

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

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

### Redaktion (national)

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

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 65 – 118

- 65** | **Überobligatorische Erfüllung von Umsetzungspflichten aus supra- und internationalen Übereinkommen**  
*von Prof. Dr. Osman Isfen*
- 73** | **Strafbare und straflose Suizidförderung in Deutschland**  
*von Akad. Rat a.Z. Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu*
- 82** | **Ärztliches Anerbieten zum Schwangerschaftsabbruch gemäß § 219a Abs. 1, Abs. 4 StGB n.F.**  
*von Akad. Rätin a.Z. Dr. Gloria Berghäuser*
- 93** | **30 Briefe an israelische Schulklassen – Gesetzliche Alternativen zur Bestrafung alternder NS-Täter de lege lata et de lege ferenda**  
*von Prof. Dr. Christian Fahl*
- 97** | **Erforderlichkeit der Kriminalisierung des Cybermobbings**  
*von Wiss. Mit. Dr. Tamina Preuß*
- 105** | **Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien**  
*von SHK Philipp Bruckmann*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 119 – 126

- 119** | **Danielle van Bergen: Abbildungsverbote im Strafrecht – Der Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen nach § 201a StGB**  
*von Dr. Momme Buchholz*
- 122** | **Alexander Nemzov: Strafbarkeit von Online-Blockaden und DDoS-Angriffen vor und nach dem Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 125** | **Ruth Blufarb: Geschichten im Recht. Übertragbarkeit von „Law as Narrative“ auf die deutsche Rechtsordnung**  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Überobligatorische Erfüllung von Umsetzungspflichten aus supra- und internationalen Übereinkommen am Beispiel der Strafgewalterstreckung auf Auslandskorruption

von Prof. Dr. Osman Isfen\*

### Abstract

*Deutsches Strafrecht ante portas – die Geltung deutscher Strafvorschriften bei Sachverhalten ohne Inlandsbezug wirft vielfältige Grundlagenprobleme auf, die sowohl dogmatische als auch kriminalpolitische Bezüge aufweisen. In jüngerer Zeit häufen sich Fälle der Strafgewalterstreckung auf Auslandstaten, die angesichts der Weite der Ausdehnung den faktischen Wirkungsanspruch der Strafnormen schwächen und mit Blick auf die „lächerlich geringe Sanktionierungsrate“<sup>1</sup> schlicht symbolisches Strafrecht schaffen.<sup>2</sup> Die dadurch bewirkte Verwässerung kann dabei zum einen auf zwingende Vorgaben in supra- und internationalen Übereinkommen und zum anderen auf überobligatorische Erfüllung von Umsetzungspflichten durch den nationalen Gesetzgeber zurückgehen. Am Beispiel der 2015 erfolgten Reform der Korruptionsvorschriften<sup>3</sup> soll nachfolgend dargelegt werden, wie solche umgreifenden Erweiterungen aussehen können, und welche Perspektiven sich bieten, um etwaigen Auswüchsen zu begegnen, die sich allgemein bei der Erfüllung entsprechender Umsetzungspflichten ergeben.*

### I. Umgang des Gesetzgebers mit Vorgaben aus supra- und internationalen Übereinkommen

Eine Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs nationaler Strafvorschriften auf Auslandssachverhalte bei prinzipieller Geltung des Territorialitätsprinzips lässt sich auf unterschiedlichen Ebenen nachweisen: So führen zum einen tatbestandliche Änderungen dazu, dass weitere Verhaltensweisen mit Auslandsbezug als Unrecht vertypet werden. Ohne ein strafanwendungsrechtliches Pendant ist die Wirkung solcher Erweiterungen grundsätzlich auf Inlandstaten beschränkt. Zum anderen können die Geltungsnormen einen ausgedehnten Anwendungsbereich für Strafvorschriften vorsehen, die sich nunmehr auf (weitere) Auslandstaten ohne einen inländischen Erfolg im Sinne des § 9 StGB erstrecken. Die tatsächliche Wirkung tatbestandlicher Änderungen korreliert demnach mit einer entsprechenden Spiegelung im Strafanwendungsrecht.<sup>4</sup> Diese auf die gesetzliche Regelungstechnik fokussierte Blickweise offenbart allerdings noch nicht, ob die erfolgte Geltungserweiterung aus freien Stücken des nationalen Gesetzgebers erfolgt ist oder auf zwingende Vorgaben aus

\* Prof. Dr. Osman Isfen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Internationales Strafrecht an der FernUniversität Hagen.

<sup>1</sup> Schünemann, ZRP 2015, 68 (71). Zur nationalen und internationalen Verfolgungspraxis bei Auslandskorruption siehe Hoven, Auslandsbestechung. Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung, 2018, S. 355 ff.

<sup>2</sup> „Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung als Bluff“, so die einprägsame Charakterisierung des symbolischen Strafrechts durch Hassemer, NSTZ 1989, 553 (559).

<sup>3</sup> BGBl. I 2015, S. 2025; BT-Drs. 18/4350 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. 18/6389 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz). Dazu ausführlich Isfen, JZ 2016, 228 ff. Der Änderungsbedarf ergab sich maßgeblich aus der Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens des Europarats gegen Korruption vom 27.1.1999 (ETS Nr. 173, BT-Drs. 18/9234, S. 7) und des Zusatzprotokolls zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 15.5.2003 über Bestechung von in- und ausländischen Schiedsrichtern sowie Geschworenen und Schöffen (ETS-Nr.191, BT-Drs. 18/9234, S. 25). Zu den weiteren internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Korruption zählen das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997 (umgesetzt mit dem Int-BestG vom 10.9.1998, BGBl. II, S. 2327, BT-Drs. 13/10428) sowie die UN-Konvention gegen Korruption vom 31.10.2003 (BGBl. II 2014, S. 762, in Kraft getreten am 14.12.2005, von Deutschland ratifiziert am 12.11.2014). Auf europäischer Ebene sind zu nennen: EU-Protokoll vom 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG (ABl. C 313 vom 23.10.1996, S. 1; BGBl. II 1998, S. 2342; aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie [EU] 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29) sowie das EU-Übereinkommen vom 26.5.1997 über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind (ABl. C 195 vom 25.6.1997, S. 1; BGBl. II 2002, S. 2727); beide umgesetzt mit dem EU-BestG vom 10.9.1998, BGBl. II, S. 2340, BT-Drs. 13/10424.

<sup>4</sup> Instruktiv zum Strafanwendungsrecht bei Auslandskorruption Weigend in: Hoven/Kubicel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 109 ff.

supra- und internationalen Verpflichtungen zurückgeht. Soweit Handlungsspielräume auf nationaler Ebene gegeben sind, bestehen wiederum zwei Möglichkeiten: Einerseits kann das Land von bestehenden Vorbehaltsmöglichkeiten keinen Gebrauch machen, so dass es sich umfänglicher verpflichtet als nach dem vertraglichen Minimum unerlässlich. Andererseits ist auch denkbar, dass der nationale Gesetzgeber jenseits konkreter einzuhaltender Vorgaben – bewusst oder unbewusst – (weitere) Ausdehnungen implementiert, die er gelegentlich der Umsetzung vornimmt, ohne dass hierzu ein Bezug zum umzusetzenden Übereinkommen gegeben ist. Die beiden Möglichkeiten gehen oft Hand in Hand.

Bei der letzten Reform der Korruptionsvorschriften lassen sich sämtliche der genannten Erscheinungsformen feststellen. Nachfolgend soll dies an verschiedenen Beispielen näher aufgezeigt werden.

### 1. Überobligatorische Erfüllung von Umsetzungspflichten

a) Im Gegensatz zu Art. 2 § 1 Abs. 1 EU-BestG<sup>5</sup> a.F. und zum ersten, weitgehend mit der neuen Rechtslage identischen Entwurf zur Reform des Korruptionsstrafrechts aus dem Jahre 2007<sup>6</sup> kommt bei einer Beteiligung von Europäischen Amtsträgern eine Strafbarkeit neuerdings nicht nur wegen Bestechlichkeit und Bestechung, sondern auch – „über die bestehenden Vorgaben hinausgehend“<sup>7</sup> – wegen Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) in Betracht. Diese – tatbestandliche – Erweiterung geht auf die Einfügung des neuen Merkmals des Europäischen Amtsträgers (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB) in §§ 331-334 StGB zurück. Entsprechend der ma-

teriell-rechtlichen Seite weist die strafanwendungsrechtliche Seite in § 5 Nr. 15 lit. b StGB eine Erweiterung im Vergleich zu Art. 2 § 2 Nr. 1 lit. b bb) EU-BestG a.F. auf: Demnach wird auch die im Ausland begangene Vorteilsannahme eines ausländischen Europäischen Amtsträgers mit inländischer Dienststelle dem deutschen Strafrecht unterworfen. Entsprechendes gilt für die Vorteilsgewährung eines Deutschen im Ausland an einen Europäischen Amtsträger (§ 5 Nr. 15 lit. a StGB) sowie eines Ausländers gegenüber einem Europäischen Amtsträger mit deutscher Staatsangehörigkeit (§ 5 Nr. 15 lit. d StGB). Nach Ansicht des Gesetzgebers beruht diese überobligatorische Erweiterung „auf der inzwischen noch weiter fortgeschrittenen Integration Deutschlands in die Europäische Union und dient auch der Verbesserung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Sie berücksichtigt zudem, dass Taten von und gegenüber Europäischen Amtsträgern nur in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und nicht von der Europäischen Union selbst unter Strafe gestellt werden können. Dies rechtfertigt es, Taten von und gegenüber Europäischen Amtsträgern in einem etwas weiteren Umfang unter Strafe zu stellen als die Bestechlichkeit und Bestechung von Bediensteten anderer EU-Mitgliedstaaten.“<sup>8</sup>

Eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Anwendung der nationalen Korruptionsvorschriften in Bezug auf EU-Bedienstete bestand zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens<sup>9</sup> nur hinsichtlich §§ 332, 334 StGB, z.B. durch Art. 2, 3, 6 des EU-Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften<sup>10</sup> oder Art. 2, 3, 7 des EU-Übereinkom-

<sup>5</sup> BGBl. II 1998, S. 2340.

<sup>6</sup> BT-Drs. 16/6558, S. 6.

<sup>7</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 13.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 23. Zustimmung *Walther*, WiJ 3/2015, 152 (154); ablehnend *Brockhaus/Haak*, HRRS 5/2015, 218 („abwegig“).

<sup>9</sup> Inzwischen verzichtet die neue Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29) in Art. 4 Abs. 2 auf das in der aufgehobenen Richtlinie (Fn. 10) in Art. 2 und 3 enthaltene Merkmal „unter Verletzung seiner Dienstpflichten“. Diese Streichung hatte die Europäische Kommission seinerzeit proaktiv betrieben: „Die nationalen Gesetze zur Umsetzung des Übereinkommens zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften von 1995 und seiner Protokolle sowie die einschlägige Rechtsprechung legen nahe, dass die Definition von ‚Bestechung‘ und ‚Bestechlichkeit‘ weiter gefasst werden muss. Im Gegensatz zum Übereinkommen setzt der Korruptionstatbestand keine Verletzung von Dienstpflichten voraus.“, Vorschlag der Kommission für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug, COM(2012) 363 final, S. 10, abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/com/com\\_com\(2012\)0363\\_/com\\_com\(2012\)0363\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2012)0363_/com_com(2012)0363_de.pdf), zuletzt abgerufen am 28.12.2018). Demnach wäre die Einbeziehung der §§ 331, 333 StGB bei Europäischen Amtsträgern nunmehr eine unionsrechtliche Notwendigkeit. Allerdings vertritt der Regierungsentwurf zur Umsetzung dieser Richtlinie vom 19.12.2018 (abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/GE\\_Umsetzung\\_RL-EU-2017-1371.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/GE_Umsetzung_RL-EU-2017-1371.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.12.2018)) die überzeugende Ansicht, allein aus dem Wegfall des Merkmals der Dienstpflichtwidrigkeit folge noch nicht die Zuordnung der im Raum stehenden Taten zu §§ 331, 333 StGB. Vielmehr ergebe sich aus dem zusätzlichen Merkmal der Schädigung oder Gefährdung der finanziellen Interessen der Europäischen Union, dass dieses einer Dienstpflichtverletzung gleichstehe, näher S. 11 f.

<sup>10</sup> ABl. C 313 vom 23.10.1996, S. 1; BGBl. II 1998, S. 2342.

mens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der Mitgliedstaaten der EU<sup>11</sup> beteiligt sind, so dass sich Art. 2 § 2 EU-BestG a.F. darauf beschränkte. Das Europarat-Strafrechtsübereinkommen gegen Korruption<sup>12</sup> erfasst zwar in Art. 2, 3 auch pflichtgemäße Diensthandlungen bei Bestechung und Bestechlichkeit und ordnet eine Gleichstellung in Art. 9 für Taten von und gegenüber supranationalen Beamten/Bediensteten an, so dass §§ 331, 333 StGB grundsätzlich auch in Bezug auf Europäische Amtsträger anzuwenden wären.<sup>13</sup> Allerdings sieht Art. 17 keine Begründung der Gerichtsbarkeit bei Auslandstaten vor, wenn die Tat von einem supranationalen Beamten/Bediensteten mit ausländischer Staatsangehörigkeit begangen wurde, sodass die Regelung des § 5 Nr. 15 lit. b StGB in diesem Punkt überschießend ist.<sup>14</sup>

b) Des Weiteren gehören nach der Reform auch außerhalb des Anwendungsbereichs des EU-BestG a.F. liegende Sachverhalte der Bestechlichkeit mit Auslandsbezug zum Unrecht des § 332 StGB, wenn es um eine künftige richterliche Handlung oder eine künftige Diensthandlung geht (§ 335a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 lit. a StGB). Bis dahin war eine diesbezügliche Gleichstellung gemäß Art. 2 § 1 Int-BestG<sup>15</sup> a.F. auf Bestechung (§ 334 StGB) beschränkt. Nach Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Europarat-Strafrechtsübereinkommen hätte die nicht wahrgenommene Möglichkeit bestanden, hinsichtlich der Amtsträger fremder Staaten diesen Zustand durch einen Vorbehalt weiterhin aufrechtzuerhalten. Vielmehr hat sich Deutschland damit begnügt, durch eine Erklärung nach Art. 36 die Strafbarkeit auf dienstpflichtwidrige Taten zu beschränken.<sup>16</sup>

Als Beweggrund für diesen erweiterten Schutz des öffentlichen Amtes fremder Länder durch deutsches Strafrecht führt der Gesetzgeber den Normzweck der Bestechungsdelikte auf, der in der „Lauterkeit des öffentlichen Diens-

tes und dem Vertrauen der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit“ bestehe: „Dies gilt – wenn auch eingeschränkt – auch für internationale Korruptionstaten. Mit diesem Rechtsgut wäre es nicht vereinbar, nur für die (aktive) Bestechung alle Bediensteten ausländischer und internationaler Behörden den inländischen Amtsträgern gleichzustellen und für die Bestechlichkeit Einschränkungen zu machen. Daher soll über die völkerrechtlichen Verpflichtungen hinaus auch die Bestechlichkeit des in der besonderen Pflichtenstellung stehenden ausländischen und internationalen Beamten und Soldaten umfassend unter Strafe gestellt werden.“<sup>17</sup>

Das auf den ersten Blick äußerst ehrgeizige Bestreben, mit Hilfe der neuen Gleichstellungsregel in § 335a Abs. 1 StGB das fremde öffentliche Amt durch deutsches Strafrecht umfänglich zu schützen<sup>18</sup> und dabei insbesondere nicht nur den Tatbestand der Bestechung, sondern auch den der Bestechlichkeit bei ausländischen und internationalen Bediensteten zum Einsatz zu bringen<sup>19</sup>, entpuppt sich freilich beim Blick auf die korrespondierenden Strafanwendungsregeln als leere Hülse, denn § 5 Nr. 15 lit. d StGB hat bei den hier relevanten Auslandstaten eines Ausländers nur die Bestechung im Auge, während die Bestechlichkeit auf die sehr seltene Konstellation der Tatbegehung durch einen Deutschen in der Funktion eines ausländischen oder internationalen Bediensteten beschränkt wird (§ 5 Nr. 15 lit. a StGB). Doch auch bei der Bestechung geht es um die ebenfalls seltenen Fälle der Tatbegehung gegenüber einem ausländischen oder internationalen Bediensteten mit deutscher Staatsangehörigkeit (§ 5 Nr. 15 lit. d StGB).

c) Bei der Überführung der alten Regelungen in Art. 2 §§ 1, 2 EU-BestG a.F. und Art. 2 §§ 1, 3 IntBestG a.F. ins Kernstrafrecht durch die neue Gleichstellungsvorschrift des § 335a StGB<sup>20</sup> i.V.m. § 5 Nr. 15 StGB offenbart sich

<sup>11</sup> ABl. C 195 vom 25.6.1997, S. 1; BGBl. II 2002, S. 2727.

<sup>12</sup> ETS Nr. 173, in Kraft getreten am 1.7.2002, von Deutschland unterzeichnet am 27.1.1999. Das Zustimmungsgesetz erfolgte knapp 18 Jahre später am 14.12.2016 (BGBl. II 2016, S. 1322; BT-Drs. 18/9234) und die Ratifikation am 10.5.2017.

<sup>13</sup> Im Grunde erstreckt sich der von Deutschland nach Art. 36 abgegebene Erklärung, wonach die Umsetzung in Bezug auf Art. 9 in der Weise erfolgen wird, dass eine Strafbarkeit nur bei einem dienstpflichtwidrigen Verhalten gegeben sein wird, nicht nur auf internationale, sondern auch auf supranationale Beamten. Jedoch hat der Gesetzgeber von dieser Einschränkungsmöglichkeit lediglich einen partiellen Gebrauch gemacht und das modifizierende Merkmal der Dienstpflichtwidrigkeit nur bei den internationalen Beamten vorgesehen. In diesem Sinne erfasst die Gleichstellung in § 335a Abs. 1 StGB allein die Taten nach §§ 332, 334 StGB.

<sup>14</sup> Anders könnte sich die Rechtslage nach der neuen Richtlinie EU 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug darstellen, wenn man mit der Europäischen Kommission davon ausginge, dass bezüglich der einschlägigen Taten eine Dienstpflichtwidrigkeit nicht mehr verlangt werde und daher eine Anwendung der §§ 331, 333 StGB zwingend wäre (vgl. Fn. 9). Unabhängig davon kommt es bei der Begründung der Gerichtsbarkeit gemäß Art. 11 Abs. 2 der genannten Richtlinie bei Taten eines ausländischen Unionsbeamten neuerdings nicht mehr wie früher auf den inländischen Dienstsitz an. Ohne einen nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 zulässigen Vorbehalt in Form des Festhaltens am inländischen Dienstsitz verstieße § 5 Nr. 15 lit. b StGB insoweit gegen das Unionsrecht. Es ist beabsichtigt, einen solchen Vorbehalt zu erklären, vgl. Regierungsentwurf (Fn. 9), S. 23.

<sup>15</sup> BGBl. II 1998, S. 2327, BT-Drs. 13/10428.

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/9234, S. 33.

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 24. Diese Tendenz zeigt sich auch in der allgemeinen Stoßrichtung des Europarat-Strafrechtsübereinkommens, vgl. Nr. 49 des Erläuternden Berichts: „Die Botschaft ist eindeutig: Korruption ist eine schwere Straftat, die von allen Vertragsparteien und nicht nur von dem Staat verfolgt werden kann, dem der korrupte Amtsträger angehört ... Auch hier (d.h. bezüglich des Wegfalls der bestimmten Zielrichtung bei Bestechung oder Bestechlichkeit, Anm. des *Verfassers*) sollen nicht nur der freie Wettbewerb, sondern auch das *Vertrauen der Bürger in demokratische Institutionen und die Rechtsstaatlichkeit* geschützt werden.“ (Hervorhebung durch den *Verfasser*).

<sup>18</sup> Zum Rechtsgut des § 335a StGB siehe Böse, ZIS 2018, 119 ff.; Kubiciel, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 45 (47 ff.); Hoven (Fn. 1), S. 501 ff.

<sup>19</sup> Ablehnend Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 335a Rn. 8.

<sup>20</sup> Kritisch Gaede, in: Leitner/Rosenau Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. (2017), § 335a Rn. 1 f.

eine missglückte Regelungsweise, die weitreichende Konsequenzen nach sich zieht. In § 5 Nr. 15 lit. d StGB finden sich im Zusammenspiel mit § 335a Abs. 1 StGB drei verschiedene Regelungskomplexe mit unterschiedlichen Rechtsgütern, deren Schutz aber der gleichen Systematik folgt: Unionsrechtsgüter, öffentliche Ämter anderer EU-Mitgliedsstaaten und öffentliche Ämter der übrigen ausländischen Staaten bzw. entsprechende Schutzgüter internationaler Organisationen. Es ist offensichtlich, dass dieses Geflecht nach einer angemessenen Abstufung entsprechend der Wichtigkeit des geschützten Rechtsguts ruft, was insbesondere beim Schutz der öffentlichen Ämter ausländischer Staaten im Verhältnis zu den Unionsrechtsgütern sofort ins Auge fällt. Vor allem erscheint aber mit Blick auf die supranationale Einbettung Deutschlands in die EU eine Binnendifferenzierung innerhalb der „ausländischen Staaten“ angebracht zu sein, an der es allerdings mangelt. Die Form der systematischen Gleichstellung in § 335a Abs. 1 StGB durch eine einheitliche Wortwahl (Mitglied eines „ausländischen Gerichts“ bzw. Bediensteter eines „ausländischen Staats“) sowie die dazu komplementäre undifferenzierte Implementierung in § 5 Nr. 15 lit. d Alt. 2 StGB versperren vielmehr den Weg für eine solche Handhabung.

Daraus folgt: Waren bisher nur die Auslandstaten eines Ausländers, die sich gegen die öffentlichen Ämter der EU-Mitgliedstaaten richteten, auch nach deutschem Recht strafbar, wenn der gleichgestellte Empfänger die deutsche Staatsangehörigkeit hatte (Art. 2 § 2 Nr. 2 Var. 3 EU-BestG a.F.), so sind mit Blick auf die einheitliche Formulierung in § 335a Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB nunmehr<sup>21</sup> auch Taten eines Ausländers dem deutschen Strafrecht unterworfen, der deutsche Richter oder Bedienstete eines ausländischen Staates außerhalb der EU besticht (§ 5 Nr. 15 lit. d Alt. 2 StGB). Dem Gesetzgeber scheint dabei nicht bewusst gewesen zu sein, dass er durch diese Regelungsweise eine weitere überobligatorische Anwendungserweiterung vorgenommen hat, denn diesbezüglich sehen weder Art. 17 Europarat-Strafrechtsübereinkommen noch andere internationale Übereinkommen die Verpflichtung zur Begründung der nationalen Strafgewalt auf Bestechungstaten eines ausländischen Täters im Ausland vor.

## 2. Überzogene Vorgaben zur Umsetzung in supra- und internationalen Übereinkommen

Die Gleichstellung in § 335a Abs. 1 StGB weist, wie bereits erwähnt, mehrere Erweiterungen auf, zu denen auch der Wegfall des in Art. 2 § 1 IntBestG a.F. noch vorausgesetzten Zusammenhangs des strafrechtlich relevanten Geschehens mit dem internationalen Geschäftsverkehr

gehört. Demzufolge gelten §§ 334, 335a StGB beispielsweise für die Zuwendung eines ausgewanderten Deutschen an einen Amtsträger in Togo zwecks Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung (i.V.m. § 5 Nr. 15 lit. a StGB) genauso wie für eine aus Deutschland getätigte Überweisung eines Mongolen an einen ausländischen Amtsträger in Nepal für die Befreiung seines dort lebenden Verwandten von der Zahlung einer Steuerschuld (i.V.m. § 3 StGB). Tatbestandlich erfasst sind aber auch Fälle wie die Bestechung durch humanitäre Hilfskräfte zwecks Ermöglichung der generell untersagten Einreise in ein Katastrophengebiet eines diktatorisch geführten Landes.<sup>22</sup>

Art. 16 Abs. 1 UN-Konvention gegen Korruption<sup>23</sup> enthält zwar für den Bereich der Bestechung eine Beschränkung auf „Tätigkeiten im internationalen Geschäftsverkehr“, die freilich für Bestechlichkeit nicht gilt (Abs. 2). In Art. 5 Europarat-Strafrechtsübereinkommen fehlt es aber gänzlich an einer Eingrenzung auf Fälle des internationalen Geschäftsverkehrs, so dass der Wegfall dieses Zusammenhangs zwingend ist. Darauf beruft sich auch der Gesetzgeber ausdrücklich, räumt aber gleichzeitig ein, dass es an dieser Stelle zu „Extremsituationen ... durch diese sehr weitgehende Pönalisierung von Bestechungstaten im Ausland“ kommen kann; er hält diese Schwierigkeiten gleichwohl für nicht unlösbar und verweist dabei pauschal auf Lösungswege „im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene (§ 153c Absatz 1 Nummer 1 der Strafprozessordnung)“.<sup>24</sup>

## II. Wege zur Vermeidung einer exzessiven Ausweitung nationaler Straf(anwendungs)normen bei der Umsetzung supra- und internationaler Vorgaben

Bereits an anderer Stelle ist ausführlich dargelegt worden, wie schwierig es sich gestaltet, ein kohärentes Konzept des Gesetzgebers bei der erwähnten Geltungserweiterung des deutschen Strafrechts auf Sachverhalte der Auslandskorruption zu erkennen, das sich mit nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Erwägungen an einem dem *ultima-ratio*-Grundsatz verpflichteten Strafrecht orientiert.<sup>25</sup> Dies soll hier nicht weiter vertieft werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich vielmehr mit der Frage, welche Wege es für die staatliche Gewalt gibt, einer unverhältnismäßigen Ausweitung des Strafrechts im Kontext supra- und internationaler Übereinkommen aktiv entgegenzuwirken, ohne Pflichten aus dem Unions- bzw. Völkerrecht zu verletzen.

<sup>21</sup> Insofern sah Art. 2 § 3 Nr. 1 IntBestG a.F. eine Strafbarkeit wegen Bestechung nur für Deutsche vor; und dies lediglich dann, wenn die Tat im Zusammenhang mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr stand. Diese Einschränkung ist mit der Reform weggefallen, dazu sogleich im Text.

<sup>22</sup> Zu Versuchen, in vergleichbaren Fällen eine Straflosigkeit anzunehmen, etwa durch korrigierende Verneinung des Merkmals „pflichtwidrige Diensthandlung“, siehe Bösem, ZIS 2018, 119 (125 ff.); Hoven (Fn. 1), S. 83 ff.

<sup>23</sup> BGBl. II 2014, S. 762, in Kraft getreten am 14.12.2005, von Deutschland ratifiziert am 12.11.2014.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 24. Kritisch Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 19), § 335a Rn. 7.

<sup>25</sup> Isfen, JZ 2016, 228 (233 ff.). Instrukтив zur Entstehung von Binnendissonanzen durch die Umsetzung europäischer Vorgaben in das deutsche Strafrecht siehe Brons, Binnendissonanzen im AT. Die Vorfeld- und Beteiligungsstrafbarkeit nach dem StGB im Spannungsfeld zwischen europäischen Vorgaben und deutscher Strafrechtsdogmatik, 2014, S. 165 ff.

## 1. Überobligatorische Erfüllung durch den nationalen Gesetzgeber

### a) Erweiterungen ohne Bezug zu Pflichten aus den Übereinkommen

Vergleichsweise übersichtlich gestaltet sich im Ausgangspunkt die Konstellation, bei der ein Umsetzungsakt vorliegt, der von den betreffenden supra- und internationalen Übereinkommen nicht gefordert war.<sup>26</sup> Dies kann zunächst solche Fälle betreffen, in denen die Erweiterung gelegentlich der Umsetzung erfolgt, also ein Bezug zum betreffenden Übereinkommen nicht besteht. Da diesbezüglich kein Raum für den Vorwurf einer unzureichenden Umsetzung ist, verlagern sich die Überlegungen auf die Grundlagenproblematik, welche Verhaltensweisen der Staat generell unter Strafe stellen darf<sup>27</sup> und speziell für den Bereich des Strafanwendungsrechts: inwieweit er dabei den völkerrechtlichen Nicht-Einmischungsgrundsatz zu beachten hat. Beispielhaft erwähnt sei hier die überschießende Erweiterung des durch deutsche Strafnormen gewährten Schutzes für öffentliche Ämter ausländischer Staaten auf Bestechlichkeit nach § 332 StGB (oben I 1 b): Der Versuch des Gesetzgebers, diesen exzessiv formulierten Schutzanspruch auf deutsche Amtsträger fremder Staaten zu beschränken, wenn es, wie regelmäßig, um eine Auslandstat geht (wie viele solche Fälle wird es in der Praxis je geben?), vermag unter keinem Gesichtspunkt zu überzeugen, denn es macht schlicht keinen Sinn, den vorgegebenen Schutz von der Staatsangehörigkeit des handelnden Amtsträgers abhängig zu machen. Sowohl Amtsträger mit deutscher als auch solche mit ausländischer Staatsangehörigkeit stehen im Dienst des Fremdstaates und haben dieselben Verpflichtungen aus dem Nähe- und Treueverhältnis zu diesem Staat. Hinsichtlich des Schutzes des ausländischen Amtes kommt es nicht darauf an, welcher Staatsangehörigkeit der handelnde Amtsträger ist: Ein deutscher Amtsträger eines fremden Staates unterscheidet sich graduell nicht von einem nicht-deutschen Amtsträger, wenn es darum geht, die Integrität dieses geschützten fremdes Amtes unter Schutz zu stellen.<sup>28</sup> Das aktive Personalitätsprinzip, das die Beziehungen zwischen dem deutschen Täter und seinem Heimatstaat als Anknüpfungspunkt für die Begründung der deutschen Staatsgewalt bei Auslandstaten heranzieht<sup>29</sup>, versagt hier

offensichtlich, weil ausschließlich das Innenverhältnis zwischen dem fremden Staat und dessen deutschen Amtsträger betroffen ist.<sup>30</sup> Besondere Brisanz erfährt diese Ausweitung auch und vor allem im Hinblick auf den Verzicht auf eine Tatorstrafbarkeit: So kann der deutsche Staat sein Strafrecht auch dort zur Anwendung bringen, wo der Dienstherr des betreffenden Amtsträgers das entsprechende Verhalten als straflos ansieht. Eine solche Einmischung in den persönlichen Kern der Staatlichkeit entfaltet eine besondere Intensität. Wohl an keiner anderen Stelle hat hier der Vorwurf eines „aufgedrängten Strafrechtsschutzes“<sup>31</sup> seine Berechtigung!

### b) Verzicht auf Vorbehalte und Erklärungen

Um eine dem Wesen nach ebenfalls überobligatorische Pflichterfüllung geht es auch dann, wenn von bestehenden Vorbehaltsmöglichkeiten kein Gebrauch gemacht wird, denn auch hier bindet sich der Vertragspartner stärker als er es nach den Vorgaben des Vertrags müsste.<sup>32</sup> Vorbehalte in völkerrechtlichen Verträgen<sup>33</sup> verfolgen den Zweck, sich bei vielfältigen, nicht selten konträren Ausgangs- und Interessenlagen historischer, politischer, gesellschaftlicher und rechtlicher Natur auf eine gemeinsame Regelung unter den Vertragsparteien zu einigen und dabei gleichzeitig einen Freiraum für einzelne Staaten bei der Umsetzung zu schaffen; dadurch wird es allen Beteiligten ermöglicht, trotz offen zutage getretener und nicht ausräumbarer Meinungsunterschiede Vertragsparteien zu werden.<sup>34</sup>

Im Bereich des Strafanwendungsrechts sehen supra- und internationale Übereinkommen vielfach mehrere Pflichten vor, die allerdings – durchgehend mit Ausnahme der Strafgewaltbegründung für Inlandstaten – mit Vorbehalten versehen werden können. So verfährt auch Art. 17 Europarat-Strafrechtsübereinkommen, der in Absatz 1 verschiedene Fallgruppen zur Begründung der Gerichtsbarkeit aufstellt, deren Anwendung jedoch gemäß Absatz 2 mit Ausnahme des Territorialitätsprinzips in unterschiedlicher Weise modifiziert oder gänzlich ausgeschlossen

<sup>26</sup> Vgl. oben I 1 a und c.

<sup>27</sup> Dazu instruktiv *Duttge*, in: FS für Weber, 2004, S. 294 ff. an einem anderen Beispiel einer überschießenden Erfüllung von unionsrechtlichen Vorgaben (§ 263a Abs. 3 StGB).

<sup>28</sup> *Isfen*, in: FS für Imme Roxin, 2012, S. 232 im Kontext des EU-BestG.

<sup>29</sup> Vgl. nur *BGH*, NStZ 2009, 640 (644); *Werle/Jeffberger*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2012), Vor § 3 Rn. 234 ff.

<sup>30</sup> *Isfen*, JZ 2016, 228 (234).

<sup>31</sup> *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (71).

<sup>32</sup> Ein weiteres aktuelles Beispiel für eine solche überschießende Erfüllung von Vorgaben aus internationalen Übereinkommen findet sich § 5 Nr. 9a lit. b StGB. Die Anwendung des § 226a StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien) bei Taten gegen Frauen, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten, geht zurück auf Art. 44 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011 (Istanbul-Konvention), BGBl. II 2017, S. 2016. Die Vertragsstaaten waren zur Implementierung eines solchen passiven Personalitätsprinzip in Form des Domizilprinzips nicht verpflichtet, sondern sollten sich (lediglich) darum „bemühen“, so ausdrücklich im Vertragstext.

<sup>33</sup> Legaldefiniert in Art. 2 Abs. 1 lit. d Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), BGBl. II 1985, S. 927: „Eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung eines Vertrags oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag abgegebene einseitige Erklärung, durch die der Staat bezweckt, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern“.

<sup>34</sup> *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. (2017), § 6 Rn. 74.

werden kann.<sup>35</sup> Für die materiell-rechtlichen Vorschriften existieren ähnliche Vorbehalts- und Erklärungsmöglichkeiten, die eine eingeschränkte Umsetzung ins nationale Recht ermöglichen. Eine ausgiebige Inanspruchnahme solcher Vorbehaltsmöglichkeit schafft in der Tat die Gelegenheit, die Ausweitung des nationalen Strafrechts in Grenzen zu halten. Ein Blick auf die – zahlreich – abgegebenen Vorbehaltserklärungen zum Europarat-Strafrechtsübereinkommen<sup>36</sup> fördert zu Tage, dass sich die allermeisten Einschränkungen auf die Regelungen zur missbräuchlichen Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung (Art. 12) beziehen; nennenswert sind daneben Vorschriften zur Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor (Art. 7 und 8) sowie zur Verweigerung der Rechts Hilfe bei politischen Straftaten (Art. 26). In Bezug auf das materielle Recht fällt auf, dass lediglich die Schweiz und Deutschland eine Erklärung nach Art. 36 abgegeben haben, wonach bei Bestechlichkeit ausländischer oder internationaler Amtsträger nur eine Handlung unter Verletzung der Dienstpflichten strafbar sein soll.<sup>37</sup> Auffällig sind des Weiteren die Vorbehalte aus Italien nach Art. 37 Abs. 1, wonach Art. 5 (Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger), soweit es um Bestechlichkeit geht, mit Ausnahme der EU-Bezüge überhaupt nicht umgesetzt wird. Mehrere Staaten wie Dänemark, das Fürstentum Monaco, Frankreich, die Schweiz, Schweden oder Spanien haben sich für unterschiedliche Konstellationen vorbehalten, die Begründung ihrer Strafgewalt vom Bestehen einer Tatortstrafbarkeit abhängig zu machen.<sup>38</sup> Schließlich hat Großbritannien mehrere fallbezogene Vorbehalte in Bezug auf Art. 17 erklärt und beispielsweise, wie auch Frankreich, die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 lit. c (Straftaten gegenüber den Amtsträgern) gänzlich ausgeschlossen.

Bemerkenswert bei diesen Vorbehalts- und Erklärungsmöglichkeiten ist der Umstand, dass die Übereinkommen

regelmäßig einen breiten Spielraum einräumen, der ausgeschöpft werden kann. So erlaubt z.B. Art. 17 Abs. 2 Europarat-Strafrechtsübereinkommen („Die Vorschriften über die Gerichtsbarkeit ... insgesamt oder teilweise nicht oder nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Bedingungen anzuwenden“)<sup>39</sup> einen äußerst ausdifferenzierten Regelungsmechanismus, der eine jeweils spezifische Normierung gerade bei der Vielzahl der geschützten Rechtsgüter im Kampf gegen die internationale Korruption ermöglicht. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass die Anwendungsnormen nicht in zentralen Vorschriften wie §§ 5 Nr. 15, 335a StGB zusammengefasst, sondern in einzelnen Umsetzungsgesetzen (wie zuvor EU-BestG oder Int-BestG) niedergelegt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dagegen, wie bereits dargelegt, bei der letzten Reform des Korruptionsstrafrechts von einer nivellierenden, vereinheitlichenden Regelungsweise leiten lassen, die der zwingend erforderlichen Abstufung zwischen den geschützten Rechtsgütern (Rechtsgüter der EU, der EU-Mitgliedstaaten und ausländischer Staaten) nicht gerecht werden kann. Das etwaige Ziel, im Sinne einer praktischen und womöglich „ästhetischen“ Übersichtlichkeit die in unterschiedlichen Gesetzen zerstreuten Regelungen in einer vom „Perfektionsstreben“<sup>40</sup> beherrschten Art nunmehr im Strafgesetzbuch und dort gar in einer einzigen Vorschrift zu bündeln<sup>41</sup>, kann selbstredend nicht das Gießkannen-Prinzip rechtfertigen, mit dem der Gesetzgeber bei der Erweiterung des Schutzes deutscher Strafvorschriften auf Auslandssachverhalte – teils sogar aufdrängend – vorgegangen ist.

## 2. Verweigerung der Umsetzung nicht-vorbehaltsfähiger Vorgaben aus den Übereinkommen?

Wie sollte sich der deutsche Gesetzgeber verhalten, wenn er aufgefordert ist, einem supra- oder internationalen Übereinkommen zuzustimmen und dieses umzusetzen,

<sup>35</sup> Ebenso die Systematik in Art. 6 EU-Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG (Fn. 10) und Art. 7 EU-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind (Fn. 11). Um eine faktische Straflosigkeit wegen des Verbots der Auslieferung eigener Staatsangehöriger (Art. 16 Abs. 2 GG) zu verhindern, besteht bei solchen Vorbehaltserklärungen regelmäßig die Verpflichtung der Vertragspartei, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, „um ihre Gerichtsbarkeit über die aufgrund dieses Übereinkommens umschriebenen Straftaten in den Fällen zu begründen, in denen sich eine verdächtige Person in ihrem Hoheitsgebiet befindet und sie sie, nachdem ein Auslieferungersuchen gestellt worden ist, nur deshalb nicht an eine andere Vertragspartei ausliefert, weil sie ihre Staatsangehörige ist“, so beispielsweise Art. 17 Abs. 3 Europarat-Strafrechtsübereinkommen. Einer solchen Verpflichtung kommt Deutschland regelmäßig bereits nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nach.

<sup>36</sup> Abrufbar unter: [https://www.coe.int/de/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173/declarations?p\\_auth=St26IdRe](https://www.coe.int/de/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/173/declarations?p_auth=St26IdRe) (zuletzt abgerufen am 28.12.2018).

<sup>37</sup> Der Umstand, dass die allermeisten Vertragsstaaten die Anwendung des Art. 5 in Bezug auf Bestechlichkeit nicht, wie Italien, gänzlich ausgeschlossen haben oder eine Erklärung nach Art. 36 zur Beschränkung auf dienstpflichtwidrige Handlungen nicht, wie die Schweiz und Deutschland, abgegeben haben, ist mit der konsequenten Annahme verbunden, dass sie bereits die Vorteilsannahme ausländischer Amtsträger (!) nach Art. 5 ihrem innerstaatlichen Strafrecht unterwerfen. Es darf gleichwohl angezweifelt werden, ob ein diesbezügliches Bewusstsein bei allen Vertragspartnern vorgelegen hatte und überall eine entsprechende Rechtslage besteht bzw. eine Umsetzung erfolgt ist.

<sup>38</sup> Auf dieser Linie bewegt sich auch der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie EU 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug, vgl. Fn. (9), S. 22 f.

<sup>39</sup> Wortgleich Art. 11 Abs. 2 Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug (Fn. 9), Art. 6 Abs. 2 EU-Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG (Fn. 10), Art. 7 Abs. 2 EU-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind (Fn. 11) und Art. 78 Abs. 2 Istanbuler Konvention (Fn. 32). In internationalen Übereinkommen wird gewöhnlich zunächst der obligatorische Teil der Strafgewaltbegründung erwähnt, um anschließend die fakultativen Erweiterungsmöglichkeiten aufzuzählen, so etwa Art. 42 Abs. 2 UN-Konvention gegen Korruption (Fn. 23) („kann seine Gerichtsbarkeit auch begründen“) oder Art. 44 Abs. 2 Istanbuler Konvention („Die Vertragsparteien bemühen sich...“).

<sup>40</sup> Gaede, Gutachten zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (BT-Drs. 18/4350), S. 27.

<sup>41</sup> Vgl. BT-Drs. 18/4350, S. 15: „Es werden im Bereich des Korruptionsstrafrechts Vorschriften aus dem Neben- in das Kernstrafrecht (§ 335a StGB) überführt, um eine bessere Übersichtlichkeit und Vereinheitlichung der Regelungen sicherzustellen.“

das eine überzogene Ausweitung der deutschen Strafvorschriften vorsieht und es keine diesbezüglichen Vorbehaltsmöglichkeiten existieren? In dieser grundsätzlichen Frage kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Zum einen wird das Übereinkommen überhaupt nicht ratifiziert, so wie es etwa von *Schünemann* im Zusammenhang mit der erwähnten Reform des Korruptionsstrafrechts nahegelegt wurde.<sup>42</sup> Zum anderen könnte überlegt werden, das Vertragswerk in einer über die bestehenden Vorbehaltsmöglichkeiten hinaus „gereinigten“ Form umzusetzen. In diesem Sinne ist etwa *Gaede* zu verstehen, der hinsichtlich der exzessiven tatbestandlichen Erweiterung bei der Strafbarkeit der Auslandskorruption (oben I 2) eine „vom Europarat-Übereinkommen abkehrende Anknüpfung an den internationalen geschäftlichen Verkehr“ empfahl.<sup>43</sup>

Der von *Schünemann* favorisierten totalen Verweigerungshaltung stünde das Völkerrecht nicht im Wege, denn allein aus der Unterzeichnung eines Übereinkommens resultiert keine völkerrechtliche Pflicht des Staates, dieses auch zu ratifizieren.<sup>44</sup> Andernfalls liefe der Sinn des Erfordernisses einer Ratifikation als Generalvorbehalt der unterzeichnenden Exekutive in Bezug auf die kontrollierende, teilhabende und umsetzende<sup>45</sup> Mitwirkung der Gesetzgebungskörperschaften zum ausgehandelten Übereinkommen ins Leere.<sup>46</sup> Es ist demnach eine (rechts-)politische Frage, welche Signale man auszusenden bereit ist, ein internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der weltweiten Korruption nicht zu ratifizieren, obwohl man es bereits zu einem frühen Zeitpunkt unterzeichnet hatte.

Nun sollte man den Appell von *Schünemann* nicht in der Weise zu verstehen haben, dass er die Korruptionsbekämpfung auch und gerade mit ihren internationalen Bezügen für überflüssig halte. Ihm geht es vielmehr offensichtlich um „überzogene Punitivität“ durch „verfehlte Forderungen“, die „das in der Bundesrepublik selbstverständliche Rechtsstaatsniveau preisgeben“.<sup>47</sup> In diesem Punkt könnte mit *Gaede* daran gedacht werden, einzelne nicht-vorbehaltfähige Vorgaben bei der Umsetzung ins nationale Recht zu modifizieren, um die mit einer ausufernden Ausweitung des deutschen Strafrechts verbundenen, vor allem verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Doch einem solchen Schritt stehen unüberwindbare Hindernisse im Weg: So dürfen Bundestag und Bundesrat die Zustimmung nur zu dem Vertrag als Ganzem (en bloc) erteilen oder verweigern; ihnen ist es verwehrt, im Wege von Änderungsanträgen einzelne Vorschriften des Übereinkommens abzuändern und somit inhaltlich Einfluss auf den Vertragsinhalt zu nehmen (vgl. § 81 Abs. 4 S. 2 sowie § 82 Abs. 2 GOBT). Auf diese Weise lässt sich verhindern, dass das einmal ausgehandelte Einverständnis unter den unterzeichnenden Parteien durch

den Bundestag und Bundesrat in Frage gestellt wird und die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung dadurch beeinträchtigt wird, dass sie einen bereits unterzeichneten Vertrag erneut aushandeln muss.<sup>48</sup> Möglich ist allenfalls, die Zustimmung an die Bedingung zu knüpfen, dass bei der Ratifikation des Vertrags ein bestimmter, völkerrechtlich zulässiger Vorbehalt im Sinne der Art. 19 ff. WVK erklärt wird.<sup>49</sup>

Es zeigt sich: Das Verfassungsrecht hat für etwaige Modifikationen über die bestehenden Vorbehaltsmöglichkeiten hinaus feste Regeln vorgesehen, die ein widersprüchliches Verhalten auf dem Parkett des Völkerrechts verhindern sollen („*venire contra factum proprium*“). Dies gilt selbst dann, wenn schwerwiegende innerstaatliche Bedenken gegen einzelne Regelungen des Übereinkommens bestehen. Im Kern wird hier – bereits auf der Vorfeldebene der Ratifikation – auch dem Rechtsgedanken des Art. 27 WVK entsprochen, wonach eine Vertragspartei sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung des Vertrags zu rechtfertigen („*pacta sunt servanda*“, Art. 26 WVK). Als einziger Ausweg bleibt in diesen Fällen das gänzliche Absehen von der Ratifikation des Vertragswerks übrig – mit allen damit verbundenen politischen Folgen eines solchen Schrittes.

### III. Ausblick

Die Lehren aus der jüngsten Umsetzung verschiedener supra- und internationaler Übereinkommen zur Bekämpfung der weltweiten Korruption fördern folgende Erkenntnisse zu Tage:

1. Viele grundlegende, später nicht mehr abänderbare Weichenstellungen für die anschließende Umsetzung ins nationale Recht werden in der Phase der Verhandlungen über das Vertragswerk gelegt. Bereits zu diesem Zeitpunkt muss daher die breite Diskussion über die rechtspolitischen und -dogmatischen Konsequenzen der geplanten Änderungen eingeleitet werden. Die Exekutive ist demgemäß aufgefordert, nicht erst nach der Unterzeichnung, sondern deutlich früher die beteiligten Kreise ins Boot zu holen, um auf diese Weise noch Einfluss auf den Ausgang der Verhandlungen zu nehmen, sprich: zumindest auf die Vereinbarung entsprechender Vorbehalte hinzuwirken, die eine flexible, an das hiesulande herrschende rechtsstaatliche Niveau angepasste Umsetzung ermöglichen.
2. Die regelmäßig vorgesehenen Vorbehalte in supra- und internationalen Übereinkommen erlauben eine ausdifferenzierte Regelungsweise, die rege in Anspruch genommen werden sollte. Bei vielschichtigen

<sup>42</sup> *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (71): „Ein mit verfehlten Forderungen gespicktes Übereinkommen braucht schlichtweg nicht ratifiziert zu werden.“

<sup>43</sup> *Gaede* (Fn. 40), S. 25.

<sup>44</sup> *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht (Fn. 34), § 5 Rn. 61.

<sup>45</sup> Zu diesen drei Funktionen des Art. 59 Abs. 2 GG siehe *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 84. EL (2018), Art. 59 Rn. 93. Näher dazu *Hettische*, Die Beteiligung der Legislative bei Vorbehalten zu und Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, 2018, passim.

<sup>46</sup> Allerdings begründet das Zustimmungsgesetz keine Verpflichtung der Regierung zur Ratifikation des Übereinkommens, siehe *Butzer/Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. (2014), Art. 59 Rn. 63.

<sup>47</sup> *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (71).

<sup>48</sup> *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 45), Art. 59 Rn. 75; *Butzer/Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 46), Art. 59 Rn. 87.

<sup>49</sup> *Will*, Jura 2015, 1164 (1171) Rn. 72; Pieper, in: BeckOK-Grundgesetz, 39. Ed. 15.11.2018, Art. 59 Rn. 34.1; *Butzer/Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 46), Art. 59 Rn. 87. m.w.N.

Sachverhalten wie der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Korruption mit verschiedenen Akteuren und zu schützenden Rechtsgütern kann es nicht darauf ankommen, im Sinne einer praktischen und/oder „ästhetischen“ Übersichtlichkeit vereinheitlichende Regelungen zu schaffen, die die bestehenden Unterschiede nivellieren. Notfalls muss in Kauf genommen werden, dass eine Umsetzung nicht an einem zentralen Ort, sondern in mehreren Gesetzen erfolgt. Außerdem sollte nach Möglichkeit Abstand davon genommen werden, tatortrechtsunabhängige Strafgewaltbegründungen vorzunehmen. Vielmehr ist vermehrt auf Lösungen mit bestehenden Tatortstrafbarkeiten hinzuwirken, um dem völkerrechtlichen Nicht-Einmischungsgrundsatz besser gerecht zu werden.

3. Die supra- und internationalen Übereinkommen der letzten Jahre mit strafrechtlicher Relevanz folgen dem allgemeinen Trend und zeichnen sich nicht durch Restriktion, sondern durch stetige Erweiterung aus. Vor diesem Hintergrund erfordert die rechtspolitische Vernunft, gerade von *überobligatorischen* Ausdehnungen insbesondere des Anwendungsbereichs deutscher Strafvorschriften abzusehen. Es ist verfehlt, bei ausgedünnten praktischen Kapazitäten weitgehend inhaltsgeleerte Schutzziele mit globaler Stoßrichtung zu formulieren und Lenkungsansprüche aufzustellen, die mittlerweile in Teilen aufdrängenden Charakter haben. Weniger ist hier deutlich mehr.

# Strafbare und straflose Suizidförderung in Deutschland – ein Überblick

von Akad. Rat a.Z.

Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu\*

## Abstract

Der Beitrag stellt de lege lata strafbare Suizidförderungshandlungen straflosen Akten der Suizidhilfe gegenüber. Die fallbezogene Darstellung dient einer Prognose einer „Praxis“ des § 217 StGB und damit auch einer Veranschaulichung der in der Literatur bereits vielfach vorgebrachten Bedenken gegen die Vorschrift des § 217 StGB. Er geht hierbei auch auf eine bisher noch nicht näher beleuchtete Konstellation ein, nämlich das seit Anfang 2018 praktizierte Sterbehilfe-Organisationsmodell der StHD. e.V. Zudem greift der Verfasser die bereits von Merkel aufgegriffene Überlegung auf, die in dem Urteil des BVerwG von März 2017 dargelegte grundrechtliche Position sterbwilliger Personen über eine Anwendung des § 34 StGB in den § 217 StGB zu implementieren.

## I. Prolog

Ein 37-jähriger Mann beschließt aus Verzweiflung über seine Scheidung, von der Bosphorus-Brücke in der Millionenmetropole Istanbul zu springen.<sup>1</sup> Über mehrere Stunden versuchen die alarmierte Polizei und Psychologen vor Ort, den Mann von seinem Vorhaben abzubringen. Schon nach kurzer Zeit bildet sich ein mehrere Kilometer langer Stau, der den gesamten Stadtverkehr zum Erliegen bringt. Eine Autofahrerin an „vorderster Front“ kurbelt schließlich ihre Fenster herunter und ruft dem Mann (sinngemäß) zu: „Seit Stunden müssen wir wegen dir im Stau ausharren, wenn du springen willst, dann spring endlich!“ Daraufhin springt der Mann in die Tiefe und verstirbt. Die Frau wird anschließend festgenommen und wegen Verleitung zur Selbsttötung gem. Art. 84 TCK (Türkisches

Strafgesetzbuch)<sup>2</sup> zu drei Jahren und vier Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.<sup>3</sup>

Szenenwechsel. 2017 macht in Irkutsk, Sibirien eine Applikation auf zahlreichen Smartphones von Jugendlichen die Runde, die den Nutzern täglich diverse Selbstschädigungsakte aufgibt (etwa das Aufritzen der Arme mit einer Rasierklinge). Ziel des Spiels ist der Suizid. Die russischen Behörden leiten etwa 130 Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit dieser sog. „Blue-Whale-Challenge“ ein,<sup>4</sup> weil auch Todesfälle (mindestens drei an der Zahl) bekannt werden.<sup>5</sup> Der Nachweis einer Körperverletzung bzw. Tötung in mittelbarer Täterschaft bereitet Schwierigkeiten. Daraufhin beschließt der russische Gesetzgeber, das Strafgesetzbuch um die Strafbarkeit der Anstiftung bzw. Anleitung zum Suizid sowie der Gründung eines Selbstmordforums zu erweitern. Das Gesetz sieht eine Strafe von bis zu sechs Jahren Haft vor und ist inzwischen in Kraft.<sup>6</sup>

Der deutsche Gesetzgeber steht diesem – unter dem Begriff des „symbolischen Strafrechts“<sup>7</sup> zusammengefassten – Muster in nichts nach.<sup>8</sup> Die Teilnahme an der Selbsttötung ist im deutschen Strafrecht zwar nach wie vor straflos. Man scheint eine Normalisierung böswilliger oder sonst verwerflicher Verleitungshandlungen zur Selbsttötung nicht zu befürchten, obwohl in den Medien von vergleichbaren Fällen wie demjenigen auf der Bosphorusbrücke auch in Deutschland berichtet wird.<sup>9</sup> Schließlich verflüchtigte sich das Phänomen der Blue-Whale-Challenge<sup>10</sup> so schnell wieder,<sup>11</sup> dass es kein Thema für den

\* Der Verfasser ist Akademischer Rat a.Z. an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Vgl. <https://onedio.com/haber/koprude-atlayacaksan-atla-demislerdi-intihara-tesvik-sucundan-3-er-yil-hapis-cezasi-845906> (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>2</sup> Vgl. die Übersetzung des Art. 84 TCK bei *Tellenbach*, Das türkische Strafgesetzbuch, 2008, S. 68: Wer einen anderen zum Selbstmord anstiftet oder ermutigt, den Entschluss eines anderen zum Selbstmord bestärkt oder einem anderen bei seinem Selbstmord in irgendeiner Weise Hilfe leistet, wird mit zwei bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft.

<sup>3</sup> Vgl. [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/494674/intihar\\_eden\\_ad\\_ama\\_atla\\_diyenlerle\\_ilgili\\_karar\\_verildi.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/494674/intihar_eden_ad_ama_atla_diyenlerle_ilgili_karar_verildi.html).

<sup>4</sup> Hierzu *Carr*, The Killer Game: Blue Whale Challenge, 2018; vgl. auch [https://tp-online.de/nrw/staedte/radevormwald/suizid-spiel-blue-whale-maedchen-in-radevormwald-ritzt-sich-arm-auf\\_aid-19481705](https://tp-online.de/nrw/staedte/radevormwald/suizid-spiel-blue-whale-maedchen-in-radevormwald-ritzt-sich-arm-auf_aid-19481705) (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>5</sup> Vgl. <https://metro.co.uk/2017/02/28/teenagers-are-taking-their-own-lives-as-a-result-of-social-media-game-called-blue-whale-6477787/> (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>6</sup> Vgl. Art. 110 Russisches Strafgesetzbuch.

<sup>7</sup> Zum Begriff des symbolischen Strafrechts *Hassemer*, in: FS-Roxin, 2001, S. 1001 ff.; monographisch *Vob*, Symbolische Strafgesetzgebung, 1989.

<sup>8</sup> Wobei Parallelen in der Gesetzgebungspolitik noch keinen, wenn überhaupt nur sehr geringen Aussagegehalt über einen mehr oder weniger rechtsstaatlichen „Vollzug“ des Strafrechts in den unterschiedlichen Ländern haben.

<sup>9</sup> <https://www.tagesanzeiger.ch/panorama/vermishtes/das-ueberschreitet-die-vorstellungskraft/story/29463213>; <http://www.taz.de/!5350566/>; <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/jugendgewalt-spring-doch-endlich-1384324.html> (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>10</sup> Sie machte auch in Deutschland ihre Runde, vgl. nur <http://www.nordbayern.de/region/lichtenfels-polizei-warnt-vor-blue-whale-challenge-1.7581690> (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>11</sup> So wie zahlreiche andere Trends, die mit Fremdschädigungs- und Selbstgefährdungsakten einhergehen, man denke an das Happy-Slapping (<http://www.haz.de/Nachrichten/Wissen/uebersicht/Happy-Slapping-was-steckt-hinter-dem-Pruegeltrend>), oder das Planking (<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/tod-beim-planking-erstarb-fuer-ein-doo-foto-a-762633.html>). Zur sozial- und kommunikationswissenschaftlichen Einordnung derartiger „Hypes“ vgl. Büttner, Akzidentielle Medienhypes: Entstehung, Dynamik und mediale Verbreitung, 2013.

Gesetzgeber werden konnte.<sup>12</sup> Doch hat das deutsche Parlament stattdessen eine – neben den illustrierten Beispielen deutlich weniger Angst und Schrecken verbreitende – Randerscheinung, nämlich die professionelle Unterstützung beim Freitod durch einen Sterbehilfverein, zu einer gesamtgesellschaftlichen Entwicklung hochstilisiert.<sup>13</sup> Dies ebnete den Weg zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Suizidförderung nach § 217 StGB. Nun sei jedem die Entscheidung selbst überlassen, welche Gefahren fassbarer und welche Szenarien bedrohlicher wirken: Die Etablierung einiger Sterbehilfevereine, die suizidgeneigte Personen unter Beachtung ethischer Standards beraten und im Falle einer endgültigen Entscheidung bei ihrem Suizid assistieren? Oder die fortdauernde Entwicklung der Solidargemeinschaft in eine Sensations- und Konsumgesellschaft, in der man für „spannenden“ oder pseudolustigen Content auf seinem Instagram-Profil nicht davor zurückschreckt, „Likes“ gegen gekonnte Selbstschädigung zu versprechen? Derlei Fragestellungen und der Vergleich mit der ausländischen Rechtsordnung dürfen keinesfalls als Plädoyer für eine „erst Recht“ gebotene Strafbarkeit der Verleitung zum Suizid missverstanden werden.<sup>14</sup> Sie sollen lediglich die Irrationalität der gesetzgeberischen Ausgestaltung pointieren und die Frage in das Bewusstsein rücken, inwiefern bei Teilnahmehandlungen am Suizid überhaupt nach bestimmten Strafwürdigkeitskriterien unterschieden werden darf und kann.

Damit ist man beim Titel der Arbeit angekommen: es sollen die de lege lata strafbaren Suizidförderungshandlungen straflosen Akten der Suizidhilfe gegenübergestellt werden. Durch die Einführung des § 217 StGB ist die Möglichkeit solch einer Darstellung überhaupt erst entstanden, sodass diese auch als Lackmustest für die vielfach kritisierte Vorschrift dient und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen vermag sie, wie soeben erläutert, Friktionen des § 217 StGB in Relation zum strafrechtlichen Schutz des Lebens insgesamt aufzuzeigen; zum anderen kann solch eine Analyse Aufschluss darüber geben, ob § 217 StGB seinen eigenen Zweck zu erfüllen vermag, nämlich dem Phänomen der Sterbehilfevereine in Deutschland entgegenzuwirken.<sup>15</sup> Zugegeben, derlei Erwägungen wurden bereits vielfach angestellt (überhaupt wurde zur Legitimität und Auslegung jenes „zweifelhaften“ Tatbestandes<sup>16</sup> eigentlich schon alles gesagt, was gesagt werden muss<sup>17</sup>). Doch kann eine konkret fallbezogene Darstellung zu einer

Bündelung der bis dato vorgebrachten (und vielschichtigen) Argumente führen sowie die Widersprüchlichkeiten in Bezug auf den Schutz des Suizidenten sowie auch demjenigen vor einer Suizidkultur de lege lata noch deutlicher zum Vorschein bringen. Dies gilt im Besonderen in einer Zeit, in der Strafgesetze „fallbezogen“ bzw. zunächst auf ein Phänomen hin vorbereitet werden, um im Anschluss abstrakt formulierte Tatbestände zu verkünden, die über jeden Zweifel einzelfallbezogener Gesetzgebung – Art. 19 Abs. 1 GG lässt grüßen – erhaben sind.<sup>18</sup>

## II. Die Tatbestandsmerkmale des § 217 StGB im Visier der Strafrechtswissenschaft

Da im Folgenden (mehr oder weniger vorstellbare) Sachverhalte kurz und bündig unter § 217 StGB subsumiert werden sollen, ergibt es Sinn, die zugrunde gelegten Auslegungleitlinien, die sich in der Strafrechtswissenschaft zwischenzeitlich herausgebildet haben, darstellerisch vor die Klammer zu ziehen. „Fallentscheidend“ dürften neben dem zentralen Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit die Tathandlungen des Gewährens/Verschaffens einer Gelegenheit zum Suizid sowie das subjektive Merkmal der Förderungsabsicht sein.

### 1. Geschäftsmäßigkeit

Beim Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit ergibt sich hinsichtlich seiner Auslegung ein relativ klares Bild. Die eine (wohl überwiegende) Ansicht präferiert im Anschluss an die Gesetzesbegründung das intentionale Wiederholungskonzept, lässt es für eine Geschäftsmäßigkeit also genügen, dass der Täter seine Tathandlungen zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner

<sup>12</sup> Vergleichbare Trends (etwa zur Selbstschädigung aufrufende Kettenbriefe oder „Horrornachrichten“, zuletzt etwa Momo und Slenderman, <https://www.stern.de/neon/wilde-welt/gesellschaft/-momo--kettenbrief---slenderman--und-co---wenn-perfide-spiele-junge-leben-fordern-8196814.html>, zuletzt abgerufen am 22.1.2019) tauchen immer wieder einmal auf, bleiben randständig und v.a. auch flüchtig.

<sup>13</sup> Obwohl es sich womöglich um ein lediglich elitäres Problem handelt. Exit-Strategien bzw. einen würdevollen Abschied planen überwiegend Personen aus dem Bildungsbürgertum. Das Erhängen als besonders grausame Form der Selbsttötung (und „Suizidmethode der Arbeiterklasse“?) stellt nach wie vor die mit Abstand häufigste Suizidmethode, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/585/umfrage/selbstmordmethoden-in-deutschland-2006/> (zuletzt abgerufen am 22.1.2019).

<sup>14</sup> Zu dieser Perspektive auch Hoven, MedR 2018, 741 (746).

<sup>15</sup> Zum Auseinanderfallen von Strafgrund und Tatbestandsfassung des § 217 ausführlich Kuhli, ZStW 129 (2017), 691 ff.

<sup>16</sup> Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681.

<sup>17</sup> Rosenau, in: FS Yamanaka, 2017, S. 325; Berghäuser, ZStW 128 (2016), 74; dies., GA 2017, 383; Jäger, JZ 2015, 875; Kubiciel, ZIS 2016, 396; Kuhli, ZStW 129 (2018), 691; Gaede, JuS 2016, 385; Wörner, NK 2018, 157. Eine Auswertung der Literatur ergibt, dass sich die Strafrechtswissenschaft zumindest darüber einig ist, dass es sich bei § 217 StGB um ein technisch schlecht gemachtes Strafgesetz handelt (mag man hinsichtlich der Alternativen aufgrund unterschiedlicher rechtspolitischer und rechtsethischer Ansichten uneins sein). Deziert und die einzelnen Argumente übersichtlich zuseh. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2018), § 217 Rn. 2 ff.

<sup>18</sup> Zwischen dem, was der Gesetzgeber mit der „lex Kusch“ wollte (nämlich ein Tätigkeitsverbot für den Sterbehilfeverein StHD) und was unter dem Strich herauskam, bestehen allenfalls partiell Überschneidungspunkte. Ein originäres Organisationsdelikt, das ausschließlich - etwa in einem § 129c StGB - die Tätigkeit der Sterbehilfevereinsmitglieder erfasste, hätte einer Legitimationskontrolle unter keinem denkbaren Gesichtspunkt standhalten können.

Tätigkeit macht.<sup>19</sup> Die andere Ansicht will das Merkmal („hilfsweise“<sup>20</sup>) restriktiv dahingehend auslegen, dass der Täter die Suizidhilfe zu seinem „Hauptberuf“ macht<sup>21</sup> bzw. zu einem dauernden oder wenigstens wiederkehrenden Bestandteil seiner wirtschaftlichen oder beruflichen Betätigung machen will.<sup>22</sup> Ob und inwiefern der Einschränkungsvorschlag in den einzelnen Fällen tatsächlich zu einer Strafbarkeitseinschränkung führt, gilt es zu überprüfen.

## 2. Tathandlungen: Gewähren, Verschaffen und Vermitteln einer Gelegenheit zum Suizid

Das Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit wird als das Herbeiführen der äußeren Umstände verstanden, welche die Vornahme der Suizidhandlung ermöglichen oder zumindest erleichtern. Da der Gesetzgeber selbst die Gefahr einer ausufernden Haftung<sup>23</sup> sieht und abzuschneidende Vorbereitungshandlungen konkret benennt, besteht Einigkeit darüber, dass der Tatbestand einer Einschränkung bedarf. Auf welche Weise die Restriktion herbeizuführen ist bzw. wie weit diese reicht, wird unterschiedlich beantwortet. *Weigend/Hoven* wollen nur solche Tathandlungen unter § 217 StGB subsumieren, mit denen der Täter dem Suizidenten Selbsttötungsmöglichkeiten eröffnet, die diesem sonst nicht zur Verfügung stünden. Deshalb fielen alle Tathandlungen nicht unter § 217 StGB, die dem Suizidwilligen nur Möglichkeiten eröffnen, die dieser sich leicht auch „aus eigener Kraft“ verschaffen könnte.<sup>24</sup>

Der *Verfasser* fordert einen tatbestandsspezifischen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Förderungshandlung und (beabsichtigtem) Suizid und sieht demgemäß von dem objektiven Tatbestand des § 217 Abs. 1 StGB nur solche Handlungen erfasst, denen der Suizid bei planmäßigem Ablauf zeitlich und räumlich unmittelbar nachfolgt bzw. nachfolgen kann.<sup>25</sup> Durchgesetzt hat sich hier das Bild von der „letzten Hürde“ für den Vollzug des Suizids,<sup>26</sup> wobei dieses auch final – und nicht zwingend zeitlich – verstanden werden kann.<sup>27</sup> Entscheidend dürfte sein, dass lediglich der Täter als derjenige zu betrachten ist, welcher dem Suizidenten die Gelegenheit „gewährt“ hat, dass nach der Handlung des Täters also keine weiteren Förderungshandlungen Dritter mehr erforderlich sind,<sup>28</sup> mithin auch er allein die Kontrolle, dogmatisch gesprochen, die „Tatherrschaft“ über die Gelegenheit hat bzw. die „Umstände“ i.S.d. oben genannten Definition hat.<sup>29</sup> Bei solch einer faktischen Betrachtung (wie sie für Umgangsverbote typisch ist) stellt sich das Gewähren – jedenfalls im Hinblick auf die Überlassung von Suizidpräparaten – als Kausalverlauf dar, an deren Ende der Erfolg der „Gelegenheit“,<sup>30</sup> mithin der Erhalt des Medikaments, steht (bzw. zumindest stehen soll).<sup>31</sup>

Auf die vom Gesetzgeber als nicht strafwürdig erachteten Fallgruppen rekurrierend will dagegen eine dritte Position ausreichen lassen, dass die Gelegenheit zur Selbsttötung auf einen *individualisierten, bestimmten, nicht notwendig*

<sup>19</sup> *Berghäuser*, ZStW 128 (2016), 763; *Duttge*, NJW 2016, 122, *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 217 Rn. 7 (auf Wiederholung angelegt); *Saliger*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 26; vgl. auch *Momsen*, in: SSW, 4. Aufl. (2019), § 217 Rn. 11; *Brunhöber*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 217 Rn. 64. Bereits das Wiederholungskonzept ist keineswegs so eindeutig, wie es sich präsentiert: schließlich kann man trefflich darüber diskutieren, was eine Suizidunterstützung überhaupt zum „Einzelfall“ macht, worauf sich die Vorstellung des Täters zu beziehen hat und inwiefern sich seine Wiederholungsabsicht objektiv manifestieren muss, zum Ganzen instruktiv *Kuhli*, ZStW 129 (2017), 691 (705).

<sup>20</sup> Hilfsweise dahingehend, dass jeglicher Restriktionsversuch eigentlich nur eine „echte Tatbestandsrestriktion“ ist, wenn sie – worauf *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 25 zutreffend hinweist – noch einen legitimen Unrechtskern übriglässt. So erscheint es zunächst inkonsequent, eine Tatbestandsrestriktion einzufordern, obwohl man auch dann von einer Verfassungswidrigkeit des Verbots ausgeht, wenn die Tatbestandsrestriktion vorgenommen wird. Dabei kann aber gerade eine teleologische Reduktion die Illegitimität der Verbotsnorm in der praktischen Anwendung zum Vorschein bringen, soweit der Tatbestand plötzlich keinen Anwendungsbereich mehr hat bzw. wiederum Fälle nicht erfasst werden, die der Gesetzgeber kriminalisiert wissen will. Bei solch einer Betrachtung erhält die einschränkende Auslegung den Tatbestand formal, *erhält* aber zugleich seine materielle Illegitimität.

<sup>21</sup> *Oğlakcioğlu*, in: BeckOK-StGB, 40. Ed. (2018), § 217 Rn. 31. Es handelt sich auch um eine „Korrektur“ dahingehend, dass ein rein quantitatives Verständnis vom Unrecht unter keinem denkbaren Gesichtspunkt legitimierbar erscheint, oder wie es *Merkel* formulieren würde: „Die Addition von Null-Unrecht ergibt immer wieder Null-Unrecht“, vgl. *Merkel*, Stellungnahme, <https://www.bundestag.de/blob/388404/ad20696aca746487fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf>, S. 4 (zuletzt abgerufen am 21.1.2019). Hierzu auch *Duttge*, NJW 2016, 120 (122); *Roxin*, NSTZ 2016, 189.

<sup>22</sup> *Gaede*, JuS 2016, 385 (390); partiell konkretisierend, teils modifizierend *Hillenkamp*, KriPoZ 2016, 3 (8); *Hoven/Weigend*, ZIS 2016, 681 (689); zust. auch *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, (Fn. 17) § 217 Rn. 17.

<sup>23</sup> Bereits der Zugang zu einem Hochhaus, einem Bahnübergang, einem Gewässer, einer hohen Brücke usw. kann eine Selbsttötung erleichtern oder ermöglichen.

<sup>24</sup> *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 14 weist diesen Vorschlag zurück, da die Autonomie einer Suizidentscheidung nicht davon abhängig sei, ob der Suizidwillige sich das Suizidmittel leicht selbst verschaffen kann oder ob er der Hilfe Dritter bedarf. Dieser Umstand sei „selbstbestimmungsneutral“.

<sup>25</sup> *Oğlakcioğlu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 18; so auch *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (402). Eine andere Frage ist – daher auch der Klammerzusatz („nachfolgen kann“), ob man zusätzlich einschränkend verlangt, dass der Suizident unmittelbar zu seinem Selbsttötungsvorhaben ansetzt.

<sup>26</sup> Zust. *Brunhöber*, in: MüKo-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 47; *Momsen*, in: SSW (Fn.19), § 217 Rn. 6.

<sup>27</sup> Bei solch einer Betrachtung ginge der Einwand *Saligers* ins Leere, wonach es angesichts der ratio von § 217 nicht plausibel sei, die Ausgabe eines tödlichen Medikaments (...) nur deshalb nicht zu bestrafen, weil der Suizidwillige erst Wochen oder Monate später den endgültigen Suizidentschluss fasst und das Medikament einnimmt, *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 14.

<sup>28</sup> *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 217 Rn. 12; *Kubiciel*, ZIS 16, 402 („dem Suizid unmittelbar vorangehende Handlungen“).

<sup>29</sup> Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man auch, wenn man das Unmittelbarkeitskriterium dahingehend versteht, dass sich die günstigen Bedingungen gerade auf eine nach Ort und Zeit konkretisierte Handlung beziehen müssen, so *KG*, NJW 1988, 3791 (im Zusammenhang mit § 180 StGB a.F.).

<sup>30</sup> Vgl. auch BT-Drs. 18/5373, S. 18: „Beim Gewähren oder Verschaffen der Gelegenheit ist die Tat vollendet, wenn die äußeren Bedingungen für die Selbsttötung günstiger gestaltet worden sind.“

<sup>31</sup> Dies gilt auch unter der Prämisse der h.M., wonach kein unmittelbares Ansetzen zum Suizid erforderlich ist. Denn die Frage, ob die Gelegenheit zur Selbsttötung den Suizidenten erreicht bzw. diesem offensteht, ist von der Frage, ob er die Gelegenheit auch beansprucht (bzw. hierzu ansetzt) losgelöst zu beurteilen. Zutr. *Brunhöber*, in: MüKo-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 86: nicht ausreichend, wenn die „Gelegenheit“ den Adressaten überhaupt nicht erreicht („z.B. wenn der Täter ein Rezept für Medikamente ausdrückt, das er nie an den Betroffenen weitergibt oder wenn das gesendete Gift in der Post verlorengeht“).

namentlich bekannten Suizidwilligen bezogen ist.<sup>32</sup> Weitere Einschränkungen lehnt sie hingegen ab.<sup>33</sup> Problematisch an diesem Konzept ist allerdings, dass die Individualisierung gerade nicht notwendig mit der Tathandlung in Verbindung steht. Sie kann der eigentlichen Tathandlung zeitlich weit vorverlagert sein und v.a. auch in den Bereich fallen, den der Wortlaut der Vorschrift (Beratungsgespräche, Werbung etc.) nicht erfasst.<sup>34</sup>

Bei der Tathandlung des Vermittelns ist man sich zwar einig, dass hierunter (entsprechend der Gesetzesbegründung) die Herstellung des konkreten Kontakts zwischen einer suizidwilligen Person und der Person, die die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt oder verschafft, gemeint ist.<sup>35</sup> Doch wird darüber diskutiert, ob die Vermittlung „erfolgreich“ sein, es also tatsächlich zur Gelegenheit gekommen sein muss.<sup>36</sup> Wie sich später zeigen wird, hängt an einer mehr oder weniger extensiven Interpretation der Tathandlungen das gesamte kriminalpolitische Konzept:<sup>37</sup> denn die Entscheidung des Gesetzgebers, ganz konkrete Tathandlungen zu benennen, lässt sich zugleich als Bekenntnis gegen ein allgemeines Tätigkeitsverbot deuten (was im Übrigen auch nicht durch die Überschrift der Norm kaschiert werden kann). Damit wird es gerade den Sterbehilfevereinen ermöglicht, potentiell kriminalisierte Handlungen aus ihrem „Dienstleistungsangebot“ herauszunehmen und weiterhin ihrer Tätigkeit nachzugehen.<sup>38</sup>

### 3. Suizidförderungsabsicht

Auf subjektiver Ebene bietet das besondere Merkmal der Suizidförderungsabsicht eine weitere Diskussionsplattform, soll sie ausweislich der Gesetzesbegründung die Aufgabe erfüllen, die Strafflosigkeit verschiedener Verhaltensweisen zu gewährleisten.<sup>39</sup> Allerdings wurde bereits in zahlreichen Abhandlungen darauf aufmerksam gemacht, dass bei den vom Gesetzgeber genannten Fallgruppen (altruistisches Handeln, Vorbereitungshandlungen, zulässige Formen der indirekten Sterbehilfe) bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist. Entsprechend wird die eigenständige Bedeutung des Merkmals angezweifelt,<sup>40</sup> was auch seiner Konturierung schadet.<sup>41</sup> So hat man sich mit der (an andere Absichtsmerkmale angelehnte) Floskel zu begnügen, wonach der Täter mit Suizidförderungsabsicht agiert, wenn es ihm auf die Förderung der

Gelegenheit zur Selbsttötung eines anderen (nicht auf dessen Selbsttötung!) ankommt, er sie also als End- oder notwendiges Zwischenziel erstrebt (dolus directus I. Grades).

## III. Fallgruppen

### 1. Handlungen von Mitarbeitern und Mitgliedern des Vereins

#### a) Strafbare Handlungen

**Fall 1:** *A leidet an einer schweren und unheilbaren Krankheit, die mit erheblichen Schmerzen und zunehmenden Funktionsverlusten verbunden ist. Er ist deshalb seines Lebens müde. A nimmt daher Kontakt mit einem Sterbehilfeverein auf, wo ihm von Mitarbeiter M ein Raum und ein Medikamenten-Cocktail zugesagt wird, allerdings erst nach einer entsprechenden Begutachtung. Schließlich überlässt M, wie er dies bereits in zahlreichen Fällen getan hat, A die Substanzen.*

M schafft durch die Überlassung der Medikamente und Räumlichkeiten (unmittelbar) die äußeren Bedingungen, welche die Vornahme der Suizidhandlung ermöglichen.<sup>42</sup> Er hat die Tatherrschaft über dieses Geschehen inne, gewährt also eine Gelegenheit zum Suizid. Unter Zugrundelegung der intentionalen Wiederholungskonzeption (II.1.) handelt M augenscheinlich auch geschäftsmäßig, da er bereits in zahlreichen Fällen als Suizidassistent aufgetreten ist. Selbst wenn man verlangt, dass die Suizidhilfe die Haupttätigkeit des Täters darstellen muss, lässt sich eine Geschäftsmäßigkeit bejahen. Ob und inwiefern die Handlungen des M weiteren (hierarchisch übergeordneten) Vereinsmitgliedern wechselseitig zugerechnet werden könnten (§ 25 Abs. 2 StGB), ist Tatfrage.

Im konkreten Einzelfall erscheint aber nicht einmal die Subsumtion unter diesen Grundfall, wie sie dem Gesetzgeber womöglich als „Prototyp“ der Begehung des § 217 StGB vorgeschwebt haben dürfte, in Stein gemeißelt. Zum einen könnte man der Frage nachgehen, in welchem Beziehungsverhältnis M und A als Vereinsmitglieder zueinander stehen: Nach dem gesetzgeberischen Willen sol-

<sup>32</sup> *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 13.

<sup>33</sup> A.a.O., Rn. 14.

<sup>34</sup> Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung weist *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 13 darauf hin, dass die grundsätzlich straffreie Werbung dann gemäß §§ 217, 27 StGB strafbar wird, wenn sie die Begehung der Haupttat konkret ermöglicht oder erleichtert, also tatsächlich gefördert hat. An den Tathandlungen orientiert müsste die Werbung also als Gewähren einer Gelegenheit verstanden werden, was schlicht nicht vorstellbar ist. Denn die Werbung müsste umgesetzt werden, damit von einem Gewähren/Verschaffen die Rede sein kann.

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18.

<sup>36</sup> Vgl. *Oğlakcioğlu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 26; *Mommsen*, in: SSW (Fn. 19), § 217 Rn. 8; *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (686 f.); dagegen *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 18; *Fischer*, StGB (Fn.19), § 217 Rn. 6.

<sup>37</sup> Dies sollte man sich trotz berechtigter Vorbehalte gegen derartige Restriktionsansätze – vgl. nur *Hettinger*, KriPoZ 2016, 3 (5) – vor Augen führen; was prima vista den Tatbestand „zu retten“ bezweckt, vermag die kriminalpolitisch fehlende Legitimität noch deutlicher zu offenbaren (hierzu bereits Fn. 20).

<sup>38</sup> Dieser Aspekt verschärft sich, falls auch nebenstrafrechtlich kein Verbot existiert, das die Überlassung von Suizidpräparaten an Suizidwillige erfasst, zu dieser Frage *Oğlakcioğlu*, im Erscheinen.

<sup>39</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 18.

<sup>40</sup> *Oğlakcioğlu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 15, 29.1; *Mommsen*, in: SSW (Fn.19), § 217 Rn. 13; *Eidam*, medstra 2016, 17 (21); *Brunhöber*, in: MüKo-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 70 f.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 217 Rn. 20.

<sup>41</sup> Allen voran geht *Saliger*, in: NK-StGB (Fn.19), § 217 Rn. 28 ff. der Frage nach, inwiefern diesem besonderen subjektiven Merkmal (etwa im Bereich der Tätigkeit von Palliativmedizinern) eine einschränkende Wirkung zukommen kann; zu eindeutigen bzw. befriedigenden Ergebnissen gelangt er jedoch nicht.

<sup>42</sup> Vgl. *Hecker*, GA 2016, 455 (456); *Berghäuser*, ZStW 128 (2016), 741 (761).

len schließlich Handlungen, die im Einzelfall und aus altruistischen Motiven, häufig aufgrund einer besonderen persönlichen Verbundenheit erfolgen, nicht erfasst und folglich weiterhin nicht strafbar sein.<sup>43</sup> In Anbetracht des gewöhnlichen Ablaufs der Suizidhilfe, der Rolle des Vereins für den Suizidenten und nicht zuletzt auch die Anforderungen, die an ein „Grünes Licht“ gestellt werden,<sup>44</sup> liegt weder eine „Einzelfallentscheidung“, noch eine „persönliche Verbundenheit“ des Suizidenten zum Vereinsmitarbeiter fern.

### b) Strafbare Handlungen

**Fall 2:** M klärt A darüber auf, dass eine Durchführung des Suizids jedenfalls in der Schweiz unproblematisch realisierbar wäre. Die dafür erforderlichen Vorbereitungen könnten allerdings bereits in Deutschland getroffen werden. M berät A umfassend, verweist ihn an einen Dr. F, der ihn begutachten soll und erteilt schließlich „grünes Licht“.

Eine Strafbarkeit des M scheidet in dieser Konstellation aus, da nach allen Auffassungen (und auch nach dem Willen des Gesetzgebers) die Einleitung der Suizidassistenz, etwa die Durchführung gemeinsamer Besprechungen (Videoaufzeichnungen), die Begutachtung des Suizidenten und die Erteilung des „grünen Lichts“ in den Bereich der straflosen Vorbereitung fällt.<sup>45</sup> Bevor überhaupt feststeht, ob dem A überhaupt Suizidassistenz gewährt wird, fehlt es an der notwendigen Individualisierung (II. 2.), die dann in eine (von M beherrschte und schließlich gewährte) Gelegenheit zum Suizid münden kann.

Bei einer tatsächlichen Umsetzung der Suizidassistenz (Fall 1), mithin Feststellung eines geschäftsmäßigen Gewährens durch Dritte in concreto, könnten die Handlungen des M allerdings als Beihilfe gem. § 27 Abs. 2 StGB bzw. als Tatbeitrag (im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB) qualifiziert werden.<sup>46</sup>

**Fall 2 Abwandlung 1:** M klärt A umfassend über verschiedene Suizidmethoden und ihre Risiken auf. Wegen § 217 StGB könne der Verein allerdings keine Suizidpräparate mehr in Deutschland bereitstellen. Deswegen müsse A entweder in die Schweiz reisen, um das Suizidpräparat abzuholen (bzw. den Suizid direkt in den Räumlichkeiten der Schweizer vornehmen) oder sich das Suizidpräparat selbst beschaffen. Für den zweiten Fall klärt M den A über die Möglichkeit auf, sich die Präparate ohne Strafbarkeitsrisiko über das Internet zu beziehen (von einer Straflosigkeit des Erwerbs ist auszugehen) oder einen Antrag beim BfArM auf die Erteilung einer Erlaubnis für

den Erwerb von Natrium-Pentobarbital zu stellen. Daraufhin besorgt sich A die entsprechenden Präparate. Strafbarkeit des M?

Soweit auf die Gelegenheit in der Schweiz aufmerksam gemacht wird, scheidet ein Vermitteln, sozusagen in das Ausland aus, weil bereits ein Kontakt zwischen Suizidenten und dem potentiellen Täter des § 217 StGB besteht. Zudem liegt ein Vermitteln fern, wenn die vermittelnde und die suizidfördernde Person (zumindest normativ, wenn auch nicht personell) identisch sind.<sup>47</sup> Anders gewendet: von einem Vermitteln einer Gelegenheit kann nicht mehr die Rede sein, wenn man die Tatherrschaft über die potentielle Gelegenheit selbst innehat.

Die Belehrung des A über die Möglichkeit, straflos an Suizidpräparate heranzukommen, kann ebenso wenig unter das Vermitteln subsumiert werden, da dies zur widersinnigen Konsequenz führt, dass die Überlassung der Präparate (durch nicht geschäftsmäßig agierende Dritte) straflos wäre, während der Verweis hierauf strafbar sein soll. Freilich wird man, selbst wenn annehmen wollte, dass das Vermitteln eben auch „Vorfeldhandlungen“ erfasst, nicht davon ausgehen können, dass allein der Hinweis eine „Vermittlung“ darstellt, wenn M im Übrigen nicht den Kontakt zu ganz konkreten Personen als „legale Bezugsquelle“ herstellt bzw. der Suizident nicht auf die Herstellung des Kontakts angewiesen ist. Ebenso scheidet das Gewähren einer Gelegenheit aus, da M nicht die Tatherrschaft über die Gelegenheit (Medikamente) hat. Eine Beihilfe kommt wiederum nur in Betracht, wenn die „Bezugsquelle“ ihrerseits § 217 StGB verwirklicht. Entsprechendes gilt für die Belehrung über die Möglichkeit, ggf. „legal“, nämlich über den behördlichen Weg, das Suizidpräparat zu erhalten.

**Fall 3:** A will nicht in die Schweiz reisen, um sich die Suizidmittel abzuholen. Daher bittet er M, das Präparat der Ehefrau E zu überlassen, womit sich M nach Abschluss der weiteren Modalitäten (Fall 2) auch bereit erklärt. Er überlässt das Präparat der E, die daraufhin wieder nach Deutschland reist (von der Straflosigkeit der Einfuhr ist auszugehen) und erst einige Wochen später dem A überreicht.<sup>48</sup>

In dieser Konstellation treten die kriminalpolitischen Schwächen des § 217, die auf der Entscheidung des Gesetzgebers beruhen, konkrete Tathandlungen zu benennen, besonders deutlich zu Tage. Zunächst könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass M mit der Überlassung des Suizidmittels einen Kausalverlauf in Gang setzt, an deren Ende der von § 217 StGB erforderliche „Erfolg“

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 12. In diesem Zusammenhang: Wie auch für sonstige Tätigkeiten gilt, dass Handlungen nicht dadurch verwerflich werden, dass man sie gegen Entgelt bzw. wiederholt vornimmt. Was überhaupt nicht überzeugt, ist der Rückschluss von einer wiederholten Vornahme auf Eigeninteressen, vgl. Kuhli, ZStW 129 (2017), 691 (706).

<sup>44</sup> Der Patient muss u.a. eine Patientenverfügung überreichen, Fragebögen ausfüllen, Videogespräche aufzeichnen, und ein ärztliches Gutachten vorlegen.

<sup>45</sup> Oğlacioğlu, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 24, 37 ff.; Brun-

höber, in: MüKo-StGB (Fn. 19), § 217 Rn. 47; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 17) § 217 Rn. 33; Saliger, in: NK-StGB (Fn. 19) § 217 Rn. 40.

<sup>46</sup> Saliger, in: NK-StGB (Fn. 19), § 217 Rn. 40; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 217 Rn. 33.

<sup>47</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 217 Rn. 13; Oğlacioğlu, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 23; Momen, in: SSW (Fn. 19), § 217 Rn. 8.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu das Sterbehilfe-Organisationsmodell der StHD e.V., abrufbar unter <http://www.sthd.ch>. (zuletzt abgerufen am 2.2.2019).

steht<sup>49</sup> (nämlich die Gelegenheit für M, aus dem Leben zu scheiden). Bei solch einer Betrachtung hätte E eine bloße „Botenstellung“, aber keine Entscheidungsmacht inne. Solch eine Betrachtung würde aber weder faktisch, noch normativ überzeugen. E kann ab der Übergabe des Medikaments über diese frei verfügen. Damit steht dem Zugang des A zur Gelegenheit die Hürde der notwendigen Mitwirkung des eingeschalteten Dritten (nicht notwendig ein Angehöriger) entgegen. Dies gilt nicht nur, wenn man in die Tatbestandsmodalitäten des Gewährens und Verschaffens – wie hier – restriktive ein Unmittelbarkeitskriterium hineinliest, sondern auch, wenn man die Individualisierung des Suizidenten genügen lässt. Denn schließlich müsste auch dem individualisierten Suizidenten die Gelegenheit durch den Täter verschafft bzw. gewährt werden, was Tatherrschaft des M voraussetzte. Selbst wenn man das beschriebene Konstrukt eines „Kausalverlaufs“ ernst nehmen und davon ausgehen wollte, dass M mit der Übergabe des Mittels das Geschehen aus der Hand gibt, würde das vorsätzliche Drittverhalten einer objektiven Zurechnung des Geschehens entgegenstehen.

Eine organisationsbezogene Betrachtung, bei der man darauf abstellen würde, dass das Präparat letztlich von M bereitgestellt wird, scheint angesichts der Wortwahl, besser „Wortlaut-Wahl“, gerade nicht gewollt, zumal bei solch einer Betrachtung auch die „Bezugsquelle“ des Sterbehilfe-Vereins einbezogen werden müsste. Einzelpersonen, welche die Verfügungsmacht über die Suizidpräparate erhalten, können kaum als „Boten“ bzw. „verlängerter Arm“ der Sterbehilfeorganisation betrachtet werden. Aus dem Blickwinkel des Gesetzgebers ist hiermit ein Desaster beschrieben, da der Tatbestand mit der Einbeziehung Dritter umgangen werden kann.<sup>50</sup> Schließlich scheidet mangels Haupttat auch eine Beihilfe aus, wenn (wie im Regelfall) der einbezogene Dritte nur einmalig und somit nicht geschäftsmäßig agiert. Aus dem Blickwinkel des Kritikers ist diese – vielleicht auch gerade aus der Haltung heraus einzig überzeugende Auslegung des § 217 StGB – nur die konsequente Anwendung eines Delikts, das nicht jeglichen Beitrag zum Suizid durch Mitglieder einer bestimmten Organisation verbietet und kriminalisiert, sondern ausgehend von einem Phänotyp der Suizidassistenten auf ein räumlich und zeitlich konkretisiertes Geschehen (die Gelegenheit) zugeschnitten ist. Der Gesetzgeber hätte schließlich das „Fördern“ als Tathandlung heranziehen können, hat dies jedoch nicht getan (womöglich wiederum, weil solch eine Ausgestaltung erst recht keiner verfassungsrechtlichen Kontrolle standgehalten hätte).

## 2. Suizidfördernde Handlungen sonstiger Personen

### a) Strafbare Handlungen

**Fall 4:** Der gute Freund F des A lässt sich von diesem

<sup>49</sup> Der Begriff des Erfolges sollte hier nicht überbewertet werden. Ob und inwiefern das Gewähren ein Erfolgsdelikt darstellt, ist schließlich nicht von Belang, solange sich klare Aussagen hinsichtlich der tatbestandlichen Zurechnung (anhand der Handlungsumschreibung) machen lassen.

<sup>50</sup> Freilich ist damit noch nichts über die Verfügbarkeit der Präparate im Inland, mithin der faktischen Umsetzbarkeit solch einer Ausgestaltung gesagt.

*überreden, ihn für dessen Suizidvorhaben in der Schweiz (durchgeführt von M) zum Bahnhof München zu fahren.*

Die Fahrt zum Bahnhof stellt eine Beihilfehandlung zur (potentiellen) Haupttat des M dar. F selbst muss nicht geschäftsmäßig agieren, sondern lediglich um die Geschäftsmäßigkeit des Gewährens durch M wissen. Dass die Haupttat im Ausland begangen wird, steht einer Strafbarkeit wegen § 9 Abs. 2 S. 2 StGB nicht entgegen.<sup>51</sup> Wäre F allerdings Angehöriger oder Nahestehender des A, scheiterte eine Strafbarkeit an der Privilegierungsvorschrift des § 217 Abs. 2 StGB.

**Fall 5:** A möchte aus dem Leben scheiden und bittet Sohn F um Hilfe. F leistet Suizidassistenten. Einige Wochen nach dem Suizid des A hat auch die Mutter des F beschlossen, sich das Leben zu nehmen. F leistet erneut Suizidassistenten.

Lässt man die wiederholte Begehung für ein geschäftsmäßiges Handeln genügen, macht sich F jedenfalls bei der zweiten Suizidhilfe (soweit ein Gewähren bejaht werden kann) nach § 217 Abs. 1 StGB strafbar, insbesondere scheidet eine Anwendung des § 217 Abs. 2 StGB aus, da sich dieser nur auf Teilnahmehandlungen bezieht (und schließlich ebenso voraussetzt, dass der Angehörige nicht geschäftsmäßig agiert). Erst unter Rückgriff auf etwaige Tatbestandsrestriktionen, wie sie im Hinblick auf die Geschäftsmäßigkeit bereits beschrieben wurden, gelangte man zur Strafflosigkeit des F.<sup>52</sup> Daneben könnte man darüber nachdenken, ob es genügt, dass T um die wiederholte Begehung weiß oder nicht bei der zweiten Handlung davon ausgehen müsste, weiterhin (also auch in Zukunft) Suizidassistenten zu leisten.<sup>53</sup>

### b) Strafloze Handlungen

**Fall 6:** F ist Jurastudent und befürchtet ein Strafbarkeitsrisiko für das Vorhaben in Fall 4. Er überlässt dem A daher einmalig unterschiedliche Medikamente, die in der Hausapotheke seines Vaters stehen und bei kumulativer Einnahme den Tod herbeiführen.

F handelt nicht geschäftsmäßig. Der objektive Tatbestand des § 217 Abs. 1 ist nicht erfüllt.

**Fall 6, Abwandlung 1:** Mitarbeiter M des Sterbehilfevereins S begibt sich zum örtlichen Apotheker X und bittet diesen um den Verkauf gleich mehrerer (nicht verschreibungspflichtiger) Antiemetika, also Präparate, die den Würgereiz hemmen. X weiß, dass diese Präparate auch bei einem Suizid zur Anwendung gelangen, dies ist ihm aber im Hinblick auf das geringe Gefährdungspotential der Substanzen gleichgültig.

In dieser Konstellation könnte zwar eine Beihilfe des X

<sup>51</sup> Hoven/Kudlich, ZIS 2016, 345 (347).

<sup>52</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn.17), § 217 Rn. 25.

<sup>53</sup> Zu diesen Überlegungen Eidam, medstra 2016, 17 (21); Kuhli, ZStW 129 (2017), 691 (705).

zur geschäftsmäßigen Suizidhilfe durch M angenommen werden, wenn die Antiemetika bei Durchführung der Suizidassistenz zur Anwendung gelangen. Doch selbst wenn man einen *dolus eventualis* des X im Hinblick auf die Haupttat annehmen könnte, müsste wohl nach den Grundsätzen der berufsbedingten Beihilfe<sup>54</sup> ein sicheres Wissen um die Suizidförderung voraussetzen, um eine Strafbarkeit annehmen zu können.

### 3. Suizidförderung durch behördliche Tätigkeit – Erteilung einer Ausnahmeerlaubnis als geschäftsmäßige Suizidförderung

**Fall 7:** Sachbearbeiter beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte S erteilt A, da dieser sich den Feststellungen der Behörde nach in einer extremen Notlage – wie sie das Bundesverwaltungsgericht beschrieben hat – befindet, auf dessen Antrag hin eine Erlaubnis für den Erwerb von Natrium-Pentobarbital als Rezeptur. A begibt sich daraufhin zum Apotheker X, der ihm das Mittel aushändigt.

Dieser Sachverhalt basiert auf der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach in Fällen einer extremen Notlage<sup>55</sup> des Suizidenten, die Erlaubnis für den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu erteilen ist.<sup>56</sup> Schnell wurde die Frage in den Raum geworfen, ob der Dritte Senat die Sachbearbeiter am Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte zur Vornahme strafbaren Verhaltens anhalte.<sup>57</sup> Freilich kann ein verfassungsrechtlich gebotenes Verhalten nicht strafbar sein, sodass genauere Überprüfung bedarf, welche unmittelbaren Auswirkungen die Rechtsprechung des BVerwG auf § 217 StGB hat. Eine unmittelbare Auswirkung könnte nur angenommen werden, wenn die Erlaubniserteilung als Verwaltungsakt unter den objektiven Tatbestand des § 217 StGB subsumiert werden könnte. Diesbezüglich könnte man bei einem strengen Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums im Hinblick darauf, dass die Erlaubniserteilung selbst gerade noch nicht mit der Überlassung des Natrium-Pentobarbitals einhergeht, der Suizident sich vielmehr zu einem (wohl speziellen) Apotheker begeben muss, das Gewähren bzw. Verschaffen einer Gelegenheit verneinen. Soweit man das Bild von der „letzten Hürde“ für den Suizidenten bemüht, wäre die Frage von Relevanz, ob der Apotheker eine eigene Prüfungscompetenz hinsichtlich der „Begründetheit“ der Erlaubnis hat. Bejahendenfalls könnte nämlich – wiederum in Anlehnung an Fall 3 – davon ausgegangen werden, dass die Tatherrschaft über die Gelegenheit zum Suizid Apotheker X

innehätte. Dies könnte man selbst dann annehmen, wenn kein normativer Druck bestünde (also kein Kontrahierungszwang, vgl. § 17 Abs. 4 ApoBetrO<sup>58</sup>), steht es X schließlich offen, trotz rechtlicher Verpflichtung die Herausgabe des Mittels zu verweigern. Umgekehrt bliebe es bei einer normativen Tatherrschaft des S, wenn sich X zu einer Herausgabe verpflichtet sieht.

Aus dem Blickwinkel des S kann dies allerdings dahinstehen, soweit die Erteilung einer Erlaubnis jedenfalls unter die Tathandlung des Vermitteln einer Gelegenheit zu subsumieren wäre. Mit der Erlaubniserteilung geht ein Verweis des Sachbearbeiters auf die entsprechende „Ausgabestelle“ bzw. Apotheke einher, die dann das Betäubungsmittel auf Vorlage der Ausnahmeerlaubnis abgibt. Soweit man – wie oben beschrieben – ein tatbestandlich „erfolgreiches“ Vermitteln voraussetzt, hinge die Strafbarkeit zunächst davon ab, ob der Apotheker grundsätzlich bereit ist, das Präparat herauszugeben. Bejahendenfalls, ließe sich dann – unter Zugrundelegung des intentionalen Wiederholungskonzepts – auch eine Geschäftsmäßigkeit nicht von der Hand weisen; selbst wenn man – wie der Verfasser einschränkend – verlangt, dass sich die Suizidförderung als „Haupttätigkeit“ bzw. „Hauptberuf“ des Täters darstellen muss, könnte ein geschäftsmäßiges Handeln bejaht werden. Schließlich ist zu erwarten, dass sich für das exklusive Verfahren der Überlassung von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Suizids ein eigenes „Ressort“ entwickelt, Sachbearbeiter eingewiesen und mit den Besonderheiten der Antragstellung vertraut gemacht werden. Damit wird die Entscheidung über die Suizidförderung nicht nur wiederholt ausgeführt, sondern entwickelt sich zu einem Teil der beruflichen Tätigkeit, mag sie auch nur in seltenen Fällen positiv (also zugunsten des Antragstellers) verbeschieden werden. Unabhängig davon, ob für das geschäftsmäßige Tätigwerden eine Initiativtätigkeit des Suizidhelfers verlangt wird, lässt sich nicht leugnen, dass das Verhalten planmäßig (also bestimmten Leitlinien und Strukturen folgend) und v.a. auch regelhaft vorgenommen werden wird.<sup>59</sup> Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt, da der Sachbearbeiter das Prozedere kennt und sich bewusst ist, dass der Antragsteller – dies liegt in der Natur des Verfahrens – sich im unmittelbaren Anschluss an die Erteilung der Erlaubnis das Natrium-Pentobarbital verschafft und in Umsetzung seines Suizidvorhabens (ggf. in Begleitung Dritter) zu konsumieren bezweckt. Für das besondere Merkmal der Förderungsabsicht ist es unschädlich, dass der Sachbearbeiter in erster Linie seiner rechtlichen Pflicht nachkommen will. Damit handelt der Sachbearbeiter auch mit Suizidförderungsabsicht.

<sup>54</sup> Zum Ganzen statt vieler *Kudlich*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 27 Rn. 11 ff.

<sup>55</sup> Eine extreme Notlage ist gegeben, wenn – erstens – die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können, – zweitens – der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm – drittens – eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht, *BVerwG NJW 2017, 2215*.

<sup>56</sup> *BVerwG, NJW 2017, 2215*, jeweils zustimmend *Magnus, KriPoZ 2018, 180*; *Merkel, MedR 2017, 823*; *Christl, NZS 2018, 97*; *Hufen, NJW 2018, 1524*.

<sup>57</sup> Zu diesen Fragen auch *Kuhli, ZIS 2017, 243 (245)*.

<sup>58</sup> *Di Fabio* verneint einen Kontrahierungszwang nach § 17 Abs. 4 ApoBetrO, was den vom *BVerwG* aufwendig begründeten, verfassungsrechtlichen Anspruch des Suizidenten auf Erhalt des Suizidmittels faktisch vollständig entwertet, vgl. Rechtsgutachten zum Urteil des *Bundesverwaltungsgerichts*, S. 74 ff., abrufbar unter: [https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<sup>59</sup> Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Merkel, MedR 2017, 823*; *Mandla, medstra 2018, 143*; *Rosenau, Comparative Law Review (Tokyo), 2018 (im Erscheinen)*; wohl auch *Kuhli, ZIS 2017, 243 (245)*.

Soweit man – wie hier – der Rechtsprechung des *BVerwG* beipflichtet, muss dieses offensichtlich unhaltbare Ergebnis korrigiert werden. Zwar lässt sich das Antragsverfahren beim *BfArM* weder in die Tathandlungen (diese werden erst am Ende des Verfahrens vorgenommen) noch in das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit hineinlesen.<sup>60</sup> Auch der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB passt nicht unmittelbar,<sup>61</sup> hat doch der Unrechtsausschluss seinen Ursprung weniger in einer „gegenwärtigen i.S.v. akuten Notstands-lage“ des Suizidenten, sondern fußt auf einer sowohl faktischen wie auch normativen Notlage. Doch lässt sich die extreme Notlage im bundesverwaltungsgerichtlichen Sinne als „verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund sui generis“ begreifen.<sup>62</sup> Dieser müsste als eigenständiger Unrechtsausschlussgrund gleichsam bei allen Formen geschäftsmäßiger Suizidassistenz geprüft werden.

Dies bedeutet zugleich, dass die Prüfung des Vorliegens der Ausschlussgründe dem Rechtsadressaten selbst obliegt. Dabei sind allein die festgestellten Fakten ex ante maßgeblich, die im Rahmen einer strafrechtlichen Subsumtion (durch den Rechtsanwender) ex post nur noch im Hinblick auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden könnten. Dritten wäre es hierbei nicht verwehrt, den potentiellen Suizidenten bei der Überprüfung hinsichtlich des Vorliegens einer Notlage (Untersuchung, Gutachten etc.) zu unterstützen. Kämen der Suizident und seine „Helfer“ zudem zu einem Ergebnis, eine extreme Notlage sei gegeben, dürfte auch die Suizidunterstützung getätigt werden. Im Falle des tatsächlichen Nichtvorliegens einer Notlage, könnten die Beteiligten bei gegenteiliger Vorstellung zumindest einen Tatbestands- bzw. Erlaubnistatbestandsirrtum nach § 16 StGB geltend machen. Aber gerade im frühen Stadium der Rechtsprechung wäre auch ein rechtlicher Irrtum, der sich auf die Reichweite der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bezieht, keinesfalls automatisch als (regelmäßig unbeachtlicher) Verbotssirrtum gem. § 17 StGB zu klassifizieren. In Kombination mit dem Umstand, dass es sich bei der Vornahme der Handlung um eine ex ante Entscheidung handelte, bliebe vom gesetzgeberischen Willen nicht viel übrig.

Es wird deutlich: Soweit man dem *BVerwG* in den Prämissen, aber auch im Ergebnis folgt, führt dies zu einer

erheblichen Destabilisierung des Normbefehls nach § 217 StGB.<sup>63</sup> Denn zu einer Strafflosigkeit gelangte man wohl nur, wenn man die verfassungsrechtlich zutreffende Haltung des *BVerwG* als Unrechtsausschluss sui generis konzipiert, die dann allerdings auch außerhalb des Erlaubnisverfahrens Geltung beansprucht. Im Übrigen sind auch die faktischen Fernwirkungen des Antragsverfahrens nicht zu unterschätzen: Erweist es sich nämlich als „effektiv“ und den Belangen des Suizidenten ausreichend Rechnung tragend, wird das *BfArM* zur Anlaufstelle von Suizidenten. Damit wird § 217 StGB nicht nur tatsächlich obsolet, sondern die befürchtete Suizidkultur wird von einer staatlichen Stelle vorgeführt. Sterbehilfevereine können ihr Tätigkeitsfeld entsprechend modifizieren und sich auf das Antragsverfahren spezialisieren. Erweist sich dagegen das Antragsverfahren als „Farce“ und unzumutbares „Steine in den Weg legen“ am Lebensende, ist davon auszugehen, dass den vom *BVerwG* selbst angelegten Maßstäben nicht ausreichend Rechnung getragen werden kann und die Suizidhilfe durch Dritte in einer extremen Notlage herausgefordert wird.

#### IV. Fazit

Die unterschiedlichen Fallgruppen dürften demonstriert haben, dass die Strafvorschrift des § 217 in denjenigen Konstellationen, in denen sie nach der gesetzgeberischen Intention greifen müsste, dies nicht tut, entweder, weil der Tatbestand (unter Hinzuziehung der Gesetzesbegründung) Interpretationsspielräume überlässt, oder weil er aufgrund seines Zuschnitts auf ganz konkrete Konstellationen umgangen werden kann. „Strafgrund und Tatbestandsfassung korrelieren nicht“.<sup>64</sup> Zudem dürften die Erkenntnisse zur Strafbarkeit sonstiger Personen (außerhalb der gesetzgeberischen „Zielgruppe“) die mit § 217 einhergehenden „Kollateralschäden“<sup>65</sup> nochmals deutlich zur Schau gestellt haben: Während unmittelbare Suizidhilfe, ja selbst die Anstiftung oder Verleitung zur Selbsttötung straflos sein soll, kann eine Beihilfehandlung bei Wissen um das geschäftsmäßige Agieren Dritter für eine Strafbarkeit genügen. Außerdem erfasst der Tatbestand Sachbearbeiter am *BfArM*, welche in Erfüllung einer verfassungsrechtlichen Pflicht agieren. Da der Tatbestand keine „Ausschlussklausel“ enthält, die eine angemessene Behand-

<sup>60</sup> Der Gesetzgeber unterscheidet nicht zwischen behördlichen und privaten, sondern zwischen geschäftlichen und nicht geschäftlichen Suizidförderungen.

<sup>61</sup> In diese Richtung *Merkel*, *MedR* 2017, 823 sowie *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn.17), Rn. 22.

<sup>62</sup> Vgl. *Oğlakcioğlu*, in: *BeckOK-StGB* (Fn. 21), § 217 Rn. 38. Der Unrechtsausschluss folgt eigenen „Regeln“, die aber durch eine angepasste Lesart des § 34 StGB in die allgemeine Notstandsvorschrift integriert werden könnten. Insofern sollte diese rein dogmatische Frage der Einordnung auch nicht überschätzt werden.

<sup>63</sup> Nach summarischer Subsumtion kommt der Dritte Senat augenscheinlich zu einem anderen Ergebnis, verneint jedenfalls ein Strafrisiko unter Verweis auf den gesetzgeberischen Willen). Auch wenn er wiederum im Ergebnis Recht behält und auch bei aller übriger Sympathie für die Entscheidung muss doch konstatiert werden, dass die Behauptung, „die behördliche Erteilung (...), die nur im besonderen Einzelfall und nur unter sehr eng gefassten Voraussetzungen zulässig ist,“ nicht „vergleichbar mit einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ sei (*NJW* 2017, 2215, 2220) suggeriert, Sterbehilfevereine würden überhaupt keine Einzelfallentscheidungen treffen und eine Suizidhilfe „garantieren“. Zudem überzeugt es auch nicht, dass das *BVerwG* bei behördlichem Handeln die Gefahr des Anscheins einer Normalität als verringert ansieht. Wenn es etwas gibt, was der gemeine Bürger als „normal“ und zum Alltag zählend empfindet, dann ist es bürokratisches Verwaltungshandeln. Treffend die Überschrift der Urteilsbesprechung von *Mandla*, *medstra* 2018, 143: „Das *BVerwG* hat eine Selbstverständlichkeit erklärt, § 217 StGB ad absurdum geführt und überzeugt doch nicht restlos“.

<sup>64</sup> *Kuhli*, *ZStW* 129 (2017), 691 (717).

<sup>65</sup> Treffend *Dutge*, *NJW* 2016, 120 (124).

lung von Konstellationen ermöglicht, in denen die verfassungsrechtlich geschützten Positionen des Suizidenten gegenüber Allgemeinbelangen überwiegen, muss ein Unrechtsausschluss sui generis konstruiert werden, wobei die Folgen einer Implementierung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dem gesetzgeberischen Willen eklatant zuwiderläuft. Die inkonsistente und kontrainuitive Ausgestaltung dürfte sich im Übrigen auf die Vorsatz- bzw. Schuldebene auswirken. Oder muss der Rechts-

adressat tatsächlich davon ausgehen, dass die einmalige Überlassung von Rattengift an einen Dritten zu Suizidzwecken nicht strafbar ist, das einmalige Chauffieren eines Suizidwilligen zum Bahnhof bzw. die unter einer allzu großzügigen Auslegung der vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze erfolgte Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb eines Suizidpräparats, hingegen schon?

## Ärztliches Anerbieten zum Schwangerschaftsabbruch gemäß § 219a Abs. 1, Abs. 4 StGB n. F. – mehr als nur ein fauler Parteienkompromiss?

von Akad. Rätin a.Z. Dr. Gloria Berghäuser\*

### Abstract

Am 21.2.2019 hat der Bundestag den Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch (BT-Drs. 19/7693 i.d. Fassung gemäß BT-Drs. 19/7695) angenommen, der am 15.3.2019 die Billigung des Bundesrats erfahren hat. Kern des Gesetzentwurfs ist die Ergänzung des § 219a StGB um einen neuen Absatz 4, der in Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot des öffentlichen ärztlichen Anerbietens eine Angebotsmöglichkeit mit Klarstellungsobliegenheit vorsieht, wie sie die Verfasserin in ähnlicher Form bereits in JZ 2018, 497 (503) und hieran anschließend in KriPoZ 2018, 210 (217) vorgeschlagen hat. Darüber hinaus sollen Ärzte, Krankenhäuser und Einrichtungen auf Informationen bestimmter, im Gesetz ausdrücklich benannter Stellen – z. B. durch Verlinkung in ihrem Internetauftritt – öffentlich hinweisen dürfen. Inwieweit die bevorstehende gesetzliche Neuregelung mehr als nur ein fauler Parteienkompromiss ist, mit Kombinierung der vorstehend genannten Ausnahmen aber einen neuen Zustand der Rechtsunsicherheit schafft, wird nachfolgend erläutert.

### I. Einführung

Mehr als ein Jahr ist vergangen, seitdem die Allgemeinmedizinerin Hänel durch das *AG Gießen* wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft verurteilt wurde<sup>1</sup> und sich eine politische Debatte entzündete, deren Dynamik – befeuert durch die mediale Berichterstattung – auf die Änderung oder Abschaffung des § 219a StGB gerichtet war. Ein erstinstanzliches Urteil, dessen Schuldspruch vorhersehbar und dessen Strafausspruch milde war, wurde zum Skandal stilisiert, eine Vorschrift von kriminalpolitisch marginaler Bedeutung,<sup>2</sup> die jahrzehntelang unbeanstandet geblieben war, zum Politikum. Dabei lässt sich die bemerkenswerte Eile, in der die ersten Gesetzentwürfe formuliert wurden,<sup>3</sup> schwerlich anders erklären als damit, dass einzelne Fraktionen bereit wie entschlossen waren, die Gunst der Stunde zu nutzen, um ihre Tatkraft an ebenjener kriminalpolitisch kaum bedeutsamen Vorschrift zu beweisen. Indes sollte sich der postulierte Kampf für die Rechte von Frauen und Ärzten<sup>4</sup> langwieriger gestalten als von nicht wenigen vielleicht gedacht und erhofft. Die Gründe hierfür lagen zum einen in den praktischen Notwendigkeiten einer Regierungsbildung, die mit Zustandekommen der Großen Koalition eine Abstimmung der inhaltlichen Positionen der Koalitionspartner notwendig machte, sodass die Fraktion der SPD ihren Gesetzentwurf

\* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> *AG Gießen*, Urt. v. 24.11.2017, medstra 2018, 126 m. Anm. Wörner, NStZ 2018, 417; Bespr. bei Berghäuser, JZ 2018, 497. Die Berufung der Angeklagten ist zwischenzeitlich verworfen worden; s. *LG Gießen*, Urt. v. 12.10.2018, medstra 2019, 119 m. Anm. Berghäuser.

<sup>2</sup> Dazu Gropp, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 219a Rn. 3; näher Gärditz, ZfL 2018, 18 m. Fn. 2; Goldbeck, ZfL 2005, 102 (105).

<sup>3</sup> Vgl. insbes. BT-Drs. 19/93 (Entwurf der Fraktion Die Linke, 22.11.2017); ferner die Gesetzanträge Hess-LT-Drs. 19/5455 (Die Linke, 24.11.2017); HH-LT-Drs. 21/11248 (Die Linke, 6.12.2017); BR-Drs. 761/17 (neu) (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, nachträglicher Beitritt Bremens, 12.12.2017). Sukzessive folgten die Gesetzentwürfe BT-Drs. 19/630 (Bündnis 90/ Die Grünen, 2.2.2018), 19/820 (FDP, 20.2.2018), 19/1046 (SPD, 2.3.2018) und letztlich der Antrag BT-Drs. 19/6425 (FDP, 12.12.2018). Für eine Besprechung der Gesetzentwürfe s. Berghäuser, KriPoZ 2018, 210; Kubiciel, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1. Den Weg zur vorliegend besprochenen Einigung ebnete schließlich der Referentenentwurf des BMJV vom 28.1.2019 (abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Information\\_Schwangerschaftsabbruch219a.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Information_Schwangerschaftsabbruch219a.html); zuletzt abgerufen am 15.3.2019), der am 12.2.2019 durch einen gleichlautenden Entwurf der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 19/7693; entsprechend BT-Drs. 19/7834, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.2.2019) und jüngst am 21.2.2019 angenommen (BR-Drs. 89/19) sowie am 15.3.2019 durch den Bundesrat gebilligt wurde.

<sup>4</sup> Gegen einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Ärzte etwa BT-Drs. 19/93 (Die Linke), S. 1 u. 4; BT-Drs. 19/630 (Bündnis 90/ Die Grünen), S. 4; BT-Drs. 19/1046 (SPD), S. 1, 4 u. 6; BR-Drs. 761/17 (neu), S. 2 f. u. 5 (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Thüringen, Bremen); gegen eine (angebliche) Beeinträchtigung des Informationszugangs betroffener Frauen BT-Drs. 19/93, S. 2 u. 4; HH-LT-Drs. 21/11248 (Die Linke), S. 1; Hess-LT-Drs. 19/5455 (Die Linke); BT-Drs. 19/630, S. 4; BT-Drs. 19/1046 (SPD), S. 1, 4 u. 6; BR-Drs. 761/17 (neu), S. 2 u. 5; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 27.6.2018, S. 11 f., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/recht#url> (zuletzt abgerufen am 15.3.2019).

zur Abschaffung des § 219a StGB zurückzog und sich das Lager der Befürworter einer entsprechenden Gesetzesänderung damit empfindlich, letztlich entscheidend verringerte.<sup>5</sup> Zum anderen manifestierte sich mit anhaltender Dauer der Diskussion die – vereinzelt hartnäckig geleugnete<sup>6</sup> – Verschränkung des umstrittenen Werbeverbots mit dem Abbruchverbot des § 218 Abs. 1 StGB,<sup>7</sup> von denen sich das eine Verbot schwerlich ändern lässt, ohne dass das andere in seiner Legitimität oder wenigstens Effektivität betroffen würde. Vergleichsweise spät verlangte damit das durch die angegriffene Vorschrift geschützte Rechtsgut Beachtung und brachen sich mit ihm unterschiedliche, nicht immer offen kommunizierte Wert- und Unrechtsvorstellungen Bahn,<sup>8</sup> die eine Verständigung über das gesetzgeberische Gesamtkonzept zum Schutz des vorgeburtlichen menschlichen Lebens bereits in den 1970er bis 1990er Jahren nahezu unmöglich gemacht hatten<sup>9</sup>.

Dass es den koalierenden Fraktionen CDU/CSU und SPD vor diesem Hintergrund gelungen ist, in dem zwischenzeitlich zur Abstimmung gelangten Gesetzentwurf wenigstens einen mehrheitsfähigen Parteienkompromiss zu schließen, ist beachtlich und mehr als (jedenfalls von der *Verfasserin*) vor der Sommerpause des Bundestags noch erwartet.<sup>10</sup> Um beurteilen zu können, ob und inwieweit der Entwurf gegebenenfalls sogar mehr als eine gesichtswahrende Verlegenheitslösung sein kann, bedarf es jedoch einer Rekapitulation von Regelungsgehalt und Ratio des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB, einschließlich einer Vergewärtigung des tatbestandlichen Unwerts seiner Angebotsvariante. Was die Gesetzesbegründung insoweit versäumt hat, die sich eher als politisch motiviertes Zugeständnis an die Informationsinteressen betroffener Frauen (ebenso wie an die Unterrichtsinteressen am Abbruch beteiligter Ärzte) liest,<sup>11</sup> soll nachfolgend für den Kern der gesetzlichen Neuregelung, die in Absatz 4 der Vorschrift eingefügten Ausnahmen vom Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB, nachgeholt werden:<sup>12</sup>

(4) Absatz 1 gilt nicht, wenn Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen

1. auf die Tatsache hinweisen, dass sie Schwangerschaftsabbrüche unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3 vornehmen, oder

2. auf Informationen einer insoweit zuständigen Bundes- oder Landesbehörde, einer Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz oder einer Ärztekammer über einen Schwangerschaftsabbruch hinweisen.

## II. Verbotenes Anerbieten nach § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Der tatbestandliche Unwert des Anbietens (mit dem Bezugspunkt: „Ob“ der Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs)

Am Beginn einschlägiger Erörterungen steht das allgemeine Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch, das gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dessen Angebot als medizinische Dienstleistung erfasst<sup>13</sup>, solange dieses Angebot in der vom Tatbestand vorausgesetzten Weise publik gemacht wird und entweder von der Absicht zur Erlangung eines eigenen Vermögensvorteils begleitet oder grob anstößig gestaltet ist. Nach h.M., der die Gerichte jüngst auch im Verfahren *Hänel* gefolgt sind,<sup>14</sup> machte sich ein Arzt demnach bislang regelmäßig strafbar, wenn er den Schwangerschaftsabbruch auf seiner

<sup>5</sup> Dazu etwa <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-03/schwangerschaftsabbruch-werbung-paragraf-219a-katharina-barley-justizministerin> (zuletzt abgerufen am 15.3.2019); ferner Aktuelle Nachrichten, medstra 3/2018, S. V.

<sup>6</sup> Vgl. die fehlende Auseinandersetzung mit einer Verschränkung der §§ 218 ff., 219a StGB in den Gesetzentwürfen und Redebeiträgen verschiedener Fraktionen, krit. dazu *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (212 m.w.N. in Fn. 23 bis 25); schließlich zu § 219a StGB als nur „flankierende Vorschrift“ *Hoven*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 18.2.2019, S. 2 m. Ziff. I.2, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoeerungen\\_archiv/stellungnahme-n-593462](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahme-n-593462) (zuletzt abgerufen am 15.3.2019). Demgegenüber kritisiert *Dutge* (medstra 2018, 129) zu Recht eine „gerne verschwiegene – manifeste Drittbetroffenheit“ des ungeborenen Lebens.

<sup>7</sup> Ausführlich zur (positiv-generalpräventiv bedingten) Verschränkung der §§ 218 ff. und 219a StGB *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (499 f.); *dies.*, KriPoZ 2018, 210 (212 ff.); ferner *dies.*, medstra 2019, 123 (125 f.) jew. m.w.N.; s. auch *Hillenkamp*, Hess. Ärzteblatt 2/2018, 92 (93); *Kubicziel*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 27.6.2018, S. 3 u. 6 m. Ziff. II.1 u. II.2.a a.E., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/recht#url> (zuletzt abgerufen am 15.3.2019); i.W. gleichlautend *ders.*, ZfL 2018, 110 (111 u. 112).

<sup>8</sup> Dazu *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (resümierend 215 f., ferner 211 f. u. 214 f.).

<sup>9</sup> Vgl. *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015, S. 817 ff. m.w.N. unter Darstellung des Konfliktaufschubs im Wege des dilatorischen Formelkompromisses. Zu einer einstweilen kohärenten Repräsentation divergenter politischer Gruppen im Wege des dilatorischen Formelkompromisses vgl. auch *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (216 f. m.w.N.); *dies.*, JZ 2018, 497 (502 f.) zu § 219a StGB.

<sup>10</sup> Vgl. *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (217).

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 7: „Die neue Vorschrift [...] verbessert [...] die Unterrichtsmöglichkeit für Ärztinnen und Ärzte auf der einen Seite und die Informationsmöglichkeit betroffener Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen, auf der anderen Seite.“

<sup>12</sup> Anfügung des neuen Absatzes 4 gemäß Art. 1 des Gesetzentwurfs zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch; BT-Drs. 19/7693, S. 5. Soweit nachfolgend von § 219a StGB n.F. geschrieben wird, nimmt der Beitrag auf die Änderungen aus dieser Entwurfsfassung Bezug.

<sup>13</sup> Ausdrückl. BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17 f.; BT-Drs. 7/1983, S. 19 f.; näher erläutert bei *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (498 f.); s. ferner *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 219a Rn. 3; *Rogall*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 219a Rn. 4; a.A. *Merkel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 219a Rn. 3 f. (gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift).

<sup>14</sup> *AG Gießen*, medstra 2018, 126 (Fn. 1); *LG Gießen*, medstra 2019, 119 (Fn. 1); vgl. auch schon *LG Bayreuth*, ZfL 2007, 16 m. Anm. *Goldbeck*, ZfL 2007, 14.

(der Allgemeinheit zugänglichen und damit öffentlichen<sup>15</sup>) Praxis-Homepage als einen Bestandteil seines Leistungsspektrums auswies, der gemäß § 12 MBO-Ä regelmäßig kostenpflichtig ist<sup>16</sup> und für den der Arzt in diesem Fall gemäß §§ 24b SGB V, 19, 22 SchKG<sup>17</sup> eine Bezahlung sicher erwarten kann respektive anstrebt.<sup>18</sup>

*a) Der positiv-generalpräventive Wirkmechanismus der §§ 218 ff. StGB*

Nach dem Zweck des Werbeverbots, das als Annexvorschrift an das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in § 218 Abs. 1 StGB anschließt,<sup>19</sup> sollte so einer abstrakten Gefährdung menschlichen Lebens in seinen vorgeburtlichen postnidalen Entwicklungsstadien entgegengewirkt werden. Denn nach der maßgeblichen verfassungsgerichtlichen wie gesetzgeberischen Einschätzung<sup>20</sup> handelt es sich beim Abbruch einer Schwangerschaft um keine normale medizinische Dienstleistung, sondern um die Beendigung, mithin Tötung individuellen menschlichen Lebens, das eigenständig und gleichwertig zum geborenen Menschen am Grundrechtsgehalt der Art. 2 Abs. 2 S. 1, 1 Abs. 1 GG teilhaben soll.<sup>21</sup> In der Folge kann die Schwangere nach der geltenden Rechtsordnung zwar über ihre eigenen Rechtsgüter wirksam disponieren, wenn sie ärztliche, u.U. auch invasive Leistungen in Anspruch nimmt. Eine Disposition über das eigenständig zu schützende Rechtsgut eines Anderen, wie es gemäß der verfassungsgerichtlichen Verlautbarung das Leben des in ihrer Gebärmutterhöhle eingenisteten Embryos oder Fetus<sup>22</sup> bildet, bleibt ihr aus rechtsdogmatischer Sicht hingegen verwehrt. So verwirklicht der Arzt nicht nur gemein-

schaftlich den Tatbestand eines gegen das Leben gerichteten Delikts (§§ 218 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB), wenn er in Einvernehmen mit seiner Patientin einen Abbruch an ihr vornimmt, sondern wird sein Tun in Sachverhalten der medizinisch-sozialen oder kriminologischen Indikation auch nicht bereits durch die Einwilligung seiner Patientin, sondern erst nach den Grundsätzen eines notstandsähnlichen Konflikts gerechtfertigt,<sup>23</sup> während es in Sachverhalten des nur beratenen Abbruchs ungeachtet des Verlangens seiner Patientin gar rechtswidrig bleiben soll.<sup>24</sup> Dabei ist es ausweislich der Schwangerschaftsabbruchsentscheidungen des BVerfGE Teil des gesetzgeberischen Schutzauftrags<sup>25</sup>, dass der Wert menschlichen Lebens in seinen vorgeburtlichen postnidalen Entwicklungsstadien, ebenso wie das verfassungsgerichtlich diktierte Unrecht seiner Tötung, in der Gesamtrechtsordnung kenntlich gemacht wird, damit das in § 218 Abs. 1 StGB normierte Abbruchverbot den ihm unterstellten positiv-generalpräventiven Wirkmechanismus entfalten kann und ein entsprechendes Wert- und Unrechtsbewusstsein, soweit in der Gesellschaft noch vorhanden, bekräftigt oder wenigstens aufrechterhalten wird.<sup>26</sup>

*b) Gleichwertigkeit des irreführenden Anbietens zum Anpreisen*

An eben diesen gesetzgeberischen Schutzauftrag schloss schon die bisherige Gesetzesfassung an, wenn sie in § 219a Abs. 1 StGB die Bekanntgabe einschlägiger entgeltlicher ärztlicher Dienste – explizit nicht nur die „echte“, sondern auch die „als Information getarnte Werbung“, einschließlich des Angebots – unterband, um zu „verhindern, dass der Schwangerschaftsabbruch in der

<sup>15</sup> *AG Gießen*, medstra 2018, 126 (127 m. Rz. 12); *LG Gießen*, medstra 2019, 119 (120 m. Rz. 15); vgl. *Gropp*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 7; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 7; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 47. Demgegenüber hat das *LG Bayreuth* (ZfL 2007, 16) die Ermöglichung des Lesezugriffs auf das von einer Arztpraxis im Internet dargebotene Leistungsspektrum noch unter den Publizitätsmodus des Verbreitens durch Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) subsumiert; abl. *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (498 m. Fn. 10).

<sup>16</sup> Zum Schutz der Patienten vor Preiswettbewerb lässt die Berufsordnung ein unentgeltliches Angebot medizinischer Leistungen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen (Verwandte, Kollegen und deren Angehörige, mittellose Patienten) zu (§ 12 Abs. 2 MBO-Ä).

<sup>17</sup> Zur gesetzlichen Regelung der Kostenübernahme s. *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (500 m. Fn. 39-40); *dies.* (Fn. 9), S. 581 f. u. 585 f.

<sup>18</sup> Zur regelmäßigen Schlussfolgerung von der sicheren Erwartung eines Entgelts auf die Vorteilsabsicht des Arztes s. *Berghäuser*, medstra 2019, 123 (124 f.) im Anschluss an die Rspr. zur Beabsichtigung erwünschter Nebenfolgen; *dies.*, JZ 2018, 497 (498); vgl. ferner *LG Bayreuth*, ZfL 2007, 16; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 8; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 219a Rn. 6; *Kröger*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2018), § 219a Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 219a Rn. 4; *Momsen-Pflanz/Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. (2018), § 219a Rn. 12; *Rogall*, in: SK-StGB, § 219a Rn. 11; *Walter*, ZfL 2018, 26 (29); krit. *Gárditz*, ZfL 2018, 18 (22); a.A. *Wörner*, NStZ 2018, 417 (418 f.).

<sup>19</sup> Zu § 219a StGB als Annexvorschrift s. bereits *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (212 f.).

<sup>20</sup> Zu den symbolischen Anteilen der Kompromissgesetzgebung in den §§ 218 ff. StGB s. etwa *Fischer*, Vorbem. §§ 218-219b Rn. 10a; *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (216); ausführl. *dies.* (Fn. 9), insbes. S. 531 ff., 667 ff. m.w.N. Solange man selbige aber nicht antasten will, indem man den Wert menschlichen Lebens in seinen postnidalen vorgeburtlichen Entwicklungsstadien neu diskutierte und definierte (dazu *Berghäuser* [Fn. 9], S. 847 ff.), bilden die zu den §§ 218 ff. StGB entwickelten Grundsätze den Maßstab für die Beurteilung des Normkontextes, einschließlich § 219a StGB; so auch schon *dies.*, JZ 2018, 497 (499 m. Fn. 30).

<sup>21</sup> Zum postulierten Wert postnidalen ungeborenen Lebens grundlegend BVerfGE 39, 1 (37 u. 41); dazu *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (211); *dies.* (Fn. 9), S. 65 ff. m.w.N. Zur Art des behaupteten Schutzniveaus (eigenständig, individuell, gleichwertig) vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (1 u. 36, 59); BVerfGE 88, 203 (203 u. 252, 267); zuzf. *Berghäuser* (Fn. 9), S. 117 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> Bis zum Ende der achten Entwicklungswoche seit der Empfängnis wird ungeborenes menschliches Leben als Embryo, im Anschluss als Fetus bezeichnet; *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, 6. Aufl. (2013), S. 2.

<sup>23</sup> Dazu bereits *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (212 f.) im Anschluss u.a. an *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT/1, 10. Aufl. (2009), § 6, Rn. 33.

<sup>24</sup> S. *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (215 m. Fn. 54 u. 63) unter Verweis auf und mit Zitaten aus BVerfGE 88, 203 (270, 274 f. u. 210); ausführl. *dies.* (Fn. 9), S. 548 ff. m.w.N.; ferner *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1, Ziff. II.3; abl. *Frommel*, ZfL 2018, 17; *dies.*, in: FS Fischer, 2018, S. 1049 (1056 u. 1061); *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 63.

<sup>25</sup> Zum Schutzpflichtkonzept s. BVerfGE 39, 1 (1 u. 41 f.); weiterführend etwa *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 101 ff.

<sup>26</sup> S. beispielhaft nur BVerfGE 88, 203 (272 ff.); 39, 1 (44 u. 53); zitiert bei *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213 m. Fn. 31 u. m.w.N.); erläuternd *dies.* (Fn. 9), S. 124 ff., 245 ff. m.w.N.

Öffentlichkeit als etwas Normales dargestellt und kommerzialisiert wird“.<sup>27</sup> So, wie § 219a Abs. 1 StGB das Anpreisen des Abbruchs verbietet,<sup>28</sup> weil der Täter seines Vorteils wegen einen Widerspruch zu dem von § 218 Abs. 1 StGB kommunizierten tatbestandlichen Unwert des Abbruchs, ebenso wie der von § 218a Abs. 1 StGB vorbehaltenen Rechtswidrigkeit, produziert, unterbindet die Vorschrift auch das öffentliche Angebot, weil jenes zwar nicht die Vorzüge des Abbruchs lobend hervorhebt, ihn aber als Gegenstand des Dienstleistungsverkehrs trivialisiert, den die Schwangere im Austausch von Leistung und Gegenleistung vorgeblich gleichermaßen abfragen kann, wie wenn sie einen allein ihre eigenen Rechtsgüter betreffenden Eingriff begehren würde.<sup>29</sup>

Damit verfiel die verschiedentlich an der Tathandlung des Anbietens (ebenso wie an der des Ankündigens) geübte Kritik, nach der jene einen Fremdkörper im Verbotsbestand des § 219a Abs. 1 StGB bilde (nämlich keinen dem Anpreisen entsprechenden Unwert verwirkliche)<sup>30</sup>, bereits nach der bisherigen Gesetzesfassung nicht: Stattdessen verfügt das Verhalten des Täters in Sachverhalten des Anbietens wie des Anpreisens gleichermaßen über das Potenzial, die positiv-generalpräventive Wirkweise des § 218 Abs. 1 StGB zu beeinträchtigen.<sup>31</sup> Indem der Gesetzgeber die eine wie die andere Verhaltensweise unterbindet, sucht er die Bedingungen des strafgesetzlichen Wirkmechanismus zu erhalten und eine anderenfalls – als Konsequenz einer etwaigen Bewusstseinserosion – zu besorgende abstrakte Lebensgefährdung abzuwehren. Eine entsprechende gesetzgeberische Motivation liegt auch der Versagung einer Kostenübernahme für den nicht indizierten Abbruch (§ 218a Abs. 1 StGB) durch die gesetzlichen Krankenkassen (§ 24b Abs. 3 SGB V) zugrunde: Der Abbruch soll von anderen (hier: erstattungsfähigen) medizinischen Leistungen unterschieden werden, damit die Erfahrung seiner Normalisierung nicht das Bewusstsein vom Wert des ungeborenen Lebens ebenso wie vom Unrecht des Abbruchs beeinträchtigt.<sup>32</sup>

## 2. Tatbestandliche Ausnahmen nach § 219a Abs. 4 StGB n.F.

An den so umrissenen Regelungsgehalt des strafgesetzlichen Werbeverbots in § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB knüpft nun die kommende gesetzliche Neuregelung an, wenn sie

in § 219a Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB n.F. zwei neue (zu § 219a Abs. 2 StGB hinzutretende) tatbestandliche Ausnahmen normiert, die den Anbietern ärztlich durchgeführter Schwangerschaftsabbrüche – nämlich Ärzten, Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen (z. B. den pro familia-Zentren<sup>33</sup>) – zugutekommen. Dabei gelingt es dem Gesetzgeber in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F., die Annexvorschrift des § 219a Abs. 1 StGB an die eingeschränkte positiv-generalpräventive Wirkkraft der §§ 218 ff. StGB anzupassen, indem diese nicht länger jede öffentliche Präsentation des Schwangerschaftsabbruchs als medizinische Dienstleistung unterbindet, sondern nur eine solche, welche die strafgesetzliche Relevanz des angebotenen Abbruchgeschehens unterschlägt. Im Ergebnis tritt an die Stelle eines ausnahmslosen Verbots des Anerbietens zum entgeltlichen Schwangerschaftsabbruch (in einer der von Absatz 1 vorausgesetzten Publicitätsformen) so eine gesetzliche Regelung, die Raum für das ärztliche Anerbieten lässt, solange der Anbieter nur die für die Durchführung des Abbruchs maßgeblichen Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB nennt.

### a) Die ärztliche Angebotsmöglichkeit nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.

Diesbezüglich ist bereits an anderer Stelle ausgeführt worden, dass der Gesetzgeber den ihm aufgegebenen Schutzauftrag, ein Bewusstsein vom Wert menschlichen Lebens in seinen vorgeburtlichen postnidativen Entwicklungsstadien, ebenso wie vom Unrecht des Schwangerschaftsabbruchs, zu vermitteln, in den §§ 218 ff. StGB verschiedentlich hat hintanstellen müssen.<sup>34</sup> Insbesondere kommt der Gesetzgeber, weil sein Schutzkonzept auf die ärztliche Mitwirkung am Abbruch angewiesen ist (vgl. den Arztvorbehalt in § 218a Abs. 1 bis 3 StGB)<sup>35</sup>, nicht umhin, deren rechtliche Rahmenbedingungen zu garantieren, ungeachtet dessen, dass die ärztliche Mitwirkung mit einem tatbestandlichen Unwertgehalt behaftet (§§ 218 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB), wenn nicht sogar rechtswidrig ist (§ 218a Abs. 1 StGB).<sup>36</sup> Besonders deutlich tritt diese

<sup>27</sup> Hierzu u. vorstehende Zitate aus BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 17 f.; s. auch *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 219a Rn. 1; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, § 219a Rn. 1. Entsprechend die Begründung der gesetzlichen Neuregelung, die „verhindern [soll], dass der Schwangerschaftsabbruch in der Öffentlichkeit verharmlost dargestellt und kommerzialisiert wird“; BT-Drs. 19/7693, S. 7.

<sup>28</sup> Zur Tatvariante des Anpreisens s. etwa *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, 41. Ed. (2019), § 219a Rn. 8; *Joecks/Jäger*, StK-StGB, 12. Aufl. (2018), § 219a Rn. 2; *Rogall*, SK-StGB, § 219a Rn. 8.

<sup>29</sup> Dazu bereits *Berghäuser*, medstra 2019, 123 (125).

<sup>30</sup> Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 f.; vgl. BT-Drs. 19/820, S. 4.

<sup>31</sup> Dazu bereits *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); *dies.*, JZ 2018, 497 (502); *Duttge*, medstra 2018, 129 (130); vgl. *Kubiciel*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV vom 28.1.2019, S. 2, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoeerungen\\_archiv/stellungnahmen-593462](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahmen-593462) (zuletzt abgerufen am 15.3.2019); *ders.*, Stellungnahme (Fn. 7), S. 3 u. 6 m. Ziff. II.1 u. II.2.a a.E., i.W. gleichlautend hierzu ZfL 2018, 110 (111 u. 112).

<sup>32</sup> BVerfGE 88, 203 (319 f., ferner 205, 312); dazu *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (213); *dies.*, JZ 2018, 497 (500); s. ferner auch Kommissariat der deutschen Bischöfe, Kath. Büro in Berlin, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 27.6.2018, S. 5 m. Ziff. 2, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/recht#url> (zuletzt abgerufen am 15.3.2019).

<sup>33</sup> Zu jenen s. noch unten Ziff. III.2.a m. Fn. 85.

<sup>34</sup> *Berghäuser*, KriPoZ 2018, 210 (217); *dies.*, JZ 2018, 497 (500 f. u. 502 f.).

<sup>35</sup> Zur notwendigen Einbindung des Arztes in das gesetzgeberische Schutzkonzept s. außerdem BVerfGE 88, 203 (204 u. 289); *BayVGH*, DVBl. 1990, 880 (881 f.); *Gärditz*, ZfL 2018, 18 (20); zum Schutz gemäß Art. 12 Abs. 1 GG BVerfGE 98, 265 (297); BGHZ 161, 266 (272).

<sup>36</sup> Ausführl. zur ambivalenten Beurteilung des Arztes im Regelungsgefüge der §§ 218 ff. StGB *Berghäuser* (Fn. 9), S. 595 ff. m.w.N.; *dies.*, JZ 2018, 497 (500 f.); krit. *Tröndle*, NJW 1995, 3009 (3012).

(strategische<sup>37</sup>) Inkonsequenz im Beratungskonzept zum Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB hervor, in dem die Rechtsordnung verschiedentlich die Wirksamkeitsbedingungen für eine ärztliche Durchführung des von ihr für rechtswidrig befundenen Abbruchs garantiert,<sup>38</sup> nämlich u.a. den Behandlungsvertrag entgegen §§ 134, 138 BGB für wirksam befindet,<sup>39</sup> die Bezahlung der ärztlichen Leistung für den Fall der Bedürftigkeit der Frau garantiert,<sup>40</sup> etwaige Nothilfemaßnahmen ausschließt<sup>41</sup> und garantiert, dass ein hinreichendes Angebot an Einrichtungen zur Verfügung steht, in denen der ärztliche (nochmals: vorgeblich rechtswidrige) Abbruch durchgeführt werden kann.<sup>42</sup> Pointiert zusammengefasst, zieht der Gesetzgeber in den Worten des *BVerfGE* „um der Wirkung des Beratungskonzeptes willen nicht jede Folge der Rechtswidrigkeit“<sup>43</sup> und verzichtet gleichzeitig in weitem Umfang darauf, die Bedingungen für eine positiv-generalpräventive Wirkweise des Abbruchsverbots zu setzen.

In der Folge ist es dann nur schlüssig, wenn sich diese Einschränkungen in der positiv-generalpräventiven Wirkkraft der §§ 218 ff. StGB auch in § 219a StGB abbilden, der besagten Wirkmechanismus als Annexvorschrift begleitet.<sup>44</sup> Mit der Einführung einer ärztlichen Angebotsmöglichkeit in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. nimmt der Gesetzgeber die Zielsetzung des strafgesetzlichen Werbeverbots also nur insoweit zurück, wie das gesellschaftliche Bewusstsein bereits von den §§ 218 ff. StGB nicht beeinflusst zu werden vermag.<sup>45</sup>

#### b) Das mildere Mittel der Klarstellungsobliegenheit in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.

An die Stelle eines ausnahmslosen Verbots des Anerbietens, das die ärztliche Mitwirkung in der öffentlichen Wahrnehmung des Dienstleistungsverkehrs weitgehend negiert (gleichwohl sie im dargestellten Sinne erwünscht ist), tritt nach § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. eine Klarstellungsobliegenheit, die es dem ärztlichen Anbieter abverlangt, die strafgesetzliche Relevanz seines Tuns zu benennen und den Abbruch dadurch wenigstens verbal von den

anderen „normalen“ medizinischen Dienstleistungen zu unterscheiden, durch die kein Rechtsgut eines Anderen verletzt wird. Auf diese Weise greift der Gesetzgeber in die Berufsausübungsfreiheit des Anbieters nicht weiter ein, als es die positiv-generalpräventive Wirkkraft, die § 218 Abs. 1 StGB für die ärztliche Durchführung des Abbruchs noch zu entfalten vermag, erforderlich macht, und führt die Angebotsvariante des § 219a Abs. 1 StGB auf ein Verbot der Irreführung durch Verkürzung der dargebotenen Information zurück.<sup>46</sup> Denn weist ein Arzt auf die Tatsache hin, dass er Schwangerschaftsabbrüche „unter den Voraussetzungen des § 218a Absatz 1 bis 3“ vornimmt, wie es ihm § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. nunmehr abverlangt, weist er ausdrücklich auf die strafgesetzliche Relevanz des von ihm angebotenen Abbruchs hin, der deshalb im Strafgesetzbuch geregelt ist, weil durch ihn ein schutzwürdiges Rechtsgut in einer für das Kernstrafrecht maßgeblichen Weise betroffen wird. Die positiv-generalpräventiv zu vermittelnden Vorstellungen vom Wert des postnativem ungeborenen Lebens und Unwert oder sogar Unrecht des Schwangerschaftsabbruchs werden in einer für etwaige Interessenten nachvollziehbaren Weise klargestellt, der Schwangerschaftsabbruch, gleichwohl öffentlich als medizinische Dienstleistung präsentiert, nicht als normale Leistung trivialisiert, sondern qualitativ von den anderen ärztlichen Angeboten unterschieden.

Eine solche Klarstellungsobliegenheit ist nun auch keine dem § 219a StGB vorbehaltene Eigenheit, sondern allgemeiner Rechtsgedanke,<sup>47</sup> den das *BVerfGE* in einem verwandten Kontext bereits auf einen sog. Lebensschützer zur Anwendung gebracht hat, als es jenem auferlegte, bei seiner Kritik an der Tätigkeit eines namentlich benannten Gynäkologen erkennbar zwischen der Rechtswidrigkeit und der Strafbarkeit beratener Schwangerschaftsabbrüche zu differenzieren.<sup>48</sup> Demnach ist die verkürzte Behauptung von der Rechtswidrigkeit des Abbruchs nach § 218a Abs. 1 StGB irreführend, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die so kundgegebene Rechtswidrigkeit umgangssprachlich mit der Strafbarkeit des beratenen Abbruchs gleichgesetzt wird, während dieser tatsächlich

<sup>37</sup> Vgl. zu einer „strategischen“ Funktionalisierung des Wertungswiderspruchs in den §§ 218 ff. StGB *Berghäuser* (Fn. 9), S. 802 im Anschluss an *Habermas'* Unterscheidung zwischen strategischem und kommunikativem Handeln (dazu etwa *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. I, 1981, S. 384 ff., 445).

<sup>38</sup> Zum Nachfolgenden und zu weiteren rechtlich garantierten Wirksamkeitsbedingungen für die Durchführung des ärztlichen (auch nicht indizierten) Abbruchs s. die Zusammenfassung bei *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, § 218a Rn. 14; *Berghäuser* (Fn. 9), S. 575 ff. jeweils m.w.N.

<sup>39</sup> *BVerfGE* 88, 203 (279 u. 295).

<sup>40</sup> Im Wege der Sozialhilfe, nicht im Wege der Kostenübernahme durch die gesetzlichen Krankenkassen; *BVerfGE* 88, 203 (205, 312 u. 321).

<sup>41</sup> Dazu etwa *Satzger*, Jura 2008, 424 (432); *ders.*, JuS 1997, 800 (802 f.); vgl. außerdem *BVerfGE* 88, 203 (279); *BT-Drs.* 13/1850, S. 25.

<sup>42</sup> S. § 13 Abs. 2 SchKG u. *BVerfGE* 88, 203 (212 u. 328 ff.); krit. u. a. *Merkel*, in: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. (2010), S. 295 (356); *Jakobs*, JR 2000, 404 (407).

<sup>43</sup> *BVerfGE* 88, 203 (270 u. 280).

<sup>44</sup> So schon *Berghäuser*, *KriPoZ* 2018, 210 (217); *dies.*, JZ 2018, 497 (502 f.); vgl. auch *Gärditz*, ZfL 2018, 18 (21); unter Hinweis auf hierdurch begründete Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bisherigen Gesetzesfassung jüngst auch wieder *Berghäuser*, *medstra* 2019, 123 (127).

<sup>45</sup> Für eine entsprechende Erweiterung der tatbestandlichen Ausnahme des § 219a Abs. 2 StGB *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503); ähnl. i.Erg. insoweit auch noch *Kubiciel*, *jurisPR-StrafR* 5/2018, Anm. 1, Ziff. IV.

<sup>46</sup> Dafür bereits *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503) mit Formulierungsbeispiel für einen – nunmehr gemäß § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. – tatbestandslosen Passus; *dies.*, *KriPoZ* 2018, 210 (217); vgl. auch zu einem Verbot der „Form der Kommunikation“ *Gärditz*, ZfL 2018, 18 (20).

<sup>47</sup> So schon *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503).

<sup>48</sup> *BVerfGE*, ZfL 2006, 135 m. Anm. *Zimmermanns*, ZfL 2007, 80; dazu auch *Berghäuser* (Fn. 9), S. 598 ff. Dabei bedarf es wiederholter Hervorhebung, dass die verfassungsgerichtlichen Ausführungen in ihrem spezifischen Kontext eines auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gestützten, zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs zu lesen sind. Entgegen des in der Debatte um eine Reform des § 219a StGB zuweilen erweckten Eindrucks (vgl. *BT-Drs.* 19/630, S. 1 u. 4; *BT-Drs.* 19/820, S. 4; jüngst wieder *BT-Drs.* 19/6425, S. 2) lassen sich hieraus keine unmittelbaren Rückschlüsse auf § 219a StGB ziehen; vgl. bereits *Goldbeck*, ZfL 2007, 14 (15); *Merkel*, in: *NK-StGB*, § 219a Rn. 3; *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503 m. Fn. 65). Möglich bleibt aber eine sinngemäße Übertragung der vom Gericht getroffenen Wertungen, hier auf die Begründung einer auch ärztlichen Klarstellungsobliegenheit.

straflos bleibt.<sup>49</sup> In der Folge erlegte das *BVerfG* dem Abtreibungsgegner insoweit eine Klarstellungsobliegenheit auf, als jener die Behauptung von der Rechtswidrigkeit der in der Arztpraxis durchgeführten Abbrüche mit dem Hinweis auf deren Straflosigkeit verbinden musste. Entsprechendes unternimmt nunmehr auch das Gesetz in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F., wenn es dem Arzt, der den Schwangerschaftsabbruch als Teil seines Leistungsspektrums publik machen möchte, aufgibt, sein Angebot mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die strafgesetzlichen Voraussetzungen des Abbruchs zu verbinden, sodass einem dem Wert- und Rechtsbewusstsein abträglichen Eindruck von einer normalen medizinischen Leistung entgegengewirkt wird.

Auch insoweit eignet sich § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. also zu mehr als zu einem (eventuell faulen) Parteienkompromiss, in dem die SPD dem Regierungspartner eine praktisch begründete Ausnahme vom Verbot des § 219a Abs. 1 StGB abgerungen hätte. Durch die Schaffung einer ärztlichen Angebotsmöglichkeit bildet die gesetzliche Neuregelung gleichermaßen die von der Rechtsordnung erwünschte ärztliche Mitwirkung am Schwangerschaftsabbruch ab, wie sie mit Auferlegung einer Klarstellungsobliegenheit den verbleibenden positiv-generalpräventiven Wirkungsanspruch der Rechtsordnung bezüglich des an sich unerwünschten Abbruchs aufrechterhält. Gleichzeitig tut sich in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. ein gesetzlicher Anhaltspunkt auf, um die Kritik, dass eine sachliche Information nicht Gegenstand eines strafgesetzlichen Verbots sein dürfe<sup>50</sup>, weiter zu entkräften: Denn nicht der sachlichen Information wegen straft das Gesetz in § 219a Abs. 1 StGB, sondern wegen der Irreführung durch ein Angebot, das die strafgesetzliche Relevanz des angebotenen Abbruchgeschehens unterschlägt – wie im Gesetzeswortlaut des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. jetzt ausdrücklich nachvollzogen werden kann.<sup>51</sup>

### c) Anerbieten über Dritte nach § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F.

Diese ärztliche Angebotsmöglichkeit mit Klarstellungsobliegenheit erfährt durch die gesetzliche Neuregelung eine Erweiterung, wenn der Gesetzentwurf dem Arzt mit § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. eine alternative Form des Anerbietens ermöglicht, bei welcher ein Arzt seine Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen nicht selbst auf seiner Praxis-Homepage erklärt, sondern auf einschlägige Informationen bestimmter anderer

Stellen hinweist, indem er z.B. einen Hyperlink auf sie setzt<sup>52</sup>. Zu diesen Informationen zählt ausweislich der §§ 13 Abs. 3, 13a SchKG n.F.<sup>53</sup> auch eine Liste der Anbieter ärztlicher Schwangerschaftsabbrüche, sodass der Arzt seine Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen etwa nicht selbst auf seiner Homepage erklären müsste, sondern alternativ auch auf die bei besagten Stellen veröffentlichte Liste verweisen könnte.

### aa) Anerbieten über Dritte mit Klarstellung der gesetzlichen Voraussetzungen

Ob es § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. bedarf, um dem Arzt diese Variante des Anerbietens möglich zu machen, erscheint fraglich. Denn ausweislich der Definition des Anbietens gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB, die sogar konkludente Erklärungen zur Tatbestandsverwirklichung genügen lässt, gäbe ein Arzt auch mit der Verlinkung auf die Anbieterliste eines Dritten zu erkennen, dass er zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen bereit ist, und handelte gemäß Absatz 1 tatbestandsmäßig im Sinne des Gesetzes.<sup>54</sup> Entsprechendes aber wird man im Anschluss auch für die tatbestandliche Ausnahme des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. konstatieren können, nach welcher Absatz 1 der Vorschrift nicht gilt, wenn Anbieter „auf die Tatsache hinweisen“, dass sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen: Insoweit gilt für den Hinweis wie für das Anerbieten gleichermaßen, dass sie sich sogar durch konkludentes Verhalten, erst recht durch eine Erklärung, die durch die Verlinkung auf den Internetauftritt eines Anderen vermittelt wird, vollziehen können. Damit aber würde das Verhalten eines Anbieters, der die Darstellung seines Leistungsspektrums durch einen Hyperlink mit einer fremden Angebotsliste verbindet, bereits nach dem neuen Absatz 4 Nr. 1 nicht den Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB verwirklichen, jedenfalls solange er Hand in Hand mit der Verlinkung die gesetzlichen Voraussetzungen des Abbruchs (§ 218a Abs. 1 bis 3 StGB) klarstellen würde.<sup>55</sup>

### bb) Anerbieten über Dritte ohne Klarstellung der gesetzlichen Voraussetzungen

Soll § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. neben der ihm vorangestellten tatbestandlichen Ausnahme in Absatz 4 Nr. 1 eine eigenständige Bedeutung für das Anerbieten des „Ob“

<sup>49</sup> *BVerfG*, ZfL 2006, 135 (135 und 137); anders *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 2029 (2031).

<sup>50</sup> Vgl. BT-Drs. 19/820, S. 4; Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31 f.; neuerlich wieder *Hoven*, Stellungnahme (Fn. 6), S. 1 m. Ziff. I.1.; dezidiert gegen die Subsumtion neutraler Information unter das Verbot der „Werbung“ auch *Frommel*, in: FS Fischer, S. 1049 (1058).

<sup>51</sup> Bedauerlicherweise konstruiert die jüngst vorgelegte Gesetzesbegründung den vorgeblichen Gegensatz von „werbende[n] Handlungen“ und „bloße[r]“ Information aber neuerlich (vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 7 m. Ziff. I), wenn sie deren bis dato unterschiedslose Subsumtion unter § 219a Abs. 1 StGB für einen „defizitäre[n] Informationszugang“ verantwortlich zeichnet (BT-Drs. 19/7693, S. 2 m. C. u. S. 8 m. Ziff. III), dem die neue Gesetzesfassung Abhilfe schaffen soll.

<sup>52</sup> BT-Drs. 19/7693, S. 11. Vgl. dazu den Lösungsvorschlag von *Kubiciel*, der in die Debatte um § 219a StGB ebenjene Möglichkeit eines Hinweises auf eine zentrale Informationsplattform (ohne Eintreten für eine begleitende Gesetzesänderung) eingeführt hat; *Kubiciel*, Stellungnahme (Fn. 7), S. 9 f. m. Ziff. III.2 u. III.3; i.W. gleichlautend *ders.*, ZfL 2018, 110 (113 f.).

<sup>53</sup> Anfügung eines neuen Absatzes 3 in § 13 SchKG, Einfügung des § 13a SchKG gemäß Art. 2 des Gesetzentwurfs zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch; BT-Drs. 19/7693, S. 5. Zu im Vorfeld vorgeschlagenen Varianten der Sicherstellung des Informationszugangs durch eine Änderung des SchKG vgl. etwa *Berghäuser*, JZ 2018, 497 (503 f.); *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 5/2018, Anm. 1, Ziff. II.2 u. IV.

<sup>54</sup> Abweichende Einschätzung wohl bei *Kubiciel*, Stellungnahme (Fn. 7), S. 10 m. Ziff. III.3. a.E.

<sup>55</sup> Dazu ergänzend im Anschluss auch Fn. 58.

der Abbruchstätigkeit zukommen,<sup>56</sup> muss man aus dem systematischen Verhältnis der Nrn. 1 und 2 des Absatzes 4 mithin schließen, dass es für letztere gerade keiner Erfüllung einer Klarstellungsobliegenheit bedarf, der Arzt also auf den Internetauftritt der vom Gesetzgeber genannten Stellen verweisen kann, ohne seinerseits die Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB zu benennen, und ihm gleichwohl eine Ausnahme vom Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB zugestanden wird. Dieser Verzicht auf eine Klarstellungsobliegenheit lässt sich wohl nur mit einem spezifischen, in die in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. aufgezählten Stellen gesetzten Vertrauen erklären, einschließlich des Vertrauens, dass jene (anstelle des Anbieters) ihre Informationen zum Schwangerschaftsabbruch unaufgefordert (insbes.: ohne die Motivation durch eine anderenfalls drohende Strafe) in den rechtlichen Kontext einbetten werden.

Ungeachtet der Frage, ob sich mit einem solchen Vertrauensvorschuss spiegelbildlich nicht ein Misstrauensvotum gegenüber ärztlichen Anbietern verbindet (die immerhin unter Strafandrohung zur Erfüllung der Klarstellungsobliegenheit, anderenfalls zum Verzicht auf das Angebot angehalten werden), legt der Gesetzgeber damit aber den Grund für erste Wertungswidersprüche bei der Anwendung des § 219a Abs. 1, Abs. 4 StGB n.F.: Denn insoweit tun sich – auch eingedenk der Auslegung des Anbietens i. S. d. § 219a Abs. 1 StGB in Parallele zu § 184 Abs. 1 Nr. 5 StGB<sup>57</sup> – nicht nur erhebliche Zweifel auf, ob dem Gesetzeszweck noch Genüge getan ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht *unmittelbar sichtbar* im Praxisauftritt des Anbieters, sondern erst – buchstäblich wenigstens „einen Klick entfernt“ – auf der Internetseite des Dritten erwähnt werden.<sup>58</sup> Für den Internetauftritt eines Anbieters sind jedenfalls verschiedene Gestaltungen einer Homepage denkbar, bei denen der im Leistungsspektrum der Praxis aufgeführte und verlinkte Begriff des Schwangerschaftsabbruchs keinen direkten Anhalt auf seine abweichende rechtliche Bewertung gäbe. Beispielhaft dafür stände eine Auflistung, in der alle Leistungsangebote mit Hyperlinks auf Informationsportale versehen und damit äußerlich gleichförmig dargestellt sind, sodass sie – in Ermangelung einer direkten Klarstellung der strafgesetzlichen Relevanz des Abbruchgeschehens – auf der Anbieter-Homepage unterschiedslos als medizinische, informationsbedürftige Dienstleistungen wahrgenommen werden würden.

Vor allem aber gäbe der Gesetzeszweck, um den so produzierten Wertungswiderspruch an einem konkreten Verfahren aufzuzeigen, keinen rationalen Grund, am Strafbarkheitsvorwurf gegen die Medizinerin *Hänel* festzuhalten, welche in der Darstellung des Leistungsspektrums ihrer Praxis<sup>59</sup> zwar keinen unmittelbar sichtbaren Anhalt für die strafgesetzliche Relevanz des von ihr angebotenen Schwangerschaftsabbruchs gibt (sich insoweit also bereits tatbestandsmäßig verhält, s.o.), die Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB aber einstmals in ihrer zum Download bereitgestellten PDF-Datei genannt hat.<sup>60</sup> So, wie die strafgesetzliche Relevanz des Abbruchs im Fall der Verlinkung auf ein fremdes Informationsangebot erst auf der separat aufzurufenden Internetseite einschlägiger Stellen ersichtlich wird, hat auch die Ärztin die identische Information in einer separat abzurufenden Datei zur Verfügung gestellt. Im einen wie im anderen Fall ist die rechtliche Bewertung des Abbruchs „einen Klick entfernt“, müsste unterschiedlich aber als Verstoß gegen § 219a Abs. 1 StGB verfolgt oder durch § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. vom Tatbestand des Gesetzes ausgenommen werden – dies obwohl die rechtliche Beurteilung des Abbruchs unter Beeinträchtigung der positiv-generalpräventiven Wirkweise des § 218 Abs. 1 StGB auf der Anbieter-Homepage jeweils nicht unmittelbar sichtbar gemacht wird.

### III. Keine Regulierung angebotsbezogener Informationen durch § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Dies dürfte nicht der letzte Wertungswiderspruch gewesen sein, den der Gesetzgeber mit seiner Kombination der Nrn. 1 und 2 in § 219a Abs. 4 StGB n.F. hergestellt hat.<sup>61</sup> Ein weiterer Widerspruch soll vorliegend noch Erwähnung finden, weil er den tatbestandlichen Unwertgehalt des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB umzuschreiben droht, d.h. im Wege systematischer Auslegung den Unwert einer Verhaltensweise in die Vorschrift hineinträgt, die jedenfalls vormals den Tatbestand der Vorschrift nicht verwirklicht hat.

#### *1. Kein eigenständiger tatbestandlicher Unwert angebotsbezogener Informationen (Bezugspunkt: „Wie“ der Abbruchstätigkeit)*

An den Anfang der diesbezüglichen Erörterung sei ein weiteres Mal § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB gestellt, demgemäß die weiterführende Erläuterung des Angebots keinen *eigenständigen* tatbestandlichen Unwert verwirklicht,

<sup>56</sup> So liest sich der Gesetzeswortlaut in § 219a Abs. 4 StGB; auch in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/7693) lässt nach Dafürhalten der *Verf.* einzig die Formulierung auf S. 2 oben Zweifel aufkommen, ob der Gesetzgeber Absatz 4 Nr. 2 „weiteren“ und damit *anderen* Informationen als dem individuellen Anerbieten vorbehalten wollte. Zur von Absatz 4 Nr. 2 erfassten Erläuterung des „Wie“ des Schwangerschaftsabbruchs s. sogleich im Anschluss Ziff. III.

<sup>57</sup> Vgl. *Gropp*, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 45; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 54 ff.

<sup>58</sup> Dieselbe Kritik träge i.Ü. auch eine Auslegung, nach welcher bereits § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. die Klarstellung der Voraussetzungen der §§ 218a Abs. 1 bis 3 StGB auf der verlinkten fremden Angebotsliste genügen ließe.

<sup>59</sup> Abrufbar unter [http://www.kristinahaenel.de/page\\_infos.php](http://www.kristinahaenel.de/page_infos.php) (zuletzt abgerufen am 15.3.2019).

<sup>60</sup> Zwischenzeitlich müssen sich Besucher der Homepage in einem unter dem Begriff „Schwangerschaftsabbruch“ verlinkten Formular eintragen, um den automatisierten Versand einer E-Mail mit den besagten Informationen zu erhalten; s. [http://www.kristinahaenel.de/page\\_abbruch.php](http://www.kristinahaenel.de/page_abbruch.php) (zuletzt abgerufen am 15.3.2019).

<sup>61</sup> Vgl. die Aufzählung von Wertungswidersprüchen bei *Hoven*, Stellungnahme (Fn. 6), S. 4 m. Ziff. II.3; *Merkel*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 18.2.2019, S. 3 f.; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV vom 28.1.2019, S. 4, jeweils abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoeerungen\\_archiv/stellungnahmen-593462](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen_archiv/stellungnahmen-593462) (zuletzt abgerufen am 15.3.2019).

vorbehaltlich dessen, dass die ärztliche Tätigkeit nicht angepriesen oder in grob anstößiger Weise dargestellt wird.<sup>62</sup> Dies ergibt sich bereits aus der Definition des gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB verbotenen Anerbietens, welches – in Entsprechung zur Definition des Anbietens in § 184 Abs. 1 Nr. 5 StGB – dann vorliegt, wenn ein Täter ausdrücklich oder konkludent seine Bereitschaft erklärt, einen solchen Abbruch eigenhändig durchzuführen oder in sonstiger Weise daran mitzuwirken.<sup>63</sup> Gegenstand des Verbots ist demnach die Mitteilung über das „Ob“ der Abbruchstätigkeit. Sofern ein Arzt darüber hinaus über das „Wie“ seiner Tätigkeit, z.B. über die von ihm zur Anwendung gebrachten Abbruchmethoden, informiert, erfasst Absatz 1 diese weitergehende Erläuterung nur insoweit, als von ihr eine Unterrichtung über das „Ob“ denotwendig eingeschlossen ist: Wer mitteilt, wie er eine Tätigkeit ausführt, der gibt unweigerlich auch zu erkennen, dass er diese Tätigkeit ausführt. Lediglich an letzteres knüpft § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB seinen Strafvorwurf. Dies zugrunde gelegt, hat die Medizinerin Hänel den Tatbestand des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB zwar zweifach verwirklicht:<sup>64</sup> einmal öffentlich durch die Auflistung des Schwangerschaftsabbruchs als Teil ihres Leistungsspektrums auf der Praxis-Homepage,<sup>65</sup> und ein weiteres Mal durch Verbreiten von Schriften (hier: eines Datenspeichers nach § 11 Abs. 3 StGB), als sie weiterführende Informationen in einer PDF-Datei zum Download bereitgestellt hat.<sup>66</sup> Grund des identischen tatbestandlichen Vorwurfs ist aber jeweils, dass die Ärztin ihre Bereitschaft zur Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen in einer der von § 219a Abs. 1 StGB vorgesehenen Publizitätsformen überhaupt erklärt hat, nicht, dass oder gar wie sie diese Erklärung näher ausgeführt hat.

Vor allem normiert § 219a StGB in den durch das Anpreisen und die grobe Anstößigkeit gezogenen Grenzen kein „allgemeines Verbot der öffentlichen Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche“<sup>67</sup>, ebenso wenig wie die Vorschrift Einfluss auf Form und Art der (von der Schwangerschaftskonfliktberatung unabhängigen) ärztlichen Beratung nehmen will.<sup>68</sup> Beispielsweise reguliert § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht den konkreten Sprachgebrauch eines Arztes, dies auch dann nicht, wenn der Embryo oder Fetus – wie in den weiterführenden Informationen der Medizinerin Hänel – als „Schwangerschaftsgewebe“ bezeichnet und damit versachlicht wird.<sup>69</sup> Vor dem Hintergrund, dass sich diese Begrifflichkeit deckungsgleich in den Informationsmaterialien einer gesetzlich anerkannten Beratungsstelle finden lässt<sup>70</sup> und ähnlich neutralisierende<sup>71</sup> Formulierungen auch dem Gesetzgeber, ebenso wie der Rechtsprechung eigen sind,<sup>72</sup> könnte die Sanktionierung des Sprachgebrauchs gerade der Anbieter von Schwangerschaftsabbrüchen, nicht aber etwa desjenigen der gesetzlich anerkannten Beratungsstellen, auch unmöglich sachlich gerechtfertigt werden.

## 2. Tatbestandlicher Unwert in systematischer Auslegung der Nrn. 1 und 2 des § 219a Abs. 4 StGB n.F.?

Mit Einfügung des Absatzes 4 Nr. 2 in § 219a StGB steht nunmehr aber zu befürchten, dass dieser mangelnde tatbestandliche Unwert angebotsbezogener Informationen verkannt und der Vorschrift künftig auch ein *eigenständiges* Verbot der Erläuterung des angebotenen Abbruchgeschehens entnommen werden wird. Denn insoweit normiert Absatz 4 Nr. 1 n.F. nur eine tatbestandliche Aus-

<sup>62</sup> Vgl. Berghäuser, medstra 2019, 123. Dabei ist ein Anpreisen noch keine grob anstößige Werbung; anders Merkel, Stellungnahme (Fn. 61), S. 4, und wenigstens missverständlich BT-Drs. 19/820, S. 4.

<sup>63</sup> AG Gießen, medstra 2018, 126 (127 m. Rz. 13); LG Bayreuth, ZfL 2007, 16; Gropp, in: MüKo-StGB, § 219a Rn. 4 u. 6; Rogall, in: SK-StGB, § 219a Rn. 4 u. 8.

<sup>64</sup> Dazu bereits Berghäuser, medstra 2019, 123 (124 m. Ziff. I.3 a.E.). Mindestens missverständlich hat das LG Gießen hingegen die Verwirklichung im Wege des Verbreitens von Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) auf eine vorgebliche Tatvariante der „Bekanntgabe von Verfahren [...] durch Schriften“ bezogen; LG Gießen, medstra 2019, 119 (120 m. Rz. 14); abl. Berghäuser, a.a.O., 123 (124).

<sup>65</sup> Zur öffentlichen Begehungsform s. bereits oben Ziff. II.1 vor a m. Fn. 15.

<sup>66</sup> Zur Verbreitung von Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) durch Bereitstellung einer Datei zum Download s. BGHSt 47, 55 (59 f.); BGH, NSTz 2013, 642 (643); krit. Fischer, § 184 Rn. 34, 35 m.w.N.

<sup>67</sup> Zitat aus Kriminalpolitischer Kreis, ZfL 2018, 31; vgl. neuerlich auch wieder Hoven, Stellungnahme (Fn. 6), S. 1 m. Ziff. I.1: „generelle Tabuisierung der Diskussion über Schwangerschaftsabbrüche“; ferner Preuß, medstra 2018, 131 (133); Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme (Fn. 4), S. 5 unten u. 12 f.; dagegen Duttge, medstra 2018, 129; Berghäuser, KriPoZ 2018, 210 (214).

<sup>68</sup> Berghäuser, KriPoZ 2018, 210 (214); vgl. auch Wörner, NSTz 2018, 417 (418); Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme (Fn. 4), S. 8.

<sup>69</sup> Dazu bereits Berghäuser, KriPoZ 2018, 210 (214 m. Fn. 53); dies., medstra 2019, 123 (123 f.); a.A. wohl Kubiciel, der für den Fall einer Abschaffung der Vorschrift auf die Gefahr hinwies, dass Ärzte rechtliche Implikationen verzerren könnten, indem sie z.B. nicht von einem Fetus, sondern von „Schwangerschaftsgewebe“ sprechen; s. Kubiciel, Stellungnahme (Fn. 7), S. 9 m. Ziff. III.2; i.W. gleichlautend veröffentlicht in ZfL 2018, 110 (113). Bemerkenswert insoweit zuletzt auch das Urteil des LG Gießen, in dessen Feststellungen zur Erwähnung gelangt, dass die angeklagte Medizinerin Hänel den von einem Abbruch der Schwangerschaft betroffenen Embryo oder Fetus in der von ihr zum Download bereitgestellten PDF-Datei als „Schwangerschaftsgewebe“ bezeichnet hat, während sich dessen rechtliche Würdigung (in Ermangelung eines tatbestandlichen Anhalts verständlich) hierzu nicht mehr einlässt; s. LG Gießen, medstra 2019, 119 m. Rz. 2; krit. Berghäuser, medstra 2019, 123 (123 f.).

<sup>70</sup> Vgl. jeweils zum Absaugen oder Abbluten eines „Schwangerschaftsgewebes“ pro familia, Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, 4. Aufl. (2006), S. 13 u. 14; pro familia, Broschüre Schwangerschaftsabbruch, 6. Aufl. (2015), S. 15 u. 18.

<sup>71</sup> Der Begriff der Neutralisierung ist an die von Sykes und Matza (im Anschluss an Sutherland) beschriebenen Neutralisierungstechniken (*techniques of neutralization*) angelehnt, zu denen auch die Leugnung eines Opfers oder Schadens zählt; hierzu Sykes/Matza, ASR 1957, 664 (666 f.), in dt. Übersetzung bei Sack/König, Kriminalsoziologie, 2. Aufl. (1974), S. 360, 361 u. 365 f.; zusf. Berghäuser (Fn. 9), S. 775 ff.

<sup>72</sup> Dazu BVerfGE 39, 1 (46); Tröndle, in: Dreher/Tröndle, StGB, 45. Aufl. (1991), § 218 Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 5, Rn. 9; Kröger, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2005), Vor §§ 211 ff. Rn. 3; Küper, GA 2001, 515 (515 f. m. Fn. 4); ausführl. Berghäuser (Fn. 9), S. 771 ff. u. 779 ff. m.w.N. Neutralisierend hat jüngst auch wieder das LG Gießen in Teilen seines Berufungsurteils von einer „Unterbrechung“ der Schwangerschaft geschrieben; LG Gießen, medstra 2019, 119 (121 f. m. Rz. 26 u. 27).

nahme für den Hinweis von Ärzten, Kliniken und Einrichtungen auf die „Tatsache, dass sie Schwangerschaftsabbrüche [...] vornehmen“, während Absatz 4 Nr. 2 n.F. den Hinweis auf „Informationen [...] über den Schwangerschaftsabbruch“ vom Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB ausnimmt. In einer systematischen Auslegung, die durch die Gesetzesbegründung gestützt wird<sup>73</sup>, normiert der neue Absatz 4 Nr. 1 damit eine tatbestandliche Ausnahme für den Hinweis auf das „Ob“ der Abbruchstätigkeit („Tatsache, dass [...]“), während der neue Absatz 4 Nr. 2 auch weiterführende „Informationen über den Schwangerschaftsabbruch“ (einschließlich der Konkretisierung der angebotenen Abbruchmethoden, vgl. §§ 13 Abs. 3, 13a SchKG n.F.<sup>74</sup>) vom Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB ausnehmen will.<sup>75</sup> Letzteres setzt nach dem Gesetz voraus, dass es sich nicht um eigene Informationen des Arztes, sondern um solche der in Absatz 4 Nr. 2 n.F. genannten Stellen handelt,<sup>76</sup> auf welche der Arzt nur hinweist oder die er gegebenenfalls auch (insoweit noch fraglich) unter Angabe der Fundstelle wortgleich wiedergibt.<sup>77</sup>

#### a) Ein Ausdruck undifferenzierten Vertrauensvorschlusses

Wie schon zur mangelnden Normierung einer Klarstellungsobliegenheit in § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. angemerkt, mag sich diese Unterscheidung zwischen angebotsbezogenen Informationen der ärztlichen Anbieter und solchen der vom Gesetzgeber auserkorenen – von ihm explizit für „neutral“ befundenen<sup>78</sup> – Stellen mit einem Vertrauensvorschuss gegenüber letzteren (spiegelbildlich: mit einem Misstrauensvotum gegenüber ersteren) erklären. Demnach sieht es der Gesetzgeber augenscheinlich für gewährleistet an, dass Informationen von Bundes- oder Landesbehörden, Ärztekammern wie Beratungsstellen nach dem SchKG „sachlich und verlässlich“ sind,<sup>79</sup> während selbiges für ärztliche Anbieter nicht soll angenommen werden dürfen. Eingedenk der regelmäßigen Vorteilsabsicht ärztlicher Anbieter mag diese Befürchtung nicht gänzlich unbegründet sein, führt aber nicht nur zur Formulierung einer Verdachtsstrafbarkeit<sup>80</sup>, sondern bleibt in Gegenüberstellung mit den im neuen Absatz 4 Nr. 2 genannten Stellen auch undifferenziert.

Hierzu hätte sich im Gesetzgebungsverfahren ein näherer Blick in die Informationsmaterialien der gesetzlich anerkannten Beratungsstelle pro familia empfohlen, die nicht

anders, sondern gleich der Angeklagten Hänel vom Absaugen oder Abbluten eines „Schwangerschaftsgewebes“ sprechen<sup>81</sup> und den beratenen Frauen in Aussicht stellen, „selbstbewusst“ mit den durch §§ 218, 219 StGB bedingten Beschränkungen des Beratungsprozesses umzugehen<sup>82</sup>. Ob Informationen solcher Beratungsstellen, die – wie pro familia, aber auch die Arbeiterwohlfahrt – offen für eine Abschaffung der §§ 218, 219 StGB eintreten,<sup>83</sup> eine größere Gewähr für eine neutrale Darstellung des Abbruchs im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben bieten als die eines in Vorteilsabsicht handelnden Arztes, ist eine Frage, der sich der Gesetzgeber allem Anschein nach nicht gestellt hat.<sup>84</sup> Daher soll mit Blick auf die misstrauensschaffende Vorteilsabsicht vorliegend nur noch beiläufig angemerkt werden, dass auch pro familia in eigenen medizinischen Zentren kostenpflichtige Schwangerschaftsabbrüche durchführt,<sup>85</sup> wenngleich eingedenk des § 9 Nr. 4 SchKG unter organisatorischer und wirtschaftlicher Trennung von Beratungsstellen einerseits, Abbruch-einrichtungen andererseits (weshalb eine solche Verzahnung von über den Abbruch beratenden und den Abbruch durchführenden Einrichtungen auch für unbedenklich befunden worden ist)<sup>86</sup>. Indes: Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung von ärztlichen Anbietern, denen weiterführende Informationen nach dem systematischen Verhältnis der Nrn. 1 und 2 des Absatzes 4 versagt bleiben sollen, und gesetzlich anerkannten Beratungsstellen, die jene ungeachtet ihrer Einstellung zum geltenden Recht (und eines gegebenenfalls nur strukturell ausgeschlossenen materiellen Interesses) formulieren dürfen, erschließt sich vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht *ad hoc*.

#### b) Versuchte Emanzipation einer tatbestandlichen Ausnahme vom Tatbestand

Zuletzt und vor allem aber kennt § 219a Abs. 1 StGB, wie eingangs ausgeführt, einen eigenständigen Unwertgehalt angebotsbezogener Informationen oder auch eines angebotsbezogenen Sprachgebrauchs nicht. Eine Auslegung, die dem systematischen Verhältnis der Nrn. 1 und 2 des neuen Absatzes 4 gleichwohl einen solchen tatbestandlichen Unwertgehalt entnehmen wollte, missachtete, dass eine tatbestandliche Ausnahme nicht weiter als der von ihr (einzuschränkende!) Tatbestand reichen kann, hier also nicht strafbarkeitsbegründend ein Verbot der Erläuterung des „Wie“ der Abbruchstätigkeit in § 219a StGB hineintragen kann.

<sup>73</sup> Vgl. BT-Drs. 19/7693, S. 1 f. zu B., 7 m. Ziff. II u. S. 11 zu Art. 1.

<sup>74</sup> Dazu BT-Drs. 19/7693, S. 2 u. 7 f.

<sup>75</sup> Zur Erläuterung des Verhältnisses von § 219a Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB n.F. vgl. auch Hoven, Stellungnahme (Fn. 6), S. 2 f. m. Ziff. II.

<sup>76</sup> Dezidiert krit. Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme (Fn. 61), S. 4; ablehnend auch Hoven, Stellungnahme (Fn. 6), S. 3 m. Ziff. II.1, S. 4 m. Ziff. II.3.

<sup>77</sup> Für die Möglichkeit einer wortgleichen Wiedergabe des Textes der gesetzlich benannten Informationsangebote unter Quellenangabe Hoven, Stellungnahme (Fn. 6), S. 4 m. Ziff. II.3, Bsp. 2, Fn. 5; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 4/2019, Anm. 1, Ziff. II; *ders.*, Stellungnahme (Fn. 31), S. 3 m. Ziff. I.3.

<sup>78</sup> BT-Drs. 19/7693, S. 2.

<sup>79</sup> Dazu u. Zitat aus BT-Drs. 19/7693, S. 11.

<sup>80</sup> So zu Recht Hoven, Stellungnahme (Fn. 6), S. 3 m. Ziff. II.1.

<sup>81</sup> S. oben die Nachw. in Fn. 70.

<sup>82</sup> Pro familia, Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 18.

<sup>83</sup> Pro familia, Für selbstbestimmte Sexualität: Ziele und Programm, 4. Aufl. (2010), S. 4; Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 4; Arbeiterwohlfahrt (AWO), Standards Schwangerschaftsberatungsstellen, 2010, S. 3 m. Standard 5 u. S. 7; Grundsatzprogramm, 2005, S. 21.

<sup>84</sup> Ebenso wenig wie das BVerfG, ausgehend davon, dass nur solchen Einrichtungen die Beratung anvertraut werden würde, die u.a. „nach ihrer Grundeinstellung zum Schutz des ungeborenen Lebens [...] die Gewähr dafür bieten, dass die Beratung im Sinne der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben erfolgt“; Zitat aus BVerfGE 88, 203 (287).

<sup>85</sup> S. dazu etwa pro familia Bundesverband, Satzung, § 2 Nr. 1 Abs. 1 S. 3; Broschüre Schwangerschaftsabbruch, S. 10; Standpunkt Schwangerschaftsabbruch, S. 17; Für selbstbestimmte Sexualität: Ziele und Programm, S. 14.

<sup>86</sup> S. die Nachw. in Fn. 85; grundlegend BVerfGE 88, 203 (287 u. 302 f.).

Weil aber zu befürchten steht, dass der dergestalt (auf die Unterrichtung über das „Ob“ statt auf das „Wie“ der Abbruchstätigkeit) begrenzte Regelungsgehalt des § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB so nicht nachvollzogen werden wird, der Tatbestand vielmehr im Lichte des neuen Absatzes 4 und der hierzu ergangenen Gesetzesbegründung gelesen werden wird, konstatiert man schlussendlich, dass mit der gesetzlichen Neuregelung ärztliche Verhaltensweisen als tatbestandsmäßig markiert worden sind, die so vorher keinen eigenständigen tatbestandlichen Unwert verwirklicht haben (sondern nur wegen des mit ihnen verbundenen Anerbietens des „Ob“ des Abbruchs verfolgt worden sind; s.o.).

c) *Normierung einer Rückausnahme von § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.*

Zugleich würde § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB n.F. damit weniger eine weitere Ausnahme vom strafgesetzlichen Werbeverbot in seiner neuen Fassung, als eine Rückausnahme von § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. formulieren: Im Einzelnen drohte ein Arzt, der nicht nur über die Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs in seiner Praxis, sondern z. B. auch über die von ihm angebotenen Abbruchmethoden informiert, zunächst den Tatbestand des allgemeinen Werbeverbots gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB zu verwirklichen. Weist er in seinem Anerbieten aber gleichzeitig ausdrücklich auf die Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 StGB hin, kommt ihm insoweit die tatbestandliche Ausnahme des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. zugute, sodass die Unterrichtung über seine Bereitschaft zur Vornahme von Abbrüchen nicht vom Vorwurf des § 219a Abs. 1 StGB erfasst ist. Kannte das Gesetz nun nur § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. (und nicht Nr. 2), könnte man zu demselben Ergebnis auch für seine weitergehenden angebotsbezogenen Informationen gelangen, die vom Verbot des Anbietens gemäß § 219a Abs. 1 Nr. 1 StGB schließlich nur insoweit erfasst wären, als sich mit der Erläuterung des „Wie“ der Abbruchstätigkeit auch eine Darstellung des „Ob“ verbindet. Stellte der Arzt also in seinen angebotsbezogenen Informationen ausdrücklich den Bezug zu § 218a Abs. 1 bis 3 StGB her, würde ihm gegenüber auch diesbezüglich der Vorwurf tatbestandsmäßigen Verhaltens entfallen, weil er sein in den dargebotenen Informationen gleichsam beinhaltetes Anerbieten mit der von § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. geforderten Klarstellung der gesetzlichen Voraussetzungen verbunden hätte. Auf diese Weise wäre eine wertungswiderspruchsfreie rechtliche Behandlung der ärztlichen Verhaltensweisen möglich gewesen, mit der man einen übereinstimmenden rechtlichen Maßstab an das Anerbieten wie an die angebotsbezogenen Informationen angelegt hätte.

Jedoch: Die neue Gesetzesfassung kennt nicht nur die Ausnahme in Absatz 4 Nr. 1, sondern auch die ihr in Nr. 2 zur Seite gestellte Ausnahmeregelung. Diese aber macht das vorgestellte wertungswiderspruchsfreie Ergebnis so gleich wieder zunichte, wenn sie weiterführende „Informationen [...] über den Schwangerschaftsabbruch“ anderen Stellen als dem ärztlichen Anbieter vorbehält. Denn liest man den Tatbestand des § 219a Abs. 1 StGB in ihrem

Licht und misst nicht nur dem Anerbieten (des „Ob“ der Abbruchstätigkeit), sondern auch angebotsbezogenen Informationen (über das „Wie“ des angebotenen Abbruchs) einen tatbestandlichen Unwertgehalt zu, vermag sich der näher informierende Arzt in systematischer Auslegung der Nrn. 1 und 2 des Absatzes 4 nicht schon durch die Klarstellung der gesetzlichen Voraussetzungen vom Vorwurf tatbestandlichen Verhaltens befreien, sondern erst dadurch, dass er die Publikmachung weiterführender Informationen anderen Stellen überlässt. Was die gesetzliche Neuregelung dem Arzt in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB an Freiheit (vom tatbestandlichen Vorwurf) hätte geben können, gleich ob er sich zur Vornahme von Abbrüchen nur bereit erklärt oder diese Bereitschaft noch näher ausführt, hat § 219a Abs. 4 Nr. 2 StGB ihm für die Beschreibung seines Angebots alsbald wieder genommen.

#### **IV. Schlussbemerkung: Mehr als ein Parteienkompromiss, aber Grund zur Rechtsunsicherheit**

Als Schlussbemerkung verbleibt nach den vorangehenden Ausführungen die einigermaßen resignierte Feststellung, dass sich – wie so oft – in der gesetzlichen Neuregelung des § 219a Abs. 1, Abs. 4 StGB gleichermaßen Licht wie Schatten findet. Diesbezüglich war der vorliegende Beitrag bemüht aufzuzeigen, wie die in § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. normierte tatbestandliche Ausnahme die Angebotsvariante der Vorschrift im Einklang mit der Gesetzesratio auf ein Verbot irreführenden Anbietens durch Verkürzung der Information zurückführt, das gleichermaßen der erwünschten ärztlichen Mitwirkung am Abbruch wie auch der (diesbezüglich eingeschränkten) positiv-generalpräventiven Wirkweise des Gesetzes gerecht werden kann, mithin den verschiedenen von der Vorschrift Betroffenen einen *modus vivendi* bietet. Gleichzeitig sind jedoch auch erhebliche Bedenken formuliert worden, ob der Gesetzgeber dem Schutzkonzept mit Einfügung des Absatzes 4 Nr. 2 einen Gefallen getan hat, wenn die dort benannten Stellen im Einzelfall sachlich unbegründet abweichend von ärztlichen Anbietern behandelt werden, ein dem § 219a Abs. 1 StGB unbekannter Unwertgehalt ärztlicher Verhaltensweisen einzuführen versucht wird und man letztlich mehr mit einer Einschränkung des § 219a Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F. als mit einer tatbestandlichen Ausnahme von § 219a Abs. 1 StGB konfrontiert ist. Dabei sind die Fragen, die sich hieraus für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundrechte von Ärzten ergeben (insbes. für dessen Erforderlichkeit zur Verwirklichung eines legitimen Zwecks), vorstehend noch außen vor gelassen worden, dürften ihrerseits aber

nicht einfacher zu beantworten geworden sein.<sup>87</sup> Dieser Vorschriftenbestandteil, der bildlich gesprochen für Verwirrung im Rest der Vorschrift sorgt, könnte ganz entgegen der Einschätzung des Gesetzgebers<sup>88</sup> so vorläufig zu einem nicht unerheblichen Maß an Rechtsunsicherheit

führen, dem die Rechtsanwendung am konkreten Fall wird begegnen müssen – wobei es ihr dann hoffentlich gelingt, den mit seiner Einfügung verloren gegangenen roten Faden in der Variante des Anerbietens (und angebotsbezogener Informationen?) wiederzufinden.

<sup>87</sup> Bereits für die bisherige Gesetzesfassung ist die Frage um die Verfassungsmäßigkeit des § 219a StGB umstritten gewesen; exemplarisch die Verfassungsmäßigkeit bejahend *AG Gießen*, medstra 2018, 126 (127 m. Rz. 20 f.); *LG Gießen*, medstra 2019, 119 (121 f. m. Rz. 25 ff.); *LG Bayreuth*, ZfL 2007, 16; *Kubiciel*, Stellungnahme (Fn. 7), S. 2 ff. m. Ziff. II; zweifelnd bis krit. *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 5 Rn. 40; *F.-C. Schroeder*, ZRP 1992, 409 (410); *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 3 f.; verneinend *Frommel*, ZfL 2018, 17; *dies.*, FS Fischer, S. 1049 (1061); *Merkel*, Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 27.6.2018, S. 3 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/recht/url> (zuletzt abgerufen am 15.3.2019); *Preuß*, medstra 2018, 131 (135); *Wersig*, AnwBl. BE 2018, 57; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme (Fn. 4), S. 5 ff. m. B. Diese Uneinigkeit setzt sich i. B. auf die zu erwartende Gesetzesänderung fort; für die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift in ihrer neuen Fassung *Kubiciel*, Stellungnahme (Fn. 31), S. 5 ff. m. Ziff. III.2; *ders.*, jurisPR-StrafR 4/2019, Anm. 1, Ziff. III.2; krit. *Hoven*, Stellungnahme (Fn. 6), S. 3 m. Ziff. II.1; dagegen *Merkel*, Stellungnahme (Fn. 61), S. 2; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme (Fn. 61), S. 3 f.

<sup>88</sup> BT-Drs. 19/7693, S. 1 u. 7; die gesetzgeberische Einschätzung teils *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 4/2019, Anm. 1, Ziff. III.1.c; *ders.*, Stellungnahme (Fn. 31), S. 3 m. Ziff. I.3 a. E., S. 5 m. Ziff. III.1.c.

## 30 Briefe an israelische Schulklassen

### Gesetzliche Alternativen zur Bestrafung alternder NS-Täter

de lege lata et de lege ferenda

von Prof. Dr. Christian Fahl\*

#### Abstract

Der Beitrag untersucht vor dem Hintergrund jüngster Zeitungsartikel, inwieweit die gesetzlichen Vorschriften geändert werden müssten oder es schon heute ermöglichen, von Historikern geäußerten Vorschlägen nachzukommen, den letzten Zeitzeugen auf Seiten der Täter die Einstellung ihres Strafverfahrens im Gegenzug für Aufklärung anzubieten.

#### I. Einleitung

Als ich vor fünfzehn Jahren begann, selbst mit Studenten in ehemalige Konzentrationslager – Dachau, Ravensbrück, Auschwitz – zu fahren,<sup>1</sup> da wurde ich von dem engagierten Gedenkstättenpersonal stets gefragt, warum ausgerechnet Jurastudenten sich für die Geschehnisse in den Lagern interessieren – statt der Historiker, Schulklassen, Verfolgten, die dort offenbar sonst herumgeführt werden. Ich war dann immer ganz perplex: Es erschien mir selbstverständlich, dass sich Juristen – vor allem Strafrechtler – für das größte Verbrechen interessieren, das in der Menschheitsgeschichte je von Deutschen verübt wurde.

Das ist heute Gott sei Dank anders: Nach den Verurteilungen von *John Demjanjuk*<sup>2</sup> und *Oskar Gröning*<sup>3</sup> wundert sich niemand mehr über das Interesse der Juristen, zu Recht. Im Gegenteil erscheint es im Nachhinein kaum noch nachvollziehbar, warum in der Bundesrepublik seit den 1960er Jahren praktisch keine Strafverfolgung von NS-Tätern mehr stattgefunden hat. Der für die Bedeutung der historischen Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts neben dem, allerdings von den alliierten „Siegermächten“ verantworteten Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess gar nicht hoch genug einzuschätzenden,

gegen alle Widerstände maßgeblich von dem damaligen hessischen Generalstaatsanwalt *Fritz Bauer* durchgesetzte Frankfurter Auschwitz-Prozess<sup>4</sup> schien lange Zeit der Höhepunkt und zugleich der Endpunkt der bundesdeutschen Aufarbeitung des NS-Unrechts gewesen zu sein.

Man wird von einem Versagen nicht nur der Justiz, sondern auch der „Strafrechtswissenschaft“ sprechen müssen,<sup>5</sup> das es in Zukunft aufzuarbeiten gilt.<sup>6</sup> Da passen Rufe nach einem „Runden Tisch“ oder einer „Wahrheitskommission“ anstelle von Strafverfahren, wie sie der Historiker *Thomas Weber* von der University of Aberdeen ins Spiel gebracht hat, zumindest auf den ersten Blick, nicht ins Bild. In der Tat will es nicht recht einleuchten, warum die Antwort auf ein jahrelanges Zuwenig an Strafverfolgung ausgerechnet das Ende der Strafverfolgung sein soll. Sollte man sich nicht eher freuen über die neu entfalteten Aktivitäten der Ludwigsburger Zentralstelle,<sup>7</sup> die endlich Früchte tragen und zu zahlreichen neuen Anklagen führen?<sup>8</sup> Ich selbst habe andernorts für die längst überfällige<sup>9</sup> Verfolgung auch all der Wachmannschaften in Konzentrationslagern plädiert, die nicht – wie Auschwitz II, Belzec, Chelmno, Sobibor und Treblinka – reine Vernichtungslager waren,<sup>10</sup> und von einem hier erneut drohenden, später kaum noch gut zu machenden Versäumnis gesprochen.<sup>11</sup>

So wie *Ralph Giordano* einst von der „zweiten Schuld“ der Deutschen gesprochen hat,<sup>12</sup> und damit die Verdrängung und Verleugnung der ersten Schuld nach 1945 meinte, so droht hier womöglich eine „dritte Schuld“. Das *BVerfG* hat jüngst erst die Ablehnung des Antrags von *Oskar Gröning* auf Vollstreckungsaufschub nach § 455 Abs. 3 StPO bestätigt,<sup>13</sup> und in der Literatur wird – vor dem Hintergrund – auch aus kriminalpolitischer Sicht für

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Greifswald.

<sup>1</sup> Zuvor bin ich als Teilnehmer und Mitarbeiter erstmals mit *Werner Beulke*, von dem ich die Tradition übernommen habe (s. dazu *Fahl*, *Beulke-FS*, 2015, S. 81, 94), in den 90er Jahren in Auschwitz gewesen.

<sup>2</sup> *LG München II*, Urt. v. 12.5.2011 – 1 KS 115 JS 12496/08 – zum *Demjanjuk*-Prozess: *Volk*, Das letzte Urteil, Die Medien und der *Demjanjuk*-Prozess, 2012; *Welfing*, Der Fall *Demjanjuk* – Der letzte große NS-Prozess, 2011; s. auch *Fahl*, *HRRS* 2015, 210; *Werle/Burghardt*, *Beulke-FS*, 2015, S. 339; dazu auch schon *Fahl*, *ZJS* 2011, 229 (230).

<sup>3</sup> *BGH*, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 m. Anm. *Fahl*, *HRRS* 2017, 167; s. dazu auch *Bode*, *NJW* 2017, 227; *Brüning*, *ZJS* 2018, 285; *Burghardt*, *ZJS* 2019, 21; *Grünwald*, *NJW* 2017, 500; *Momsen*, *StV* 2017, 546; *Rommel*, *NSStZ* 2017, 161; *Roxin*, *JR* 2017, 88; *Safferling*, *JZ* 2017, 258.

<sup>4</sup> *LG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63; s. dazu ungewöhnlich krit. jüngst *Renz*, *Auschwitz vor Gericht* – *Fritz Bauers Vermächtnis und seine Missachtung*, 2018.

<sup>5</sup> So in der Tat *Renz* (Fn. 4), S. 179.

<sup>6</sup> Ein Anfang ist gemacht, etwa von *Görtemaker/Safferling*, Die Akte *Rosenburg*, 2016 (Bespr. der Vorläufer bei *Beulke*, *StV* 2014, 572).

<sup>7</sup> Kritisch zu ihrer bisherigen Ineffektivität, insbes. zu ihrem ehemaligen Leiter *Kurt Schrimm*, *Werner Renz*, vormals Mitarbeiter am *Fritz Bauer Institut* (*Renz*, Rezension zu *Kurt Schrimm*, *Schuld*, die nicht vergeht – Den letzten NS-Verbrechern auf der Spur, 2017, in: *HSozKult* 2018-1-036).

<sup>8</sup> Zweifel daran bei *Vormbaum*, in: *Transitional Justice*, hrsg. vom Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 28 (33).

<sup>9</sup> So bereits *Fahl*, *HRRS* 2015, 210 (217).

<sup>10</sup> Abweichend – im Sinne der Beschränkung auf sog. Vernichtungslager – *Kurz*, *ZIS* 2013, 122 (128).

<sup>11</sup> *Fahl*, *HRRS* 2017, 167 (169).

<sup>12</sup> *Giordano*, Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein, 1987.

<sup>13</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 21.12.2017 – 2 BvR 2772/17, *NJW* 2018, 289 = *HRRS* 2018 Nr. 4.

die strikte Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs plädiert.<sup>14</sup>

## II. Mögliche Einwände

Dafür, dass das *BVerfG* die Beschwerde *Grönings* nicht zur Entscheidung angenommen hat, weil alle verfassungsrechtlich maßgeblichen Fragen hinreichend geklärt seien, hat es seine Entscheidung relativ ausführlich begründet. Das *BVerfG* betont darin die humanitäre Seite, wonach ein „menschwürdiger Vollzug der Strafe auch dem mit „besonders schwerer Tatschuld beladenen Verurteilten“ die grundsätzlich realisierbare Chance belassen muss, seine Freiheit wiederzugewinnen: „Fallgestaltungen, die den Verurteilten von vornherein zum Versterben in der Haft verurteilen oder seine Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden, auf einen von Siechtum oder Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduzieren, sind dem Strafvollzug unter der Herrschaft des Grundgesetzes grundsätzlich fremd.“<sup>15</sup>

Darum geht es dem Professor für Geschichte und internationale Politik an der University of Aberdeen aber nicht, *Thomas Weber* geht es darum möglichst viel über die Vergangenheit zu erfahren, und er fragt sich „ob ein klassisches Gerichtsverfahren noch der beste Weg ist, um diese Vergangenheit juristisch aufzuarbeiten oder ob es... nicht bessere Wege gibt“<sup>16</sup> – denn durch solche Verfahren bringe man „Leute zum Schweigen“. Er will aber mit Wahrheitskommissionen „Menschen zum Reden bringen“.<sup>17</sup>

Der in Oxford und Harvard ausgebildete deutsche Professor und Publizist schrieb in einem Artikel in der FAZ im Jahre 2012:<sup>18</sup> „Die Zeit für eine strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen läuft ab, nicht selten steht sie einer historischen Aufarbeitung der NS-Verbrechen sogar im Weg, weil die öffentliche Aufmerksamkeit sich nicht mehr auf die Taten, sondern auf den Zustand der greisen Täter richtet. Und die schwiegen.“ Er plädiert dafür, Wahrheitskommissionen nach afrikanischem<sup>19</sup> und lateinamerikanischem Vorbild einzurichten, um die schweigenden Täter dazu zu bewegen, „im Gegenzug für Immunität vor weiterer Strafverfolgung offen und ehrlich über die dunkelsten Kapitel ihres Lebens zu sprechen.“ Damit verbindet er die Hoffnung, dass sich die häufig nur prozess-taktisch bedingten Erinnerungslücken wieder schließen.

Für die Gesellschaft sei die historische Wahrheit bedeutender als die juristische Wahrheitsfindung. Darum halte er es „im Zweifel für wichtiger, diese hochbetagten Menschen zum Reden zu bringen“, wiederholt er auch in ei-

nem Interview, das er dem Redaktionsnetzwerk Deutschland Ende 2018 gegeben hat und das von vielen Tageszeitungen auszugsweise abgedruckt wurde, und hebt darin noch einen weiteren Aspekt hervor, der bisher vernachlässigt wurde: das Wiedererstarken der rechten und nationalistischen Strömungen. So erinnert er daran, dass *Grönning* nicht zuletzt „auch deshalb angeklagt werden konnte, weil er – um Holocaust-Leugnern etwas entgegenzusetzen – öffentlich über das redete, was er in Auschwitz gesehen hatte.“<sup>20</sup>

*Weber* befürchtet, dass die letzten Zeitzeugen „jetzt – kurz vor ihrem Lebensende – aus Angst vor Verfolgung ihre Lippen für immer verschließen“ werden. Für eine Wahrheitskommission sei es jetzt, da die Tätergeneration mittlerweile zwischen 90 und 100 Jahren alt sei, zu spät. Das Verfahren vor dem *LG Neubrandenburg* gegen *Hubert Zafke*, der als Sanitäter in Auschwitz Dienst tat, wurde nach einigen unrühmlichen Wendungen – die zahlreiche Befangenheitsanträge gegen die Richter, Beschwerden und Strafanzeigen wegen Rechtsbeugung und Strafvereitelung involvierten – im September 2017 eingestellt. Im Juli 2018 ist *Zafke* im Alter von 97 Jahren verstorben. Bereits 2017 wurde auch ein heute 97-jähriger Wachmann des KZ Lublin-Majdanek vor der Schwurgerichtskammer in Frankfurt a.M. angeklagt. Ein weiterer 94 Jahre alter früherer SS-Wachmann in Auschwitz steht derzeit vor der Jugendkammer des *LG Mannheim*. In Berlin hat die Staatsanwaltschaft Anklage gegen eine 95-Jährigen erhoben. Zuletzt ist ein Prozess vor dem *LG Münster* gegen einen 95-jährigen Wachmann im Konzentrationslager Stutthof bei Danzig bekannt geworden. Der Prozess ist wegen einer schweren Herz- und Nierenerkrankung von *Johann Rehbogen* jedoch vorerst ausgesetzt worden.<sup>21</sup>

Anlässlich dieses Verfahrens hat *Weber* zuletzt folgenden, nachdenkenswertem Vorschlag unterbreitet: „Ein Modell wäre aber: Wenn du redest und umfassend über die Zeit im KZ aussagst, dann sichern wir dir zu, auf juristische Verfolgung zu verzichten. Oder dann wirst du lediglich verpflichtet, zum Beispiel 30 Briefe israelischer Schulklassen zu beantworten.“<sup>22</sup>

## III. Die gegenwärtige Rechtslage

Früher enthielt § 153a StPO (Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen) einen abschließenden Katalog von Auflagen und Weisungen, zu denen auch die sog. Wiedergutmachungsaufgabe (§ 153a Abs. 1 Nr. 1 StPO) gehörte. Und obwohl diese schon immer auch die Abgabe einer Entschuldigung oder Naturalobligation (bei materiellen wie aber vor allem auch bei immateriellen

<sup>14</sup> Siehe etwa *Kaltenhäuser*, HRRS 2018, 104.

<sup>15</sup> *BVerfG*, NJW 2018, 289 (290).

<sup>16</sup> Vgl. auch *Werle/Vormbaum*, in: *Transitional Justice* (Fn. 8), S. 37 ff.

<sup>17</sup> [https://www.deutschlandfunkkultur.de/mit-wahrheitskommissionen-menschen-zum-reden-bringen.954.de.html?dram:article\\_id=242995](https://www.deutschlandfunkkultur.de/mit-wahrheitskommissionen-menschen-zum-reden-bringen.954.de.html?dram:article_id=242995) (zuletzt abgerufen am 15.2.2019).

<sup>18</sup> <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatte/ns-aufarbeitung-sollen-greise-tatverdaechtige-noch-vor-gericht-11642381.html> (zuletzt abgerufen am 15.2.2019).

<sup>19</sup> Siehe dazu etwa *du Bois-Pedain*, Die Aufarbeitung des Apartheid-Regimes in Südafrika, in: *Transitional Justice* (Fn. 8), S. 175 ff.

<sup>20</sup> Siehe etwa *Ostseezeitung* v. 30.11.2018, S. 3 – im Internet etwa abrufbar unter [www.goettinger-tageblatt.de/Nachrichten/Politik/Deutschland-Welt/Gerichtspräsident-Thomas-Weber-Wir-verstehen-javiele-NS-Verbrechen-bis-heute-nicht](http://www.goettinger-tageblatt.de/Nachrichten/Politik/Deutschland-Welt/Gerichtspräsident-Thomas-Weber-Wir-verstehen-javiele-NS-Verbrechen-bis-heute-nicht) (zuletzt abgerufen am 15.2.2019).

<sup>21</sup> Wie zu erwarten, ging es an den bisherigen Prozesstagen hauptsächlich um den Gesundheitszustand des Angeklagten, es wurde aber auch eine von ihm selbst verfasste Erklärung verlesen, wonach er davon ausgegangen sei, dass es in Stutthof nur eine „Entlausungskammer“ (aber keine Gaskammer) gegeben habe.

<sup>22</sup> Wie Fn. 20.

Schäden) umfasste,<sup>23</sup> stieß diese doch dort an ihre Grenzen, wo das Opfer von der „Wiedergutmachung“ nichts mehr hatte.<sup>24</sup> Mit der Öffnung des Katalogs in § 153a Abs. 1 S. 2 StPO durch das Gesetz zur strafrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs usw. vom 20.12.1999<sup>25</sup> (Aufnahme des Wortes „insbesondere“) ist das Bedürfnis für eine extrem weite Auslegung des Begriffes der Wiedergutmachung aber entfallen.<sup>26</sup> Von dem den Staatsanwaltschaften und Gerichten neuerdings eingeräumten „Auflagerfindungsrecht“ sind prinzipiell auch solche Möglichkeiten wie von *Weber* angedacht – Aufklären bzw. Briefeschreiben – abgedeckt.

Allerdings setzt § 153a StPO genau wie § 153 StPO (Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit) voraus, dass es sich um Vergehen handelt – also solche Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe als ein Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind, § 12 Abs. 2 StGB. Das ist aber in den hier in Rede stehenden Fällen von vornherein ausgeschlossen, da alle anderen Taten außer Mord verjährt sind (§ 78 Abs. 2 StGB) und Mord nach dem Gesetz nun einmal zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 211 Abs. 1 StGB: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“).

An etwas versteckter Stelle lässt das Gesetz dennoch sogar die Einstellung (bzw. das Absehen von der Verfolgung) bei Verbrechen – also solchen Taten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind (§ 12 Abs. 1 StGB) – zu, und zwar in § 153b StPO i.V.m. § 46a StGB.<sup>27</sup> Nach der ersten Vorschrift kann die Staatsanwaltschaft mit der Zustimmung des Gerichts von der Verfolgung absehen (Abs. 1) bzw. das Gericht mit der Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten das Verfahren unter denselben Voraussetzungen einstellen (Abs. 2), unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte – und nach § 46a StGB kann das Gericht im Falle des sog. Täter-Opfer-Ausgleichs

(Nr. 1) oder der Schadenswiedergutmachung (Nr. 2) die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB mildern oder ganz von Strafe absehen.

So wichtig ist dem Gesetzgeber der TOA gewesen, dass er ihn sogar bei Verbrechen nicht von vornherein ausschließen wollte und in § 155a StPO sogar eine „Zentralnorm“ für den TOA etabliert hat, nach der Staatsanwaltschaft und Gericht „in jedem Stadium des Verfahrens“<sup>28</sup> die Möglichkeiten eine TOA prüfen und „in geeigneten Fällen“ darauf hinwirken sollen. Ob es sich hier um einen „geeigneten Fall“ handelt, darf freilich bezweifelt werden. Immerhin muss die ausgesprochen große Zahl von Opfern der Durchführung eines TOA nicht im Wege stehen, wenn die Opfer sich auf einen Repräsentanten ihrer Interessen – das könnte etwa das Internationale Auschwitz Komitee oder ein Opfer-Verband, wie z.B. eine Lagergemeinschaft, oder dergleichen sein – einigen können.<sup>29</sup> Auch kommt es zumindest nach den Buchstaben des Gesetzes in § 46a StGB (und auch in § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO) nur auf das „Bemühen“ (bzw. das „ernsthafte Bemühen“ in § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO) des Täters an und nicht auf die Bereitschaft des Opfers.<sup>30</sup>

Freilich setzt das Absehen von Strafe nach § 46a StGB – und damit auch die Einstellung des Verfahrens bzw. das Absehen von der Verfolgung nach § 153b StPO – voraus, dass im Einzelfall keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr „verwirkt“ ist.<sup>31</sup> Nun könnte man fragen, ob eine so geringe Freiheitsstrafe den hier in Rede stehenden Verbrechen überhaupt noch „tat- und schuldangemessen“ ist. Das erübrigt sich aber in den hier interessierenden Fällen von vornherein dadurch, dass § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB für die Beihilfe zum Mord ein Mindestmaß von drei Jahren vorsieht.<sup>32</sup> Entsprechend ist *Gröning* zu vier Jahren und *Demjanjuk* sogar zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden.

<sup>23</sup> *Beulke*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2008), § 153a Rn. 54.

<sup>24</sup> Das war bei dem Passauer Projekt zur „Gewalt im sozialen Nahraum“ etwa dann der Fall, wenn der Partner sich vom Täter bereits getrennt hatte; zum „Passauer Modellprojekt“: *Beulke*, MSchrKrim 1994, 363; *Beulke/Theerkorn*, NSiZ 1995, 475 f.; krit. etwa *Meier*, JZ 1995, 438; ausf. zur Kritik des juristischen Schrifttums *Beulke*, FS Kaiser, 1998, S. 1421.

<sup>25</sup> BGBl. I S. 2491.

<sup>26</sup> Vgl. *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 153a Rn. 54, wonach diese Auslegung als überholt anzusehen ist.

<sup>27</sup> Vgl. *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 153b Rn. 11; zum Verhältnis von § 153b StPO zu § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StPO (Täter-Opfer-Ausgleich) *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 153b Rn. 8 ff. – Ob das Nebeneinander unterschiedlicher Regelungen und Einstellungs Voraussetzungen freilich besonders sinnvoll ist, erscheint zweifelhaft, s. *Weber*, DRiZ 2000, 43.

<sup>28</sup> Was bereits die Frage hat aufkommen lassen, ob es sich beim TOA möglicherweise sogar um einen neuen „Verfahrensgrundsatz“ unseres Strafverfahrens handelt, vgl. *Buhlmann*, Die Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs als Verfahrensgrundsatz?, 2004.

<sup>29</sup> *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 155a Rn. 9. – Ob von einem TOA freilich auch dann noch gesprochen werden kann, wenn ein Teil der Opfer durch die Tat des Täters umgekommen und ein anderer Teil bereits vor dem Täter verstorben ist, ist allerdings fraglich, vgl. *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 153a Rn. 63: nicht anders als durch das Vorhandensein eines Opfers beschränkt. Das dürfte nur bei schon extrem weiter Gesetzesauslegung möglich sein; pauschal gegen die Anwendbarkeit des TOA auf vollendete Tötungsdelikte daher etwa *Maier*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 46a Rn. 3.

<sup>30</sup> Das war schon im Gesetzgebungsverfahren ein zentraler Streitpunkt, vgl. den Beratungsverlauf im Rechtsausschuss, BT-Drs. 14/2258, S. 8; *Beulke*, in: LR-StPO (Fn. 23), § 153a Rn. 61. – Immerhin bestimmt § 155a Satz 3 StPO: Gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten darf die Eignung nicht angenommen werden – was sich bei einer solchen Vielzahl von Opfern (Beihilfe zum Mord in 36.000 Fällen im Berliner Fall bzw. in 13.335 Fällen im Mannheimer Fall) leicht als unüberwindliche Hürde erweisen kann.

<sup>31</sup> Mit der „Ein-Jahres-Grenze“ hat der Gesetzgeber „einer zu großzügigen Nutzung“ vorbeugen wollen, s. *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46a Rn. 23. – Damit ist das ursprünglich verschuldete Unrecht ohne Einbeziehung der Wiedergutmachungsleistungen gemeint, ein Abstellen auf den bereits geminderten Strafraumen nach § 46a StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB (so aber z.B. *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46a Rn. 7) wäre nach *Streng* (a.a.O.), § 46a Rn. 24) zirkelschlüssig und widersprüchlich.

<sup>32</sup> Zur Kontroverse um die Möglichkeit der „doppelten Milderung“ infolge § 46a StGB, was einen Strafraumen von 6 Mo. bis 11. J. 3. Mo. ergäbe und damit theoretisch schon heute das Absehen von Strafe und damit auch von Verfolgung in den hier interessierenden Fällen erlaubte, s.o. Fn. 31.

#### IV. Vorschläge de lege ferenda

De lege ferenda böten sich verschiedene Stellschrauben an, um dem Anliegen von *Thomas Weber* noch zum Durchbruch zu verhelfen. So könnte – neben der Aufnahme einer Wahrheitskommission in das StGB (etwa als § 46c StGB) oder die StPO (etwa als § 153g StPO) nach ausländischem Vorbild – quasi „minimal-invasiv“ erwogen werden, die Worte „bis zu einem Jahr“ in § 46a StGB durch die Worte „bis zu fünf Jahren“ zu ersetzen. Freilich würden dann auch andere, jüngere Täter in den Genuss der Regelung kommen, was den Vorteil böte, dass es sich dabei um keine Spezialgesetz zugunsten von NS-Tätern handeln würde, aber auf der anderen Seite vielleicht als zu weit gehend empfunden würde.

Wollte man das vermeiden, so könnte man das – ohnehin wenig präzise<sup>33</sup> – Wörtchen „verwirkt“ durch eine Formulierung zu ersetzen versuchen, die statt auf die Höhe der zu erwartenden Strafe auf die erwartbare Dauer der Strafvollstreckung abstellt. Das würde der Tatsache Rechnung tragen, dass in den hier interessierenden Fällen von der ausgesprochenen Freiheitsstrafe aller Voraussicht nach ohnehin nur noch ein Bruchteil vollstreckt werden wird. Die damit ermöglichte Verfahrenseinstellung würde auch denjenigen entgegenkommen, die meinen, dass der Verfahrenszweck bei Todkranken und Uraltten nicht mehr erreichbar sei.<sup>34</sup> Zwar sind ein hohes Lebensalter und eine begrenzte Lebenserwartung als solches kein Verfahrenshindernis,<sup>35</sup> aber das wäre ja auch nicht der Einstellungsgrund – Einstellungsgrund bliebe die Wiedergutmachung/TOA.

Tatsächlich ist zu überlegen, ob nicht schon heute das Verfahren abgebrochen werden müsste, wenn von vornherein feststünde, dass der Angeklagte im Falle einer Verurteilung „vollstreckungsuntauglich“ sein wird. Normalerweise sind „Verhandlungsunfähigkeit“ und „Vollstreckungsuntauglichkeit“ zwei ganz verschieden Paar Schuhe. Auch wird eine Prognose derart, dass der Angeklagte zwar momentan noch verhandlungsfähig ist, aber nach dem Urteil (sicher) vollstreckungsuntauglich sein wird, kaum je möglich sein. Wäre sie es aber, was bei Über-90-Jährigen immerhin nicht völlig abwegig erscheint, dann müsste man durchaus über solche Vorwirkungen nachdenken – was in diesem Zusammenhang freilich nicht mehr besagen will, als dass die von Teilen der

Lit. (und auch vom *BVerfG*) favorisierte Vollstreckungslösung (s.o. I) dem nicht entgegensteht.

Auf die – dann allerdings noch immer – bestehenden grundsätzlichen Bedenken gegenüber einer Lösung unter der Fahne des „Täter-Opfer-Ausgleichs“<sup>36</sup> soll nicht weiter eingegangen werden, dazu nur soviel: Nachdem „Vergeltung“ überwiegend nicht mehr als legitimer Strafzweck angesehen wird, bleiben nur Präventionszwecke. Da aber ein spezialpräventives Strafbedürfnis ebenfalls ausscheidet bei Tätern, die jahrelang unbehelligt und gut integriert ihren Lebensabend gefristet haben, und auch negative Generalprävention unter den gegebenen gesellschaftspolitischen Umständen obsolet erscheint, bleibt nur die positive Generalprävention, also die Stärkung des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit, übrig – aber selbst die ermöglicht nach *Roxin* eine befriedigende Lösung erst in Verbindung mit einem „kommunikationstheoretischen Strafzweck“, der das „Genugtuungsinteresse der Opfer und ihrer Hinterbliebenen“ in den Vordergrund stelle.<sup>37</sup>

#### V. Fazit

Die Besorgnis, dass die Täter, die zugleich die letzten Zeitzeugen sind, sich verteidigen, indem sie – zum Nachteil der Gesellschaft – schweigen oder die Unwahrheit sagen, ist groß. Das muss der Rechtsstaat hinnehmen, dennoch kann man nach besseren Alternativen suchen. Eine Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen könnte eine solche Alternative sein eingedenk der Tatsache, dass die Freiheitsstrafe aller Voraussicht nach ohnehin nicht mehr, jedenfalls nicht vollständig vollstreckt werden wird. Die tatsächliche Dauer der Vollstreckung dürfte in vielen Fällen nicht höher liegen als ein Jahr – der Grenze, bis zu der das Gesetz die Einstellung nach erfolgtem TOA äußers-tenfalls hinnimmt. Dafür bräuchte es aber einer Gesetzesänderung. Sogar die Möglichkeit das gar nicht näher definierte Wörtchen „verwirkt“ schon jetzt in diesem Sinne auszulegen,<sup>38</sup> erscheint diskutabel, wird aber bei den Gerichten, die dann vor der Öffentlichkeit dafür gerade stehen müssten, voraussichtlich kaum Anklang finden. Überhaupt sehe ich momentan keine Bereitschaft, geschweige denn eine Mehrheit im Bundestag dafür, das heiße Eisen anzufassen, nachdem die Strafverfolgung mit 70-jähriger Verspätung gerade erst in Gang gekommen ist. Deshalb wird sich die Frage wohl eher durch Zeitablauf als durch proaktive Kriminalpolitik erledigen.

<sup>33</sup> Siehe oben Fn. 31. – Außer in § 46a, letzter Halbs. StGB kommt es auch in § 60 S. 2 StGB vor.

<sup>34</sup> Ausf. *Limbach*, Der drohende Tod als Strafverfahrenshindernis (1998). Damit wird jedoch das Feststellungsinteresse der Gemeinschaft als zu gering eingestuft, zur Wahrheitsfindung gehört zunächst die Aufklärung des Geschehens, vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 12; s. dazu auch *BVerfGE* 77, 65, 77.

<sup>35</sup> *Fahl*, ZJS 2011, 229, 233; *Prittowitz*, StV 2010, 648 (653 f.); vgl. auch *Beulke/Swoboda* (Fn. 34), Rn. 289 (dort auch zum anders gelagerten Fall einer konkreten Todeserwartung).

<sup>36</sup> Siehe dazu oben Fn. 29 f.

<sup>37</sup> *Roxin*, JR 2017, 88 (91).

<sup>38</sup> Siehe im Übrigen auch schon oben Fn. 32.

# Erforderlichkeit der Kriminalisierung des Cybermobbings – Sinnvolle Schließung einer Gesetzeslücke oder bloßes Symbolstrafrecht?

von Wiss. Mit. Dr. Tamina Preuß \*

## Abstract

Medienberichterstattungen über Fälle des Cybermobbings mit schwerwiegenden Auswirkungen auf die Betroffenen sind an der Tagesordnung. Beispiele aus jüngerer Zeit sind der Suizid einer dreizehnjährigen Schülerin aus dem Schweizer Kanton Aargau im August 2017, auf den eine Jugendliche über die Social-Media-Plattform Instagram mit der Drohung gegenüber einer Gleichaltrigen reagierte, diese werde genauso sterben wie die Suizidentin,<sup>1</sup> und der Fall des 15-jährigen Onur, der im niederländischen Enschede im Februar 2017, nachdem er ein ohne seine Erlaubnis veröffentlichtes Nacktfoto seiner Person auf Instagram entdeckt hatte, Suizid beging.<sup>2</sup> Im Internet getätigte Äußerungen, wie „mach doch Selbstmord“<sup>3</sup> sind unter Jugendlichen keine Seltenheit, aber auch unter Erwachsenen ist Cybermobbing ein ernst zu nehmendes Problem. Österreich hat mit Wirkung zum 1.1.2016 den Straftatbestand der „Fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ (§ 107c öStGB)<sup>4</sup> eingeführt, welcher das Cybermobbing explizit unter Strafe stellt. Das deutsche Recht sieht zwar für bestimmte dem Cybermobbing unterfallende Verhaltensweisen eine strafrechtliche Sanktionierung vor, kennt aber keinen eigenständigen Straftatbestand des Cybermobbings. Gegenstand dieses Beitrags ist die Frage, ob die Kriminalisierung des Cybermobbings als spezielles strafrechtlich sanktioniertes Delikt für den deutschen Gesetzgeber ebenfalls ein erforderlicher und zweckmäßiger Weg ist.

## I. Einführung

Während Mobbing in der Vergangenheit hauptsächlich im

Zusammenhang mit Vorfällen am Arbeitsplatz und in der Schule diskutiert wurde, findet es durch die zunehmende Mediatisierung nunmehr auch unter Verwendung der elektronischen Medien in Gestalt des sog. Cybermobbings statt. Cybermobbing, teilweise auch als Cyberbullying bezeichnet,<sup>5</sup> betrifft insbesondere Kinder und Jugendliche. So gaben im Jahr 2015 18 Prozent der Jugendlichen im Alter von 13 bis 18 Jahren in Deutschland an, bereits als Opfer Erfahrungen mit Cybermobbing gemacht zu haben.<sup>6</sup> Doch auch unter Erwachsenen ist Cybermobbing ein nicht zu unterschätzendes Problem, etwa im Berufs- und Wirtschaftsleben bei Angriffen auf missliebige Arbeitskollegen oder Mitbewerber oder am Rande familien- und erbrechtlicher Auseinandersetzungen.<sup>7</sup> Ebenso ist Cybermobbing gegen Lehrpersonal mittlerweile ein bekanntes Phänomen.<sup>8</sup> Im Jahr 2018 waren in der Bundesrepublik knapp 30 Prozent der Erwachsenen als Täter, Opfer oder Beobachter mit Cybermobbing konfrontiert.<sup>9</sup> Im selben Jahr gaben 45 Prozent der Opfer von Cybermobbing in Deutschland an, in ihrem Arbeitsumfeld von Cybermobbing betroffen gewesen zu sein.<sup>10</sup>

Nach einer kurzen Klärung der Begriffe des Mobbings und des Cybermobbings werden die Charakteristika und Auswirkungen des Cybermobbings dargestellt. Um beurteilen zu können, ob die Einführung eines „Cybermobbing“-Tatbestandes sinnvoll ist, ist die rechtliche Erfassung des Cybermobbings de lege lata zu untersuchen. Im Anschluss werden die bisher angestellten Überlegungen de lege ferenda sowie die strafrechtliche Sanktionierung des Cybermobbings nach österreichischem Recht vorgestellt, ehe abschließend Stellung bezogen wird, ob und gegebenenfalls in welcher Form eine über das derzeitige

\* Dr. Tamina Preuß ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur. an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> Diese Drohung führte wiederum zu heftigen Reaktionen weiterer Nutzer des Netzwerks, sodass die „Mobberin [...] zur Gemobbten“ wurde, Maurer, Aargauer Zeitung v. 9.10.2017, [https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/du-wirst-gerade-so-sterben-wie-sabrina-jetzt-ermittelt-die-jugendanwaltschaft-131785314?cx\\_navSource=recommendationsTop](https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/du-wirst-gerade-so-sterben-wie-sabrina-jetzt-ermittelt-die-jugendanwaltschaft-131785314?cx_navSource=recommendationsTop) (zuletzt abgerufen am 8.1.2019). Die Urheberin der Drohung wurde mittlerweile durch Strafbefehl wegen versuchter Drohung und Beschimpfung zu einer persönlichen Leistung verurteilt, Badener Tagblatt v. 30.9.2018, <https://www.badenertagblatt.ch/aargau/baden/du-wirst-gerade-so-sterben-wie-sabrina-jugendliche-nach-cyber-mobbing-verurteilt-133524021> (zuletzt abgerufen am 8.1.2019).

<sup>2</sup> Hetzel, Berliner Morgenpost v. 21.2.2017, <https://www.morgenpost.de/vermischtes/article209684043/Nacktfoto-im-Internet-15-jaehriger-Junge-begeht-Selbstmord.html> (zuletzt abgerufen am 8.1.2019).

<sup>3</sup> Vgl. Kroker, WirtschaftsWoche v. 19.6.2018, <https://www.wiwo.de/my/technologie/digitale-welt/cybermobbing-bei-tellonym-mach-doch-selbstmord/22684200.html> (zuletzt abgerufen am 9.1.2019).

<sup>4</sup> BGBl I 2015, S. 112.

<sup>5</sup> Statt vieler Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (787). Der Begriff wird teilweise synonym für Cybermobbing verwendet, insbesondere im anglikanischen Sprachraum aber auch nur für Cybermobbing unter Kindern und Jugendlichen, Fawzi, Cyber-Mobbing. Ursachen und Auswirkungen von Mobbing im Internet, 2009, S. 48 f.

<sup>6</sup> Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/638941/umfrage/erfahrungen-von-jugendlichen-mit-cybermobbing-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 9.1.2019).

<sup>7</sup> Fawzi, S. 49; Giebel, NJW 2017, 977 (977); Katzer, Cybermobbing, Wenn das Internet zur W@ffe wird, 2014, S. 12, 58.

<sup>8</sup> S. Beck, MMR 2009, 736; S. M. Beck, MMR 2008, 77. Dies betrifft beispielsweise Äußerungen über Bewertungsportale, Ernst, NJW 2009, 1320 (1321).

<sup>9</sup> Bündnis gegen Cybermobbing, Mobbing und Cybermobbing bei Erwachsenen – die allgegenwärtige Gefahr, 2018, [https://www.buendnis-gegen-cybermobbing.de/fileadmin/pdf/studien/mobbingstudie\\_erwachsene\\_2018.pdf](https://www.buendnis-gegen-cybermobbing.de/fileadmin/pdf/studien/mobbingstudie_erwachsene_2018.pdf), S. 21 (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>10</sup> Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/917454/umfrage/umfeld-von-cybermobbingvorfaellen-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 9.1.2019).

Recht hinausgehende Kriminalisierung des Cybermobbings angezeigt ist.

## II. Begriff des Mobbings

Da es sich beim Cybermobbing um einen Sonderfall des klassischen Mobbings handelt,<sup>11</sup> ist im Ausgangspunkt zu klären, was man unter Mobbing versteht.<sup>12</sup> Die Bezeichnung „Mobbing“ leitet sich vom englischen Verb „to mob“ ab, welches „jemanden anpöbeln“ oder „über ihn herfallen“ bedeutet.<sup>13</sup> Nach dem arbeitsrechtlichen Begriffsverständnis bezeichnet „Mobbing“ fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die nach ihrer Art und ihrem Ablauf im Regelfall einer übergeordneten, von der Rechtsordnung nicht gedeckten Zielsetzung förderlich sind und in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen.<sup>14</sup> Mobbing ist hiernach weder ein Rechtsbegriff noch eine Anspruchsgrundlage, sondern eine rechtlich zu würdigende tatsächliche Erscheinung,<sup>15</sup> mit der im arbeitsgerichtlichen Verfahren keine Beweiserleichterungen verbunden ist.<sup>16</sup> Die juristische Bedeutung des Begriffs besteht darin, dass der Rechtsanwendung Verhaltensweisen in ihrer Gesamtheit zugänglich werden, die bei isolierter Betrachtung der einzelnen Handlung die tatbestandlichen Voraussetzungen von Anspruchs-, Gestaltungs- und Abwehrrechten nicht oder nicht in einem der Tragweite des Falles angemessenen Umfang erfüllen würden.<sup>17</sup> Abgegrenzt wird Mobbing von im Betrieb allgemein üblichen oder rechtlich erlaubten und deshalb hinzunehmenden Verhaltensweisen,<sup>18</sup> kurzfristigen Konfliktsituationen ohne das erforderliche systematische Vorgehen<sup>19</sup> sowie von gegenseitigen Auseinandersetzungen, bei denen eine eindeutige Täter-Opfer-Zuordnung nicht möglich ist.<sup>20</sup> Wesensmerkmal des Mobbings ist eine systematische Vorgehensweise, die zu bejahen ist, wenn ein Zusammenhang zwischen einzelnen gleichgelagerten, die Rechte des Betroffenen verletzenden Verhaltensweisen besteht.<sup>21</sup> Dieser ergibt sich nicht nur aus dem zeitlichen Ablauf, sondern

erfordert regelmäßig auch eine identische Zielsetzung.<sup>22</sup>

## III. Begriff des Cybermobbings

Cybermobbing bezeichnet die gezielte wiederholte und damit anhaltende Bloßstellung, Belästigung oder Ausgrenzung des Einzelnen durch mehrere andere Personen mittels Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologie, welche die Lebensgestaltung des Opfers eintrübt. Dem Zusammenwirken muss kein vorgefasster Plan zu Grunde liegen; das Ausnutzen der Gegebenheiten ist ausreichend.<sup>23</sup> Teilweise wird das Kräfteungleichgewicht zwischen Mobber und Gemobbtetem als notwendiges Begriffsmerkmal des Cybermobbings eingeordnet<sup>24</sup> oder das Hervorrufen einer Rechtsgutverletzung beim Betroffenen zur Voraussetzung gemacht.<sup>25</sup> Die genutzten Informations- und Kommunikationstechnologien umfassen Instant Messenger (wie WhatsApp, Skype), Chatrooms (wie Knuddels), Soziale Netzwerke (wie Facebook, Instagram), Videoportale (wie YouTube), E-Mails, Blogs, Foren, Webseiten,<sup>26</sup> die teilweise eigens dafür eingerichtet wurden, andere zu diffamieren,<sup>27</sup> aber auch Mobiltelefone,<sup>28</sup> Online-Gästebücher<sup>29</sup> und Online-Rollenspiele.<sup>30</sup> Unter Schülern treten Cybermobbing-Attacken am häufigsten über Instant Messaging auf.<sup>31</sup>

## IV. Charakteristika und Auswirkungen des Cybermobbings

Die Erscheinungsformen von Cybermobbing sind vielfältig.<sup>32</sup> Willard unterteilt Cybermobbing in sieben Varianten.<sup>33</sup> Umfasst sind demnach das „Flaming“ – dies bezeichnet, öffentliches Streiten mit Beleidigungen, vulgären Ausdrücken und gelegentlich auch unter Aussprache von Drohungen –, „Cyberthreats“ – die Androhung von Gewalt –, „Harassment“ – die wiederholte und fortlaufende öffentliche oder nichtöffentliche einseitige Anfeindung durch Nachrichten –, „Denigration“ – Verbreitung von Gerüchten über das Mobbingopfer – und „Impersonation“, bei der der Mobbende sich als sein Opfer ausgibt

<sup>11</sup> Palfrey/Gasser, Generation Internet, Die Digital Natives: Was sie leben | Was sie denken | Wie sie arbeiten, 2008, S. 115.

<sup>12</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (164).

<sup>13</sup> Benecke, NZA-RR 2003, 225 (226); Bieszk/Sadtler, NJW 2007, 3382 (3382); Grunewald, NZA 1993, 1071 (1071); Haller/Koch, NZA 1995, 356 (356); Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 369 (370).

<sup>14</sup> LAG Thüringen, BeckRS 2005, 42697; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2005, 15 (16); LAG Berlin, BeckRS 2004, 40204; LAG Bremen, NZA-RR 2003, 234 (235); LAG Hamm, NZA-RR 2003, 8 (9); LAG Rheinland-Pfalz, NZA-RR 2002, 121 (122); LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 577 (579 f.). Die Instanzgerichte haben damit die Definition des BAG (NZA 1997, 781 [781]) weiterentwickelt.

<sup>15</sup> BAG, NZA 2008, 223 (225); NZA 2007, 1154 (1159); LAG Berlin, BeckRS 2004, 40204; Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 369 (370).

<sup>16</sup> BAG, NZA 2007, 1154 (1162); Benecke, NZA-RR 2003, 225 (229); Rieble/Klumpp, ZIP 2002, 369 (380). A.A. LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 347 (358); kritisch hierzu BAG, NZA 2007, 1154 (1162); ArbG München, NZA-RR 2002, 123 (124).

<sup>17</sup> LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 347 (357); Wickler, DB 2002, 477 (480).

<sup>18</sup> LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2005, 15 (16); LAG Bremen, NZA-RR 2003, 234 (235); LAG Hamm, NZA-RR 2003, 8 (9); LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 577 (579); Wickler, DB 2002, 477 (482).

<sup>19</sup> LAG Bremen, NZA-RR 2003, 234 (235 f.); LAG Hamm, NZA-RR 2003, 8 (9).

<sup>20</sup> LAG Thüringen, BeckRS 2005, 42697; Benecke, NZA-RR 2003, 225 (226 f.); Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. (2017), § 36 Rn. 54.

<sup>21</sup> LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 577 (580); NZA-RR 2001, 347 (358).

<sup>22</sup> LAG Thüringen, NZA-RR 2001, 347 (358).

<sup>23</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (164); Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (788). Ähnlich Katzer, S. 2, 60.

<sup>24</sup> Reum, Cybermobbing, 2014, S. 64; Willard, Cyberbullying and cyberthreats, 2007, S. 27.

<sup>25</sup> Reum, S. 64.

<sup>26</sup> Katzer, S. 65.

<sup>27</sup> Vgl. Katzer, S. 65 f. zum Beispiel „Isharegossip“.

<sup>28</sup> Hey, BB 2013, 2805 (2805); Palfrey/Gasser, S. 112.

<sup>29</sup> Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (788).

<sup>30</sup> Katzer, S. 65.

<sup>31</sup> Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/718715/umfrage/genutzte-medien-fuer-cybermobbing-unter-schuelern-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>32</sup> Vgl. Reum, S. 52.

<sup>33</sup> Zum Ganzen Willard, S. 5 ff. Vgl. auch Fawzi, S. 53 f.; Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, The Wiley Handbook of Psychology, Technology and Society, 2015, S. 142 (145).

und sich in dessen Namen negativ verhält, indem er beispielsweise andere beleidigt. Zum Cybermobbing zählt hiernach weiter die als „Outing and Trickery“ bezeichnete Veröffentlichung intimer aus privater Kommunikation erlangter Informationen über das Opfer oder deren Weiterleitung an Dritte, „Exclusion“ – die Ausgrenzung des Opfers – und das sog. „Cyberstalking“, also Nachstellen im Internet in Form von Verfolgung und Belästigung. Daneben fällt die Veröffentlichung privater Fotos und Videos des Opfers, die gegebenenfalls manipuliert werden, indem der Betroffene beispielsweise als Teilnehmer eines Pornofilms oder als Opfer einer Hinrichtung dargestellt wird um ihn zu diffamieren, unter den Begriff des Cybermobbings.<sup>34</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass sich der Mobbende die Zugangsdaten des Opfers zu einem sozialen Netzwerk verschafft und im Namen des Opfers für dieses peinliche Informationen veröffentlicht.<sup>35</sup> Teilweise wird auch „Happy Slapping“ („fröhliches Schlagen“), bei dem sich die zumeist jugendlichen Täter – oftmals willkürlich – ein Opfer aussuchen, es körperlich angreifen, Filmaufnahmen von dem Angriff erstellen und die Aufnahmen anschließend im Internet veröffentlichen oder via Mobiltelefon versenden, dem Cybermobbing zugeordnet.<sup>36</sup>

Differenziert wird zwischen geschlossenem und öffentlichem Cybermobbing. Während beim geschlossenen bzw. privaten Cybermobbing, das vor allem über Messenger oder private Nachrichten in sozialen Netzwerken erfolgt, die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, erfolgt öffentliches Cybermobbing allgemein zugänglich.<sup>37</sup> Geschlossenes Mobbing kann öffentlich werden, wenn die vormals private Kommunikation veröffentlicht wird.<sup>38</sup> Weiter wird in direktes Cybermobbing, worunter Beleidigung, sozialer Ausschluss, Bedrohung und Erpressung einzuordnen sein sollen, und indirektes Cybermobbing, welches das Verbreiten von Lügen, Geheimnissen und privatem Bildmaterial sowie die Identitätsübernahme des Opfers umfassen soll, unterteilt.<sup>39</sup>

Sowohl das klassische Mobbing als auch das Cybermobbing sind Akte, die Aggressionen seitens der Mobbenden ausdrücken<sup>40</sup> und bei denen der Täter i.d.R. eine Schädigungsmotivation aufweist.<sup>41</sup> Beide Verhaltensweisen finden nicht nur einmalig, sondern länger andauernd bzw.

wiederholt statt.<sup>42</sup> Fast 40 Prozent der Cybermobbingattacken dauerten nach einer 2018 in Deutschland durchgeführten Umfrage länger als ein halbes Jahr.<sup>43</sup> Sowohl am Offline-Mobbing als auch am Cybermobbing ist typischerweise eine Mehrzahl von Personen beteiligt; insbesondere gibt es jeweils auch Zuschauer.<sup>44</sup> Anders als beim traditionellen Mobbing, weiß der Gemobbte beim Cybermobbing oftmals nicht, wie viele Zuschauer über den Vorfall informiert sind.<sup>45</sup> Beim Cybermobbing erschöpft sich die Mitwirkung der Zuschauer häufig darin, Zustimmung zu zeigen (etwa durch „Emojis“ oder das „Liken“ in sozialen Netzwerken).<sup>46</sup> In beiden Fällen ergibt sich die Wirkung für das Mobbingopfer aus dem Zusammenwirken mehrerer beteiligter Personen und der Summierung mehrerer Vorfälle. Sowohl Offline-Mobbing als auch Cybermobbing treten typischerweise zwischen Personen auf, zwischen denen ein Kräfte- bzw. Machtungleichgewicht besteht.<sup>47</sup> Während körperliche Kraft beim traditionellen Mobbing eine große Rolle spielt, kann das ungleiche Kraftverhältnis beim Cybermobbing auch darauf beruhen, dass der Mobbende seine Identität verbirgt<sup>48</sup> oder den Umgang mit dem Internet besser beherrscht als sein Opfer.<sup>49</sup> In beiden Fällen des Mobbings kommt es selten zur Anzeige des Opfers. Die Gründe hierfür divergieren jedoch: Während beim traditionellen Mobbing Angst vor Vergeltung seitens des Täters der primäre Grund dafür ist, von einer Anzeige abzusehen, spielt beim Cybermobbing, sofern es unter Kindern und Jugendlichen geschieht, die Angst der Betroffenen, dass ihre Eltern ihren Zugang zum Internet zu ihrem Schutz sperren bzw. beschränken eine große Rolle.<sup>50</sup>

Im Unterschied zum Offline-Mobbing wird beim Cybermobbing ein viel größeres Publikum erreicht.<sup>51</sup> Der einmal veröffentlichte Angriff ist weltweit und dauerhaft abrufbar, kaum mehr löschar<sup>52</sup> und kann sehr leicht weiter verbreitet werden (etwa durch die Nutzung der Funktion des „Teilens“ in den sozialen Netzwerken).<sup>53</sup> Zunächst Außenstehende können sich ohne Weiteres an den Mobbingattacken beteiligen.<sup>54</sup> Die Verletzte des Cybermobbings treten häufig anonym oder unter einem Pseudonym („Nickname“) auf.<sup>55</sup> Das Opfer weiß oftmals nicht, um wen es sich bei dem Mobbenden handelt.<sup>56</sup> Die (tatsächliche oder vermeintliche) Anonymität des Täters führt zu

<sup>34</sup> S. Beck, MMR 2009, 736 (737); Reum, S. 51.

<sup>35</sup> Katzer, S. 63.

<sup>36</sup> Fawzi, S. 54. Vgl. auch Reum, S. 51 f. – umfasst, sofern der Betroffene über das Ereignis hinaus weiteren schikanierenden Handlungen durch die Mobbingtäter ausgesetzt ist.

<sup>37</sup> Reum, S. 52 f.

<sup>38</sup> Reum, S. 56. Vgl. auch Fawzi, S. 51 f. mit der weiteren Kategorie des halb-öffentlichen Cybermobbings, welches Anwendungen betrifft, für deren Nutzung eine Registrierung erforderlich ist.

<sup>39</sup> Willard, S. 30. Zur Unterteilung in verbales und psychisches Mobbing Katzer, S. 62.

<sup>40</sup> Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142, 145.

<sup>41</sup> Katzer, S. 60.

<sup>42</sup> Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142, 145.

<sup>43</sup> Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/917137/umfrage/zeitliche-dauer-von-cybermobbingvorfaellen-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>44</sup> Katzer, S. 58, 60. Zum klassischen Mobbing Scheithauer/Hayer, in: Gollwitzer/Pfetsch u.a., Gewaltprävention bei Kindern und Jugendlichen (2007), S. 15, 27.

<sup>45</sup> Fawzi, S. 63.

<sup>46</sup> Giebel, NJW 2017, 977 (978).

<sup>47</sup> Katzer, S. 58, 60; Langos, ‚Cyberbullying: The Challenge to Define‘, Cyberpsychol Behav, 15[6], 285 (286 f.); Whittaker/Kowalski (2005) Cyberbullying Via Social Media, Journal of School Violence, 14[1], 11-29.

<sup>48</sup> Reum, S. 63.

<sup>49</sup> Whittaker/Kowalski (2005) Cyberbullying Via Social Media, Journal of School Violence, 14[1], 11-29.

<sup>50</sup> Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142 (146).

<sup>51</sup> A.a.O.

<sup>52</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (164); Hilgendorf, ZIS 2010, 208 (213); Katzer, S. 10, 16, 61; Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (788). Zur Internetbeleidigung Krischker, JA 2013, 488 (489). Selbst wenn eine Löschung aus dem Internet erfolgt ist, hat das Opfer keine Gewissheit, dass die in Rede stehenden Informationen bzw. Bilder nicht bereits von anderen Nutzern auf ihren Endgeräten abgespeichert wurden.

<sup>53</sup> Hilgendorf, ZIS 2010, 208 (212); Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (788).

<sup>54</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (164 f.).

<sup>55</sup> Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142 (145).

<sup>56</sup> Fawzi, S. 49; Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142 (145).

verstärkten Ohnmachtsgefühlen seitens der Opfer, da sie befürchten nicht beweisen zu können, wer sie mobbt, und daher keine Hilfe zu erhalten<sup>57</sup> und dazu, dass sie möglicherweise beginnen, hinter Personen in ihrem Umfeld den Täter zu vermuten.<sup>58</sup> Dem Täter des Cybermobbings wird, etwa am heimischen Computer sitzend, das Gefühl von Anonymität vermittelt, wodurch er sich sicherer als beim klassischen Mobbing fühlt.<sup>59</sup> Mit den Reaktionen seines Opfers ist er nicht direkt konfrontiert, sodass er weniger Empathie als in einer „Face-to-Face“-Situation empfindet.<sup>60</sup> Man spricht insofern von einem „Enthemmungseffekt“.<sup>61</sup> Oftmals fehlt den Tätern des Cybermobbings – gerade bei spontanen Reaktionen – das Unrechtsbewusstsein.<sup>62</sup> Das gemobbte Opfer ist nicht nur in einem begrenzten sozialen Raum (wie der Schule oder der Arbeitsstelle), sondern überall und 24 Stunden am Tag für die Mobber erreichbar.<sup>63</sup> Es kann sich dem Cybermobbing nicht durch einen Wechsel des sozialen Umfelds entziehen.<sup>64</sup> Selbst wenn das Opfer die negativen Informationen nicht direkt sieht, tun dies möglicherweise bereits andere.<sup>65</sup> Im Cyber-Umfeld ist auf einfachem Wege die Manipulation von Inhalten, Bildern und Videos möglich, sodass besonders schwerwiegende Mobbingangriffe vorgenommen werden können.<sup>66</sup> All diese Faktoren führen dazu, dass Cybermobbing als eine gegenüber sonstigem Mobbing erhöhte Intensität der Schikane empfunden wird.<sup>67</sup>

Die Täter des Cybermobbings sind regelmäßig sozial integriert<sup>68</sup> und oftmals daneben Mobber in der realen Welt,<sup>69</sup> teilweise aber auch Opfer traditionellen Mobbings.<sup>70</sup> Sie werden als impulsiv, dominant, leicht frustriert und eine geringe Empathiefähigkeit aufweisend beschrieben.<sup>71</sup> Die Opfer haben häufig ein negatives Selbstbild<sup>72</sup> und Probleme sich vor anderen zu behaupten<sup>73</sup> und werden vielfach auch außerhalb des Internets gemobbt.<sup>74</sup> Es handelt sich oftmals um Personen, die viel Privates im Internet preisgeben.<sup>75</sup> Die Motive für Cybermobbing sind vielschichtig<sup>76</sup> und unterscheiden sich kaum von denen des klassischen Mobbings,<sup>77</sup> beginnend bei persönlichem Ärger mit der betroffenen Person und der Rache für früheres Mobbing, über die Annahme, dass das Opfer es verdient habe gemobbt zu werden, Imponiergehabe und die

Ablenkung von eigenen Minderwertigkeitskomplexen bis hin zu Mitläufertum („weil andere das auch machen“), zum Abreagieren schlechter Laune und zum bloßen Verdrängen von Langeweile.<sup>78</sup> Unter Erwachsenen können zudem berufliche Gründe, wie ein schlechtes Arbeitsklima oder Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes, relevant sein.<sup>79</sup> Die Auswirkungen auf die Opfer beginnen beim Rückzug aus den sozialen Netzwerken und dem Privatleben – bei Schülern häufig Schulverweigerung – und reichen bis hin zu psychosomatischen und psychischen Erkrankungen. In gravierenden Fällen kommt es zum Suizidversuch oder Suizid (sog. Bullycide).<sup>80</sup>

## V. Die rechtliche Einordnung de lege lata

Nummehr ist zu fragen, wie sich das gesellschaftliche Phänomen des Cybermobbings de lege lata rechtlich erfassen lässt. Hierbei liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf der strafrechtlichen Sanktionierung.

### 1. Strafrechtliche Sanktionierung

In Deutschland existiert bislang, trotz entsprechender Vorschläge, kein eigenständiger Cybermobbing-Straftatbestand; viele dem Cybermobbing zugehörige Handlungen sind aber bereits nach geltendem Recht strafbar.<sup>81</sup>

#### a) Ehrverletzungsdelikte, §§ 185 ff. StGB

Die Ehrverletzungsdelikte der §§ 185 ff. StGB folgen dem Grundsatz der Technikneutralität.<sup>82</sup> Einen speziellen Tatbestand der „Internetbeleidigung“<sup>83</sup> gibt es bis dato nicht. Im Rahmen von Cybermobbing erfolgende Angriffe auf die Ehre der Betroffenen erfüllen aber oftmals die Straftatbestände der Beleidigung, Verleumdung oder üblen Nachrede.<sup>84</sup> Ob das „Liken“ einer ehrverletzenden Äußerung (Drücken des „gefällt mir“-Buttons) und das „Teilen“ täterschaftliche Beleidigungen<sup>85</sup> oder nur Beihilfe zur Beleidigung einer anderen Person darstellen,<sup>86</sup> ist strittig. Das „Teilen“ ist als Verbreiten i.S.d. §§ 186 f. StGB, worunter man die Weitergabe einer Tatsachenäußerung als Gegenstand fremder Überzeugung versteht,<sup>87</sup> zu klassifizieren.<sup>88</sup> Oftmals dürften die Qualifikationstatbestände

<sup>57</sup> Katzer, S. 61 m.w.N.

<sup>58</sup> Fawzi, S. 60 f.

<sup>59</sup> A.a.O., S. 58.

<sup>60</sup> Katzer, S. 5 f.; Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142, 145; Palfrey/Gasser, S. 112 f.

<sup>61</sup> Palfrey/Gasser, S. 113.

<sup>62</sup> Vgl. zur Internetbeleidigung Krischker, JA 2013, 488 (493).

<sup>63</sup> Katzer, S. 61; Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142 (145 f.).

<sup>64</sup> Fawzi, S. 49; Katzer, S. 104.

<sup>65</sup> Kowalski/Whittaker, in: Rosen/Cheever/Carrier, S. 142 (146).

<sup>66</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165).

<sup>67</sup> Reum, S. 60 f.

<sup>68</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (167).

<sup>69</sup> Katzer, S. 76 f. Für Mobbing unter Jugendlichen Katzer/Fetchenhauer, in: Gollwitzer/Pfetsch u.a., Gewaltprävention bei Kindern und Jugendlichen (2007), S. 123 (128 f.).

<sup>70</sup> Fawzi, S. 57 m.w.N.

<sup>71</sup> Willard, S. 33.

<sup>72</sup> Für Mobbing unter Jugendlichen Katzer, S. 93 ff.

<sup>73</sup> Willard, S. 33.

<sup>74</sup> Für Mobbing unter Jugendlichen Katzer/Fetchenhauer, in: Gollwitzer/Pfetsch u.a., S. 123 (131).

<sup>75</sup> Katzer, S. 98 f.

<sup>76</sup> A.a.O., S. 77.

<sup>77</sup> Willard, S. 33.

<sup>78</sup> Fawzi, S. 58; Katzer, S. 83 f.; Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/917464/umfrage/motive-von-cybermobbing-taetern-in-deutschland/>; <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/718720/umfrage/motive-der-taetern-von-cybermobbing-unter-schuelern-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>79</sup> Katzer, S. 12.

<sup>80</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165); Katzer, S. 75, 101 ff.

<sup>81</sup> Katzer, S. 71.

<sup>82</sup> Reum, S. 103.

<sup>83</sup> Vgl. Krischker, JA 2013, 488.

<sup>84</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165). Weiterführend zur Strafbarkeit des Diensteanbieters wegen Beleidigung durch Unterlassen Zaczek, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 185 Rn. 19.

<sup>85</sup> So Zaczek, in: NK-StGB, Vorb. zu §§ 185 ff. Rn. 22a.

<sup>86</sup> So Krischker, JA 2013, 488 (490 ff.).

<sup>87</sup> Statt vieler Valerius, in: BeckOK-StGB, 40. Aufl. (2018), § 186 Rn. 13.

<sup>88</sup> Reum, S. 104 f.

der öffentlichen Verleumdung bzw. üblen Nachrede (§§ 186 Var. 2, 187 Var. 2 StGB) erfüllt sein,<sup>89</sup> da frei zugänglich in das Internet gestellte Äußerungen von einem nach Zahl und Zusammensetzung nicht bestimmbar Personenkreis zur Kenntnis genommen werden können.<sup>90</sup> Eine Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB liegt i.d.R. fern. Zu beachten ist, dass die Verbreitung wahrer Tatsachenbehauptungen (z.B. durch Verbreitung einer Videoaufnahme, die den Betroffenen in einer intimen oder unangenehmen Situation zeigt) nur nach Maßgabe des § 192 StGB als Formalbeleidigung strafbar ist, wenn sich das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen ergibt.<sup>91</sup> Hierunter fällt nach h.M. jedoch auch der sog. Publikationsexzess, d.h. die Veröffentlichung der Tatsache in einer Form, die ihrer Bedeutung nicht angemessen ist.<sup>92</sup> Der reine Vorgang der Informationsgewinnung über das Opfer (wie Filmen, Fotografieren, Beobachten) erfüllt für sich genommen kein Ehrverletzungsdelikt,<sup>93</sup> kann aber nach §§ 201 f. StGB strafbar sein.

#### b) Schutz der Vertraulichkeit im privaten Raum

Beim Cybermobbing liegt mitunter eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a StGB vor.<sup>94</sup> Umfasst sind u.a. das Anfertigen und die Weitergabe der Bildaufnahme einer Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet oder einer Bildaufnahme, welche die Hilfslosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, wenn hierdurch der höchstpersönliche Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird (§ 201a Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB). Insbesondere ist es nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB auch strafbar wissentlich unbefugt bestimmte, befugt hergestellte Bildaufnahmen der in Nrn. 1 oder 2 bezeichneten Art einer dritten Person zugänglich zu machen, wenn dies den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt. Daneben stellt § 201a Abs. 2 StGB, der gerade zur Bekämpfung des Cybermobbings eingeführt wurde,<sup>95</sup> es unter Strafe, unbefugt eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer anderen Person zugänglich zu machen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB Selbstaufnahmen nicht miteinbezieht, da in § 201a Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB von der Bildaufnahme einer anderen Person die Rede ist<sup>96</sup>, sodass

die Verwendung vom Opfer erstellter „Selfies“ nicht erfasst wäre. § 201a Abs. 2 StGB bezieht sich dagegen seinem Wortlaut nach auch auf Selbstaufnahmen. Verlangt wird weiterhin, dass die betroffene Person auf der Bildaufnahme erkennbar ist.<sup>97</sup> Wenn eine Videoaufnahme mit Tonspur erstellt wird, kommt auch die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB in Betracht,<sup>98</sup> die gegebenenfalls Tateinheitlich mit § 201a StGB vorliegt.<sup>99</sup>

#### c) Schutz des Rechts der Selbstdarstellung

Die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen entgegen §§ 23, 23 KunstUrhG, und damit insbesondere ohne Einwilligung des Betroffenen, ist in § 33 KunstUrhG unter Strafe gestellt. Unter den Begriff des Bildnisses fallen alle Abbildungen, welche die äußere Erscheinung einer Person erkennbar wiedergeben.<sup>100</sup> Dies kann durch Erkennbarkeit der Gesichtszüge oder aber auch einen Namenszusatz der Fall sein; ausreichend ist, dass der Betroffene begründeten Anlass hat, zu befürchten, er könne auf der Abbildung im (auch weiteren) Bekanntenkreis identifiziert werden.<sup>101</sup> Auf die Art der Darstellung und das Darstellungsmedium kommt es nicht an, sodass auch Karikaturen des Betroffenen umfasst sind.<sup>102</sup> Werden derartige Bildnisse im Rahmen elektronischer Kommunikation an Dritte übersendet, wodurch diese die Verfügungsgewalt erlangen, liegt eine den Tatbestand des § 33 KunstUrhG erfüllende Verbreitung vor; bei einer Verbreitung im Internet ist eine ebenfalls tatbestandsmäßige öffentliche Zurschaustellung anzunehmen.<sup>103</sup> Erfüllt die Erstellung der Bild- oder Videoaufnahme bereits § 201a StGB, steht dieser Tatbestand in Tateinheit zu § 33 KunstUrhG.<sup>104</sup>

#### d) Nachstellung, § 238 StGB

Cybermobbing kann auch Elemente der Nachstellung nach § 238 StGB, des sog. Stalking, beinhalten.<sup>105</sup> So umfasst § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB gerade den Versuch der beharrlichen Kontaktaufnahme zum Opfer u.a. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln.<sup>106</sup> Auch weisen Cybermobbing und (Cyber-)Stalking gewisse Parallelen auf. Beide Verhaltensweisen werden durch beharrliches Verhalten verwirklicht,<sup>107</sup> sind nicht auf den Privat- bzw. Arbeitsbereich begrenzt,<sup>108</sup> setzen sich aus einer Vielzahl von Einzelhandlungen zusammen, die für sich

<sup>89</sup> S. Beck, MMR 2009, 736 (738). Zur Frage, ob dies auch bei Veröffentlichungen in Plattformen, die erst nach Registrierung genutzt werden können, und bei Äußerungen gegenüber „Freunden“ in den sozialen Netzwerken gilt, Reum, S. 110. ff.

<sup>90</sup> Vgl. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 186 Rn. 34 m.w.N.

<sup>91</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165); Reum, S. 108.

<sup>92</sup> Zaczyk, in: NK-StGB, § 192 Rn. 4.

<sup>93</sup> S. M. Beck, MMR 2008, 77 (79).

<sup>94</sup> Vgl. Cornelius, ZRP 2014, 164 (165).

<sup>95</sup> BT-Drs. 18/2610, S. 36 f.

<sup>96</sup> Bosch, in: SSW-StGB, 4. Aufl. (2019), § 201a Rn. 5. A.A. Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 201a Rn. 12.

<sup>97</sup> Graf, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 201a Rn. 29. A.A. S. M. Beck, MMR 2008, 77 (79, 82); Koch, GA 2005, 589 (595).

<sup>98</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165).

<sup>99</sup> Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 112.

<sup>100</sup> S. M. Beck, MMR 2008, 77 (79); Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 220. EL (Juli 2018), § 33 KunstUrhG Rn. 5.

<sup>101</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (166) m.w.N.

<sup>102</sup> S. M. Beck, MMR 2008, 77 (80); Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, § 33 KunstUrhG Rn. 6.

<sup>103</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (166 mit Fn. 35) auch zur Frage, inwieweit die Verbreitung im virtuellen Freundeskreis für eine öffentliche Zurschaustellung ausreicht.

<sup>104</sup> Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 111.

<sup>105</sup> Katzer, S. 72; Reum, S. 102.

<sup>106</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (166).

<sup>107</sup> Beim Stalking muss aber das Verhalten des Täters beharrlich sein, beim Cybermobbing die Gesamttaktion, Cornelius, ZRP 2014, 164 (165 f.).

<sup>108</sup> Reum, S. 100. A.A. Bieszk/Sadler, NJW 2007, 3382 (3386) – Stalking auf Privatbereich beschränkt, Mobbing hauptsächlich im Berufsleben.

genommen sogar sozial hinzunehmen sein können, in der Summe das Opfer aber erheblich belasten,<sup>109</sup> betreffen das Opfer gleichermaßen permanent<sup>110</sup> und können – vorwiegend durch Einwirkungen psychischer und mittelbarer Art<sup>111</sup> – zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führen. Anders als am Stalking ist am Cybermobbing aber regelmäßig eine Vielzahl von Personen beteiligt.<sup>112</sup> Auch geht es dem Täter des Stalkings im Regelfall darum, Kontakt zum Opfer herzustellen, während dies beim Cybermobbing nicht der Fall ist.<sup>113</sup>

#### e) Sonstige in Betracht kommende Straftatbestände

Je nach Einzelfall kommen weitere Straftatbestände, wie Körperverletzung, Nötigung, Bedrohung, Erpressung und Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in Betracht.<sup>114</sup> Beim „Happy Slapping“ ist an eine nach § 131 StGB strafbare Gewaltdarstellung zu denken.<sup>115</sup> In besonders drastischen Fällen des Cybermobbings kann im Einzelfall auch der Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB verwirklicht sein. Wird die Zugangssicherung des Opfers zu einem sozialen Netzwerk überwunden, ist an das Ausspähen von Daten nach § 202a StGB zu denken.

#### f) Rechtliche und praktische der Strafverfolgung entgegenstehende Hindernisse

Die Strafverfolgung setzt in jedem Fall voraus, dass eine konkrete Person wegen einer konkreten Tat belangt werden kann. Insofern besteht die Schwierigkeit, den unter einem Pseudonym agierenden Täter zu ermitteln und ihm die Tat nachzuweisen.<sup>116</sup> Handelt es sich bei den Mobbenden um Kinder unter 14 Jahren, ist zu berücksichtigen, dass diese nach § 19 StGB noch nicht strafmündig sind. Auch ist zu beachten, dass viele Delikte, die typischerweise im Zusammenhang mit Mobbing verwirklicht werden, Antragsdelikte sind (vgl. §§ 194 Abs. 1 S. 1, 230 Abs. 1 StGB, § 33 Abs. 2 KunstUrhG).<sup>117</sup> Wird nicht innerhalb der Antragsfrist (vgl. § 77b StGB) Strafantrag gestellt und ist im Fall der relativen Antragsdelikte kein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung gegeben, liegt ein Strafverfolgungshindernis vor.<sup>118</sup> Weiter sind einige mobbingtypische Straftatbestände Privatklagedelikte, sodass die öffentliche Klage nach § 376 StPO von der Staatsanwaltschaft nur erhoben wird, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt.<sup>119</sup> Dies gilt für die Ehrverletzungsdelikte, Straftaten nach § 201a Abs. 1, 2 StGB und nach § 33 KunstUrhG (§ 374 Abs. 1 Nrn. 2, 2a, 8 StPO). Das Privatklageverfahren wird nur in einem

Bruchteil der in Betracht kommenden Fälle beschränkt und führt in den wenigsten Fällen zu einer Verurteilung des Angeklagten.<sup>120</sup>

#### g) Zusammenfassung

Cybermobbing wird in weiten Teilbereichen bereits de lege lata strafrechtlich sanktioniert. Vorhandene (bewusste und unbewusste) Gesetzeslücken – wie die Einschränkungen der Strafbarkeit der Äußerung von wahren ehrverletzenden Tatsachenbehauptungen – bestehen generell und stellen sich daher nicht als spezielle Probleme des Cybermobbings dar. Die nach derzeitiger Rechtslage einschlägigen Tatbestände berücksichtigen aber die fort-dauernde Bloßstellung, Belästigung und Beleidigung des Opfers sowie die Tatsache, dass sich die Folgen für das Opfer aus dem dynamischen Zusammenwirken mehrerer Personen und der Summierung mehrerer Verhaltensweisen ergeben, nicht speziell.<sup>121</sup> Zudem bestehen praktische Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung. Klärungsbedürftig bleibt, ob auf diese Einschränkungen des geltenden Rechts und seiner Durchsetzbarkeit seitens des Gesetzgebers reagiert werden sollte.

#### 2. Zivilrechtlicher Schutz

Aus zivilrechtlicher Sicht bestehen beim Cybermobbing Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der Ehre und/oder der Gesundheit. Der Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch ergibt sich aus § 1004 BGB (analog).<sup>122</sup> Auch bei Cybermobbing über soziale Netzwerke (und sonstige Internetseiten) gilt der Grundsatz, dass aufgrund der Erstbegehung Wiederholungsgefahr indiziert ist, wenn der Verletzte diese nicht durch Angabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oder in sonstiger Weise widerlegt.<sup>123</sup> Auch wird die Wiederholungsgefahr nicht allein durch die Löschung der entsprechenden Fotos oder Nachrichten ausgeräumt, wenn die Inhalte weiterhin im Internet verfügbar sind und jederzeit wieder weiterverbreitet werden können.<sup>124</sup> Der Anspruch richtet sich nach den Grundsätzen der Störerhaftung für ehrverletzende Äußerungen auch gegen den Diensteanbieter.<sup>125</sup> Schadensersatzansprüche, welche auch Schmerzensgeld umfassen, ergeben sich u.a. aus § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff., 201, 201a, 238, 240 f. StGB; §§ 824, 826 BGB.<sup>126</sup> Probleme bereitet aber die Geltendmachung dieser Ansprüche, wenn sich die Urhebererschaft einer diffamierenden Äußerung nicht nachweisen lässt.<sup>127</sup> Die detaillierte arbeitsrechtliche Rechtsprechung zum Mobbing im Arbeitsverhältnis lässt sich

<sup>109</sup> Reum, S. 95 f. Für Stalking Bieszk/Sadtler, NJW 2007, 3382 (3384).

<sup>110</sup> Reum, S. 96 f.

<sup>111</sup> A.a.O., S. 96.

<sup>112</sup> Bieszk/Sadtler, NJW 2007, 3382 (3386); Cornelius, ZRP 2014, 164 (166).

<sup>113</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (166); Göpfert/Siegrist, NZA 2007, 473 (473).

<sup>114</sup> Vgl. Cornelius, ZRP 2014, 164 (165); Katzer, S. 73.

<sup>115</sup> Katzer, S. 73.

<sup>116</sup> S. M. Beck, MMR 2008, 77 (81).

<sup>117</sup> Allgemein zum Mobbing Mühe, Mobbing am Arbeitsplatz, Strafbarkeitsrisiko oder Strafrechtliche Lücke?, 2006, S. 271.

<sup>118</sup> Statt vieler Böhme/Lahmann, JuS 2016, 234 (234).

<sup>119</sup> Allgemein zum Mobbing Mühe, S. 268 ff.

<sup>120</sup> Bartsch, ZJS 2017, 167 (167 f.).

<sup>121</sup> Ähnlich Cornelius, ZRP 2014, 164 (166).

<sup>122</sup> Vgl. LG Saarbrücken, ZUM-RD 2018, 115; LG Memmingen, BeckRS 2016, 2120; Giebel, NJW 2017, 977 (979).

<sup>123</sup> LG Frankfurt a.M., BeckRS 2016, 1143; LG Hamburg, BeckRS 2010, 02847; Giebel, NJW 2017, 977 (979).

<sup>124</sup> LG Frankfurt a.M., BeckRS 2016, 1143; Giebel, NJW 2017, 977 (979).

<sup>125</sup> Weiterführend Voskamp/Kipker, DuD 2013, 787 (787 f.).

<sup>126</sup> Vgl. Giebel, NJW 2017, 977 (979).

<sup>127</sup> A.a.O., 977 (978). Zur Verneinung eines Auskunftsanspruchs gegen den Provider BGH, NJW 2014, 2651.

auch auf Cybermobbing in diesem Kontext übertragen. So ist der Arbeitgeber aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht gehalten, den Arbeitnehmer nicht über elektronische Kommunikationsmittel zu mobben und ihn vor Cybermobbing durch Kollegen und Vorgesetzte zu schützen.<sup>128</sup> Kommt er dieser Pflicht nicht nach, macht er sich nach § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.<sup>129</sup> Dem Arbeitnehmer steht gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB<sup>130</sup> und ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB zu.<sup>131</sup> Abmahnung und Kündigung eines Arbeitnehmers können keinen Bestand haben, wenn sie Teil eines gegen den Arbeitnehmer gerichteten (Cyber-)Mobbings sind.<sup>132</sup> Macht Cybermobbing den Verbleib am Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer unerträglich, kann es einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen.<sup>133</sup> Auch ist Cybermobbing durch einen Arbeitnehmer grundsätzlich zur Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung des Mobbingtäters geeignet.<sup>134</sup> Insgesamt stehen dem Gemobbten beim Cybermobbing die gleichen Ansprüche wie bei klassischen Mobbing zu, wenn auch die Nachweisschwierigkeiten gesteigert sind. Der zivilrechtliche Ausgleich dient jedoch nicht der Sanktionierung und bedeutet kein strafrechtliches Unwerturteil über das Verhalten des Mobbenden.

## VI. Überlegungen zur strafrechtlichen Sanktionierung de lege ferenda

Um das Cybermobbing weitergehend strafrechtlich zu erfassen, sind zwei Wege denkbar: Zum einen die Modifikation des bestehenden Rechts, zum anderen die Schaffung eines eigenständigen Tatbestandes, der das Cybermobbing unter Strafe stellt.<sup>135</sup> Im Folgenden sollen die bisher de lege ferenda angestellten Überlegungen kurz vorgestellt werden.

### 1. Erweiterung der Ehrverletzungsdelikte und der Straftaten zum Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs

Teilweise wird vorgeschlagen, die Ehrverletzungsdelikte und § 201 StGB um eine qualifizierende Regelung zur Verbreitung oder öffentlichen Zugänglichmachung zu ergänzen.<sup>136</sup> Von anderer Seite wird angeregt, einen Tatbe-

stand des unbefugten Annehmens der Identität im Abschnitt der Ehrverletzungsdelikte einzuführen, der nur im Internet begangene Taten, bei denen erweislich unwahre Tatsachen vermittelt werden, umfassen solle.<sup>137</sup>

### 2. Einführung eines „Cybermobbing“-Straftatbestandes

Insbesondere *Cornelius* plädiert für die Einführung eines Straftatbestandes des Cybermobbings, der im Abschnitt der Straftaten gegen die persönliche Freiheit platziert und am Taterfolg des § 238 Abs. 1 StGB a.F.,<sup>138</sup> namentlich der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers, orientiert sein sollte.<sup>139</sup> Als Tathandlung biete sich das Bloßstellen an, welches nicht zwingend ehrverletzend sein müsse. Eine Ausgestaltung als Antragsdelikt sei ratsam. Die Anpassung des Strafrahmens für Fälle der Verursachung des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung des Opfers solle durch Regelbeispiele ermöglicht werden, um flexibel auf die jeweiligen Einzelbeiträge des Täters reagieren zu können. Von anderer Seite wird ein „Cybermobbing“-Tatbestand aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts für nicht erforderlich gehalten und angenommen, dass er in erster Linie symbolischer Natur wäre.<sup>140</sup>

## VII. Die Strafbarkeit des Cybermobbings nach österreichischem Recht

Der österreichische Gesetzgeber hat das Cybermobbing mit Wirkung zum 1.1.2016 in § 107c öStGB, dem Tatbestand der fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems<sup>141</sup>, unter Strafe gestellt.<sup>142</sup> Nach § 107c Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems in einer Weise, die geeignet ist, eine Person in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt eine Person für eine größere Zahl von Menschen wahrnehmbar an der Ehre verletzt (Nr. 1) oder Tatsachen oder Bildaufnahmen des höchstpersönlichen Lebensbereiches einer Person ohne deren Zustimmung für eine größere Zahl von Menschen wahrnehmbar macht (Nr. 2). Die vorgesehene Strafandrohung lautet Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen. Nach der Erfolgsqualifikation<sup>143</sup> des § 107c

<sup>128</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *BAG*, NZA 2007, 1154 (1161); *Grunewald*, NZA 1993, 1071 (1072).

<sup>129</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (227). Zur Haftung für den Vorgesetzten als Erfüllungsgehilfen *BAG*, NZA 2008, 223 (227); *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, 3382 (3383).

<sup>130</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (232); *Linck*, in: *Schaub*, § 36 Rn. 58; *Rieble/Klumpp*, ZIP 2002, 369 (380).

<sup>131</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *BAG*, NZA 2016, 417 (420 Rn. 38) – im konkreten Fall aber verneint; *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (231 f.).

<sup>132</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *LAG Thüringen*, BeckRS 2005, 42697.

<sup>133</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (231); *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, 3382 (3383). Zum Schadensersatzanspruch des gemobbten, kündigenden Arbeitnehmers nach § 628 Abs. 2 BGB *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (231); *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, 3382 (3383).

<sup>134</sup> Vgl. zum klassischen Mobbing *LAG Thüringen*, NZA-RR 2001, 577 (579, 582).

<sup>135</sup> Vgl. *Reum*, S. 219.

<sup>136</sup> *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (167). Zustimmung *Glaser*, NVwZ 2012, 1432 (1438). § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst dies aber teilweise bereits. Hinsichtlich der Ehrverletzungsdelikte auch *S. Beck*, MMR 2009, 736 (740) und *Krischker*, JA 2013, 488 (493), der die Normierung der Internetbeleidigung als besonders schweren Fall befürwortet.

<sup>137</sup> Ausführlich *Reum*, S. 248 ff.

<sup>138</sup> BGBl I 2017, S. 354.

<sup>139</sup> Zum Ganzen *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (167). Für einen Cybermobbing-Straftatbestand auch *Katzer*, S. 75.

<sup>140</sup> *Reum*, S. 230 ff.

<sup>141</sup> BGBl I 2015, S. 112.

<sup>142</sup> Der Tatbestand war ursprünglich unter dem Begriff des „Cybermobbings“ konzipiert, *Birkbauer*, in: *Birkbauer/Hilf/Konopatsch u.a.*, StGB, Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2018, § 107c Rn. 1.

<sup>143</sup> Hinsichtlich der schweren Folge genügt damit – wie in § 18 StGB – Fahrlässigkeit, § 7 Abs. 2 öStGB, vgl. *Birkbauer*, in: *Birkbauer/Hilf/Konopatsch u.a.*, § 107c Rn. 14.

Abs. 2 öStGB ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wenn die Tat den Selbstmord oder einen Selbstmordversuch der im Sinne des § 107c öStGB verletzten Person zu Folge hat.

§ 107c Abs. 1 StGB verlangt, vergleichbar mit § 238 Abs. 1 StGB, die Eignung zur unzumutbaren Beeinträchtigung der Lebensführung, nicht die tatsächliche Beeinträchtigung. Hierdurch wird verhindert, dass der Täter straffrei ausgeht, wenn das Opfer so „hartgesotten“ ist, dass es sich durch sein Verhalten nicht beeindruckt lässt. Die Eignung zur unzumutbaren Beeinträchtigung der Lebensführung richtet sich danach, ob ein Durchschnittsmensch in der konkreten Situation aufgrund der Handlungsweise des Täters möglicherweise seine Lebensführung geändert hätte; bei der Bekanntgabe oder Veröffentlichung von Tatsachen oder Bildaufnahmen des höchstpersönlichen Lebensbereichs wird verlangt, dass diese geeignet sind, das Opfer bloßzustellen.<sup>144</sup> Eine größere Zahl von Menschen i.S.d. § 107c Abs. 1 Nr. 1 öStGB umfasst mindestens zehn Personen, jedoch sollen auch fünf „Facebook-Freunde“ ausreichend sein, welche die Aussage durch „Teilen“ weiterverbreiten können.<sup>145</sup> Letzteres ist m.E. nicht unproblematisch, da vor dem Teilvorgang die Wahrnehmbarkeit für eine größere Zahl von Menschen gerade noch nicht gegeben ist.<sup>146</sup>

Die praktische Relevanz von § 107c öStGB lässt sich derzeit noch nicht abschätzen; angezeigt worden sein sollen 2016 413 Vorfälle von Cybermobbing,<sup>147</sup> im Jahre 2016 gab es fünf Verurteilungen auf Grundlage von § 107c öStGB.<sup>148</sup>

## VIII. Fazit und Stellungnahme

Das geltende deutsche Strafrecht erfasst Cybermobbing in weiten Teilbereichen bereits. Die Tatbestände beziehen sich zwar nicht speziell auf die fortdauernde Bloßstellung, Belästigung und Beleidigung des Gemobbten sowie die Tatsache, dass sich die Folgen für das Opfer aus dem dynamischen Zusammenwirken mehrerer Personen und der Summierung mehrerer Verhaltensweisen ergeben, jedoch können diese Faktoren auf Strafzumessungsebene und über die Täterschafts- und Teilnahmeformen Berücksichtigung finden. Die Einführung eines neuen Straftatbestandes ist kein geeignetes Mittel, bestehende Strafverfolgungsdefizite zu beheben. Auch kann das Interesse an einer öffentlichen Sensibilisierung für das Thema „Cybermobbing“ dessen Kriminalisierung in einem eigenständigen Straftatbestand nicht legitimieren. Richtiges Mittel hierfür ist nicht das Strafrecht als „schärfstes Schwert des Staates“, vielmehr sind Aufklärungsmaßnahmen – insbesondere an Schulen – und Beratungsangebote angezeigt. Problematisch wäre es, nur das Cybermobbing unter Strafe zu stellen, vergleichbar schwerwiegende Fälle des klassischen Mobbings dagegen außen vor zu lassen. Bei einer an § 107c Abs. 2 öStGB orientierten Erfolgsqualifikation würde sich weiter die Frage stellen, in welchem Fall der Einzelne für die Mitverursachung der schweren Folge belangt werden könnte und ob es etwa ausreichen würde, wenn er an einer von diversen sich – möglicherweise über Monate oder Jahre hinweg – summierenden Cybermobbingattacken mitgewirkt hätte. Insgesamt kann die Kriminalisierung des Cybermobbings allenfalls Ergänzung zu präventiven Maßnahmen, wie Aufklärungskampagnen, sein.

<sup>144</sup> A.a.O., § 107c Rn. 8.

<sup>145</sup> A.a.O., § 107c Rn. 9.

<sup>146</sup> Nur fünf „Facebook-Freunde“ dürften jedoch heutzutage ohnehin eine Seltenheit darstellen. Nach einer Studie in den USA aus dem Jahre 2014 liegt die durchschnittliche Anzahl bei 350 Freunden, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/325772/umfrage/durchschnittliche-anzahl-von-facebook-freunden-in-den-usa-nach-altersgruppe/> (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>147</sup> Lindorfer, kurier.at v. 15.1.2017, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/justizminister-brandstetter-ueber-hasspostings-da-ist-die-rote-linie/241.020.454> (zuletzt abgerufen am 10.1.2019).

<sup>148</sup> Birklbauer, in: Birklbauer/Hilf/Konopatsch u.a., § 107c Rn. 4.

## Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?

von Philipp Bruckmann\*

### Abstract

*Angesichts einer vielbeachteten Entscheidung des AG Hamburg im Nachgang der Proteste gegen den G20-Gipfel 2017, die einem außergewöhnlich hohen Strafmaß generalpräventive Erwägungen zugrunde legt, widmet sich der vorliegende Beitrag der Diskussion der Straftheorien. Ausgehend vom anhand ihrer literarischen Rezeption dargelegten retributiven – also auf Vergeltung im Sinne der Begleichung der Täterschuld gerichteten – gesellschaftlichen Grundverständnis der Strafe tut er dies gleichsam vom anderen Ende her. Auf dem Weg zur Beantwortung der Frage nach Sinn und Unsinn vergeltungstheoretischer Strafbegründung in der heutigen Auseinandersetzung verschafft er einen Überblick über gegenwärtig vertretene retributive Ansätze. Sind diese generell überholt, doch hilfreich oder gar notwendig, um staatliche Strafe in anderem Maße als die durch das Amtsgericht bemühten präventiven Gesichtspunkte zu legitimieren?*

*Ein Verständnis retributiver Theorien als „absolut“ im Gegensatz zu „relativen“ Alternativen erweist sich dabei als irreführend. Überzeugender erscheint die Ersetzung dieser Dichotomie durch „expressiv“ und „präventiv“. Auch diese Kategorien stellen sich jedoch als unzulänglich dar, soweit sie in der Anwendung auf aktuelle, explizit als solche firmierende Vergeltungstheorien versagen. Als Spezifikum retributiver Ansätze, das zugleich ihre Notwendigkeit begründet, weist die Analyse den ihnen zugrundeliegenden Täterbegriff aus: Sie adressieren den zu strafenden Täter sowie die Gesamtheit der Staatsbürger als autonome Wesen und verweigern sich der Annahme, der Staat habe am Einzelnen zur Einhegung potentiell gefährlicher Dritter ein strafrechtlich gestütztes Exempel zu statuieren.*

### I. Vergeltung: überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation der Strafe?

„Mit strafgerichtlichen Entscheidungen muss der Begehung von (weiteren) Rechtsgutsverletzungen entgegengewirkt werden, es muss mit Strafurteilen die Rechtstreue der Bevölkerung gestärkt werden und es sollen mit entsprechend hohen – Strafen andere davon ab[ge]halten werden, ähnliche Taten zu begehen“<sup>1</sup> räsoniert das AG Hamburg, als es das Werfen zweier Glasflaschen auf einen Polizeibeamten in Schutzmontur im Rahmen der

G20-Proteste 2017 mit einer aufsehenerregenden – über die Forderung der Staatsanwaltschaft erheblich hinausgehenden – Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten belegt.

Stützt es sich dabei auf generalpräventive Erwägungen in erster Linie zur Begründung des Strafmaßes, verweist die offene Formulierung zur angestrebten gesellschaftlichen Wirkung des Strafurteils darüber hinaus doch auf Grundlegenderes: Warum straft der Staat?

Dass er es täglich tausendfach tut, findet Niederschlag auch in vielfältiger literarischer Rezeption, die ihrerseits Aufschluss über bestimmende Aspekte der Strafe nach von juristischer Bildung und *déformation professionnelle* unbelastetem Verständnis gibt. Für den Umriss des im Folgenden zu behandelnden Gegenstands sind zwei literarische Personen von besonderem Interesse.

*Kafkas* K. wird zum Objekt staatlicher Strafe in einem undurchsichtigen Verfahren von durchweg schleierhafter Berechtigung. Das damit – ebenso wie mit der Lektüre der hamburgischen Urteilsbegründung – einhergehende Unwohlsein des Lesers zeigt auf, dass Strafe dem Anspruch durchgängiger Legitimation unterliegt. Wie diese zu leisten und inwiefern Strafe im Umkehrschluss zu beschränken ist, ist Gegenstand einer Diskussion, die seit Jahrtausenden geführt wird und sich, wie das eingangs zitierte Urteil nahelegt, zugleich durch ungebrochene Aktualität auszeichnet: Wie Strafe begründet wird, spiegelt sich in Erlass, Auslegung, Anwendung, Kritik und verfassungsgerichtlicher Überprüfung von Strafnormen,<sup>2</sup> in Art und Umfang des Strafens<sup>3</sup> wie auch im allgegenwärtigen Ruf nach immer mehr und immer höheren – von Gerichten zu verhängenden wie vom Gesetzgeber vorzusehenden – Sanktionen.

*Dostojewskis* Raskolnikow findet sich in Konsequenz seiner Mordtat in unüberbrückbarer Distanz zur Gesellschaft wieder. Erst die Abgeltung seiner Schuld durch Strafe eröffnet ihm den Weg zurück. Dies dokumentiert, dass der Ausgleich begangenen Unrechts im Alltagsverständnis das Wesen der Strafe kennzeichnet<sup>4</sup> und ihre Zumessung leitet.<sup>5</sup> Kommt das Gespräch darauf, dass eine Person bestraft wird, provoziert dies weit eher die Frage nach dem „wofür?“ als jene nach dem „wozu?“<sup>6</sup> Die Rede von der

\* Philipp Bruckmann ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht von Prof. Dr. Carsten Momsen an der Freien Universität Berlin

<sup>1</sup> AG Hamburg, NStZ 2018, 284 (286); die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

<sup>2</sup> Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts – Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 122.

<sup>3</sup> Walter, in: GS Walter, 2014, S. 831.

<sup>4</sup> Pawlik, Person, Subjekt, Bürger – Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 15 f.

<sup>5</sup> Walter (Fn. 3), 831 (838).

<sup>6</sup> Neumann, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg.), Strafe – warum? – Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht, 2011, S. 159 (163).

gerechten Strafe, die auf die Reziprozität der Vergeltung verweist, ist ubiquitär.

Konträr zu der Erkenntnis, dass Retribution den Charakter der Strafe in der gesellschaftlichen Wahrnehmung entscheidend prägt, steht der Eindruck, den der Blick in juristische Lehrbücher vermittelt: Die Vergeltungstheorie hat danach keinen guten Stand. Als „absolute“ Alternative zu „relativen“ Erwägungen<sup>7</sup> wird sie anhand markiger Formulierungen *Kants* und *Hegels* skizziert.<sup>8</sup> Ihrem argumentativen Kontext enthoben, wirken „Blutschuld“<sup>9</sup> und „Negation der Negation“<sup>10</sup> schwer zugänglich und anti-quiert. Die mystische Aufladung der Begrifflichkeit, teils „apodiktische“<sup>11</sup> Setzungen *Kants* sowie die mit dessen und *Hegels* Inbezugnahme einhergehende implizite Verknüpfung mit der Todesstrafe lassen die Vergeltungsidee anachronistisch erscheinen. Formulierungen ihrer Vertreter auch jüngerer Zeit wie *Maurachs* „zweckgelöste Majestät“<sup>12</sup> der Strafe leisten ein Übriges. Anhand der wieder und wieder zitierten Passagen wird der Vergeltungsgedanke als im doppelten Sinne rückwärtsgewandt und „heute wissenschaftlich nicht mehr haltbar“<sup>13</sup> apostrophiert.<sup>14</sup> Er scheint „nicht von dieser Welt“,<sup>15</sup> der 1968 proklamierte „Abschied von Kant und Hegel“<sup>16</sup> mit dem „Niedergang der alten Vergeltungstheorien“<sup>17</sup> folgerichtig. Kurz: Die Vergeltungstheorie wirkt *überholt* und in Reinform kaum mehr vertretbar. Bedeutung insb. als Korrektiv scheint ihr nurmehr im Rahmen verschieden akzentuierter Vereinigungstheorien<sup>18</sup> zu bleiben. Doch die teils interessiert-fragmentarisch wirkende Rezeption setzt sich ihrerseits einiger Kritik aus. Hier nicht zu entfaltende Zweifel bestehen schon daran, ob sie den vielzitierten *Kant* und *Hegel* gerecht zu werden vermag.<sup>19</sup> Auch den hier gegenständlichen aktuellen Diskussionsstand reflektiert sie nur unzureichend.<sup>20</sup> Dessen Erschließung mit dem Ziel, die heutige Bedeutung retributiver Erwägungen für die Auseinandersetzung der Straftheorien zu bestimmen,

muss versuchen, die immense Fülle von Beiträgen und das weite Spektrum von Theorien in einer Weise zu strukturieren, die in der Lage ist, das Spezifikum rechtsphilosophisch fundierter vergeltungstheoretischer Ansätze abzubilden. Dieses Unternehmen und den damit verbundenen Erkenntnisprozess dokumentiert der vorliegende Beitrag. Er konzentriert sich dabei auf die deutschsprachige Diskussion.<sup>21</sup>

Der Streit der Straftheorien schwebt nicht frei. Er hat einen praktischen Gegenstand, zu dem er sich stets ins Verhältnis setzen muss. Am Anfang seiner Erschließung steht deshalb die Frage nach dem „Tun des Strafsystems“<sup>22</sup> (II). Sie beleuchtet einen zentralen Aspekt des Strafbegriffs und legt nahe, dass eine Straftheorie Retribution nicht als *überholt* begreifen kann. Exemplarisch für das folgerichtig erscheinende Wiedererstarben retributiver Theorien schon kurz nach dem „Abschied“ von *Kant* und *Hegel* steht die Straflgitimation in tiefergehender Auseinandersetzung mit der Klassisch Deutschen Philosophie (III). Die Kritik an entsprechenden Ansätzen weist zunächst auf das Feld positiver Generalprävention, die sich der Retribution als *hilfreich* bedient. Der normorientiert-expressive Ansatz nach *Jakobs* wird teils falsch als vergeltend rezipiert. Personenorientierte Expression gewichtet die Legitimation gegenüber dem Täter im Verhältnis zu allgemeinheitsorientierten Strafzwecken neu (V). Dass alle diskutierten retributiv geprägten Theorien die Notwendigkeit vergeltender Strafe weitergehend begründen, disqualifiziert die althergebrachte Dichotomie von „absolut“ und „relativ“. Sie kann die heutige Position retributiver Ansätze nicht adäquat bestimmen. Die an ihrer statt angewandte Strukturierung nach „präventiv“ und „expressiv“ erweist sich als präziser, doch in der Anwendung auf derzeit vertretene, explizit als solche firmierende Vergeltungstheorien (F) ebenfalls als unzulänglich. Die Gegenüberstellung der elementar unterschiedlichen Theorien,

<sup>7</sup> Statt aller *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2015), S. 5 f.; deskriptiv *Hörnle*, JZ 2006, 950 f.

<sup>8</sup> So etwa *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), S. 38; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2017), S. 10 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 2 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. (2017), S. 6 f.; deskriptiv *Montenbruck*, Deutsche Strafrechtstheorie – Ein Lehrbuch, 2. Aufl. (2017), S. 62 f.; kritisch *Zaczyk*, in: FS Eser, 2005, S. 207 (208).

<sup>9</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten – Akademie Textausgabe Bd. 6, A 200/B 230.

<sup>10</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Zusatz zu § 97.

<sup>11</sup> *Walter* (Fn. 3), S. 831 (836); *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (798).

<sup>12</sup> Die Wendung nach *Maurach*, Deutsches Strafrecht – Ein Lehrbuch, 4. Aufl. (1971), § 7 I B, verwirft *Hassemer*, Warum Strafe sein muss – Ein Plädoyer, 2. Aufl. (2009), S. 67, als „hohl und falsch“, obgleich *Maurach* Prävention nur als Grund der Strafe, nicht aber als möglichen Effekt ausschließt.

<sup>13</sup> *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 8.

<sup>14</sup> S. etwa *Schmidt*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. (2018), S. 5, der die Ablehnung der „absoluten Strafrechtstheorie“ auf die Feststellung stützt, Strafe könne keine Wiedergutmachung leisten, ohne freilich darauf einzugehen, dass dies schon bei *Hegel* (Fn. 10), § 99, diskutiert und in den Kontext eines bestimmten Begriffs von Verbrechen und Strafe gestellt wird; anders dagegen *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2016), S. 55 f.

<sup>15</sup> Deskriptiv *Altenhain*, in: GS Keller, 2003, S. 1.

<sup>16</sup> *Klug*, in: Baumann (Hg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch – Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36; kritisch *Hruschka*, ZStW 122 (2010), 493; *ders.*, ZStW 124 (2012), 232; *Martins*, ZIS 2014, 514.

<sup>17</sup> *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck – Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, 2017, S. 45.

<sup>18</sup> *Hoffmann-Holland* (Fn. 8), S. 7 f.; *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 64 f.

<sup>19</sup> Entgegen *Roxin*, GA 2015, 185 (187), der in der Lehre *Kants* die „absolute Theorie in ihrer reinsten Form“ erblickt, ist diese nicht frei von präventiven Erwägungen, vgl. nur *Byrd/Hruschka*, JZ 2007, 957; *Kahlo*, in: FS Hassemer, 2010, S. 383 (385 f.); *Kargl*, GA 1998, 53, 60; *Hörnle*, Strafrecht, 2. Aufl. (2017), S. 11; zu *Hegel* s. *Zabel*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 121 (158); zu beiden *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), vor § 1 Rn. 271 f.; *Wohlers/Went*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 173 ff., sehen die Theorien beider „Klassiker“ der Strafrechtstheorie [...] zu Karikaturen verzerrt“.

<sup>20</sup> *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht – Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre, 2008, S. 289 f.; *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (208).

<sup>21</sup> Diese Begrenzung ist nur insoweit zu durchbrechen, als Einflüsse angloamerikanischer Provenienz (zum dortigen *new retributivism* s. *Kaiser*, Widerspruch und harte Behandlung – Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, S. 134 ff.) Eingang in die hiesige Diskussion finden. Nicht einzugehen ist auch auf Fragen des Völker- und internationalen Strafrechts (s. nur *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; *Pawlik*, ZIS 2006, 274 ff., der das internationale Strafrecht im Spiegel retributiver Strafbegründung beleuchtet).

<sup>22</sup> *Kargl*, GA 1998, 53 (57).

die nach ihren Vorgaben derselben Kategorie – normorientierter Expression – zuzuordnen wären, legt das Spezifikum vergeltungstheoretischer Ansätze frei. Die Abgrenzung zur empirisch-soziologischen Variante retributiver Strafbegründung konkretisiert dieses als solches rechtsphilosophisch fundierter vergeltungstheoretischer Argumentation. Es liegt nicht im Bereich dichotom darstellbarer Schwerpunktsetzung, sondern in dem der Strafliegitimation zugrundeliegenden Täterbegriff (VII). Das Menschenbild, das retributive Ansätze insofern kennzeichnet, begründet ihre Stellung in der heutigen Diskussion als *notwendig*.

## II. Grundlegung: der Rahmen der Diskussion

Das „Tun des Strafsystems“ konstituieren Strafnormen (1) und Rechtsprechung (2).

### 1. Vergeltung im Strafgesetzbuch

Das StGB transportiert keine gesetzgeberische Entscheidung für eine Straftheorie.<sup>23</sup> Insbesondere in der Strafzumessung greift es retributive und präventive Gesichtspunkte je nach Bedarf auf.<sup>24</sup>

#### a) §§ 46 Abs. 1 S. 1, 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB<sup>25</sup>

Zwischen § 46 Abs. 1 S. 2 als Anknüpfungspunkt spezialpräventiver sowie §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 Nr. 3 als Ausdruck generalpräventiver Erwägungen<sup>26</sup> wird ein gewisses Bekenntnis des StGB zur Retribution in § 46 Abs. 1 S. 1,<sup>27</sup> der die Schuld des Täters zur Grundlage der Strafzumessung erklärt, sowie in § 57a Abs. 1 Nr. 2 gesehen.<sup>28</sup> Ist die Bedeutung des § 46 Abs. 1 S. 1 im Einzelnen umstritten, so ist doch weithin anerkannt, dass die Norm strafbegrenzend wirkt.<sup>29</sup>

### b) Tatbestand und Rechtsfolge – Strafbegriff: Strafe als Reaktion

Über die gesetzgeberische Vermeidung des Bekenntnisses zu einer bestimmten Straftheorie hinaus trifft das StGB, vermittelt durch die Struktur seiner Normen, eine grundlegende Aussage: Strafe ist Konsequenz der Verwirklichung eines Tatbestands. Ihr Charakter ist somit begriffsnötig reaktiv;<sup>30</sup> als staatliche Antwort auf einen Rechtsbruch<sup>31</sup> ist sie „per definitionem vergangenheitsorientiert“.<sup>32</sup> Dem entspricht ihr „vorwissenschaftliches“<sup>33</sup> Verständnis. Retribution erscheint demnach als konstitutiver Aspekt von Strafe;<sup>34</sup> sie kennzeichnet diese als Institution<sup>35</sup> und grenzt sie von präventiv-polizeirechtlichen Maßnahmen ab.<sup>36</sup>

Der Blick ins StGB bringt somit zunächst die grundlegende Erkenntnis, dass sich Strafe „nur unter Rückgriff auf ihren retributiven Charakter erklären“<sup>37</sup> lässt. Daraus ist freilich nicht zu schließen, dass sie allein anhand dessen einer vollständigen Begriffsbestimmung<sup>38</sup> oder gar Legitimation<sup>39</sup> zugeführt werden kann. Vielmehr folgt daraus, dass Vergeltung zur Erklärung der Strafe denklogisch nicht ausreichen kann.<sup>40</sup> Eine Handlung anhand eines ihr notwendig eigenen Elements zu begründen, wäre schlicht tautologisch.<sup>41</sup> Gleichwohl kann eine Theorie, die sich die Begründung der Strafe zur Aufgabe macht, auf retributive Erwägungen demnach nicht verzichten.

### 2. BVerfG und BGH: Vergeltende Vereinigungstheorie

Vereinigungstheorien kombinieren Retribution und Prävention in unterschiedlich akzentuierter Weise.<sup>42</sup> Die Linie des BGH und des BVerfG gilt als „vergeltende Vereinigungstheorie“.<sup>43</sup>

<sup>23</sup> Nach BVerfGE 45, 187, 253 wollte der Gesetzgeber „keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren“; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 46 Rn. 2.

<sup>24</sup> Montenbruck (Fn. 8), S. 109; zur historischen Entwicklung auch anhand einzelner Tatbestände Naucke, KritV 82 (1999), 336 (337 f.).

<sup>25</sup> Im Folgenden ohne Gesetzesbezeichnung zitierte §§ sind solche des Strafgesetzbuchs.

<sup>26</sup> Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 33; anders Pawlik (Fn. 4), S. 93 f.

<sup>27</sup> Krey/Esser (Fn. 14), S. 63; Kühl, in: FS Maiwald, 2010, S. 433 (435 ff.); Rengier (Fn. 8), S. 12; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 8), S. 8.

<sup>28</sup> Kühl (Fn. 27), S. 433 (440); Walter (Fn. 3), S. 831 (836).

<sup>29</sup> Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 46 Rn. 1, 23; Miebach/Maier, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 41.

<sup>30</sup> Kaiser (Fn. 21), S. 142; Kargl, GA 1998, 53 (62); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung – Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983, S. 18; zur logischen Verbindung von Verbrechen und Strafe als „von der Spezifität empirischer Rechtsordnungen unabhängig“ Lampe, Strafrechtsphilosophie – Studien zur Strafgerechtigkeit, 1999, S. 23; Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (438 f.); Pawlik, in: Schumann (Hg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat – 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2010, S. 59 (70).

<sup>31</sup> Zur dementsprechend vergangenheitsorientierten Ausrichtung auch des Strafverfahrens v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281).

<sup>32</sup> Duttge, in: Schumann (Hg., Fn. 30), S. 1 (10); s.a. Kühl, in: Arnold (Hg., Fn. 8), S. 149 (158).

<sup>33</sup> Pawlik (Fn. 4), S. 15.

<sup>34</sup> Hörnle, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 11 (15); dies. (Fn. 19), S. 20; Kargl, GA 1998, 53 (63); Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 37; Kühl (Fn. 27), S. 433 (438); Martins, ZIS 2014, 514 (520); Montenbruck (Fn. 8), S. 244; Pawlik, in: FS Rudolphi, 2004, S. 213 (220).

<sup>35</sup> Hassemer/Neuman, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 103.

<sup>36</sup> Kargl, GA 1998, 53 (62); so auch das BVerfG, s.u. B.II.0.

<sup>37</sup> Martins, ZIS 2014, 514 (520).

<sup>38</sup> Roxin, in: FS Volk, 2009, S. 601 f.

<sup>39</sup> Kubiciel (Fn. 2), S. 130; Hassemer/Neuman, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 104.

<sup>40</sup> Hörnle, in: FS Roxin, 2011, S. 3 (6); dies. (Fn. 19), S. 20.

<sup>41</sup> Kargl, GA 1998, 53 (63).

<sup>42</sup> Fischer, § 46 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 2; Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 75 ff.; krit. zur Kombination unterschiedl. Begründungsstränge Andrissek (Fn. 17), S. 55; Jakobs, in: Kodalle (Hg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein? – Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch, 1998, S. 29 (30 f.); Köhler, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1997, S. 44; Kubiciel (Fn. 2), S. 159.

<sup>43</sup> BVerfGE 45, 187 (253); Krey/Esser (Fn. 14), S. 62; Montenbruck (Fn. 8), S. 64; Rengier (Fn. 8), S. 12.

### a) Vergeltung als Wesensmerkmal der Strafe

Das *BVerfG* sieht in Sühne und Vergeltung „legitime Aspekte einer angemessenen Strafsanktion“<sup>44</sup> Strafe vermittele ein „sozial-ethisches Unwerturteil“<sup>45</sup> und sei „Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“<sup>46</sup>. Auch präventive Zwecke erkennt das *BVerfG* an.<sup>47</sup> Den Charakter der Strafe aber kennzeichne der „Schuldausgleich“,<sup>48</sup> der sie von anderen Sanktionen und Präventionsmaßnahmen abgrenze.<sup>49</sup>

Dem schließt sich der *BGH* an.<sup>50</sup> Einen retributiv geprägten Strafbegriff auch Jahrzehnte nach *BGHSt* 6, 17 oder 20 vermittelt zudem die Aufrechterhaltung der Verurteilungen SS-Angehöriger wegen ihrer Tätigkeit in Vernichtungslagern.<sup>51</sup> Gerade anhand dieses Beispiels werden oft die unterschiedlichen Stoßrichtungen der Straftheorien aufgezeigt.<sup>52</sup> Denn die Bestrafung seit Jahrzehnten unauffälliger Täter höchsten Alters ist rein präventiv nicht zu begründen.<sup>53</sup> Auch nach dem *BGH* darf Strafe dabei nicht „Schuldausgleich um ihrer selbst willen“ üben, sondern ist „der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts“ verpflichtet.<sup>54</sup> Neben retributiven sind präventive Erwägungen notwendig, bleiben jedoch nachrangig.<sup>55</sup>

### b) Praktische Bedeutung retributiver Erwägungen

Präventionszwecke seien nur „innerhalb des Spielraums der schuldangemessenen Strafe“ zu berücksichtigen und dürften nicht zu dessen Über- oder Unterschreitung führen (Spielraumtheorie).<sup>56</sup> Zentrale Bedeutung erlangen Retributionserwägungen damit in der Strafzumessung in Form einer Rahmenfunktion.<sup>57</sup> Dies stützt sich auf § 46 Abs. 1 S. 1,<sup>58</sup> wenngleich die Norm dem Wortlaut nach weder explizit einen Spielraum eröffnet,<sup>59</sup> noch dessen Über- oder Unterschreitung verbietet.

### c) Bestandteil der Definition von Strafe; Bedeutung v.a. in der Zumessung

In der Rspr. des *BVerfG* und des *BGH* fungiert Vergeltung somit zum einen als notwendiges Element der Definition staatlicher Strafe, zum anderen als Begrenzungskriterium der Strafzumessung. Weitergehender Diskussion der Begründung und Legitimation der Strafe enthalten sich die Gerichte.<sup>60</sup> Das *BVerfG* begründet seine Zurückhaltung mit jener des Gesetzgebers<sup>61</sup> und konstatiert, es sei nicht an ihm, „den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungen wegen zu entscheiden“.<sup>62</sup> Auch der *BGH* äußert sich zur Sache, wenn, so nur schlagwortartig. Im Ergebnis werden Legitimation, Wesen und Zumessung der Strafe bis zur Unkenntlichkeit vermischt:<sup>63</sup> Auf die Frage nach dem „warum“ wird geantwortet in Kategorien des „was“, „wann“ und „wie“. Eine Aussage dazu, warum für schuldhaftes Fehlverhalten zu strafen ist, wird dabei nicht getroffen; sie mag freilich von einem Gericht auch institutionell nicht zu erwarten sein.<sup>64</sup>

### 3. Zwischenfazit: nicht überholt – die Renaissance

Insgesamt legt das „Tun des Strafsystems“ nahe: Eine Straftheorie, die Strafe in ihrem Wesen erfassen und sich dabei auch ins Verhältnis zur Strafpraxis setzen will, kann Vergeltung nicht als *überholt* begreifen. Folgerichtig wirkt, dass der geforderte Abschied von *Kant* und *Hegel* letztlich nicht vollzogen wurde.<sup>65</sup> In tiefergehender Auseinandersetzung mit deren Theorien<sup>66</sup> verhalten Teile der Wissenschaft der Retribution zur „Renaissance“<sup>67</sup> in Gestalt „neoabsoluter“<sup>68</sup> Straftheorien.<sup>69</sup>

## III. Die Frankfurter Schule

Exemplarisch für diese Linie steht die Frankfurter Schule<sup>70</sup> um *Wolff* und dessen Schüler *Zaczyk*, *Kahlo* und

<sup>44</sup> BVerfGE 64, 261 (271).

<sup>45</sup> Zum ein solches ausdrückenden Charakter einer jeden Strafnorm BVerfGE 27, 18 (29); 95, 96 (140); 96, 245 (249); 110, 1 (13); krit. *Roxin* (Fn. 38), S. 601 (602 ff.).

<sup>46</sup> BVerfGE 110, 1 (13).

<sup>47</sup> BVerfGE 36, 174 (188); 39, 1 (46 ff.); 45, 187 (255 ff.); 110, 1 (13); *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 61.

<sup>48</sup> Zur Abgrenzung von Strafe und Sicherungsverwahrung BVerfGE 109, 133 (167 f.).

<sup>49</sup> BVerfGE 95, 96 (140).

<sup>50</sup> *BGHSt* 6, 125 (127); 29, 319 (320); *BGH*, Urt. v. 9.8.2016 – 1 StR 121/16 (BeckRS 2016, 15481 – Rn. 11).

<sup>51</sup> Zuletzt *BGHSt* 61, 252 (*Oskar Gröning*).

<sup>52</sup> S. nur *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 55.

<sup>53</sup> *Hassemer* (Fn. 12), S. 78; *Walter*, ZIS 2011, 636 (644).

<sup>54</sup> *BGHSt* 24, 40 (42); *Frisch*, in: *Roxin/Widmaier et al.* (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 269 (276).

<sup>55</sup> *BGHSt* 6, 215 (217 f.); 17, 321 (324); 20, 264 (266 f.); *Frisch* (Fn. 54); *Wirbelauer*, in: *Kodalle* (Hg., Fn. 42), S. 41 (43 f.).

<sup>56</sup> *BGHSt* 20, 264 (266 f.); 24, 132 (133); v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK-StGB*, 40. Ed, 1.11.2018, § 46 Rn. 3 ff.; *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 19 f.; *Frisch* (Fn. 54), S. 269 (271); insb. zur Unzulässigkeit der Unterschreitung 279 f.; krit. v. *Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit – Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, 1991, S. 23 ff.; für die Idee der Punktstrafe *Kahlo*, in: *Herzog/Bae* (Hg., Fn. 18), S. 383 (419); *Köhler* (Fn. 30), S. 22 f.; mit Überblick zu Kritik und anderen Ansichten *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 25a.

<sup>57</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 44.; zust. *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (439); *Miebach/Maier*, in: *MüKo-StGB*, § 46 Rn. 45; *Rengier* (Fn. 8), S. 12.

<sup>58</sup> *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 63; *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 24.

<sup>59</sup> *V. Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 55.

<sup>60</sup> S. zum *BVerfG*, *Miebach/Maier*, in: *MüKo-StGB*, § 46 Rn. 43.

<sup>61</sup> S.o. II.1.

<sup>62</sup> BVerfGE 45, 187 (253); kritisch zur höchstrichterlichen „Sorglosigkeit“ *Roxin* (Fn. 38), 601 (606 ff.).

<sup>63</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 51 f.

<sup>64</sup> Vgl. zur mäßigen Abbildung rechtsphilosophischer Erkenntnisse in strafgerichtl. Rspr. *Hassemer*, in: *Alexy/Dreier/Neumann* (Hg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute – Beiträge zur Standortbestimmung, 1991, S. 130 (134 f.).

<sup>65</sup> *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (435); *Stübinger* (Fn. 20), S. 173.

<sup>66</sup> *Meyer*, in: *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hg.), *Hegels Erben? – Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, S. 213 (241); *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (208).

<sup>67</sup> *Pawlik* (Fn. 34), S. 213 (228) m.w.N.; *Sachs*, *Moral, Tadel, Buße – Zur Straftheorie von Anthony Duff*, 2015, 36 mit Fn. 42; *Schünemann*, in: *FS Lüderssen*, 2002, S. 327; *Walter* (Fn. 3), S. 831 (836).

<sup>68</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (328).

<sup>69</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 47; *Hörnle* (Fn. 34), S. 11, 16.

<sup>70</sup> Vgl. zum Begriff der „Schule“ in diesem Zusammenhang *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht – Vortrag, gehalten am 17. Januar 2001, S. 23 f.

*Köhler*, die sich insbesondere am Freiheitsbegriff<sup>71</sup> der Klassisch Deutschen Philosophie orientieren.

### 1. Strafe als Umsetzung des kategorischen Imperativs im Dienste der allgemeinen Freiheit – Wolff, Zaczyk, Kahlo

So unternahm es *Wolff*, „die ursprünglich Kantische Grundlegung wieder fruchtbar zu machen“.<sup>72</sup> Strafe erfolge „nur um der Gerechtigkeit willen“, deren Begriff mit dem der äußeren Freiheit identisch sei.<sup>73</sup> Auch nach *Kahlo* ist einzig legitime Begründung der Strafe, dass diese „das Allgemeinwerden der Freiheit befördert“.<sup>74</sup> So erweitert er den kategorischen Imperativ *Kants*, der den Einzelnen darauf verpflichtet, stets nach der Maxime zu handeln, die als allgemeines Gesetz zu wollen sei. Der in dessen Formel verbürgte „Grundsatz personaler Autonomie“ verlange im für die Einzelnen konstitutiven Kontakt zueinander aufgrund der „als allgemeines menschliches Problem begreifbaren Beschränkungen des praktischen Subjekts“ die Bildung einer „auf die Verwirklichung rechtssubjektiver Freiheit verpflichteten Rechtsgemeinschaft“.<sup>75</sup> Konstitutiv für das Rechtsverhältnis ist „praktisch tätige Anerkennung aller Einzelnen“.<sup>76</sup> Der Gerechtigkeit und Freiheit dient Strafe durch Sicherung dieses Anerkennungsverhältnisses.<sup>77</sup> Anders als im Naturzustand tritt Gewalt im bürgerlichen Staat nicht als Mittel direkter Auseinandersetzung der Einzelnen, sondern staatlich vermittelt auf. Doch dies nicht ausschließlich: Der Status der Subjekte als freie bedingt, dass ein „Bereich der direkten Verletzungsmöglichkeit“ verbleibt.<sup>78</sup> Kommt es zum Verbrechen als Verletzung in diesem Bereich,<sup>79</sup> durch die der Täter sich über sein Gegenüber erhebt,<sup>80</sup> ihn als Gleichen nicht mehr anerkennt,<sup>81</sup> bedarf es strafender Reaktion. Diese setzt den Täter nach *Wolff* „bis zu einem seiner Tat entsprechenden [...] Stand“<sup>82</sup> herab. In Umsetzung des kategorischen Imperativs wendet sie die vom Täter durch sein Handeln aufgestellte Maxime gegen ihn, kommuniziert ihm so ihre Falschheit<sup>83</sup> und ermöglicht ihm, abwägend „in das Gleichheitsverhältnis zurückzufinden“.<sup>84</sup> So wird nach *Zaczyk* „der betätigte Bruch dieses Basisver-

trauens sowohl manifestiert als auch das [Anerkennungs-]Verhältnis selbst restituiert“.<sup>85</sup>

### 2. Restitution des Täters als vernünftiges Subjekt – Köhler

*Köhler*, nach *Roxin* „gegenwärtiger Hauptvertreter einer neoklassischen Straftheorie“<sup>86</sup> begreift das Verbrechen als „mit Allgemeingeltungsanspruch gesetzte Negation des Rechts“ und „des anderen als selbständigen Rechtssubjekts“.<sup>87</sup> Notwendige Reaktion ist „ausgleichende Wiederherstellung des durch die Tat in seiner Allgemeingültigkeit verletzten Rechtsverhältnisses in schlüssiger Negation/Aufhebung des Verbrechens“.<sup>88</sup> Die auch nach *Köhler* der „Wahrung der Freiheit“<sup>89</sup> dienende Strafe adressiert den Täter als vernünftiges (Rechts-)Subjekt.<sup>90</sup> Seine im Verbrechen gesetzte Maxime wird ihm durch als Grundrechtseinbuße<sup>91</sup> abstrahierte Anwendung auf ihn selbst als der reinen praktischen Vernunft widersprechend vor Augen geführt.<sup>92</sup> Dies ermöglicht ihm die Restitution seiner selbst als vernünftiges Subjekt.<sup>93</sup> Wenngleich sich *Köhler* bei der Entwicklung seiner Theorie somit deutlich an *Hegel* orientiert,<sup>94</sup> wo *Wolff* sich maßgeblich auf *Kant* bezieht, führt er doch, wie auch *Zaczyk* und *Kahlo*, erkennbar dessen Tradition fort.<sup>95</sup>

### 3. Kritik: Metaphysik

Neben der Behauptung des Fehlens einer konsistenten Begrenzung des Bereichs strafrechtlicher Relevanz<sup>96</sup> und dem Vorwurf, die Legitimation gegenüber dem Täter werde zur hinreichenden Begründung der Strafe erklärt,<sup>97</sup> richtet sich die Kritik an den referierten Ansätzen in erster Linie gegen ihr pejorativ als metaphysisch bezeichnetes Fundament. Strafbegründung sei auf „Aussagen über die vorgeblichen Strukturen ideeller Entitäten“<sup>98</sup> nicht zu stützen. Strafe bedinge Grundrechtseingriffe und Staatskosten.<sup>99</sup> Sie bedürfe innerweltlicher Zielsetzung.<sup>100</sup> Verzichte sie auf eine solche, verweise sie notwendig auf „konkrete religiöse oder idealistische Überzeugungen“; solchen „Partikularethiken“ dürfe staatliches Handeln

<sup>71</sup> *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff, 1990, S. 269 ff.; deskriptiv *Montenbruck* (Fn. 8), S. 67 f.; ausführlich *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 132 ff.

<sup>72</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (830).

<sup>73</sup> A.a.O., 826.

<sup>74</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 171.

<sup>75</sup> *Ders.* (Fn. 71), S. 298 f.; auch nach *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (815 f.), folgt die Unterwerfung unter die Strafgerichtsbarkeit aus dem kategorischen Imperativ; ähnlich, dabei freilich ohne affirmativen Bezug auf Vergeltung *Momsen*, in: FS Jung, 2007, S. 569 (577 f.).

<sup>76</sup> *Zaczyk* (Fn. 71), S. 165; s.a. *ders.*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes, 1981, S. 103.

<sup>77</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (826).

<sup>78</sup> A.a.O., 819; s.a. *Kahlo* (Fn. 71), S. 299.

<sup>79</sup> *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (701).

<sup>80</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (820).

<sup>81</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 210.

<sup>82</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (820).

<sup>83</sup> A.a.O., 824.

<sup>84</sup> A.a.O., 821.

<sup>85</sup> *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (702); nach *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (825), die „Manifestation des allgemeinen Willens, daß solche Handlungen zu unterlassen sind“.

<sup>86</sup> *Roxin*, GA 2015, 185 (187).

<sup>87</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 23; s.a. *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (418).

<sup>88</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 37.

<sup>89</sup> A.a.O., S. 43.

<sup>90</sup> A.a.O., S. 49.

<sup>91</sup> A.a.O., S. 37; s.a. *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (698).

<sup>92</sup> *Köhler* (Fn. 30), S. 38 f.; *ders.* (Fn. 34), S. 35.

<sup>93</sup> *Köhler* (Fn. 34), S. 38.

<sup>94</sup> *Wohlers/Went* (Fn. 19), S. 173 (183).

<sup>95</sup> Dies entspricht auch seinem Selbstverständnis, vgl. *Köhler* (Fn. 42), Vorwort.

<sup>96</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (330 f.); Darlegung eines kriterientreuen Maßprinzips bei *Wolff*, in: Hassemer (Hg.), Strafrechtspolitik – Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 137 (213); *Köhler* (Fn. 42), S. 30; dazu krit. *Pawlik* (Fn. 4), S. 70.

<sup>97</sup> *Hörnle* (Fn. 34), S. 11 (30); *dies.* (Fn. 40), S. 3 (7); *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (330).

<sup>98</sup> *Neumann* (Fn. 6), S. 159 (161); s.a. *Hassemer* (Fn. 12), S. 69 f.

<sup>99</sup> *Hörnle* (Fn. 40), S. 3 (4 ff.); *dies.* (Fn. 34), S. 11, 30; *dies.* (Fn. 19), S. 19.

<sup>100</sup> *Weigend*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 31 (32); *Hassemer*, ZIS 2006, 266 (269); mit der Forderung „empirisch-sozialer Zwecke“ *Roxin*, GA 2015, 185 (190).

heute nicht mehr folgen.<sup>101</sup> Insb. eine „metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen“, sei der Staat als „menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt“.<sup>102</sup>

#### a) Entgegnung: Begriff der Metaphysik

Entgegnet wird, ein Begriff des Denkens ohne die Setzung menschlicher Vernunft und Freiheit bleibe bruchstückhaft: Eine Betrachtung der Welt nur anhand von Kausalbeziehungen sei unfähig, ihre eigenen Konstitutionsbedingungen zu erfassen.<sup>103</sup> Die Ablehnung einer Theorie als metaphysisch zeuge von einem wenig ausgeprägten Begriffsverständnis.<sup>104</sup> Dies mag insb. für eine *kritische* Metaphysik im Sinne des „Alleszermalmers“ (*M. Mendelssohn*) *Kant* gelten, dem sich die Offenlegung der Problematik klassischer Metaphysik und mit ihr die Bindung der Vernunft an die Erfahrung<sup>105</sup> erst verdankt.<sup>106</sup> Verzicht auf Metaphysik sei Verzicht auf das Denken selbst.<sup>107</sup> Beschränkung auf reine Erfahrung nehme dem Einzelnen die Möglichkeit kritischer Betrachtung.<sup>108</sup> Hinterfragt wird schließlich die Reflexion der Wurzel der Metaphysik-„Phobie“<sup>109</sup> und damit einhergehender vorschneller transzendentaler Verortung vernünftigen Denkens in *Habermas*’ Diskursethik.<sup>110</sup>

#### b) Immanente Anknüpfung

Auch unter der Annahme, im „Verzicht auf Letztbegründungen und im Verlangen nach einer Praxis der rationalen und sozialimmanenten Argumentation“ liege der „richtige Kern des Plädoyers für eine Überwindung der Metaphysik im Strafrecht“,<sup>111</sup> scheint fraglich, ob die damit konfrontierten „neoabsoluten“ Theorien sich tatsächlich nach wie vor mit dem Verweis auf transzendente Letztgründe begnügen, oder aber ihre so begründete Ablehnung wesentliche Schritte ihrer Vertreter unbeachtet lässt. *Wolff* begreift Gerechtigkeit dezidiert „nicht transzendent“.<sup>112</sup> *Kahlo* verortet die Freiheit des Subjekts immanent<sup>113</sup> und in Konsequenz wie auch *Köhler* die Restitution des Rechtsverhältnisses durch Schuldausgleich als innerweltlichen Sinn der Strafe.<sup>114</sup> *Montenbruck* sieht Gerechtigkeit zwar als „Wert“ und „Handlungsmaxime“ per se, verweist aber zugleich auf ihre Verankerung im Rechtsstaatsprinzip.<sup>115</sup> Auch *Zaczyk* verwahrt sich gegen die Verwechslung der Gerechtigkeit als „freiheitlicher menschlicher Praxis [...] mit einer göttlichen“.<sup>116</sup>

<sup>101</sup> *Sachs* (Fn. 67), S. 37 f.; erhebl. Bedenken gegen ein Verständnis menschlicher Freiheit, zumal in Form des kategorischen Imperativs nach *Kant*, als partikularethisch können hier nicht entfaltet werden.

<sup>102</sup> *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 8; *ders.*, GA 2015, 185 (188); zieht *Roxin* stattdessen die Freiheit als einzig legitimes Ziel staatlichen Handelns heran, so legt er ein Verständnis zugrunde, das Freiheit und Gerechtigkeit generell trennt. Zu fordern wäre zumindest die Explikation dieses Freiheitsbegriffs.

<sup>103</sup> *Zaczyk* (Fn. 71), S. 135.

<sup>104</sup> *Ders.* (Fn. 8), S. 207 (211 ff.), legt demonstrativ metaphysische Grundannahmen *Roxins* (Fn. 102) frei.

<sup>105</sup> S. zur „exoterische[n] Lehre der Kantischen Philosophie“ *Hegel*, *Wissenschaft der Logik – Berliner Ausgabe*, 2013, S. 8.

<sup>106</sup> *Zaczyk*, *Der Staat* 50 (2011), S. 295 (298).

<sup>107</sup> *Ders.* (Fn. 8), S. 207 (220).

<sup>108</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (409 f.).

<sup>109</sup> Begriff in Anlehnung an *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (11).

#### c) Vernünftiges Subjekt und Affektion

Eine „schwer ausräumbare Aporie“ liege in der Begrenzung des Bereichs der Möglichkeit normwidrigen Handelns des als vernünftiges Subjekt (*homo noumenon*) begriffenen Täters auf den Bereich sinnlicher Affektion (*homo phaenomenon*). Während man seinen Begriff des Vergeltung verlangenden Verbrechens als allgemeinen Geltungsanspruch erhebende Negation des Rechts auf die Annahme stütze, dass die Einzelnen das Rechtsverhältnis durch ihr Handeln nach dem Maßstab praktischer Vernunft konstituieren,<sup>117</sup> könne man den Täter gerade für den stets aus sinnlicher Affektion resultierenden Normbruch nie als Vernunftsubjekt zur Rechenschaft ziehen.<sup>118</sup> Doch bleibt der Kategorische Imperativ nach *Kant* auch in den Theorien *Wolffs*, *Köhlers* et al. ebendies: ein Imperativ. Die dem Menschen gegebene *Möglichkeit* zur Freiheit bedeutet nicht, dass er diese Möglichkeit in jeder seiner Handlungen verwirklicht. Sie verlangt jedoch, den entsprechenden Anspruch – eben den Imperativ – im Dienste des Fortbestehens der Möglichkeit stets aufrechtzuerhalten.

#### 4. Zunächst: keine Legitimation durch Vergeltung

Auf weitere Kritik an den Theorien *Wolffs*, *Köhlers* et al. wird zurückzukommen sein.<sup>119</sup> Zunächst ist zu konstatieren: Die freiheitsphilosophisch fundierte Straftheorie sucht Strafe nicht dadurch zu legitimieren, *dass* zu vergelten sei.<sup>120</sup> Sie will vielmehr nachweisen, *warum* – aufgrund restitutiver Erwägungen im Dienste von Freiheit und Gerechtigkeit – dies zu geschehen habe. Auch die referierte Kritik zielt nicht auf den vergeltenden Charakter der Strafe, sondern nur auf deren Begründung.

### IV. Vergeltung im Kontext positiver Generalprävention

Ob der weithin anerkannten Unzulänglichkeit rein spezialpräventiver und negativ-generalpräventiver Konzepte (1) sind in der Literatur positiv-generalpräventive Ansätze

<sup>110</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (397 ff.); allg. zur Einbettung der strafrechtlichen Diskussion in den „moralphilosophischen Theorienwettbewerb“ *Pawlik*, ZIS 2011, 262.

<sup>111</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>112</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (826).

<sup>113</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 291 ff.; *ders.* (Fn. 19), S. 383 (403).

<sup>114</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (418); *Köhler* (Fn. 30), S. 40; *ders.* (Fn. 34), S. 35; *ders.* (Fn. 42), S. 43; insofern Bezug auf *Köhler*, *Wolff* et al. nimmt auch *Frisch* (Fn. 54), S. 269 (278 f. mit Fn. 34).

<sup>115</sup> *Montenbruck* (Fn. 8), S. 244; ebenso gegen die Metaphysik-„Phobie“ *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (11).

<sup>116</sup> *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (215).

<sup>117</sup> S.o. III.1. sowie *Köhler* (Fn. 30), S. 34 f.; *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (409 ff.); *Zaczyk*, in: FS Otto, 2007, S. 191 (203).

<sup>118</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (332 ff.).

<sup>119</sup> S.u. VI.1.a).

<sup>120</sup> Zum tautologischen Charakter einer solchen Begründung *Kargl*, GA 1998, 53 (63).

verbreitet,<sup>121</sup> die nicht ohne retributive Erwägungen auskommen (2).

### 1. Unzulänglichkeit rein spezial- bzw. negativ generalpräventiver Legitimation

#### a) Spezialprävention

Spezialprävention sei eine Frage der Ausgestaltung, nicht der Legitimation der Strafe.<sup>122</sup> In der Strafbegründungsdiskussion sei sie irrelevant, soweit ihr das StGB, insb. dessen §§ 46 Abs. 1 S. 2, 47, 56 ff., nur strafmildernde, nie aber -legitimierende Wirkung zuweise.<sup>123</sup> Es fehle an jedem Maßprinzip.<sup>124</sup> In ihrer Konsequenz liege sowohl die „Einführung einer Verurteilung mit unbestimmter Strafdauer“ als auch „völlige Straffreiheit derer, die keiner Resozialisierung bedürfen“.<sup>125</sup>

#### b) Negative Generalprävention

Negative Generalprävention könne umfassende Strafverfolgung i.S.d. Legalitätsprinzips nicht begründen.<sup>126</sup> Denn Abschreckung könne nur in Bezug auf Delikte sinnvoll sein, vor deren Begehung der Täter Chancen und Risiken unter Einbeziehung einer hohen Entdeckungswahrscheinlichkeit abwäge (Intelligenzdelikte).<sup>127</sup>

### 2. Positive Generalprävention

#### a) Keine „Vergeltung im Gewand der Prävention“

Wirkt Strafe normbestätigend „als Unwerturteil über die Tat auf das Bewußtsein der Gesamtheit der Rechtsgenossen“ ein,<sup>128</sup> scheint dies von vergeltungstheoretischen Erwägungen, denen Retribution ihrerseits zur Restitution und Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses dient, nicht wesentlich abzuweichen. Mancher stellt die „Gerechtigkeitstheorie“ in den Dienst der utilitaristisch geprägten Generalprävention,<sup>129</sup> erkennt so Vergeltungsas-

pekte als Teil einer positiv-generalpräventiv ausgerichteten Theorie an und kontextualisiert sie durch innerweltliche Zweckbindung.<sup>130</sup> Dementsprechend wird teils die „Identität der Vergeltungstheorien und der Straftheorie der positiven Generalprävention“<sup>131</sup> konstatiert. Die Erwiderung, dies sei ein überzeichnendes, „planierendes Fazit“,<sup>132</sup> sei hier nur insoweit entfaltet, als die Rede von der Vergeltung im Gewand der Generalprävention letztere im Kern verkennt: Zwar macht sie sich ein Moment des Unwerturteils bzw. Tadels zunutze. Doch denkt sie dieses, getreu ihrer utilitaristischen Grundlegung,<sup>133</sup> stets von dem Zweck her, das öffentliche Bewusstsein der Normgeltung zu erhalten. Dieses allgemeine Rechtsbewusstsein adressiert sie in vom zu Strafenden losgelöster Weise<sup>134</sup> und begreift so das Verhältnis von Subjekt und Allgemeinheit gerade anders als retributive Ansätze.<sup>135</sup> Auch beruht das zu sichernde öffentliche Rechtsbewusstsein damit stets auf einer Täuschung, da es sich den eigentlichen Grund der Strafe nicht bewusst machen kann, ohne deren erwünschte Wirkung zu schädigen.<sup>136</sup>

#### b) Maßprinzip

Über das für den Strafbegriff konstitutive Element des Unwerturteils<sup>137</sup> hinaus werden Vergeltungserwägungen zu Hilfe genommen, um einen diesen schon begrifflich eigenen,<sup>138</sup> in präventiven Theorien dagegen nicht genuin angelegten, zu ihrem eigentlichen Impetus teils gar konträr stehenden<sup>139</sup> Maßstab begrenzender Proportionalität<sup>140</sup> zu begründen: das Schuldprinzip.<sup>141</sup>

#### c) Vergeltung als wenig geschätzter, aber hilfreicher Lückenfüller

Diese Einbeziehung der wenig geachteten vergeltungsbezogenen Erwägungen zur Begründung eines Maßprinzips der Strafe erfolgt lediglich aufgrund der mangelnden

<sup>121</sup> V. Hirsch/Jareborg (Fn. 56), S. 9: „herrschende Lehre“; v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261; Hörnle, JZ 2006, 950 (951): „herrschende Straftheorie“; grundlegend zur positiven Generalprävention Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 73 f.; Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 288 ff.

<sup>122</sup> Krey/Esser (Fn. 14), S. 64; Hörnle (Fn. 19), S. 25.

<sup>123</sup> Walter, ZIS 2011, 636 (637).

<sup>124</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (270); ders. (Fn. 12), S. 71; Roxin, GA 2015, 185 (191 f.).

<sup>125</sup> Kargl, GA 1998, 53 (65); Hassemer (Fn. 12), S. 78; Walter, ZIS 2011, 636 (644); hierin ausdrücklich kein Problem sieht (nicht nur) in Bezug auf „KZ-Mörder“ Merle, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde – Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus, 2007, S. 130.

<sup>126</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 27.

<sup>127</sup> Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 283; Walter, ZIS 2011, 636 (645); ders. 2014, 831 (844 f.).

<sup>128</sup> Deskriptiv Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (800); s.a. Kubiciel (Fn. 2), S. 152 f.

<sup>129</sup> Montenbruck, Strafrechtsphilosophie – Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht, 2. Aufl. (2010), S. 40.

<sup>130</sup> S. dazu auch den empirisch-soziologischen Ansatz Walters und Andrisseks, u. VI.2.

<sup>131</sup> Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 255; s.a. Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention – Eine strafrechtstheoretische Untersuchung, 1976, S. 76 ff.

<sup>132</sup> Neumann (Fn. 30), S. 435 mit Fn. 2.

<sup>133</sup> Kühl (Fn. 70), S. 28 f.

<sup>134</sup> Deskriptiv Montenbruck (Fn. 8), S. 63.

<sup>135</sup> Zaczyk, Der Staat 50 (2011), 295 (300 f.).

<sup>136</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (268 ff.).

<sup>137</sup> V. Hirsch, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 43 (49); Seher, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hg.), Mediating principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, S. 70 (78 ff.).

<sup>138</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (268); Hoffmann, Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, 1995, S. 135 ff.; zum Begrenzungspotential „deontologischer Schranken“ Hörnle (Fn. 34), S. 11 (20 f.); dies. (Fn. 40), S. 3 (10); Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 59.

<sup>139</sup> Pawlik, Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 82 f.; Kubiciel (Fn. 2), S. 157.

<sup>140</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (270); ders. (Fn. 12), S. 71; Roxin (Fn. 8), § 3 Rn. 51; ders., GA 2015, 185 (191 f.).

<sup>141</sup> Momsen/Rackow, JA 2004, 336 (339); Montenbruck (Fn. 8), S. 55; Rengier (Fn. 8), S. 11; Roxin (Fn. 8), § 3 Rn. 51; ders., GA 2015, 185 (193); kritisch zum proportionalitätssichernden Charakter des Schuldprinzips Duttge (Fn. 32), S. 1 (12); Lackner/Kühl, StGB, § 46 Rn. 24; Weigend (Fn. 100), S. 31, 41; Wohlers/Went (Fn. 19), S. 173 (196 f.); dass sich eine Straftheorie zum Schuldprinzip verhalten muss, folgt schon aus dessen Verfassungsrang (s. nur BVerfGE 123, 267 [413]).

Möglichkeit, ein solches aus den Präventionszielen abzuleiten:<sup>142</sup> Vergeltung füllt anderweitig nicht zu schließende „Legitimationslücken“.<sup>143</sup> Von außen an die Theorien herangetragen<sup>144</sup> und ihnen äußerlich bleibend, erscheint das „gleichsam in der Luft“<sup>145</sup> hängende Schuldprinzip letztlich als Ausdruck der Unfähigkeit präventiver Konzepte, den Vorwurf des Verstoßes gegen den kategorischen Imperativ *Kants* durch Mengung des zu Strafenden „unter die Gegenstände des Sachenrechts“<sup>146</sup> anhand eigener Kategorien zu widerlegen.<sup>147</sup> Der erforderliche Legitimitätsnachweis insb. gegenüber dem Täter<sup>148</sup> muss ihm stets auf das allgemeine Rechtsbewusstsein gerichteten Blick schwerfallen.<sup>149</sup> Dies kann die Heranziehung der Retribution als *hilfreich* zur bloßen Begrenzung des „wann“ – bei schuldhafter Tat – und des „wie“ – im Rahmen der Schuldangemessenheit – nicht kaschieren.<sup>150</sup>

### 3. Zwischenfazit: Verständnis als nur hilfreich unzulänglich

Selbst unter der Prämisse, die Zusammensetzung einer Straftheorie als „Begründungsmosaik“<sup>151</sup> aus diversen „Mosaiksteinen“<sup>152</sup> sei nicht per se als „beziehungsloses Nebeneinanderstellen gegensätzlicher Erwägungen“<sup>153</sup> problematisch, bleibt zentrale Aufgabe einer Straftheorie, Strafe nicht nur zu beschreiben und, gleichsam von außen her, zu begrenzen, sondern auch ihrer Legitimation nachzugehen – und diese in Beziehung zum zu Strafenden zu setzen. Der Feststellung, mit den skizzierten Ansätzen sei „die Begründung und Rechtfertigung der Strafe als Übelszufügung im Großen und Ganzen gelungen“,<sup>154</sup> kann nicht beigetreten werden. Und doch ist es neben freiheitsphilosophischen Ansätzen die positive Generalprävention, die den Rahmen der Wiederentdeckung retributiver Versatzstücke bildete.<sup>155</sup>

## V. Vergeltung im Kontext expressiver Straftheorien

Wenig trennscharf verlaufen die Linien im Grenzbereich zwischen positiv-generalpräventiven und expressiven Straftheorien.<sup>156</sup> Für letztere ist charakteristisch, dass sie das kommunikative Moment der Strafe in Hinsicht auf Normbestätigung<sup>157</sup> (1) und auf die Missbilligung begangenen Unrechts (2) ins Zentrum stellen.<sup>158</sup>

### 1. Bestätigung der Geltung des Rechts („normorientiert“<sup>159</sup>) – *Jakobs*

Exemplarisch für die oft nicht eindeutige Abgrenzung steht die Theorie *Jakobs*. Sie wird hier als normorientiert-expressiv rezipiert,<sup>160</sup> da sie auf einem Begriff der Gesellschaft als „praktizierte personale Kommunikation“<sup>161</sup> fußt und auch Strafe maßgeblich anhand kommunikationsorientierter Kategorien wie der des „Widerspruchs“ begründet.<sup>162</sup> Andernorts wird sie teils als „absolut“<sup>163</sup> kategorisiert.

#### a) Konzeption

Strafe wird als durch „Schmerz“ verstärkter „Widerspruch“ gegen den die „Bedingungen der Gemeinsamkeit leugnenden“ Normbruch verstanden.<sup>164</sup> Zweck des Schmerzes ist, der Versicherung der Wahrscheinlichkeit ausbleibender Verletzungen gegenüber normtreuen Personen<sup>165</sup> Nachdruck zu verleihen.<sup>166</sup> Auch der Täter handelt im Verbrechen zwar als Person – mithin als Teil der Gesellschaft – jedoch nur im formellen Sinn. Dass er als Person – solange wie möglich, bis er nämlich zum „Feind“ umschlägt<sup>167</sup> – nicht aufzugeben ist, resultiert nicht aus seiner Achtung als solcher, sondern aus dem Anliegen der Gesellschaft, sich ihre Grenzen, die mit dem Ausschluss

<sup>142</sup> Zur Unzulänglichkeit der Herleitung, tatproportionale Strafe stärke die Integrationsprävention, v. *Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 11; ebenso v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (264); *Neumann* (Fn. 6), S. 159 (166).

<sup>143</sup> *Klocke/Müller*, StV 2014, 370 (376); kritisch zur Reduktion auf ein bloßes „Strafbegrenzungskriterium“ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 287.

<sup>144</sup> *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. (1990), S. 324.

<sup>145</sup> *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (12); zur „Gegenläufigkeit der strafrechtstheoretischen Topoi Prävention und Schuld“ *Kubiciel* (Fn. 2), S. 10; 169 f.; zur „erheblichen Schwächung der systematischen Dignität des Schuldprinzips“ im Konzept *Roxins* s. *Pawlik*, GA 2006, 345 (346).

<sup>146</sup> *Kant* (Fn. 9), A 197/B 227; noch schärfer *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (803 f.); zur „Theorie der Generalprävention als Verstoß gegen die Menschenwürde“ *Neuß*, Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen – Ein unaufgelöster Konflikt, 2001, S. 158 ff.

<sup>147</sup> Zu diesem Vorwurf kritisch *Hörnle* (Fn. 40), S. 3 (11).

<sup>148</sup> *Köhler* (Fn. 30), S. 40.

<sup>149</sup> Dementsprechend „gänzliche Unvermitteltheit der leitenden Zweckkonstitution“ im Konzept der positiven Generalprävention konstatiert *ders.* (Fn. 30), S. 32 f.

<sup>150</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 51 f.; a.A. *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (342); im Besonderen muss dies für Ansätze gelten, die die begrenzende Wirkung der Schuld wie etwa *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 53 f., auf ein Überschreitungsverbot reduzieren wollen.

<sup>151</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 37.

<sup>152</sup> A.a.O., S. 63; anders *Andrissek* (Fn. 17), S. 55; *Jakobs* (Fn. 42), S. 29 (30 f.); *Köhler* (Fn. 42), S. 44; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 138.

<sup>153</sup> *Pawlik*, GA 2006, 345 (346 f.); s.a. *ders.*, ZIS 2011, 262.

<sup>154</sup> *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (441).

<sup>155</sup> „Exemplarisch“ hierfür ist nach *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (79), die Wendung *Hassemers* von der (Wiederentdeckung der) „Weisheit“ der absoluten Theorien; s. *Hassemer* (Fn. 144), S. 324; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 107.

<sup>156</sup> Vgl. *Montenbruck* (Fn. 8), S. 145, der die „Idee vom expressiven und kommunikativen Charakter der Strafe“ im Ganzen der Generalprävention zuschlägt.

<sup>157</sup> Hierin liegt nach *Hörnle* (Fn. 34), S. 11 (24), die kommunikationstheoretische Wendung der *hegelschen* Negation der Negation des Rechts; s.a. *Pawlik* (Fn. 4), S. 63.

<sup>158</sup> *Demko*, in: *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hg.), *Hegels Erben? – Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, S. 277 (278); *Hörnle* (Fn. 19), S. 31; zugleich zur Entstehungsgeschichte in der US-amerikanischen Diskussion *Kaiser* (Fn. 21), S. 140.

<sup>159</sup> Unterscheidung von „normorientiert“ und „personenorientiert“ nach *Hörnle* (Fn. 19), S. 31.

<sup>160</sup> S. zum Selbstverständnis als positiv-generalpräventiv *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. (1991), S. 6 ff.; s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 152.

<sup>161</sup> *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (2008), S. 52.

<sup>162</sup> *Ders.* (Fn. 160), S. 9.

<sup>163</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (327 f.); dagegen *Hörnle* (Fn. 19), S. 33.

<sup>164</sup> *Jakobs* (Fn. 161), S. 111 ff.

<sup>165</sup> Normtreues Verhalten ist nach *Jakobs* konstitutiv für *wirkliche* Personen, vgl. *ders.* (Fn. 161), S. 108 f.

<sup>166</sup> *Ders.* (Fn. 161), S. 113 f.

<sup>167</sup> Zum Begriff des „Feindes“ im Strafrecht s. *ders.*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick; Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, 2000, S. 47 (52).

einer Person enger zu ziehen wären, nicht vom Normbrecher diktieren zu lassen.<sup>168</sup> Als Person habe der Täter für die Folgen seiner Freiheitsübertretung qua „Schadensersatz“ einzustehen; dies begrenzt Strafe auf den Ausgleich des von ihm verantworteten Schadens.<sup>169</sup> Dies aber sei „nicht logisch zwingend“, sondern lediglich gegenwärtige gesellschaftliche Gepflogenheit.<sup>170</sup> In seiner so begründeten Rolle als Person – als Teil der Gesellschaft – wird der Täter auch in der Strafe adressiert. Ob er die Bedeutung der Sanktion als Einzelner versteht, ist irrelevant.<sup>171</sup> So verzichtet *Jakobs* auf über die Begründung mit gesellschaftlicher Notwendigkeit hinausgehende Straflegitimation gegenüber dem Betroffenen.

### b) Verhältnis zur Retribution

Während die Bestätigung der geltenden Maximen der normorientiert-expressiven Theorie nach *Jakobs* und vergeltungsorientierten Ansätzen als erhoffter Effekt gemein ist,<sup>172</sup> liegt ein zentraler Unterschied in der Gewichtung der Legitimation gegenüber dem zu Strafenden. *Jakobs*, der diesen mit der Strafe schon nicht mehr als Einzelnen anspricht, reicht die Verfolgung gesellschaftlicher Zwecke aus. Gerade die kategorische Ablehnung einer solchen Argumentation aber kennzeichnet jede Vergeltungstheorie. *Jakobs*‘ Theorie als solche zu verstehen,<sup>173</sup> ginge somit fehl.<sup>174</sup> Dies wird im Folgenden noch aufzugreifen sein.<sup>175</sup>

## 2. Legitimation vom Tadel aus („personenorientiert“) – v. Hirsch, Hörnle

Eine andere, insb. auf v. Hirsch zurückgehende Spielart expressiver Strafbegründung<sup>176</sup> differenziert zwischen der Legitimation des Tadels und jener der Schmerzzufügung. Indem sie den Schwerpunkt auf die retributive Legitimation des Tadels legt, stellt sie sich im Verhältnis zur Generalprävention gleichsam als das Unternehmen dar, diese durch Umstrukturierung des Verhältnisses von Begründung gegenüber dem Täter und allgemeinem Nutzen vom Kopf auf die Füße zu stellen.

### a) Konzeption

#### aa) Keine Vermeidung ethisch begründeter Argumentation; Tadel eines Menschen

Der zentralen Schwäche generalpräventiver Theorien, die Legitimation der Strafe auch im Verhältnis zum Täter von erhofften Präventionseffekten in der Gesellschaft her zu denken, die Begründung ihm gegenüber also stets als nachrangig zu begreifen, wird durch positiven Bezug auf „offen ethische Argumente“<sup>177</sup> begegnet. Nur unter der Voraussetzung der anhand solcher erfolgenden Legitimation des Tadels sind präventive Effekte zulässig und wünschenswert.<sup>178</sup> Tadel sei als konfrontative Antwort auf missbilligtes Verhalten gesellschaftlich tradiert. Anders als bloße gefahrreduzierende Einhegung ermögliche er dem Täter Rechtfertigung, Exkulpation und Reparation.<sup>179</sup> So drücke er seine Anerkennung als Person aus.<sup>180</sup> Tadel sei „angemessene Reaktion“<sup>181</sup> nicht nur auf Fehlverhalten im zwischenmenschlichen Alltag, sondern auch auf eine Rechtsgutsverletzung. Denn Unterschiede zwischen strafprozessualer und alltäglicher Kommunikation, etwa mangelnde persönliche Nähe von Gericht und Täter, seien gradueller, nicht prinzipieller Art.<sup>182</sup> Die moralische Fundierung der Tadelfunktion der Strafe bedeutet dabei nicht die Gleichsetzung von Strafwürdigkeit mit bloßer moralischer Verwerflichkeit. Doch entspricht sie der Erkenntnis, dass (Straf-)Recht nicht etwa frei schwebt, sondern an moralische Kategorien anknüpfen muss, zumal diese die letztlich auch in Gesetzgebung mündende demokratische Diskussion prägen.<sup>183</sup> Die so hergeleitete Tadelfunktion der Strafe im Verhältnis zum Täter als „moralisch informierter rechtlicher Vorwurf“<sup>184</sup> machen diese expressiven Ansätze zur Grundlage ihrer Argumentation.<sup>185</sup> Der Staat wendet sich an seine zu strafenden Bürger als „eigenverantwortlich handelnde, zu ethischen Urteilen fähige Wesen“.<sup>186</sup> Er adressiert Menschen, nicht Raubtiere.<sup>187</sup> Der Täter wird so – vermittelt durch seine Rolle als „Rechtsperson“<sup>188</sup> – als „moral agent“<sup>189</sup> anerkannt, also als moralische, zur Orientierung an normativen Verhaltensmaßstäben fähige Person angesprochen. Nicht entscheidend ist insoweit seine „gute“ oder „schlechte“ Motivation im Einzelfall.<sup>190</sup>

Das Maß des Tadels vermittelt dabei den Grad der Missbilligung.<sup>191</sup> Das Anliegen tatproportionaler Strafzumessung – und damit der Vorrang der Fairness vor Nützlich-

<sup>168</sup> *Ders.* (Fn. 161), 110 f.

<sup>169</sup> A.a.O., S. 114.

<sup>170</sup> A.a.O., S. 115.

<sup>171</sup> A.a.O., S. 112 f.; s.a. *Schneider*, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? – Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, S. 73.

<sup>172</sup> *Kubicel* (Fn. 2), S. 166.

<sup>173</sup> So etwa *ders.* (Fn. 2), S. 159.

<sup>174</sup> S.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (79), nach dem sich der – allerdings als generalpräventiv kategorisierte – Ansatz *Jakobs*‘ „am weitesten von der klassischen Überzeugung eines vergeltenden Sinnes von Strafe entfernt“.

<sup>175</sup> S.u. VI.1.c).

<sup>176</sup> *Kaiser* (Fn. 21), S. 179 ff., spricht von „nicht-akzessorischem Expressivismus“.

<sup>177</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (265).

<sup>178</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (271, 278).

<sup>179</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (272); ob er diese Möglichkeit nutzt, soll dabei dem Täter überlassen bleiben.

<sup>180</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51).

<sup>181</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (271).

<sup>182</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (273 f.); s.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (80 f.).

<sup>183</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (517) mit diskursiver Bestimmung der Konnexität von Recht und Moral.

<sup>184</sup> *Ders.*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>185</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (265 f.); v. *Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (49); s.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (79 f.).

<sup>186</sup> Insoweit an die Moralphilosophie *Kants* anknüpfend v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (267).

<sup>187</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (275).

<sup>188</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>189</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51); s.a. v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (271).

<sup>190</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51 mit Fn. 21).

<sup>191</sup> *V. Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 12.

keitserwägungen – ergibt sich so unmittelbar aus dem tadelbasierten Strafverständnis und kennzeichnet dieses wesentlich.<sup>192</sup>

#### bb) Übelszufügung: Prävention und Bekräftigung des Tadels

Dementsprechend vermittelt die in der Strafe liegende Übelszufügung<sup>193</sup> durch ihre jeweilige Intensität zunächst das Maß des ausgesprochenen Tadels.<sup>194</sup> Nach v. Hirsch antwortet die Übelszufügung zudem auf die seiner normativen Ansprechbarkeit korrespondierende Fehlbarkeit des Menschen,<sup>195</sup> indem sie einen „an die Vernunft appellierenden“<sup>196</sup> verstärkenden Anreiz zur Normtreue schafft.<sup>197</sup> Sie wirkt insofern negativ-generalpräventiv.<sup>198</sup> Hörnle bezieht die Signalwirkung des durch das Strafübel verstärkten und glaubhaft gemachten<sup>199</sup> Unwerturteils insb. auf das Tatopfer.<sup>200</sup>

Die Legitimation der Übelszufügung wird somit sowohl durch retributive als auch durch präventive Erwägungen getragen. Der Vorwurf, die Heranziehung präventiver Gesichtspunkte verhindere die angestrebte Überwindung der der Generalprävention vorgeworfenen Instrumentalisierung des Täters,<sup>201</sup> scheint diesbezüglich nicht zuzutreffen. Denn die Begründung des Übels erfolgt nicht rein präventiv und ist zudem der als *notwendige* Voraussetzung<sup>202</sup> installierten Bedingung retributiver Rechtfertigung des Tadels stets erst nachgeordnet.

#### b) Verhältnis zur Retribution

Anders als generalpräventive Erwägungen nehmen personenorientiert-expressive Theorien die der „Strafe immanenten retrospektiven Strukturen“<sup>203</sup> explizit in den Blick. Von rein präventiver Strafbegründung nehmen sie deutlich Abstand.<sup>204</sup> Zudem nehmen sie aus einer Straftat folgende Vergeltungsbedürfnisse der Gesellschaft und insb. des Opfers in Bezug.<sup>205</sup> Sinn des durch Übelszufügung verstärkten Tadels sei auch, diese „abzufangen“.<sup>206</sup> Retributiven Erwägungen kommt somit in verschiedener Hinsicht zentrale Bedeutung zu. Personenorientierte Expression allein deshalb für absolut-vergeltend zu erklären, wäre indes verfehlt.<sup>207</sup>

Durch Zusammenführung reaktiver, deontologischer und

präventiver Elemente<sup>208</sup> unter Betonung der kommunikativen Wirkung der Strafe sprengen sie das althergebrachte Schema der Auseinandersetzung absoluter und relativer Straftheorien.<sup>209</sup>

#### 3. Zwischenfazit: „expressiv“/„präventiv“ statt „absolut“/„relativ“

Die normorientiert-expressive Theorie Jakobs' wird als „absolut“ bezeichnet, unterscheidet sich von Vergeltungstheorien jedoch elementar. Keiner der anderen bis hierhin diskutierten Ansätze ist frei von Retribution. Die Rechtsprechung beruft sich zuvorderst auf Vergeltung. Die Generalprävention implementiert notdürftig-nachträglich das Schuldprinzip, um sich ein Maß zu geben. Personenorientiert-expressive Ansätze rechtfertigen Strafe im Verhältnis zum Täter durch Herleitung einer ethischen Legitimation staatlicher Reaktion auf begangenes Unrecht. Zugleich handelt es sich bei keinem der Ansätze um eine „absolute“ Theorie. Die Rechtsprechung bindet Strafe auch an präventive Zwecke. Auf deren Verfolgung baut die Generalprävention ihr ganzes Denken. Expressive Ansätze fokussieren vor allem anderen die kommunikative Funktion der Strafe. So brechen sie aus der Dichotomie von „absolut“ und „relativ“ aus. Diese ist nicht in der Lage, die Auseinandersetzung der Straftheorien adäquat abzubilden.<sup>210</sup> Sie ist den folgenden Ausführungen nicht weiter zugrunde zu legen. Stattdessen findet ein Konzept Anwendung, das vor dem Hintergrund der bisherigen Erkenntnisse geeigneter erscheint: Die Kategorisierung nach „präventiv“ und „expressiv“.<sup>211</sup> Deren Anwendung auf die als „neoabsolut“ bezeichneten Theorien ermöglicht es, sie über ein Verständnis als „filigranartige Klassikerexegese“<sup>212</sup> hinaus einer aussagekräftigen Charakterisierung zuzuführen. Sie formulieren, Vergeltung führe dem Täter das Falsche der von ihm gesetzten Maxime vor Augen. Ins Zentrum stellen sie so den Täter und das kommunikative Moment der Strafe. Sie sind als personenorientiert-expressive Theorien einzuordnen.

## VI. Genuine Vergeltungstheorien in der gegenwärtigen Diskussion

Diese Neuordnung hat ihre Leistungsfähigkeit für die Bestimmung der Bedeutung retributiver Erwägungen in der heutigen Diskussion in der Anwendung auf zwei aktuelle

<sup>192</sup> Dies. 1991, S. 12 ff.; v. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (66).

<sup>193</sup> Günther, in: FS-Lüderssen, (Fn. 67), S. 205 (219), erachtet diese zunächst für verzichtbar; dagegen Kühl (Fn. 32), S. 149 (160 f.); in der Bestimmung der Strafe als Tadel und Übel sieht einen begrifflichen Mangel Zaczyk, ZStW 123 (2011), 691 (698 f.).

<sup>194</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (53 f.); Hörnle, JZ 2006, 950 (956); dies. (Fn. 19), S. 44.

<sup>195</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (55 ff.).

<sup>196</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (279); s.a. v. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (61).

<sup>197</sup> Kaiser (Fn. 21), S. 181; kritisch Roxin, GA 2015, 185 (195), der diese Idee für „überaus kühn“ hält.

<sup>198</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (55).

<sup>199</sup> Hörnle (Fn. 34), S. 11 (27 f.); zum Ganzen kritisch Pawlik (Fn. 4), S. 52 ff.

<sup>200</sup> Hörnle (Fn. 40), S. 3 (15 f.); dies. (Fn. 34), 11 (26 f.).

<sup>201</sup> Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 107.

<sup>202</sup> Vgl. auch Kaiser (Fn. 21), S. 181.

<sup>203</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281).

<sup>204</sup> Sie wie Montenbruck (Fn. 8), S. 145, der Generalprävention zuzuordnen, erscheint deshalb verfehlt.

<sup>205</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 38; Diskussion eines subj. Opferrechts auf Strafverfolgung 41 f.; zust. Duttge (Fn. 32), S. 1 (12); Roxin, GA 2015, 185 (201); Walther, ZStW 111 (1999), 123; s.a. Wirbelauer (Fn. 55), S. 41 (46).

<sup>206</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 45; s.a. Weigend (Fn. 100), S. 31 (36).

<sup>207</sup> Ausdrückl. v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281); s. aber Martins, ZIS 2014, 514 f. zur Tadelstheorie v. Hirschs als „plausibles und rechtsstaatlich kompatibles retributives Rechtfertigungsmodell“.

<sup>208</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (44; 65 f.).

<sup>209</sup> Ders. (Fn. 137), S. 43 (44).

<sup>210</sup> In diesem Sinne auch Hörnle, JZ 2006, 950 (951); dies. (Fn. 40), S. 3 (15); dies. (Fn. 34), S. 11 (28 f.); Pawlik (Fn. 34), S. 213 (229); ders., GA 2006, 345 (349); Weigend (Fn. 100), S. 31; Zaczyk (Fn. 8), S. 207 (215).

<sup>211</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 61.

<sup>212</sup> Schönemann (Fn. 67), S. 327 (328).

Theorien zu erweisen, die als Vergeltungstheorien firmieren, sich dabei aber gegen die Lehre der Frankfurter Schule nach *Wolff*, *Köhler* et al. abgrenzen.

### 1. Reaktion auf Loyalitätspflichtverletzung des freien Bürgers – Pawlik, Kubiciel

*Pawlik* entwirft nach eigenem Bekunden eine einschlägigen Einwänden nicht ausgesetzte,<sup>213</sup> nach *Roxin* die „modernste Form einer Vergeltungstheorie“.<sup>214</sup> *Kubiciel* legt eine „freiheitstheoretisch fundierte Vergeltungstheorie“<sup>215</sup> vor, die sich weitgehend an *Pawlik* orientiert, ohne dessen zentralen Begriff, das „Unrecht des Bürgers“,<sup>216</sup> explizit aufzugreifen.

#### a) Abgrenzung zur Theorie nach *Wolff*, *Köhler* et al.

In Auseinandersetzung mit *Wolff* und dessen Schülern kritisiert *Pawlik*, deren Konzeption eines intersubjektiven Anerkennungsverhältnisses und des Verbrechens als auf das Täter-Opfer-Verhältnis beschränkten Akts der Nicht-Anerkennung eines Anderen könne nicht erklären, warum die Allgemeinheit – in dem konkreten Opfer restitativ nicht dienlicher Weise<sup>217</sup> – strafen dürfe.<sup>218</sup> Dies sei nicht zu überwinden, solange auf der Subjektebene argumentiert werde.<sup>219</sup> Eine anerkennungstheoretisch fundierte Vergeltungslehre müsse den intersubjektiven Rahmen in Richtung einer „spezifisch staatsbürgerlichen Verantwortung“ des Straftäters verlassen.<sup>220</sup>

#### b) Konzeption

Dies leisten soll das auf der an *Hegel*<sup>221</sup> und *Hälschner*<sup>222</sup> angelehnten Differenzierung von Person, Subjekt und Bürger<sup>223</sup> fußende Konzept einer Mitwirkungspflicht des Bürgers als Kehrseite seiner Freiheit.<sup>224</sup> Dieses leitet die Theorie nach *Pawlik*.

#### aa) Freiheit und Mitwirkungspflicht

Als seit *Rousseau* und *Kant* einzig legitimer Grund der Strafe wird der Theorie die Aufrechterhaltung eines Zustands personaler Freiheit zugrunde gelegt.<sup>225</sup> Weder von der Person noch vom Subjekt, sondern erst vom Bürger könne erwartet werden, auf die Konstitution dieses Zustands durch gemeinsame Anstrengung aller<sup>226</sup> und seine

damit einhergehende Verantwortung zu reflektieren.<sup>227</sup> Als Bürger komme ihm demnach auch die in diversen strafrechtlichen Pflichten konkretisierte<sup>228</sup> Pflicht zu, an der Aufrechterhaltung des Freiheitsverhältnisses mitzuwirken.

#### bb) Pflichtverletzung: das „Unrecht des Bürgers“

In der Verletzung dieser Pflicht liege das spezifische „Unrecht des Bürgers“. Im Verbrechen missachte der Täter nicht nur den intersubjektiven Anerkennungsanspruch des konkreten Opfers, sondern auch den mitbürgerlichen Loyalitätsanspruch.<sup>229</sup> Er treffe so im Opfer stets auch die Allgemeinheit, der gegenüber ihm jene Mitwirkungspflicht zukommt.<sup>230</sup> Der Schaden transzendiert das individuelle Täter-Opfer-Verhältnis.<sup>231</sup> Der Täter übt Unrecht an der „Rechtsgemeinschaft als Ganzes“,<sup>232</sup> am Recht „als Recht“.

#### cc) Strafe: Ausweis der engen Verbindung bürgerlicher Mitwirkung und Freiheit

Erst durch die solcherart überindividuelle Anknüpfung des Verbrechens sei auch der allgemeine Charakter der Strafe in Abgrenzung zum zivilrechtlichen Schadensersatz<sup>233</sup> zu erklären.<sup>234</sup> Straftat und Strafe seien schlüssig in derselben Rechtssphäre zu verorten. Strafe als Reaktion auf die Pflichtverletzung restituiert nach *Pawlik* „das Recht als Recht“,<sup>235</sup> indem sie Fehlverhalten „in kommunikativ unmissverständlicher Weise als irrelevant“ kennzeichnet.<sup>236</sup> Sie exemplifiziert anhand des Normbrechers, „dass es gesicherte Freiheit nur um den Preis der Pflichterfüllung gibt“.<sup>237</sup> Infolge der Pflichtverletzung wird er in seiner Freiheit eingeschränkt. Die Mitwirkungspflicht werde diesbezügliche Duldungspflicht.<sup>238</sup> Das besondere Übel der Schmerzzufügung sei erforderlich zur das Rechtsverhältnis bestätigenden, konsequent-glaubhaften, spiegelbildlichen Reduktion der den Freiraum des Täters im bürgerlichen Staat konstituierenden Handlungsspielräume.<sup>239</sup>

Nach *Kubiciel* drückt Strafe die Geltung des Rechts – und nicht der „Maxime des Handelns des Täters“<sup>240</sup> – aus. Der Strafschmerz habe dabei „Zeichenfunktion“:<sup>241</sup> Es symbolisiere den spezifischen Charakter der Strafe als der Allgemeinheit als solche verständliche Antwort auf eine überindividuelle Schädigung.<sup>242</sup>

<sup>213</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (92).

<sup>214</sup> *Roxin*, GA 2015, 185 (186).

<sup>215</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 128.

<sup>216</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 87.

<sup>217</sup> A.a.O., S. 73; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (82).

<sup>218</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 70 ff.; zustimmend *Kubiciel* (Fn. 2), S. 163 f., der freilich anders als *Pawlik* nicht auf die Unterscheidung von Person, Subjekt und Bürger eingeht.

<sup>219</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 82.

<sup>220</sup> A.a.O., S. 73 f.

<sup>221</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 190: „Im Rechte ist der Gegenstand die Person, im moralischen Standpunkte das Subjekt, [...] in der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt der Bürger (als bourgeois) [...]“; s. dazu *Stübinger* (Fn. 20), S. 94 ff.

<sup>222</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 139), S. 110 ff.

<sup>223</sup> *Ders.* (Fn. 4), S. 76 ff.

<sup>224</sup> A.a.O., 83; *ders.*, GA 2006, 345 (348); *ders.* (Fn. 30), S. 59 (84); s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 166 f.

<sup>225</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (84); zur Legitimation rechtlichen Zwangs nach *Kant* „nur zur Überwindung eines Hindernisses der Freiheit“ s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 25.

<sup>226</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (87); *ders.* (Fn. 139), S. 105 f.

<sup>227</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 82 f.

<sup>228</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 172; speziell zu § 323c StGB s. *Pawlik* (Fn. 4), S. 86.

<sup>229</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 86.

<sup>230</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 168.

<sup>231</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (82).

<sup>232</sup> *Ders.* (Fn. 30), S. 59 (88); zur Verletzung des Rechtsverhältnisses s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 125.

<sup>233</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 88 f.

<sup>234</sup> *Ders.*, GA 2006, 345 (348); s.a. *ders.* (Fn. 139), S. 90 f.

<sup>235</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 97.

<sup>236</sup> *Ders.* (Fn. 34), S. 213 (229 f.); s.a. *ders.*, GA 2006, 345 (349).

<sup>237</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (89 f., 93); s.a. *ders.* (Fn. 4), S. 76; *ders.*, ZIS 2011, 262 (263).

<sup>238</sup> *Pawlik*, GA 2006, 345 (348); *ders.* (Fn. 30), S. 59 (89 f.).

<sup>239</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 91; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (90 f.); *ders.* (Fn. 139), S. 116 f.

<sup>240</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 165 f.

<sup>241</sup> *Ders.* (Fn. 2), S. 165.

<sup>242</sup> *Ders.*, ZStW 118 (2006), 44 (62 f.).

c) *Verortung in der Diskussion; Nähe und Abgrenzung zur Theorie Jakobs'*

Sieht *Pawlik* sich selbst in großer Nähe zur positiven Generalprävention,<sup>243</sup> so bezieht er sich insb. auf die hier als expressiv rezipierte Theorie seines Lehrers *Jakobs*. Anders als dieser<sup>244</sup> legitimiert er die Strafe indes wesentlich im Verhältnis zum Täter und seiner Tat.<sup>245</sup> Besonders deutlich wird der dahingehende, über den unterschiedlichen Gebrauch der Kategorien „Person“ und „Bürger“ hinausgehende Unterschied am Verständnis der Rolle des Täters. Nach *Jakobs* bricht dieser die Norm nicht wegen seiner Eigenschaft als Person, sondern „weil er als Person unterentwickelt geblieben ist“.<sup>246</sup> (Formelle) Person bleibt er allein aufgrund gesellschaftlicher Notwendigkeit; nur deshalb wird er als eine Person unter vielen auch in der Strafe adressiert. Konsequenz verliert er diesen Status – und mit ihm die Aussicht auf „Rechtsstrafe“ anstelle von „Machtstrafe“<sup>247</sup> –, wenn er sich als „Feind“ zu erkennen gibt.<sup>248</sup> Nach *Pawlik* kann der Täter das Recht in mit öffentlicher Strafe zu beantwortender Art überhaupt nur brechen, weil er Bürger ist. Konstitutiv ist auch für die Strafe, dass sie ihn weiterhin als Bürger in die Pflicht nimmt und ihn aus der Verantwortung für das Projekt bürgerlicher Freiheit gerade nicht entlässt.<sup>249</sup> Im Gefolge *Pawliks* entfaltet auch *Kubiciel*<sup>250</sup> die Strafbegründung gegenüber dem Täter. Große Nähe zu *Jakobs* weisen beide indes in erhofften Effekten der Strafe auf.<sup>251</sup>

d) *Einordnung: täter- und normorientierte Expression*

Der der Strafe zugeschriebene expressiv-kommunikative Effekt der Bestätigung des Zusammenhangs von Freiheit und Bürgerpflicht stützt die Einordnung der Ansätze *Pawliks* und *Kubiciels* als normorientiert-expressiv.<sup>252</sup> Wenngleich es den Vorgaben der Unterscheidung von „präventiv“ und „expressiv“ entspricht, steht dieses Ergebnis aufgrund der elementaren Differenzen zu der derselben Kategorie zuzuordnenden Theorie *Jakobs'* für die Notwendigkeit weiterer Konkretisierung.

2. *Retributive Generalprävention – Walter, Andrissek*

*Walter* stellt einen empirisch-soziologischen Ansatz vor, der die Vergeltung rehabilitieren<sup>253</sup> und eine „Begründungslücke“<sup>254</sup> in der rechtsphilosophischen Diskussion

schließen soll. *Andrissek* tritt ihm bei und formt den Ansatz weiter aus.

a) *Konzeption*

Eine Gesellschaft dürfe die Bedingungen ihres Fortbestands sichern.<sup>255</sup> Eine solche sei Rechtsfrieden, dessen Sicherung vergeltende Strafe durch institutionalisierte Befriedigung flagranter gesellschaftlicher Vergeltungsbedürfnisse<sup>256</sup> infolge von Straftaten diene.<sup>257</sup> Vergeltung fungiert so als zivilisatorisch eingehegtes, maßvolles staatliches Substitut der Rache der Einzelnen untereinander.<sup>258</sup> Diese Rolle habe Strafe auszufüllen, solange Vergeltungsbedürfnisse bestehen, was es zwar nicht zu affirmieren, im Dienste der Freiheitssicherung aber doch anzuerkennen gelte.<sup>259</sup>

b) *Einordnung: Prävention*

Vergeltung wirke insofern nicht absolut, sondern relativ.<sup>260</sup> Ihre Berechtigung wird aus der gesellschaftlichen Notwendigkeit dem Zerfall des Rechtsstaats vorbeugender Bedürfnisbefriedigung abgeleitet.<sup>261</sup> Sie ist somit „Mittel zum Zweck“<sup>262</sup> der Generalprävention. Die Theorie ist retributiv-generalpräventiv<sup>263</sup> geprägt.

c) *Aussagekraft zur rechtsphilosophischen Diskussion*

Der ob des Rekurses auf den zivilisatorischen Gehalt der Institutionalisierung der Strafe<sup>264</sup> naheliegende Versuch, den empirisch-soziologischen Ansatzes i.S. einer Theorie der Strafe als Existenzversicherung des bürgerlichen Staats in Reaktion auf aus diesem Bedürfnis resultierende Interessen aufgekklärter Bürger philosophisch zu wenden, ist hier nicht auszuformulieren. Gerade, da sie sich als nicht rechtsphilosophisch versteht,<sup>265</sup> gibt die Theorie *Walters* und *Andrisseks* Aufschluss über das Spezifikum vergeltungsorientierter rechtsphilosophischer Strafbegründung. Wie diese begreift sie sich als Theorie der Vergeltung. Indes leitet sie die Begründung der Strafe allein aus gesellschaftlichen Bedürfnissen ab. Sie setzt sich zwar

<sup>243</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (92).

<sup>244</sup> S.o. V.1.b).

<sup>245</sup> Zur Notwendigkeit „begründungstheoretischer Konsistenz“ insb. gegenüber dem Täter *Pawlik*, ZIS 2011, 262; s.a. *ders.* (Fn. 139), S. 110.

<sup>246</sup> *Jakobs* (Fn. 161), S. 112.

<sup>247</sup> *Ders.* (Fn. 167), S. 47, 56.

<sup>248</sup> Zu *Jakobs'* Affirmation eines „Feindstrafrechts“ als Konsequenz seiner Lehre *Schneider* (Fn. 171), S. 88 f.; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts – Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 523 ff.; *Stübinger* (Fn. 20), S. 178 f.

<sup>249</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 90; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (89).

<sup>250</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 165.

<sup>251</sup> *Ders.* (Fn. 2), S. 171; zu diesem auch *Neumann*, ZStW 129 (2017), 780 (787).

<sup>252</sup> Zu *Pawlik* s. *Hörnle* (Fn. 34), S. 11, 24; anders *Roxin*, GA 2015, 185 (196 f.; 201).

<sup>253</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636.

<sup>254</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (837).

<sup>255</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (839).

<sup>256</sup> Zum für die auf rechtsphilosophische Gesichtspunkte fokussierte Darstellung nicht entscheidenden empirischen Nachweis dieser Vergeltungsbedürfnisse ausführl. *ders.*, ZIS 2011, 636 (638 ff.).

<sup>257</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (837); s.a. *Weigend* (Fn. 100), S. 31 (36).

<sup>258</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636 (643 f.); Bestätigung findet das Verständnis *Walters* insofern außerhalb der Grenzen der Rechtswissenschaft, vgl. aus anthropologischer Perspektive *Girard*, Das Heilige und die Gewalt – La violence et le sacré, 1987, S. 9 ff.

<sup>259</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636 (643 f.); *ders.* (Fn. 3), S. 831 (847).

<sup>260</sup> *Walter* (Fn. 67), S. 831 (837).

<sup>261</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 83.

<sup>262</sup> *Ders.* (Fn. 17), S. 87.

<sup>263</sup> *Ders.* (Fn. 17), S. 86; zustimmend *Walter* im Geleitwort zur Arbeit *Andrisseks*.

<sup>264</sup> S.a. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Aufl. (2011), S. 6 f.

<sup>265</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 1; *Walter*, ZIS 2011, 636.

nicht dem Vorwurf aus, Strafe unreflektiert an die je herrschende allgemeine Stimmung zu koppeln.<sup>266</sup> Denn gerade diese ist es, vor der sie Täter und Rechtsstaat schützen will. Doch legitimiert sie Strafe nicht anhand eines spezifischen Begriffs vom zu Strafenden. So aber gehen alle dargestellten rechtsphilosophischen Ansätze vor.<sup>267</sup>

### 3. Zwischenfazit: Täterbegriff

Wolff, Köhler et al. strafen den Täter als praktisch vernünftiges Subjekt. Personenorientierte Expression adressiert ihn als *moral agent*; Pawlik und Kubiciel als freien Bürger. Jakobs sieht ihn nur als „für den Normbruch Zuständigen“.<sup>268</sup> Auch der empirisch-soziologische Ansatz reiht sich der Argumentationsstruktur nach<sup>269</sup> zwischen Theorien ein, die den Täter rein funktionalistisch als bloßen Gefährder<sup>270</sup> begreifen. Die Abgrenzung in beide Richtungen ermöglicht die präzise Bestimmung der Rolle rechtsphilosophischer Vergeltungstheorien in der heutigen Diskussion.

## VII. Fazit: weder überholt noch nur hilfreich – die Notwendigkeit der Retribution

Die Dichotomie von „absolut“ und „relativ“ kann die heutige Bedeutung retributiver Erwägungen in Strafrecht und Strafrechtsphilosophie nicht erfassen. Sie ist der überholten Stigmatisierung der Retribution als im doppelten Sinne rückwärtsgerichtet verhaftet und verstellt von vornherein den Blick auf die Komplexität des Diskussionsstands. Von „der“ Vergeltung kann nicht die Rede sein.<sup>271</sup> Aufschlussreicher ist die Strukturierung nach „expressiv“ und „präventiv“. Sie kann abbilden, dass heutige retributive Ansätze Vergeltung gerade nicht absolut setzen, sondern ihre Notwendigkeit weitergehend begründen.<sup>272</sup> Sie soll dem Täter den Rückweg in das Anerkennungsverhältnis eröffnen, auf seine moralische Ansprechbarkeit reflektieren, gesellschaftliche Solidarität mit dem Tatopfer ausdrücken, dessen sowie gesamtgesellschaftliche Vergeltungsbedürfnisse kontrolliert abführen oder die Konnexität von Freiheit und Bürgerpflicht herausstreichen. Dass das Schema von Expression und Prävention indes die Theorien Pawliks und Kubiciels in einer Kategorie mit derjenigen Jakobs' verorten muss, verweist darauf, dass ein dichotomes Schema die Vielschichtigkeit der in Rede stehenden Theorien stets nur teilweise erfassen und gewisse Schwerpunktsetzungen identifizieren kann. Die präzise

Bestimmung der Bedeutung vergeltungsorientierter Ansätze ermöglicht es nicht.

Erst die Abgrenzung rechtsphilosophisch fundierter retributiver Theorien zu rein funktionalen Konzepten einerseits und zur empirisch-soziologischen Vergeltungstheorie andererseits weist den ihnen eigenen Blick auf den Täter als ihr Spezifikum aus. Bei allen Differenzen im Einzelnen ist ihnen gemein, dass Strafe nach ihrem Verständnis den zu Strafenden als autonomes Wesen adressiert. Neben ihrer Rolle als Lückenfüller insoweit unzulänglicher Präventionstheorien liegt hierin ihre Bedeutung für eine Diskussion der Legitimität der Strafe eines Staats, der die seiner Strafgewalt Unterworfenen nicht lediglich als (potentielle) Gefährder, sondern – und dies nicht nur aus gesellschaftlicher Notwendigkeit – als würdige Menschen, Subjekte, Bürger begreift.<sup>273</sup>

Dass dieser Anspruch den Rahmen aller diskutablen Beiträge setzt, verlangt das Verfassungsprinzip der Menschenwürde.<sup>274</sup> Auf den Bezug zu Kant und Hegel kann die Erschließung der Diskussion dabei über ihre Bedeutung als Grundlage auch moderner freiheitsphilosophisch orientierter Straftheorien hinaus auch insofern nicht verzichten, als sich ihrem Denken die am weitesten gehende Explikation des heute mit Menschenwürde bezeichneten Guts verdankt.<sup>275</sup> Hinter die menschliche Freiheit führt seitdem kein Weg zurück;<sup>276</sup> ein von ihr bestimmter Begriff der Gesellschaft formuliert das einzig legitime Ziel aller Philosophie. Doch essentieller Aspekt dieser Idee ist auch ihre unvollständige Verwirklichung. Allein aus ihr die Begründung der Strafe abzuleiten, reduziert die Idee menschlicher Freiheit um diesen ihren unverwirklichten Charakter und negiert so alle Widersprüche zwischen der freiheitlichen Grundlegung der bürgerlichen Gesellschaft und des Zustands – verschieden ausgeprägter – realer Unfreiheit ihrer Bürger,<sup>277</sup> denen „die gesamte Gestalt der sozialen und rechtlichen Ordnung“<sup>278</sup> aufgeladen wird. Dieser Zustand aber bildet den Rahmen auch des auf Freiheit ausgehenden Denkens. Nicht in Erwägungen zur Vorpositivität freiheitsphilosophischer Straftheorie,<sup>279</sup> sondern hierin liegt schließlich der berechtigte Kern der – oft dicht an der Sache vorbeigehenden – Kritik an retributiven Theorien in Form des Rufs nach der Immanenz der Straflgitimation. Denn den Rahmen tatsächlicher Unfreiheit vermag keine Anstrengung immanenter Verortung der Frei-

<sup>266</sup> Gegen die Legitimation von Sanktionen durch die „momentane sozialpsychologische Befindlichkeit in der Sozietät“ Streng, StV 2013, 236 (243); s.a. Hörnle (Fn. 19), S. 43.

<sup>267</sup> Zu diesem Kennzeichen von ihm als „absolut“ bezeichneter Theorien auch Andrissek (Fn. 17), S. 40 f.

<sup>268</sup> Jakobs (Fn. 160), S. 5.

<sup>269</sup> Nichts gesagt ist hiermit freilich über einen von Walter und Andrissek vertretenen Täterbegriff.

<sup>270</sup> Zur Spezialprävention Kubiciel (Fn. 2), S. 141 f.; zur negativen Generalprävention S. 147 f.

<sup>271</sup> So auch Klocke/Müller, StV 2014, 370 (373).

<sup>272</sup> So auch Zabel (Fn. 248), S. 717.

<sup>273</sup> Köhler (Fn. 30), S. 37: „Die allgemeine Erklärung des Strafzangs als Präventionszwang ist für vernünftige Rechtssubjekte unhaltbar, weil darin ihre praktische Vernünftigkeit – rechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit – generell geleugnet wird.“; zur grundlegenden Bedeutung eines solchen Verständnisses auch in prozessualer Hinsicht Kahlo, KritV 1997, 183 (195 ff.).

<sup>274</sup> Vgl. zu Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG auch Kahlo (Fn. 56), S. 383 (419 f.).

<sup>275</sup> Dies freilich ohne Verwendung des Begriffs im heutigen Sinn. Vgl. weiterführend Sensen, Kant on Human Dignity, 2011; zu Hegel s. Seelmann, in: Dreier (Hg.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie – Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann, 2016, S. 125 ff.

<sup>276</sup> So auch Pawlik (Fn. 30), S. 59 (84).

<sup>277</sup> Adorno, Negative Dialektik, 6. Aufl. (2013), S. 220: „Je mehr Freiheit das Subjekt, und die Gemeinschaft der Subjekte, sich zuschreibt, desto größer seine Verantwortung, und vor ihr versagt es in einem bürgerlichen Leben, dessen Praxis nie dem Subjekt die ungeschmälerte Autonomie gewährte, die es ihm theoretisch zuschob.“ So Kubiciel (Fn. 2), S. 163, der der Rechtsordnung „eher eine objektiv-historische als eine subjektiv-vernünftige Gestalt“ attestiert.

<sup>279</sup> Zur Kritik dieses Vorwurfs s. Zaczyk, Der Staat 50 (2011), S. 295 (296 ff.), der die Notwendigkeit einer auf Freiheit ausgehenden Fundierung des Demokratiebegriffs betont.

heit zu sprengen. Hierzu muss sich eine freiheitsphilosophische Legitimation der Strafe verhalten, will sie sich nicht dem Vorwurf der Affirmation realer Unfreiheit in einer „Allianz von Freiheitslehre und repressiver Praxis“<sup>280</sup> aussetzen.

Lehren, die in den Adressaten der Strafe nicht freie Bürger, sondern bloße Gefährder, in ihren Taten bloße Gefahrenherde erblicken – und die gegen solche sichernde Expansion des Strafrechts immer weiter treiben müssen<sup>281</sup>–,

können dem freilich noch ungleich schlechter begegnen. Retributive Erwägungen, die sich einem solchen Täterbegriff – und dessen Auswüchsen, die nicht nur in dem eingangs zitierten Urteil des *AG Hamburg*, sondern auch in immer wieder zu vernehmenden Rufen nach dem notorischen Feindstrafrecht für je missliebige Gruppen in Erscheinung treten – verweigern, sind somit weder *überholt*, noch nur *hilfreich*, sondern zur Legitimation staatlicher Strafe *notwendig*.

---

<sup>280</sup> Adorno (Fn. 277), S. 213.

<sup>281</sup> Andrissek (Fn. 17), S. 52 f.; Hassemer, ZIS 2006, 266 (269 ff.); ders. (Fn. 12), S. 73; Kahlo (Fn. 56), S. 383 (421); Martins, ZIS 2014, 514 (520); Pawlik (Fn. 30), S. 59 (79).

## **Danielle van Bergen: Abbildungsverbote im Strafrecht – Der Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen nach § 201a StGB unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Bezüge und verfassungsrechtlichen Vorgaben**

von Dr. Momme Buchholz

2018, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, ISBN: 978-3-428-15468-5, S. 377, Euro 89,90.

Die im Jahr 2004 eingeführte Strafnorm § 201a StGB, welche vor unbefugten Bildaufnahmen schützen soll, wurde zuletzt 2015 umfassend geändert. Die Reform des § 201a StGB war wegen der europäischen Richtlinie 2011/93/EU erforderlich geworden und wird gemeinhin auch als rechtspolitische Antwort auf die Ausweitung der technischen Angriffsmöglichkeiten auf das Persönlichkeitsrecht verstanden. Während die ursprüngliche Gesetzesfassung im Wesentlichen das Herstellen und Übertragen von Bildaufnahmen solcher Personen, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befanden, unter Strafe stellte, ist der Straftatbestand 2015 erheblich erweitert worden. Auch die Herstellung und Übertragung von Bildaufnahmen, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, kann seitdem bestraft werden. Zudem ist ein neuer Absatz 4 eingefügt worden, nach welchem „Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen“, nicht bestraft werden sollen. Hinsichtlich dessen rechtsdogmatischer Einordnung sich die Stimmen in der Literatur noch nicht einigen konnten. Die Arbeit von *van Bergen* findet folglich ein breites Feld aktueller Problemstellungen sowohl de lege lata als auch de lege ferenda.

In ihrer bildgewaltigen Einleitung („*Drahtseilakt*“, „*Tanz auf dem Vulkan*“ und Persönlichkeitsschutz wie „*unter dem Brennglas*“, Widersprüche werden „*umschiff*“, vgl. S. 21 f.) betont *van Bergen* die Bedeutung und vor allem die Schwierigkeiten eines wirksamen Persönlichkeitsschutzes im deutschen Rechtssystem. Sie zeigt die rasante Entwicklung im Strafrecht unter Verweis auf die relativ jungen §§ 238, 202c StGB auf, um sogleich ein Spannungsfeld eines engmaschigen Persönlichkeitsschutzes zum fragmentarischen Charakter des Strafgesetzbuches zu skizzieren. Auch weil Bildaufnahmen das Persönlichkeitsrecht unmittelbar betreffen und wegen der Reproduzierbarkeit eine besonders intensive Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts droht, konzentriert *van Bergen* sich im weiteren Verlauf der Arbeit insbesondere auf § 201a StGB (S. 22). Vorgesaltet soll allerdings ein intra-systematischer Rechtsvergleich zum Zivil- und Verfassungsrecht vorgenommen werden, um „*wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede*“ herauszuarbeiten (S. 24 f.).

Im ersten Kapitel geht *van Bergen* in beeindruckender

dogmatischer Tiefe der Frage nach, wie der Persönlichkeitsschutz in der Gesamtrechtsordnung gewährleistet wird. Freilich erfolgt der Schutz der Persönlichkeit nicht allein im Strafrecht oder einem anderen isolierten Rechtsgebiet, sondern er ist vielmehr auf verschiedene Regelungskomplexe verteilt (S. 28 ff.). *Van Bergen* nennt das Recht des Persönlichkeitsschutzes daher zurecht als „*Querschnittsmaterie*“ (S. 28).

Im Verfassungsrecht verortet *van Bergen* den Persönlichkeitsschutz zum einen grundsätzlich in jedem der traditionellen Freiheitsrechte und zum anderen in kristallisierter Form in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung werde die Persönlichkeit vor Bildaufnahmen auch durch das Recht am eigenen Bild geschützt (S. 47). Doch während *van Bergen* in der Rechtsprechung einen Wandel im Persönlichkeitsschutz von dem klassischen sphärenorientierten Schutzbereichsverständnis zu einer stärkeren Betonung einzelner Gewährleistungsinhalte ausmacht, soll sich dies ihrer Meinung nach bezüglich des Schutzes vor unbefugten Bildaufnahmen gegenläufig verhalten: Dieser trete vermehrt als Privatsphärenschutz im Sinne der Sphärentheorie auf (S. 75). Aus dieser schutzbereichstheoretischen Analyse folgert *van Bergen* sodann im Weiteren, dass der Schutz der Privatsphäre nicht länger objektiv-räumlich bestimmt wird, womit der Schutz weitgehend auf die Privatsphäre in der Wohnung und vergleichbare Räumlichkeiten beschränkt war. Unter dem Einfluss des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte werde nun vielmehr inhaltlich-thematisch erfasst, sodass auch „*Aktivitäten*“ (genauer: Situationen) außerhalb der vormals geschützten Räumlichkeiten geschützt sein können (S. 68 ff.).

Sodann widmet sich *van Bergen* dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (S. 75 ff.). Bei der Bestimmung des Gewährleistungsgehalts im Zivilrecht setzt sich die Verfasserin zunächst mit dem einem Persönlichkeitsrecht abneigend gegenüberstehenden v. Savigny auseinander (S. 78 f.) und statuiert dabei den Ausgangspunkt, dass der Persönlichkeitsschutz bei der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs „*kaum Berücksichtigung*“ fand (S. 81). Dies soll sich erst nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes Schritt für Schritt geändert haben, als der Bundesgerichtshof in der sog. Leserbriefentscheidung die verfassungsrechtliche Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betonte – und dies sogar noch vor dem sog. Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Konkret formulierte Rechtssätze haben allerdings noch immer gefehlt (S. 83 ff.). Lediglich die sog. besonderen Persönlichkeitsrechte in den §§ 12, 823 Abs. 2 BGB, § 22 KUG und §§ 1, 97 ff. UrhG bildeten und bilden hiervon eine Ausnahme.

Nach *van Bergen* findet das Recht am eigenen Bild im Zusammenspiel von §§ 22 ff. KUG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht mittlerweile einen „*umfassenden und weitgehend harmonischen*“ Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (S. 86 ff., 112). Während das KUG vor konkreten, typisierten Persönlichkeitsverletzungen schützt, dient das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sog. „*Aufgangrecht*“ (S. 112).

Sodann nimmt die Verfasserin eine ausführliche Bestandsaufnahme der das Persönlichkeitsrecht schützenden Normen im Strafrecht vor und betont nicht zuletzt durch die ausdifferenzierte Gliederung die sich über das gesamte Strafrecht erstreckende Verteilung (S. 113 ff.). Neben strafprozessualen Fragen wie dem Einsatz eines Lügendetektors zur Beweiserhebung geht *van Bergen* im Weiteren einzelnen persönlichkeitschützenden Straftatbeständen auf den Grund (S. 117 ff.). Aus dem Kernstrafrecht nennt die Verfasserin die §§ 164, 185 ff., 201 ff., 238 und 353d StGB. Aus dem Nebenstrafrecht schreibt sie neben dem KUG insbesondere auch dem § 44 BDSG und dem § 106 UrhG einen persönlichkeitschützenden Charakter zu (S. 130). Obwohl im deutschen Strafrecht keine Vorschrift existiert, die die Persönlichkeit umfassend und unmittelbar schützt, folgert *van Bergen* aus den zahlreichen Tatbeständen, dass der „*Persönlichkeitsschutz auch im Strafrecht einen hohen Stellenwert einnimmt*“ (S. 135). Ein hinsichtlich des Bedeutungsgehalts des Strafrechts bestehender Widerspruch scheint sodann darin zu liegen, dass *van Bergen* meint, das Strafrecht habe eine sog. „*Schrittmacherfunktion*“ eingebüßt, da die Entstehung und Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes vom Zivil- und Verfassungsrecht ausging und -geht (S. 136). Damit mutet *van Bergen* dem Strafrecht wohl allerdings zu viel zu. In einem von Technologie geprägten Rechtsgebiet wie dem Recht des Persönlichkeitsschutzes kann die von *Jeschek/Weigend* betonte „*sittenbildende Kraft des Strafrechts*“ (vgl. Fn. 627) nur schwerlich wirken. Daher kann das Strafrecht entgegen der Ansicht der Verfasserin wohl kaum als „*möglicher zukünftiger Impulsgeber für den Persönlichkeitsschutz*“ (S. 137) dienen.

Im nächsten Kapitel fokussiert die Verfasserin ihre Arbeit auf das Strafrecht und beginnt dies mit einer rechtshistorischen Betrachtung, indem sie sich dem § 201a StGB a.F. zuwendet (S. 138 ff.). Angesichts der Aufzählung einer Vielzahl von Straftatbeständen im Kern- und Nebenstrafrecht im vorherigen Kapitel ergibt sich der Fokus auf gerade diese eine Norm jedoch nicht zwingend von selbst. Inhaltlich beschreibt *van Bergen* den gesetzgeberischen Entstehungsverlauf der Norm von deren Anfängen im Jahr 2001 an bis zur Kodifikation am 6.8.2004 (S. 138 f.). Trotz der gebotenen Kürze dieses Abschnitts geht die Verfasserin im Weiteren fundiert und überzeugend auch auf die in den letzten fünfzehn Jahren erhobene Kritik der Literatur im Grundsätzlichen und hinsichtlich einzelner Merkmale ein (S. 140 ff.). Besonders anschaulich gelingt die Darstellung der verfassungsrechtlichen Bedenken (Art. 103 Abs. 2 GG) an den Merkmalen „*sonst gegen Einblicke geschützte Räume*“ (S. 145 ff.) und „*Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs*“ (S. 153 ff.), wobei die tiefeschürfenden Vorarbeiten im ersten Kapitel für

das Verständnis sehr hilfreich sind. Die Erweiterung des Tatbestandes im Jahr 2015 über das objektiv-räumliche Kriterium „*Wohnung oder sonst gegen Einblicke geschützte Räume*“ hinaus begrüßt die Verfasserin ausdrücklich (S. 156) und stellt in Aussicht die Umsetzung dieser Reform im nächsten Kapitel kritisch zu analysieren (S. 156 f.). Offen bleibt an dieser Stelle leider, was *van Bergen* dazu bewegt hat, der Ausweitung des Strafrechts derart positiv gegenüberzustehen, obwohl doch das Zivilrecht einen „*umfassenden und weitgehend harmonischen*“ Schutz bietet und das Strafrecht allenfalls als ultima ratio fungieren soll.

Im Zentrum der Arbeit steht das sodann folgende 3. Kapitel (S. 158-291), in welchem Anwendungsprobleme der Absätze 1, 2 und 4 des § 201a StGB dezidiert analysiert werden. Nach einer das Straf- und Polizeirecht erschöpfenden systematischen Auslegung des Begriffs der Hilflosigkeit kommt *van Bergen* zu dem Ergebnis, dass sich die Auslegung nicht an § 221 StGB orientieren sollte (S. 190). Dabei kann die Verfasserin erneut auf die im ersten Kapitel breit angelegten Ausführungen zum Verfassungsrecht zurückgreifen (S. 189), deren Erforderlichkeit spätestens an dieser Stelle des Buches deutlich zu Tage tritt. In diesem Zusammenhang befindet sich *van Bergen* ganz auf der Linie des Beschlusses des BGH vom 25. April 2017 – 4 StR 244/16, nach welchem die systematische Auslegung unter Rückgriff auf die §§ 221, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB „*hier schon wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks der jeweiligen Vorschriften keine Anhaltspunkte für eine nähere Eingrenzung des Merkmals der Hilflosigkeit*“ ergibt (Rn. 19; vgl. hierzu auch *Buchholz JA* 2018, 511 ff.). Da die Verfasserin für sich in Anspruch nimmt, Rechtsprechung und Literatur bis Oktober 2017 eingearbeitet zu haben, wiegt der Umstand, dass die erste Entscheidung des BGH zu § 201a StGB gerade fehlt, sehr schwer.

*Van Bergen* schlägt im Weiteren vor, anhand einer Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob eine Bildaufnahme die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt. Zur Veranschaulichung und Systematisierung bildet sie hierzu die folgenden Fallgruppen: Gewaltopfer, Unfallopfer, Personen in psychischen Belastungssituationen (wie beispielsweise trauernde Personen und Personen in Schockzuständen), Personen mit gravierenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen (S. 192 ff.).

Im Anschluss widmet sich *van Bergen* sodann § 201a Abs. 2 StGB und der Auslegung des Merkmals „*Eignung, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden*“ (S. 199 ff.). Dabei arbeitet die Verfasserin Gemeinsamkeiten, aber auch – in ihren Augen erhebliche (die Gemeinsamkeiten stark betonend: SK-StGB/*Hoyer* § 201a Rn. 20) – Unterschiede zwischen den Begriffen des Ansehens und der Ehre aus. Ausgangspunkt ist, dass das Strafgesetzbuch den Begriff des Ansehens bislang nicht kannte. Während Ansehen nach dem Wortlaut aus der Perspektive des Betrachters zu bestimmen sei, soll Ehre auf die betreffende Person selbst zentriert sein (S. 209).

Beide dienen allerdings dem strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz, indem sie Äußerungen gegenüber Dritten pönalisieren (S. 235). *van Bergen* kommt zu dem Ergebnis, dass das Ansehen „in Relation zum geschützten Rechtsgut des höchstpersönlichen Lebensbereichs zu sehen“ (S. 253) ist und formuliert dann einen eigenen Restriktionsansatz (S. 255 ff.). Danach sind nur Bildaufnahmen von § 201a Abs. 2 StGB erfasst, die eine höchstpersönliche Tatsache abbilden und noch nicht offenkundig sind (S. 255 f., 259).

In dem letzten Abschnitt zum geltenden Recht wendet die Verfasserin sich § 201a Abs. 4 StGB zu (S. 267 ff.). Entgegen einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung erblickt *van Bergen* in dieser Vorschrift einen Rechtfertigungsgrund (S. 271; vgl. zur Gegenansicht *Busch* NJW 2015, 977, 980; *Buchholz* JA 2018, 511 ff.). Angesichts der tatbestandlichen Weite des § 201a StGB bewertet die Verfasserin den Abs. 4 nicht als notwendig, um die Vorschrift vor der Verfassungswidrigkeit zu bewahren (Art. 103 Abs. 2 GG), sondern als Institut zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit (S. 290).

Wegen der aufgefundenen Schwachstellen der Norm und zur Bekämpfung weiterer Phänomene (z.B. das Gaffen) bestehen bis heute erhebliche Reformbestreben. Dies nahm *van Bergen* in ihrem letzten Kapitel zum Anlass, verschiedene Gesetzesänderungen zu überprüfen (S. 291 ff.). Die Verfasserin geht entgegen einzelner Stimmen in der Literatur davon aus, dass Verstorbene de lege lata nicht vom Tatbestand des § 201a StGB erfasst sind (S. 297 f.). Eine diesen Rechtszustand beseitigende

Reform bezüglich des Abs. 1 befürwortet *van Bergen* ausdrücklich (S. 300).

Hingegen hält die Verfasserin den Reformvorschlag hinsichtlich Abs. 2 im Lichte der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts für kaum überzeugend (S. 303 f.). Dem Änderungsvorschlag zur Ersetzung von „höchstpersönlicher Lebensbereich“ mit „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ in der Normüberschrift steht *van Bergen* jedenfalls solange skeptisch gegenüber, wie die Ersetzung nicht gleichzeitig auch im Wortlaut des Tatbestandes erfolgt (S. 306).

Ganz entschieden lehnt die Verfasserin den Reformvorschlag zur Einführung der Versuchsstrafbarkeit ab. Dies würde zu „nicht hinnehmbaren Widersprüchen zum Zivilrecht“ (S. 308 f.) führen, da der Schutz des § 201a StGB sonst dem des § 22 KUG derart weit vorgelagert wäre, dass nach *van Bergen* eindeutig die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts unterlaufen werden würde (S. 309).

Auch wenn der Rezensent nicht immer zu denselben Ergebnissen gelangt, so muss dennoch statuiert werden, dass die Arbeit von *van Bergen* aus rechtsdogmatischer Perspektive außerordentlich sorgfältig angefertigt wurde und durch eine gelungene Grundlegung des Verfassungs- und Zivilrechts besticht. Wegen der vielfältigen Reformbestrebungen kommt diese Dissertation just zur richtigen Zeit und es ist zu hoffen, dass insbesondere *van Bergens* Ausführungen zur (fehlenden) Notwendigkeit einer Einführung der Versuchsstrafbarkeit beim Gesetzgeber Gehör finden.

## **Alexander Nemzov: Strafbarkeit von Online-Blockaden und DDoS-Angriffen vor und nach dem Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes unter Berücksichtigung von verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Dr. Kovač, Hamburg, ISBN: 978-3-8300-9507-1, S. 271, Euro 99,80.

Die Dissertation untersucht, inwieweit das deutsche Strafrecht vor und nach der Novelle des Computerstrafrechts (41. Strafrechtsänderungsgesetz vom 7.8.2007) gegen diverse Formen der Online-Blockaden und DDoS-Angriffen gewappnet ist. Dabei betrifft die erste Konstellation der Online-Blockade die Fälle, in denen Tausende von Nutzern die zu blockierende Seite gleichzeitig aufrufen, um den Server zum Absturz zu bringen. Die zweite Konstellation umfasst die Fälle, in denen ein einzelner Angreifer mit Hilfe von gekaperten oder infizierten Fremdrechnern die nötige Anfragenflut auf die Homepage produziert, um letztlich ebenfalls den angegriffenen Webserver zu überlasten und damit zu blockieren.

Zunächst wird in der Arbeit der historische und internationale Kontext virtueller Proteste geschildert und der technische Hintergrund dargestellt. Auf rund 40 Seiten werden dann die einschlägigen Grundrechte untersucht. Dabei scheitert nach Ansicht des Verfassers der Schutz der Versammlungsfreiheit für Online-Blockaden an zwei Faktoren. Zum einen hätten die Teilnehmer keinen Überblick über die anderen Teilnehmer, so dass ihre innere Verbundenheit nicht gewährleistet sei. Zum anderen fände die Versammlung auf einem fremden Server und nicht im öffentlichen Raum statt.

Hinsichtlich der Meinungsfreiheit sieht der Autor den Aufruf zur Internetblockade vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt. Zur Frage, ob die Grenzen der Schranke nach Art. 5 Abs. 2 GG überschritten seien, verweist er auf die spätere strafrechtliche Prüfung. Dagegen sei die Informationsfreiheit nicht tangiert, da es den Betroffenen ja gerade darum gehe, ihren Protest zu artikulieren und nicht, sich zu informieren. Schließlich stellt der Verfasser fest, dass eine Internetseite Rundfunk i.S. von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG darstellt und insofern ein dort veröffentlichter Aufruf zur Internetblockade in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit fällt. Da ein Aufruf zur Online-Demo über eine Internetseite vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sei, bedürfe ein Eingriff einer Rechtfertigung, die aber durch eine verfassungsgemäße Strafnorm gegeben wäre. Zudem sei eine Online-Demo auch von dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst, jedoch kann dieser durch die verfassungsmäßige Ordnung und die Rechte anderer regelmäßig eingeschränkt werden.

Den Schwerpunkt der Dissertation bildet sodann die strafrechtliche Beurteilung einer DDoS-Attacke oder politisch

motivierten Online-Blockade (S. 65-247). Das Hauptziel liegt in einer Überprüfung des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes auf seine Praxistauglichkeit. Hierfür wird zunächst der Rechtszustand vor der Gesetzesnovellierung ausführlich und kritisch analysiert. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die strafrechtliche Sanktionierung vor der Novellierung defizitär war. Online-Blockaden waren strafrechtlich schwer zu fassen, da diese sowohl den Datenbestand als auch die stoffliche Integrität des angegriffenen Servers unverändert lassen, so dass §§ 303a und 303b StGB weitgehend leer liefen. Lediglich beim Tatbestandsmerkmal des Unterdrückens von Daten gem. § 303a StGB bestand ein Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit, allerdings schloss zumindest das *OLG Frankfurt a.M.* diesen Tatbestand bei kurzfristigen Online-Blockaden aus (MMR 2006, 557). Diese Strafbarkeitslücke kann nach eingehender Untersuchung durch den Verfasser nur zu einem geringen Teil von § 240 StGB geschlossen werden. Die Drohungsalternative des Nötigungstatbestandes kann bei Online-Blockaden oder DDoS-Angriffen dann erfüllt sein, wenn diese mit einer ausdrücklichen oder konkludenten Ankündigung weiterer solcher Angriffe verbunden wäre, falls das Anliegen der Täter nicht erfüllt wird. Die Verwerflichkeitsklausel sei aber erst dann überwunden, wenn es sich um erpresserische, auf finanziellen Gewinn gerichtete Aktionen handle. Bei rein politisch motivierten Blockaden müssten im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel noch die Umstände der Aktion berücksichtigt werden. Zusammengefasst werden diese ausführlich hergeleiteten Ergebnisse in einer übersichtlichen Tabelle (S. 159 f.), die dem Leser sehr schnell die Schwachstellen der Regelungen vor Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes vor Augen führt.

Im Anschluss daran wird die Rechtslage nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes geschildert (S. 163 ff.). Hierzu werden zunächst die internationalen Grundlagen erörtert, d.h. die Vorgaben der Convention of Cybercrime, der Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme vom 24.02.2005 und die Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013 über Angriffe auf Informationssysteme vorgestellt. Dies führt dann zu einem ersten Überblick über die gesetzlichen Neuregelungen bzw. Ergänzungen des StGB:

- § 202a StGB (teilweise Änderung des Schutzzweckes und Einführung der Strafbarkeit des bloßen „Hackings“
- § 202b StGB (Neueinfügung der Strafbarkeit des Abfangens von Daten)

- § 202c StGB (Neueinfügung der Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen zu §§ 202a und 202b StGB)
- 303a StGB (Ergänzung um Abs. 3 unter Verweis auf § 202c StGB)
- § 303b StGB (Erweiterung des Schutzgutes sowie der erfassten Tathandlungen).

Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass auch nach der neuen Fassung des § 202a StGB Handlungen im Vorfeld einer Internetblockade nur im Einzelfall strafbar sind. Weder die Installation der „Agents“ noch das Anbieten oder Sichverschaffen einer zugriffsverstärkenden Software würden eine Strafbarkeit begründen. Einziger Anknüpfungspunkt sei eine noch weiter ins Vorfeld reichende Vorbereitungshandlung wie die Infiltration fremder Rechner mit Trojanern oder der Einsatz eines Exploits. Allerdings räumt der Autor ein, dass diese Fälle nur schwer nachweisbar sein werden und zudem nur dann vorliegen, wenn zum einen der Datenbestand gegen Fremdzugriff gesichert und zum anderen die Person, die den fremden Rechner infiltriert und später den Agenten installiert, identisch ist. Eine Strafbarkeit nach § 202a StGB ist demnach von vielen Eventualitäten abhängig und wohl in der Regel zu verneinen.

Dagegen erfasse der neu geschaffene § 202c StGB den Fall, dass bei der Installation der Agent-Software gleichzeitig das Hacking des fremden Computersystems erfolgt, also wenn die Agent-Software im Trojaner selbst enthalten ist. Der Täter, der die Agents ohne Zuhilfenahme anderer Schadsoftware auf einem fremden Rechner installiert, bleibe dagegen straffrei. Eine Strafbarkeit nach § 303b StGB wird auch für die meisten Fallkonstellationen verneint und nur bei Vorbereitungshandlungen von DDoS-Attacken angenommen, sofern eine erhebliche Schädigung gegeben ist.

Diese nach wie vor bestehenden Strafbarkeitslücken lassen für den Autor nur den folgerichtigen Schluss zu, dass die Reform in großen Teilen misslungen ist, soweit sie das Ziel verfolgte, Online-Blockaden zu erfassen (S. 207). Trotz des ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens, mit § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F. DDoS-Angriffe zu sanktionieren, ist dies in den meisten Konstellationen nicht der Fall und die Konsequenzen der Neuformulierung weitreichend. Denn anstatt bestehende Lücken zu schließen, würden sich Auslegungsprobleme ergeben, die zu erhöhter Rechtsunsicherheit führten. Auch wenn man im Gegensatz zur Auffassung des Verfassers eine weite Auslegung im Rahmen des § 303b StGB bevorzugen würde, so blieben eine ganze Reihe von Strafbarkeitslücken. Den Grund verortet der Autor im Festhalten des Gesetzgebers an überkommenen gesetzlichen Strukturen, die weder zur technischen Realität noch zu den europarechtlichen Vorgaben passen würden. Vor allem durch das Festhalten am Datenbegriff des § 202a StGB werde die Chance vertan, nicht nur die DDoS-Angriffe eindeutig zu erfassen, sondern auch die Streitfrage beizulegen, ob denn nur dauerhaft gespeicherte Daten in den Schutzbereich der §§ 303a,

303b StGB fallen oder auch Daten im temporären Arbeitsspeicher. Der Schutzbereich wäre ungleich größer, wenn man es bei einer schlichten Bezugnahme auf „Daten“ unter dem Hinweis auf die europarechtlichen Grundlagen belassen hätte. Dann würden nämlich auch Daten im flüchtigen Arbeitsspeicher unstreitig vom Schutzbereich der §§ 303a, 303b StGB erfasst.

Dadurch, dass der Datenbegriff nicht erweitert wurde, bleibe es jedoch bei einer Anwendung des § 303a StGB, der aber auch nur in geringem Umfang zum Zuge komme. Auch für § 202a StGB gelte das zuvor Gesagte, das nämlich die enge Anlehnung an die europarechtlichen Grundlagen und ein Loslösen von überkommenen Gesetzesstrukturen zu einer deutlich besseren Gesetzeswirkung geführt hätte. So aber würden die Schwächen der alten Fassung in die neue Fassung überführt.

Letztlich sieht der Verfasser in § 240 StGB die in der Praxis vor und nach den Gesetzesänderungen durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz am leichtesten anwendbare und umsetzbare Vorschrift im Hinblick auf DDoS-Angriffe und Online-Demonstrationen (S. 215). Hilfreich ist am Ende dieser ernüchternden Gesamtbewertung der Gesetzesnovellierung wiederum die tabellarische Übersicht mit einer Zusammenstellung der – sehr überschaubaren – Strafbarkeitsrisiken im Zusammenhang mit Online-Blockaden und DDoS-Attacken (S. 217 f.).

Schließlich wird noch ein Exkurs auf die Mittäterschaftsproblematik bei Online-Demonstrationen gelenkt (S. 219 ff.). Im Ergebnis kommt der Verfasser zu dem logischen Schluss, dass eine Mittäterschaft der einzelnen Demonstranten nicht in Betracht kommt. Sie wären damit lediglich Teilnehmer, wobei sich im Rahmen der Akzessorität die Frage nach dem Haupttäter stellt. Da ein solcher in der Regel mangels Verwirklichung der einschlägigen Straftatbestände nicht identifiziert werden kann, scheitere auch eine Strafbarkeit wegen Teilnahme (S. 241).

Insofern kommt der Autor zu dem unbefriedigenden Fazit, dass es der deutsche Gesetzgeber nicht geschafft hat, wenigstens die internationalen Vorgaben für die strafrechtliche Erfassung der den Untersuchungsgegenstand betreffenden Taten so umzusetzen, dass eine eindeutige Grundlage für die Strafverfolgung geschaffen wird. Ganz im Gegenteil werden trotz Reformbemühungen die Phänomene der Internetkriminalität nach wie vor nicht vollständig erfasst. Auch Lösungswege werden im Rahmen der Dissertation angerissen. Neben der „radikalen“ Lösung einer Abschaffung des Schutzgutes wird die Einführung eines „Einheitstäters“ bei speziellen Internetdelikten gefordert. Zudem sollte die systemwidrige Verweisung in §§ 303a und 303b StGB auf den Datenbegriff des § 202a StGB aufgegeben werden, um auch Daten im temporären Arbeitsspeicher zweifellos zu erfassen. Darüber hinaus macht der Verfasser explizite de lege ferenda Vorschläge (S. 252), um hier Strafbarkeitslücken zu schließen und DDoS-Angriffe und exzessive Online-Blockaden strafrechtlich zu erfassen.

Die Dissertation liefert ein anschauliches Beispiel dafür, wie ambitionierte Gesetzgebung leerläuft und nicht das bewirkt, was sie bewirken sollte. Sie zeigt, dass das deutsche Computerstrafrecht Stückwerk ist und durch die Einfügungen und Änderungen in bestehende materiell-strafrechtliche Gesetzssystematik die Chance verpasst wird, mit den neuen Facetten der Internetkriminalität Schritt zu halten. Insofern tut eine Neujustierung der Straftatbestände mit Cybercrime-Bezug im deutschen Strafgesetzbuch Not, die mit Mut zu Neuem, alte Straftatbestände

auflöst und Cybercrime neu denkt und sanktioniert. Nur dann kann der gute Wille des Gesetzgebers, Strafbarkeitslücken sinnvoll zu schließen, aufgehen. Zahllose Ergänzungen führen zu dem faden Beigeschmack, keine wirkliche Neuerung herbeizuführen. Jedenfalls – so zeigt auch die Dissertation plastisch auf – kann durch marginale Änderungen und losen Einfügungen kein stimmiges Gesamtbild entstehen. Es wird Zeit, dass im Zuge einer digitalen Agenda das Strafgesetzbuch überarbeitet und im digitalen Zeitalter neu aufgestellt wird.

## **Ruth Blufarb: Geschichten im Recht. Übertragbarkeit von „Law as Narrative“ auf die deutsche Rechtsordnung**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-4172-4, S. 572, Euro 119,00.

Wer meint, Literatur habe nichts mit Recht zu tun, der irrt. Umgekehrt hat auch Recht mehr mit Literatur zu tun, als man denkt. Dennoch ist die narratologische Perspektive des Rechts als Teil der „Law as Literature“-Bewegung in Deutschland bislang weitgehend unerforscht geblieben (S. 31). Diese Bewegung ist aber nicht nur für die Rechtswissenschaft an sich, sondern auch für die Rechtspolitik interessant, da sie durchaus rechtspolitische Forderungen stellt, denen die Dissertation von *Blufarb* neben einem Überblick über den Forschungsgegenstand an sich nachgeht.

Nach einer Einleitung wird in Kapitel 2 die facettenreiche Disziplin der Narratologie vorgestellt. Es gibt die unterschiedlichsten Vertreter, wobei wenig Konsens zur Reichweite der Narratologie sowie der diversen Konzepte besteht. Die Verfasserin nimmt daher eine Ordnung der Ansätze vor, um hierauf aufbauend die Anwendung auf Texte der deutschen Rechtsordnung zu ermöglichen (S. 145). Daher folgt in Kapitel 3 eine Übersicht über die „Law as Literature“-Bewegung, deren Ziel es ist, eine literaturwissenschaftliche Herangehensweise an Texte auf die Rechtswissenschaft zu übertragen. Die kulturwissenschaftliche Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit dem Recht hat im deutschen Sprachraum noch keine lange Tradition, so dass hier primär angloamerikanische Forschungsarbeiten betrachtet werden. Das Kapitel 4 der narratologischen Perspektive des Rechts ist dann ebenfalls stark orientiert an englischsprachigen Studien, wobei aber auch *Lüderssen* als deutschsprachige Ausnahme seinen Platz erhält. *Lüderssen* hat sich bereits seit 2001 der „Law as Literature“-Bewegung gewidmet und dem Narrativen im Recht nachgespürt. Das Kapitel 4 nimmt mit fast 150 Seiten einen großen Raum ein, dennoch gesteht *Blufarb*, dass die narratologische Perspektive des Rechts aufgrund ihrer Zersplitterung und Uneinheitlichkeit nicht in all ihren Facetten abbildbar ist (S. 339).

Auf den vorderen Kapiteln aufbauend vergleicht die Verfasserin in Kapitel 5 die narratologische Perspektive des Rechts mit der Erzähltheorie. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass sich die narratologische Perspektive des Rechts stärker mit der Narratologie auseinandersetzen sollte, um eine koordinierte Entwicklung beider Disziplinen zu ermöglichen. Bislang sei nicht hinreichend deutlich, an welchen Stellen auf die Konzepte der Narratologie Bezug genommen wird. Daher seien klare methodische Grundsätze für das Forschungsgebiet „Law as Narrative“ zu entwickeln. Gerade das deutsche Recht sei von formalistischen Methoden geprägt und auf solche Methoden angesichts

des Bedürfnisses der Rechtssubjekte nach Rechtssicherheit angewiesen. So seien Definitionen der verwendeten Begrifflichkeiten notwendig und zu überprüfen, inwiefern strukturalistisch-narratologische Herangehensweisen dem deutschen Recht aufgrund seiner formalistischen Struktur auch inhaltlich gerecht werden. Diese inhaltlich orientierten Narratologien könnten der narratologischen Betrachtung des Rechts dann interessante weitere Aspekte hinzufügen. Auch die kulturtheoretische Betrachtung erscheint nach Ansicht der Verfasserin vielversprechend, so dass sich idealer Weise weitere wissenschaftliche Disziplinen im interdisziplinären Austausch im Rahmen der „Law as Narrative“-Forschung begegnen (S. 349).

In Kapitel 6 wird dann der Übertragbarkeit des „Law as narrative“ auf die deutsche Rechtsordnung nachgegangen. Insbesondere könne die Pattern-Methode im deutschen Recht gut als Ergänzung und Korrektiv zu den etablierten Auslegungs- und Rechtsanwendungsmethoden dienen. Die Pattern-Methode ist kasuistisch ausgerichtet und kann besonders dort hilfreich sein, wo es auf den Gesamtcharakter des Falls ankommt und vergleichend gearbeitet wird. Das Rechtsstaatsgebot fordere es, sich bei der Auslegung, insbesondere bei der Analogiebildung, eng am Gesetz zu bewegen und sich ausgehend von dessen Wortlaut den historischen und gesellschaftlichen Ebenen zu nähern. Sinnvoll sei es, wenn in der Kommentarliteratur eine entsprechende kasuistische Ergänzung nach der Pattern-Methode erfolge, um so neben den „Mehrheitsgeschichten“ auch „Minderheitsgeschichten“ und die entsprechenden Abweichungen deutlich zu machen. Als Beispiel hierfür beleuchtet *Blufarb* § 177 StGB und zeigt auf, dass „stock stories“ der Mehrheitsgesellschaft auch bei eigenschaftsneutral formulierten Vorschriften in die Sachverhaltsarbeit und Rechtsanwendung hineinwirken. Dies müsse man sich bewusst machen.

Auch wenn die Rechtsdogmatik in der deutschen Rechtsordnung weniger narrative Strukturen aufweise als im common Law, so enthalten laut Verfasserin auch der rechtswissenschaftliche Diskurs und die Lehre narrative Strukturen, beispielsweise durch die Fallbeispiele in den Lehrbüchern. Mit Ausbildungsfällen seien Studenten während ihres gesamten Jurastudiums konfrontiert, so dass die durch die Fallgeschichten vermittelte Weltsicht Eingang in das Rechtsdenken der Studenten finde. Eine narratologische Analyse könne hier aufdecken, welche narrativen Mechanismen wirksam werden. Das „Legal Storytelling“ könne zudem die deutsche Rechtswissenschaft bereichern und zu einem „moralischeren bzw. gerechteren Recht beitragen“ (S. 486).

Narrative Strukturen fänden sich nicht nur in Gerichtserzählungen, sondern auch in Rechtsnormen. Auch hier können nach Auffassung von *Blufarb* narrativitätsorientierte Ansätze einen Mehrwert bieten. Die Schaffung neuer Rechtsnormen entstehe oftmals aus einer Anhäufung von Geschichten im gesellschaftlichen oder fachspezifischen Diskurs, die auf einen normativen Regelungsbedarf hinwiesen. Allerdings werden meiner Meinung nach diese „Geschichten“ oder Strömungen ohnehin im Rahmen einer historischen Auslegung eine Rolle spielen, ohne dass man dazu zwangsläufig eine „Law as Narrativ“-Konzeption bemühen müsste. Soweit die Verfasserin fordert, dass Gesetzeskommentare die für die Ermittlung der Musterfälle erforderlichen Informationen zur Verfügung

stellen, so ist dies ebenfalls zumindest in den Großkommentaren meiner Einschätzung nach bereits jetzt der Fall.

Schließlich plädiert *Blufarb* insgesamt dafür, mehr Geschichten ins Recht zu übernehmen. Zuzustimmen ist ihr insbesondere darin, dass sich die Rechtsanwender ihrer eigenen narratologischen Beeinflussbarkeit bewusstwerden müssen (S. 540). Diese Befähigung würde zweifelsohne zunehmen, wenn Juristen ihre narratologische Methodenkompetenz ausbauen würden. Hier ist ganz sicher noch sehr viel Luft nach oben. Um diese Methodenkompetenz zu erwerben, lohnt sich zweifelsohne ein Blick in dieses umfangreiche Werk von *Blufarb*.