger.

III. Differenzierung von Machtausübung und Rechtsprechung

Begründungslose Entscheidungen sind also offensichtlich dysfunktional, wenn der Zweck der Revision darin liegt, eine einzelfallgerechte Entscheidung herbeizuführen und die Rechtseinheit, besser gesagt Rechtsanwendungsgleichheit. Denn wer nicht weiß, warum der Richter ein bestimmtes Strafmaß für richtig erachtet, kann zwar vergleichen, ob andere Fälle zu ähnlichen Sanktionen führen, aber er findet seine Individualität nicht erklärt. Juristisch gesprochen wird die Bewertung der individuellen Schuld nicht erkennbar.⁶ Ebenso wenig lässt sich erkennen, ob das Recht gleichmäßig angewendet wurde – da keine zwei Fälle in einem durch den Grundsatz der Individualschuld geprägten Strafrecht identisch sein können, kann auch keine Strafe exakt identisch begründet werden.⁷ Damit ist auch kein Vergleich zur Anwendung des Rechts möglich – lediglich zu Auswahl der Sanktion. Das Ergebnis ist und bleibt: Ohne Begründung ist die Verhängung einer Sanktion keine Rechtsausübung, sondern Machtausübung. Und um den Gedanken zuzuspitzen, das Gerichtsverfahren verkümmert letztlich zur Inszenierung der Machtausübung.

Dieser Gedanke findet sich übrigens bereits in der frühen christlichen Ethik⁸ – und er ist kaum irgendwo eindrucklicher formuliert als in *Dostojewskis* Erzählung vom Großinquisitor.⁹

⁴ Frase/Momsen/O'Malley/Washington, in: Ambos et al. (Ed.) Core Concepts of Criminal Law and Criminal Justice, Cambridge, Vol. 1, 2019 (im Erscheinen).

⁵ Hertz/Korff/Rendtorff/Ringeling (Hrsg.) Handbuch der Christlichen Ethik, Band 3, 1982, S. 239 ff.; Maiwald, JZ 2003, 1073 ff.; Momsen, in: FS Jung, 2007, S. 569 ff.

⁶ Momsen, KriPoZ 2018, 76 ff.

⁷ Frase/Momsen/O'Malley/Washington a.a.O. (Fn.4), insoweit sind natürlich auch unveröffentlichte Begründungen nicht zielführend. Aber anders als bei den Entscheidungen des US Supreme Court muss nicht jeder zur Entscheidung angenommene Fall grundsätzliche Bedeutung aufweisen, also auch nicht zwingend zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung beitragen.

⁸ Hertz/Korff/Rendtorff/Ringeling (Hrsg.) Handbuch der Christlichen Ethik, Band 3, 1982, S. 239 ff.; Maiwald, Recht und Macht, JZ 2003, 1073 ff.; Momsen, Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuld-begriff, in: FS Jung, 2007, S. 569 ff.

⁹ Die Brüder Karamasow, 5. Kapitel.

Der Großinquisitor rechtfertigt die „Rechtsprechung“ der Inquisition zur Erhaltung der Institution der Kirche: „Es gibt drei Kräfte, einzig und allein drei Kräfte, die auf ewig das Gewissen dieser schwachen Aufrührer besiegen und fesseln können, zu deren eigenen Glück – diese Kräfte sind: Wunder, Geheimnis und Autorität.“

Und all diese drei Kräfte erscheinen genau betrachtet als nichts anderes als eine inszenierte Macht.¹⁰ Die Autorität verkörpert die Macht der Inquisition, ein Leben nach Belieben und Kirchenräson zu beenden. Wunder und Geheimnis, die Wasser- und Feuerproben, die nach dem unausweichlichen Todesurteil in bizarren Autodafés münden, geben dem Ganzen den Anschein der höheren Legitimation und verdecken den Blick darauf, dass das sogenannte Verfahren den Gipfel vorstellbarer quasistaatlicher Ungerechtigkeit und Menschenverachtung erreichte.

Eugen Drewermann sieht darin einen zentralen Kern christlicher Ethik: „Es gibt kein Recht, irgendjemanden der Häftlinge an seiner Seite zu verurteilen. Sie alle könnten der gleiche Bauer Marai sein. Und also muss man hingehen und verstehen, wie sie wurden, was sie sind. Man muss ihnen zuhören. Ihre Geschichten sich erzählen lassen“.¹¹

Albert Camus schließlich schrieb *Dostojewski* eine geradezu prophetische Begabung zu: „Er hat die Herrschaft der modernen Großinquisitoren und den Triumph der Macht über die Gerechtigkeit vorausgesehen.“¹² *Camus* meinte damit den Faschismus und vor allem den Stalinismus.

Nun sollen hier nicht der Revisionssenat oder der Generalbundesanwalt mit dem Großinquisitor verglichen werden – wenn dann müsste man ohnehin zunächst einmal beide Institutionen zu einer zusammenfassen. Vielmehr geht es darum, dass Entscheidungen, die keine überzeugende Begründung aufweisen, ihre Legitimität allein aus der Autorität des Entscheidungsorgans gewinnen, nicht aus dem Recht. Ebenfalls nur als strukturelle Parallele zu verstehen ist die Überlegung (die sich bei *Camus* wiederfindet¹³), dass im Falle der begründungslosen Rechtsprechung das formale Verfahren wie etwa die Unterschriften oder der Spruch im Namen des Volkes die Funktion der „Wunder und Geheimnisse“ übernehmen.

Und – um sicherzugehen, dass ich hier im Raum gar keine Freunde mehr habe – natürlich spielt der Anwaltszwang insoweit hier ebenfalls die Rolle des Geheimnisses. Denn die Vertretung der Revision durch einen Anwalt oder eine Anwältin suggeriert, dass die inhaltlichen Argumente des Revisionsführers auch von einer in das System integrierten Autorität gehört werden. Die professionelle Verteidigung ist jedoch weder in das Entscheidungssystem integriert noch stellt sie eine entscheidungslegitimierende Autorität dar. Denn die anwaltliche Vertretung kann eben

nicht garantieren, dass das Gericht sich mit dem inhaltlichen Vorbringen befasst. (Hierfür sorgen die §§ 344 und 349, aber auch § 345 StPO).

Der naheliegende Einwand, gute Revisionsanwälte seien sehr wohl dazu in der Lage, baut auf eine Chimäre. Eine Quote von 0% Revisionsanträgen, die weder nach § 349 Abs. 1 noch Abs. 2 StPO abgewiesen wurden, kann höchstens der glückliche Anfänger vorweisen. Es gibt aber auch ein strukturelles Argument, das der systemintegrierten Stellung der Verteidigung entgegensteht, das Ermessen. Ich komme später darauf zurück. Ganz abgesehen davon könnte es in gewisser Weise sogar im Interesse der auf Revisionen spezialisierten Verteidiger liegen, als Teil der Wunder und Geheimnisse zu erscheinen, da es ein exklusives und lukratives Wettbewerbssegment sichert – ein informelles Äquivalent des traditionellen Zulassungserfordernisses in Zivilsachen. Andererseits liegt es nach meiner Kenntnis des Verteidigerselbstbilds eher fern, auch Teil der Autorität sein zu wollen. Man denke um die in emotionaler Schärfe geführte Diskussion um die Rechtsstellung der Verteidigung, Organ oder nicht, wenn ja, wessen ... usw.

Verlassen wir Geschichte, Literatur und Ethik und wenden uns der rein verfahrensrechtlichen Analyse zu.

Welche Entscheidungen sind es, die ohne Begründung ergehen? Es sind die Ablehnungen wegen Unzulässigkeit sowie wegen offensichtlicher Unbegründetheit – also Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO. Diese Beschlüsse enthalten in aller Regel keine Ausführungen des Gerichts zur geltend gemachten sachlichen Rechtsfrage – mag diese dem materiellen oder prozessualen Recht angehören.

Auch wenn sich beide Entscheidungsformen nicht mit der Sache selbst beschäftigen, besteht doch ein struktureller Unterschied: Denn die Verwerfung wegen Unzulässigkeit verweigert dem Betroffenen bereits den Zugang zur Rechtsprüfung, wohingegen Entscheidungen, deren Begründungen nicht offengelegt werden, zwar diesen Zugang gewähren, jedoch Rechtsprechung durch einen Autoritätsspruch ersetzen.

IV. Korrektur von Fehlurteilen als Aufgabe der Revision

Üblicherweise werden die Funktionen der Revision wie oben dargelegt mit Vereinheitlichung der Rechtsprechung und Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit bezeichnet. Das Instrumentarium, mit welchem die Rechtsprechung diese Ziele verwirklichen kann, versucht die sog. „Leistungsmethode“ zu beschreiben.¹⁴ Dementsprechend kann mit dem Rechtsmittel der Revision im Prinzip überprüft werden, was der Revisionssenat „mit Bordmitteln“ entschei-

¹⁰ https://www.ev-kirche-riedenberg.de/fileadmin/mediapool/gemeinden/KG_riedenberg/Dostojewskis_Legende_Der_Grossinquisitor_03.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

¹¹ *Drewermann*, „Daß auch der Allerniedrigste mein Bruder sei. Dostojewski – Dichter der Menschlichkeit“, 2. Aufl. (2004).

¹² *Camus*, *Der Mensch in der Revolte*, 1996; *Tagebücher 1935-1951*, 1995; *Camus a Combat* (Cahiers Albert Camus), 2002.

¹³ *Camus*, *Der Mensch in der Revolte*, 1996; *Tagebücher 1935-1951*, 1995; *Camus a Combat* (Cahiers Albert Camus), 2002.

¹⁴ *Hamm*, *Die Revision in Strafsachen*, 7. Aufl. (2010), Rn. 10 ff.

den kann, d.h. ohne in die tatrichterliche Funktion der Erhebung und Würdigung von Beweisen zur Schuld und Straffrage einzubrechen. Das bedeutet aber, dass die Würdigung der Beweise wie auch deren Erhebung natürlich unter rechtlichen Gesichtspunkten überprüft werden können.

Die Identifizierung und Korrektur von Fehlurteilen ist in Deutschland seit den Untersuchungen von *Peters* bislang empirisch kaum untersucht, lediglich *Eschelbach* hat verschiedentlich Zahlen genannt, deren Validierung aber von dritter Seite (noch) nicht erfolgt ist.¹⁵ Ursache von Fehlurteilen dürften zentral Wahrnehmungs- und Bewertungsverzerrungen, insbesondere sog. „kognitive Dissonanzen“ sein, die darauf beruhen, dass die am Beginn der Ermittlungen gefassten Annahmen nicht mehr von einer unabhängigen Instanz überprüft werden. Eine zentrale Rolle spielt das gegenüber Perseveranz- und Inertiaeffekten notorisch anfällige Zwischenverfahren, welches dazu führt, dass die vor der eigenen Beweisaufnahme vom Tatgericht bereits für schlüssig erklärte Anklage u.U. nur noch überprüft wird, ohne dass es zu einer eigenen unabhängigen Aufnahme und Bewertung der Beweise kommt. Hier spielt natürlich die Qualität der Verteidigung eine zentrale Rolle, aber die strukturellen Defizite, die dadurch verstärkt werden, dass die Verteidigung im deutschen Ermittlungsverfahren kaum Initiativrechte besitzt, können nicht vollständig kompensiert werden.¹⁶

Wie *Eschelbach* völlig zu Recht darlegt, besteht für die Entscheidungen der großen Strafkammern hier eine erhebliche Rechtsschutzlücke, da das Rechtsmittel der Revision auf Grund des sog. „Rekonstruktionsverbots“ sowie der tendenziell abwehrenden Haltung der Revisionsgerichte zu den Erscheinungsformen einer „erweiterten Revision“ praktisch wertlos wird.¹⁷ Die meisten der entsprechenden Rügen werden schon als unzulässig verworfen, da das Revisionsgericht geltend macht, dass der originäre nicht überprüfbare Entscheidungsbereich des Tatgerichts betroffen sei. Will man also geltend machen, dass die Beweiswürdigung des Gerichts auf unüberprüften Vorannahmen beruht bzw. durch Wahrnehmungsverzerrungen geprägt ist, so gelingt dies nur, wenn ein Gericht „sich in den Urteilsgründen verrät“, was selten ist. Anderenfalls bleibt gegenwärtig nur der Weg aus dem Strafverfahren zur Verfassungsbeschwerde oder zur Menschenrechtsbeschwerde, um eine Verletzung des „Fair Trial“

Grundsatzes geltend zu machen. Dass insoweit spezifische Grundrechte verletzt sind, wird allerdings vom *BVerfG* selten angenommen¹⁸ und auch die Menschenrechtsbeschwerde zum *EGMR* ist unsicheres Terrain. Zudem führt sie de facto dazu, dass wie beim verbleibenden, notorisch erfolglosen, Rechtsbehelf der Wiederaufnahme gesetzlich vorausgesetzt, das Fehlurteil zunächst einmal in Rechtskraft erwächst.

Dabei ließe sich die Revision zumindest in Teilbereichen dafür nutzbar machen, Fehlurteile zu vermindern, auch ohne dass die Revisionssenate eine eigene Beweiswürdigung oder gar Erhebung durchführen müssten. Dies würde allerdings voraussetzen, dass die Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen der Tatgerichte heraufgesetzt würden. Konkret müsste dargelegt werden, dass diejenigen Beweismittel, welche die Staatsanwaltschaft in der Anklage benennt, selbstständig durch das Gericht erhoben und neu bewertet wurden. Zudem müsste den Tatgerichten etwas abverlangt werden, was die Revisionsgerichte den Revisionsführern mittlerweile wie selbstverständlich abfordern: Die Darlegung von Negativtatsachen in Bezug auf den angenommenen Sachverhalt. Beides führt nicht zu einer revolutionären Veränderung, da – wie sogleich dargelegt werden wird (VI), die Revisionsgerichte diesen Prüfungsmaßstab in Einzelfällen ohnehin anlegen. Die Situation ähnelt insoweit der ebenfalls zu fordernden Darlegungen in den Urteilsgründen, dass Erkenntnisse aus der Verhandlung einer im Ergebnis erfolglosen Verfahrensabsprache nicht der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden dürfen.¹⁹

V. Revision und Absprachenpraxis

Während die Verfahrensabsprache nach § 257c StPO als fast schon überreguliert zu bezeichnen ist, jedenfalls wenn man die Erfordernisse der Protokollierung betrachtet, ist die Masse der konsensualen Erledigungen im Wege der Einstellung aus Opportunitätsgründen sowie im Wege von Strafbefehlen, des Absehens von Verfolgung aber auch der verschiedenen Erscheinungsformen von Kronzeugenregelungen, ein der Revision in weiten Teilen verschlossenes Dunkelfeld. Hier Abhilfe zu schaffen ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, der eine entsprechende gerichtliche Überprüfung im Ermittlungsverfahren ermöglichen müsste sowie den Ausbau der initiativen Verteidigungsrechte in einem frühen Zeitpunkt, wenn sie (und damit auch die Staatsanwaltschaft) faktisch ohnehin in eine

¹⁵ *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, 30. Ed., Stand: 1.6.2018, § 261 Rn. 69 ff. legt offensichtlich eine hohe Quote von Fehlurteilen zugrunde (die verschiedenen in Verweis genommenen Quellen kommen auf bis zu 25%, wobei die Definition des Begriffs „Fehlurteil“ nicht identisch ist. Richtigerweise wird man „unschuldig Verurteilte“ und mit Blick auf die zunehmende Absprachenpraxis auch qualitativ fehlerhaft Verurteilte in dem Sinne, dass ein Vergehen als Verbrechen verurteilt wird, hierzu zählen können). Diese Zahlen sind zwar argumentativ überzeugend, jedoch nur unzureichend empirisch nachprüfbar. Methodische Kritik kann natürlich auch an den Untersuchungen von *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Bände, 1970-1974 und *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, S. 88 f. (dazu *König*, StV 1998, 113; vgl. auch *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 39) geübt werden, die zu den erwähnten relativ moderaten Zahlen kommen; *Pieplow*, Freispruch 10 (2017), 20 f.

¹⁶ Dazu demnächst ausf. *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint Frühjahr 2019).

¹⁷ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff., 76 f. Zur erweiterten Revision lassen sich (funktional vereinfacht) Anhörungsrügen, Rügen der Aktenwidrigkeit, Inbegriffsrügen u.v.a. Rügen der Unvollständigkeit oder Widersprüchlichkeit der Beweiswürdigung zählen; dazu auch *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 15 ff.

¹⁸ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff.

¹⁹ Dazu ausführlich *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, 2018, S. 593 ff.

Parteirolle gedrängt wird. Die Revisionsgerichte kommen naturgemäß in vielen Fällen gar nicht erst zum Zuge, sofern das Verfahren ohne Urteil beendet wird. Sofern jedoch ein Urteil durch eine der vorgenannten Formen konsensualer Verfahrenshandlungen beeinflusst wird (von der Verfolgung einzelner Taten wird bspw. nach § 154 StPO abgesehen, es kommt zur Hauptverhandlung nach Einspruch gegen den Strafbefehl i.S.d. § 410 StPO oder es ergeht ein Beschluss nach §§ 153 Abs. 2, 153a Abs. 2 StPO), so ist dem Revisionsgericht prinzipiell der Zugriff möglich. Hier wäre jedenfalls eine Praxis wünschenswert wie oben unter IV. vorgeschlagen.²⁰ Zudem fragt sich, ob nicht auch bei einer weitergehenden Begründung der Beschlüsse nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO im Dialog mit den Revisionsführern mittelfristig Konturen einer Überprüfung auf zumindest gravierende Verletzungen des fairen Verfahrens denkbar wären. Damit schließt sich der Kreis zur Frage der Begründung von Revisionsvorbringen einerseits und weitgehend fehlender Begründungspflicht der Entscheidungen der Revisionsgerichte andererseits.

VI. Die Verwerfung der Revision als unzulässig

Der Beschluss nach § 349 Abs. 1 StPO steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Anforderungen an die Revisionsbegründung gem. § 344 StPO. Der Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO steht damit in einem strukturellen Zusammenhang, da sich beide aus den erwähnten Gründen funktional als Autoritätsausübung erweisen und formale Legitimation reklamieren ohne inhaltliche Legitimation offenzulegen.

Über die Anforderungen an die Revisionsbegründung wurden die zentralen Argumente bereits ausgetauscht, zwei Punkte scheinen mir unter grundsätzlichen Erwägungen problematisch. Dies ist zum einen die Monatsfrist nach § 345 Abs. 1 StPO. Denn diese führt unter Umständen zu einer erheblichen und sachlich nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung der Verteidigung in Umfangsverfahren. Nehmen wir als Beispiel, als Extrembeispiel, den NSU Prozess, so steht schon die Urteilsabsetzungsfrist in keinem Verhältnis zur Begründungsfrist. Zudem ist es auch bei einem Verteidigungsteam praktisch nicht vorstellbar, wie die Begründung sorgfältig und fristgerecht erstellt werden können soll. Auch wenn man außer Betracht lässt, dass sich auch in Umfangsverfahren nicht jeder Angeklagte einen Revisionsspezialisten leisten kann, dürfte hier die Grenze des fairen Verfahrens überschritten sein, möglicherweise liegt auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor. Jedenfalls wäre es mehr als überraschend, wenn im Falle der erfolglosen Revision nicht über eine Verfassungsbeschwerde bzw. den Weg zum *EGMR* nachgedacht werden sollte.

Wie könnte man dieses Problem lösen? Entweder durch eine Gesetzesänderung, welche die Begründungsfrist flexibel gestaltet oder durch eine Veränderung des Richterrechts zu § 344 StPO. Da eine Flexibilisierung des § 345 Abs. 1 StPO vermutlich nicht in näherer Zukunft erfolgen wird, stellt sich die Monatsfrist als potentielle Verschärfung der formalen Anforderungen an die Revisionsbegründung dar – die durch die Revisionssenate entwickelten Kriterien müssen ggf. unter massivem Zeitdruck erfüllt werden.

Schauen wir nun auf § 344 StPO, so ist sofort eine ganz zentrale Einschränkung zu machen: Die Sachrüge der Verteidigung ist nicht betroffen. Durch die Möglichkeit, diese als allgemeine Sachrüge zu erheben, besteht keine ernsthafte formale Begründungshürde. Wer als Vertreter der Revision hier versagt, hat schlicht einen Kunstfehler zu verantworten. Die Konsequenz: Für Sachrügen besteht praktisch unbeschränkter Zugang zum Recht in dem Sinne, dass sich das Revisionsgericht mit der vorgebrachten Rechtsfrage befassen muss, wenngleich bei der unausgeführten Sachrüge ein nicht unerhebliches Auswahlermessen besteht, allerdings macht der Revisionsführer insoweit auch kein spezifisches Recht geltend. Es bleiben die Probleme der begründungslosen Autoritätsausübung sowie spezifische Ermessensfragen, auf die im Zusammenhang mit § 349 Abs. 2 StPO einzugehen ist. Ebenso komme ich auf die Revision der Staatsanwaltschaft, für die insoweit höhere Anforderungen gelten, noch zurück.

Für die Verfahrensrüge liegen die Dinge, wie gesehen²¹, völlig anders. § 344 StPO ist hier der Anknüpfungspunkt für die hohen formalen Voraussetzungen, die seitens der Revisionsgerichte an die Begründung gestellt werden²² und damit auch für einen beträchtlichen Anteil an der hohen Misserfolgsquote eingelegerter Revisionen. Dies betrifft aus den o.g. Gründen primär die Verwerfung der Verfahrensrügen nach § 349 Abs. 1 StPO.²³

Die Ratio der allein von den Revisionsgerichten entwickelten über das Gesetz weit hinausgehenden Anforderungen ist zusammengefasst, dass das Revisionsgericht nicht gezwungen sein soll, den gesamten Akteninhalt auf etwaige Fehler durchzusehen. Daher muss die Begründung der Rüge aus sich heraus verständlich sein. Dem Revisionsgericht muss prinzipiell eine rechtliche Würdigung ohne Heranziehung weiterer Aktenbestandteile, insbesondere des Sitzungsprotokolls, möglich sein.²⁴ Unzulässig also etwa die Rüge mit Bezug auf einen Antrag zur Untersuchung von Asservaten, wenn die in dem abgelehnten Antrag zu untersuchenden Gegenstände anhand von Asservatennummern bezeichnet und die Asservatenverzeichnisse nicht vorgelegt wurden.²⁵

²⁰ Vgl. *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, S. 593 ff.

²¹ *Momsen*, in: SW-StPO, § 344 Rn. 1 – auch die an sich zulässig eingelegte Revision, welche aber lediglich aus unzulässigen Verfahrensrügen besteht, ist nach Abs. 1 zu verwerfen.

²² *Zutr. Temming*, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 344 Rn. 1.

²³ *Momsen*, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 1.

²⁴ *Franke*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2013), § 344 Rn. 3; *Momsen*, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 35; zur Kritik allg. s. bspw. Rn. 20, 29 m.w.N.

²⁵ *BGH*, Urt. v. 13.10.2016 – 4 StR 298/16 = *StraFo* 2017, 31.

Sind die den behaupteten Verfahrensverstöß²⁶ enthaltenen Tatsachen nicht angegeben (Abs. 2 Satz 2), ist die prozessuale Rüge nicht wirksam erhoben, also unzulässig. Ebenso, wenn bei mehreren möglichen Verfahrensfehlern nicht dargelegt wird, welcher geltend gemacht wird.²⁷ Es ist – so die Argumentation – nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, nach etwaigen Verfahrensfehlern zu forschen.²⁸ Die Staatsanwaltschaft führt die Aktenstellen, auf die sich die Rügen beziehen (z.B. Teile des Hauptverhandlungsprotokolls) abschriftlich in der Revisionsrechtfertigung an (Nr. 156 Abs. 3 RiStBV; vgl. auch Nr. 162 Abs. 2 RiStBV zur Gegenerklärung), so dass hier ein zumindest geringes Verschlangungspotential gegeben wäre. Beweismittel für den Prozessverstoß braucht der Beschwerdeführer jedoch nicht zu benennen; ist er in der Revisionsinstanz nicht nachweisbar, erweist sich die Rüge als unbegründet; anders aber im Fall der sog. „Aufklärungsrüge“.²⁹

Alle den behaupteten Mangel begründenden Tatsachen sind so vollständig und genau anzugeben, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt,³⁰ wenn die bezeichneten Tatsachen erwiesen werden.³¹ Für die Rüge der Verletzung des § 243 Abs. 4 S. 2 StPO sind, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob verständigungsbezogene – und damit eine Unterrichtungspflicht auslösende – Gespräche stattgefunden haben, Tatsachen zum Inhalt der Erörterungen vorzutragen.³²

Man muss sich fragen, worin der Sinn der Anforderungen bestehen kann. Eine verantwortungsvolle Prüfung der Zulässigkeit zwingt das Revisionsgericht im Prinzip dazu, in vielen Fällen den zitierten Akteninhalt mit der tatsächlichen Akte genau abzugleichen – oder sich schlicht an den Ausführungen der Staatsanwaltschaft, Generalstaatsanwaltschaft oder des Generalbundesanwalts zu orientieren. Worin der zeitsparende Effekt gegenüber einer materiellen Prüfung im Rahmen der Begründetheit liegen soll, lässt sich abgesehen von Ausnahmekonstellationen offensichtlich Zitierungsdefizite kaum begründen. Dies legt wiederum den Verdacht nahe, es gehe tatsächlich weniger um Ressourcenschonung als um die von der Revisionsrechtsprechung selbst vorgenommene Sicherung möglichst großer Ermessensspielräume. Auf die negativen Auswirkungen einer solchen Praxis und den Zusammenhang zur Frage der Legitimation komme ich in Kürze zurück.

Vor dem Hintergrund des Zwecks der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ebenfalls nur schwer vermittelbar ist die Auffassung, dass es an einer bestimmten Behauptung eines Verfahrensmangels fehlen soll, wenn der Verteidiger keine Verantwortung für die Begründung des Mangels übernimmt,³³ ohne dass es entscheidend sein soll, ob der Mangel vorliegt oder nicht. Wiederum liegt insoweit die Annahme nahe, die Formerfordernisse würden um ihrer selbst willen aufgestellt. Da diese Annahme aber nicht sinnvoll ist, bieten sich zwei Erklärungsansätze an. Zum einen könnte es um die Disziplinierung der Verteidigung gehen, sich den Regeln des *Procedere* zu unterwerfen – und einen wenngleich geringen Teil der eigentlich dem Gericht obliegenden Prüfungslast abzunehmen – und damit funktional in das Gerichts*procedere* eingebunden zu werden. In diese Richtung gehen die entsprechenden Hinweise in den Urteilsbegründungen, soweit vorhanden.³⁴ Zu anderen könnte das eigentliche Ziel dieses Formerfordernisses wiederum darin liegen, einen Ermessensspielraum zu schaffen oder zu verbreitern.

Gleiches gilt für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals, der Verfahrensfehler sei als Tatsache zu behaupten – unter Berücksichtigung des § 345 StPO. Denn dass es daran – und an der Form des § 345 Abs. 2 StPO³⁵ – auch fehle, wenn der Rechtsanwalt nur Behauptungen des Angeklagten wiedergebe, ohne zugleich klarzustellen, dass er sie (zugleich) als seine eigenen vorträgt, obwohl die Revisionsbegründung seine Unterschrift trägt, ist mit Blick auf die Zwecke der Revision in höchstem Maße verwunderlich – um nicht zu sagen, grotesk.³⁶ Wenn also aus der Formulierung des § 345 Abs. 2 StPO, die in nichts darauf hindeutet, die Zulässigkeitsvoraussetzung abgeleitet wird, dass der Verfahrensverstoß nicht lediglich als „möglich“ bezeichnet werden oder nur vermutet oder nur die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens „angezweifelt“ werden darf,³⁷ so fällt es hier sehr schwer einen legitimen Grund zu konstruieren. Denn es liegt keinerlei Konnex zu der materiellen Überzeugungskraft der geltend gemachten Bedenken – oder aber zur Bedeutung der Sanktion gegen den Betroffenen vor.

Ähnlich steht es um die Anforderungen an die Rüge, ein Antrag sei unzutreffend abgelehnt worden. Wird die Ablehnung von Anträgen – z.B. eines Befangenheitsantrags

²⁶ Verletzungen des Verfahrensrechts i.e.S. einschl. der EMRK sowie Grundrechtsverletzungen, vgl. BGHSt 19, 277 = JZ 1965, 66 m. Anm. Evers; BGHSt 21, 340; 26, 90; GA 1970, 25; BVerfG, DAR 1976, 239; BayObLG, NJW 1969, 808; OLG Celle, NJW 1969, 1975; OLG Hamm, NJW 1972, 1096.

²⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. (2018), § 344 Rn. 20; BGH, NStZ 1999, 94; BGH, Beschl. v. 8.12.2011 – 4 StR 430/11; Norouzi, NJW 2011, 1526.

²⁸ Ausnahme: von Amts wegen zu prüfende Prozesshindernisse; dazu im Einzelnen Momsen, in: KMR, 54. EL (2009), § 337 Rn. 4, 38 ff.

²⁹ Franke, in: LR-StPO, § 344 Rn. 77.

³⁰ BGH, StV 1984, 454; Rackow, in: HK-GS, 4. Aufl. (2017), § 344 Rn. 10.

³¹ BGH, NStZ 1990, 29; BGHSt 3, 212 (213); 21, 334 (340); 22, 169 (170); BGH, NJW 1969, 2293; 1980, 951; 1292; DAR 977, 179 f.; 1980, 209; BayObLGSt 24, 59; OLG Bremen, VRS 36, 181; 50, 35; OLG Hamm, NJW 1972, 1096; OLG Koblenz, VRS 48, 121; 49, 195; 278; OLG Saarbrücken, MDR 1974, 421; Gericke, KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 344 Rn. 39 m.w.N.; Momsen, SSW-StPO, § 344 Rn. 36.

³² BGH, NStZ 2017, 424; StV 2015, 81; vgl. Momsen, in: SSW-StPO, § 337 Rdn. 73.

³³ BGH, Beschl. v. 22.1.2008 – 1 StR 607/07.

³⁴ A.a.O.

³⁵ Momsen, in: SSW-StPO, § 345 Rdn. 23 ff.

³⁶ Momsen, in: SSW-StPO, § 344 Rn. 39.

³⁷ BGHSt 19, 273; BGHSt 7, 162; 17, 337; NJW 1962, 500; Meyer-Goßner/Schmitt, § 344 Rn. 25.

nach § 24 StPO³⁸, nach § 74 StPO³⁹, nach § 228 StPO⁴⁰, oder eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 StPO⁴¹ – mit der Revision beanstandet, ist in aller Regel der Inhalt des betreffenden Antrags und der Gerichtsentcheidung im Wortlaut mitzuteilen.⁴² Da dem *Senat* sowohl die Akte mit dem Originaldokument als auch die Stellungnahme der Bundesanwaltschaft vorliegt, kann hieraus kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn resultieren. Nicht einmal ein Zeitgewinn. Denn eine gesetzmäßige Prüfung würde die genaue Abgleichung mit dem Originaldokument verlangen, also muss dieses ohnehin gelesen werden – mag die Praxis sich auch gelegentlich diesen Standards der Prüfung verweigern. Ausreichend müsste ein präziser Verweis sein.

Will man nicht ernsthaft annehmen, es sollte den Anwälten die Möglichkeit gegeben werden, zusätzliche Stunden für die unsinnige Schreiarbeit abzurechnen, so ergeben sich wiederum die beiden vorgenannten Erklärungsansätze: Disziplinierung und Ermessenserweiterung. Zudem zeigt sich in der Einräumung des Ermessens hier auch die weitreichend genutzte Möglichkeit, nach nicht offengelegten Kriterien formale und materielle Prüfungen miteinander zu vermischen. Dazu sogleich mehr.

VII. Die Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet

Nur kurz sei noch ein Blick auf die Beschlussverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO geworfen. *Lobe*⁴³, auf den das im Jahr 1922 eingeführte Beschlussverfahren zurückgeht, hielt eine Revision für „offensichtlich unbegründet“, wenn sich „die Unbegründetheit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdrängt“. Demgegenüber kann nach heute gültigem Verständnis des Begriffs „offensichtlich“ von Abs. 2 Gebrauch gemacht werden, wenn der Revisionssenat „einhellig die Auffassung vertritt, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und dass auch die Durchführung der Hauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse erwarten lässt, die Zweifel an dem gefundenen Ergebnis aufkommen lassen könnten“. Das *BVerfG* hat hiergegen keine grundsätzlichen Bedenken.⁴⁴ Einwendungen des Schrifttums sind vergeblich geblieben.⁴⁵ Der Generalbundesanwalt hat sich bei Angeklagtenrevisionen durch die fast ausnahmslose Stellung von Anträgen nach Abs. 2 (in seltenen und sehr eindeutigen erscheinenden Fällen auch nach Abs. 4) angepasst; Terminsanträge sind insoweit fast ausgestorben. Revisionshauptverhandlungen werden heute nur noch über staatsanwaltschaftliche Revisionen (und – seltener – über Revisionen der Nebenklage) und in Fällen herausragender (rechtlicher) Bedeutung durchgeführt. Daneben stehen die (nicht häufigen, zahlenmäßig

schwer abzuschätzenden) Fälle, in denen im *Senat* keine Einstimmigkeit (gleich in welche Richtung) erzielt wurde oder in denen der *Senat* einem Antrag des Generalbundesanwalts nach Abs. 4 nicht folgen will. Wiederum nach Auffassung von *Thomas Fischer* allerdings erfolgt in einer Vielzahl von Fällen erst nach kontroversen Diskussionen eine Einigung im *Senat*, gelegentlich auf Basis sachfremder Erwägungen. Träfe dies zu, wäre die Offensichtlichkeit eine Leerformel, die durch freies Ermessen der Gerichte – und damit entgegen dem Gesetzeszweck – ausgefüllt wird.⁴⁶

Maßgeblich, so heißt es, beruhe diese Entwicklung auf den als unabweisbar empfundenen Bedürfnissen der Praxis. Seit der Wiedervereinigung bewältigt der *BGH* mit nach wie vor fünf Strafsenaten die Revisionen aus 16 Bundesländern; zuvor waren es 11 Bundesländer. Auch durch das verbreitete Institut der Urteilsabsprache hat sich die Zahl der Revisionen nicht entscheidend verringert. Allerdings haben *Alexander Ignor* und *Hartmut Schneider* in der Podiumsdiskussion dargelegt, dass es zu keinem signifikanten Anstieg der Revisionseingänge am *BGH* gekommen ist, sondern sich von gelegentlichen Ausreißern abgesehen ein stabiler Wert von gut 3.000 Eingängen ergibt. Verbleibt als möglicher Grund für Belastungseffekte, dass nicht nur Umfang und Komplexität der tatrichterlichen Urteile, sondern – mehr noch – der Revisionsbegründungen im Durchschnitt erheblich zugenommen haben. Mit dem Urteilsverfahren, bei dem alle fünf Richter alle Unterlagen des Revisionsverfahrens gelesen haben müssen, lassen sich die aktuell eingehenden Revisionen ggf. deshalb ohne Vergrößerung der Zahl der *Senate* nicht bewältigen. Demgegenüber werden beim Beschlussverfahren die Unterlagen des Revisionsverfahrens grundsätzlich nur vom Vorsitzenden und vom Berichterstatter gelesen; die übrigen Senatsmitglieder werden über den Sachverhalt, die erhobenen Rügen und die rechtlichen Probleme ausschließlich durch den (mündlichen) Vortrag des Berichtstatters unterrichtet.⁴⁷ In den Händen qualifizierter, erfahrener und verantwortungsbewusster Richter braucht diese Art der Entscheidungsfindung nicht zu einer Rechtsprechung minderer Qualität zu führen; die Anfälligkeit für Schwächen im Einzelfall ist aber deutlich größer. Zudem fehlt die Transparenz.

Der Stil der *Senate* (und ihre Bereitschaft, doch nicht ganz so selten zu verhandeln) divergiert allerdings erheblich. Das liegt an der Offenheit des Systems und der richterlichen Unabhängigkeit. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten zu beobachtenden Pendelbewegungen bleibt nur die – unbefriedigende – Option, darauf zu vertrauen, dass die Ausschläge nicht allzu groß werden. Gleichwohl: De facto ist die ursprüngliche gesetzgeberische Intention von

³⁸ *Momsen*, in: KMR, § 338 Rn. 40.

³⁹ *BGH*, NJW 1969, 2293; VRS 35, 428.

⁴⁰ *OLG Koblenz*, VRS 49, 278.

⁴¹ *Paulus*, in: KMR, § 244 Rn. 600–605.

⁴² *BGH*, NStZ 2000, 328; vgl. ausf. *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 9. Aufl. (2017), Rn. 496 ff.

⁴³ JW 1925, 1612.

⁴⁴ *BVerfG*, NStZ 2002, 487; umf. Nachw. der Rspr. des *BVerfG* bei *Kuckein*, in: KK-StPO, § 349 Rn. 16.

⁴⁵ *Dahs*, NStZ 2001, 298; *BGH*, Urt. v. 12.10.2000 – 5 StR 414/99; *Fezer*, StV 2007, 40; *Hamm*, StV 1981, 315; *Krehl*, GA 1987, 162; *Kruse*, Die „offensichtlich“ unbegründete Revision in Strafsachen, 1980; *Meyer*, StV 1984, 222; v. *Stackelberg*, in: FS Dünneberg, 1982, S. 365; vgl. auch *Franke*, in: LR-StPO, § 349 Rn. 5 f. sowie die ausf. Darstellung bei *Hamm* a.a.O. (Fn. 13), Rn. 1368 ff.; vgl. die Gesamtdarstellung bei *Rosenau*, ZIS 2012, 195.

⁴⁶ Überzeugende Analyse bei *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 1370.

⁴⁷ Informativ zur Praxis des Beschlussverfahrens *Fischer/Krehl*, StV 2012, 550 ff.

Abs. 5 als Regel – und Abs. 2 als Ausnahmefall⁴⁸ in der Entscheidungspraxis nachhaltig auf den Kopf gestellt, mehr als 3/4 aller Revisionen dürften gegenwärtig allein nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen werden.⁴⁹

Den Bedenken hat die Rechtsprechung der *Senate* zumindest teilweise Rechnung getragen⁵⁰:

So kann die Formulierung des Beschlusses dahin gehen, dass die Revision „als offensichtlich unbegründet verworfen“ wird; wegen der verstörenden Wirkung, die dies für den Angeklagten haben kann, sind heute abgemilderte Formulierungen üblich geworden: „wird nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen“ oder: „wird verworfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten ergeben hat“.

Nähere – und zum Teil sehr in die Breite (und in die Tiefe) gehende Begründungen sind mit dem Bedeutungswandel des Abs. 2 sehr viel häufiger als in früheren Jahren geworden (vgl. oben). In diesen Fällen werden die oben aufgezeigten Legitimationsdefizite weitgehend behoben. Zu einer näheren Begründung ist das Revisionsgericht aber nicht verpflichtet;⁵¹ allerdings entspricht es einer Übung der *BGH-Strafsenate*, beim Abweichen von der Antragsbegründung des Generalbundesanwalts jedenfalls einen kurzen Hinweis auf die vom *Senat* als maßgeblich erachtete Rechtslage zu geben.⁵² Auch hier jedoch eröffnen die Revisionsgerichte sich in der Gesamtbetrachtung einen weiten Ermessensspielraum, um bestimmte rechtliche Fragen herauszuheben, dies müssen einerseits nicht alle sein, die entscheidungsrelevant waren und können andererseits obita dictu auch solche sein, die nicht entscheidungsrelevant sind. Das macht deutlich, dass solchermaßen ausführlich begründete Verwerfungsbeschlüsse tatsächlich als rechtliche Segelanweisungen an die übrigen Gerichte und Staatsanwaltschaften, also die Berufskollegen, adressiert werden und nicht als Begründung der Entscheidung an den Angeklagten.

Damit ließe sich immerhin noch argumentieren, dass wenn der Verwerfungsbeschluss auf die Gegenerklärung des Beschwerdeführers nicht eingeht, dies nur besagt, dass sie den Verwerfungsantrag nicht zu entkräften vermochte – und nicht etwa, dass sie nicht zur Kenntnis genommen worden wäre.⁵³ Allerdings muss hier das Vertrauen in die Autorität die Überprüfung ersetzen.

Problematisch daran ist die angesprochene fehlende Möglichkeit zu überprüfen, nach welchen dieser Kriterien das Ermessen tatsächlich ausgeübt wurde, denn ein signifikanter Anteil der hier zitierten Entscheidungen ist auf Anhörungsrügen (§ 356a StPO) ergangen, mit denen – ausnahmslos vergeblich – geltend gemacht wurde, das Revi-

sionsgericht habe den Revisionsvortrag des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis genommen. Zusammenfassend: Wenn eine Revision (um im Kernbereich des § 349 Abs. 2 StPO zu bleiben) „offensichtlich“ unbegründet ist, so bedarf dies, so umfänglich der Beschwerdeführer auch vorgetragen haben mag, schon begrifflich keiner näheren Begründung, und die Fälle, in denen der Verwerfungsbeschluss vom Revisionsgericht näher (oder gar umfänglich) begründet wird, sind im Regelfall solche des »erweiterten Offensichtlichkeitsbereiches« werden also eigentlich nicht von Abs. 2 erfasst. Hier allerdings setzt durchaus berechtigte Kritik an, welche letztlich Bedenken im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, insbesondere einer Verkürzung des rechtlichen Gehörs, sowie die wenig transparente Entscheidungspraxis geltend macht. Strukturell wird auf eine Verkehrung des gesetzlich intendierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses hingewiesen (s.o.). Mit Blick auf die o.g. Praxis einer extensiven Anwendung der Norm wäre daher unter dem Gesichtspunkt der rechtsfriedensstiftenden Wirkung von verfahrensbeendenden Entscheidungen eine zumindest erläuternde Begründung notwendig.⁵⁴

VIII. Ablehnungsquote

Nimmt man die Entscheidungen nach § 349 Abs. 1 und 2 StPO zusammen, so ist vor allem die hohe Ablehnungsquote problematisch, insbesondere bei landgerichtlichen Entscheidungen, die nur die Revision als Rechtsmittel kennen.

Hier wird, wie erwähnt, der Grenzbereich dessen betreten, was das Rechtsstaatsprinzip für die Ausgestaltung der Rechtsmittel erlaubt. Es gilt der Grundsatz, dass jede Entscheidung durch mindestens ein Rechtsmittel überprüft werden können muss. Dies ist bei Revisionen zum *BGH* in der Realität nicht gewährleistet. Denn bei einer Ablehnungsquote von weit über 50% bedeutet dies, dass der Mehrheit der Angeklagten faktisch eine inhaltliche und transparente Überprüfung der Entscheidung sowie der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens verwehrt wird, in letzterem Fall liegt die Quote sogar über ¾. In einem noch höheren Prozentsatz verweigern die Revisionsgerichte eine Offenlegung der Gründe hierfür (Abs. 1 und 2 zusammengefasst).

Blickt man auf das *Landgericht* als die Eingangsinstanz für Verfahren mit Androhung der schwersten Sanktionen, so ist dieses Fazit – überwiegend erfolgt keine oder keine transparente Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Fragen – erschreckend.

Die Begründung der Revisionsenate, die Formerfordernisse sollten zugunsten des Beschwerdeführers eine gesetzmäßige, sachgerechte und von sachkundiger Seite stammende Begründung gewährleisten⁵⁵ und zugleich

⁴⁸ Rackow, in: HK-GS, § 349 Rn. 1.

⁴⁹ So Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 65.

⁵⁰ Zum Ganzen Momsen, in: SSW-StPO, § 349 Rn. 20 ff., 26 ff.

⁵¹ EGMR, EuGRZ 2008, 274 (276); BVerfG, NStZ 2002, 487; StraFo 2007, 463.

⁵² BGH, StraFo 2004, 212 und 236.

⁵³ So jedenfalls BGH, wistra 2009, 283 und 483.

⁵⁴ Dies gilt letztlich auch bei allgemeinen Sachrügen insoweit als wiederum keine Begründung zur Entscheidung der vorgebrachten Rechtsfrage erfolgen muss. Legitimation durch Autorität.

⁵⁵ So in BGHSt 25, 272 (273); Anm. Meyer, JR 1974, 478; BGH, NStZ 1987, 336.

solle den Revisionsgerichten „die Prüfung grundloser oder unverständlicher Anträge erspart bleiben“⁵⁶, verfängt bestenfalls zum Teil. Denn nochmals: Der Zweck der Revision kann überhaupt nur erreicht werden, wenn die Entscheidungen materiell durch transparent gemachte Erwägungen des Entscheidungsorgans selbst getragen werden.

IX. Das von den Revisionsgerichten selbst geschaffene Ermessen

Die hier aus ganz verschiedenen Perspektiven dargelegte Kritik betrifft systematische Schwächen. Von zentraler Bedeutung ist die ausufernde richterrechtliche Heraussetzung der Begründungsanforderungen. Sie führt dazu, dass in einer Vielzahl von Fällen die eigentliche Rechtsfrage nicht geprüft wird. Das Problem verschärft sich durch die vollständige Verschleifung der Kriterien des § 349 Abs. 2 StPO zur lediglich formalen Einstimmigkeit der Beschlussfassung. Im Ergebnis haben sich die Revisionsgerichte so eine Grundlage dafür geschaffen, weitgehend frei entscheiden zu können, ob sie sich mit der durch die Revision aufgeworfenen Rechtsfrage inhaltlich befassen wollen und ob und wie sie diese Entscheidung begründen wollen.

Das Problem ist also das selbst geschaffene Ermessen, dessen Ausübung praktisch nicht überprüft werden kann. Dies ist, wie vielfach belegt ist, ein typisches Kennzeichen autoritärer Entscheidungssysteme.⁵⁷ Damit ist nichts gesagt über die Qualität und Redlichkeit der Entscheidungsträger. Handeln sie im besten Sinne der Betroffenen, so entsteht wenig unmittelbarer Schaden, aber wenn sie durch andere weniger integre Entscheidungsträger ersetzt werden, hat ein auf Ermessen beruhendes System einer ungerechten Entscheidungspraxis wenig entgegenzusetzen.

Hinzu kommt, dass die Ermessenserweiterung auf zwei Flanken – formale Hürden für die Revisionsbegründung und kaum formale Vorgaben für die Entscheidung – ermöglicht, dass formale und materielle Entscheidungskriterien in weitem Umfang vermischt werden. Letztlich ist das Revisionsgericht nach derzeitiger Praxis fast frei darin, ob eine Revision als unzulässig zurückgewiesen wird oder nicht. Will man eine Frage entscheiden, die mit einer an sich nicht den Anforderungen entsprechenden Begründung aufgeworfen wird, so bleibt sie dennoch i.d.R. im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Wird diese Rüge zur Begründetheitsprüfung zugelassen, obwohl sie nach den richterrechtlichen Kriterien an sich unzulässig wäre, so wird zumindest kein Gesetz verletzt. Die Wirkung von Präjudizien, die bspw. amerikanische Gerichte hier dezidiert binden würden, ist im deutschen Recht gering. Will man hingegen über eine Frage nicht entscheiden, so finden sich in der Regel Unzulässigkeitsgründe. Denn die Revisionsgerichte verweigern sich in den Grenzbereichen zwischen rechtlichen und Beweisfragen der transparenten

Fixierung von Abgrenzungskriterien. Dies betrifft gerade auch diejenigen Kriterien, welche für die Aufdeckung der oben (unter IV und V) diskutierten möglichen Fehlurteile und die Regulierung konsensualer Einflüsse auf die Urteilsfindung von erheblicher Bedeutung sind (s. auch sogleich). Ob das aufgeworfene Problem im Ergebnis nach materiellen oder nach verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten entschieden wird, unterliegt daraus folgend vielfach ebenso dem Ermessen des Revisionsgerichts.

Die potenziell systemzerstörerische Auswirkung übergroßer Ermessensspielräume wird am Beispiel der US-amerikanischen Anklagebehörden sichtbar.⁵⁸ Auch die relativ häufig genutzte Übung der Revisionssenate, im Falle des „OU“-Beschlusses auf jegliche eigenen Ausführungen zu verzichten und sich mit einem Verweis auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts zu begnügen, schafft nur scheinbare Transparenz.

Aus verschiedenen Gründen ist es zudem problematisch, wenn aus der Stellungnahme und dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft auf eine offensichtliche Unbegründetheit geschlossen werden sollte.⁵⁹ Dies ändert sich strukturell nicht, wenn die Grundlage die Stellungnahme der Generalbundesanwaltschaft ist, auf welche das Revisionsgericht lediglich verweist ohne sie sich explizit zu eigen zu machen. Denn wiederum bleibt in vielen Fällen offen, welche der Erwägungen dieser Stellungnahme vom Gericht als tragend angesehen wurden. Zum anderen – und das ist im Ergebnis nicht weniger problematisch – entsteht der Eindruck, die Ansicht der Anklagebehörde werde ungeprüft vom Gericht übernommen. Ungeprüft, da ja die „offensichtliche“ Unbegründetheit dargelegt wird. Handelt es sich um mehr- oder vielseitige Ausführungen der Generalbundesanwaltschaft, so erscheint dem unbefangenen Betrachter vor allem offensichtlich, dass die Unbegründetheit sehr wohl begründungsbedürftig ist und das Revisionsgericht lediglich das von ihm selbst eingeräumte Ermessen ausnutzt, seine Autorität auszuüben, ohne eigene Erwägungen transparent zu machen.

Bedenklich an dieser Praxis ist zudem, dass bereits im Ermittlungsverfahren, vor allem im Zwischenverfahren, aber auch im Hauptverfahren das Tatsachengericht sich vielfach in eine von der Staatsanwaltschaft vorgezeichnete Tatsachenperspektive begibt und tendenziell die mit der Anklage vorgegebenen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen auf Fehler überprüft anstatt sie, wie eigentlich notwendig, durch eine völlig unabhängige Überzeugungsbildung zu ersetzen. U.a. durch die Übernahme der Begründung der Stellungnahme der Generalbundesanwaltschaft in den Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO manifestiert sich diese Problematik.

Hier liegt auf das gesamte Verfahren bezogen ein bedenkliches Risiko für Wahrnehmungsverzerrungen, kognitive

⁵⁶ So in BGHSt 32, 326 (328).

⁵⁷ Zum Mechanismus von Ermessensausweitung, Entformalisierung und Ausgrenzung auf der Ebene politischer bzw. staatlicher Institutionen vgl. *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft, 1986, passim.

⁵⁸ Ausführlich demnächst *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint Frühjahr 2019); *dies.*, in: FS Kindhäuser (erscheint Frühjahr/Sommer 2019).

⁵⁹ Dazu *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2010), Rn. 1373 f.; *Franke*, in: LR-StPO, § 349 Rn. 14.

Dissonanzen und fehlerhafte Bewertungen.⁶⁰ Damit entsteht ein erhebliches Risiko für Fehltritte. Auch wenn man die Zahlen, die *Eschelbach* eindrücklich darlegt, nur schwer verifizieren kann,⁶¹ ist die Gefahr jedenfalls sehr real. Die Revisionsinstanz beraubt sich durch die hier diskutierten Entscheidungsformen in sehr weitem Umfang einer wirksamen Kontrolle.

Das Problem verschärft sich durch die zunehmende konsensuale Beendigung von Verfahren. Eine vergleichsweise wirksame revisionsrechtliche Kontrolle ist bislang nur im Bereich des faktisch nicht schwerpunktmäßig relevanten § 257c StPO möglich. Konsensuale Erledigungen im Ermittlungsverfahren entziehen sich der Prüfung in weitem Umfang und können zudem nur über die Verfahrensrüge erfolgen, die gerade in weitem Umfang der materiellen Überprüfung und Begründung entzogen wird. Nimmt man nur die soeben beschriebenen Entscheidungsstrukturen der Revisionsinstanz hinzu, so kann man nicht ernsthaft davon ausgehen, auch nur einen ungefähren Überblick über mögliche fehlerhafte Entscheidungen zu haben.

X. Fazit – Optionen

Grundsätzlich sollten, soviel dürfte sich aus den Überlegungen bis hierher ergeben, die Ermessensspielräume begrenzt werden und eine Pflicht zur ggf. sehr knappen Begründung für die Ermessensausübung eingeführt werden. Die Revisionsgerichte sollten zumindest die entscheidungsrelevante(n) rechtliche(n) Erwägung(n) kurz darlegen. Berichterstatter werden dies zur Vorbereitung der internen Beratung der Beschlüsse im *Senat* wohl ohnehin in aller Regel machen.

Geht man davon aus, dass weder in absehbarer Zeit eine signifikante Verbesserung der Ressourcen noch eine strukturelle Veränderung des Rechtsmittelrechts erfolgt, sind die Optionen im Übrigen natürlich stark beschränkt.

Als Minimallösung könnte man daran denken, § 349 Abs. 2 StPO durch eine geringe Änderung der Realität anzupassen und – wie *Dahs*⁶² vorschlug – „in ein schriftliches Verfahren ohne diskriminierende Elemente um(zu)gestalten“, etwa dahin, dass das Revisionsgericht durch Beschluss entscheiden kann, „wenn es einstimmig die Revision für unbegründet erachtet und die Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art erwarten lässt“. Ein solcher Beschluss sollte allerdings eigene Ausführungen des Revisionsgerichts zur Rechtsfrage beinhalten müssen. Diese Lösung wurde von der „Reformkommission StPO“, genauer gesagt der „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ in eher zaghafter Weise

übernommen: „23. Schriftliches Revisionsverfahren: Die Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, sollten nicht erweitert werden. Eine generelle Begründungspflicht bei der Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet sollte nicht eingeführt werden“.⁶³ Dass die beschriebenen Probleme damit bestenfalls punktuell gemildert werden können, dürfte einsichtig sein.

Die andere Stellschraube sind die Begründungsanforderungen an die Verfahrensrüge. Hier wäre natürlich, wir sprechen hier ja über Ermessensausübung, eine Flexibilisierung möglich. Denkbar wären Bezugnahmen auf Aktinhalt oder dessen verkürzte Wiedergabe bei Hinweis auf das Sitzungsprotokoll. Allerdings dürfte man unter Gleichbehandlungserwägungen hier nicht etwa ausschließlich in Umfangsverfahren die Anforderungen absenken. Im Ergebnis wäre eine Rückannäherung an die gesetzlichen Vorgaben die Folge. Berücksichtigt man, was an sich im Rahmen einer vollständigen Zulässigkeitsprüfung erforderlich wäre, nämlich die vollständige Durchsicht und Abgleichung der Revisionsbegründung mit den in Bezug genommenen Aktenteilen, so könnte es sein, dass zumindest im Bereich von Verfahrensrügen kein so großer Mehraufwand entstünde, würde die Begründetheit selbst geprüft.

Ein weiterer Vorschlag der Expertenkommission geht dahin, „dass der Verteidigung die Hauptverhandlungsprotokolle zeitnah nach ihrer Fertigstellung und nicht erst mit Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt werden. Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass die Abläufe bei der Protokollerstellung in der Praxis noch verbessert werden könnten“.⁶⁴ Hierdurch können sicherlich positive Effekte erzielt werden, was die Chancen angeht, in umfangreichen Verfahren die Kriterien der Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 StPO einzuhalten. Das Problem fehlender Begründungen ist jedoch schon wegen § 349 Abs. 2 StPO so nicht in den Griff zu bekommen. Es wird jedoch vorhersehbar dann auch zur nochmaligen Ausweitung der Widerspruchslösung kommen, d.h. der Obliegenheit, erkannte Verfahrensfehler sofort zu rügen und nicht für die Revision „aufzusparen“. Dass ein Fehler eventuell tatsächlich erst bei der Anfertigung der Revisionsbegründung aufgefallen ist, kann dann praktisch nicht mehr glaubhaft gemacht werden, sofern das Revisionsgericht nach § 349 Abs. 1 StPO entscheiden will. Für den erst in der Revision hinzukommenden oder die Verteidigung übernehmenden Verteidiger gilt nichts anderes, im Gegenteil. Retrospektiv wird eine korrespondierende Negativtatsache kaum noch dargelegt werden können – als Beispiel sei auf den diskutierten Fall der Kenntnis der Rechte aus § 136 StPO trotz unterlassener Belehrung aufgrund von Vorverurteilungen hingewiesen.

⁶⁰ Ausführlich *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint 2019).

⁶¹ *Eschelbach*, in: FS Widmaier, 2008, S. 127 ff.; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 69 ff., 7; *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg (erscheint 2019).

⁶² NSStZ 2001, 298 (299).

⁶³ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 162 ff.

⁶⁴ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 156.

Es resultiert aus diesen Instrumenten jedoch ein weiterer Negativeffekt, der durch die nicht oder nicht in der Rechtsfrage begründeten Entscheidungen der Revisionsgerichte verschärft wird. Die meisten Verfahrensnormen werden dadurch faktisch verzichtbar. Denn wer nicht nach Erkennen des Verfahrensfehlers unmittelbar rügt, verzichtet auf sein verletztes Verfahrensrecht, verwirkt es genauer gesagt. Damit lebt in der Sache auch ein weiteres, eigentlich erledigt geglaubtes, Problem in neuem Gewande wieder auf. Die Versuche, signifikante Anteile der Verfahrensnormen zu bloßen Soll- und Ordnungsvorschriften abzuwerten, mit der Folge, dass auf ihrer Verletzung das Urteil nicht beruhen kann.⁶⁵ Nur, dass durch eine tendenziell kaum noch beschränkbare Verzichtbarkeit die Verfahrensvorschriften ihrer Funktion als „schützender Formen“ für den Angeklagten gegen Rechtsverletzungen durch das Verfahren weitgehend entkleidet werden. Zwar mag man auf diese Weise eine gewisse Aufwertung der Erfolgchancen für die verbleibenden Verfahrensrügen erreichen. Der Preis, die Schutzwirkung der Normen für den Beschuldigten zu relativieren, ist jedoch zu hoch.

Zudem dürfte es wichtig sein, nicht über die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Wege des freien Ermessens die Arbeitslasten noch weiter auf die Verteidigung zu verschieben. Wenn man bspw. aus §§ 344 Abs. 2, 345 Abs. 1 StPO schließt, der Beschwerdeführer müsse die den Verfahrensfehler begründenden Tatsachen vollständig angeben, so folgt hieraus nach keiner Auslegungsmethode zwingend, dass auch rügevernichtende positive Tatsachen angegeben werden müssten. Schon gar nicht folgt daraus, dass der Revisionsführer sämtliche rügevernichtenden Negativtatsachen (also hypothetische Einwände gegen die Rüge) darzulegen hätte. Zum einen müsste dies theoretisch (Unabhängigkeit von Generalstaatsanwaltschaft/Generalbundesanwalt und Revisionsgericht) ohnehin auch vom Revisionsgericht selbst überprüft werden.

Eine signifikante Arbeitsentlastung des Gerichts dürfte daraus theoretisch nicht folgen, anderenfalls erhöhen sich bspw. wiederum die Gefahren einer unreflektierten Übernahme von Vorannahmen. Zum anderen sind die Revisionsgerichte nicht Willens oder im Stande, die von ihnen angelegten Kriterien in abstrahierender Weise zu benennen, sondern ziehen sich darauf zurück, im Einzelfall (nach Ermessen!) zu beurteilen, was erforderlich gewesen wäre. Auch insoweit wird nicht nachvollziehbar ermöglicht, wahlweise verfahrensrechtlich oder materiell zu entscheiden sowie ohne Begründung nach § 349 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO zu verwerfen.

Damit ist weder das Ergebnis der revisionsrechtlichen Prüfung vorhersehbar und noch nicht einmal die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Sofern die *Senate* nun meinen, zumindest erfahrene Revisionsverteidiger wären dazu dennoch in der Lage, dürfte dies zum einen nicht zutreffen. Zum anderen wird auf diese Weise einem diskriminierenden Zugang zum Recht Vorschub geleistet. Denn gerade in den von den Nachteilen der Rechtsprechungspraxis am schärfsten betroffenen erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten, sind bei weitem nicht die Mehrzahl der Angeklagten in der Lage, sich auch nur einigermaßen erfahrene Revisionsverteidiger zu leisten.

In jedem Fall muss m.E. die Quote von ablehnenden Entscheidungen ohne oder mit nur formelhafter Begründung drastisch vermindert werden. Die negativen Effekte überwiegen die mögliche Ressourcenschonung auf Seiten der Revisionsgerichte bei Weitem.

Rechtsprechung ist bereits dem Wortlaut nach Kommunikation. Wird die Essenz des Richterspruchs, die Begründung der Rechtsanwendung, für den konkreten Fall nicht vermittelt, so verfehlt die revisionsgerichtliche Praxis ihre zentrale Legitimationsgrundlage.

⁶⁵ Dazu ausf. Momsen, Verfahrensfehler und Rügeberechtigung, 1997, S. 39 ff.

Grenzen des polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen flüchtende Strafverdächtige

Überlegungen de lege ferenda hinsichtlich präventiver Maßnahmen aus Anlass repressiv-polizeilicher Aufgabenerfüllung

von Prof. Dr. Fredrik Roggan
und PK Michael Brösangk*

Abstract

Die Grundproblematik, wie weit Strafverfolgung gehen darf, erfährt eine Zuspitzung durch die Frage, ob Maßnahmen mit repressiver Zielrichtung auch mit einer zumindest konkreten Gefährdung des Lebens eines Straftatverdächtigen verbunden sein dürfen. Eben das ist der Fall, wenn und solange die geltende Rechtslage den Schusswaffengebrauch gegen flüchtende Verdächtige grundsätzlich zulässt. Die Autoren des nachfolgenden Beitrags verneinen diese Frage aus Verhältnismäßigkeitsgründen und machen einen konkreten Vorschlag zur Neuordnung.

I. Einleitung

Die Strafprozessordnung enthält keinerlei Regelungen, wie strafprozessuale Maßnahmen ggf. mit unmittelbarem Zwang, also die Einwirkung auf Personen (oder Sachen) durch einfache körperliche Gewalt, Hilfsmittel körperlicher Gewalt oder Waffengebrauch,¹ durchgesetzt werden können bzw. dürfen. Dies gilt insbesondere auch für die Standardmaßnahmen der Festnahme von Straftatverdächtigen nach § 127 Abs. 2 StPO, der allerdings nur die Festnahmegründe, nicht aber die Art und den Umfang der Ergriffungshandlung zum Regelungsgegenstand hat.² Insofern ist von einer Lücke des strafprozessualen Regelungsregimes zu sprechen, die nach zutreffender h.M. durch die Anwendbarkeit von Regelungen des Gesetzes über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwG) geschlossen werden kann. Im Falle der Festnahme von Straftatverdächtigen durch Landesbeamte des Polizeidienstes hat *de lege lata* das jeweils einschlägige Polizeigesetz oder (Landesgesetz-) über den unmittelbaren Zwang Beachtung (und Befolgung) zu finden.³ Deshalb haben die entspre-

chenden Befugnisse eine auch praktisch nicht zu vernachlässigende Bedeutung.⁴

Mit der Anwendbarkeit von Regelungen über den unmittelbaren Zwang anlässlich einer Festnahme ist freilich noch keine Aussage darüber getroffen, welche Maßnahmen des Zwangs im Einzelnen zulässig sind und insbesondere, ob bei solchen Gelegenheiten auch Schusswaffen gebraucht⁵ werden dürfen. Damit ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von solchen Regelungen gestellt, die den bloßen Anlass der Festnahme für einen solchen „repressiven Schusswaffengebrauch“ ausreichen lassen. Bei den folgenden Überlegungen ist zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen abzustecken (II) und sodann die geltenden Regelungen hieran zu messen (III). Weil sich hierbei teilweise durchgreifende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einzelner Regelungen des hier im Focus stehenden UZwG zeigen, ist abschließend ein Vorschlag zur Neuordnung zu unterbreiten (IV).

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Betroffene Grundrechte

Keiner näheren Begründung bedarf die Betroffenheit des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), in das durch einen polizeilichen Schusswaffeneinsatz gegen einen Flüchtenden eingegriffen wird, denn durch einen Treffer wird die Beschaffenheit der Körpersubstanz⁶ selbsterklärend verändert. Weniger offensichtlich ist die Betroffenheit des Grundrechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG in solchen Fällen, in denen die Schussabgabe tatsächlich den Hirntod⁷ des Betroffenen nicht bewirkt, das Leben mithin nicht beendet wird. Allerdings herrscht insoweit weitgehender Konsens, dass ein effektiver Lebensschutz lediglich dann möglich

* Der Autor Roggan ist Professor für Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg. Der Autor Brösangk legte im Jahr 2018 eine mit der Note „sehr gut“ bewertete und mit Blick auf die Rechtslage in Brandenburg abgefasste Bachelor-Arbeit zum Thema „Der polizeiliche Schusswaffeneinsatz bei flüchtenden Straftatverdächtigen“ vor; der Beitrag gibt seine persönliche Meinung wider. Die Autoren danken sehr herzlich Herrn Prof. Dr. Dr. Ingo Wirth für rechtsmedizinischen Rat.

¹ Überblick über sämtliche Regelungen bei Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2018), Rn. 558, dort Fn. 150.

² Ingefingier, JR 2000, 299 (300).

³ Vgl. den gleichwohl nicht zu kaschierenden Streitstand bei Paeffgen, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 127 Rn. 28 ff. und Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 31 Rn. 11 ff. sowie ergänzend OLG Dresden, NJW 2001, 3643 f.; zur h.M. vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), Einl. Rn. 46; Schultheis, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 127 Rn. 40; Lemke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 127 Rn. 23; Herrmann, in: SSW-StPO, 3. Aufl. (2018), § 127 Rn. 44; Böhm/Werner, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2014), § 127 Rn. 20.

⁴ A.A. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. (2017), S. 289: „Anwendungsbereich (...) nahezu ins Leere“.

⁵ Zum Begriff vgl. Borsdorff, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. (2018), S. 1990, Stichwort „Schusswaffengebrauch“.

⁶ Vgl. dazu nur Murswiek, in: Sachs, GG, 8. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 154 mwN.

⁷ Vgl. auch dazu nur Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 142.

ist, wenn auch die Verursachung eines relevanten Risikos für dieses Grundrecht als Eingriff aufzufassen ist.⁸ Auch eine ungewollte Tötung eines Straftatverdächtigen – und nur um eine solche kann es sich bei einer hier interessierenden Maßnahme handeln – ist nur dann zu vermeiden, wenn auch solche Verhaltensweisen verboten wären, bei denen nicht hinreichend verlässlich ausgeschlossen werden kann, dass ein solcher Verletzungserfolg eintreten kann. Umgekehrt bedeutet eine Befugnis zum Schusswaffeneinsatz gegen eine Person dann aber, dass auf ihrer Basis Eingriffe in das Grundrecht auf Leben möglich sind. Dass das UZwG selber solche Maßnahmen als Eingriffe im Blick hat, wird durch das Zitieren des Rechts auf Leben in § 3 UZwG bestätigt.⁹

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob sich ein Schusswaffengebrauch gegen eine – hier ausschließlich interessierend: sich der Ergreifung durch Flucht entziehende – Person überhaupt jemals als zu vernachlässigende Gefährdung des Lebens einordnen lässt und sich mithin die Frage einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (dazu unter 3.) nicht stellt. Nachfolgend soll daher ein Blick auf die ballistischen Wirkungen von Schusswaffeneinsätzen¹⁰ geworfen werden.

2. Exkurs: Wundballistische Betrachtungen

a) Allgemeines zur Wirkung von Körpertreffern

Im Falle eines intendierten Körpertreffers (zur Frage eines Nichttreffers im Folgenden) richtet sich die Wirksamkeit des abgegebenen Geschosses nach mehreren Kriterien. Ausschlaggebend sind dabei die Masse des Projektils, dessen Geschwindigkeit, die Energie und die Verformbarkeit des Geschosses. Diese Kriterien sind individuell für jede polizeilicherseits verwandte Geschossart und lassen sich physikalisch messen, weshalb sie geeignet sind, die Wirksamkeit eines Geschosses objektiv zu beurteilen.¹¹

Die potentielle Wirksamkeit allein ist freilich kein Indikator für die tatsächliche Wirkung des Geschosses, also die Auswirkung des Projektils auf den menschlichen Körper, denn ein fehlgegangenes Geschoss großer Wirksamkeit entfaltet selbstredend keine Wirkung. Ebenso kann ein vergleichsweise minder wirksames Geschoss durchaus tödliche Verletzungen hervorrufen, also sehr wirksam sein. Wirksamkeit und Wirkung sind keine getrennt zu betrachtenden Parameter, sondern stehen in direktem Verhältnis zueinander. Beispielsweise wird ein Treffer eines wirksamen Geschosses in zentrale Bereiche des Körpers mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine große Wirkung

entfalten.¹²

Da die Wirksamkeit namentlich auch von der Verformbarkeit des Geschosses abhängig ist, lohnt sich die Betrachtung der verwendeten Munition: Im Jahr 1999 empfahl die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder in einem Beschluss die Einführung einer Munitionsart für den allgemeinen Polizeidienst, welche die Eigenschaften von Deformationsgeschossen besitzt. Nach einer Erprobungsphase entschied man sich im Jahre 2002 für die flächendeckende Einführung von Deformationsgeschossen bei den Polizeibehörden des Bundes.¹³ Die Munitionierung anderer Waffenarten (Revolver, Maschinenpistole oder Maschinengewehr) soll hier außer Betracht bleiben, da die Pistole als Standardbewaffnung zu betrachten ist und daher damit zu rechnen ist, dass der Einsatz dieser Waffenart am wahrscheinlichsten ist. Deformationsgeschosse – umgangssprachlich auch „Mann-Stopp-Munition“ genannt – zeichnen sich dadurch aus, dass sie beim Auftreffen auf ein Hindernis ihren Querschnitt stark vergrößern (sog. „Aufpilzen“) und dadurch nach kurzer Penetrationsstrecke den größten Teil ihrer Energie abgeben.¹⁴ Diese Munitionsart besitzt eine Eindringtiefe von bis zu 30 Zentimetern, ihr Schusskanal verläuft in der Regel geradlinig, da das Projektil durch die Schulterkräfte (verursacht durch die Querschnittsvergrößerung) im Körper stabilisiert wird. Dadurch wird erreicht, dass die Hintergrundgefährdung minimiert wird.¹⁵ Dies gilt freilich nur für Geschosse, die ihr bestimmungsgemäßes Ziel auch getroffen haben. Projektils dieser Munition, die fehlgehen, unterscheiden sich nicht messbar im Querschlagverhalten von Vollmantelgeschossen.¹⁶

b) Differenzierung nach getroffenen Körperpartien

Neben der objektiven Wirksamkeit eines Geschosses bestimmen sich die tatsächlichen Folgen vor allem nach seinen konkreten Wirkungen in der getroffenen Körperpartie. Nachdem ein Deformationsgeschoss den menschlichen Körper penetriert hat, bildet sich aufgrund der bauartbedingten Deformation des Geschosses die sog. temporäre Wundhöhle. Diese wird durch die im Körper abgegebene radial wirkende Energie hervorgerufen. Die temporäre Wundhöhle besteht nur für Sekundenbruchteile und fällt nach dem Durchgang des Geschosses aufgrund der Gewebeelastizität bis auf einen Zerstörungskanal wieder zusammen.¹⁷ Je nach Elastizität des Gewebes ruft die temporäre Wundhöhle mehr oder weniger große Verletzungen hervor. Gewebe mit hoher Elastizität, also beispielsweise Muskulatur, Haut oder Bindegewebe vermögen die

⁸ EGMR, NJW 2005, 3405 (3407); ausf. – auch mit Blick auf die Rspr. des EGMR – Alleweldt, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. (2013), Kap. 10 Rn. 50 ff.; Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 160; a.A. Brenneisen/Blauhut, Die Polizei 2015, 185 (187).

⁹ Vgl. dazu Ruthig, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Aufl. (2014), UZwG § 3 Rn. 2; a.A. Peilert, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, Bundespolizeigesetz, 5. Aufl. (2012), UZwG § 3 Rn. 3: nur Bedeutung für den „finalen Rettungsschuss“.

¹⁰ Überblick auch bei Erdmann, in: Möllers, S. 1987, Stichwort „Schussverletzung“.

¹¹ Pfister/Kneubuehl, Kriminalistik 2001, 359 (361); vgl. auch den Überblick bei Neuwirth, Polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen Personen, 2. Aufl. (2006), S. 69 ff.

¹² Pfister/Kneubuehl, Kriminalistik 2001, 359 (361).

¹³ Stappen, Polizeigeschosse und andere Deformationsgeschosse, 1. Aufl. (2015), S. 11 f.

¹⁴ Neitzel/Kollig, in: Neitzel/Ladehof, Taktische Medizin, 2012, S. 209.

¹⁵ Pfister/Kneubuehl, Kriminalistik 2001, 359 (362).

¹⁶ A.a.O.

¹⁷ Wirth/Schmelting, Rechtsmedizin, 3. Aufl. (2012), S. 156.

wirkenden Dehnungs- und Scherkräfte besser zu absorbieren als unelastische Gewebe wie Gehirn, Leber oder Milz.¹⁸ Eine zweite Wirkung des penetrierenden Geschosses ist die Zermalmung. Dabei wird Gewebe durch direkten Kontakt mit der Geschossoberfläche zerdrückt, zerrissen, unelastisch deformiert und damit zerstört. Dabei bildet sich der sog. Schusskanal. Zusammen mit den Verletzungen der temporären Wundhöhle, die je nach Elastizität des betroffenen Gewebes entstehen, bildet sich entlang des Schusskanals zusammen mit diesem die permanente Wundhöhle.¹⁹ Der Ort des Treffers im Körper ist dabei ausschlaggebend für die Wirkung.

Kopftreffer enden nahezu immer tödlich und dies selbst dann, wenn von der temporären Wundhöhle und vom Schusskanal nur solche Partien betroffen sind, die keine vitale Gefährdung auslösen würden. Da Hirngewebe sehr unelastisch ist, vermag es die Dehn- und Scherkräfte der temporären Wundhöhle kaum zu absorbieren, ohne dass tödliche Verletzungen entstehen. Zudem ist das Hirn durch die starren Schädelknochen umhüllt, weshalb eine Gewebeausdehnung kaum möglich ist und durch die auftretenden Drücke auch nicht direkt getroffene, aber vitale Bereiche des Hirns geschädigt werden. Zudem kann durch die druckbedingte hydraulische Sprengwirkung das Bersen des Schädels ausgelöst werden.²⁰

Im Thorax befindet sich dagegen überwiegend Gewebe, das durch eine hohe Elastizität gekennzeichnet ist. Dadurch können die wirkenden Kräfte besser kompensiert werden. Aufgrund der besonders gut durchbluteten Organe im Brustbereich kommt es aber häufig zu starken Blutungen nach innen (sog. Hämatothorax). Dabei können größere Blutungen in die Brusthöhle aufgenommen werden, wodurch ein Verbluten ohne weiteres möglich ist. Auch eindringende Luft in den Brustraum (sog. Pneumothorax) kann tödlich wirken, da der oder die Lungenflügel kollabieren und dadurch die Lungenfunktion stark beeinträchtigt ist.²¹

Der Bauchbereich ist im Gegensatz zum Thorax eher durch unelastische Organe wie Leber oder Milz gekennzeichnet. Dadurch können durch die Wirkung der temporären Wundhöhle stark blutende Einreißungen entstehen. Die auftretenden Blutungen können ähnlich wie im Thorax problemlos von der Bauchhöhle aufgenommen werden, sodass nicht zwingend Blutungen nach außen treten.²² Der hohe Blutverlust führt dann in der Folge nicht selten zum Tod durch Sauerstoffmangel im Gehirn. Die Wirkung von möglichen Kontaminationen der Bauchhöhle mit Fäkalkeimen sei hier nicht weiter erörtert. Dennoch können solche Komplikationen lebensbedrohliche Zustände hervorrufen.

Die Geschosswirkung in Extremitäten (Arme, Beine) wird maßgeblich durch das Muskel- und Bindegewebe beeinflusst, das im Vergleich sehr elastisch ist. Dadurch kann das Gewebe die Kräftewirkungen der temporären Wundhöhle vergleichsweise gut kompensieren. Jedoch kann auch ein vermeintlich harmloser Kniedurchschuss zum lebensbedrohlichen Blutverlust und damit letztlich zum Tod führen.²³

c) Weitere Faktoren der Risikoerhöhung

Evident ist nicht jeder von der Polizei abgegebene Schuss auf flüchtende Straftatverdächtige tödlich. Indessen sind diese nichtletalen Schüsse für die Schützen praktisch nicht kalkulierbar.²⁴ Der Veranschaulichung mag der Umstand dienen, dass bereits ein Visier-Korn-Fehler von 0,4 Millimetern bei einer Visierlänge von 160 Millimetern (beispielsweise der Pistole SigSauer P228) und einer Schussdistanz von 10 Metern zu einer Abweichung von 2,5 Zentimetern zum Zielpunkt führt.²⁵ Die Verlagerung eines Treffers um nur wenige Zentimeter kann statt des Muskelgewebes im Bein die Beinschlagader verletzen, was zeitnah zum verblutungsbedingten Tod führen kann.

Die Fehlerquellen, welche zu Zielabweichungen führen, liegen dabei einerseits beim Schützen selbst, bspw. wenn dieser aufgrund vorheriger körperlicher Belastung oder des situationsbedingten Stresses die Waffe verkantet oder es zum Visier-Korn-Fehler kommt, aber auch in äußeren Störgrößen wie eingeschränkten Sichtverhältnissen bei Dunkelheit oder dem sich bewegenden Täter.²⁶

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass mit jeder Schussabgabe auf einen flüchtenden Straftatverdächtigen – und dies auch im Falle von Schüssen auf ein fahrendes Auto²⁷ – eine konkrete Gefährdung des Lebensgrundrechts einhergeht und damit – im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG – die wesentlichen Risikoquellen einer Erforschung mit naturwissenschaftlichen Methoden zugänglich sind.²⁸ Solche Maßnahmen sind daher ausnahmslos als Eingriffe in das Grundrecht auf Leben zu behandeln.

3. Zur Verhältnismäßigkeit

a) Zur Eignung des Schusswaffengebrauchs

Wiederum keiner näheren Betrachtung bedarf, dass im Rahmen einer Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG („Höchstwert“, „vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“²⁹) der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besondere Bedeutung be-

¹⁸ Kneubuehl, in: Kneubuehl/Coupland/Rothschild/Thali, Wundballistik, 3. Aufl. (2008), S. 281 f.

¹⁹ Neitzel/Kollig, in: Neitzel/Ladehof, S. 203.

²⁰ Kneubuehl, in: Kneubuehl/Coupland/Rothschild/Thali, S. 283 ff.

²¹ A.a.O., S. 287.

²² A.a.O., S. 287 f.

²³ Rosenberger, Waffen und Einsatzmunition der Polizei, 2002, S. 89.

²⁴ Vgl. dazu insbes. BGHSt 26, 99 (104): „Jeder Schusswaffengebrauch (...) beinhaltet ein solches (Tötungs-)Risiko.“

²⁵ Kneubuehl, Geschosse, 2013, S. 172.

²⁶ Lorei/Heimann, in: Lorei, Polizeiwissenschaftliche Analysen, 2017, S. 66 f.

²⁷ BGH, NJW 1989, 1811 (1812); OLG Brandenburg, NJW-RR 1996, 924 (925): „Gefahren für Leib und Leben“.

²⁸ BVerfGE 66, 39 (59) – Raketen-Stationierung; vgl. auch Alleweldt, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 10 Rn. 54.

²⁹ Vgl. nur BVerfGE 39, 1 (42).

sitzt. Bezugspunkt von Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit ist gegenständlich der unbestritten legitime Zweck der Ergreifung von Straftatverdächtigen, die sich ihrer Verfolgung durch Flucht³⁰ zu entziehen versuchen.

Ein grundsätzliches Problem zeigt sich indessen bereits auf der Ebene der Eignung, die bereits gegeben ist, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg eintritt, dieser also gefördert werden kann.³¹ Gerade auf dieser Ebene ist die Rechtsprechung des BVerfG äußerst zurückhaltend, was mit Blick auf die Einschätzungsprerogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers auch nicht in Frage gestellt werden soll(te).³² Daraus ergibt sich unmittelbar aber auch, dass der Gesetzgeber keine Eingriffe vorsehen darf, die den Maßnahmezwecken zuwider laufen.

Sofern ein Straftatverdächtiger durch einen (gesetzlich zugelassenen) Schusswaffeneinsatz an der Flucht gehindert werden soll und dadurch der staatliche Strafverfolgungsanspruch – seinerseits ein Belang von erheblicher Bedeutung³³ – durchgesetzt werden kann und soll, ist insoweit nicht an der Eignung der Maßnahme zu zweifeln. Dieser Umstand darf indessen nicht den Blick darauf verstellen, dass derselbe Eingriff in das Grundrecht auf Leben auch mit dem Risiko der Vereitelung des Zwecks verbunden ist, denn der unbeabsichtigt tödliche Schuss beendet final die weitere Strafverfolgung des Be- bzw. Getroffenen: Gegen einen toten Beschuldigten kann der staatliche Strafanspruch nicht mehr durchgesetzt werden.³⁴ In einem solchen Eingriff fallen mithin – und untypischerweise! – die mögliche Zweckförderung und die keineswegs hinreichend verlässlich auszuschließende Zweckvereitelung zusammen. Vor diesem Hintergrund ist der zu rein strafverfolgenden Zwecken abgegebene Schuss – und dies nicht etwa nur bei beabsichtigt tödlicher Abgabe desselben³⁵ – im Unterschied zur Rechtsprechung des BGH³⁶ als ungeeignet zu betrachten und entsprechende Befugnisse im einfachen Recht als verfassungswidrig zu verwerfen. Oder noch weiter gehend: Der durch § 127 StPO geschützte staatliche Strafanspruch hat grundsätzlich hinter der Gesundheit eines Straftatverdächtigen zurückzutreten.³⁷ Niederschlag findet dieser Grundgedanke in der Regelung zur Zulässigkeit von körperlichen Eingriffen in § 81a Abs. 1 S. 2 StPO, wonach Nachteile für die Gesundheit des Beschuldigten nicht zu befürchten sein dürfen. Nach durchaus verbreiteter Ansicht ist damit gemeint, dass solche Auswirkungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen sein müssen.³⁸

Ein anderes Bild zeigt sich freilich, wenn nicht die Strafverfolgung als Maßnahmezweck herangezogen wird, sondern die Gefahrenabwehr. Unbestritten ist diesbezüglich, dass Eingriffe in das Lebensgrundrecht zum Schutz von hochrangigen Rechtsgütern durchaus rechtfertigungsfähig sind, wenn keine anderen Abwehrmittel zur Verfügung stehen (näher dazu im Folgenden).³⁹

b) Zur Angemessenheit des Schusswaffengebrauchs

Kann durch die Vereitelung der Flucht eines Straftatverdächtigen eine sogleich näher zu konkretisierende Gefahr beseitigt werden, so stellt sich ein Schusswaffengebrauch nicht als Verletzung dessen Menschenwürde dar, denn der gleichsam als Störer zu behandelnde Verdächtige wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt. Vielmehr entspricht es seiner Subjektstellung, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird.⁴⁰

Eingriffe in das Grundrecht auf Leben können nur bei besonders strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden, dürfen mithin keinesfalls außer Verhältnis zum gefahrenabwehrenden Zweck stehen. Deshalb sind an die von dem Flüchtenden ausgehenden Gefahren besonders hohe Anforderungen sowohl in qualitativer und zeitlicher Hinsicht und schließlich auch im Hinblick auf die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit zu stellen: Eingriffe setzen dabei nicht notwendigerweise abzuwehrende Gefahren für das Leben anderer Menschen voraus. Auch andere, schwere Rechtsgutsbeeinträchtigungen, etwa schwerwiegende Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder andere Rechtsgüter von vergleichbarem Rang können Eingriffe in das Grundrecht auf Leben rechtfertigen.⁴¹ Dagegen können weniger gewichtige Rechtsgüter (etwa der jedenfalls verfassungsgerichtlich anerkannte Belang, die menschliche Gesundheit vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen⁴²) nicht herangezogen werden.

In zeitlicher Hinsicht können entfernter in der Zukunft liegende Gefahren, die dem Flüchtenden zugerechnet werden können, nach hier vertretener Ansicht nicht Anknüpfungspunkt für eine Befugnis zum Schusswaffeneinsatz sein. In entsprechenden Fällen ist stets anderen Fahndungsmaßnahmen der Vorrang einzuräumen. Andersherum kann aber auch eine weiter in der Vergangenheit

³⁰ Zum Begriff näher Möllers, in: ders., S. 802.

³¹ Überblick und zahlreiche Nachweise etwa bei Sachs, in: Sachs, Art. 20 Rn. 150.

³² Vgl. auch dazu nur Sachs, in: Sachs, Art. 20 Rn. 151.

³³ Vgl. nur BVerfGE 133, 168 (199) – Verständigungsgesetz.

³⁴ Mit Blick auf die hier interessierende Thematik Neuwirth, S. 69; allg. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 21 Rn. 11.

³⁵ Vgl. dazu Paeffgen, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2012), EMRK Art. 2 Rn. 68; Gaede, in: MüKo-StPO, 2018, EMRK Art. 2 Rn. 40; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, EMRK Art. 2 Rn. 4 („nach deutschem Recht unzulässig“); Neuwirth, S. 69; vgl. auch BGH, NJW 1999, 2533 (2533 f.): „Gezielte Schüsse auf zentrale Bereiche des Menschen (...) unzulässig ...“.

³⁶ BGH, NJW 1999, 2533 (2535).

³⁷ BGH, NStZ 2000, 603 in einem Fall der Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO; Herrmann, in: SSW-StPO, § 127 Rn. 36.

³⁸ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 17; Rogall, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 81a Rn. 57; Bosch, in: SSW-StPO, § 81a Rn. 16; Brauer, in: HK-StPO, § 81a Rn. 16: Unzulässigkeit, wenn Nachteile „mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten“ sind; Senge, in: KK-StPO, § 81a Rn. 6a: Voraussetzungen der Zulässigkeit besonders gefährlicher Eingriffe; ähnlich Trück, in: MüKo-StPO, § 81a Rn. 14.

³⁹ Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 171.

⁴⁰ BVerfGE 115, 118 (161) – Luftsicherheitsgesetz.

⁴¹ Vgl. statt vieler nur Murswiek, in: Sachs, Art. 2 Rn. 171.

⁴² Näher BVerfGE 90, 145 (174 ff.).

liegend Tat nicht ohne weiteres einen Schusswaffeneinsatz zum Zeitpunkt der späteren Festnahme rechtfertigen.⁴³

Wegen der Höchststrangigkeit des Grundrechts auf Leben (s. o.) erscheint es unangemessen, als Maßnahmezweck die Feststellung der Person (§ 163b StPO) des Flüchtlenden ausreichen zu lassen. Isoliert betrachtet handelt es sich bei einer Identitätsfeststellung, anders als die freiheitsentziehende Maßnahme der Festnahme, um keine Maßnahme mit zumindest mittelbar präventiver Wirkung im Sinne unechter Doppelfunktionalität, sondern ist lediglich Mittel zum Zweck, nachfolgende Maßnahmen gegen eine dann (insbesondere) namentlich bekannte Person zu ermöglichen.⁴⁴

De lege ferenda ist darüber hinaus eine zum Maßnahmezeitpunkt hinreichend sicher feststellbare Tatsachenbasis zu verlangen, die den Schluss auf eine hohe Wahrscheinlichkeit der Entstehung oder Intensivierung eines Schadens ermöglicht. Bei all diesen Prognoseanforderungen ist jeweils die besondere Einsatzsituation, in der der einschreitende Amtswalter ggf. in „Sekundenschnelle“⁴⁵ die Entscheidung über das „Ob“ zu fällen hat,⁴⁶ in die Gesamtabwägung einzustellen. Namentlich auch letzteres haben Eingriffsbefugnisse in Rechnung zu stellen. Dem ist im Rahmen des zu unterbreitenden Vorschlags (unten IV.) nachzugehen.

4. Zwischenfazit

Jeder Schusswaffengebrauch, insbesondere wenn er in einer stressbelasteten Einsatzsituation mit einer Faustfeuerwaffe erfolgt, ist dem Risiko der Tötung des Flüchtlenden verbunden.⁴⁷ Eine bezweckte Fluchtunfähigkeit (vgl. § 12 Abs. 2 UZwG) ist stets mit einer konkreten Lebensgefahr für die eine Flucht zumindest versuchende Person verbunden. Eine solche Maßnahme ist daher ausnahmslos als Eingriff in das Grundrecht auf Leben zu behandeln⁴⁸ und unter dem Gesichtspunkt einer Ermöglichung von Strafverfolgung (rein „repressiver Schusswaffeneinsatz“) nicht zu rechtfertigen,⁴⁹ denn insoweit stellt er stets eine Gefährdung eben dieses Belangs dar. Richtigerweise kann als Grund für einen Schusswaffeneinsatz nur die Gefährlichkeit des Täters, die Strafverfolgung aber lediglich der

Anlass des entsprechenden Einschreitens sein.⁵⁰ Ist eine solche Gefährlichkeit der festzunehmenden Person nicht erkennbar, so darf der Schusswaffengebrauch auch nicht angedroht (§ 13 Abs. 1 UZwG) werden, denn generell dürfen nur zulässige Zwangsmittel angedroht werden.⁵¹ Nach dem Gesagten kann wegen der verfassungsrechtlichen Unzulänglichkeit *de lege lata* schon gegenwärtig nicht alleine auf die geltenden, materiell-rechtlichen Voraussetzungen abgestellt werden.⁵²

Gleichzeitig ist festzustellen, dass das hiesige Verständnis einen weitergehenden Schutz des Grundrechts auf Leben als etwa der Wortlaut der EMRK vermittelt, die die Tötung nicht als Verletzung dieses Rechts betrachtet, wenn sie sich als unbedingt erforderliche Gewaltanwendung⁵³ im Rahmen der Durchführung einer ordnungsgemäßen Festnahme darstellt.⁵⁴

III. Einfachgesetzliche Befugnisse zum Schusswaffengebrauch gegen Straftatverdächtige

Abschließende Regelungen⁵⁵ zum Schusswaffeneinsatz gegen Personen aus Anlass von strafverfolgenden Maßnahmen sind dem UZwG zu entnehmen. Sie sind den Regelungen in den Polizeigesetzen der Länder ähnlich (näher unter IV).⁵⁶

In § 10 UZwG sind neben dem sog. „repressiven Schusswaffeneinsatz“ auch Befugnisse mit (auch rein) präventiver (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 UZwG) und strafvollstreckender Zielrichtung (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 4 UZwG) enthalten, die, der Themenstellung entsprechend, im Folgenden allerdings ohne nähere Betrachtung bleiben sollen.

Insgesamt wird die Regelung des § 10 UZwG richtigerweise als schwer zu durch- und überschauen bezeichnet,⁵⁷ was schon für sich alleine zum Anlass einer Gesamtrevision durch den Gesetzgeber genommen werden sollte. Dem vermeintlich ausschließlich repressiven Zwecken dienende Schusswaffeneinsatz nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 UZwG soll in der Praxis erhebliche Bedeutung zukommen.⁵⁸ Freilich bedarf der näheren Betrachtung, welche der Regelungen im Einzelnen tatsächlich einen rein repressiven Charakter besitzen und damit nach hiesigem Verständnis verfassungsrechtlich unzulänglich sind und

⁴³ A.A. Peilert, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, UZwG § 10 Rn. 23: Schusswaffengebrauch ohne weiteres auch „Monate nach der Tat“; Neuwirth, S. 46: „Jahre nach der Tat“.

⁴⁴ Ausf. dazu Graulich, in: Liskén/Denninger, Kap. E Rn. 315 f.

⁴⁵ Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, Bundespolizeigesetz, 5. Aufl. (2015), UZwG § 10 Rn. 1.

⁴⁶ Lorei/Heimann, in: Lorei, S. 67.

⁴⁷ BGHSt 26, 99 (104).

⁴⁸ BGH, NJW 1989, 1811 (1813): „besonders schwerer Eingriff in das Recht auf Leben“.

⁴⁹ Ebenso Paeffgen, in: SK-StPO, § 127 Rn. 29c; a.A. offensichtlich BGH, NJW 1999, 2533 (2535): „(...) Schusswaffengebrauch gegenüber dem eines Verbrechens dringend verdächtigen Flüchtlenden grundsätzlich zulässig ... (§ 54 I Nr. 2b BadWürttPolG), ...“; vgl. auch Bialon/Springer, Eingriffsrecht, 4. Aufl. (2018), S. 216.

⁵⁰ Graulich, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. (2018), Kap. E Rn. 947; Brenneisen/Blauhut, Die Polizei 2015, 221 (227); Ingelfinger, JR 2000, 299 (300); vgl. auch Roggenkamp/König, Eingriffsrecht für Polizeibeamte in Niedersachsen, 1. Aufl. (2018), S. 397 f.; EGMR, NJW 2005, 3405 (3408): Der Bf. wurde „durch sein kriminelles Verhalten zu einer tödlichen Gefahr für unbeteiligte Personen“.

⁵¹ Vgl. Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 13 Rn. 1; Schenke, Rn. 546; zur Rechtslage im Land Berlin auch Baller, in: Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG Berlin, 1. Aufl. (2004), UZwG § 10 Rn. 11.

⁵² Vgl. dazu aber Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 21.

⁵³ Näher Paeffgen, in: SK-StPO, EMRK Art. 2 Rn. 68.

⁵⁴ Ausf. dazu Alleweldt, in: Dörr/Grote/Maruhn, Kap. 10 Rn. 69 ff.; vgl. auch Brenneisen/Blauhut, Die Polizei 2015, 185 (186).

⁵⁵ Vgl. nur Ruthig, in: Schenke/Graulich/Ruthig, UZwG § 10 Rn. 1.

⁵⁶ Überblick bei Graulich, in: Liskén/Denninger, Kap. E Rn. 946.

⁵⁷ Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 1.

⁵⁸ Neuwirth, S. 44; vgl. auch Brenneisen/Blauhut, Die Polizei 2015, 221 (223).

damit einen Reformbedarf auslösen.

1. Ermöglichung einer Festnahme oder Identitätsfeststellung

Unproblematisch lässt sich als Anlass eines Schusswaffengebrauchs nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 UZwG eine strafverfolgende Maßnahme, nämlich eine Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) oder Identitätsfeststellung (§ 163 b StPO), erkennen. Allerdings ist diese *Gelegenheit* – wie zu zeigen sein wird – nicht ausnahmslos deckungsgleich mit dem gesetzlich verlangten *Grund* der Maßnahme.

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. a Alt. 1 UZwG ist die Maßnahme zulässig bei einem flüchtenden Straftatverdächtigen, wenn die Person bei einer rechtswidrigen Tat auf frischer Tat betroffen wird, die sich nach den Umständen als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) darstellt. Die Regelung verknüpft damit die Voraussetzungen einer Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO mit einer der Bedingungen der sog. „Jedermann-Befugnis“⁵⁹ aus § 127 Abs. 1 StPO, ohne jedoch darüber hinausgehende Gefahrenmomente zu verlangen. Hierbei handelt es sich um eine rein strafverfolgende Maßnahme, selbst wenn man in einer Festnahme auch präventive Aspekte im Sinne einer unechten Doppelfunktionalität⁶⁰ der Freiheitsentziehung erblicken mag.

Im Unterschied hierzu verlangt § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. a Alt. 2 UZwG neben der identischen Gelegenheit (dem Betroffensein auf frischer Tat) ein noch andauerndes Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB), das unter Anwendung oder Mitführung von Schusswaffen oder Sprengstoffen begangen wird. In dieser Alternative verlangt der Wortlaut des Gesetzes gleichsam eine gegenwärtige Gefahr für Rechtsgüter beliebiger Personen im Zusammenhang mit dem Beisichführen – zu verstehen wie bspw. in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – besonders gefährlicher Gegenstände durch den Straftatverdächtigen. Der Grund für die Zulässigkeit des polizeilichen Schusswaffengebrauchs liegt insoweit eindeutig schwerpunktmäßig im Bereich der Gefahrenabwehr, womit zugleich und regelmäßig die Anwendbarkeit von § 10 Abs. 1 Nr. 1 lit. b UZwG im Sinne der Verhinderung der Fortsetzung einer solchermaßen verübten Tat eröffnet sein dürfte. Das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander erschließt sich somit keineswegs von alleine, soll – thematisch bedingt – hier jedoch nicht vertieft werden.

Präventive Gesichtspunkte sind bei § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b UZwG, der neben dem eindeutig strafverfolgenden Anlass (s. o.) lediglich den dringenden Tatverdacht eines Verbrechens gegen die flüchtende Person verlangt, nicht zu erkennen. Es handelt sich insoweit um eine Maßnahme

mit rein repressiver Zielrichtung. Dabei „wirkt“ das Merkmal des dringenden Verdachts lediglich im Falle des Schusswaffengebrauchs wegen der Feststellung der Person, denn eine jegliche Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO setzt ohnehin einen dringenden Tatverdacht voraus.⁶¹

Insgesamt lässt sich der hier besonders interessierende Schusswaffengebrauch nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 UZwG nicht als rein strafverfolgende Maßnahme qualifizieren, weil die Vorschrift offensichtlich gleich zweifach die Verhinderung einer Schusswaffen- oder Sprengstoffanwendung – und damit eine gefahrenabwehrende Zielrichtung – bezweckt. Wenn aber eine solch objektiv gefährliche Verhaltensweise als unverzichtbare Bedingung für einen Schusswaffengebrauch genannt wird, lässt sich kaum von „ausschließlich repressiven Zwecken“⁶² sprechen.

2. Ermöglichung der (Wieder-)Ergreifung von „Ausbrechern“

Über die genannten Regelungen zu einem „repressiven Schusswaffeneinsatz“ in § 10 Abs. 2 Nr. 2 UZwG hinaus lassen sich rein repressive Maßnahmerichtungen auch in § 10 Abs. 1 Nr. 3 lit. c und d UZwG erkennen.⁶³ Die genannten Freiheitsentziehungen haben evident eine strafverfahrenssichernde Funktion und der gesetzlich vorgesehene Schusswaffengebrauch dient im Falle der Fluchtvereitelung dem Unterbinden des bereits feststellbaren Fluchtversuchs, im Falle der bereits gelungenen Flucht der Wiederergreifung des Verdächtigen.⁶⁴ Mit „amtlichem Gewahrsam“ ist dabei nicht etwa eine polizeirechtliche Freiheitsentziehung gemeint,⁶⁵ die damit gefahrenabwehrenden Zwecken diene. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen Oberbegriff für strafverfahrens- und strafvollstreckungsrechtlichen – und damit repressive – Freiheitsentziehungen.⁶⁶ Erkennbar verlangt jedenfalls der Wortlaut dieser Befugnisse keine präventiven Zwecke des Schusswaffengebrauchs. Ungeachtet dessen versuchte der BGH in einer früheren Entscheidung, eben solche gefahrenabwehrenden Elemente in eine Schusswaffengebrauchsbefugnis hineinzuiinterpretieren, indem er einen Schusswaffengebrauch zum Zwecke der Wiederergreifung eines flüchtigen Rechtsbrechers, gegen den wegen eines Verbrechens oder Vergehens ein Haftbefehl erlassen wurde, vor allem unter der Bedingung für zulässig hielt, dass von diesem „eine nicht unerhebliche Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht“.⁶⁷ Diese Judikatur vermag freilich nicht den Blick darauf zu verstellen, dass sich schon aus Gründen der Wesentlichkeitslehre⁶⁸ ein solches (präventiv-polizeiliches) Erfordernis aus dem Wortlaut des Gesetzes zu ergeben hätte.

⁵⁹ Vgl. dazu statt vieler nur Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 127 Rn. 7.

⁶⁰ Zum Begriff etwa Roggan, Die Polizei 2008, 112 (113).

⁶¹ Mit Bezug zum Gegenstand der hiesigen Betrachtungen Graulich, in: Liskin/Denninger, Kap. E Rn. 944.

⁶² So aber Neuwirth, S. 44; vgl. auch Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 4 und Peilert, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, UZwG § 10 Rn. 21: „Anhalten einer Person aus Gründen der Strafverfolgung“.

⁶³ Peilert, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, UZwG § 10 Rn. 30.

⁶⁴ Näher dazu Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 32 ff.

⁶⁵ Walter, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 37.

⁶⁶ A.a.O., Rn. 33.

⁶⁷ BGHSt 26, 99 (102); dagegen Peilert, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, UZwG § 10 Rn. 30.

⁶⁸ Vgl. nur Sachs, in: Sachs, Art. 20 Rn. 117.

IV. Reformbedarf aus Verhältnismäßigkeitsgründen

Anlässlich der Verfolgung einer Straftat können sich Hinweise auf die Entstehung weiterer, durch den Verdächtigen hervorgerufene Gefahren ergeben. Der Einsatz von Schusswaffen darf lediglich die Bewältigung letzterer im Blick haben. Dabei kann die Schwere der bereits verfolgten Tat Schlüsse auf die Qualität der abzuwehrenden Gefahr zulassen. Die Gefahrenprognose darf andersherum aber nicht alleine auf begangenes Unrecht gestützt werden.

1. Vorbemerkungen zur gesetzlichen Terminologie

Eingriffe in das Grundrecht auf Leben lassen sich ausschließlich vor dem Hintergrund der Gefährlichkeit einer Person bzw. der durch diese zum Zeitpunkt eines solchen Eingriffs verursachten Gefahr rechtfertigen. Sofern es bei dem Gebrauch von Schusswaffen also lediglich um Gefahrenabwehr zu gehen hat, sollten auch ausschließlich die einschlägigen Begrifflichkeiten in einer Befugnisnorm Verwendung finden. Nach richtiger Ansicht verlangt nämlich der Charakter der Gefahrenabwehr als Rechtsgüterschutz, dass bei der Normierung von Grundrechtseingriffen die zu schützenden Rechtsgüter und die Intensität ihrer Gefährdung in den Blick genommen werden. Nur auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass gefahrenabwehrende Befugnisse im Einzelnen gerechtfertigt sind und zu dem erstrebten Erfolg nicht außer Verhältnis stehen.⁶⁹ Etwa durch die Bezugnahme auf bestimmte strafrechtliche Deliktskategorien (Vergehen und Verbrechen, § 12 StGB) geht dieser Zusammenhang zwischen Grundrechtseingriff und Rechtsgüterschutz weitgehend verloren. Überdies verlangt dies im Augenblick eines regelmäßig dynamischen Fluchtgeschehens eine rechtliche Wertung, die mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist oder sein kann: Ob sich eine Tat zum Nachteil der körperlichen Unversehrtheit einer anderen Person als Vergehen der gefährlichen Körperverletzung nach § 224 StGB oder als Verbrechen der schweren Körperverletzung nach § 226 StGB darstellt, wird sich in der erforderlichen „Sekundenschnelle“ vielfach nicht hinreichend sicher bestimmen lassen. Jedoch ist diese Bestimmung *de lege lata* von entscheidender Bedeutung für die Voraussetzungen des hier interessierenden Schusswaffengebrauchs in den zahlreichen Varianten des § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UZwG. Es ist deswegen aus Sicht – beispielsweise eines Bundespolizisten – auch nur sehr bedingt hilfreich, dass der Gesetzgeber mit der detaillierten Umschreibung der Einsatzmöglichkeiten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleichsam „vorgeprüft“ hat.⁷⁰ Unter diesem Gesichtspunkt ist die geltende Rechtslage grundlegend unbefriedigend und bedarf schon deshalb der Reform. Diese sollte auf den Umstand Rücksicht nehmen, dass die den Schusswaffeneinsatz erwägenden Amtsträger aus der Beobachtung von Einzelheiten, die dazu noch diffus sein können, auf die

Gefährlichkeit eines noch nicht klar erkennbaren zukünftigen Geschehens zu schließen haben.⁷¹ Die gefahrenabwehrrechtliche Terminologie, namentlich auch die differenzierten Gefahrenbegriffe in Kombination mit weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen, bietet hierfür ausreichend Möglichkeiten.

Nach dem Gesagten sind in einer Befugnis zum Schusswaffeneinsatz auch strafverfahrensrechtliche Begrifflichkeiten, wie etwa das Betroffensein auf frischer Tat in § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. a UZwG oder der dringende Tatverdacht in § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b UZwG, zu vermeiden.

2. Inhaltliche Anforderungen an Eingriffsbefugnisse

Nach dem oben Gesagten (II 3 b) stellt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spezifische Anforderungen an einen Schusswaffengebrauch aus Anlass von strafverfolgenden Maßnahmen. Diese sind nunmehr positiv zu wenden:

Mit dem Prinzip der Angemessenheit ist nach hier vertretener Ansicht unvereinbar, einen Schusswaffeneinsatz gegen eine Person auch bei in unbestimmbarer Zukunft liegender Gefahr, die selbstverständlich dieser Person zugerechnet werden muss, gesetzlich zu gestatten. Vielmehr ist im Sinne einer *gegenwärtigen Gefahr* eine Sachlage zu verlangen, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.⁷²

In qualitativer Hinsicht können nicht beliebige gegenwärtige Gefahren Anknüpfungspunkt für Eingriffe in das Lebensgrundrecht bilden. Es wäre mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar, lediglich „nicht unerhebliche Gefahren für die Allgemeinheit“ ausreichen zu lassen.⁷³ Vielmehr müssen sich die durch den Schusswaffeneinsatz abzuwendenden Gefahren auf höchststrangige Rechtsgüter beziehen, zu denen insbesondere Leib, Leben und die Freiheit von anderen Personen zählen. In Betracht kommen aber auch Gefahren für solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Hierzu zählt etwa auch – namentlich auch im Zusammenhang mit terroristischen Gefahren – die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen⁷⁴ bzw. wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen.⁷⁵ Dagegen können Eingriffe in das Grundrecht auf Leben mit bloßem Sachwertschutz nicht gerechtfertigt werden.

3. Regelungsvorschlag

Nach alledem soll unter Ausblendung der anderweitigen, namentlich rein präventiven Befugnisse zum Schusswaf-

⁶⁹ So für ein Polizeigesetz *ThürVerfGH*, Urt. v. 21.11.2012 – VerfGH 19/09, S. 41.

⁷⁰ So aber *Walter*, in: Drewes/Malmberg/Walter, UZwG § 10 Rn. 1.

⁷¹ *ThürVerfGH*, Urt. v. 21.11.2012 – VerfGH 19/09, S. 41.

⁷² Zum Begriff vgl. statt vieler nur *Denninger*, in: Lisken/Denninger, Kap. D Rn. 54.

⁷³ So aber BGHSt 26, 99 (102).

⁷⁴ BVerfGE 120, 274 (328) – Online-Durchsuchungen.

⁷⁵ BVerfGE 141, 220 (287) – BKAG.

feneinsatz in § 10 UZwG (zu denen auch der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Tod eines Störers führende Schuss zählt⁷⁶) folgende Neuregelung vorgeschlagen werden:

§ 10 Schusswaffengebrauch gegen Personen

(1) Schusswaffen dürfen gegen einzelne Personen nur gebraucht werden,

(...)

2. um eine Person, die sich der Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) durch die Flucht zu entziehen versucht, anzuhalten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die erfolgreiche Flucht zu einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer anderen Person oder für solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung

die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt, führen würde. Tatsachen in diesem Sinne können insbesondere die Art und Weise der Begehung der Tat, wegen derer die Festnahme erfolgen soll, oder die Anwendung oder das Mitführen von Waffen oder Sprengstoffen sein.

(...)

Sollen die Regelungen zur Wiederergreifung von „Ausbrechern“ (s.o.) beibehalten werden, so wäre § 10 Abs. 1 Nr. 3 lit. c und d UZwG, sofern ein präventiver Maßnahmegrund (noch) fehlt, entsprechend zu ergänzen. Reformbedarf besteht nach dem Gesagten, namentlich Verhältnismäßigkeitsgründen auch in den Landesgesetzen, die die Anwendung unmittelbaren Zwangs aus Anlass von strafverfolgenden Maßnahmen zum Gegenstand haben.

⁷⁶ Näher zur entsprechenden Problematik bspw. Gusy, S. 289 f.

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-“ bzw. „Raserfällen“

von Prof. Dr. Christoph Zehetgruber*

Abstract

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Rahmen der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bei „Renn-“ bzw. „Raserfällen“ stellt derzeit ein kontroverses Thema in der strafrechtlichen Diskussion dar. Der Beitrag plädiert für eine Beibehaltung der derzeitigen Vorsatzsystematik wie -dogmatik und spricht sich gegen eine (etwaige) gesetzliche Neuregelung zu Lasten der bewussten Fahrlässigkeit aus.

I. Diskussionsgegenstand und aktuelle Fälle

Im Zusammenhang mit der Abgrenzungsfrage zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit mögen die jüngst durch den für Verkehrsstrafsachen zuständigen 4. Senat des BGH entschiedenen Fälle und Diskussionen um die Berliner „Raser vom Kurfürstendamm“,¹ die Kölner „Rheinterrassenraser“² sowie den „Motorradraser von Bremen“³ gleichsam als gedanklich-inhaltlicher Rahmen sowie Anknüpfungspunkte der Diskussion fungieren. Den soeben angesprochenen Entscheidungen des BGH ist gemein, dass sich jene vor Einführung des neuen § 315d StGB ereigneten, dessen Abs. 5 somit auf jene grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen konnte, und sich die Tötung von unbeteiligten Verkehrsteilnehmern als Folge eines „Rennens“ (bzw. „Rasens“) mit extrem überhöhter Geschwindigkeit und weiteren hinzutretenden Verkehrsverstößen (Überfahren roter Ampeln, Vorfahrtsverstöße, falsches Überholen, etc.) darstellte. In Frage stand in allen drei Konstellationen, ob die bzw. der Täter bei Vornahme der Tathandlungen hinsichtlich des Taterfolgs (Tod eines anderen Menschen) bedingten Vorsatz aufwiesen oder „nur“ mit bewusster Fahrlässigkeit gehandelt hatten, somit der Anwendungsbereich der §§ 212, 211 oder des § 222 StGB eröffnet war.⁴ Während die LG Köln und Bremen – in Übereinstimmung mit bereits zuvor ergangenen

Entscheidungen in ähnlichen Fällen – wegen fahrlässiger Tötung verurteilten, hatten sich die Angeklagten nach Ansicht des LG Berlin des Mordes strafbar gemacht und wurden zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Die beiden erstgenannten Entscheidungen wurden hinsichtlich der grundsätzlichen Verurteilungen wegen u.a. fahrlässiger Tötungen bestätigt, jene des LG Berlin jedoch in der Revision (auf Grund verschiedenster, vom BGH festgestellter Mängel) aufgehoben.

II. Abgrenzungspunkte zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Bedingt vorsätzlich handelt nach der – entgegen anderer Ansichten⁵ – in der Lehre wie auch der Rechtsprechung immer noch herrschenden sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie⁶ derjenige Täter, welcher den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (kognitives oder Wissensselement),⁷ und billigend in Kauf nimmt, oder sich wegen des erstrebten Zieles zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (voluntatives oder Wollenselement).⁸ Ein Billigen des Taterfolgs bedeutet keineswegs, dass der Taterfolg für den Täter erwünscht sein muss, er diesen „innerlich begrüßt“.⁹ Auch ein Erfolg, welcher dem Täter gänzlich unerwünscht ist, kann dem Rechtssinn nach gebilligt werden, sofern sich jener mit diesem abgefunden bzw. er das Opfer, um sein angestrebtes Ziel zu erreichen, in einer Art und Weise gefährdet hat, dass es vom Zufall abhängt, ob der Erfolg eintritt,¹⁰ der Täter somit nicht mehr auf das Ausbleiben des Taterfolgs vertrauen durfte.¹¹ Bloßes Hoffen auf einen günstigen Ausgang des Geschehens bewirkt nicht gleichsam als Automatismus einen Ausschluss des bedingten Vorsatzes, was auch in Fällen, in welchen der Täter dem Eintritt des Erfolgs gleichgültig gegenübersteht, gilt.¹²

* Der Verfasser ist im Wintersemester 2018/2019 Vertretungsprofessor für Strafrecht an der Universität Bremen.

¹ BGH, KriPoZ 2018, 129 ff.; zuvor LG Berlin, JZ 2017, 1062 ff. = KriPoZ 2017, 200 ff. = NSTZ 2017, 471 ff.

² BGH, BeckRS 2017, 116709 = JZ 2018, 577 ff. = KriPoZ 2017, 253 ff. = SVR 2017, 358 ff.; zuvor LG Köln, BeckRS 2016, 17841.

³ BGH, HRRS 2018 Nr. 393 = JZ 2018, 579 ff.; zuvor LG Bremen, Urt. v. 31.1.2017 – 21 Ks 280 Js 39688/16.

⁴ Zur Diskrepanz des möglichen Strafmaßes bei jenen angesprochenen Normen siehe nur Jahn, JuS 2017, 700 (701); Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 439; Walter, NJW 2017, 1350.

⁵ Etwa Grünwald, JZ 2017, 1069 (1071 m.N. in Fn. 20).

⁶ Herzberg, JZ 2018, 122 (123); Jahn, JuS 2017, 700 (701); Preuß, NZV 2017, 105 (106).

⁷ Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577); Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 439 (440); Momsen, KriPoZ 2018, 76 (85 m.N. in Fn. 62); Neumann, Jura 2017, 160 (167 m.N. in Fn. 54); Preuß, NZV 2017, 105 (106); Walter, NJW 2017, 1350; für ein Überdenken des heutigen Modells der Vorsatzfeststellung Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577, 1578); für die Einführung eines neuen § 16 StGB etwa Walter, KriPoZ 2018, 39 (41–43).

⁸ Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 11); Grünwald, JZ 2017, 1069 (1070 m.N. in Fn. 10); Herzberg, JZ 2018, 122 (123); Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577); Jahn, JuS 2017, 700 (701 m.N. in Fn. 4); Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 439 (440 m.N. in Fn. 8); Momsen, KriPoZ 2018, 76 (85 m.N. in Fn. 63); Preuß, NZV 2017, 105 (106); Walter, NJW 2017, 1350.

⁹ Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 12); Herzberg, JZ 2018, 122 (123).

¹⁰ Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 14 m.V.a. auf die legendäre Lederriemen-Entscheidung des BGH); Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577); Jahn, JuS 2017, 700 (701); Preuß, NZV 2017, 105 (106); Walter, NJW 2017, 1350.

¹¹ Vgl. hierzu Jahn, JuS 2017, 700 (701); kritisch Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 439 (441).

¹² BGH, NSTZ 2000, 583 (584); Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 15, 16); Herzberg, JZ 2018, 122 (123, 124 m.N. in Fn. 8); Hörnle, NJW 2018, 1576 (1577).

Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen immer dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung zwar erkannt hat, mit jener jedoch nicht einverstanden ist und „ernsthaft und nicht nur vage“ darauf vertraut, dass der Taterfolg nicht eintreten werde,¹³ wobei hierzu auch leichtsinniges Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang zu zählen ist.¹⁴

Somit ist nach herrschender Ansicht für die Annahme von Eventualvorsatz sowohl die Verwirklichung des Wollenselements in Bezug auf den Taterfolg, als auch jene des in den gegebenen Konstellationen wohl problematischeren Wollenselements notwendig. Die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit erfolgt primär auf der letztgenannten, voluntativen Ebene.¹⁵ Ein bisweilen propagierter Verzicht bzw. ein Aufgeben der gedanklichen Zweiteilung des Vorsatzes zugunsten eines einzelnen Kriteriums des Wissens um den Tatbestandserfolg¹⁶ ist abzulehnen, da mit einer derartigen Normativierung des Vorsatzerfordernisses im Ergebnis die Grenzziehung zwischen dem Gefährdungsvorsatz und dem Vorsatz in Bezug auf einen „qualitativ“ umfassenderen Erfolg im Sinne einer tatsächlich eingetretenen Körperverletzung oder Tötung kaum mehr zu begründen wäre¹⁷ sowie die zwar umstrittene, dem Grund nach jedoch anerkannte Rechtsfigur der bewussten Fahrlässigkeit zu Gunsten eines erweiterten Vorsatzverständnisses de facto aufgegeben würde.¹⁸ Darüber hinaus wäre mit einer derartigen, normativierten Sichtweise auf subjektive, dem einzelnen Straftäter vorwerfbare innere Einstellungen zur Tat die Gefahr verbunden, dass es für die Verhängung einer Sanktion nicht mehr auf dessen individuelle Schuld ankäme, sondern einer pseudoobjektiven, da von den Vorstellungen der Entscheider geprägten Betrachtungsweise das Wort geredet würde.¹⁹ Der Sinn eines Schuldstrafrechts kann es jedoch nur sein, den Täter (gemessen an seiner persönlichen Schuld) so individuell wie möglich zu sanktionieren,²⁰ was durch eine (noch stärkere) Normativierung des Vorsatzes gerade nicht erreicht werden kann, wenn man jenen schlicht „zuschreibt“.²¹

Die Bestimmung, ob der Täter (bedingt) vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, ist eine solche der Feststellung innerer, subjektiver Zustände, welche mangels der Möglichkeit, auf die Gedankenwelt des Täters im Zeitpunkt seines Handelns direkt zugreifen zu können, ein Rekurren auf objektive Kriterien häufig notwendig machen wird

und die Beweiswürdigung berührt.²² Hierbei sei freilich angemerkt, dass mitunter getroffene Aussagen, die subjektiven Vorgänge auf Täterseite seien grundsätzlich ausschließlich unter Zuhilfenahme objektiver Kriterien ermittelbar²³ bzw. in der Praxis spiele allein das kognitive Element des Vorsatzes eine Rolle,²⁴ weswegen auf das voluntative verzichtet werden könne, in dieser Generalität nicht zutreffend bzw. abzulehnen sind. So finden sich etwa sehr wohl auch (mutmaßliche) Straftäter, die bereitwillig zu ihren inneren Einstellungen und mentalen Vorgängen vor, während und nach der Tat Auskunft zu geben bereit sind, sodass subjektive Kriterien bemüht werden können. Ferner kann aus Vor- wie Nachtatverhalten, getätigten Äußerungen und Gesprächsprotokollen eine indizielle Bedeutung für die Bejahung oder Verneinung des Vorsatzes gezogen werden und darüber hinaus sind in Bezug auf rechtstatsächliche Urteilsfeststellungen differenzierte Ausführungen zur Bejahung oder Verneinung des Vorsatzes gefordert.²⁵ Zuzugestehen ist jedoch, dass eine Feststellung der subjektiven Täterseite mit vergleichbarer Sicherheit wie auf objektiver Ebene aus verschiedensten Gründen kaum zu bewerkstelligen sein wird und eine, im strafrechtlichen Sinn zwar ausreichende, dennoch wohl immer bloße Annäherung an die tatsächlichen Vorstellungen des Täters bleiben wird (müssen).²⁶ Besonders gefährliches Agieren des Täters (beispielhaft erwähnt seien etwa Schüsse, Messerstiche, Drosselungen, aber auch das Rassen mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit unter Nichtbeachtung roter Ampeln sowie Vorfahrtsregeln, bisweilen kombiniert mit weiteren Verstößen gegen die Straßenverkehrssicherheit) löst somit eine Indizwirkung für das Vorliegen bedingten Vorsatzes,²⁷ jedoch (auch auf Grund der durchaus zu hinterfragenden Hemmschwellentheorie) keinen Automatismus in Bezug auf dessen Vorliegen aus.²⁸ So betonte der BGH in seinen jüngst ergangenen Raser-Entscheidungen, dass die reine Gefährlichkeit der Tathandlung per se kein maßgebliches Kriterium darstelle,²⁹ sondern eine Gesamtbetrachtung aller objektiven wie subjektiven Umstände des konkreten Einzelfalles in die Beurteilung der Frage des Vorliegens des Vorsatzes einfließen müsste, wozu etwa auch die Persönlichkeit des Täters, dessen psychische Verfassung und seine Tatmotivation wie auch die Verkehrsverhältnisse, die gefahrenen Geschwindigkeiten, das Ausmaß sowie die Anzahl der Verkehrsverstöße, die Dauer des Rennens sowie dessen

¹³ BGH, NStZ 1984, 19; Grünwald, JZ 2017, 1069 (1070); Herzberg, JZ 2018, 122 (123, 124); Preuß, NZV 2017, 105 (106 m.N. in Fn. 12); vgl. auch Jahn, JuS 2017, 700 (701).

¹⁴ Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 17, 18); zur Auslegung des Begriffs des Vertrauens im Rahmen der bewussten Fahrlässigkeit siehe Walter, NJW 2017, 1350 (1351, 1352); derselbe, KriPoZ 2018, 39 (42) sowie Herzberg, JZ 2018, 122 (124).

¹⁵ So auch Grünwald, JZ 2017, 1069 (1070).

¹⁶ Dafür in Bezug auf den Eventualvorsatz eintretend Herzberg, JZ 2018, 122 (123).

¹⁷ Instruktiv hierzu Momsen, KriPoZ 2018, 76 (85, 86 u.V.a. §§ 224 Nr. 5, 315c und 315d Abs. 2 StGB, 95).

¹⁸ Explizit hierfür votierend Walter, KriPoZ 2018, 39 (42); kritisch Momsen, KriPoZ 2018, 76 (85, 88, 95); allgemein Grünwald, JZ 2017, 1069 (1071 m.N. in Fn. 26, 27).

¹⁹ Ähnlich Momsen, KriPoZ 2018, 76 (88).

²⁰ So auch Momsen, KriPoZ 2018, 76 (95).

²¹ Dafür Puppe, JR 2018, 323 (325, 326); eingeschränkt Hörnle, NJW 2018, 1576 (1578), sofern „das Bemühen erkennbar ist, so weit wie möglich der mentalen Verfassung der Angeklagten nahezukommen.“; vgl. auch Grünwald, JZ 2017, 1069 (1071); dagegen Eisele, JZ 2018, 549 (553 m.N. in Fn. 49).

²² Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 19, 20).

²³ Vgl. Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 19); Grünwald, JZ 2017, 1069 (1070 m.N. in Fn. 11, 12).

²⁴ Herzberg, JZ 2018, 122 (123 ff.); tendenziell ähnlich Kubiell/Hoven, NStZ 2017, 439 (440, 441).

²⁵ Momsen, KriPoZ 2018, 76 (86).

²⁶ Vgl. hierzu ferner Hörnle, NJW 2018, 1576 (1578).

²⁷ Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 30); Jahn, JuS 2017, 700 (701); Walter, NJW 2017, 1350. Grünwald, JZ 2017, 1069 (1070, 1071 m.N. in Fn. 17) spricht an dieser Stelle insofern zutreffend von einer Normativierung des Vorsatzes.

²⁸ So bereits BGH, NStZ 1984, 19; siehe auch Walter, NJW 2017, 1350 m.N. in Fn. 4, 6.

²⁹ BGH, JZ 2018, 574 (575); 577 (578); 579 (580); Eisele, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 30); siehe auch Momsen, KriPoZ 2018, 76 (86 m.N. in Fn. 74).

Planungsgrad zu zählen seien.³⁰

Im Ergebnis hängt somit – wenig befriedigend für menschliche Vereinheitlichungstendenzen und die abstrakte pro futuro Einschätzung von „Raser-“ und „Rennfällen“ mit Personenschäden – jedoch unter Aspekten der gerechten Entscheidung im jeweiligen Einzelfall zutreffend – die Bejahung oder Verneinung des bedingten Vorsatzes von umfassenden Feststellungen zur objektiven wie subjektiven (häufig notwendigerweise indiziert durch sämtliches Verhalten des Täters vor, bei und nach der Tat) ab;³¹ eine „Abkürzung“ über die Reduktion des Vorsatzes auf eine reine Wissenskomponente – etwaig gekoppelt mit einer Formulierung aller Vorsatzformen in einem neuen § 16 StGB und gleichzeitiger genereller Festschreibung einer gesetzlichen Strafmilderung bei bedingtem Vorsatz³² – ist insofern weder angezeigt noch zielführend. Entgegen mancher Stimmen, welche den Tötungsvorsatz auf Grund des mit dem Rennen bzw. Rasen einhergehenden Eigenrisikos der Fahrer, welche den eigenen Tod, jeden anderer Fahrzeuginsassen oder die Beschädigung ihrer Fahrzeuge billigen müssten, verneinen,³³ ist zuzugeben, dass das voluntative Element des Vorsatzes durch ein Unterschätzen der Gefahr des Erfolgeintritts zwar berührt wird und etwaig zu einer Verneinung des Vorsatzes führen kann, doch auch in diesem Bereich ist jener für den jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung aller denkbaren festgestellten Faktoren, und der konkreten Vorstellungen der beteiligten Raser zu ermitteln.³⁴ Unrichtig verfuhr insoweit etwa das *LG Berlin* in der vom *BGH* aufgehobenen Entscheidung in Bezug auf die Strafbarkeit der Raser nach §§ 212, 211 StGB, indem es pauschalierend und ohne hinreichend individualisierten Bezug ausführt, dass der Gedanke der Eigengefährdung im Ergebnis nicht zu berücksichtigen sei, da Raser sich „in ihren tonnen-schweren, stark beschleunigenden, mit umfassender Sicherheitstechnik ausgestatteten Autos geschützt, stark und überlegen wie in einem Panzer oder einer Burg“ fühlen und „jegliches Risiko für sich selbst“ ausblenden würden.³⁵

Gerade im Bereich der Eigengefährdung des Täters ist insofern auch die Art des Kraftfahrzeugs (Pkw, Lkw oder Motorrad und dessen exakte Beschaffenheit) mit in die Beurteilung einzubeziehen.³⁶ Eindeutig führte der *BGH* insofern aus, dass „eine generelle Regel, wonach bei Fahrzeugkollisionen die Risiken für die Insassen der am Unfall beteiligten Fahrzeuge nahezu gleichmäßig verteilt sind und deshalb die Inkaufnahme tödlicher Folgen für Insassen des unfallgegnerische Fahrzeugs notwendig auch die Billigung eines gleichgelagerten Eigenrisikos zur Folge hat, [...] in dieser Allgemeinheit nicht“³⁷ bestehe. Eine

generelle Verneinung des Vorsatzes auf Grund von Eigengefährdung ist daher – ebenso wie die pauschale Feststellung, ein Unfall im Rahmen eines Rennens wäre nie vom Vorsatz der Täter erfasst, da jenen ja das Gewinnen des Rennens das maßgebliche Ziel sei, mit welchen Unfälle nicht in Einklang zu bringen wären – nicht überzeugend, kann ein Rennen doch auch trotz Unfällen anderer Verkehrsteilnehmer oder sogar tätereigener dennoch gewonnen werden,³⁸ schließt also das Ziel des Rennsieges die Annahme des billigend In-Kauf-Nehmens von Unfällen mit Personen- und Sachschäden (auch am tätereigenen Körper oder Fahrzeug) nicht notwendigerweise aus.³⁹ Es ist mithin gerade nicht zu forderndes Merkmal, das Rennen nur ohne an Körper oder Vermögenswerten Schaden zu erleiden zu gewinnen; der insofern getätigte Einwand hinsichtlich der Verneinung des Vorsatzes auf Grund vorhandenen Eigenrisikos verfängt in dieser Generalität nicht. Wer als Sieger aus einem Rennen hervorgehen will, dem kann es somit sehr wohl gleichzeitig egal oder auch unerwünscht sein, ob es zu einem Unfall (und etwaigen Schäden) kommt. Gedanken zur Eigengefährdung sind jedoch als Indiz zu werten, dass der Fahrer auf einen guten Ausgang vertraut und daher nicht bedingt vorsätzlich, sondern bewusst fahrlässig gehandelt hat.⁴⁰ Macht sich der Täter nun nach den Feststellungen tatsächlich keine näheren Gedanken über mögliche konkrete Unfallszenarien, muss im Rahmen der Beweiswürdigung zur Differenzierung zwischen bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit auf objektive Umstände zurückgegriffen werden, die (als Notwendigkeit menschlicher Rechtsprechung) in die eine wie andere Richtung interpretiert werden können,⁴¹ wobei freilich der Grundsatz des in dubio pro reo (gleichsam in der Abwandlung des in dubio pro fahrlässigkeit) hinreichend zu beachten ist.⁴²

Die bisweilen gegen die Annahme eines bedingten Vorsatzes in Stellung gebrachte Ansicht, es müsse konsequenterweise in Fällen, in welchen der Vorsatz tatsächlich zu bejahen sei, beim Passieren von Gefahrenstellen (etwa an Kreuzungen) ein versuchtes Tötungsdelikt angenommen werden, welches jedoch qua nicht hinreichender Konkretisierung in Bezug auf das Tatopfer durch die Rennteilnehmer mangels Bestimmung des in Aussicht genommenen Opfers nicht möglich und somit die Bestimmung der Anzahl der versuchten Taten ebenfalls nicht möglich sei, vermischt in unzutreffender Weise Fragestellungen des Vorsatzes mit jener der Versuchsstrafbarkeit.⁴³ Darüber hinaus sind die sich stellenden Schwierigkeiten ohne dog-

³⁰ So *BGH*, NStZ 2000, 583 (584); BGHSt 57, 183 (186 ff.); *Neumann*, Jura 2017, 160 (167 m.N. in Fn. 57–60); *Eisele*, JZ 2018, 549 (551 m.N. in Fn. 31); *Preuß*, NZV 2017, 105 (106).

³¹ Vgl. allgemein nur *Neumann*, Jura 2017, 160 (167).

³² Siehe hierzu *Walter*, KriPoZ 2018, 39 (42, 43).

³³ Vgl. etwa *Mitsch*, DAR 2017, 70; *Preuß*, NZV 2017, 105 (106); *Walter*, NJW 2017, 1350 (1351).

³⁴ *Eisele*, JZ 2018, 549 (552, 553); *Kulhanek*, Beck-OK-StGB, 37. Ed., Stand 1.2.2018, § 316d Rn. 5.

³⁵ *LG Berlin*, KriPoZ 2017, 200 (209) = NStZ 2017, 471 (476); *BGH*, KriPoZ 2018, 129 (131); siehe hierzu sowie zu weiteren vom *BGH* monierten Fehlern des gegenständlichen Urteils *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (92); *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1577); *Puppe*, JR 2018, 323 (324, 325); allgemein kritisch zur Rechtsprechung des 4. Senats in diesem Zusammenhang *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1577, 1578).

³⁶ *BGH*, JZ 2018, 574 (576); *Eisele*, JZ 2018, 549 (553 m.N. in Fn. 60).

³⁷ *BGH*, JZ 2018, 577 (579); *Eisele*, JZ 2018, 549 (553 m.V.a. Fn. 58).

³⁸ Ähnlich, wenngleich (zu singulär) auf die Sicherheitsstandards der Kraftfahrzeuge abstellend, die den Fremdtötungsvorsatz im Ergebnis als gegeben erscheinen lassen können *Grünwald*, JZ 2017, 1069 (1071) sowie *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (441, 442).

³⁹ Ähnlich *Preuß*, NZV 2017, 105 (106); zu generell *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (91 m.V.a. *Jäger* in Fn. 107); *Puppe*, JR 2018, 323 (325); *Walter*, NJW 2017, 1350 (1351).

⁴⁰ *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1578).

⁴¹ *Eisele*, JZ 2018, 549 (554).

⁴² Vgl. *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (91, 92).

⁴³ Vgl. hierzu *Eisele*, JZ 2018, 549 (554 m.V.a. *Kubiciel/Hoven* in Fn. 63).

matische Probleme unter Zuhilfenahme der Rechtsprechung zu den sog. Giftfallefällen lösbar.⁴⁴ Ist der bedingte Vorsatz in Bezug auf den konkreten Raser zu bejahen, wird das unmittelbare Ansetzen als maßgebliches Kriterium des Versuchsbeginns dann gegeben sein, wenn für jenen feststeht, dass ein Opfer in seinen Wirkungsbereich gelangen wird, wobei dies bei Wahrnehmung des Opfers durch den Täter und dennoch erfolgender Fortsetzung des Rennens anzunehmen ist.⁴⁵ Wird seitens des Täters das Erscheinen eines Opfers hingegen bloß für möglich gehalten, bedarf es zur Bejahung eines Tötungsversuchs des tatsächlichen Gelangens des Opfers in den Wirkungsbereich des Rasers, wodurch sich die Gefahr hinreichend verdichtet.⁴⁶

III. Die Rechtsfolgende als Diskussionspunkt

Unzweifelhaft wirft die Diskussion um die Anwendung der §§ 212, 211 bzw. des § 222 StGB, verknüpft mit der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit innerhalb der „Renn-“ und „Raserfälle“ (auch) einen Bezug zur Frage der Angemessenheit einer Sanktion für derartige, tatsächliche Schäden hinsichtlich des Rechtsguts Leben verursachende Verhaltensweisen auf. Die in diesem Zusammenhang durch *Hoven* vorgeschlagene Lösung, die Problematik der Angemessenheit des Strafmaßes über eine in den subjektiven Tatbe-

stand zu implementierende Kategorie der „Leichtfertigkeit“ zu lösen, bewirkt leider keine tatsächliche Erleichterung auf prozessualer Ebene, und führt zu neuen Abgrenzungsproblematiken,⁴⁷ was ihre Einführung ja gerade verhindern will. Darüber hinaus ist die dem Gesetz bekannte Rechtsfigur der „Leichtfertigkeit“ (siehe als prominentes Beispiel etwa § 251 StGB) dem Grunde nach eine solche der Fahrlässigkeit, und keine originäre, eigenständige, zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit angesiedelte Zwischenkategorie.

IV. Fazit

Eine bisweilen geforderte, mehr oder minder starke Normativierung des Vorsatzes über das derzeit bestehende Maß hinaus ist wegen der notwendigen subjektiven Komponente des Vorsatzes abzulehnen, da sie den Fokus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit weg vom maßgeblichen Individuum und hin zu einer (allein vermutlich) objektiven Sicht verschiebt. Die – zugebenermaßen – diskutablen Rechtsfolgen der Anwendung des § 211 StGB müssen deliktsspezifisch (etwa durch gesetzliches Abgehen vom Automatismus der lebenslangen Freiheitsstrafe) gelöst werden. Eine Änderung des bewährten Vorsatzkonzepts (zu Lasten der anerkannten Rechtsfigur der bewussten Fahrlässigkeit) ist insoweit weder notwendig noch allgemein angezeigt.

⁴⁴ Eisele, JZ 2018, 549 (554 m.N. in Fn. 66–68); siehe auch Herzberg, JZ 2018, 122 (128, 129).

⁴⁵ Eisele, JZ 2018, 549 (554).

⁴⁶ A.a.O.

⁴⁷ Vgl. auch Momsen, KriPoZ 2018, 76 (96).

Die mäßig pazifistische Neuregelung des Aggressionsverbrechens nach § 13 VStGB

Besprechung des Gesetzes zur Einführung des Verbrechens der Aggression in das deutsche Völkerstrafgesetzbuch

von Annegret L. Hartig, LL.M., *maître en droit**

Abstract

Die Einigung der Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofes auf eine Definition des Aggressionsverbrechens schuf seit 2010 den Anreiz, wenn auch nicht die Pflicht, diese internationale Entwicklung in das deutsche Recht zu übersetzen. Das am 1.12.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Aggressionsverbrechens bemüht sich um einen Balanceakt: Einerseits sollte der deutschen Normtradition aus §§ 80, 80a StGB und Art. 26 GG ausreichend Rechnung getragen werden. Andererseits war es die erklärte Absicht des Gesetzgebers, den deutschen Straftatbestand behutsam an die Parallelnorm im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes anzugleichen. Der Beitrag untersucht die neue Regelung in § 13 VStGB im Lichte der Bestimmung des Statuts. Dabei weist er auf die Schwachstellen der Neuregelung hin, die vor allem im Festhalten am Merkmal des Angriffskrieges, der Aufnahme des minder schweren Falles sowie im Verzicht auf das Weltrechtsprinzip zu sehen sind.

I. Entstehungsgeschichte

Am 1.1.2017 trat das Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches in Kraft, welches das Verbrechen der Aggression in Anlehnung an die Parallelvorschrift im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH-Statut) unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten als neuen Straftatbestand einführt.¹ Bereits seit 1968 war die Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80 StGB a.F.) und die Aufstachelung zum Angriffskrieg (§ 80a StGB) unter deutschem Recht strafbar. Dies diente der Umsetzung des Verfassungsauftrages aus Art. 26 GG, die Führung eines Angriffskrieges unter Strafe zu stellen, und trug damit der historischen Verantwortung Deutschlands als Initiator zweier Weltkriege Rechnung. Die im Jahre 2010 erfolgte Einigung der Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) auf eine Definition des Aggressionsverbrechens und auf die Bedingungen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit legten es nahe, diese völkerstrafrechtliche Entwicklung national nachzuzeichnen.² Eine Umsetzungspflicht bestand für den deutschen Gesetzgeber nach

dem im IStGH-Statut verankerten Komplementaritätsprinzip allerdings nicht.³ Dieses besagt lediglich, dass der Internationale Strafgerichtshof komplementär zu nationalen Strafgerichten tätig wird, wenn Staaten nicht willens oder außer Stande sind, die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen selbst durchzuführen. Dennoch schafft es für Staaten – wie auch Deutschland⁴ – den Anreiz, sich souveränitätswahrend in den Stand zu versetzen, eigene Strafverfolgungen aufnehmen zu können.⁵ Sobald nationale Behörden in „derselben Sache“ ermitteln, ist dem Internationalen Strafgerichtshof grundsätzlich der Zugriff verwehrt.⁶ Die Beurteilung, ob eine Strafverfolgung in „derselben Sache“ erfolgt, hängt nicht von der rechtlichen Einordnung des Verhaltens oder dem Charakter der zugrundeliegenden Strafnorm ab, sodass die Schaffung eines genuin völkerstrafrechtlichen Tatbestandes im Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) nicht aufgrund des einfachrechtlichen Charakters des § 80 StGB a.F. erforderlich gewesen wäre.⁷ Entscheidend ist, ob die nationale Strafverfolgung „im Wesentlichen wegen desselben Verhaltens“ durchgeführt wird.⁸ Da nach dem Wortlaut des § 80 StGB a.F. allein die Vorbereitung des Angriffskrieges strafbar war, bestand im Falle seiner tatsächlichen Durchführung eine Regelungslücke und damit die Möglichkeit eines Eingreifens des IStGH trotz deutscher Verfolgungsbemühungen. Wegen des geringeren Unrechtsgehalts ist die Vorbereitung eines Angriffskrieges nicht dasselbe Verhalten wie seine Durchführung. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der nach neuer Rechtslage vorgesehenen Strafraumenregelung in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 VStGB. Zwar wurde argumentiert, § 80 StGB a.F. decke *a minori ad maius* die Durchführung eines Angriffskrieges ab.⁹ Dennoch stellt die explizite Aufnahme aller in Artikel 8 *bis* IStGH-Statut beschriebenen Verhaltensweisen neben dem Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG¹⁰ sicher, dass beim Aktivwerden deutscher Behörden keine zusätzlichen internationalen Ermittlungen aufgenommen werden.

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte von Prof. Dr. Florian Jeßberger an der Universität Hamburg.

¹ Zur Erarbeitung des Gesetzesentwurfes, vgl. *Greßmann/Staudigl*, ZIS 2016, 798.

² Eingehend zur Einigung der Vertragsstaaten *Clark*, *Goettingen Journal of International Law* (2010), 689.

³ *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. Aufl. (2016), Rn. 86.

⁴ So auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 1.

⁵ Vgl. *Werle/Jeßberger*, Rn. 291.

⁶ Vgl. Art. 17 Abs. 1 IStGH-Statut. Näher dazu *Schabas/El Zeidy*, in: *Triffterer/Ambos*, *The Rome Statute*, 3. Aufl. (2016), Art. 17 Rn. 31 ff.

⁷ Vgl. IStGH (PTC), Beschl. v. 31.5.2013, Gaddafi und Al-Senussi, Rn. 85, 88.

⁸ Vgl. IStGH (AC), Urt. v. 30.8.2011, Ruto et al., Rn. 40.

⁹ Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Besonderer Teil* 2, 10. Aufl. (2012), § 90 Rn. 1.

¹⁰ Kritisch dazu auch *Classen*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 80 Rn. 30.

II. Die Regelung des Aggressionsverbrechens in § 13 VStGB

Zusammenfassend ist nach § 13 VStGB jeder *de facto* Staatsführer wegen eines Aggressionsverbrechens strafbar, der eine Angriffshandlung begeht, plant, vorbereitet oder einleitet, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt. Diese aus Art. 8 *bis* IStGH-Statut entlehnte Grundaussage findet innerhalb des § 13 VStGB eine Systematisierung, wonach für die Begehung des Aggressionsverbrechens Abs. 1 und für Tathandlungen im Vorfeld Abs. 2 Anwendung findet, Abs. 3 eine Legaldefinition der staatlichen Angriffshandlung enthält, Abs. 4 den Sonderdeliktscharakter verdeutlicht und Abs. 5 einen minder schweren Fall vorsieht.

1. Staatliche Angriffshandlung und offenkundige Verletzung

Zunächst bedarf es für ein Aggressionsverbrechen nach § 13 Abs. 1 VStGB einer staatlichen Angriffshandlung auf der Makroebene. Diese wird in § 13 Abs. 2 VStGB übereinstimmend mit Art. 8 *bis* Abs. 2 S. 1 IStGH-Statut definiert als eine „gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch den Staat“. Strafrechtliche Relevanz erhält die Angriffshandlung gem. § 13 Abs. 1 VStGB erst ab einer gewissen Schwelle: Es muss sich um eine ihrer Art, Schwere und Umfang nach offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen (VN-Charta) handeln.¹¹ Dies dient dazu, völkerrechtlich umstrittene Fälle der Gewaltanwendung vom Tatbestand auszuschließen und entspricht dem *ultima ratio*-Gedanken des Strafrechts.¹² Abweichend von der Parallelnorm im IStGH-Statut nennt § 13 Abs. 1 VStGB den Angriffskrieg als „Prototypen“ einer derart die VN-Charta offenkundig verletzenden Angriffshandlung.

Notwendig wäre die Nennung des Angriffskrieges freilich nicht gewesen. Art. 26 GG gibt dem Gesetzgeber den Auftrag, „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten“ unter Strafe zu stellen. Kernstück des Verfassungsauftrages ist also die Wahrung des friedlichen Zusammenlebens der Völker durch entsprechende Pönalisierung, während der Angriffskrieg als Re-

gelbeispiel einer friedensgefährdenden Handlung („insbesondere“) eher als Verfassungslyrik einzuordnen ist. Die entsprechende Begründung, die Nennung des Angriffskrieges diene der Berücksichtigung des Verfassungsauftrages aus Art. 26 GG, mag daher nicht ganz überzeugen.¹³

Gleichermaßen kritisch ist die Gesetzesbegründung zu sehen, wonach mit der Nennung des Angriffskrieges ein höherer Grad an Bestimmtheit einhergeht.¹⁴ 1968 ergaben sich im Rahmen der Strafrechtsreform zur Einführung des Straftatbestandes des Angriffskrieges noch Bedenken, „angesichts des Postulats der Gesetzesbestimmtheit der Straftatbestände [...] einen mit solchen Ungewissheiten belasteten Straftatbestand vorzusehen“.¹⁵ Da die Definition des Angriffskrieges hauptsächlich auf der Nürnberger und Tokioter Nachkriegsrechtsprechung fußt,¹⁶ stellt sich die Frage, wie der Begriff seit 1968 derart an Konturen gewonnen haben kann, um nun als Verteidiger des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG zu gelten.¹⁷

Nicht zuletzt erscheint die Verwendung des Begriffs des Angriffskrieges als Abweichung zur völkerrechtlichen Tendenz, einen derart mit Assoziationen aufgeladenen Begriff¹⁸ zu vermeiden: Im humanitären Völkerrecht wird nicht zwischen zwischenstaatlichen Kriegen und Bürgerkriegen unterschieden, sondern zwischen internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikten.¹⁹ Die zentrale Norm der VN-Charta ist nicht als Kriegsverbot, sondern bereits als Gewaltverbot ausgestaltet.²⁰ Diese Terminologie legt nahe, dass der Begriff des Krieges als rechtliche Kategorie Probleme aufwirft. Der Meinung schienen auch die Vertragsstaaten des *IStGH* zu sein, als sie sich – von den Statuten des *Internationalen Militärgerichtshofes* und des *Internationalen Militärgerichtshofes für den Fernen Osten* abweichend²¹ – gegen die Übernahme des Begriffes des Angriffskrieges entschieden. Eine merkliche Erweiterung der Strafbarkeit geht damit nicht einher, da die Angriffshandlung ohnehin die Strafbarkeitsschwelle der „offenkundigen Verletzung“ der VN-Charta am Maßstab der kumulativen Trias der Art, der Schwere und des Umfangs überschreiten muss.²² Der deutsche Gesetzgeber hätte daher zugunsten eines gestrafften Tatbestandes auf die illustrative Nennung des Angriffskrieges verzichten können.

Dies gilt umso mehr, als er im Übrigen eine generalklauselartige Ausgestaltung des Tatbestandes einer kasuistischen vorzuziehen scheint. Bei der Definition des Tatbestandsmerkmals der staatlichen Angriffshandlung in § 13

¹¹ So auch Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut. Im Einzelnen vgl. Zimmermann/Freiburg, in: The Rome Statute, Art. 17 Rn. 31 ff.

¹² Aus diesem Grund sind humanitäre Interventionen nach wohl h.M. zwar völkerrechtswidrig, aber straflos, vgl. Zimmermann/Freiburg, in: The Rome Statute, Art. 8 *bis*, Rn. 77 ff.

¹³ Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 16.

¹⁴ A.a.O.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. V/2860; GBA, Entscheidung v. 21.3.2003, JZ 2003, 908 (909).

¹⁶ Vgl. Werle/Jeffberger, Rn. 1510; Kreß, ZStW 115 (2003), 294 (296).

¹⁷ So auch Effinowicz, JuS 2017, 24 (25). A.A. Jeffberger, ZIS 2015, 514 (518).

¹⁸ Vgl. auch Zimmermann/Freiburg, in: The Rome Statute of the ICC, Art. 8 *bis* Rn. 17: „the loaded notion of a ‚war of aggression““.

¹⁹ Vgl. Art. 2 Genfer Konventionen I-IV; Art. 3 Genfer Konventionen I-IV.

²⁰ Vgl. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta.

²¹ Siehe Art. 6 lit. a IMT-Statut, Art. 5 lit. a IMTFO-Statut.

²² Vgl. Werle/Jeffberger, Rn. 1536. Dinstein geht sogar davon aus, dass das Aggressionsverbrechen trotz seiner sprachlichen Abweichung inhaltlich mit dem Begriff des Angriffskrieges übereinstimmt, vgl. Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, 6. Aufl. (2017), 144-145.

Abs. 3 IStGH-Statut hat der Gesetzgeber auf die Liste an möglichen Angriffshandlungen verzichtet, wie sie in Art. 8 *bis* Abs. 2 S. 2 IStGH-Statut in Übereinstimmung mit der Resolution 3314 der VN-Generalversammlung niedergelegt ist.²³ Eine vollständige Entkopplung scheint dennoch nicht beabsichtigt. Wie den Gesetzesbegründungen zu entnehmen ist, sollen die sieben aufgelisteten Angriffshandlungen bei der Auslegung herangezogen werden.²⁴ Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist dies zu begrüßen. Angesichts dessen, dass der völkergewohnheitsrechtliche Charakter der aus der Resolution 3314 stammenden Definition und der aufgelisteten Angriffshandlungen umstritten ist,²⁵ hätte eine explizite Auflistung im deutschen Völkerstrafgesetzbuch die Staatenpraxis diesbezüglich verdichtet.

2. Tathandlungen von der Vorbereitung bis zur Begehung

In Anlehnung an die Statuten des *IStGH*, des *Internationalen Militärgerichtshofes* und des *Internationalen Militärgerichtshofes für den Fernen Osten* sind fortan nach § 13 VStGB alle Einzelphasen der Deliktsverwirklichung von der Planung bis zur Begehung des Aggressionsverbrechens strafbar.²⁶ Damit schließt § 13 VStGB die Regelungslücke, die durch die bloße Pönalisierung der Vorbereitung des Angriffskrieges nach alter Rechtslage bestand.²⁷

Anders als im IStGH-Statut sind in § 13 VStGB wegen des unterschiedlichen Schweregrades für Tathandlungen zusätzliche Anforderungen und unterschiedliche Rechtsfolgen vorgesehen. Für die tatsächliche Begehung der Angriffshandlung stellt § 13 Abs. 1 VStGB keine weiteren Voraussetzungen auf. Dagegen sind nach § 13 Abs. 2 VStGB Tathandlungen im Vorfeld der Angriffshandlung (Planen, Vorbereiten und Einleiten) aufgrund des Grundsatzes des schuldangemessenen Strafens nur dann strafbar, wenn die Angriffshandlung begangen worden ist (Nr. 1) oder durch sie die Gefahr einer Angriffshandlung für die Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird (Nr. 2). Das Planen, Vorbereiten und Einleiten einer Angriffshandlung ist also von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit (Nr. 1) oder dem Eintritt einer konkreten Gefahr (Nr. 2) abhängig. Die auf dem ersten Blick innovative Regelung des § 13 Abs. 2 Nr. 1 mag sich an der Grundentscheidung der Vertragsstaaten des *IStGH* orientieren, wonach das Aggressionsverbrechen nur bei tatsächlicher Durchführung der Angriffshandlung strafbar

ist. Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus Art. 8 *bis* IStGH-Statut, wohl aber aus den sog. Verbrechenselementen, die gem. Art. 9 Abs. 1 IStGH-Statut vom *IStGH* bei der Auslegung des Statuts zu berücksichtigen sind.²⁸ Das Erfordernis einer konkreten Kriegsgefahr für Deutschland nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 VStGB fußt dagegen auf dem zuvor geltenden § 80 StGB. Dessen Reduzierung des Friedensbegriffes auf die zwischenstaatlichen Beziehungen Deutschlands stand angesichts des weiten Verfassungsauftrages nach Art. 26 GG („friedliche Zusammenleben der Völker“) bereits in der Kritik.²⁹

Daher ist der partielle Verzicht auf die Herbeiführung einer Kriegsgefahr für Deutschland in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VStGB positiv hervorzuheben. Das Erfordernis der Kriegsgefahr für Deutschland nach alter Rechtslage führte dazu, dass der Generalbundesanwalt den Anfangsverdacht im Falle der Irakinvasion ablehnen konnte. Die Möglichkeit eines Krieges zwischen fremden Staaten reichte nach § 80 StGB a.F. nicht aus.³⁰ Angesichts der militärischen Zurückhaltung Deutschlands und seiner geographischen Lage inmitten einer der friedlichsten Regionen der Welt³¹ ist allerdings kaum mit einer konkreten Kriegsgefahr für Deutschland zu rechnen. Daher sind die einzig für die deutsche Strafjustiz denkbaren Fälle diejenigen, in denen sich die deutsche Führungsriege an Aggressionsverbrechen anderer Staaten beteiligt. Dies zeigte bereits der Fall „Irak“, in dem eine Strafanzeige gegen Bundeskanzler *Schröder* und andere Regierungsmitglieder erhoben wurde. Damals hatte Bundeskanzler *Schröder* explizit erklärt, sich nicht am militärischen Schlag gegen den Irak zu beteiligen. Die deutsche Unterstützung an der amerikanischen Intervention erschöpfte sich vornehmlich in der Gewährung von Überflug-, Bewegungs- und Transportrechten.³² Diskutabel wäre also eine Strafbarkeit der Regierungsmitglieder wegen physischer Beihilfe gewesen.³³ Ohne aber umfassend die inhaltlich wichtige Frage klären zu müssen, inwieweit die Gewährung solcher Rechte unter § 27 StGB fallen könnte und ob die Irakinvasion völkerrechtswidrig ist, lehnte der Generalbundesanwalt die Aufnahme von Ermittlungen mangels Kriegsgefahr für Deutschland ab.³⁴ Durch den Verzicht auf das Merkmal der Kriegsgefahr für Deutschland in § 13 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VStGB wird sich fortan der Argumentationsschwerpunkt des Generalbundesanwaltes verschieben. Dies zeigte sich bereits in den ersten Strafanzeigen, die bei der Bundesanwaltschaft nach Inkrafttre-

²³ Vgl. VN-Generalversammlung, Resolution 3314 v. 14.12.1974, Anhang, Art. 3.

²⁴ Vgl. BT-Drucksache V/2860, S. 19.

²⁵ Vgl. *Solera*, Defining the Crime of Aggression, 2007, S. 201 ff.; *Carrie McDougall*, The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court, 2013, S. 95; *Dinstein*, S. 147 f.

²⁶ Vgl. Art. 8 *bis* Abs. 1 IStGH-Statut. Art. 6 lit. a IMT-Statut und Art. 5 lit. a IMTFE-Statut weichen vom Wortlaut nur insofern ab, als sie „waging“ anstatt „execution“ als Ausführungshandlung bezeichnen. Zur Auslegung der einzelnen Tathandlungen, vgl. *Jefberger*, ZIS 2015, 514 (516 f.).

²⁷ Eine derartige Regelungslücke bestand nicht, wenn man die Durchführung aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses als mitumfasst ansah. Dazu bereits Fn. 9.

²⁸ Vgl. Verbrechenselemente zu Art. 8 *bis* IStGH-Statut, § 3. So auch *Jefberger*, in: FS Schomburg, 2018, S. 180 (192).

²⁹ Vgl. *Classen*, MüKo-StGB, § 80 Rn. 7.

³⁰ GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

³¹ Vgl. *Institute for Economics & Peace*, Global Peace Index 2018, S. 14, abrufbar unter: <http://visionofhumanity.org/reports> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

³² GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

³³ Nach Art. 3 lit. f der Resolution 3314 der VN-Generalversammlung könnte sogar die Zurverfügungstellung deutschen Staatsgebiets an die USA eine eigene deutsche Angriffshandlung darstellen, wenn es der deutsche Staat „zulässt, dass dieses Hoheitsgebiet von dem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen“. Wenn die Verletzung der VN-Charta offenkundig ist, käme nicht nur die Beteiligung an einem amerikanischen Aggressionsverbrechen in Betracht, sondern auch die täterschaftliche Begehung eines deutschen Aggressionsverbrechens durch deutsche Regierungsmitglieder.

³⁴ GBA, Entscheidung v. 21.3. 2003, JZ 2003, 908 (911).

ten des § 13 VStGB eingingen. Beispielsweise wurde Mitgliedern der Bundesregierung, insbesondere Bundeskanzlerin Merkel, vorgeworfen, die Militärschläge der USA, Großbritanniens und Frankreichs in Syrien gutzuheißen, die trotz fehlender Ermächtigung des VN-Sicherheitsrates als Reaktion auf die Verletzung der Chemiewaffenkonvention durch Syrien durchgeführt wurden.³⁵ Da nach § 13 Abs. 1 VStGB die im Syrienkonflikt fehlende Kriegsgefahr für Deutschland unschädlich ist, verspricht die Strafanzeige eine Auseinandersetzung mit wesentlichen Tatbestandsmerkmalen des Aggressionsverbrechens. Insbesondere wäre zu klären, ob der Militärschlag als Reaktion auf die Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrags als eine wohl völkerstrafrechtswidrige Repressalie zu werten ist, oder ob es sich um eine straflose humanitäre Intervention handelt.³⁶ Zudem ist mit Blick auf künftige oder andauernde Militäreinsätze zu überlegen, ob Mitglieder der Bundesregierung psychische Beihilfe leisten, wenn sie es in einer Pressemitteilung unterstützen, dass ihre „amerikanischen, britischen und französischen Verbündeten als ständige Mitglieder des UN-Sicherheitsrats in dieser Weise Verantwortung übernommen haben“, da der „Militäreinsatz [...] erforderlich und angemessen [war], um die Wirksamkeit der internationalen Ächtung des Chemiewaffeneinsatzes zu wahren und das syrische Regime vor weiteren Verstößen zu warnen“. Mit der ersten Frage zusammenhängend wäre zunächst zu erörtern, ob sich die Rechtmäßigkeit eines Militärschlages inmitten eines bewaffneten Konfliktes überhaupt am Maßstab des für das Aggressionsverbrechen relevanten Gewaltverbots der VN-Charta (also dem *ius ad bellum* oder *ius contra bellum*) misst oder ob allein das humanitäre Völkerrecht (*ius in bello*) Anwendung findet.³⁷ In einem zweiten Schritt wäre dann zu prüfen, ob Repressalien unter Anwendung bewaffneter Gewalt und ohne Ermächtigung des VN-Sicherheitsrates offensichtlich völkerrechtswidrig und damit strafbar sind. Dieser Schluss liegt angesichts des Wortlautes der Erklärung der VN-Generalversammlung über die *Grundsätze des Völkerrechts zu den freundschaftlichen Beziehungen zwischen Staaten* nahe, wonach eine Pflicht für Staaten besteht, Repressalien zu unterlassen, die mit Gewaltanwendung verbunden sind.³⁸ Zum gleichen Schluss gelangt man angesichts des Art. 50 Abs. 1 lit. a der *Artikel zur Staatenverantwortung* der Völkerrechtskommission, demzufolge Gegenmaßnahmen nur unter Einhaltung des Gewaltverbots möglich sind.³⁹ Anders verhält es sich, wenn man den Einsatz als humanitäre Intervention wertet. Selbst wenn man darin eine Verletzung des Gewaltverbotes sieht, ist die strafrechtliche Schwelle der Offenkundigkeit noch nicht überschritten.⁴⁰

Der unterschiedliche Unrechtsgehalt der Begehung der Angriffshandlung und ihrer Vorfeldhandlungen (Planen, Vorbereiten, Einleiten) spiegelt sich nicht nur in den zusätzlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen für letztere wider, sondern zudem in der Strafraumenregelung und der Möglichkeit eines minder schweren Falls. Für die Begehung einer Angriffshandlung ist nach § 13 Abs. 1 VStGB eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen, während Handlungen im Vorfeld nach § 13 Abs. 2 VStGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft werden. Diese differenzierte Strafraumenregelung ist gegenüber der für den *IStGH* geltenden allgemeinen Orientierung der Strafe an der Schuld des Täters vorzugswürdig.⁴¹ Die mögliche Senkung des Strafraumens bei minder schweren Fällen nach § 13 Abs. 5 VStGB mag man dagegen kritischer betrachten. Gerade weil Artikel 5 *IStGH*-Statut das Aggressionsverbrechen neben Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen als eines der „schwersten Verbrechen“ auflistet, „welche die internationale Gemeinschaft als Ganze berühren“, könnte man den minder schweren Fall des Aggressionsverbrechens – wie auch den minder schweren Fall des Völkermords – als rechtliches Oxymoron bezeichnen.

3. Führungsdelikt

In Übereinstimmung mit der Parallelvorschrift des *IStGH*-Statuts ist das Aggressionsverbrechen als Führungsdelikt ausgestaltet.⁴² Gem. § 13 Abs. 4 VStGB kann Täter und Teilnehmer („Beteiligter“ i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB) eines Aggressionsverbrechens nur sein, „wer tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken“. Die Beschränkung auf die *de facto* Führungsriege eines Staates dient der Klarstellung, dass trotz Pönalisierung der „Begehung“ in § 13 Abs. 1 VStGB einfache Soldaten für die Ausführung der Angriffspläne keine Strafverfolgung befürchten müssen.⁴³ Für sie gilt weiterhin das Kombattantenprivileg, welches angesichts der Realitäten bewaffneter Konflikte Kombattanten grundsätzlich erlaubt, unter Einhaltung des humanitären Völkerrechts straffrei zu töten.⁴⁴ Umgesetzt wurde diese Privilegierung in § 13 Abs. 4 VStGB dadurch, dass in Abweichung zur obligatorischen Straf-milderung nach § 28 Abs. 1 StGB beim Fehlen der Führungsposition Straffreiheit vorgesehen ist. § 13 VStGB ist daher nicht nur als echtes, sondern „absolutes Sonderdelikt“ anzusehen.⁴⁵

³⁵ Vgl. Pressemitteilung der Bundesregierung v. 14.4.2018, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bundeskanzlerin-merkel-zu-den-militaerschlaegen-der-usa-grossbritannien-und-frankreichs-in-syrien-1006908> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

³⁶ Vgl. dazu Kreß/Haidar, Gewalt zum Schutz von Menschen, FAZ v. 19.07.2018; Scharf, Chicago Journal of International Law 2019 (im Erscheinen).

³⁷ Eingehend zur möglichen parallelen Anwendung von *ius ad bellum* und *ius in bello*, vgl. Okimoto, The Distinction and Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*, 2011, S. 31 ff.

³⁸ Vgl. Resolution 2625 der VN-Generalversammlung v. 24.10.1970, Anhang I, zum Grundsatz des Gewaltverbotes Absatz 6.

³⁹ Vgl. Kreß, The State Conduct Element, in: Kreß/Barriga, The Crime of Aggression, 2016, Bd. I, S. 412, 504 f., sowie eingehend zur Völkerrechtswidrigkeit von Repressalien Darcy, in: Weller, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 2015, S. 877 (886 ff.).

⁴⁰ Vgl. Zimmermann/Freiburg, in: The Rome Statute, Art. 8 bis, Rn. 77 ff.

⁴¹ Vgl. Art. 78 Abs. 1 *IStGH*-Statut i.V.m. Regel 145 Abs. 1 lit. a Verfahrens- und Beweisordnung des *IStGH* (sog. Rules of Procedure and Evidence).

⁴² Artikel 8 bis Abs. 1 und Art. 25 Abs. 3 *IStGH*-Statut.

⁴³ BT-Drs. 18/8621, S. 20.

⁴⁴ Vgl. Dörmann, IRR 85 (2003), 45.

⁴⁵ BT-Drs. 18/8621, S. 19.

4. Strafanwendungsrecht

Während die Ausgestaltung des Straftatbestandes aufgrund des teilweisen Wegfalls der Kriegsgefahr für Deutschland als Fortschritt zu bezeichnen ist, ist die getroffene Regelung des Strafanwendungsrechts vor allem aufgrund der historischen Verantwortung Deutschlands als zweifacher Aggressor des 20. Jahrhunderts bedauerlich.

Anders als bei den übrigen Völkerrechtsverbrechen hat sich der Gesetzgeber beim Aggressionsverbrechen gegen die Anwendung des Weltrechtsprinzips entschieden. Nach § 1 S. 2 VStGB gilt für Aggressionsverbrechen, die im Ausland begangen wurden, das VStGB „unabhängig vom Recht des Tatorts, wenn der Täter Deutscher ist oder die Tat sich gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet“. Die Beschränkung auf Taten mit Deutschlandbezug wurde damit begründet, dass Aggressionsverbrechen durch das Erfordernis einer staatlichen Angriffshandlung und der Ausgestaltung als Führungsdelikt in besonderem Maße von außenpolitischer Relevanz seien. Diese außenpolitische Komponente mache ein internationales Strafgericht für Fälle ohne Deutschlandbezug zum geeigneten Strafverfolgungsorgan.⁴⁶ Dieser Erklärungsansatz greift allerdings nur, wenn es ein internationales Strafgericht mit derartigem Auffangcharakter gibt. Der *IStGH* ist konzeptionell zwar als ein zu den nationalen Strafgerichten komplementäres Gericht ausgestaltet.⁴⁷ Allerdings fallen die meisten aggressionsrelevanten Verhaltensweisen nicht in seine eng umgrenzte Zuständigkeit. Ohne Überweisung des VN-Sicherheitsrates können Aggressionsverbrechen nicht verfolgt werden, die von Staatsangehörigen von Nichtvertragsstaaten oder auf deren Territorium begangen werden.⁴⁸ Da die USA kein Vertragsstaat ist, wäre die Verfolgung US-amerikanischer Regierungsmitglieder für die obig beschriebene Repressalie nicht möglich. Bei den übrigen Völkerrechtsverbrechen ist dagegen ein derart umfassender Ausschluss von Nichtvertragsstaaten nicht vorgesehen.⁴⁹ Dies zeigt sich beispielsweise an der von der Chefanklägerin des *IStGH* geforderten Aufnahme von Ermittlungen in der Situation Afghanistan,⁵⁰ die – zum Missfallen von *Trump's* Nationalem Sicherheitsberater *Bolton*⁵¹ – auch mögliche Kriegsverbrechen US-amerikanischer Staatsangehöriger betreffen.⁵² Anders als bei anderen Völkerrechtsverbrechen besteht beim Aggressionsverbrechen eine weitere Einschränkung: Vertragsstaaten

können sich durch eine Opt-out-Erklärung⁵³ oder – nach nicht unumstrittener Ansicht – durch fehlende Ratifizierung der Vertragsänderungen⁵⁴ dem Zugriff des *IStGH* entziehen. Nach engster Auslegung dieser Regelungen wäre es dem *IStGH* ohne Sicherheitsratsüberweisung derzeit nur gestattet, Aggressionsverbrechen zwischen den 37 Vertragsstaaten zu verfolgen, die bisher die Vertragsänderungen ratifiziert haben. Angesichts des dadurch zu erwartenden Strafverfolgungsdefizits hätte der deutsche Gesetzgeber nicht auf ein besser geeignetes internationales Gericht vertrauen dürfen.⁵⁵ Sollte die Anzahl an Ratifikationen nicht steigen, mag sich der völkerrechtsfreundlich wirkende Verweis des deutschen Gesetzgebers auf internationale Gerichte als Freibrief für interventionswillige Staatsführer erweisen.

Die außenpolitische Sprengkraft des Aggressionsverbrechens hätte man auch durch eine anderweitige Ausgestaltung des Strafanwendungsrechts entschärfen können. Einerseits wird das Weltrechtsprinzip des § 1 VStGB ohnehin durch die prozessuale Regelung des § 153 f StPO flankiert, indem bei fehlendem Inlandsbezug Einstellungsmöglichkeiten bestehen.⁵⁶ Darüber hinaus hätte der deutsche Gesetzgeber in Anlehnung an die Regelung des Art. 8 bis Abs. 7 und 8 *IStGH*-Statut einen Filtermechanismus vorsehen können. Die Anklagebehörde des *IStGH* kann nämlich nur dann ermitteln, wenn der VN-Sicherheitsrat eine Angriffshandlung festgestellt oder die Vorverfahrensabteilung den Ermittlungen zugestimmt hat. Dieses Prüfsystem ließe sich national durch das Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung der Bundesregierung transferieren, wie es beispielsweise in § 104 StGB für bestimmte Straftaten gegen ausländische Staaten vorgesehen ist.⁵⁷

Zweifelsohne stößt das Weltrechtsprinzip bereits grundsätzlich auf Kritik, welche sich mit Blick auf das Aggressionsverbrechen durch die Ausgestaltung als Führungsdelikt verschärft.⁵⁸ Die Allzuständigkeit nationaler Gerichte berge politisches Missbrauchspotential und führe zur selektiven Strafverfolgung von Angehörigen politisch schwacher Staaten.⁵⁹ Man dürfe nicht völlig unbegründet auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 12-13.

⁴⁷ Vgl. Art. 17 *IStGH*-Statut.

⁴⁸ Vgl. Art. 15 bis Abs. 5 *IStGH*-Statut.

⁴⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. b *IStGH*-Statut, wonach es für die Zuständigkeit des *IStGHs* ausreicht, wenn der Territorialstaat Vertragsstaat ist.

⁵⁰ Vgl. ICC, Public redacted version of “Request for authorization of an investigation pursuant to article 15” v. 20.11.2017, Rn. 44.

⁵¹ Vgl. *John Boltons* Stellungnahme v. 10.9.2018, abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/60674/national-security-adviser-john-bolton-remarks-international-criminal-court/> (zuletzt abgerufen am 25.10.2018).

⁵² Gem. Art. 12 Abs. 2 lit. b *IStGH*-Statut genügt es, dass die vorgeworfenen Kriegsverbrechen auf dem Staatsgebiet eines Vertragsstaates, wie vorliegend Afghanistan, Polen, Rumänien und Litauen, begangen wurden. Dass die USA kein Vertragsstaat des *IStGH* ist, ist unschädlich.

⁵³ Art. 15 bis Abs. 4 *IStGH*-Statut.

⁵⁴ Die Vertragsstaaten haben im Dezember 2017 eine Resolution verabschiedet, nach deren Paragraph 2 der Gerichtshof seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben darf, wenn das Aggressionsverbrechen von einem Staatsangehörigen oder auf dem Territorium eines Vertragsstaates begangen wird, der die Vertragsänderungen nicht ratifiziert hat. Die Bedeutung der Resolution für die Auslegung des Art. 15 bis Abs. 4 *IStGH*-Statuts ist umstritten. Vgl. dazu *Trahan*, ICLR 18 (2018), 197 (231 ff.); *Hartig*, Opt-in vs. Opt-out = Opt-in-opt-out? v. 7.2.2018, voelkerrechtsblog.

⁵⁵ Zumal sich die universelle Ausgestaltung der Zuständigkeit durch das chronische Strafverfolgungsdefizit von Völkerrechtsverbrechen rechtfertigen ließe, vgl. *Werle/Jeffberger*, Rn. 237.

⁵⁶ *Werle/Jeffberger*, Rn. 444.

⁵⁷ Kritisch zum in Österreich diskutierten Erfordernis einer Verfolgungsermächtigung *Bühler/Reisinger Coracini*, ZIS 2015, 505 (512).

⁵⁸ Vgl. *Scharf*, Harvard International Law Journal 53 (2012), 357 ff.

⁵⁹ *Keller*, GA 2006, 25 (31).

sämtlicher Staaten der Welt vertrauen.⁶⁰ Da die Unabhängigkeit deutscher Gerichte im weltweiten Vergleich als hoch eingeschätzt wird, wäre ein Vertrauen auf eine unterschiedslose Strafverfolgung durchaus begründet gewesen.⁶¹ Dies mag den deutschen Gesetzgeber wohl bewogen haben, das Risiko einer Ermittlung gegen Staatsführer deutscher Bündnispartner durch den Ausschluss des Weltrechtsprinzips zu vermeiden. Der pazifistische Zeigefinger des § 13 VStGB wird daher gem. § 1 VStGB nicht universell, sondern nur gegen das eigene Führungspersonal und Staatsführer angreifender Staaten erhoben.

III. Abschließende Beurteilung

Auch wenn die Entscheidung gegen das Weltrechtsprinzip angesichts des hohen rechtstaatlichen Standards Deutsch-

lands und seiner moralischen Verpflichtung als zweifacher Aggressor zu bedauern ist, ist der partielle Verzicht auf die Kriegsgefahr für Deutschland zu begrüßen. Die Ausweitung des Friedensbegriffs auf die internationale Gemeinschaft war nicht nur verfassungsrechtlich geboten, sondern wird auch dazu führen, dass in den wohl am ehesten zu erwartenden Beihilfekonstellationen eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Aggressionsverbrechen erfolgen kann. Sollten Mitglieder der Bundesregierung infolgedessen die künftige Unterstützung ihrer internationalen Partner am Maßstab des § 13 VStGB messen, so konnte die Neuregelung zumindest mäßig friedensstiftend wirken.

⁶⁰ Vgl. Tomuschat, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2011, Art. 25 GG Rn. 117.

⁶¹ Vgl. *World Economic Forum*, Global Information Technology Report 2016, 204.

BUCHBESPRECHUNGEN

**Annemarie Dax: Die Neuregelung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung.
Bestandsaufnahme sowie kritische Betrachtung der bundes- und landesrechtlichen
Umsetzung des Abstandsgebots**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15160-8, S. 647, Euro 139,90.

Die umfangreiche Dissertation von Dax gliedert sich in fünf Abschnitte. Einleitend wird die Geschichte der rechtlichen Entwicklung des Sicherungsverwahrungsvollzugs aufgearbeitet und insbesondere die einschlägige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Entscheidung des *EGMR* aus dem Jahr 2009 in den Blick genommen. Dabei wird weniger die generelle Entwicklung der Sicherungsverwahrung als vielmehr die Geschichte des Vollzugs in den Fokus gerückt (S. 33). Nachdem das *BVerfG* nahezu das gesamte Recht der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt hatte, weil der Vollzug dem Abstandsgebot nicht gerecht werde, führte die Urteilsbegründung neben der Aufforderung zur Neuregelung zu weiteren Unklarheiten hinsichtlich der Kompetenzfragen oder des Rechtsfolgenausspruchs. Zwar bedeutete das Urteil nicht das Ende der Sicherungsverwahrung, aber das Ende der bisherigen Ausgestaltung. Dies war umso problematischer, als sich auch nach den Entscheidungen des *BVerfG* und des *EGMR* kein Wechsel der kriminalpolitischen Einstellung beobachten ließ. Von daher bezweifelt die Verfasserin, dass der Gesetzgeber mit derselben Überzeugung hinter seinen neuen Regelungen steht, wie er es bei den Ausweitungen der Sicherungsverwahrung zuvor war (S. 494).

Im zweiten Teil werden empirische Erkenntnisse zum Vollzug der Sicherungsverwahrung seit deren Einführung wiedergegeben (S. 101 ff.). Zum 31.3.2014 waren insgesamt 498 Sicherungsverwahrte in 15 Bundesländern sowie 639 Gefangene mit angeordneter oder vorbehaltenen Sicherungsverwahrung im Vollzug der Freiheitsstrafe aller Bundesländer untergebracht (S. 109). Vorwiegend befinden sich Männer in der Sicherungsverwahrung, der Altersdurchschnitt steigt aufgrund des demographischen Wandels. So hatten am Stichtag des 31.3.2015 65 % der Insassen das Alter 50plus erreicht, so dass sich der Sicherungsverwahrungsvollzug erheblich von demjenigen der Freiheitsstrafe unterscheidet (S. 113).

Während noch bis Anfang der 1990er Jahre die Gruppe der Eigentums- und Vermögensdelinquenz überwog, nahm danach die Anzahl der Gewalt- und Sexualstraftäter stark zu. Die veränderten Anlasstaten stellen dabei laut Dax den Vollzug vor schwierige Resozialisierungsaufgaben (S. 116).

Dax stellt fest, dass es in der Zeit nach Einführung des

Strafvollzugsgesetzes und Mitte der 1990er Jahre keine nennenswerten empirischen Untersuchungen zu den tatsächlichen Bedingungen des Sicherungsverwahrungsvollzugs gibt. Dieser rückt seit Beginn des 21. Jahrhunderts in das Interesse der empirischen Forschung. Der Fokus liegt aber auch jetzt nicht auf dem Vollzug an sich, sondern auf der Handhabung im Rahmen der Anordnung und Vollstreckung sowie der Gefährlichkeit und Rückfälligkeit der Verwahrten (S. 126). Einen Wendepunkt stellt aber laut Ansicht von Dax die Untersuchung von Bartsch aus dem Jahr 2010 dar, die erstmals zentral die Lebensbedingungen der Verwahrten und die Vollzugspraxis der Sicherungsverwahrung sowie die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben erörterte. Daneben gibt es eine Studie der KrimZ zum Vollzug der Sicherungsverwahrung und der vorgelagerten Freiheits- und Jugendstrafe. Beide Studien werden von der Verfasserin vorgestellt. Festgestellt werden konnte, dass das Resozialisierungsgebot bis dahin unzureichend umgesetzt wurde und es insbesondere an psychologischen und psychiatrischen Therapien fehlte.

Die Mehrheit der Untergebrachten empfand die Sicherungsverwahrung als eine fortgesetzte – und durch die ungewisse Dauer sogar als noch größere – Bestrafung. Enorme psychische Belastungen waren die Folge. Dadurch wurde wiederum das Personal im Sicherungsverwahrungsvollzug vor große Herausforderungen gestellt. Trotzdem fehlten nicht nur spezielle Fortbildungsprogramme für die Mitarbeiter, sondern es mangelte auch an psychologischem bzw. psychiatrischem Fachpersonal.

Zudem stellte sich die Ausgestaltung des vorausgehenden Strafvollzugs der potentiellen Sicherungsverwahrten als problematisch dar, da diese Gruppe aufgrund fehlender therapeutischer Behandlung und restriktiver Lockerungspraxis hinsichtlich ihrer Entlassung weitgehend unvorbereitet war (S. 154 f., 497).

Im dritten Teil widmet sich die Verfasserin der Frage, wie das Abstandsgebot auf Bundesebene durch das *SichVAbstUmsG* und den neuen § 66c StGB sowie vollstreckungsrechtliche Neuerungen, die Rückwirkungen auf den Vollzug haben, umgesetzt wurde (S. 33). Dazu zeichnet Dax zunächst die Entwicklung des Abstandsgebots nach und beleuchtet dessen Inhalt (S. 156 ff.). Sie kommt zu dem Ergebnis, dass zwischen den aus dem Abstandsgebot folgenden Anforderungen an die Organisation der Einrichtung, die Betreuung und Behandlung und den Rechtsschutz unterschieden werden kann (S. 166).

Es wird deutlich, dass die Änderungen im Gesetzgebungsverfahren zum SichVAbstUmsG zu einer kaum veränderten Sichtweise geführt haben. Die Autorin fordert daher ein (noch) weitergehendes Umdenken und eine Debatte, die einer aufgeklärten Gesellschaft würdig ist, d.h. wissenschaftsbasiert und objektiv rational ist (S. 499). Da bei kaum einem Thema eine so große Kluft zwischen dem Rechtsempfinden des Bürgers und dem fachjuristischen Diskurs bestehe wie bei der Sicherungsverwahrung, fordert *Dax* ein stetiges Bemühen um Forschung und Vermittlung einer objektiven Sichtweise (S. 501). Insofern versteht sich die Arbeit auch als Grundlagenarbeit, um Anstöße für neue Forschungsprojekte zu geben (S. 502).

Im vierten Teil ihrer Arbeit nimmt *Dax* eine interregional vergleichende Analyse der Umsetzung des Abstandsgebots durch die Länder vor (S. 259 ff.). Hier werden die neuen Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetze vergleichend gegenübergestellt und die Änderungen zum bisherigen Vollzug erarbeitet. Auf Landesebene sind in allen Ländern am 1.6.2013 eigene SVVollzG in Kraft getreten. Die Gesetze lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: diejenigen, die dem GE-SVVollzG gefolgt sind, sind restriktiver ausgestaltet. Die der anderen Kategorie sind etwas liberaler ausgestaltet, da in verschiedenen Bereichen versucht wird, sich vom Strafvollzug abzugrenzen.

Dennoch bemängelt die Autorin, dass weniger ein positiver Abstand, sondern mehr ein normativer Gleichlauf mit dem Strafvollzug festzustellen sei. Dies zeige sich an einigen Gesetzen, die viele Normen nahezu identisch zum Strafvollzug verfasst haben (S. 507). Allerdings streicht *Dax* auch zu begrüßende Unterschiede heraus, wobei es sich aber primär um Bereiche handele, denen man auch bisher Aufmerksamkeit gewidmet hatte und die daher häufig von einem hohen Ausgangsniveau geprägt waren (z.B. größere Einzelzimmer, Mindestbesuchszeiten, Taschengeld etc.). Auch sei die therapeutische Ausrichtung des Vollzugs in zahlreichen Normen feststellbar.

Die Verfasserin kommt aber zu dem Schluss, dass lediglich ein quantitativer, aber kein qualitativer Abstand hergestellt wurde. Eindeutigere Formulierungen seien notwendig. In manchen Bereichen sei gar kein Abstand geschaffen worden. Dies gelte für widersprüchliche Regelungen beim Entzug der Freistunde, der Nutzung moderner Medien etc. Großes Manko sei zudem, dass weiter nicht nur aus Gründen der Sicherheit und zur Erreichung des Vollzugsziels Beschränkungen erfolgen, sondern wie im Strafvollzug die Ordnung der Anstalt einschränkend wirken kann (S. 508).

Dax betont, dass es für die landesrechtliche Umsetzung des Abstandsgebots entscheidend darauf ankommen wird, wie die Praxis die Normen umsetzt und inwieweit die im-

mer wieder – und jetzt auch von der Autorin – erhobenen Forderungen von Politik, Wissenschaft und Gesellschaft befolgt werden.

Im letzten Teil beschäftigt sich *Dax* mit der Frage, ob das Abstandsgebot derart leistungsfähig ist, um als unabdingbare Voraussetzung für die Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung zu dienen. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass das Abstandsgebot selbst nicht der Problemlöser des insgesamt kränkelnden Rechtsinstituts sein kann. Es Sorge mit seiner zweifelhaften Legitimationsgrundlage selbst für weitere Begründungsprobleme, anstatt sie zu lösen (S. 517).

Dax spricht sich für die Wiedereinführung der Höchstfrist aus, um durch die Begrenzung für einen Druck in der Praxis der Sicherungsverwahrung zu sorgen. Denn die unbefristete Maßregel erlaube es der Anstalt immer noch, Maßnahmen zu vernachlässigen (S. 529). Der potentiellen Gefährlichkeit der Entlassenen könne man dadurch begegnen, dass man konsequent die ambulanten forensischen Nachsorgeeinrichtungen aufbaut und von der entsprechenden Weisung des § 68b StGB Gebrauch mache. Auch in diesem Bereich würde die Höchstfrist die staatliche Seite zum Tätigwerden zwingen.

Zudem spricht die Autorin die Forderung aus, die Sicherungsverwahrung auf Anordnungsebene weiter als bisher auf ein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechendes und den Problematiken der Gefährlichkeitsprognose, die je länger der Vollzug dauert umso fragwürdiger wird, gerecht werdendes Maß zu reduzieren (S. 531).

Letztlich kommt *Dax* zu dem Ergebnis, dass das Abstandsgebot auf Dauer die Widersprüchlichkeit des Vollzugs der Sicherungsverwahrung nicht geheilt hat (S. 532). Insofern kann man hier – wie an diversen Stellen der Dissertation – mit der Autorin die Forderung wiederholen, mehr kriminologische und strafrechtsdogmatische Forschungen anzustoßen, um diese dann in die Kriminalpolitik zu transportieren und den Sicherungsverwahrungsvollzug (erneut) weiter zu reformieren. Große Hürde wird dabei immer die emotional aufgeladene Stimmung in der Bevölkerung sein, denn Sicherungsverwahrte haben keine Lobby.

Die Dissertation von *Dax* nimmt nicht nur die Sicherungsverwahrung und deren Vollzug kritisch in den Blick, sie bietet auch durch diverse Tabellen und Anlagen eine Fülle an Material, um so dem Leser einen eigenen und anderen Einstieg in und Blick auf die Materie zu gewährleisten. Insofern sollte die Dissertation als Grundlagenarbeit dazu dienen, um weitere Forschungsarbeiten anzustoßen und die kriminalpolitische Debatte weiter anzufachen.

Simon Funk: Gnade und Gesetz. Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15201-8, S. 289, Euro 79,90.

Den Spruch „Gnade vor Recht ergehen lassen“ kennt nicht nur der Jurist. In der Dissertation geht es aber nicht um Gnade und Recht in einem dualistischen Verhältnis, nicht um das Nebeneinander von Gnade und Recht, sondern um das Begnadigungsrecht im Rahmen der geltenden Gesetze. Schwerpunkt der Arbeit bildet die Frage, ob die Ausübung des Begnadigungsrechts de lege lata bei jeder rechtskräftigen Verurteilung ohne weiteres möglich ist oder ob rechtliche Schranken gelten (S. 21). Dabei stellt der Autor schon einleitend fest, dass die fortschreitende Schaffung gesetzlicher Regelungen (z.B. § 57a StGB) im Laufe der Zeit der Gnade jedenfalls in faktischer Hinsicht viel von ihrem früheren Anwendungsbereich genommen habe (S. 22).

Im ersten Kapitel zeichnet *Funk* die Entstehung und Entwicklung des Nebeneinanders von Gnade und gesetzlichen Strafvergünstigungen seit der Aufklärung nach (S. 24 ff.). Durch diese rechtsgeschichtliche Betrachtung wird deutlich, dass die Entstehung und Fortentwicklung gesetzlicher Strafvergünstigungen im Laufe der Zeit von einem gewandelten Verständnis von Gnade und Gesetz zeugt (S. 85).

Während der Aufklärung büßt die Gnade ihr Wesen als Ausfluss unbeschränkter Souveränität ein, da sie nicht mehr um ihrer selbst willen, sondern aus Gerechtigkeits-erwägungen heraus ausgesprochen wird. Dieser Wandel hat aber Folge, dass dem Strafgesetzbuch zunehmend Bedeutung zugeschrieben wird: denn wenn dem Individuum bereits durch Normanwendung hinreichend Gerechtigkeit widerfährt, so bedarf es des Korrektivs der Gnade nicht. Daher wurden nach Gründung des Deutschen Kaiserreichs im RStGB und in der RStPO Regelungen geschaffen, mit denen bereits bei der Gesetzesanwendung unbillige Härten vermieden werden sollten. In der Weimarer Republik wurden dann weitere gesetzliche Strafvergünstigungen eingeführt, wie z.B. die Geldstrafengesetze und die Strafaussetzung im Jugendstrafrecht. Hier sprach man sich dann auch zum ersten Mal dafür aus, in Anbetracht dieser gesetzlichen Strafvergünstigungen die Gnade restriktiver zu handhaben. Trotz dieser „verhaltene(n) Stimmen“ (S. 86) wurde in der Rechtspraxis den gesetzlichen Alternativregelungen kein genereller Vorrang vor dem Gnadenverfahren eingeräumt.

Die Verrechtlichung ehemaliger Gnadenbereiche setzt sich in der Bundesrepublik Deutschland ab 1953 fort, wobei *Funk* die gesetzliche Regelung der Reststrafenaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 57a StGB zu Recht als „Meilenstein“ (S. 86) bezeichnet. Als Triebfeder der Verrechtlichung benennt der Verfasser die steigende

Bedeutung der Spezialprävention. Obwohl der Anwendungsbereich der Gnade seit der Aufklärung stark eingeschränkt wurde, kam es nach Einschätzung des Autors bislang nicht zur Klärung der Frage, inwieweit diese Verrechtlichung den der Gnade verbleibenden Anwendungsbereich auch de lege lata verbindlich beschränkt (S. 87).

Zudem zeige die Entwicklung des Begnadigungsrechts und der gesetzlichen Strafvergünstigungen, dass die Gnade immer wieder als Mittel der Kriminalpolitik eingesetzt wurde und wird und insofern vielfach gesetzliche Regelungen einer solchen Gnadenpraxis nachfolgten. Auch heute noch seien in den meisten Bundesländern die alljährlich gewährten „Weihnachtsamnestien“ sowie die Praxis der gnadenweisen Verkürzung der Sperrfrist zur Wiedererteilung der Fahrerlaubnis nach Belegung eines „Aufbauseminars“ zu beobachten (S. 88). Dagegen seien Wesen und Funktion der Gnade auch heute noch nicht abschließend geklärt.

Daher wird im nächsten Kapitel zunächst das Fundament für die weitere Arbeit gelegt und ein – wenn auch sehr kurzer – Überblick über das geltende Gnadenrecht gegeben (S. 89 ff.). *Funk* macht deutlich, dass sich das Begnadigungsrecht nicht auf die Milderung von „Strafen“ beschränkt, sondern auch außerhalb des Strafrechts Anwendung findet. Im Bereich des Strafrechts können nur die Rechtsfolgen der Verurteilung Gegenstand des Gnadenrechts sein, wobei auch Maßregeln der Besserung und Sicherung nach h.M. gnadenfähig sind. Auch in Bezug auf die Nebenfolge nach § 45 StGB, die Einziehung (§ 73 ff.) und das Fahrverbot, kann Gnade gewährt werden (S. 90). Als Rechtsfolgen des Gnadenakts sind sämtliche Milderungsformen denkbar (S. 91).

Die Zuständigkeit für die Ausübung des Begnadigungsrechts ist formal-gesetzlich geregelt. Dem Bund steht das Begnadigungsrecht ausschließlich in solchen Sachen zu, die erstinstanzlich vor den Oberlandesgerichten verhandelt werden, also insbesondere bedeutende Staatsschutzsachen. In allen anderen Strafsachen steht den Ländern das Begnadigungsrecht zu. Für den Bund übt der Bundespräsident das Begnadigungsrecht aus, jedoch werden einige Fälle auf den Bundesjustizminister übertragen. In den Ländern behalten sich die Ministerpräsidenten das Begnadigungsrecht dagegen i.d.R. nur bei zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten sowie eventuell in weiteren bedeutsamen Sachen vor. Alle übrigen Fälle wurden in sämtlichen Bundesländern den jeweiligen Landesjustizministern bzw. Justizsenatoren übertragen, die wiederum Fälle der leichteren und mittleren Kriminalität den Generalstaatsanwaltschaften übertragen haben.

Formal-gesetzliche Regelungen zum Gnadenverfahren an sich gibt es mit Ausnahme des Saarlandes nicht. Die Länder haben aber eigene Gnadenordnungen durch ihre jeweiligen Justizminister erlassen, bei denen es sich allerdings um Verwaltungsvorschriften handelt, die lediglich verwaltungsintern wirken und aus denen der Bürger keine unmittelbaren Rechte ableiten kann. Auch wenn das Gnadenrecht insgesamt intransparent ist, so sind doch sämtliche Gnadenordnungen veröffentlicht und bilden daher laut Verfasser eine wichtige Erkenntnisquelle hinsichtlich der praktischen Handhabung von Gnadensachen (S. 98). Da die Gnadenordnungen im Ländervergleich sehr ähnlich oder gar gleichartig sind, lässt sich ein einheitlicher Ablauf des Gnadenverfahrens beschreiben, was der Autor näher ausführt (S. 98 ff.).

Dagegen sind die in den verschiedenen Gnadenordnungen genannten Gnadengründe fragmentarisch, neben allgemeinen Voraussetzungen, unter denen ein Gnadenerweis erteilt werden kann, bestehen zum Teil besondere Richtlinien für spezielle Vergünstigungen (S. 104).

Im folgenden Hauptkapitel (S. 106 ff.) geht *Funk* der Frage nach, ob die Gnade vor Recht oder im Recht ergeht, d.h. ob die Gnade Teil des Rechts ist. Dazu zeichnet er in einem ersten Schritt die Entwicklung der Rechtsprechung zum Verhältnis von Gnade und Recht sowie die Auffassungen in der Literatur nach. In seiner Auswertung kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass die Gnade vollständig in das Recht integriert ist. Die Gnade unterliege objektiv-rechtlichen Bindungen, die sich insbesondere aus der Verfassung ergeben. Die Gnadenentscheidung werde daher zum Rechtsakt, ergehe im Recht mit der Folge, dass auch dem im folgenden Unterabschnitt zu untersuchenden etwaigen Vorrang der gesetzlichen Alternativregelung Rechtsqualität zugesprochen werden könnte (S. 128).

Vor Einstieg in den Unterabschnitt „Gnade nach Gesetz“ wird deutlich gemacht, dass eine Begnadigung eine vorherige rechtskräftige Entscheidung voraussetzt, so dass sich die Frage des Verhältnisses der Gnade zu Regelungen, die bereits vor einer gerichtlichen Entscheidung Anwendung finden oder die das Gericht bei der Entscheidung anwendet, nicht stellt. Ebenfalls könne kein Konkurrenzverhältnis zwischen Gnade und der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 StGB bestehen (S. 129). Der Verfasser kommt in einem ersten Zwischenergebnis zu dem Schluss, dass der Vorrang des Gesetzes gegenüber der Gnade de lege lata besteht. Biete das Gesetz seinerseits die Möglichkeit, die mit der Gnade erstrebte Vergünstigung zu erhalten, fehle es einem gleichwohl ergehenden originären Gnadenakt an der erforderlichen Legitimität. Rechtsdogmatisch sei der Vorrang des Gesetzes gegenüber dem Gnadenverfahren als Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu verstehen. Dieser Vorrang gelte ausnahmslos (S. 160 f.). Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass der Verurteilte ausdrücklich oder konkludent eine inhaltliche Sachentscheidung über das Gnadengesuch begehre (S. 166).

Eine gesetzliche Alternativregelung kommt laut Verfasser dann in Betracht, wenn sämtliche formellen Merkmale der

betreffenden Regelung erfüllt sind und es zugleich an den materiellen Merkmalen nicht offensichtlich fehlt.

Wegen dieses prinzipiellen Vorrangs des Gesetzes wird in einem Folgekapitel die Frage aufgeworfen, wann überhaupt ein Grund für einen Gnadenerweis vorliegt (S. 196). Für Gnade bestehe insbesondere dann Raum, wenn die Strafverhängung und die sich anschließende Strafvollstreckung ausnahmsweise unverhältnismäßig sind – das Gesetz also nicht auf den Einzelfall „passe“ und eine so nicht vertretbare „Gesetzes Härte“ vorliege. Die Verhältnismäßigkeit könne hier unter Umständen durch eine gnadenweise Vergünstigung wiederhergestellt und dadurch der Individualgerechtigkeit genüge getan werden. Allerdings habe der Einzelne keinen Anspruch auf Gnade, so dass die Gewährung von Gnadenakten von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden könne (S. 222).

Abschließend stellt der Verfasser noch die Gnade im Anwendungsbereich ausgewählter gesetzlicher Alternativregelungen vor und widmet sich der Reststrafenaussetzung zur Bewährung bei zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe, dem Strafausstand nach §§ 455, 456 StPO, den Strafvollzugslockerungen, dem Fahrverbot und der Entziehung der Fahrerlaubnis sowie der Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten. Hier werden verschiedene Räume aufgezeigt, die Gnadenentscheidungen möglich machen.

Der Raum für originäre Gnade sei aber sehr beschränkt. Die Gesetzeslücken, die Gnadenakte bedingen würden, könnten aber laut Auffassung des Verfassers durch eine gesetzliche Regelung de lege ferenda geschlossen werden (S. 263). Insofern spricht er sich für die vollständige Ablösung der Gnade durch ein gesetzliches Institut aus und macht einen Formulierungsvorschlag für eine in § 461a StPO verortete Generalklausel:

„(1) Das Gericht kann auf Antrag des Verurteilten oder von Amts wegen im Einzelfall nach Rechtskraft der Verurteilung eine Strafe, Nebenstrafe, Nebenfolge oder Maßregel der Besserung und Sicherung ganz oder teilweise erlassen, ihre Vollstreckung aussetzen oder unterbrechen. Insbesondere kann das Gericht

1. die Vollstreckung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder des Restes einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzen, oder
 2. die Vollstreckung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder eines nach § 44 des Strafgesetzbuches verhängten Fahrverbots unterbrechen.
- (2) Eine Vergünstigung nach Absatz 1 setzt voraus, dass die Strafvollstreckung oder Fortsetzung der Strafvollstreckung für den Verurteilten ausnahmsweise eine unbillige Härte bedeutete. Eine unbillige Härte liegt vor, wenn die Strafvollstreckung oder Fortsetzung der Strafvollstreckung im Hinblick auf die hiermit verfolgten Zwecke nicht erforderlich ist oder ausnahmsweise die berechtigten Interessen des Verurteilten überwiegen, und eine Abhilfe nach sonstigen Rechtsvorschriften nicht in Betracht kommt.
- (3) Berechtigte Interessen des Verurteilten können sich nur als¹ solchen Umständen ergeben, die dem erkennenden Gericht nicht bekannt waren.
- (4) ...“ (S. 267 f.).

Der Verfasser versteht den Vorschlag „lediglich als Anstoß“, sieht in einer ausdrücklichen Regelung gegenüber dem Gnadenverfahren aber ein „Mehr an Rechtsstaatlichkeit“ (S. 268). Allerdings stelle sich die rechtspolitische Frage, ob der Raum für Gnade durch eine gesetzliche Regelung weiter eingengt werden sollte (S. 270). Letztlich spricht sich der Verfasser trotz dieser rechtspolitischen Zweifel dafür aus. Durch eine gesetzliche Generalklausel

¹ Hier handelt es sich offensichtlich um einen Tippfehler des Verfassers und „aus“ anstelle von „als“ ist gemeint.

sei den originären Gnadenakten in jedem Fall der Boden entzogen, so dass es einer Streichung entsprechender verfassungsrechtlicher Artikel im Grundgesetz und den Länderverfassungen nicht mehr bedürfe, sondern diese ins Leere liefen. Den Anwendungsbereich des „Wunders Gnade“ möchte der Verfasser daher durch das Gesetz weiter verkleinern (S. 271).

Positiv hebt der Verfasser dabei hervor, dass zudem die Gnadensachen dann nicht mehr von den von Verfassungen wegen vorgesehenen Entscheidungsträgern, sondern direkt vom Gericht getroffen würden (S. 271). Ich bin mir nicht sicher, ob es so vorteilhaft ist, die Gnadenentscheidung in die Beurteilung der Gerichte zu stellen. Zudem ist

die Frage, ob man nicht gerade im Strafverfahrensrecht neben einer Generalklausel das „Wunder“ der Gnade braucht, um jenseits der rechtlichen Rahmenbedingungen für Einzelfallgerechtigkeit sorgen zu können.

Ob diese Einzelfallgerechtigkeit durch den de lege ferenda Vorschlag in jedem Fall gewährleistet ist, gilt es in weiteren wissenschaftlichen Abhandlungen zu überprüfen. Ganz sicher aber bietet diese Arbeit neben einem sehr schönen Überblick über das doch eher unbekannte Thema des Gnadenrechts genügend Diskussionspotenzial, um dieser Randmaterie zu mehr Aufmerksamkeit in der Strafrechtswissenschaft zu verhelfen.

TAGUNGSBERICHT

23. DBH-Bundestagung „Straftat – Verurteilung – Und dann? Community Justice – Wiedereingliederung als gemeinschaftliche Aufgabe!“

von Daniel Wolter und
Rebekka Öchsler

Der DBH e.V. - Fachverband für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik führte vom 9. bis 11. Oktober 2018 seine 23. Bundestagung in Kooperation mit der Bewährungs- und Gerichtshilfe Baden-Württemberg (BGBW) und dem Institut für Kriminologie der Universität Heidelberg in Heidelberg durch. Unter dem Titel „Straftat – Verurteilung – und dann? Community Justice – Wiedereingliederung als gemeinschaftliche Aufgabe“ nahmen ca. 200 Teilnehmer*innen an insgesamt 16 Workshops und sechs Plenarvorträgen zu aktuellen Themen aus der Kriminalpolitik, der Freien Straffälligenhilfe, der Bewährungshilfe und Restorative Justice teil.

Eröffnet wurde die DBH-Bundestagung durch *Prof. Dr. Marc Coester*, (ehemaliger) Präsident des DBH-Fachverbandes. Er betonte, dass Resozialisierung von straffällig gewordenen Menschen als echte soziale Integration verstanden werden müsse. Resozialisierung ist in diesem Sinne keine einseitige Leistung des zu Resozialisierenden. Wir brauchen eine Gesellschaft, die sich durch ihre Grundhaltung, durch engagierte Personen und durch vorhandene Unterstützung und Dienste für die soziale Integration von Straffälligen einsetzt. Resozialisierung muss als gesamtgesellschaftliche Aufgabe verstanden werden. Im Anschluss begrüßten Frau *Prof. Dr. Beatrix Busse*, Prorektorin der Universität Heidelberg und *Christian Ricken*, Vorstand der Bewährungs- und Gerichtshilfe Baden-Württemberg als Kooperationspartner sowie *Martin Finckh*, Ministerialdirigent und Leiter der Abteilung Justizvollzug im Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg, die Teilnehmer*innen der Veranstaltung.

Frau *Prof. Busse* hob die Fokussierung von gesellschaftlichen Aufgaben durch die Transdisziplinarität der Universität Heidelberg hervor. Besonders die juristische Fakultät nimmt sich laut *Prof. Dr. Busse* der praktischen Straffälligenhilfe an und trägt einen großen Beitrag zur Gesamtgesellschaftsaufgabe bei. Anschließend betonte Ministerialdirigent *Finckh* die Wichtigkeit der professionellen sowie ehrenamtlichen Akteure in der Straffälligenhilfe. Lediglich durch Kooperation aller Beteiligten könne nach *Finckh* eine nachhaltige Resozialisierung realisiert werden. *Finckh* sah die Bundestagung als eine Chance, die Gesellschaft auf ihre Verantwortung hinzuweisen und die Straffälligenhilfe zu stärken. Abschließend sprach *Christian Ricken* sich für die Stärkung des öffentlichen Diskurses rund um die Straffälligenarbeit aus. Aufgrund der fehlenden Lobby von straffällig gewordenen Menschen forderte *Ricken* die Teilnehmer*innen der Bundestagung auf,

sich häufiger öffentlich zu positionieren.

Den Eröffnungsvortrag hielt *Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn* von der Universität Berlin, sowie Präsidentin des DBH-Fachverbandes zum Thema „Strafkultur, Punitivität und Kriminalpolitik“. Strafkultur sei ein Begriff, der sowohl Traditionen und Bräuche, als auch Institutionen und Werte der sozialen Gruppe in Bezug auf Strafe beinhaltet. Weiterhin gab sie einen Überblick über den internationalen Forschungsstand hinsichtlich der gesellschaftlichen Bedeutung von Strafe. Wenngleich die politischen Voraussetzungen derzeit günstig erschienen, zeichne sich doch eine Entwicklung zur größeren Bedeutung von Strafe in der Gesellschaft und ein härterer Umgang mit Straftäter*innen ab. Anschließend referierte Frau *Prof. Dr. Ineke Pruin* von der Universität Bern über das Thema „Programme, Checklisten, Desistance – Soziale Arbeit mit Straffälligen, quo vadis?“. *Pruin* stellte zu Beginn ihres Vortrags den kriminologischen Forschungsstrang bezüglich des Kriminalitätsausstiegs vor. Die sogenannte Desistance-Forschung rückt die individuellen Lebensverläufe von straffällig gewordenen Menschen in den Mittelpunkt. Erste Erkenntnisse zeigen, dass ein Kriminalitätsausstieg durch soziale Einbindung und sogenannte Ankerpunkte gefördert wird. Außerdem stellt sich die innere Haltungsänderung bzw. Verantwortungsübernahme für das eigene Leben als wesentlich für den Eintritt der Desistance dar. In diesem Zusammenhang wies Frau *Prof. Dr. Pruin* auf die international kriminalpolitischen Perspektiven des Übergangsmanagements hin. Diese zeichnen sich durch Perspektiven der Effizienzorientierung, der Risikoorientierung sowie der Bedürfnisorientierung aus und verfolgen damit verschiedene kriminalpolitische Implikationen.

Am zweiten Tag eröffnete *Horst Belz* vom Badischen Landesverband für soziale Rechtspflege sowie vom Netzwerk Straffälligenhilfe Baden-Württemberg GbR die Veranstaltung und leitete zur Praxis der Wiedereingliederung in Baden-Württemberg über. Das Netzwerk Straffälligenhilfe in Baden-Württemberg GbR verfügt inzwischen über vier Bereiche des Übergangsmanagements. Diese teilen sich nach *Belz* in das Nachsorgeprojekt Chance, das Eltern-Kind-Projekt, die Schuldnerberatung im Vollzug sowie die Wiedereingliederung von älteren Gefangenen. Zur konzeptionellen Strukturierung des Übergangsmanagements wurde eine Kooperationsvereinbarung über die Integration von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten in Baden-Württemberg geschlossen. Als Zielgruppe der Vereinbarung definierte *Belz* dabei alle zur Entlassung

stehenden Inhaftierten des baden-württembergischen Justizvollzugs. Im Anschluss referierte *Dr. Eduard Matt*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Senator für Justiz und Verfassung des Landes Bremen, zum Thema „WieNet – Über die Vernetzungsarbeit im Bereich Wiedereingliederung von Straffälligen in Bremen“ und erläuterte das Wiedereingliederungs-Netzwerk (WieNet) in Bremen. Das Projekt WieNet wurde 2015 in Bremen ins Leben gerufen. Das Projekt verfolgt dabei die Zielsetzung der Förderung der institutionellen Zusammenarbeit und den Ausbau des Wiedereingliederungs-Netzwerks, um letztlich individuell passgenaue Angebote unterbreiten zu können und bei der sozialen sowie beruflichen Integration Unterstützung zu leisten. Damit vereint WieNet nach *Matt* zwei wichtige Dimensionen, die institutionelle Vernetzung sowie das fallbezogene Integrations-Coaching.

Nach den beiden Plenarvorträgen konnten sich die Teilnehmer*innen am zweiten Veranstaltungstag in sechzehn Workshops zu folgenden Themen austauschen: Handlungskonzept zum Umgang mit radikalem Islamismus in der Gerichts- und Bewährungshilfe, Ambulante Sanktionsalternativen für junge straffällige Flüchtlinge – Erfahrungen aus Schleswig-Holstein, Professionelle Haltung und professionelles Handeln in der Sozialen Arbeit mit straffällig gewordenen Menschen, Digitalisierung in der Straffälligenhilfe: Online-Trainings gegen Hass und Gewalt, Videodolmetschen in der Bewährungs- und Straffälligenhilfe, Bundesländergrenzen in der Bewährungshilfe – Verschiedene Erfahrungen im Vergleich, Herausforderungen und Grenzen des ehrenamtlichen Engagements in der Straffälligenhilfe, Community und Restorative Justice – nationale & internationale Modelle & Erfahrungen, Wiedergutmachungskonferenz und Familienrat in der praktischen Umsetzung – der Einbezug des sozialen Umfeldes, Die Rehabilitation von Straftätern: RNR - GLM - BwH. These-Antithese-Synthese?, Suchthilfe im Zwangskontext – wie können Leitlinien die Betreuung von Suchtbetroffenen in der Bewährungshilfe verbessern?, Motivational Casemanagement in der Suchthilfe und in der Bewährungshilfe, Datenschutz in der Straffälligenhilfe, Ehrenamtliche Bewährungshilfe in Baden-Württemberg, Wiedergutmachungskonferenz und Familienrat in der praktischen Umsetzung – der Einbezug des sozialen Umfeldes, Wenn's schwierig wird... - Methoden und Strategien zum Umgang mit herausforderndem Klient*innenverhalten.

Karel van Duijvenbooden lenkte schließlich am 3. Veranstaltungstag den Blick ins europäische Nachbarland, die Niederlande, und stellte dabei das Thema „Local Cooperation in Criminal Matters – Netherlands Safety House Model“ vor. Die Niederlande begann nach *Duijvenbooden* bereits vor über 14 Jahren mit dem Aufbau dieses Resozialisierungskonzepts und verfügt heute über insgesamt 32 regionale Safety Houses. *Van Duijvenbooden* beschrieb, wie das Ziel der Erhöhung der öffentlichen Sicherheit durch das multidisziplinäre Casemanagement von Straftaten durch eine gemeinschaftliche Kooperation und Koordination von Justiz, Gesundheitswesen und kommunalen Dienstleister*innen erreicht werden soll. Im Fokus der Arbeit stehen komplexe Fallkonstellationen, welche in sogenannten Case-Meetings gemeinsam bearbeitet werden. Aufgrund der Diversität der involvierten Akteure garantieren die Case-Meetings laut *Duijvenbooden* eine große Multiperspektivität und steigern die Effizienz sowie die Effektivität des Resozialisierungsprozesses.

Herr *Prof. Dr. Marc Coester* referierte im Abschlussvortrag zum Thema „Freie Meinungsäußerung in Zeiten von Hassrede“. *Prof. Dr. Coester* zeigte in seinem Vortrag den Zusammenhang von Grundrechten und der insbesondere digital verbreiteten sog. Hassrede (hate speech) auf. Hierbei zeigt sich eine große Schwierigkeit für die Justiz hinsichtlich der Kontrolle, der Ahndung, als auch der Prävention. Hate Speech bzw. Hassrede habe nach *Coester* seinen Ursprung in der Bürgerrechtsbewegung der USA und würde gemeinhin Worte sowie Symbole umfassen, welche eine Rasse, eine Religion, eine sexuelle Orientierung usw. eindeutig herabsetzen. Im Laufe der Jahre entwickelten sich divergierende Auslegungen des Grundrechts der Meinungsfreiheit in den USA sowie in Deutschland. Mit der zunehmenden Digitalisierung nimmt gleichermaßen die Komplexität der etwaigen Hassrede-Fälle zu. Nach *Coester* sei nunmehr eine Zeit angebrochen, in der sich jeder selbst öffentlich positionieren müsse.

Zu der 23. DBH-Bundestagung wird ein Tagungsband mit Beiträgen der Referentinnen und Referenten erscheinen. Die Veröffentlichung ist für den Sommer 2019 geplant.

Programm sowie Präsentationen der Referate und Workshops finden Sie unter www.dbh-online.de/dbh-bundestagung.