

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

Redaktion (national)

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. Dr. Markus Thiel
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 | 140 – 187

- 140** | **Strafrecht und Meinungsfreiheit: ein paar Überlegungen zu § 104 Abs. 1 S. 2 StGB**
von Dr. Mayeul Hiéramente
- 147** | **Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings**
von Prof. Dr. Jörg Eisele
- 151** | **„Bekämpfungsstrafrecht“ außer Rand und Band – Zur unverhältnismäßigen Reform des Geldwäschetatbestands**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 158** | **Die Kronzeugenregelung des § 4a Anti-Doping-Gesetz-E – allein ein Aufbruchsignal**
von Dr. Carsten Kusche
- 165** | **Das Stigma der Denunziation bei anonymen Hinweismeldungen am Beispiel des HinSchG-E – ein Trugschluss!**
von Wiss. Mit. Kimberly Erlebach und Wiss. Mit. Miguel Veljovic, LL.M. oec
- 172** | **Perspektiven der Suizidbeihilfe in Deutschland**
von Dipl.-Jur. Niklas Pfeifer
- 182** | **Lauter Verrisse**
von Prof. Dr. Elisa Hoven
- 185** | **Diskurs statt Diffamierung – Über die Funktion von Buchrezensionen**
von Prof. Dr. Thomas Weigend

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 188 – 193

- 188** | **Anforderungen an die Beweiswürdigung zur Täterschaft eines Angeklagten**
BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 3 StR 124/20
- 191** | **Rechtspolitische Lehren aus dem Wehrhahn-Prozess**
von RA Dr. Gerd J. van Venrooy

BUCHBESPRECHUNGEN | 194 – 199

194 | **Nathalie Isabelle Thorhauer: Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität – Zur Koordination der Strafgewalten über nationale Personen und Unternehmen in der Europäischen Union**
von *Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.*

197 | **Mani Jaleesi: Die Kriminalisierung von Manipulationen im Sport – Eine Untersuchung zum Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265c und § 265d StGB**
von *Dipl.-Jur. Till Pörner*

TAGUNGSBERICHT | 200 – 203

200 | **6. „Medizinrecht-aktuell“ – Podiumsdiskussion: Freiheit oder Solidarität – Die Welt nach den Corona-Impfungen**
von *Till Schaller*

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strafrecht und Meinungsfreiheit: ein paar Überlegungen zu § 104 Abs. 1 S. 2 StGB

von RA Dr. Mayeul Hiéramente*

Abstract

Im Juni 2020 wurde als Reaktion auf das öffentliche Verbrennen von israelischen Flaggen die Strafvorschrift des § 104 StGB ergänzt. Nunmehr sollen Handlungen, die die Staatenehre eines ausländischen Staates und die Funktionsfähigkeit der diplomatischen Beziehungen beeinträchtigen können, auch dann unter Strafe gestellt werden, wenn diese vom Handeln selbst erworben und dann medienwirksam zerstört werden. Ein Konflikt mit Art. 5 Abs. 1 GG ist vorprogrammiert und dürfte eine äußerst restriktive Auslegung der Vorschrift zur Folge haben, die Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Norm weckt.

Following the decision by the Trump administration to move the US Embassy in Israel to Jerusalem, protesters in Germany burned the Israeli flag. As a reaction and despite opposition from within the German parliament the German government decided to criminalize such acts. The article discusses possible implications on the right of freedom of expression as guaranteed in Article 5 (1) of the Grundgesetz.

I. Einleitung

Die aktuellen Entwicklungen im Nahen Osten haben eine Welle von Reaktionen hervorgerufen. Während der Bundespräsident den Menschen in Israel die uneingeschränkte Solidarität ausgedrückt hat, kam es auf den Straßen der Republik zu mehreren anti-israelischen Demonstrationen sowie antisemitischen Übergriffen. Im Rahmen von Protestkundgebungen wurden u.a. auch israelische Fahnen angezündet. In Reaktion auf die Geschehnisse erklärte der Bundespräsident: „Wer aber auf unseren Straßen Fahnen mit dem Davidstern verbrennt und antisemitische Parolen brüllt, der missbraucht nicht nur die Demonstrationsfreiheit, sondern der begeht Straftaten, die verfolgt werden müssen [...]“¹ In der Presse wird berichtet, dass zumindest teilweise Ermittlungen nach § 130 StGB eingeleitet worden sind.² Derartige Ermittlungen liegen angesichts der Tatsache, dass sich die Demonstrationen nicht etwa vor der israelischen Botschaft, sondern z.B. vor Synago-

gen stattfanden, sowie der in der Presse berichteten Begleitumstände (anti-jüdische Parolen und Übergriffe), nah. Es stellt sich allerdings die Frage, ob derartige Vorgänge auch unter Anwendung des im Juni 2020, als Reaktion auf vergleichbare Geschehnisse eingeführten § 104 Abs. 1 S. 2 StGB strafrechtlich geahndet werden können.

Die folgenden Betrachtungen erfolgen losgelöst von den in den Medien berichteten Ereignissen der letzten Wochen. Vielmehr soll die auch im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutierte Frage beleuchtet werden, ob und inwieweit als Reaktion auf das Verbrennen von Staatsflaggen ausländischer Staaten der Einsatz des Strafrechts gerechtfertigt ist³ und welche Rolle der in Art. 5 Abs. 1 GG grundrechtlich verbürgten Meinungsfreiheit bei der Anwendung der Norm in der Praxis zukommt.

II. Der Normzweck von § 104 StGB

Seit jeher besteht Uneinigkeit darüber, welches Rechtsgut die §§ 102 ff. StGB schützen sollen. Dies gilt insbesondere für den Tatbestand des § 104 StGB, der nicht der Umsetzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung dient.⁴ Nach Vorstellung der Mehrheit des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages soll mit § 104 Abs. 1 S. 2 StGB ein doppelter Schutzzweck verfolgt werden.⁵ Zum einen solle das Ansehen des ausländischen Staates geschützt werden. Zum anderen wolle man mit den Strafvorschriften die guten Beziehungen zum Flaggenstaat schützen. Darüber hinaus wird von *Hoven* erwogen, die mit der Beschädigung oder Zerstörung einer Flagge einhergehende Verletzung der Gefühle der Bürger des betroffenen Staates in den Blick zu nehmen.⁶ Vereinzelt wird im Hinblick auf die §§ 102 ff. StGB auch auf den Schutz des äußeren⁷ oder inneren⁸ Friedens abgestellt.

Die Auffassung, § 104 StGB diene vornehmlich dem Schutz eines ausländischen Rechtsguts („Staatenehre“),

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Hamburg.

¹ Zeit-Online, Frank-Walter Steinmeier verurteilt antisemitische Straftaten 13.5.2021, abrufbar unter: www.zeit.de.

² Tagesschau, Hartes Vorgehen gegen Antisemiten gefordert, 16.5.2021, abrufbar unter www.tagesschau.de.

³ Vgl. zum Vorschlag von FPD/Bündnis 90/Die Grünen, BT Drs. 19/19201, S. 8 ff.

⁴ S. hierzu ausführlich *Kreß*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vor § 102 Rn. 2 ff.

⁵ BT-Drs. 19/19201, S. 14. Vgl. auch *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (2021), § 104 Rn. 1 mwN.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor § 102 Rn. 2; *Weiß* in: LK-StGB, 13. Aufl. (2021), § 104 Rn. 1.

⁶ *Hoven*, JZ 2020, 835, (839 ff).

⁷ *Krit. Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 12.

⁸ *Lohse*, Stellungnahme Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole, S. 4, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/stellungnahme-lohse-eu-symbole.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021). Siehe auch Übersicht bei *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 2.

ist bereits aufgrund der Verortung im Abschnitt „Straftaten gegen ausländische Staaten“ naheliegend.⁹ Die Sichtweise kann sich auch auf das vom Gesetzgeber mit der letzten Reform nicht angetastete Erfordernis eines Strafverlangens (§ 104a StGB) berufen.¹⁰ *Hoven* kritisiert insoweit, dass damit eine Divergenz zwischen dem Schutzzweck von § 90a StGB und § 104 StGB entstehe.¹¹ Die Annahme eines reinen Ehrenschatzes ist im Hinblick auf den in der Struktur ähnlichen § 90a StGB vom *BVerfG* als problematisch eingestuft worden, „[d]enn anders als dem einzelnen Staatsbürger kommt dem Staat kein grundrechtlich geschützter Ehrenschatz zu. Der Staat hat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten [...]“.¹² Diese Rechtsprechung kann indes nicht ohne Weiteres auf ausländische Staaten übertragen werden, da sie primär in der dem Grundgesetz inhärenten Struktur begründet liegen dürfte, die den deutschen Staat als Verpflichteten der Grundrechte von einem Schutz durch eben diesen Grundrechtskatalog ausschließt. Es ist damit nicht *per se* ausgeschlossen, ausländischen Staaten einen Schutz der Ehre zuteil werden zu lassen.¹³ Verortet man die §§ 102 ff. StGB in dieser Weise, können etwaige Konflikte mit dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit durch Anwendung des § 193 StGB berücksichtigt werden.¹⁴

Die in der Literatur vertretene Ansicht, die §§ 102 ff. StGB dienen dem Schutz der diplomatischen Beziehungen, stützt sich vor allem auf den insoweit durch die Reform nicht angetasteten Regelungsinhalt des § 104a StGB. Dass die Vorschrift die Existenz diplomatischer Beziehungen voraussetze, verdeutliche die Schutzrichtung der Vorschriften dieses Abschnitts des Strafgesetzbuches.¹⁵ Es stellt sich indes die Frage, inwieweit das Handeln einzelner Privatpersonen tatsächlich geeignet sein kann, diplomatische Beziehungen zu beeinträchtigen. Zwar mag es zutreffend sein, dass die Nichtahndung von Tathandlungen im Sinne der §§ 103, 104 StGB negative Auswirkungen auf die zwischenstaatlichen Beziehungen haben kann.¹⁶ Dies mag eine Sanktionierung auch motiviert haben.¹⁷ Will man die Funktionsfähigkeit der diplomatischen Beziehungen indes als Rechtsgut ansehen, muss die Beeinträchtigung bereits aus der Tathandlung selbst und nicht einem staatlichen Unterlassen einer Sanktionierung ableitbar sein.¹⁸ Gewisse praktische Schwierigkeiten bereitet diese Rechtsansicht im Hinblick auf die Frage, wie bei der Anwendung der einfachgesetzlichen Vorschriften der Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen ist. So leuchtet ein Rekurs auf § 193 StGB insoweit nicht unbedingt ein.¹⁹ Für die hier maßgebliche Vorschrift des

§ 104 Abs. 1 S. 2 StGB könnte dies, im Einklang mit *Eisele*,²⁰ allerdings über eine verfassungskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Verunglimpfung („und dadurch verunglimpft“) erfolgen.

Anders als in den klassischen Begründungsansätzen stellt *Hoven* auf die Beeinträchtigung der als schützenswert eingestuften Gefühle der Staatsbürger des Flaggenstaates ab. Dies erfordere eine Beschränkung der strafrechtlichen Ahndung auf schwerwiegende Angriffsformen. Eine so verstandene Begründung des Verbots habe sogar strafbarkeitseinschränkende Wirkung.²¹ *Hoven* erkennt insoweit selbst die Gefahren an, die mit einem strafrechtlichen Gefühlsschutz einhergehen, da ein solcher das Risiko der Schrankenlosigkeit in sich trage und zudem eine Entscheidung erfordere, welche Gefühle als grundsätzlich schützenswert einzustufen sind.²² Für die hier zu diskutierende Frage der Bedeutung der Meinungsfreiheit im Rahmen der Anwendung des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB dürfte diese Ansicht im Grundsatz zu ähnlichen Ergebnissen kommen, wie die zuerst dargestellte Rechtsansicht. Denn auch *Hoven* stellt im Grundsatz fest, dass es eines Ausgleichs zwischen berechtigten Schutzinteressen der ausländischen Staatsangehörigen und der Meinungsfreiheit bedarf.²³

Ein Schutz des innerstaatlichen Friedens in der Bundesrepublik Deutschland ist mit Wortlaut und Systematik der §§ 102 ff. StGB kaum in Einklang zu bringen. Der Deutsche Bundestag hat sich insoweit auch bewusst dafür entschieden, den von der AfD eingebrachten Vorschlag, die Regelung in § 130 StGB aufzunehmen und so den öffentlichen Frieden zu schützen, abzulehnen.²⁴ Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der Verortung der Vorschrift im Abschnitt „Straftaten gegen ausländische Staaten“ deutlich gemacht, dass nicht die möglichen innerstaatlichen Implikationen der Zerstörung von Flaggen im Vordergrund stehen sollen.

III. Die §§ 102 ff. und der *ultima ratio*-Grundsatz

Die Tatbestände des §§ 102 ff. StGB sind in der Vergangenheit vielfach als nicht mehr zeitgemäß kritisiert worden.²⁵ Noch vor kurzem haben Bundesregierung und Bundestag die *Böhmermann*-Affäre zum Anlass genommen, § 103 StGB a.F. abzuschaffen und so ein Zeichen dahingehend zu setzen, dass es einer Sonderstrafnorm für Ehrangriffe gegen Repräsentanten ausländischer Staaten nicht bedarf. Bereits kurze Zeit später hat die Große Koalition eine Kehrtwende²⁶ vollzogen und als Reaktion auf

⁹ *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102, Rn. 7. Im Ergebnis wohl auch *BVerwG*, NJW 1982, 1008 (1010).

¹⁰ *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 9.

¹¹ *Hoven*, JZ 2020, 835 (838).

¹² *BVerfG*, NJW 2012, 1273 (1274).

¹³ Kritisch insoweit *Kargl*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 102 Rn. 10; vgl. auch *Schelzke*, HRRS 2016, 248 (251).

¹⁴ *Kreß*, in: MüKo-StGB, § 104, Rn. 14, § 103 Rn. 9.

¹⁵ Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, Vor § 102 Rn. 8.

¹⁶ Vgl. *Hoven*, JZ 2020, 835 (838).

¹⁷ *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 15.

¹⁸ So wohl auch *Kreß*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 15. Kritisch hinsichtlich eines Bedürfnisses nach strafrechtlicher Sanktionierung *Weigend*, Stellungnahme v. 10.2.2020, S. 4, abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/Stellungnahme-Weigend-EU-Symbole.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021).

¹⁹ S. aber *Kargl*, in: MüKo-StGB, Vor § 102 Rn. 12 (dort Fn. 26).

²⁰ *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 4 f., abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/Stellungnahme-Eisele-EU-Symbole.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021).

²¹ *Hoven*, JZ 2020, 835 (840).

²² *Hoven*, JZ 2020, 835 (840).

²³ *Hoven*, JZ 2020, 835 (840). Vgl. zu den dogmatischen Fragen auch *Fahl*, NStZ 2016, 313 (315 f.).

²⁴ BT-Drs. 19/19201, S. 6, 8.

²⁵ Vgl. BR-Drs. 214/16, S. 1.

²⁶ Vgl. auch *Eisele* (Fn. 20), S. 2.

das Verbrennen israelischer Fahnen bei Demonstrationen im Zuge der US-amerikanischen Verlegung der Botschaft nach Jerusalem durch die Trump-Administration sowie einer Verunglimpfung einer EU-Fahne bei einer Veranstaltung einer rechtsradikalen Gruppierung neue Straftatbestände eingeführt, die eine weitgehende Kriminalisierung von Verunglimpfungen von Flaggen zum Gegenstand haben. Die Gesetzesvorhaben sind auf Kritik von Opposition und Sachverständigen gestoßen, die daran erinnern, dass der Einsatz des scharfen Schwerts des Strafrechts nur *ultima ratio* sein kann. Die Fraktion der FPD erklärte, „es sei diskussionsbedürftig, ob das Verunglimpfen von Symbolen unter die Drohung einer strafrechtlichen Sanktion gestellt werden müsse. [...] Dem Grundsatz, dass das Strafrecht *ultima ratio* sei, müsse wieder mehr Beachtung zukommen“.²⁷ Gemeinsam mit der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen wurde daher vorgeschlagen, derartige Verstöße ausschließlich als Ordnungswidrigkeit zu ahnden.²⁸ Auch die Fraktion der Linkspartei hat sich gegen eine Kriminalisierung ausgesprochen.²⁹

Diese rechtspolitischen Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit einer Kriminalisierung sind angesichts der eher diffusen Natur der ins Feld geführten Schutzgüter (Staatenhonorar, Schutz der diplomatischen Beziehungen) nachvollziehbar. Wenig hilfreich ist es insoweit auch, wenn der Eindruck entsteht, mit der Schaffung eines Straftatbestands werde eigentlich ein außerstrafrechtliches Ziel verfolgt und der Straftatbestand solle primär als Türöffner für versammlungsrechtliche Verbotsvorgaben genutzt werden.³⁰ Daraus folgt indes nicht, dass eine strafrechtliche Ahndung von Verstößen im Sinne des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB gleichsam zwingend gegen das Grundgesetz verstoßen würde.³¹ Die genaue Grenzziehung obliegt insoweit dem Gesetzgeber, dem vom *BVerfG* historisch ein beachtlicher Beurteilungsspielraum eingeräumt wurde. Erforderlich ist hingegen, dass die einfachgesetzlichen Vorschriften derart ausgestaltet werden, dass den grundrechtlich geschützten Interessen der Bürger – *in concreto* den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 GG – angemessene Rechnung getragen werden kann.

IV. Die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit im Rahmen des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB?

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB veranschaulicht, dass die Tathandlungen, die unterbunden werden sollen, stets von politischen

Protesten gegen den betreffenden Staat begleitet sein werden. Apolitische Fallkonstellationen, wie z.B. bei der Beseitigung von Fahnen nach einem Fußballspiel oder bei der Verwendung von Fähnchen im Käse-Trauben-Stick, sind zwar denkbar, allerdings regelmäßig mangels schwerwiegender Beeinträchtigung der Staatenehre bzw. der diplomatischen Beziehungen nicht als Verunglimpfung und damit nicht als strafwürdig einzustufen³² oder zumindest aufgrund des erforderlichen Strafverlangens praktisch bedeutungslos (vgl. § 104a StGB). Das Verbrennen der Flagge stellt einen symbolhaften Angriff auf ein als Symbol des ausländischen Staates geschütztes Objekt dar. Es handelt es sich um eine non-verbale Bekundung des Missfallens. Auch das Verbrennen einer Flagge kann daher dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG unterfallen.³³ Gerade aufgrund der Symbolik soll die Flagge geschützt werden und gerade deswegen wird sie zur Zielscheibe der Gegner.

Der Einsatz gewaltsamer Mittel („zerstört oder beschädigt“) soll dabei als besonders schwerwiegende Beeinträchtigung strafrechtlich sanktioniert werden.³⁴ Dabei kommt dem Erfordernis einer Zerstörung bzw. Beschädigung grundsätzlich *strafbarkeitsbegrenzende* Wirkung zu. Sie ist nach dem Gesetzeswortlaut notwendige Bedingung für eine strafrechtliche Ahndung. Eine hinreichende Bedingung für eine Strafbarkeit ist der Einsatz von Gewalt – gegen eine eigene Sache (!) – indes nicht.³⁵ Zwar mag im Verbrennen einer Flagge ein „Akt des Ungehorsams gegen eine Verhaltensnorm, die der Aufrechterhaltung zivilisierter politischer Debatte dient,“³⁶ zu erblicken sein. Es ist indes nicht nachvollziehbar, warum solche Handlungen nicht mit dem besonderen Schutz der Meinungsfreiheit legitimiert werden könnten.³⁷ Es widerspräche gar dem Kernanliegen des Gesetzes, die Substanzverletzung um der Substanzverletzung willen als maßgeblich anzusehen. Es ist vielmehr die damit transportierte Botschaft, die als gefährlich und unerwünscht eingestuft wird. Wenn die Sanktionierung indes an dieser Botschaft anknüpft, bedarf es einer Berücksichtigung der Wertungen der Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 GG. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und das auslegungsfähige Tatbestandsmerkmal der Verunglimpfung als Korrektiv eingeführt.³⁸ Ein Akt der Sachgewalt alleine ist mithin nicht ausreichend; ein automatischer Rückschluss von einem Gewaltakt auf eine Verunglimpfung wäre nach dem Verschleifungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig.³⁹ Es bedarf daher eine am Grundrecht der Meinungsfreiheit orientierte Abwägung, ob ein Fall der Verunglimpfung vorliegt. So heißt

²⁷ BT-Drs. 19/19201, S. 7.

²⁸ BT-Drs. 19/19201, S. 7, 9. S. auch Kritik bei Weigend (Fn. 18), S. 5; Kleczewski, Stellungnahme v. 10.2.2020, S. 7 ff., abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/Stellungnahme-kleczewski-EU-Symbole.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021); Samour, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss am 12.2.2020 zur Ergänzung eines § 90c und Änderung der §§ 104 f. StGB, S. 4 f., abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/stellungnahme-samour-eu-symbole.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021).

²⁹ BT-Drs. 19/19201, S. 7.

³⁰ Vgl. hierzu Frank, Stellungnahme v. 3.2.2020, S. 4, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/02/Stellungnahme-Verunglimpfung-Franck.pdf> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021); Kritisch insoweit auch Heinrich, ZStW 2017, 425 (429).

³¹ Vgl. zur Thematik auch Hoven, JZ 2020, 835 (842).

³² Eisele (Fn. 20), S. 4 f.

³³ Vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Stellungnahme v. 5.3.2018, WD 3-3000-042/18, S. 5 f.; BT-Drs. 19/19201, S. 10; BR-Drs. 285/19, S. 3; Kreß, in: MüKo-StGB, § 104 Rn. 14; Weigend (Fn. 18), S. 4 f.; Eisele (Fn. 20), S. 4 f.; Samour (Fn. 28), S. 5; Lohse (Fn. 8), S. 4; Ebling, jM 2018, 342 (343).

³⁴ Hoven, JZ 2020, 835 (841).

³⁵ Anders Hoven JZ 2020, 835 (841).

³⁶ Weigend (Fn. 18), S. 8, der eine Kriminalisierung ablehnt.

³⁷ So aber Hoven, JZ 2020, 835 (841).

³⁸ S. bereits Eisele (Fn. 20), S. 5.

³⁹ Vgl. insoweit *BVerfG*, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 79; Krell, ZStW 2014, 902 (914).

es auch in der die Gesetzesänderung tragenden Begründung des Rechtsausschusses: „Bei Anwendung dieser Strafnorm wird man im Übrigen nach den vom *BVerfG* entwickelten Grundsätzen in jedem Einzelfall sorgfältig zwischen einer zulässigen Polemik und einer strafbaren Beschimpfung oder böswilligen Verächtlichmachung unterscheiden müssen.“⁴⁰ Der Gesetzgeber erkennt an, dass es Zerstörungs- oder Beschädigungshandlungen gibt, die nicht als strafbares Verunglimpfen anzusehen sind.

In den praktisch bedeutenden Fällen wird der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG eröffnet sein, da der symbolische Angriff auf die Flagge regelmäßig in eine Kritik an den Handlungen (dazu unter 1.) oder der Existenz des Staates (dazu 2.) eingebettet sein wird. Dies erfordert nach der Rechtsprechung des *BVerfG* eine genaue Prüfung, welcher Aussagegehalt der Handlung beizumessen ist.⁴¹ Dies ist Grundvoraussetzung für die anschließende wertende Betrachtung. Die Tatsache, dass die Wahl der Mittel auf eine mediale Beachtung abstellt, liegt in der Natur der Ausübung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit und ist von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.⁴²

1. Kritik an staatlichen Institutionen und Handlungen

Das Verbrennen von Flaggen eines Staates stellt ohne Zweifel eine drastische Maßnahme dar. Insoweit verwundert es kaum, dass derartige Handlungen zumeist im Kontext emotional aufgeladener, weltpolitischer Ereignisse und kriegerischer Auseinandersetzungen zu beobachten sind. Dabei liefern die Staaten dieser Welt genügend Anlass für Kritik. Egal ob völkerrechtliche zweifelhaftes Kriegseinsätze (z.B. russische Intervention auf der Krim, amerikanischer Einmarsch im Irak in 2003), der problematische Einsatz von Waffengewalt (z.B. der Einsatz von Chemiewaffen in Syrien, gezielte Tötungen mittels Drohnen, gezielte Angriffe auf Zivilpersonen) oder die grundsätzliche Ablehnung gegen eine, ggfs. völkerrechtskonforme,⁴³ die Zivilgesellschaft in Mitleidenschaft ziehende Art und Weise der Kriegsführung (z.B. Angriffe mit extensiven Kollateralschäden). Derart fundamentale Begebenheiten fordern Widerspruch geradezu heraus. Dies gilt ebenso für gravierende Menschenrechtsverletzungen in Friedenszeiten, für die der Umgang der chinesischen Regierung mit den Uiguren oder die brutale Tötung eines Journalisten durch saudi-arabische Sicherheitskräfte als traurige Beispiele genannt werden können.

Im Lichte derartiger Ereignisse ist, insbesondere bei persönlicher oder gar familiärer Betroffenheit, das öffentliche Bekunden von Ablehnung gegenüber dem Handeln eines (anderen) Staates grundsätzlich von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt. Der Schutz der Staatenehre und/oder das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an (konfliktfreien) diplomatischen Beziehungen wiegen im Falle ei-

ner als politischer *Kritik am staatlichen Handeln des ausländischen Staates* verstandenen Zerstörung oder Beschädigung von Flaggen im Sinne des § 104 Abs. 1 S. 2, 3 StGB daher regelmäßig nicht derart schwer, als dass ein solcher Protestakt als strafwürdige Verunglimpfung verstanden werden kann. Die Abwägung wird regelmäßig zu Gunsten der Meinungsfreiheit auszufallen haben.⁴⁴ Insofern spielt es auch keine Rolle, ob die ermittelnden Behörden die Kritik am Handeln des ausländischen Staates teilen. Das *BVerfG* mahnt: „Vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst sind zum einen Meinungen, d.h. durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äußerungen. Sie fallen stets in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, ohne dass es dabei darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden [...]. Sie verlieren diesen Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert werden.“⁴⁵

2. Die besondere Symbolik von Taten nach § 104 Abs. 1 S. 2 StGB

Die von der Großen Koalition verabschiedete Regelung des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB wird vor allem damit begründet, dass „hierdurch symbolhaft das Existenzrecht des betroffenen Staates in Frage gestellt [werde].“⁴⁶ Ob dies stets der Fall ist, ist äußerst zweifelhaft.⁴⁷ Die diesbezüglichen Bekundungen scheinen eher dem konkreten Hintergrund des Gesetzgebungsverfahrens geschuldet und lassen sich bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen (s.o.) nicht als allgemeinverbindliche Deutung einem Strafverfahren zugrunde legen. Für die folgenden Überlegungen soll allerdings unterstellt werden, dass sich aufgrund der strafgerichtlichen Feststellung eine sich äußerlich manifestierte Intention des Handelnden ergibt, das Existenzrecht des Flaggenstaates in Abrede zu stellen. Unklar ist, ob damit das letzte Wort gesprochen und auch unter Berücksichtigung der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG eine Strafbarkeit des Verhaltens zwingend ist. Bei genauerer Betrachtung ist die Antwort auf die Frage alles andere als eindeutig und bedarf voraussichtlich der verfassungsgerichtlichen Klärung.⁴⁸

a) Kein Bestandsschutz ausländischer Staaten

Die Formulierungen der Straftatbestände des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB und § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB weisen Ähnlichkeiten auf. Nach herrschender Ansicht dienen die Vorschriften allerdings dem Schutz wesensverschiedener Rechtsgüter. So wird die Strafbarkeit des Verunglimpfens der bundesdeutschen Flagge, auch wenn insoweit Zweifel angebracht sind,⁴⁹ mit dem Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung gerechtfertigt. Durch das Verunglimpfen werde die notwendige staatliche Autorität in

⁴⁰ BT-Drs. 19/19201, S. 14.

⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 124; *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, Rn. 12.

⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 18.

⁴³ Vgl. dazu *Dörmann*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2018), § 11 VStGB Rn. 76 ff.

⁴⁴ Vgl. grundsätzlich auch BR-Drs. 214/16, S. 3.

⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, Rn. 18.

⁴⁶ BT-Drs. 19/19201, S. 14.

⁴⁷ Vgl. bereits *Weigend* (Fn. 18), S. 5; *Kleszczewski* (Fn. 28), S. 8; *Samour* (Fn. 28), S. 5.

⁴⁸ Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle bei Kommunikationsgrundrechten vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, Rn. 14.

⁴⁹ *Hoven*, JZ 2020, 835 (838).

Frage gestellt und damit der innere Frieden gefährdet.⁵⁰ Die Flagge diene als Integrationsmittel.⁵¹ Daraus folgt nach Ansicht des *BVerfG*, dass der Staat Verunglimpfungen kriminalisieren könne, um die verfasste Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu schützen.

Dieser Begründungsansatz lässt sich nicht auf ausländische Staaten übertragen, deren innerer Frieden grundsätzlich nicht aktiv vor Gefährdungen durch in Deutschland begangene Kommunikationsdelikte geschützt werden muss. Dementsprechend hat sich die Mehrheit im Deutschen Bundestag auch ausdrücklich für die oben dargestellten Rechtsgüter entschieden. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte die Opposition darauf hingewiesen, dass sich das Grundgesetz dazu verpflichtet, dem Frieden zu dienen (Präambel des GG) und sich eine Friedenspflicht auferlegt hat (Art. 26 Abs. 1 GG), und dieses „Verfassungsgut“ als Rechtfertigung für das Verbot des Verbrennens von ausländischen Flaggen herangeführt.⁵² Dies mag das Argument untermauern, der Gesetzgeber dürfe die Staatenehre bzw. die diplomatischen Beziehungen schützen. Einen Bestandsschutz für ausländische Staaten oder gar eine Pflicht zur völkerrechtlichen Anerkennung von Staaten begründet dies indes erkennbar nicht. Erst recht ziehen diese sehr weit gefassten außenpolitischen Leitlinien keine klare Grenze für die individuelle Ausübung der Meinungsfreiheit.

b) Kein „Staatenehre“-Kern und keine „Schmähhkritik“

Die (sprachlichen) Parallelen zu den Ehrdelikten bergen die Gefahr der leichtfertigen Übertragung von Argumentationsmustern. Der Rekurs auf den Begriff des „Existenzrechts“ weckt Assoziationen, die zu der Fehlannahme verleiten könnten, der ausländische Staat verdiene absoluten Schutz vor verbalen Angriffen, die den ausländischen Staat als solchen und dessen Daseinsberechtigung in Frage stellen, sowie der Mensch vor verbalen Angriffen, die die Menschenwürde antasten, geschützt wird. Zur Beschränkung von Art. 5 Abs. 1 GG hatte das *BVerfG* klargestellt: „So muss die Meinungsfreiheit stets zurücktreten, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet. Dieser für die Kunstfreiheit ausgesprochene Grundsatz [...] beansprucht auch für die Meinungsfreiheit Geltung, denn die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig. Da aber nicht nur einzelne, sondern sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Men-

schenswürde sind, bedarf es stets einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, daß der Gebrauch eines Grundrechts auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt.“⁵³ Diese aus Art. 1 Abs. 1 GG resultierende Einschränkung von Art. 5 Abs. 1 GG ist auf den Schutz der Staatenehre nicht übertragbar. Ein Staatenwürdekern existiert nicht.

Eine weitere, im Hinblick auf die Einschränkung des Grundrechtsschutzes nach Art. 5 Abs. 1 GG diskutierte Fallgruppe ist die der sogenannten Schmähhkritik. Auch insoweit ist Vorsicht geboten: „Wegen seines die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts hat das *BVerfG* den in der Fachgerichtsbarkeit entwickelten Begriff der Schmähhkritik aber eng definiert. Danach macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähhung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. [...] Aus diesem Grund wird Schmähhkritik bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen.“⁵⁴ Angesichts des völlig zu Recht restriktiven Maßstabs der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kann diese Fallgruppe auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden.⁵⁵

Aufgrund der tatbestandlichen Ausgestaltung kann insoweit nicht auf das Merkmal der Sachgewalt abgestellt werden (s.o.). Dies schließt es zwar nicht *per se* aus, dass die Art und Weise der Zerstörung zur Begründung einer Verunglimpfung herangezogen werden kann.⁵⁶ Doch selbst bei äußerst abschätzigen Verhaltensweisen, wie z.B. das Urinieren auf eine Flagge, ist im Lichte der Rechtsprechung des *BVerfG* eine *automatische* Bejahung einer Schmähhkritik verfassungsrechtlich nicht vertretbar.⁵⁷ Dies gilt erst recht für ein etwaiges Verbrennen einer Flagge. Hierbei handelt es sich um ein übliches Mittel der Zerstörung oder Beschädigung von Sachen. Dem Einsatz von Feuer wohnt jenseits der damit einhergehenden aber hier nicht relevanten Gefährlichkeit keine besondere Verwerflichkeit oder Schwere inne.⁵⁸ Eine solche Verwerflichkeit lässt sich auch nicht über die etymologischen Ursprünge des Wortes Holocaust⁵⁹ konstruieren. Sofern in der Verbrennung der Wunsch zur Vernichtung eines Staates⁶⁰ oder – etwas weniger martialisch ausgedrückt – die Negation eines Existenzrechts⁶¹ zum Ausdruck gebracht werden soll, ist für die Annahme einer Schmähhkritik kein

⁵⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86 u.a.; *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, Rn. 10; *BVerfG*, Beschl. v. 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, Rn. 24; *BGH*, Beschl. v. 30.10.2018 – 3 StR 27/18, Rn. 11.

⁵¹ *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86 u.a.

⁵² BT-Drs. 19/19201, S. 10.

⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 121.

⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 122, vgl. dort auch Rn. 146. Vgl. auch. GenStA Koblenz, Entsch. v. 13.10.2016 – 4 ZS 831/16, Rn. 23 f.

⁵⁵ Anders *Hoven*, JZ 2020, 835 (841).

⁵⁶ Zum Tatbestandsmerkmal des beschimpfenden Unfugs vgl. *Weiß*, in: LK-StGB, § 104 Rn. 5. Unklar insoweit *Mavany*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. (2020), § 104 Rn. 5.

⁵⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86 u.a.; vgl. hierzu auch BR-Drs. 214/16, S. 2.

⁵⁸ Anders wohl *Eisele* (Fn. 20), S. 4 mit Verweis auf Literaturstimmen (*Steinmetz*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 90a Rn. 14; *Laufhütte*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 90a Rn. 10 zu § 90a StGB, die angesichts divergierender Schutzgüter („Bestandsschutz“) und anderer Struktur des Tatbestands allerdings nicht so einfach übertragen werden können.

⁵⁹ Vgl. insoweit die Erwähnung bei *Eisele* (Fn. 20), S. 3; *Hoven*, JZ 2020, 835 (836).

⁶⁰ So *Eisele* (Fn. 20), S. 3. Ähnlich auch *Ebling*, jM 2018, 342 (343).

⁶¹ BT-Drs. 19/19201, S. 13; *Lohse* (Fn. 8), S. 4; *Hoven*, JZ 2020, 835 (840).

Raum. Diese Kritik an der Meinungsäußerung setzt nämlich im Kern gerade nicht an der Form, sondern ausschließlich an der damit transportierten Botschaft an. Der Inhalt der Meinungskundgabe darf indes gerade nicht Anknüpfungspunkt des Verbots sein und zur Abwägungsresistenz der grundrechtseinschränkenden Vorschrift führen.⁶²

c) Erforderliche Einzelfallbetrachtung

Wir konnten bisher feststellen, dass die vorsätzliche Zerstörung oder Beschädigung einer ausländischen Flagge, unabhängig von der damit konkret transportierten Botschaft, eine – wenn auch nicht von allen als strafwürdig angesehene – Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter zur Folge haben dürfte und daher, wenn man die Legitimität des Schutzes dieser Rechtsgüter anerkennt, kriminalisiert werden darf. Ebenso eindeutig ist, dass es sich bei der Tathandlung zugleich um eine Kundgabe einer Meinung handeln kann, die nicht *per se* aufgrund des Einsatzes von Gewalt gegen Sache als unzulässige Schmähkritik einzustufen ist. Dementsprechend bedarf es einer Abwägung im Einzelfall zwischen der Meinungsfreiheit und dem betroffenen Rechtsgut.⁶³

Zunächst gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass die Auswahl des Rechtsgutes insoweit eine zentrale Weichenstellung darstellt. Sieht man die Funktionsfähigkeit der diplomatischen Beziehungen als für den Straftatbestand maßgebliches Rechtsgut an, dürfte der Meinungsfreiheit tendenziell ein größeres Gewicht zukommen.⁶⁴ Das *BVerfG* hat wiederholt betont, dass der deutsche Staat in weitem Umfang Widerspruch zu ertragen hat, „weil Art. 5 Abs. 1 GG gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet“.⁶⁵ Polemische Kritik an der deutschen Außenpolitik ist verfassungsrechtlich legitim, auch wenn die Meinungen als unerwünscht oder gar gefährlich eingestuft werden. Die Tatsache, dass die Existenz Israels zur deutschen Staatsräson gehört, immunisiert eine außenpolitische Entscheidung nicht vor Kritik.⁶⁶ Die Krux der Existenzrechts-Frage ist, dass mit der Bejahung eines „Existenzrechts“ nicht selten eine – rechtliche oder faktische – Negation eines „Existenzrechts“ einer anderen Bevölkerungsgruppe einhergeht. Die Anerkennung als Staat ist zudem eine dezidiert politische Entscheidung. Aus dem in Art. 1 Abs. 1 UN-Charta niedergelegten Recht auf Selbstbestimmung der Völker folgt keine Pflicht zur (völkerrechtlichen) Anerkennung als verfasster Staat an einem bestimmten Ort. Dies zeigt sich auch in der tatsächlichen Anerkennungspraxis: Während z.B. Palästina von 138 Staaten der Welt, der UN-Generalversammlung, der UN-ESCO und dem IStGH bereits als Staat anerkannt wurde,

hat die Bundesrepublik Deutschland eine solche bis heute verweigert. Vergleichbare Fragen stellen sich bei der Anerkennung Taiwans,⁶⁷ des Kosovos⁶⁸ oder der West-Sahara.⁶⁹

Rückt man die „Staatenehre“ in den Vordergrund, stellen sich ebenfalls schwierige Abwägungsfragen. In einem ersten Schritt bedarf es dabei der Klarstellung, was unter dem diffusen Schlagwort der „Negation des Existenzrechts“ im konkreten Einzelfall zu verstehen ist. Der wohl schwerwiegendste Angriff auf einen ausländischen Staat ist die Aufforderung zu Gewalt, der militärischen Konfrontation oder gar der Vernichtung des Staatsvolks.⁷⁰ Derartige Aufforderungen widersprechen dem Grundgedanken von Art. 2 Abs. 4 UN-Charta und den oben aufgezeigten außenpolitischen Leitlinien des Grundgesetzes. Ob eine solche Agitation allerdings gerade die „Staatenehre“ in besonderer Weise tangiert oder nicht besser durch andere Vorschriften erfasst werden sollte, ist noch ungeklärt. Doch auch unterhalb der Schwelle zur Gewaltandrohung lässt sich eine große Bandbreite von politischen Meinungen subsumieren. Stellt z.B. der von einigen palästinensischen Vertretern unterbreitete Vorschlag einer demokratischen Ein-Staaten-Lösung eine „Negation des Existenzrechts“ Israels dar, weil in einem demokratischen Staat auf dem Territorium des gesamten ehemaligen Mandatsgebiets die jüdische Natur des Staates in Frage gestellt wäre? Ist auch die Verweigerung einer Anerkennung des Staates Israels bis zur Gründung eines Staates Palästina mit Ost-Jerusalem als Hauptstadt, wie es von der Arabischen Liga praktiziert wird, bereits als „Negation des Existenzrechts“ einzustufen? Die Frage nach dem Existenzrecht ist zudem eng verknüpft mit der Frage der Legalität und Legitimität der Staatsgründung selbst. Das Infragestellen der historischen Legitimation kann aber in der Praxis durchaus mit der Akzeptanz einer faktischen Existenz einhergehen. All diese Fragen verdeutlichen die Komplexität des erforderlichen verfassungsrechtlichen Abwägungsprozesses.

Schwierigkeiten bereitet auch der zweite Schritt: die Abwägung im eigentlichen Sinne. Das *BVerfG* hatte sich traditionell mit Fallkonstellationen zu beschäftigen, in denen die mit der Tathandlung intendierte Abwertung der Form der Meinungsäußerung quasi „auf der Stirn geschrieben“ stand. Für eine Kritik am Soldatenberuf wurde der negativ konnotierte Begriff des „Mörders“ verwandt⁷¹ und die kritische Auseinandersetzung mit dem Wehrdienst erfolgte über das ebenfalls besonders negativ konnotierte „Urinieren“ auf die Flagge.⁷² Das *BVerfG* hatte insoweit zu prüfen, ob *trotz* dieses Verunglimpfens der Meinungsfreiheit der Vorzug zu geben war.

⁶² *BVerfG*, Beschl. v. 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, Rn. 19.

⁶³ *BVerfG*, Beschl. v. 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, Rn. 19.

⁶⁴ Zur Kritik am korporatistischen Staatsverständnis s. auch BR-Drs. 214/16, S. 2.

⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 28.11.2011 – 1 BvR 917/09, Rn. 19, vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, Rn. 113.

⁶⁶ Vgl. auch BT-Drs. 19/19201, S. 6.

⁶⁷ Tagesschau, China droht USA und Taiwan, 11.1.2021, abrufbar unter: www.tagesschau.de.

⁶⁸ Zur spanischen Verweigerung der Anerkennung aus innenpolitischen Gründen vgl. aktuell FAZ, Shitstorm mit Ansage, 30.3.2021, abrufbar unter: www.faz.net.

⁶⁹ Zur Bereitschaft der USA, die Souveränität Marokkos in der West-Sahara im Gegenzug für einen Friedensvertrag mit Israel anzuerkennen, vgl. Deutsche Welle, Marokko will Israel anerkennen, 10.12.2020, abrufbar unter www.dw.com.

⁷⁰ *Hoven*, JZ 2020, 835 (840).

⁷¹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 129.

⁷² *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86 u.a.

Vorliegend wird das Verunglimpfen indes damit begründet, dass die Substanzverletzung deshalb als besonders abwertend anzusehen ist, weil damit symbolisch das Existenzrecht des Staates negiert wird. Damit ist der Vorwurf des Verunglimpfens maßgeblich durch den Inhalt der Meinung geprägt. Das *BVerfG* hat diese Problemlage in anderem Kontext benannt: „Gefahren, die lediglich von den Meinungen als solchen ausgehen, sind zu abstrakt, als dass sie dazu berechtigten, diese staatlicherseits zu untersagen. [...] Rein geistige Wirkungen und rechtsverletzende Wirkungen von Meinungsäußerungen stehen dabei nicht in strenger Alternativität zueinander. Sie sind nicht rein formal abgrenzbar und können sich überschneiden.“⁷³ Instruktiv sind die folgenden Ausführungen zum Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut des öffentlichen Friedens: „Nicht tragfähig für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit ist ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt. Eine Beunruhigung, die die geistige Auseinandersetzung im Meinungskampf mit sich bringt und allein aus dem Inhalt der Ideen und deren gedanklichen Konsequenzen folgt, ist notwendige Kehrseite der Meinungsfreiheit und kann für deren Einschränkung kein legitimer Zweck sein.“⁷⁴ Vergleichbares dürfte für das Verständnis der Staatenehre gelten, die im, vom Merkmal der Zerstörung losgelösten Tatbestandsmerkmal der Verunglimpfung als Abwägungselement in die Waagschale zu werfen ist. Tendenziell dürften die Anforderungen an die Annahme einer Strafbarkeit sogar strenger sein, da im öffentlichen Meinungskampf eine Vermutung für die Zulässigkeit der Meinungsäußerung gilt.⁷⁵ Eine Ehrbeeinträchtigung, die primär aus der Konfrontation mit der provokanten Meinung (hier: Negation des Existenzrechts) resultiert, ist verfassungsrechtlich nur bedingt schützenswert. Dementsprechend ist anzunehmen, dass das *BVerfG* bei einem Verbrennen von Flaggen mit dem das Existenzrecht eines ausländischen Staates in Frage gestellt werden soll, Zweifel an einer Strafbarkeit äußern dürfte.

Wahrscheinlich werden sich die Karlsruher Richter im Falle einer Befassung und trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift auch mit der Frage auseinanderzusetzen haben, ob die Genese der Vorschrift auf die Schaffung einer Sonderregelung hindeutet, die eigentlich nur das Infragestellen des Existenzrechts Israels mittels Verbrennung der israelischen Flagge unter Strafe stellen soll. Sollte das

BVerfG die Regelung nämlich als Sonderrecht einstufen, wäre diese verfassungsrechtlich kaum haltbar.⁷⁶ Die Verortung der Vorschrift in § 104 StGB dürfte die Annahme eines Sonderrechts allerdings nicht unbedingt nahelegen.⁷⁷ Zudem wird, auch wenn die Vorschrift des § 104 Abs. 1 S. 2 StGB eindeutig als Reaktion auf das Verbrennen der israelischen Flagge geschaffen wurde, kein ausdrückliches Verbot der Negation des Existenzrechts normiert.⁷⁸ Es wäre allerdings bedenklich, wenn die Vorgaben der *Wunsiedel*-Entscheidung durch eine generalisierende Einkleidung umgangen werden könnten.

V. Conclusio

Der Gesetzgeber hat mit § 104 Abs. 1 S. 2 StPO einen verfassungsrechtlich zweifelhaften Tatbestand geschaffen. Während die verbale Kritik an Handlungen und dem Existenzrecht eines ausländischen Staates als Ausübung der Meinungsfreiheit grundrechtlich geschützt ist, soll eine non-verbale Protestform, die identische Meinungsinhalte transportiert, strafrechtlich sanktioniert werden. Formal setzt der Gesetzgeber auf eine Kriminalisierung der Form der Meinungsäußerung. Bei einer Sanktionierung symbolischer Angriffe sind Form und Inhalt allerdings untrennbar miteinander verbunden. Es droht daher im Ergebnis eine rechtsstaatlich problematische Bestrafung bestimmter Meinungsinhalte. *Collings* hat insoweit eine wertvolle Betrachtung beigesteuert, wenn er auf das Kuriosum verweist, dass die Regelung gleichzeitig eine große Streubreite aufweist und zudem ausgewählte Verhaltensweisen wegen der Meinungsinhalte herausgreift: „the proposal is either impermissibly content-based, outrageously overbroad, or both.“⁷⁹

In einem anderen Kontext hat das *BVerfG* ausgeführt: „Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürger-schaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gem. Art. 7 GG zu.“ Hierauf sollten wir uns besinnen und nicht auf das scharfe Schwert des Strafrechts zurückgreifen.

⁷³ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 75.

⁷⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 77.

⁷⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., Rn. 123.

⁷⁶ Zum hohen Maßstab vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 65 ff; offen gelassen bei Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Stellungnahme v. 5.3.2018, WD 3-3000-042/18, S. 8 f.

⁷⁷ Zu den insoweit notwendigen Feststellungen vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 60.

⁷⁸ So das Argument bei Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Stellungnahme v. 5.3.2018, WD 3-3000-042/18, S. 7.

⁷⁹ *Collings*, Protecting All the Flags but Not the Freedom of Speech, *VerfBlog*, 2020/1/17, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/protecting-all-the-flags-but-not-the-freedom-of-speech/> (zuletzt abgerufen am 23.5.2021).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings

von Prof. Dr. Jörg Eisele*

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und besseren Erfassung des Cyberstalkings. Dabei soll der Grundtatbestand ausgedehnt, um weitere Nachstellungshandlungen des Cyberstalkings ergänzt und die ursprüngliche Qualifikation in einen besonders schweren Fall mit (weiteren) Regelbeispielen umgewandelt werden. Abgesehen von Ausgestaltungen im Detail ist der Entwurf insgesamt positiv zu bewerten.

This article discusses the German government's draft law for more effective prosecution of stalking and better coverage of cyberstalking. The basic offense is to be expanded to include further acts of cyberstalking and the original qualification is to be changed into a particularly serious case with (further) standard examples. Apart from some details, the draft is positive overall.

I. Einführung

Der Tatbestand der Nachstellung des § 238 StGB wurde im Jahre 2007 in das Strafgesetzbuch eingefügt, um Strafbarkeitslücken in Fällen des Stalkings zu schließen.¹ Eine maßgebliche Umgestaltung erfuhr der Tatbestand sodann im Jahre 2017 mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, das ihn in ein potenzielles Gefährdungsdelikt bzw. Eignungsdelikt umgestaltet hat.² Seither muss keine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung eintreten, vielmehr genügt es, wenn eine unbefugte und beharrliche Nachstellung vorgenommen wird, die „geeignet ist“, das Opfer in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen. Anlass für die nunmehr geplanten Änderungen ist der Evaluierungsbericht zu dieser Neufassung des § 238 StGB vom 4. Februar 2021.³ Dieser zeigte, dass die Anwendung des Tatbestandes für die Praxis immer noch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Als die maßgeblichen Gründe wurden vor allem genannt: Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob ein Verhalten im Einzelfall noch sozialadäquat und daher nicht strafwürdig ist,⁴ die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „Beharrlichkeit“, „Unbefugtheit“, „Eignung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“⁵ sowie Beweisprobleme (da es sich häufig um zwei Personen-Konflikte handelt⁶), auch und insbesondere hinsichtlich des Tätervorsatzes betreffend die Lebensgestaltung des Opfers.

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Universität Tübingen.

¹ 40. StÄG v. 22.3.2007, BGBl. I S. 354.

² BGBl. I, S. 386; BT-Drs. 18/9946 S. 10 f., 13 f. und dazu Kubi-
ciel/Borutta, KriPoZ 2016, 194 ff.

II. Änderungen im Einzelnen

Der Entwurf verfolgt das Ziel, dem Rechtsanwender durch Ergänzungen des Grundtatbestandes eine bessere Konturierung des Tatbestandes vor allem auch für Fälle des sog. Cyberstalkings an die Hand zu geben.⁷ Ferner möchte er die praktischen Nachweisprobleme und „hohen Hürden“ dadurch beseitigen, dass er das Merkmal „beharrlich“ durch das Merkmal „wiederholt“ ersetzt und den Grad der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung von „schwerwiegend“ auf „nicht unerheblich“ herabsetzt: „in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen, indem er wiederholt (...)“. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die schwierige Abgrenzung zu (noch) sozialadäquaten Verhaltensweisen beim Stalking auch durch eine abweichende Fassung kaum beseitigen lässt und diese Entscheidung letztlich der Rechtsanwender immer im Wege einer Gesamtwürdigung zu treffen hat. Entsprechendes gilt für tatsächliche Nachweisprobleme, die auf Zwei-Personen-Konstellationen beruhen, da diese unabhängig von Erweiterungen der Tatbestandsfassung bestehen. Letztlich soll die Qualifikation des § 238 Abs. 2 StGB durch einen mit Regelbeispielen exemplifizierten besonders schweren Fall ersetzt werden, um größere Flexibilität zu erlangen.

1. Änderungen des Grundtatbestandes des § 238 Abs. 1 StGB

a) Herabsetzung des Grades der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Im Grundtatbestand wird bislang die Eignung der Nachstellungshandlungen zu einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verlangt. Diese Schwelle soll nun im Entwurf von einer „schwerwiegenden“ auf eine „nicht unerhebliche“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herabgesetzt werden. Vorzugswürdig wäre es freilich, von einer „erheblichen“ Beeinträchtigung zu sprechen, weil ansonsten lediglich Bagatellfälle ausgeklammert und bereits leichteste Beeinträchtigungen bei Alltagsstreitigkeiten erfasst wären.

aa) Erforderlich waren bislang gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen, die über durchschnittli-

³ BT-Drs. 19/26515.

⁴ BT-Drs. 19/28679, S. 4 und S. 7.

⁵ BT-Drs. 19/28679, S. 4.

⁶ BT-Drs. 19/28679, S. 5.

⁷ BT-Drs. 19/28679, S. 7.

che, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung hinausgehen.⁸ Nimmt man diese Formel zum Gegenstand, so wird man nunmehr auf das Erfordernis der gravierenden Beeinträchtigung verzichten können. *Damit wird die Schwelle für den Nachweis der Eignung der Stalkinghandlungen zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herabgesetzt und zugleich werden bestehende Unsicherheiten beseitigt, wenn gleich natürlich auch beim normativen Merkmal „nicht unerheblich“ bzw. „erheblich“ ein Wertungsspielraum verbleiben muss.* Das Täterverhalten muss aber weiterhin die Eignung aufweisen, das Opfer zur Veränderung der Lebensgestaltung gerade durch die Nachstellungshandlungen zu zwingen.⁹ Es genügt damit aber dennoch nicht jede Belästigung des Opfers, die mit der Austragung und Lösung von Konflikten, insbesondere auch im Rahmen des Scheiterns von Beziehungen, verbunden ist.¹⁰ Regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung können auch weiterhin kein strafwürdiges Unrecht begründen.

bb) Bislang waren folgende Beeinträchtigungen nicht erfasst,¹¹ die nunmehr nach Absenkung der Schwelle hinsichtlich des Grades der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung vom Tatbestand erfasst werden können: die Einrichtung einer Fangschaltung,¹² das Wechseln der Telefonnummer,¹³ das Installieren von Alarmanlagen,¹⁴ ein einwöchiger Umzug in eine Ferienwohnung,¹⁵ das Beantragen von Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz,¹⁶ der Austritt aus einem Verein¹⁷ und konsequenterweise auch aus einem Fitnessstudio usw. Noch hinnehmbar sind hingegen m.E. übliche Schutzmaßnahmen – wie das Verschließen von Fenstern und Türen¹⁸ – oder der bloße Verzicht auf die Entgegennahme von einzelnen Anrufen, soweit es sich nicht insgesamt um einen Verzicht auf die Nutzung des Telefons handelt. Maßgeblich ist damit, ob es sich um Reaktionen handelt, die das Opfer bei einfachen, alltäglichen Streitigkeiten nicht vornehmen würde. So würde es bei üblichen Streitigkeiten möglicherweise den einen oder anderen Anruf nicht entgegennehmen, jedoch nicht gleich die Nummer des Mobiltelefons ändern.

b) Ersetzung des Merkmals „beharrlich“

Das Merkmal „beharrlich“, das eine gewisse Hartnäckigkeit zum Ausdruck bringt, soll durch das Merkmal „wiederholt“ ersetzt werden. Dies ist zu begrüßen, da die Be-

harrlichkeit, die auf die *innere Einstellung* des Täters abstellt,¹⁹ recht unscharf, schwer nachweisbar und schon im Hinblick auf ein Tatstrafrecht fragwürdig ist.²⁰ Da Bestandteil des beharrlichen Verhaltens bereits jetzt eine *wiederholte Begehung* ist, kann insoweit auf diese Grundsätze weiterhin zurückgegriffen werden.²¹ Durch den Wegfall der subjektiv geprägten Komponente der Beharrlichkeit wird der Tatbestand auch nicht zu weit gefasst, da zumindest Eventualvorsatz vorliegen muss, der sich auf die Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung gerade durch die wiederholte Tatbegehung beziehen muss. Die Entwurfsbegründung lässt für die Anzahl der Wiederholungen „schon eine geringe einstellige Anzahl“ genügen.²² Bei der Einführung des § 238 StGB wurden hingegen fünf Handlungen genannt,²³ so dass zwei oder drei Handlungen, die sich über einen längeren Zeitraum verteilen, in der Regel nicht genügen. Unerheblich ist insoweit, ob sich der Täter unterschiedlicher Verhaltensweisen nach Nrn. 1 bis 8 bedient,²⁴ da die Unberechenbarkeit der Handlungen für das Opfer sogar gravierender sein kann.²⁵

c) Ergänzung des Tatbestandes um weitere Nachstellungshandlungen

Obgleich in der bisherigen Nr. 5 (Nr. 8 des Entwurfs) ein Auffangtatbestand enthalten ist,²⁶ ist es zu begrüßen, dass wichtige Erscheinungsformen des sog. Cyberstalkings explizit aufgeführt werden, um dem Tatbestand schärfere Konturen zu verleihen und so dessen Anwendbarkeit in der Praxis zu erleichtern.

aa) Nach Nr. 5 soll als Nachstellungshandlung erfasst werden, wenn der Täter zulasten dieser Person oder einer ihr nahestehenden Person eine Tat nach § 202a StGB begeht. Auch wenn die Verschaffung des unbefugten Zugangs zu Daten durch eine Tat nach § 202a StGB bereits per se nach dieser Vorschrift strafbar ist, ist dieser „elektronische Hausfriedensbruch“ für das Opfer des Stalkings eine große Belastung, da der Täter tief in die Privatsphäre eindringt und das Opfer sich einer sicheren und vertraulichen Kommunikation nicht mehr gewiss sein kann. Angeichts des Auffangtatbestandes, der nunmehr in Nr. 8 ge-

⁸ BT-Drs. 16/3641, S. 14, BGHSt 54, 189 (197); *OLG Brandenburg*, NStZ 2010, 519 (520).

⁹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S. 8.

¹⁰ *OLG Brandenburg*, NStZ 2010, 519 (520); *OLG Hamm*, NStZ-RR 2009, 175; *Peters*, NStZ 2009, 238 (241).

¹¹ Siehe dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 238 Rn. 32.

¹² BT-Drs. 16/575, S. 8; BGHSt 54, 189 (197).

¹³ So BT-Drs. 19/28679, S. 9. Schon bisher für eine Einbeziehung *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (667); *Mitsch*, Jura 2007, 401 (405); dagegen *Gazeas*, JR 2007, 497 (503); *Valerius*, JuS 2007, 319 (323).

¹⁴ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 238 Rn. 24

¹⁵ *AG Löbau*, StV 2008, 646.

¹⁶ *OLG Hamm*, NStZ-RR 2009, 175.

¹⁷ So BT-Drs. 19/28679, S. 9

¹⁸ *OLG Brandenburg*, NStZ 2010, 520.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 16/575 S. 7; BGHSt 54, 189 (195); *BGH*, NStZ 2016, 724 (725).

²⁰ Zur Kritik *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 24.

²¹ Zum Aspekt der Wiederholung *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 24.

²² BT-Drs. 19/28679, S. 10.

²³ BT-Drs. 15/5410, S. 7. Nach BGHSt 54, 189 (196), sind Vorfälle an fünf Tagen auch bei größeren zeitlichen Abständen von bis zu sechs Wochen ausreichend.

²⁴ BT-Drs. 19/28679, S. 10; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 25.

²⁵ BGHSt 54, 189 (196); *OLG Stuttgart*, Die Justiz 2015, 181 (282); *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1032).

²⁶ Die Frage, ob der Auffangtatbestand den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG genügt, soll hier nicht vertieft werden; vgl. näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 23 f.

regelt ist, erscheint es nicht zwingend, weitere Konstellationen bzw. Tatbestände aufzunehmen. § 202b StGB²⁷ hat angesichts der technischen Weiterentwicklung ohnehin nur geringe Bedeutung und die Vorfeldstrafbarkeit des § 202c StGB betrifft noch nicht die Privatsphäre des Opfers. Nicht ganz überzeugend erscheint auch der Vorschlag, die unbefugte Zugangverschaffung oder Erhebung von personenbezogenen Daten unter Verwendung technischer Mittel oder von Passwörtern zu erfassen.²⁸ Zum einen ist der Opferkreis nicht nur bei personenbezogenen Daten – § 202a Abs. 2 StGB erfasst hingegen alle Daten – betroffen, zum anderen ist die Überwindung einer Zugangssicherung i.S.d. § 202a StGB ein plausibles Merkmal, um die strafwürdigen Fälle herauszufiltern.

bb) Überzeugend ist auch das Verbreiten oder öffentliche Zugänglichmachen von Abbildungen des Opfers und nahestehender Personen nach Nr. 6 einbezogen, zumal dieses nicht immer zugleich eine Strafbarkeit nach § 201a StGB begründen muss. Ungereimt ist freilich, dass bei Nr. 6 neben der „nahestehenden Person“ auch „Angehörige“ genannt sind, nicht aber bei Nr. 5. Das Drohen mit einer Verbreitung wird – obgleich praktisch durchaus relevant – nicht erfasst. Jedoch kann auch hier der Auffangtatbestand greifen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nämlich Handlungen erfasst werden, die gegenüber denjenigen der anderen Tatvarianten „sowohl *quantitativ* als auch *qualitativ eine vergleichbare Schwere* aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgsunwert diesen gleichkommen“.²⁹ Nicht verlangt wird demnach eine in der Begehungsweise vergleichbare Handlung, die sich an die gesetzlich geregelten Begehungsweisen im äußeren Ablauf anlehnt. Sofern also ein vergleichbarer Schweregehalt der Tat vorliegt, besteht richtigerweise kein Ausschluss für solche Handlungen, die „knapp neben und kurz vor“ den gesetzlich genannten Verhaltensweisen liegen.³⁰ Nicht erfasst wird beispielsweise von Nr. 2, wohl aber vom Auffangtatbestand, der sog. „Telefonterror“ durch ständiges Anrufen und Auflegen, bei dem der Täter – anders als von Nr. 2 vorausgesetzt – gerade eine Kommunikation mit dem Opfer vermeiden und unmittelbar dessen psychische Verfassung angreifen möchte.

cc) Eine gewisse Parallele zu Nr. 3, der Waren und Dienstleistungen erfasst, weist sodann Nr. 7 auf, wenn es hier um die Täuschung der Urheberschaft bei Inhalten i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB geht. Erfasst werden sollen mit guten Gründen Fälle, in denen der Täter einen Inhalt (§ 11 Abs. 3), der geeignet ist, diese Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, unter Vortäuschung der Urheberschaft der Person verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

2. Umwandlung der *Qualifikation* in einen besonders schweren Fall

Besonders schwere Fälle, die mit Regelbeispielen exemplifiziert sind, haben gegenüber Qualifikationen einen Vor- und einen Nachteil. Der Vorteil ist darin zu sehen, dass weitere im Gesetz nicht genannte Fälle den besonders schweren Fall begründen können. Der Nachteil liegt darin, dass der vom Gesetzgeber genannte Erschwerungsgrund durch mildernde Strafzumessungsumstände widerlegt und dann auf den Grundstrafrahmen zurückgegriffen werden kann, was vor allem das Herbeiführen der Gefahr einer Gesundheitsschädigung als bisherige Qualifikation des Abs. 2 betrifft. Etwas „übertrieben“ wirkt es, dass gleich acht Regelbeispiele genannt werden, es ließen sich angesichts der Vielgestaltigkeit des Stalkings beliebig viele weitere Erschwerungsgründe nennen.

a) Die bisherige Qualifikation ist nun in Abs. 2 S. 2 Nr. 2 genannt; vertretbar ist, dass in Nr. 1 auch das Eintreten einer einfachen Gesundheitsschädigung erfasst wird. Allerdings legt die Formulierung „verursacht“ nahe, dass es sich um eine Erfolgsqualifikation bzw. genauer um ein erfolgsqualifiziertes Regelbeispiel³¹ handelt, für das entsprechend § 18 StGB Fahrlässigkeit ausreichend ist. Hingegen ist bei Qualifikationen bzw. Regelbeispielen mit Vorsatzerfordernis das Wort „bringt“ die übliche Terminologie.³² Dass bereits Fahrlässigkeit i.S.d. § 18 StGB hinsichtlich einer einfachen Körperverletzung den erhöhten Strafrahmen begründen kann, wäre nicht überzeugend und auch im Verhältnis zu Nr. 2 systemwidrig. Sollte an Nr. 1 festgehalten werden, ist daher zu einer anderen Formulierung zu raten (etwa „eine Gesundheitsschädigung hervorruft“).

b) Nach Nr. 3 ist als Regelbeispiel vorgesehen, dass dem Opfer durch täglich oder nahezu täglich begangene Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens vier Monaten nachgestellt wird, während Nr. 4 eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens neun Monaten verlangt. Hier muten die Monatsangaben etwas willkürlich an, zumal bei der Begründung für das Merkmal „nahezu täglich“ eine Rechenangabe angegeben wird („75% der Tage und zudem jede Woche mindestens eine Tathandlung“).³³ Überzeugender wäre es, beide Strafschärfungen zusammenzufassen und angelehnt an Nr. 4 eine „Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten“ zu verlangen. Dies wäre eine plausible Leitlinie, mit Hilfe derer sodann in Anwendung der Regelbeispielstechnik weitere Konstellationen ebenfalls erfasst und ggf. trotz Vorliegens des Regelbeispiels auf den Grundstrafrahmen ausgewichen werden könnte.

c) Strafschärfend soll nach Nr. 5 wirken, dass der Täter ein Computerprogramm einsetzt, dessen Zweck das digi-

²⁷ Für eine Einbeziehung Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/29639, S. 2.

²⁸ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/29639, S. 2.

²⁹ BT-Drs. 16/3641 S. 14.

³⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 21; vgl. aber etwa Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 238 Rn. 5.

³¹ Vgl. auch § 218 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB, wo freilich die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung als Regelbeispiel genannt ist, sog. gefahrerfolgsqualifiziertes Regelbeispiel.

³² Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Aufl. (2021), Rn. 443; Kühl, Festgabe BGH 2000, 237 (243 ff.)

³³ BT-Drs. 19/28679, S. 11.

tale Ausspähen anderer Personen ist. Auch diese Strafschärfung dürfte entbehrlich sein, da der Einsatz einer Spy-Ware nur eine Möglichkeit ist, den Grundtatbestand des Abs. 1 Nr. 5 zu verwirklichen, ohne dass der Unrechtsgehalt signifikant steigt. Auch bei § 202a StGB ist dieser Umstand nicht als strafschärfend normiert.

d) Nicht überzeugend sind ferner die vorgesehenen Kombinationen in Nr. 6 und Nr. 7. Erfasst wird nach Nr. 6, wenn der Täter eine durch eine Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 5 erlangte Abbildung bei einer Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 6 verwendet. Nr. 7 sieht als Regelbeispiel vor, dass der Täter einen durch eine Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 5 erlangten Inhalt (§ 11 Abs. 3) bei einer Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 7 verwendet. Diese Fälle können ebenfalls innerhalb des Grundstrafrahmens sachgerecht abgeurteilt werden, wobei im Übrigen die Möglichkeit verbleibt, einen unbenannten besonders schweren Fall anzunehmen. Zudem muss man sehen, dass auch die Verwirklichung verschiedener Tathandlungen des Abs. 1 gerade eine wiederholte Begehungsweise begründen kann.³⁴ Insoweit wird das Ausspähen der Daten gerade den Handlungen der Nr. 6 und Nr. 7 zeitlich vorgehen, so dass die Kumulation bereits in die Anzahl der Tathandlungen des Grundtatbestandes eingeht.

e) Gut vertretbar ist hingegen das Regelbeispiel der Nr. 8, weil Personen unter 16 Jahren in ihrer psychischen Ver-

fassung häufig noch nicht so gefestigt sind und daher das Stalking besonders massiv wirkt. Die Mindestaltersgrenze auf Täterseite ist sachgerecht, um Verhaltensweisen unter Jugendlichen und Heranwachsenden nicht zu kriminalisieren.

f) Im Hinblick auf die Konturen des Tatbestandes wird zu-
treffend der Auffanggrundtatbestand der Nr. 8 vom besonders schweren Fall ausgeklammert, um die Kumulierung unbestimmter Merkmale zu vermeiden.³⁵ Allerdings verbleiben so besonders schwere Fälle innerhalb des Grundtatbestandes, selbst wenn der Täter mittels schwerer Nachstellungshandlungen gegen das Opfer vorgeht. Eine Koppelung des besonders schweren Falles an Nr. 8 wäre jedenfalls dann nicht im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig, wenn man den Auffangtatbestand des Grundtatbestandes noch als hinreichend bestimmt ansieht. Denn besonders schwere Fälle bzw. Regelbeispiele sind nach ganz h.M. anders als Qualifikationen keine Tatbestandsmerkmale, die mit dem Grundtatbestand verknüpft werden, so dass insgesamt ein unbestimmter Tatbestand entstehen könnte. Vielmehr handelt es sich um Strafzumessungsregeln,³⁶ die nur die Rechtsfolgenseite betreffen. Insoweit kennt das Strafgesetzbuch aber auch zahlreiche unbenannte besonders schwere und minder schwere Fälle, gegen die ebenfalls nicht der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit erhoben wird.

³⁴ BT-Drs. 19/28679, S. 10; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 25.

³⁵ BT-Drs. 19/28679, S. 11.

³⁶ BGHSt 23, 254 (257); BGHSt 33, 370 (373); *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 47.

„Bekämpfungsstrafrecht“ außer Rand und Band – Zur unverhältnismäßigen Reform des Geldwäschetatbestands

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Der Geldwäschetatbestand ist die am häufigsten geänderte Vorschrift des StGB. Seit seiner Einführung im Jahr 1992 reiht sich eine Reform an die andere, häufig initiiert durch umzusetzende EU-Richtlinien. Auch die neue Reform ist der überfälligen Umsetzung der EU-Richtlinie 2018/1673 geschuldet, geht aber weit über das erforderliche Maß an Änderungen hinaus und führt zu einer unverhältnismäßigen Verschärfung mit weitreichenden Konsequenzen in der Praxis. Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche ist am 18.3.2021 in Kraft getreten.

The money laundering law has been the most frequently amended provision of the StGB. Since its introduction in 1992, one reform has been followed by another, which is often prompted by EU directives that needed to be implemented. The new reform is also attributable to the overdue implementation of EU Directive 2018/1673. However, it goes far beyond the required level of change and leads to a disproportionate tightening of the law with far-reaching consequences in practice. The Improvement to Combat Money Laundering under Criminal Law Act came into force on March 18th, 2021.

I. Metamorphose eines Straftatbestands

§ 261 StGB ist erst durch das OrgKG vom 15.7.1992 in das StGB eingefügt worden und trat zwei Monate nach seiner Verkündung in Kraft.¹ Ziel des damaligen Gesetzes war die wirksamere Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und Abschöpfung deren Gewinne.² Fischer nennt in seiner Kommentierung den Geldwäschetatbestand als die am häufigsten geänderte Vorschrift des StGB.³ Die Änderungen sind so vielfältig und unübersichtlich, dass die Auffassung über deren Anzahl auseinanderklafft, Gazeas benennt 32 Änderungen in 29 Jahren,⁴ Gercke/Jahn/Paul sogar 34⁵ und Altenhain kam bei seiner Zählung im Jahr 2017 auf 24 Änderungen.⁶

Die Änderungen haben den Straftatbestand nicht nur immer unübersichtlicher gemacht, er entfernte sich auch immer mehr von seiner eigentlichen Zielsetzung, Organisierte Kriminalität wirksam und effektiv zu bekämpfen.

Denn das Gegenteil ist der Fall. Eine empirische Studie ergab, dass der Geldwäschestrafatbestand nur einen sehr kleinen Ausschnitt des gesamten Spektrums der verschiedenen Erscheinungsformen der Geldwäsche erfasst.⁷ Da die Strafverfahren häufig gegen Kleinkriminelle weit unterhalb der relevanten Strukturen geführt werden, sieht Fischer das mit dem Straftatbestand verfolgten Konzept einer Verminderung der Organisierten Kriminalität als gescheitert an.⁸

Der Geldwäschetatbestand war schon vor seiner jetzigen Neufassung mit 9 Absätzen zum unübersichtlichen „Monstrum“ angewachsen⁹ und von Jahn zu Recht als enfant terrible des Strafgesetzbuchs bezeichnet worden.¹⁰ Die Neufassung hat dies nicht besser gemacht, vielmehr ist der Straftatbestand wieder auf 10 Absätze angewachsen und stellt mit 848 Worten hinsichtlich seines Umfangs den „Negativrekord im geltenden materiellen Strafrecht“ dar.¹¹

Diese Neufassung und Neustrukturierung des Geldwäschetatbestands sollte einer weiteren „Verbesserung“ der strafrechtlichen Geldwäsche dienen¹² und stellt die wesentlichste und größte Änderung seit Einführung des Straftatbestands dar. Es ist nicht davon auszugehen, dass das erklärte Ziel des Gesetzes, die Organisierte Kriminalität effektiver und erfolgreicher zu bekämpfen,¹³ erreicht wird. Vielmehr ist durch die Streichung des Vortatenkatalogs viel „Beifang“ zu erwarten¹⁴ und die Erfassung von mittlerer Kriminalität und gar Bagatelldelikten könnte schnell zu einer Überlastung der Strafverfolgungsbehörden führen, wenn nicht eine großzügige Einstellungspraxis in solchen Fällen gelebt wird.

* Der Verfasserin ist Universitätsprofessorin und Fachgebietsleiterin am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

¹ S. BGBl. I 1992, S. 1302 (1312).

² Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 1; abrufbar unter: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/009/1200989.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2021).

³ S. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 261 Rn. 1.

⁴ Gazeas, NJW 2021, 1041.

⁵ S. Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

⁶ Vgl. Altenhain, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 261 Rn. 1.

⁷ S. Bussmann/Veljovic, NZWiSt 2020, 417 (422).

⁸ Vgl. Fischer, StGB, § 261 Rn. 4c; ebenso Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 261 Rn. 4.

⁹ S. Michalke, in: FS Fischer, 2018, S. 449 (450).

¹⁰ Jahn/Ebner, JuS 2009, 597 (598); zustimmend bspw. Hecker, JuS 2020, 572 (573); Schindler, NZWiSt 2020, 457 (462).

¹¹ So Gercke/Jahn/Paul, StV 2021, 330.

¹² Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, BGBl. I 2021, S. 327.

¹³ S. Regierungsentwurf, S. 1; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/11/bt-drs-19-24180.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2021).

¹⁴ So bereits Jahn, BT-Prot. 19/117, S. 10.

II. Die Neufassung des § 261 StGB

1. Der Verzicht auf einen Vortatenkatalog

Die weitreichendste Änderung – gar als Paradigmenwechsel der Geldwäschebekämpfung bezeichnet¹⁵ – stellt die Abschaffung des bislang geltenden enumerativen Vortatenkatalogs dar. Nunmehr kommen prinzipiell alle Delikte als Geldwäschevortaten in Betracht. In der Tat war der Vortatenkatalog in der Vergangenheit stetig angewachsen und hätte auch nach den Vorgaben der EU-Richtlinie wieder ausgeweitet werden müssen. Daher hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschlossen, den Vortatenkatalog zu streichen und so nicht nur über die notwendige Umsetzung der EU-Richtlinie, sondern auch über die Empfehlungen der Financial Action Task Force hinauszugehen.¹⁶ Dieser sog. „all-crimes-approach“ wird in der EU nur von fünf anderen Mitgliedstaaten verfolgt. Dieses „maximalpunitiv Konzept“ ist kriminalpolitisch verfehlt und wird zu einer massiven Ausweitung des Strafbarkeitsrisikos und zu einer zunehmenden potentiellen Kriminalisierung legaler Wirtschaftstätigkeit führen.¹⁷ *Gazeas* zeigt mit seinen Beispielfällen „Schokoladen-Fall, Schwarzfahrt-Fall und Eierdieb-Fall“ sehr plastisch auf, dass der Verzicht auf den Vortatenkatalog primär zu einer Fülle an Ermittlungs- und Strafverfahren im Bereich der Klein- und Bagatelldelinquenz führen wird.¹⁸ Auch der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Ausweitung des Geldwäschetatbestands die Anzahl an Strafverfahren erhöhen wird und dadurch Mehraufwand im justiziellen Kernbereich in nicht unbeträchtlichem Umfang zu erwarten ist.¹⁹ In der Gesetzesbegründung wird dieser Mehraufwand später weiter präzisiert und von schätzungsweise 20.000 zusätzlichen Verfahren ausgegangen.²⁰ Das auch diesmal vom Gesetzgeber erklärte Ziel, durch diese Ausweitung insbesondere die Organisierte Kriminalität bekämpfen zu wollen,²¹ wird wohl – wieder – nicht erreicht werden.

Denn der Gesetzgeber schließt fälschlicherweise von der Ausweitung des Kreises der Vortaten auf sämtliche Straftaten auf eine Erleichterung der Beweisführung.²² Die Vortatenverknüpfung verlangt aber vom Gericht zweierlei. Zum einen muss der Gegenstand einem hinreichend konkret feststellbaren Tatgeschehen zugeordnet werden. Zum anderen musste in einem nächsten Schritt dieses Geschehen unter einen Katalogtatbestand subsumiert werden. Der erste Schritt der Zuordnung stellte und stellt in der Praxis das größte Problem dar. Dies ist ganz unabhängig davon, wie eng oder weit der Kreis der Vortaten gezogen wird. Auch die Geldwäschestudie von *Bussmann* kommt zu dem Ergebnis, dass das maßgebliche Problem nicht in einem zu lückenhaften Vortatenkatalog des § 261

StGB liegt, sondern in seiner Akzessorietät.²³ Dies wird ebenfalls von polizeilicher Seite bestätigt. So wies *Fiedler* zu Recht darauf hin, dass ein All-Crime-Ansatz nicht die Aufklärung komplexer Sachverhalte erleichtere, denn die Anforderungen an die Konkretisierung der Vortat werden hierdurch nicht berührt. Hindernis sei insofern nicht die Begrenzung der Strafbarkeit, sondern die Nachweis-schwierigkeit der kriminellen Quellen.²⁴

Insofern liegt die Vermutung nahe, dass der Geldwäschetatbestand auch nach seiner Neufassung keinen praktischen Mehrwert hat, was das erklärte Ziel der Bekämpfung von Organisierter Kriminalität betrifft. Das andere Ziel, die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche dadurch zu verbessern, dass man den Straftatbestand „deutlich häufiger als bisher“ greifen lässt,²⁵ wird dagegen zweifellos erreicht. Sinnvoll ist das aber nicht.

Denn schon die Studie von *Bussmann* hat gezeigt, dass Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche häufig eingestellt werden, da es keine verwertbaren Anhaltspunkte für die inkriminierte Herkunft des Geldes gibt. Ausnahme von dieser Regel bilden allein die Fälle von Finanz- und Warenagenten, da die Geschädigten der Vortat sichtbar sind. Rechtskräftige Verurteilungen betrafen demnach bei 669 zufällig ausgewählten Verfahrensakten in rund 99 % der Fälle Finanz- und Warenagenten bzw. faktisch als solche Handelnde.²⁶ Dagegen hätten in den untersuchten Verfahren bspw. Fälle von Transaktionen mit ungewöhnlich hohen Bargeldsummen oder aus stark korruptions- und geldwäschebelasteten Ländern gefehlt. Neben dem Problem der Akzessorietät des Geldwäschetatbestands, benennt *Bussmann* deutlich personell unterbesetzte und zu wenig spezialisierte Staatsanwaltschaften sowie Schwierigkeiten bei der Durchführung internationaler Rechtshilfeersuchen als Hauptgründe.²⁷ Diese Gründe fallen aber durch die Gesetzesreform nicht weg, sondern verstärken sich im Hinblick auf fehlende Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden. Es bleibt abzuwarten, ob und wie Justiz, Polizei und FIU hier in angemessenem Umfang personell ausgestattet werden.²⁸

Gercke/Jahn/Paul halten den Verzicht eines Vortatenkatalogs und die dadurch bewirkte Verlagerung der Strafbarkeit in den Kreis der Massen- und Bagatelldelinquenz für unverhältnismäßig. Der Verweis auf die prozessuale Einstellungsmöglichkeit greife zu kurz. Zumindest sei die

¹⁵ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330.

¹⁶ Diese fordern eine Erfassung aller schwerwiegenden Straftaten, vgl. FATF, International Standards On Combating Money Laundering And The Financing Of Terrorism & Proliferation, 2020, S. 12.

¹⁷ So bereits *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (333); vgl. auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

¹⁸ Vgl. *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044).

¹⁹ S. BT-Drs. 19/24180, S. 3 f.

²⁰ So BT-Drs. 19/24180, S. 25.

²¹ Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 1.

²² S. BT-Drs. 19/24180, S. 2.

²³ So *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (419).

²⁴ BDK-Stellungnahme, S. 2, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/fiedler_bdk-data.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2021).

²⁵ S. BT-Drs. 19/24810, S. 2.

²⁶ Vgl. *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

²⁷ Vgl. *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (419).

²⁸ Zur Forderung nach mehr Personal vgl. auch *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130). Zur Belastung der Justiz *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044); *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 1.

Einführung einer dem § 248a StGB vergleichbaren Vorschrift verfassungsrechtlich angezeigt gewesen.²⁹ Sie fordern daher eine restriktive Auslegung des gesamten Straftatbestands der Geldwäsche.³⁰ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

2. Tatobjekte

Leider hat der Gesetzgeber die Chance verpasst, die noch im Referenten- und Regierungsentwurf vorgesehene Neuformulierung der geldwäschetauglichen Tatobjekte zu normieren und so die vielfach kritisierte Terminologie des „Herrührens“ aufzugeben. Die Grenzen des Herrührens waren schon im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren bei Einführung des Geldwäschetatbestands unklar und auch der Rechtsprechung ist eine hinreichende Konkretisierung kaum gelungen.³¹ Vorgesehen war nach dem Referenten- und Regierungsentwurf zunächst, Taterträge, Tatprodukte oder an deren Stelle getretene andere Vermögensgegenstände zu erfassen.³² Die geldwäschetauglichen Vermögensgegenstände sollten so durch eine Anpassung an die Terminologie des reformierten Vermögensabschöpfungsrechts modernisiert und durch die klare Strukturierung ein vereinfachter Umgang mit dem Geldwäschestrafatbestand erreicht werden, ohne seinen Anwendungsbereich einzuschränken.³³ Die „last-minute-Abgabe“³⁴ an die begriffliche Anpassung an das Recht der Vermögensabschöpfung ist bedauerlich. Es bleibt dabei, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrühren muss.

Von § 261 Abs. 6 StGB a.F. in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB n.F. verschoben wurde der straflose Zwischenerwerb. Während aber im Regierungsentwurf noch vorgesehen war, alle Tathandlungsvarianten vom Ausschlussgrund des straflosen Vorerwerbs zu erfassen,³⁵ ist auch dies im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch die Empfehlung des Ausschusses³⁶ zurückgenommen worden. Der Ausschlussgrund ist inhaltlich unverändert auch nach Neufassung lediglich hinsichtlich der in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB genannten Tatvarianten anwendbar. Aufgegeben wurde dagegen der Begriff der „Straftat“, der durch den Begriff der „rechtswidrigen Tat“ ersetzt wurde. Dieser ist in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB legal definiert und umfasst solche Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen.

3. Tathandlungen

Die Beschreibungen der Tathandlungen lehnen sich an die bisherigen Formulierungen an, werden aber übersichtlicher strukturiert sowie in Umsetzung der Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 fortgeschrieben.

Der Begriff des Verbergens in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB n.F. entspricht der wortgleichen Tatvariante des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB a.F.³⁷ Unter Verbergen versteht man jede Tätigkeit, die durch eine unübliche örtliche Unterbringung oder eine den Gegenstand verdeckende Handlung den Zugang zum Gegenstand erschwert.³⁸

Die Tathandlung des Vereitels in § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB a.F. ist in § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB verschoben worden. Nach der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts sieht der Gesetzgeber ein Bedürfnis für die Einbeziehung des Schutzes der „Sicherstellung“ neben der „Einziehung“ nicht mehr.³⁹ Folglich wird bestraft, wer einen aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstand in der Absicht, dessen Auffinden, dessen Einziehung oder die Ermittlung von dessen Herkunft zu vereiteln, umtauscht, überträgt oder verbirgt. Durch die Formulierung handelt es sich bei dieser Variante um ein reines Absichtsdelikt mit stark überschießender Innentendenz.⁴⁰ Eine konkrete Gefährdung hält der Gesetzgeber für nicht erforderlich und bezeichnet die Variante des Vereitels als abstraktes Gefährdungsdelikt.⁴¹ Gefolgt werden kann dies aus der Streichung der Gefährdungsalternative des § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 3 StGB a.F.⁴² Überzeugen kann dies angesichts der Weite des neugefassten Straftatbestands nicht. Daher ist mit *Gercke/Jahn/Paul* und dem Gebot einer restriktiven Auslegung am Erfordernis einer konkreten Eignung zur Gefährdung festzuhalten.⁴³

In § 261 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB n.F. werden die Tathandlungen aus § 261 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a.F. überführt. Die rein sprachlichen Korrekturen der Tathandlungen des Verschaffens, Verwahrens oder Verwendens führen zu keinen inhaltlichen Änderungen.⁴⁴

Die Tathandlungen des Verschleierns oder Verheimlichens werden durch § 261 Abs. 2 StGB erfasst. Während § 261 Abs. 1 Var. 2 StGB a.F. nur das Verschleiern als Tathandlung benannt hat, sieht der Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 die Aufnahme der Tathandlungsvariante des Verheimlichens

²⁹ So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); s. bereits WisteV, Stellungnahme, S. 3, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090720_Stellungnahme_WisteV_ReFe_Geldwaesche.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2021); ein konkreter Formulierungsvorschlag findet sich bei *Jahn*, Stellungnahme, S. 18, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/jahn-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.5.2021): „§§ 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a gelten entsprechend.“

³⁰ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334).

³¹ *S. Fischer*, § 261 Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 261 Rn. 5; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (Stand: 1.2.2021), § 261 Rn. 15.

³² Referentenentwurf, S. 5, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/08/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2021); BT-Drs. 19/24180, S. 6.

³³ S. BT-Drs. 19/24180, S. 19.

³⁴ So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (335).

³⁵ Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 7.

³⁶ S. BT-Drs. 19/26602, S. 2.

³⁷ Vgl. Referentenentwurf, S. 31.

³⁸ *S. Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 261 Rn. 15; *Ruhmannseder*, in: BeckOK-StGB, § 261 Rn. 24; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (336).

³⁹ Vgl. Referentenentwurf, S. 32.

⁴⁰ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴¹ S. Referentenentwurf, S. 32.

⁴² So *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴³ *S. Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337); zum Erfordernis nach alter Rechtslage vgl. statt vieler *Fischer*, § 261 Rn. 36.

⁴⁴ Vgl. Referentenentwurf, S. 33 f.

als erforderlich an.⁴⁵ Eine inhaltliche Differenzierung bleibt die Richtlinie allerdings schuldig, so dass davon auszugehen ist, dass die beiden Alternativen synonym gebraucht werden.⁴⁶

4. Auslandstaten

Absolut missglückt ist die Neuformulierung des § 261 Abs. 9 StGB zu den Auslandstaten. Zwar können wie bisher im Ausland begangene Taten taugliche Vortaten einer strafbaren Geldwäsche sein. Allerdings wurde die durchgängige Verknüpfung an das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit aufgegeben (so noch in § 261 Abs. 8 StGB a.F.). Geschuldet ist dies der umzusetzenden EU-Richtlinie, die in Art. 3 Abs. 3 lit. c und Art. 4 zwingend fordert, auf das Prinzip der doppelten Strafbarkeit dann zu verzichten, wenn es sich bei der Auslandstat um eine Tat handelt, die nach den in der Richtlinie aufgeführten Rechtsvorschriften der Europäischen Union mit Strafe zu bedrohen ist. In diesen Fällen der bereits durch europarechtliche Vorgaben als kriminelle Handlungen bezeichneten Taten bedarf es keiner zusätzlichen Feststellung, dass die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.⁴⁷ Zwar ist dem deutschen Gesetzgeber hier angesichts der klaren EU-Vorgaben kein Vorwurf zu machen, zumal Deutschland bereits in einer Erklärung zum Entwurf der Richtlinie Bedenken gegen diese Durchbrechung des Prinzips doppelter Strafbarkeit angemeldet hatte.⁴⁸ Allerdings führt die Neufassung in letzter Konsequenz dazu, dass in Drittstaaten, die dem EU-Recht nicht unterworfen sind, eine Strafbarkeit für Transaktionen auch dann im Raum steht, wenn diese im besagten Drittland legal erworben wurden.⁴⁹

Hinzu kommt, dass in § 261 Abs. 9 Nr. 2 StGB lediglich die EU-Richtlinien und Rahmenbeschlüsse benannt werden, so dass sich die Strafbarkeit nicht von vornherein erschließt und erst umständlich durch Nachschlagen in den einzelnen Vorschriften geklärt werden kann. Dies macht diese Vorschrift nicht nur sehr unübersichtlich,⁵⁰ sondern ist auch bedenklich, wenn man die Anforderung genau nimmt, dass sich die Frage der Strafbarkeit aus dem Gesetz selbst erschließen soll.⁵¹

5. Subjektiver Tatbestand

Auch die Neufassung des § 261 StGB sieht eine Strafbarkeit sowohl bei vorsätzlicher als auch bei leichtfertiger Verknennung der Bemakelung des Tatgegenstands vor.

a) Direkter Vorsatz und Strafverteidigerprivileg

Kodifiziert wurde nunmehr die Vorgabe des *BVerfG* vom 19.11.2003, nach der § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar war, wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme sichere Kenntnis von der inkriminierten Herkunft seines Honorars hatte.⁵² § 261 Abs. 1 S. 3 StGB führt nun in den Fällen des Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 dazu, dass ausdrücklich direkter Vorsatz für die besonders gefährdete Berufsgruppe der Strafverteidiger verlangt und das Strafverteidigerprivileg gesetzlich verankert wird. Ebenfalls ausgenommen ist der Strafverteidiger in diesen Fallvarianten von dem Leichtfertigkeitstatbestand in § 261 Abs. 6 StGB.

Auch wenn diese gesetzliche Klarstellung zu begrüßen ist, so ist doch die Begriffswahl und Eingrenzung auf „Strafverteidiger“ zu kurz gegriffen. Der Terminus des Strafverteidigers findet sich in der StPO nicht, vielmehr sprechen die Vorschriften insbesondere der §§ 137 ff. StPO vom Verteidiger und der Verteidigung. Mangels klarer Definition sind so Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Auslegung vorprogrammiert.⁵³ Wird sich am Fachanwalt für Strafrecht oder an der materiellen Verteidigungstätigkeit orientiert? Und was ist mit Rechtslehrern an Hochschulen gem. § 138 StPO? Der Wortlaut setzt hier zumindest insofern Grenzen, als eine Tätigkeit als Strafverteidiger eben keine als Notar, Insolvenzverwalter oder Syndikusanwalt ist.⁵⁴ Auch bei zivilrechtlichen Mandaten, die in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit einem geldwäscherelevanten Sachverhalt stehen oder bei Mischkonstellationen wird eine Privilegierung nach dem klaren Wortlaut entfallen.⁵⁵ Und dies, obwohl das *BVerfG* ausdrücklich offengelassen hat, ob hier nicht auch eine Privilegierung des zivilrechtlich tätigen Rechtsanwalts geboten ist.⁵⁶

b) Leichtfertigkeitstatbestand

Nicht nachzuvollziehen ist ebenfalls, warum der Gesetzgeber bei der durch Streichung des Vortatenkatalogs bewirkten extensiven Ausweitung des Geldwäschetatbestands an der Leichtfertigkeitsvariante festgehalten hat. Dies ist umso bedauerlicher, als sich noch im Referentenentwurf für eine Streichung des Leichtfertigkeitstatbestands mit der Begründung ausgesprochen wurde, dass „andernfalls der Tatbestand eine nahezu uferlose Anwendungsbreite erhielte... Gegenüber der künftig sehr weitreichenden Vorsatzstrafbarkeit würde die Ausweitung der Strafbarkeit auf das leichtfertige Verkennen der rechtswidrigen Herkunft eines Gegenstands hingegen eine

⁴⁵ S. Referentenentwurf, S. 35.

⁴⁶ So bereits *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (337).

⁴⁷ S. Referentenentwurf, S. 34.

⁴⁸ Vgl. Interinstitutionelles Dossier: 2016/0414(COD), S. 2, abrufbar unter: <https://db.eurocrim.org/db/de/doc/3051.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁴⁹ So bereits *Schröder/Blaue*, NZWiSt 2019, 161 (164); *Schindler*, NZWiSt 2020, 457 (464).

⁵⁰ S. *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (127).

⁵¹ *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1042).

⁵² Vgl. *BVerfGE* 110, 226 (245 ff.); ausdrücklich BT-Drs. 19/24180, S. 31 f.

⁵³ Vgl. auch *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045); *Hiéramente*, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 1; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338).

⁵⁴ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (128).

⁵⁵ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (338), schlagen hier eine erneute verfassungskonforme Auslegung für Berufsgruppen jenseits der Strafverteidigung vor. Eine solche Auslegung würde jedoch die Wortlautgrenze überschreiten und wäre m.E. unzulässig.

⁵⁶ Vgl. *BVerfG*, NJW 2015, 2949 (2953 f.).

Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens befürchten lassen.⁵⁷ Auch die Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs, der die Leichtfertigkeitstrafbarkeit wieder hat aufleben lassen, erkennt diese erhebliche Ausweitung.⁵⁸ Warum gleichwohl daran festgehalten wird, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung dagegen nicht. Insofern verschloss sich der Gesetzgeber auch den Stellungnahmen diverser Sachverständiger in der Anhörung im Rechtsausschuss, die mehrheitlich Bedenken am Festhalten des Leichtfertigkeitstatbestands äußerten.⁵⁹ Die Normierung eines Leichtfertigkeitstatbestands ist gerade in Verbindung mit dem Entfall des Vortatenkatalogs unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.⁶⁰ *Gazeas* hat zudem verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz.⁶¹

Gercke/Jahn/Paul weisen zudem auf Unstimmigkeiten in Bezug auf die leichtfertige Begehung der Tatvarianten § 261 Abs. 1 Nr. 1 und 2 als auch Abs. 2 StGB hin. Denn diese erfordern nach der Gesetzesbegründung eine manipulative Tendenz des Handelnden.⁶² Insofern sei die „Leichtfertige Manipulativität ... ein Oxymoron des Geldwäschestrafrechts.“⁶³ Daher bleibt zu hoffen, dass diese Inkompatibilität dazu führt, dass es keine Schnittstellen im Anwendungsbereich gibt.

6. Vortatbeteiligung und Selbstgeldwäsche

Der in § 261 Abs. 9 S. 2 StGB a.F. enthaltene persönliche Strafausschließungsgrund der Vortatbeteiligung ist in § 261 Abs. 7 StGB n.F. überführt worden. Insbesondere wird auch an der 2015 eingefügten Rückausnahme und dem Ausschluss der Straflosigkeit bei der sog. Selbstgeldwäsche festgehalten. Eine wegen Beteiligung an der Vortat strafbare Person kann danach wegen Geldwäsche bestraft werden, wenn sie zusätzliches Unrecht begeht, indem sie den inkriminierten Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen Herkunft verschleiert.⁶⁴ In der Gesetzesbegründung wird lediglich auf die sprachliche Überarbeitung verwiesen,⁶⁵ die Systematik der Selbstgeldwäsche sollte modifiziert und praxisfreundlicher gestaltet werden.⁶⁶

7. Selbstanzeige

Der neu gefasste Geldwäschestrafatbestand hält auch an der bestehenden Möglichkeit der strafbefreienden Selbstanzeige fest, die sich von § 261 Abs. 9 StGB a.F. in § 261 Abs. 8 StGB n.F. verschiebt. Insofern ist es sehr erfreu-

lich, dass der Gesetzgeber nicht an der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Abschaffung der strafbefreienden Selbstanzeige festgehalten hat.⁶⁷ Nach wie vor wird die strafbefreiende Selbstanzeige nach dem ursprünglichen Vorbild des § 371 AO 1976 als persönlicher Strafaufhebungsgrund ausgestaltet und insoweit in der Gesetzesbegründung auf die bestehende Literatur und Rechtsprechung verwiesen.⁶⁸

8. Qualifikationstatbestand

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 2018/1673 musste der deutsche Gesetzgeber erstmals einen Qualifikationstatbestand einführen, um geldwäscherechtlich Verpflichtete gegenüber dem Grundtatbestand mit einer erhöhten Strafdrohung zu belegen. Der Qualifikationstatbestand des § 261 Abs. 4 StGB verweist insofern auf Verpflichtete nach § 2 GwG und damit nicht nur bspw. auf Kreditinstitute, Finanz- und Versicherungsunternehmen, sondern auch auf Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Die Strafverteidigung von Rechtsanwälten fällt dagegen nicht unter das Geldwäschegesetz,⁶⁹ so dass eine Kollision mit dem Strafverteidigerprivileg ausgeschlossen ist.⁷⁰

9. Strafzumessung

Der neue Grundtatbestand des § 261 StGB senkt die Mindeststrafe von ursprünglich drei Monaten Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe ab. Erforderlich war die Absenkung des Strafrahmens aufgrund der erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit durch Verzicht auf den selektiven Vortatenkatalog. An dem erhöhten Mindeststrafrahmen wollte der Gesetzgeber daher nicht festhalten und durch die Herabsetzung auch die Tatsache berücksichtigen, „dass künftig Straftaten als Geldwäschევortaten gelten sollen, die selbst eine geringere Strafdrohung haben.“⁷¹

Der Qualifikationstatbestand der nach dem Geldwäschegesetz besonders Verpflichteten überführt dagegen den Strafraumen von § 261 Abs. 1 StGB a.F. in § 261 Abs. 4 StGB n.F., so dass hier an der Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren festgehalten wird.

Die Regelbeispiele des § 261 Abs. 4 StGB a.F. werden im Wortlaut übernommen und in § 261 Abs. 5 StGB n.F. verschoben. Die Strafschärfung der besonders schweren Fälle sieht nach wie vor eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor.

⁵⁷ S. Referentenentwurf, S. 19.

⁵⁸ So BT-Drs. 19/24180, S. 33.

⁵⁹ Vgl. insoweit die Nachw. bei *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045) in Fußn. 37.

⁶⁰ So bereits *Bülte*, Stellungnahme, S. 29; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/12/buelte-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁶¹ S. *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045).

⁶² Vgl. BT-Drs. 19/24180, S. 31, 35.

⁶³ *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339).

⁶⁴ Vgl. *Fischer*, § 261 Rn. 79; BT-Drs. 19/24180, S. 33 f.

⁶⁵ BT-Drs. 19/24180, S. 33.

⁶⁶ S. BT-Drs. 19/24180, S. 34. Kritisch insoweit *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (339).

⁶⁷ Zur Kritik bspw. BRAK-Stellungnahme, Nr. 52/2021, S. 10, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/Stn_52-v-11.09.-RefE-eines-Gesetzes-zur-Verbesserung-der-strafrechtlichen-Bekaempfung-der-Geldwaesche-Strauda.pdf (zuletzt abgerufen am 15.5.2021).

⁶⁸ S. BT-Drs. 19/24180, S. 34; vgl. *Fischer*, § 261 Rn. 75.

⁶⁹ Vgl. *Kaetzler*, in: *Zentes/Glaab*, GwG, 2. Aufl. (2020), § 2 Rn. 148; *Berndt/Müller/Hümmrich-Welt*, in: *Volk/Beukelmann*, Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. (2020), Teil C, § 21 Rn. 184.

⁷⁰ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (340).

⁷¹ BT-Drs. 19/24180, S. 18.

III. Änderungen im Vermögensabschöpfungsrecht

Auch die bereits im Rahmen der Reform des Vermögensabschöpfungsrechts vielfältig kritisierte Norm der erweiterten selbstständigen Einziehung gem. § 76a Abs. 4 StGB⁷² ist im Zuge des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche neu gefasst worden.⁷³ Die 2017 eingeführte Vorschrift soll die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft unabhängig vom Nachweis konkreter rechtswidriger Taten und von dem subjektiven Verfahren ermöglichen.⁷⁴

Auch hier wurde die zunächst aufgrund der Abschaffung des Vortatenkatalogs vorgesehene Einschränkung des § 74a Abs. 4 StGB vom Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wieder zurückgenommen. Ursprünglich sollte die selbstständige Einziehung nur dann angeordnet werden dürfen, wenn die geldwäschetaugliche Vortat ein Verbrechen oder eine gewerbsmäßig- oder bandenmäßig begangene Tat ist. Nur durch diese Einschränkung sei auch weiterhin gewährleistet, dass der Katalog des § 76a Abs. 4 StGB schwerpunktmäßig schwere Straftaten aus dem Bereich des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität erfasse.⁷⁵ Auch diese aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend notwendige Begrenzung der Regelung wurde kurz vor der dritten Lesung im Bundestag wieder zurückgenommen.⁷⁶

Durch die Beibehaltung der bisher geltenden Umschreibung des Einziehungsobjekts in § 76a Abs. 4 S. 1 StGB will der Gesetzgeber sicherstellen, dass die selbstständige Einziehung wie bisher auch bspw. nach mehrfachen Umwandlungen und Transfers von Taterträgen und Tatprodukten aus einer nicht konkret feststellbaren rechtswidrigen Tat sowie nach deren Vermischung mit anderem Vermögen oder deren Verarbeitung möglich ist.⁷⁷

Außerdem soll mit der Neufassung klargestellt werden, dass die Regelung auch in den Fällen Anwendung findet, in denen der einzuziehende Gegenstand in einem Verfahren wegen einer sonstigen Straftat sichergestellt wurde und ein Verdacht einer Katalogstraftat erst nach der Sicherstellung in das Verfahren einbezogen wurde. Es genügt also nach dem Willen des Gesetzgebers, wenn der Gegenstand zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens sichergestellt wurde.⁷⁸ In der Gesetzesbegründung wird ganz klar die bisherige Auslegung des *BGH* verworfen, nach der unter Hinweis auf den Wortlaut der Altfassung ein Bezug zwischen dem Verdacht einer Katalogstraftat nach § 76a Abs. 4 S. 3 StGB und der Sicherstellung gefordert wurde.⁷⁹ Diese Auslegung führt laut Gesetzgeber unter Verhältnis- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu nicht gerechtfertigten Abschöpfungslücken im Rahmen

des § 76a Absatz 4 StGB.⁸⁰

Zu den vom *BGH* geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Maßnahme und die Tatsache, dass eine retrospektiv erfolgende Umdeutung der Verdachtslage ein „Fremdkörper“ im System der Strafprozessordnung wäre,⁸¹ nimmt die Gesetzesbegründung nicht Stellung. Das Maß ist hier nicht nur dadurch überschritten, dass der Gesetzgeber den „Fremdkörper“ bewusst in § 76a Abs. 4 StGB hineinschreibt, sondern auch keine Einschränkungen im Hinblick auf die geldwäschetauglichen Vortaten vornimmt. War die erweiterte selbstständige Einziehung schon in alter Fassung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, so ist durch die nunmehr exzessive Ausdehnung der Vermögensabschöpfung der verfassungsrechtliche Rahmen bei weitem überschritten und § 76a Abs. 4 StGB als verfassungswidrig anzusehen.

Flankierend zum Vermögensabschöpfungsrecht wird § 261 Abs. 7 StGB a.F. in § 261 Abs. 10 StGB überführt und präzisiert. Dazu wird ein S. 3 eingefügt, nach dem die §§ 73-73e StGB unberührt bleiben und einer Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB, auch in Verbindung mit den §§ 74a und 74c StGB, vorgehen.⁸²

IV. Änderungen im Strafprozessrecht

Aufgrund der erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Geldwäschetatbestands wurden einige Änderungen im Strafprozessrecht vorgenommen.

Die bisher geltenden umfassenden Einschränkungen des Zeugnisverweigerungsrechts für Mitarbeiter von Presse und Rundfunk in Bezug auf Geldwäschefälle wird angesichts der erheblichen Ausweitung durch Wegfall des Vortatenkatalogs etwas zurückgenommen. Allerdings hat der Gesetzgeber auch hier im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Einschränkung auf Verbrechen als zu weitgehend angesehen und daher letztlich nur für solche Fälle eine Einschränkung vorgenommen, in denen die Vortat der Geldwäsche mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist.⁸³

Durch die Abschaffung des Vortatenkatalogs wurde aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch eine Restriktion im Rahmen der heimlichen Überwachungsmaßnahmen notwendig. Zwar sind nach wie vor in einem Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Geldwäsche die Eingriffsbefugnisse der Telekommunikationsüberwachung, der Online-Durchsuchung und der Erhebung von Verkehrsdaten zulässig. Allerdings nur noch dann, wenn es sich um Vortaten im Sinne des Straftatenkatalogs der jeweiligen

⁷² Vgl. bspw. die verfassungsrechtlichen Bedenken von *Trüg*, NJW 2017, 1913 (1916); *Hinderer/Blechschnitt*, NZWiSt 2018, 179 (185); Kritik an der Weite auch bei *Kraushaar*, NZWiSt 2019, 288 (293); a.A. *Pelz*, NZWiSt 2018, 251 (254).

⁷³ BGBl. I 2021, S. 327.

⁷⁴ S. statt vieler *Fischer*, StGB, § 76a Rn. 9.

⁷⁵ So noch BT-Drs. 19/24180, S. 27 unter Verweis auf BT-Drs. 18/9525, S. 73.

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 8; zum Verfahren auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁷⁷ S. BT-Drs. 19/26602, S. 7.

⁷⁸ BT-Drs. 19/26602, S. 7.

⁷⁹ So *BGH*, NStZ 2020, 149 m. Anm. *Bittmann*: „Ein Leitsatz wie ein Donnerschlag“ (S. 152).

⁸⁰ BT-Drs. 19/26602, S. 8.

⁸¹ S. *BGH*, NStZ 2020, 149 (151).

⁸² Ausf. hierzu BT-Drs. 19/24180, S. 35 f.

⁸³ Vgl. BT-Drs. 19/26602, S. 9.

Maßnahme handelt (§§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 und 100g Abs. 2 StPO).⁸⁴ *Gercke/Jahn/Paul* weisen zutreffend darauf hin, dass so durch die Hintertür im Strafprozessrecht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Begrenzung der unbegrenzt einschlägigen Geldwäschevortaten herbeigeführt wird, obwohl das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im gesamten einfachen Gesetzesrecht und damit auch im materiellen Strafrecht gilt.⁸⁵

Schließlich wird durch Aufnahme des Geldwäschetatbestands in den Katalog des § 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 6 lit. a GVG die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründet, sofern eine Zuständigkeit des Landgerichts besteht und soweit zur Beurteilung des Falls besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.⁸⁶

V. Fazit

Insgesamt muss leider konstatiert werden, dass das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche zu einer deutlichen Verschlechterung geführt hat. Der Straftatbestand der Geldwäsche ist unübersichtlich, widersprüchlich und im Hinblick auf den entfallenen Vortatenkatalog unverhältnismäßig. Auch das Festhalten an der Strafbarkeit der Leichtfertigkeit ist angesichts des all-crimes-approachs nicht nachzuvollziehen und weitet den ohnehin ins Uferlose auf Klein- und Bagatellkriminalität ausgedehnten Straftatbestand in verfassungswidriger Weise weiter aus.

Da ist es nur ein schwacher Trost, dass zumindest einer exzessiven heimlichen Strafverfolgung durch die Be-

schränkung der Geldwäschevortaten auf schwere und besonders schwere Katalogtaten i.S. der §§ 100a, 100b sowie 100g StPO gesetzgeberisch ein Riegel vorgeschoben worden ist. Dennoch zeichnet sich durch den Entfall des Vortatenkatalogs eine erhebliche Ausweitung des Strafverfolgungsrisikos ab. Die Geldwäsche mutiert zum All-werltsdelikt,⁸⁷ anstatt im Bereich der Organisierten Kriminalität und des Terrorismusstrafrechts zu greifen. Dies war der Grund der Einführung durch das OrgKG. Eine Verminderung der Organisierten Kriminalität ist durch die zahlreichen Nachbesserungen des Straftatbestands in der Vergangenheit nicht eingetreten⁸⁸ und ist auch in Zukunft nicht zu erwarten.

Vielmehr wird sich durch den Entfall des Vortatenkatalogs das verstärken, was schon in der jetzigen Praxis festzustellen ist. Neben die bereits primär erfassten Fälle der Finanz- und Warenagenten⁸⁹ werden sich zunehmend Fälle der Klein- und Bagatellkriminalität reihen. Da auch der Gesetzgeber von einem massiven Anstieg an Verfahren ausgeht, wird es ohne eine Verstärkung der personellen und finanziellen Ressourcen zu einer weiteren Verlagerung der Verfolgung schwerer Taten auf die Abarbeitung von Kleinkriminalität kommen.⁹⁰ In letzter Konsequenz wird das dazu führen, dass die defizitäre Verfolgung Organisierter Kriminalität sich weiter manifestiert – und damit das primäre Ziel auch durch diesen „Paradigmenwechsel“⁹¹ der Geldwäschebekämpfung wiederum nicht erreicht wird.

⁸⁴ S. BT-Drs. 19/24180, S. 37 ff.; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129).

⁸⁵ S. *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁸⁶ Kritisch insoweit *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043); positiv *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (332).

⁸⁷ So bereits *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

⁸⁸ S. *Fischer*, § 261 Rn. 4c.

⁸⁹ Vgl. nochmals *Bussmann/Veljovic*, NZWiSt 2020, 417 (418).

⁹⁰ So auch *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (129 f.).

⁹¹ S. nochmals *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330.

Die Kronzeugenregelung des § 4a Anti-Doping-Gesetz-E – allein ein Aufbruchsignal

von Dr. Carsten Kusche*

Abstract

Der Deutsche Bundestag hat am 22.4.2021 in erster Lesung den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Anti-Doping-Gesetzes vom 19.04.2021¹ beraten. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs ist die Einführung einer Kronzeugenregelung in § 4a AntiDopG-E. Danach soll auf Strafmilderung oder Absehen von Strafe hoffen können, wer als Täter einer Dopingstraftat des § 4 AntiDopG dazu beiträgt, dass (irgend-)ein mit der eigenen Tat in Zusammenhang stehendes Dopingdelikt eines Dritten aufgedeckt oder qualifiziertes Fremddoping verhindert wird. Der Beitrag verschafft einen ersten Überblick über den Regelungsgehalt der Vorschrift und analysiert deren rechtspolitische Durchschlagskraft. Er kommt dabei zu dem Schluss, dass die Einführung einer Kronzeugenregelung aufgrund der bei (Selbst-) Dopingstraftaten geringen Aufdeckungsgefahr und deshalb überschaubaren Anreizwirkung des § 4a AntiDopG-E allein nicht geeignet ist, das Dopingproblem im Spitzensport entscheidend einzudämmen. Sie muss daher Auftakt einer umfassenderen gesellschaftlichen Dopingbekämpfung sein.

The German Bundestag recently discussed the draft bill introduced by the Federal Government to amend the Anti-Doping Act. The main content of the draft is the introduction of a leniency programme in Section 4a Anti-Doping-Act. According to this, anyone who, as a perpetrator of a doping offence under § 4 Anti-Doping-Act, contributes to the discovery of (any) doping offence of a third party in connection with his own offence or to the prevention of a qualified third-party doping offence can hope for a reduced sentence or a waiver of punishment. The article provides an initial overview of the regulatory content of the provision and analyses its impact on legal policy. It comes to the conclusion that the introduction of a leniency programme alone is not suitable for decisively advancing the fight against doping due to the low risk of detection in

the case of (self-)doping offences and therefore the manageable incentive effect of § 4a Anti-Doping-Act. It must therefore be the prelude to a more comprehensive social fight against doping.

I. Einführung

Das AntiDopG übernahm mit seinem Inkrafttreten Ende 2015 in §§ 2, 4 Abs. 1 Nr. 1-3 AntiDopG bereits bestehende Dopingmittelumgangs- und Fremdanwendungsverbote aus dem Arzneimittelgesetz (im Folgenden: Fremddoping) und schaffte in seinem Herzstück in den §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2, 7 AntiDopG erstmals ein strafbewehrtes Verbot des Selbstdopings im Leistungssport. Fünf Jahre später wird das Gesetz einer ersten Wirkungsanalyse unterzogen. In diesem Zusammenhang fand bereits im Oktober 2019 im Sportausschuss des Deutschen Bundestages eine Expertenanhörung zum Thema „Mögliche Änderungs- und Ergänzungsbedarfe im Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG), insbesondere zur Einführung einer gesonderten Kronzeugenregelung“ statt.² In Umsetzung von Art. 8 des das AntiDopG einführenden Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport³ wurde das AntiDopG ebenfalls seit Oktober 2019 unter Beteiligung der Sachverständigen *Hoven* und *Kubiciel* evaluiert. Die im November 2020 veröffentlichten Ergebnisse des Evaluierungsberichts der Bundesregierung ergaben – jedenfalls in der Stoßrichtung kaum überraschend⁴ –, dass es in den ersten fünf Jahren seit Inkrafttreten des AntiDopG wegen Verstoßes gegen das Selbstdopingverbot erst zu einer Verurteilung eines Spitzensportlers nach Durchführung der Hauptverhandlung – der des ehemaligen Boxweltmeisters *Felix Sturm* – und in drei Fällen zum Erlass eines Strafbefehls gekommen ist.⁵

Seitens der Politik scheint die einzig nennenswerte Schlussfolgerung aus den Erkenntnissen des Evaluie-

* Dr. Carsten Kusche ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ BT-Drs. 19/28676.

² <https://www.bundestag.de/presse/pressemitteilungen/2019/pm-191017-pm-oea-sport-antidopg-663212> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

³ BGBl. I 2015, S. 2210.

⁴ Näher Kusche, Die Strafbarkeit des Selbstdopings – Strafrechtsdogmatische, verfassungsrechtliche und rechtspolitische Überlegungen zu §§ 3, 4 Abs. 1 Nrn. 4, 5, Abs. 2, 7 Anti-Doping-Gesetz, 2020.

⁵ Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, S. 42. Der Bericht ist abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 20.5.2021). Das Urteil gegen *Felix Sturm* – LG Köln, SpuRt 2020, 306 mit Anm. *Kubiciel* – konnte darin nicht mehr berücksichtigt werden, weshalb die Anzahl der von den beauftragten Sachverständigen *Hoven* und *Kubiciel* erfassten Verurteilungen nach Durchführung der Hauptverhandlung im Evaluierungsbericht bei 0 liegt. Die Strafverfolgungsstatistik weist bereits für die Jahre 2016 und 2017 jeweils eine Verurteilung zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe wegen Selbstdopings aus. Die Aktenauswertung durch *Hoven* und *Kubiciel* konnte die Existenz dieser Urteile indes nicht bestätigen, sodass ein Erhebungsfehler naheliegen dürfte, s. Evaluierungsbericht, S. 41 f., 96 f., 101.

rungsberichts (bislang) darin zu liegen, die schon im Gesetzgebungsverfahren des AntiDopG geführte⁶ Diskussion um die Einführung einer Kronzeugenregelung wieder aufzunehmen. 2015 meinte der Gesetzgeber noch, dass die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB (für Fälle schwerer Kriminalität), die Strafzumessungsvorschrift des § 46 StGB und die Einstellungsmöglichkeiten des § 153 f. StPO ausreichen, um eine etwaige Aufklärungs- oder Präventionshilfe des ins Fadenkreuz geratenen Dopingtäters angemessen berücksichtigen zu können. Dass die Bundesregierung das jetzt nicht mehr so sieht, liegt daran, dass die Evaluation des AntiDopG ergab, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre ohnehin recht rar gesäten Ermittlungen wegen Selbstdopings fast nie – nämlich nur in 1,9 % der Fälle – aufgrund von eingegangenen Hinweisen aus dem Sport aufgenommen haben.⁷ Angesichts der Existenz diverser Dunkelzifferstudien mit hohen Dopingquoten von bis zu 45 %⁸ erscheint es indes als unwahrscheinlich, dass die geringe Hinweisdichte im Spitzensport flächendeckender Unwissenheit um das regelwidrige Tun der Konkurrenz geschuldet ist. Die Bundesregierung meint deshalb, dass das auf die Erlangung von Insiderwissen gerichtete staatliche Anreizsystem verbessert und das heiße insbesondere durch die Einführung einer speziellen Kronzeugenregelung in § 4a AntiDopG-E sichtbar gemacht werden müsse.⁹

II. Der Regelungsgehalt des § 4a AntiDopG-E

§ 4a AntiDopG-E hat folgenden Wortlaut:

„§ 4a Strafmilderung oder Absehen von Strafe

Das Gericht kann die Strafe nach § 49 Absatz 1 des Strafgesetzbuches mildern oder, wenn der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat, von Strafe absehen, wenn der Täter

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Straftat nach § 4, die mit seiner Tat in Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder

2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Straftat nach § 4 Absatz 4, die mit seiner Tat in Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann.

War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nummer 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. § 46b Absatz 2 und 3 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.“

Die Vorschrift regelt in Nr. 1 die Hilfe bei der Aufklärung einer begangenen und in Nr. 2 die Mitwirkung bei der Verhinderung einer bevorstehenden Dopingstraftat eines Dritten. Sie ist in Systematik und Wortlaut der allgemeinen Kronzeugenregelung des § 46b StGB ähnlich und noch enger an die Kronzeugenregelung des § 31 BtMG

angelehnt. Die für diese Vorschriften hergeleiteten Auslegungsmaßstäbe dürften auf § 4a AntiDopG-E jedenfalls im Grundsatz übertragen werden können.¹⁰ Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Hervorhebung gesetzestechnischer Besonderheiten des Entwurfs des § 4a AntiDopG-E.

1. Anlasstat: jede Dopingstraftat nach § 4 AntiDopG

Im Vergleich zur allgemeinen Kronzeugenregelung des § 46b StGB fällt zunächst auf, dass sich das in § 46b Abs. 1 S. 1 StGB vorgesehene Erfordernis einer Bedrohung der Anlasstat des Kronzeugen mit einer erhöhten Mindestfreiheitsstrafe in § 4a AntiDopG-E nicht wiederfindet. Darauf, ob die Anlasstat den Qualifikationstatbestand des § 4 Abs. 4 AntiDopG erfüllt, kommt es für die Anwendbarkeit der Kronzeugenregelung des AntiDopG-E nicht an. Auch im Übrigen kennt der Entwurf auf Seiten der Straftat des Kronzeugen keine Unterscheidung danach, ob es sich bei seiner Tat um Fremddoping nach §§ 2, 4 Abs. 1 Nr. 1-3 AntiDopG oder Selbstdoping nach §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2, 7 AntiDopG handelt. Als potentieller Doping-Kronzeuge kommt demnach ein jeder Täter (irgend-) einer Dopingstraftat nach § 4 AntiDopG in Betracht.

2. Differenzierung tauglicher Bezugstaten bei Aufklärungs- und Präventionshilfe

Demgegenüber unterscheidet der Gesetzesentwurf in Hinblick darauf, auf welche Dopingstraftaten eines Dritten sich die Mitwirkung des potentiellen Kronzeugen beziehen muss zwischen der Aufklärungs- und Präventionshilfe. Die Aufklärungshilfe des § 4a Nr. 1 AntiDopG-E ist in Bezug auf sämtliche Dopingdelikte eines Dritten nach § 4 AntiDopG möglich, erfasst also sowohl Hinweise auf die Begehung von Selbst- als auch von Fremddopingdelikten. Weil die Präventionshilfe nach § 4a Nr. 2 AntiDopG-E die Verhinderung einer nach § 4 Abs. 4 AntiDopG qualifizierten Straftat verlangt und diese Vorschrift ihrerseits über den Verweis auf § 4 Abs. 1 Nr. 1-3 AntiDopG nur auf Verstöße gegen § 2 AntiDopG Bezug nimmt, ist eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe aufgrund der Mitwirkung an der Prävention einer Dopingtat des Dritten demgegenüber von vornherein nur in Fällen möglich, in denen Fremddoping des anderen in Rede steht. Die Mitwirkung an der Verhinderung eines Selbstdopingdelikts kann nur über die §§ 46 Abs. 2 StGB, 153 f. StPO berücksichtigt werden.¹¹

⁶ S. dazu statt vieler die Empfehlungen des Bundesrates vom 28.4.2015, BR-Drs. 126/1/15, S. 5 f.; *Stückelberger*, BR-Plenarprotokoll-Nr. 933, S. 176; Huber für *Bausback*, a.a.O., S. 200.

⁷ BT-Drs. 19/28676, S. 7; Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des AntiDopG (Fn. 5), S. 38 f.

⁸ *Ulrich/Pope et al.*, *Sports Med* 2018, 211 ff.: 30 % bei den Leichtathletikweltmeisterschaften und 45 % bei den Pan-Arabischen Spielen 2011; bei *Breuer/Hallmann*, *Dysfunktionen des Spitzensports*, 2013, S. 82 mit Tab. 15 gaben rund 6% der befragten Spitzensportler die Einnahme regelmäßiger Dopingmittel zu, 54,4% verneinten die Frage „ehrlich“ und 40,7% gaben keine Antwort.

⁹ BT-Drs. 19/28676, S. 1 f.

¹⁰ So auch *Bott/Kubicel*, *SpoPrax* 2021, 50 (52) für § 31 BtMG.

¹¹ BT-Drs. 19/28676, S. 12.

3. Der notwendige Zusammenhang zwischen Anlass- und Bezugstat

§ 4a AntiDopG-E verlangt, dass die Tat, an deren Aufklärung oder Verhinderung der Kronzeuge mitwirkt, mit seiner eigenen Straftat „in Zusammenhang steht“. Diese Einschränkung der Anwendbarkeit des § 4a AntiDopG-E ist zwar auch in den §§ 46b StGB, 31 BtMG enthalten und insoweit keine strukturelle Besonderheit des vorliegenden Gesetzesentwurfs. Sie verdient dennoch der Erwähnung, weil sie ihre einschränkende Wirkung bei der Anwendung auf Fremd- und Selbstdopingdelikte in unterschiedlichem Ausmaß entfalten könnte.

Das Zusammenhangserfordernis soll stets das in § 46 StGB niedergeschriebene Erfordernis schuldangemessenen Strafens wahren.¹² Der Bezug zwischen der vom Kronzeugen aufgedeckten oder verhinderten und seiner eigenen Tat soll zumindest mittelbar das Maß des Vorwurfs reduzieren, der dem Kronzeugen für dessen eigene Tat zu machen ist.¹³ Auch generalpräventive Erwägungen dürften für das Erfordernis eines Tatzusammenhangs sprechen.¹⁴ Hinzu tritt ausweislich der Entwurfsbegründung des § 4a AntiDopG-E schließlich der Gedanke, dass kein Anreiz für die Abgabe von Hinweisen auf Straftaten Dritter gesetzt werden soll, von denen der Kronzeuge nur „vom Hörensagen“ erfahren hat, weil solche Tipps typischerweise nicht verlässlich seien.¹⁵

Das Zusammenhangserfordernis nach § 4a AntiDopG-E dürfte nun für die Anwendbarkeit der Privilegierung bei Kronzeugen, die sich selbst des Fremddopings nach § 4 Abs. 1 Nr. 1-3 StGB strafbar gemacht haben, eine größere Bedeutung entfalten als bei einem „singenden“ Selbstdoper. Es ist erfüllt, wenn Anlass- und Bezugstat einen inhaltlichen Bezug zueinander aufweisen, etwa, weil sie – ohne Teil einer prozessualen Tat i.S.d. § 264 StPO sein zu müssen – „Teil eines kriminellen Gesamtgeschehens“ sind.¹⁶ Die Gesetzesbegründung scheint insoweit eher auf den selbstdopenden Spitzensportler zugeschnitten zu sein und führt als Beispiele der Aufdeckung eines solchen Gesamtgeschehens Konstellationen auf, in denen „die sich offenbarende Person Angaben zu den Bezugsquellen oder weiteren Abnehmern ihres Lieferanten oder der sie dopenden Person oder zu organisierten Dopingstrukturen in ihrem Team oder Verband macht, in dessen Rahmen auch die sich offenbarende Person Dopingmittel genommen hat oder sich hat verabreichen lassen.“¹⁷ Der Tatzusammenhang ist also zum einen gegeben, wenn der Kronzeuge Dopingstrukturen im eigenen unmittelbaren (Team-) Umfeld aufdeckt. Das kann gewiss auch durch einen Fremddoper geschehen. Zum anderen soll der notwendige Bezug zur eigenen Tat des Kronzeugen aber – und an dieser

Stelle wird in der Entwurfsbegründung dann auch ausdrücklich auf das Selbstdoping abgestellt – immer (!) auch bestehen, wenn der Kronzeuge als Sportler Angaben über Dopingverstöße anderer, mit ihm im Wettbewerb befindlicher Athleten macht.¹⁸ Für den dopenden Leistungssportler ist deshalb kaum eine Konstellation denkbar, in der er den Verfolgungsbehörden von einer Dopingstrafat eines Dritten berichtet, der es an einem Zusammenhang mit der eigenen Tat des Kronzeugen fehlt. Dass bereits die durch die Kenntnis des Athleten vom Dopingverstoß der Konkurrenz bewirkte Drucksituation einen ausreichenden Anlass für eine Reduzierung des dem Kronzeugen für seine eigene Tat zu machenden Schuldvorwurfs bilden und jedenfalls in der Theorie selbst ein gänzlich Absehen von Strafe ermöglichen soll,¹⁹ ist eine These, die letztlich zur – hier nicht zu beantwortenden – Frage nach der Strafwürdigkeit des Selbstdopings im Ganzen zurückführt.²⁰ Unabhängig davon dürfte bei einschränkungsloser Bejahung des Tatzusammenhangs bei bloßem Fingerzeig auf die ebenfalls gedopte Konkurrenz jedenfalls das mit der Einfügung des Zusammenhangserfordernisses verfolgte Ansinnen des Entwurfs, die Abgabe von Tipps „vom Hörensagen“ zu vermeiden, für das Selbstdoping nicht konsequent verfolgt werden.

4. Absehen von Strafe bei Selbstdoping stets möglich

Wenn sich ein Athlet (ausschließlich) des Selbstdopings nach §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 AntiDopG schuldig gemacht hat und dann als Kronzeuge auftritt, ist jedenfalls theoretisch immer auch ein Absehen von Strafe nach § 4a Abs. 2 AntiDopG-E möglich. Weil nämlich das Höchstmaß der Freiheitsstrafe nach § 4 Abs. 1 AntiDopG grundsätzlich bei drei Jahren liegt und der Qualifikationstatbestand des § 4 Abs. 4 AntiDopG für das Selbstdoping nicht greift, kann der selbstdopende Athlet von vornherein keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirken. In der Praxis dürfte allerdings mit einer zurückhaltenden Anwendung der Möglichkeit des Absehens von Strafe zu rechnen sein.²¹

III. Rechtspolitische Bewertung

Vorweg ist eines festzuhalten: Schaden kann eine etwaige Einführung des § 4a AntiDopG-E nicht. Eine unbeabsichtigt kontraproduktive, kriminalitätsfördernde Wirkung ist in Hinblick auf die Dopingverbote des § 4 AntiDopG ausgeschlossen. Durch die in Art. 2 des Entwurfs vorgesehene Aufnahme des § 4a AntiDopG-E in die §§ 145d, 164 StGB scheint auch die Vermeidung einer zunehmenden Denunziation im Mikrokosmos Spitzensport ausreichend abgesichert zu werden, zumal sich die im Gesetzgebungsverfahren des AntiDopG aus dem Kreise der Athleten oft-

¹² Für § 4a AntiDopG-E BT-Drs. 19/28676, S. 11; für § 46b StGB BT-Drs. 17/9695, S. 6; für § 31 BtMG BGH, BeckRS 2014, 10212, Rn. 9.

¹³ Für § 46b StGB BT-Drs. 17/9695, S. 6; für § 31 BtMG BGH, BeckRS 2014, 10212, Rn. 9.

¹⁴ Für § 46b StGB BT-Drs. 17/9695, S. 6; zust. in Hinblick auf § 4a AntiDopG-E DAV, Stellungnahme Nr. 38/2019 zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 5.

¹⁵ BT-Drs. 19/28676, S. 11.

¹⁶ BT-Drs. 19/28676, S. 11.

¹⁷ BT-Drs. 19/28676, S. 11.

¹⁸ BT-Drs. 19/28676, S. 11.

¹⁹ So wohl BT-Drs. 19/28676, S. 11.

²⁰ Näher dazu *Kusche*, Die Strafbarkeit des Selbstdopings.

²¹ Zum Erfordernis restriktiver Handhabung bei §§ 46b Abs. 1 S. 4 StGB, § 31 S. 1 BtMG s. etwa *BGH*, NJW 2019, 245 (246); *Maier*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. (2020), § 46b Rn. 130.

mals als Argument gegen die Einführung der Besitzstrafbarkeit nach § 4 Abs. 2 AntiDopG vorgebrachte Befürchtung des „Unterjubelns“ von verbotenen Substanzen durch die Konkurrenz (bislang) nicht realisiert hat. Aus einer rein sportpolitischen Perspektive heraus betrachtet – wenn man also einmal hinten anstellt, dass eine Kronzeugenregelung nach der allgemeinen Konzeption des § 46b StGB doch jedenfalls im Grundsatz nur in Fällen zumindest mittelschwerer Kriminalität greifen soll²² – kann § 4a AntiDopG-E den Dopingkampf also nur fördern. Das Gesetzesvorhaben stößt deshalb auf breite Zustimmung.²³ Die Frage ist demnach allein, wie sehr die Vorschrift die Bemühungen um dopingfreien Sport voranzubringen vermag.

1. Keine substanzielle Regelungslücke des geltenden Rechts bei der Privilegierung des selbstdopenden Informanten

Dass eine spezielle Kronzeugenregelung im Dopingstrafrecht überhaupt in Erwägung gezogen wird, ergibt sich daraus, dass sie zwar nicht im Bereich des Fremd-, wohl aber dem des Selbstdopings eine zumindest diskutabile Regelungslücke beseitigte. Als substanzielles rechtliches Hindernis einer umfassenderen Aussagebereitschaft innerhalb des Sports lässt sich diese indes letztlich nicht befreien.

Strafmilderung und Absehen von Strafe aufgrund der Hilfeleistung bei der Aufklärung oder Verhinderung von Straftaten sind grundsätzlich über die allgemeine Kronzeugenregelung des § 46b StGB möglich. Voraussetzung der Anwendbarkeit ist nach dessen Abs. 1 S. 1 indes zunächst, dass die Anlasstat des potentiellen Kronzeugen mit einer im Mindestmaß erhöhten, nach § 38 Abs. 2 StGB also über einen Monat hinausgehenden Freiheitsstrafe bedroht ist. Weil aber die angedrohte Freiheitsstrafe sämtlicher im AntiDopG enthaltener Straftatbestände in deren Grundtatbestand nach § 4 Abs. 1 AntiDopG über das gesetzliche Mindestmaß nicht hinausgeht, ist der Anwendungsbereich des § 46b StGB für Straftaten nach dem AntiDopG grundsätzlich nicht eröffnet. Eine Ausnahme gilt für die Qualifikationstatbestände des § 4 Abs. 4 AntiDopG. Diese sind aber von vornherein nur auf die Fremd- und nicht auch auf die Selbstdopingverbote des § 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 AntiDopG anwendbar. Im Bereich des Selbstdopings kann das Aussageverhalten eines Informanten nach geltendem Recht also nur über die allgemeine Strafzumessungsvorschrift des § 46 StGB und die Einstellungsvorschriften der §§ 153, 153a StPO honoriert werden. Im Bereich des Fremddopings ist hingegen durchaus ein praxisrelevanter Anwendungsbereich des

§ 46b StGB denkbar, auch wenn § 46b Abs. 1 StGB diesen dadurch weiter einschränkt, dass sowohl Aufklärungs- als auch Präventionshilfe eine schwere Straftat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO als Bezugstat des Dritten verlangen. Als solche kommt aus dem AntiDopG nach §§ 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO, 4 Abs. 4 Nr. 2b AntiDopG indes jedenfalls ein in „Fremddopingfällen“ nicht selten naheliegender gewerbs- oder bandenmäßiger Verstoß des Dritten gegen die Verbreitungsverbote des § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG oder das Fremdanwendungsverbot des § 4 Abs. 1 Nr. 2 AntiDopG in Betracht.

Daraus resultiert das als unstimmtig wahrgenommene Ergebnis, dass zwar der eigensüchtig handelnde Hintermann, nicht aber der womöglich einmalig dopende Sportler dadurch als Kronzeuge Strafmilderung erlangen kann, dass er etwa die gewerbsmäßige Fremdanwendung von Dopingmitteln durch einen Dritten und damit eine schwere Straftat i.S.d. § 100a Abs. 2 Nr. 3 AntiDopG aufzudecken hilft.²⁴ Dass dies einen materiell-rechtlichen Mangel darstellt, darf indes bezweifelt werden. Der Strafrahmen des auf den Spitzensportler ausschließlich anwendbaren § 4 Abs. 1 AntiDopG setzt bei der Freiheitsstrafe im Mindestmaß am untersten Ende der Skala an und endet im Höchstmaß bei drei Jahren. Er ist demnach vergleichsweise mild. Weil dem dopenden Spitzensportler im Fall eines vorsätzlichen Regelverstoßes eine vierjährige sportverbandsrechtliche Regelsperre droht und es deshalb an einer unmittelbaren Wiederholungsfahrer fehlt, dürfte es bei seiner Verurteilung schließlich nur selten auf den Ausspruch einer Freiheitsstrafe hinauslaufen. Auch der Vergleich zum in den Genuss des § 46b StGB kommenden, gewerbsmäßig handelnden Hintermann überzeugt aus einer rein strafzumessungsrechtlichen Perspektive betrachtet nicht vollends. Denn selbst wenn diesem über § 49 Abs. 1 StGB im Höchstmaß „nur noch“ 7,5 Jahre Freiheitsstrafe drohten, läge diese Strafordrohung immer noch um das Zweieinhalb-Fache über dem an den ebenfalls gesprächsbereiten Sportler gerichteten Höchstmaß des § 4 Abs. 1 AntiDopG. Insoweit erscheint die Einführung einer insbesondere den dopenden Athleten schützenden speziellen Kronzeugenregelung im AntiDopG jedenfalls aus strafzumessungsrechtlicher Perspektive nicht als erforderlich.

2. Sichtbarkeit der Strafmilderung als weicher Faktor

Es überrascht deshalb nicht, dass es auch in der Entwurfsbegründung heißt, dass das geltende Recht grundsätzlich bereits ausreichende Möglichkeiten der Honorierung der Aufklärungs- oder Präventionshilfe enthalte.²⁵ Die These vom Bedürfnis der Einführung des § 4a AntiDopG wird

²² Dazu etwa DAV, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 7.

²³ Aus dem Sport etwa Athleten Deutschland e.V., Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 4; DOSB, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 2; NADA, Ergänzung zur Stellungnahme der NADA bezüglich der Öffentlichen Anhörung des Sportausschusses des Deutschen Bundestags zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 2; aus der juristischen Literatur etwa *Cherkeh*, SpuRt 2019, 167; DAV, Stellungnahme Nr. 21/2021 zum Entwurf einer Änderung des AntiDopG, S. 4; im Grundsatz auch *Bott/Kubi- ciel*, SpoPrax 2021, 50 ff.

²⁴ DAV, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 6; *Wieschermann*, Wortprotokoll Nr. 19/34 des Sportausschusses des Deutschen Bundestages, S. 7.

²⁵ BT-Drs. 19/28676, S. 2, 8.

dann auch primär mit der stärkeren Sichtbarkeit einer speziellen, unmittelbar an die Verbotstatbestände des AntiDopG anschließenden Regelung begründet.²⁶ Es dürfte tatsächlich zumindest einen Versuch wert sein, dem im Strafzumessungs- und Einstellungsrecht von StGB und StPO in aller Regel nicht bewanderten Spitzensportler in besonders plakativer Weise aufzuzeigen, dass sich eine Zusammenarbeit mit den Behörden lohnt.

3. Der Grundsatzmangel: Aufdeckungsgefahr erhöht Gesprächsbereitschaft – nicht andersherum

Als echten Meilenstein im Anti-Doping-Kampf wird man die Einführung des § 4a AntiDopG-E rückblickend aber wohl nicht bezeichnen. Das liegt vor allem daran, dass auch eine sichtbarer gemachte Kooperationsoption jedenfalls für noch nicht ertrappte Spitzensportler aufgrund struktureller Mängel im Dopingkontrollsystem des Sports und einer deshalb sehr geringen Aufdeckungsgefahr der eigenen Tat regelmäßig äußerst unattraktiv ist. Außer Frage steht, dass kriminelle Strukturen durch die Auswertung von Insiderinformationen besonders effektiv aufgebrochen werden können. Deren Erhalt setzt indes voraus, dass der Informant ein Interesse daran hat, mit der Justiz zusammenzuarbeiten. Im hier interessierenden Zusammenhang ist das insbesondere anzunehmen, wenn der gedopte Spitzensportler befürchtet, selbst ins Fadenkreuz der Justiz zu geraten. Das ist derzeit indes ein nur bedingt realistisches Szenario.

Ein belastbarer Anfangsverdacht in einem Strafverfahren wegen Selbstdopings wird sich in aller Regel auf eine positive, im Rahmen des sportrechtlichen Kontrollsystems gewonnene Dopingprobe stützen müssen.²⁷ Die Jahresstatistiken der Welt-Anti-Doping-Agentur und der deutschen Nationalen Anti-Doping-Agentur enthalten regelmäßig allerdings unter 2% an Proben mit positivem Testergebnis.²⁸ Davon erfasst sind auch Fälle, in denen die Anwendung aufgrund einer medizinischen Ausnahmegenehmigung erlaubt ist. Dass diese Werte nicht der tatsächlichen Verbreitung des Dopings entsprechen dürften, hat etwa²⁹ eine 2017 publizierte Studie von *Ulrich/Pope et al.* eindrucksvoll dargelegt.³⁰ Die Wissenschaftler haben 2.167 von 5.187 Teilnehmern an den Leichtathletikweltmeisterschaften und den Pan-Arabischen Spielen 2011 anonym

zur Vornahme von Dopingverstößen befragt. Mindestens 30% der Teilnehmenden der Leichtathletikweltmeisterschaft und 45% der Teilnehmer an den Pan-Arabischen Spielen gaben an, Dopingmittel eingenommen zu haben.³¹ Die bei den Wettkämpfen durchgeführten biologischen Testverfahren kamen hingegen auf 0,5% positiver Proben bei den Weltmeisterschaften und 3,6% bei den Pan-Arabischen Spielen.³² Dass diese Ergebnisse keinen unrühmlichen Einzelfall darstellen dürften, sondern in der Breite von einem großen Dunkelfeld auszugehen ist, ist in juristischer und sozialwissenschaftlicher Literatur ganz überwiegende Auffassung und wird auch von den (Kontroll-) Instanzen des Sports selbst nicht ernsthaft bestritten.³³

In der Kosten-Nutzen-Rechnung spricht aus der Perspektive des gedopten Spitzensportlers wenig für eine proaktive Berufung auf eine Kronzeugenregelung. Während sich nämlich dadurch die Wahrscheinlichkeit der eigenen Verurteilung massiv erhöhte, hat er aufgrund der ohnehin geringen Straferwartung durch die Anwendung des § 4a AntiDopG-E in der Praxis kaum etwas zu gewinnen.³⁴ Zu guter Letzt schlägt die geringe Aufdeckungsgefahr eines Dopingverstößes auch auf die Chance durch, durch die Weitergabe von Insiderinformationen tatsächlich eine Strafmilderung nach § 4a AntiDopG-E zu erlangen, wenn sich die Information auf die selbstdopende Konkurrenz bezieht – denn ohne positive Dopingprobe ist auch die Bezugstat des Dritten kaum nachweisbar.³⁵ Diese Abwägungsbelange sind mit Ausnahme der dann erhöhten Aufdeckungsgefahr, die grundsätzlich gewiss zu einer gesteigerten Kooperationsbereitschaft führen wird, auch auf die Situation des bereits ins Fadenkreuz geratenen Athleten übertragbar, gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens aber noch nicht beschlossen wurde (s. §§ 4a S. 3 AntiDopG-E, 46b Abs. 3 StGB). Ein mit dem Werkzeug einer Kronzeugenregelung bewirktes flächendeckendes Aufbrechen der Dopingstrukturen im Spitzensport setzt deshalb zunächst eine substanzielle Erhöhung der Entdeckungsgefahr des einzelnen Dopingverstößes voraus, weil nur sie eine Berufung auf eine Kronzeugenregelung für den gedopten Spitzensportler zu einer echten Handlungsoption macht. Besonders pointiert zeigt die NADA-Vorstandsvorsitzende *Andrea Gotzmann* das Verhältnis von Ursache und Wirkung auf, wenn sie in der Anhörung

²⁶ BT-Drs. 19/28676, S. 2, 8.

²⁷ Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des AntiDopG (Fn. 5), S. 38 f., 101; *Geisler*, in: *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler*, *Gesamtes Strafrecht aktuell*, 2018, Kap. 13 Rn. 16; *Jahn*, *Stellungnahme zum AntiDopG-E*, S. 27; *Rössner*, in: *Lehner/Nolte/Putzke*, *AntiDopG*, 2017, Vor §§ 1 ff. Rn. 41; *Bott/Mitsch*, *KriPoZ* 2016, 159 (163); *Jakob*, *Doping-Magazin* 2017, 22 (25, 27); *Momsen*, *KriPoZ* 2018, 21 (24).

²⁸ Die Dopingkontrollstatistiken von WADA und NADA sind abrufbar unter <https://www.dshs-koeln.de/institut-fuer-biochemie/doping-substanzen/service-medien/dopingkontrollen-statistiken/> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021). Eine Auflistung der WADA-Ergebnisse der Jahre 2008–2018 findet sich in der WADA-Jahresstatistik für 2018, Executive Summary, S. 3.

²⁹ In der Stoßrichtung ähnliche Ergebnisse finden sich bei *Breuer/Hallmann*, *Dysfunktionen des Spitzensports*, 2013, S. 82 mit Tab. 15, bei denen zwar nur rund 6% der befragten Spitzensportler die Einnahme regelmäßiger Dopingmittel zugaben, allerdings auch „nur“ 54,4% die Frage „ehrlich“ verneinten und 40,7% keine Antwort gaben.

³⁰ *Ulrich/Pope et al.*, *Sports Med* 2018, 211 ff.

³¹ <https://uni-tuebingen.de/newsfullview-landingpage/article/dopingstudie-hohe-dunkelziffer-im-spitzensport.html> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

³² <https://uni-tuebingen.de/newsfullview-landingpage/article/dopingstudie-hohe-dunkelziffer-im-spitzensport.html> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021).

³³ S. dazu die Nachweise bei *Kusche*, *Die Strafbarkeit des Selbstdopings*, S. 239 f.

³⁴ *Bott/Kubiciel*, *SpoPrax* 2021, 50 (53); DAV, *Stellungnahme zum Entwurf einer Änderung des AntiDopG*, S. 8; in diese Richtung wohl auch NADA, *Ergänzung zur Stellungnahme der NADA bezüglich der Öffentlichen Anhörung des Sportausschusses des Deutschen Bundestags zum Änderungsbedarf im AntiDopG*, S. 2; *Wieschemann*, *Wortprotokoll Nr. 19/34 des Sportausschusses des Deutschen Bundestages*, S. 18.

³⁵ DAV, *Stellungnahme zum Entwurf einer Änderung des AntiDopG*, S. 8.

(insbesondere) zur Einführung einer gesonderten Kronzeugenregelung Ende 2019 meint, dass „alle die großen Kronzeugen, die wir bisher gehabt haben, im analytischen Sinne schon zuvor des Dopings überführt worden sind.“³⁶

4. Verzahnung mit dem Sanktionensystem des Sports

Damit die Kronzeugenregelung des § 4a AntiDopG-E zu einem scharfen Schwert wird, bedarf es außerdem einer Abstimmung mit dem Sanktionensystem des Sports. Das betrifft zunächst eine Verzahnung mit der Kronzeugenregelung des Art. 10.7. des WADA-Codes, der an eine Abmilderung der sportrechtlichen Sanktion hohe Anforderungen stellt. Während eine Verurteilung im Strafverfahren für den Spitzensportler regelmäßig eine Geldstrafe bedeutet, bestraft ihn der Sport nach Art. 10.2. des WADA-Codes für einen vorsätzlichen Erstverstoß mit einer Regelsperre von vier Jahren. Das dürfte für den Athleten, dem nur wenig Lebenszeit für Spitzenleistungen verbleibt, zuweilen das größere Übel darstellen. Eine der Kronzeugenregelung des § 4a AntiDopG-E genügende Mitwirkung muss deshalb jedenfalls im Grundsatz auch auf die sportrechtliche Sperre des Athleten durchschlagen.³⁷ Wenn dann auch das Sportrecht auf den aussagewilligen Athleten Rücksicht nimmt, bedarf es außerdem eines effektiven Identitätsschutz durch die Institutionen des Sports.³⁸ Wer im Spitzensport zur Aufdeckung von Dopingstrukturen beiträgt, steigt die Karriereleiter anschließend nämlich typischerweise eher herab als hinauf.³⁹

5. Ausweitung des Whistleblower-Wesens

Gegenüber der Mobilisierung des straffällig gewordenen Kronzeugen erscheint eine Stärkung des Whistleblower-Wesens im Spitzensport im Ausgangspunkt als weniger steiniger Weg, da der Whistleblower Informationen über Dopingverstöße Dritter weitergeben kann, ohne eigene Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Das anonyme Hinweisgebersystem „Sprich´s an“ der NADA zeigt in die richtige Richtung. Seit 2016 sind bei der NADA 200 konkrete Hinweise aus dem Athletenkreis eingegangen, die im Jahr 2018 zu einer bemerkenswerten Quote von 11 % positiver A-Proben geführt haben.⁴⁰

Strukturell dürften sich die Beteiligten im Spitzensport oftmals indes in einer gefühlten „Schicksalsgemeinschaft“ befinden, in der nur der Erfolg zählt, Doping von allen zumindest als dessen Begleiterscheinung akzeptiert wird und sich deshalb – in den auch noch heute Gültigkeit beanspruchenden Worten des Berichts der Bundesregierung zur Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport aus dem Jahr 2012 – „kaum einer der Beteiligten als Opfer fühlt.“⁴¹

Das verknüpft die Diskussion über die Sinnhaftigkeit von Kronzeugenregelungen oder Whistleblower-Schutzsystemen zwangsläufig mit der Grundfrage nach dem Wert einer erfolgreichen Dopingbekämpfung für unsere Gesellschaft.

6. Das Grundproblem einer Dopingbekämpfung mit den Mitteln des Strafrechts: Wertschaffung statt bloßer Wertbestätigung

Bezogen auf den Leistungssport gibt es im Grunde drei Gesellschaftsakteure, die zur Bildung eines substanziellen Werts dopingfreien Spitzensports hätten beitragen können: Wirtschaft, Publikum und Staat. Ihr Interesse am Leistungssport ist trotz diverser medienwirksamer Dopingkandale im letzten Jahrzehnt – gemessen an Sponsoring- und Bundeshaushaltsvolumina oder Bevölkerungsbefragungen – nicht gesunken, sondern gestiegen.⁴² Verteilungsmaßstab ist dabei – auch seitens des Staates in Form der Verteilung der Fördergelder auf die einzelnen Fachverbände – in erster Linie der Erfolg.⁴³ Dem Spitzensport wird so – obwohl allseits dopingfreier Sport gefordert wird – jedenfalls im Ergebnis suggeriert, dass Leistung der entscheidende, positiv besetzte Wert ist.⁴⁴ Diese Erkenntnis gibt der institutionelle Sport über seine eigenen Verteilungsmechanismen schließlich bis an den einzelnen, auf Erfolg angewiesenen Athleten weiter. Dass die „Schicksalsgemeinschaft Spitzensportler“ den Ausweg aus der Konfrontation mit zwei sich faktisch oftmals ausschließenden Verhaltenserwartungen – Dopingfreiheit und Erfolg – zumindest auch im Aufbau einer „Mauer des Schweigens“ sucht, überrascht dann kaum.

Es ist deshalb begrüßenswert, dass etwa durch die Verlagerung des Ergebnismanagements von den Verbänden auf die NADA oder den in Aussicht genommenen Rückzug

³⁶ Gotzmann, Wortprotokoll Nr. 19/34 des Sportausschusses des Deutschen Bundestages, S. 18.

³⁷ Cherkeh, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 3; Wieschemann, Wortprotokoll Nr. 19/34 des Sportausschusses des Deutschen Bundestages, S. 38; in diese Richtung wohl auch Bott/Kubiciel, *SpoPrax* 2021, 50 (52 f.); dagegen DOSB, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Anti-Doping-Gesetzes, S. 1.

³⁸ DAV, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 8; DOSB, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 2 f.; NADA, Ergänzung zur Stellungnahme der NADA bezüglich der Öffentlichen Anhörung des Sportausschusses des Deutschen Bundestags zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 3; in diese Richtung auch Cherkeh, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 2 ff.

³⁹ DAV, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 8; das scheint auch der DOSB nicht gänzlich anders zu sehen, s. DOSB, Stellungnahme zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 3.

⁴⁰ NADA, Ergänzung zur Stellungnahme der NADA bezüglich der Öffentlichen Anhörung des Sportausschusses des Deutschen Bundestags zum Änderungsbedarf im AntiDopG, S. 2.

⁴¹ Bericht der Bundesregierung zur Evaluation des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport, 2012, S. 10; abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/01/bericht-der-bundesregierung-zur-evaluation-des-gesetzes-zur-verbesserung-der-bekaempfung-des-dopings-im-sport-dbvg.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.5.2021); Blasius, *Doping im Sport*, 2017, S. 7.

⁴² Nachweise bei Kusche, *KriPoZ* 2021, 31 (36 f.).

⁴³ Bette, in: Höfling/Horst, *Doping – warum nicht?*, 2010, S. 31 f.; Haug, *Doping – Dilemma des Leistungssports*, 2006, S. 143; Wollin, *Doping – der Drang zum Betrug*, 2007, S. 65; in diese Richtung auch die DOSB-Beratungskommission *Doping in Deutschland*, Abschlussbericht, 2014, S. 13 f.

⁴⁴ So auch Bette/Schimank, *Die Dopingfalle*, 2006, S. 12, 91, 114; *Kämpfe*, *Intrinsische und extrinsische Motivation im Verlauf von Spitzensportkarrieren*, 2009, S. 94, 96.

des DOSB aus dem Aufsichtsrat der NADA auf die Stärkung der Unabhängigkeit der Dopingkontrollinstanzen von den auf Erfolg angewiesenen Sportverbänden hingewirkt wird. Dem sollte eine zumindest partielle Umverteilung des Sportbudgets im Bundeshaushalt zugunsten der

Dopingbekämpfung folgen. All das kann dazu beitragen, dass nicht mehr nur als „Nestbeschmutzer“ wahrgenommen wird, wer den Verstoß der Konkurrenz gegen die Grundlagen eines fairen sportlichen Wettkampfs offenlegt.

Das Stigma der Denunziation bei anonymen Hinweismeldungen am Beispiel des HinSchG-E – ein Trugschluss!

von Wiss. Mit. Kimberly Erlebach und
Wiss. Mit. Miguel Veljovic, LL.M.oec.*

Abstract

Im Februar 2021 wurde der Referentenentwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden veröffentlicht. Der Entwurf hat sich klar gegen eine verpflichtende Nachverfolgung anonymer Hinweismeldungen durch die zuständigen internen und externen Meldestellen entschieden. Als vermeintliches Hauptargument wurde in der Begründung zum Referentenentwurf des HinSchG-E die Möglichkeit des Missbrauchs durch denunzierende Meldungen vorgebracht. Trotz der derzeitigen Schwierigkeiten der Einigung im parlamentarischen Verfahren und die Wahrscheinlichkeit, dass der Entwurf aufgrund der sachlichen Diskontinuität parlamentarischer Angelegenheiten wohl nicht in der Form in der jetzigen Legislaturperiode zustandekommen wird, setzt sich der Beitrag kritisch mit der fehlenden Verpflichtung zur Entgegennahme und Nachverfolgung anonymer Hinweismeldungen auseinander, indem die Argumentationslinie der Entwurfsverfassenden einer kritischen rechtlichen und wirtschaftskriminologischen Prüfung unterzogen wird.

In February 2021, the draft bill for a law to improve the protection of whistleblowers and to implement the directive on the protection of persons reporting infringements of Union law was published. The draft clearly decided against mandatory follow-up of anonymous tip reports by the responsible internal and external reporting offices. The main argument put forward in the explanatory memorandum to the draft HinSchG-E was the possibility of abuse through denunciatory reports. Despite the current difficulties of reaching an agreement in the parliamentary procedure and the likelihood that the draft will not be passed in the current legislative period due to the factual discontinuity of parliamentary affairs, the article critically examines the lack of an obligation to receive and follow up anonymous tip-offs by subjecting the drafters' line of argumentation to a critical legal and economic criminological examination.

I. Ausgangslage

Die europäische Union hat am 23.10.2019 die Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (EU-Hinweisgeberrichtlinie)¹ verabschiedet, die am 16.12.2019 in Kraft getreten ist. Ziel der EU-Hinweisgeberrichtlinie ist eine bessere Durchsetzung des Unionsrechts durch die Festlegung von Mindeststandards zum Schutz hinweisgebender Personen.² Dazu wurden den Mitgliedsstaaten sowohl grundlegende Regelungen zum Schutz hinweisgebender Personen, als auch Regelungen zur verpflichtenden Einführung von Meldekanälen und zu den Meldeverfahren vorgegeben.³ Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat mit dem Referentenentwurf zum Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (HinSchG-E) zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden auf die EU-Hinweisgeberrichtlinie reagiert. Die Umsetzungsfrist läuft hierbei am 17.12.2021 aus.⁴ Mit einer Verzögerung wurde erst im Februar 2021 der Referentenentwurf zum HinSchG-E veröffentlicht.⁵ Im Vorfeld stellte sich die spannende Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Regelungen der EU-Hinweisgeberrichtlinie nur eins zu eins als Mindeststandard umsetzen oder er darüber hinaus umfassende nationale Regelungen einführen würde.⁶ Aus dem HinSchG-E geht nun hervor, dass sich mit den Vorgaben des Referentenentwurfs gegen eine wortlautgetreue Kodifizierung entschieden wurde. Mit dem HinSchG-E soll ein neues Stammgesetz geschaffen werden, um den Schutz hinweisgebender Personen umfassend zu verbessern, ihnen Rechtssicherheit zu garantieren sowie sie vor Repressalien zu schützen.⁷

Bisher fehlt es in Deutschland an einem umfassenden Schutz für hinweisgebende Personen. Es existieren lediglich in einzelnen Branchen fragmentarische Regelungen, die die Implementierung von Hinweisgebersystemen und den Schutz von Hinweisgebenden regeln.⁸ Primär wurde der Schutz hinweisgebender Personen in den letzten Jahr-

* Die Verfassenden sind wissenschaftliche Mitarbeitende und Promovierende am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Richtlinie (EU) 2019/1937 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019, ABl. L 305 vom 26.11.2019, S. 17.

² Art. 1 EU-Hinweisgeberrichtlinie.

³ Ausführlich zu den Regelungen der EU-Hinweisgeberrichtlinie: Erlebach, CB 8/2020, 284; Schmolke, NZG 2020, 5; Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001.

⁴ Vgl. Art. 26 Abs. 1 EU-Hinweisgeberrichtlinie.

⁵ Abrufbar unter: https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJV-WB-RL_Umsetzungsgesetz.pdf (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

⁶ So auch: Wiedmann/Seyfert, CCZ 2019, 12 (19); Dilling, CCZ 2021, 60.

⁷ HinSchG-E, S. 1.

⁸ Dazu auch: Erlebach, CB 8/2020, 284.

zehnten lediglich aus arbeitsgerichtlicher Rechtsprechungsperspektive geprägt, sodass strafrechtliche Überlegungen in den Hintergrund traten.⁹ Mit der Einführung des GeschGehG wurde erstmals ein branchenübergreifender Schutz von hinweisgebenden Personen eingeführt. Demnach sind sie geschützt, wenn ein Geschäftsgeheimnis offengelegt wird und dieses geeignet ist das öffentliche Interesse zu schützen. Eine Offenlegung ist nicht nur bei rechtswidrigen Handlungen, sondern auch bei beruflichem oder sonstigem Fehlverhalten möglich (vgl. § 5 Nr. 2 GeschGehG). Durch den begrenzten Anwendungsbereich¹⁰, die unbestimmten Rechtsbegriffe und die uneinheitlichen Schutzmechanismen kann von einem umfassenden Schutz für hinweisgebende Personen jedoch *de lege lata* keine Rede sein.¹¹ Deutschland liegt weiterhin bei der Einführung von umfassenden Regelungen zur Implementierung von Meldekanälen und für den Schutz hinweisgebender Personen im Gegensatz zu anderen europäischen Mitgliedsstaaten weit zurück. Länder wie die Niederlande, Frankreich und Irland haben bereits vor der EU-Hinweisgeberrichtlinie umfassende Gesetze auf dem Gebiet des Whistleblowings erlassen. Die Einbringung des Entwurfs ist ein erster Schritt auf dem Weg zu einem einheitlichen und umfassenden Schutz hinweisgebender Personen in Deutschland. Ob dieser im Hinblick auf das Vertraulichkeitsgebot geglückt ist und sich nachvollziehbar gegen eine verpflichtende Entgegennahme und Nachverfolgung anonymer Meldungen entschieden wurde, wird im Folgenden untersucht.

II. Wesentliche Regelungen des HinSchG-E

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf einzelne Paragraphen des HinSchG-E, die für die Analyse relevant sind.¹²

1. Einrichtung interner und externer Meldestellen

Einen zentralen Regelungsinhalt betrifft die Einrichtung interner und externer Meldestellen, §§ 7 – 30 HinSchG-E. Dabei können hinweisgebende Personen grundsätzlich frei wählen über welchen Kanal sie ihre Meldung abgeben wollen, § 7 Abs. 1 HinSchG-E. Es ist zudem gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E vorgesehen, dass soweit einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wurde, den hinweisgebenden Personen die Möglichkeit offensteht, sich anschließend an eine externe Meldestelle zu wenden. Dazu sollen gemäß § 7 Abs. 3 HinSchG-E durch den Beschäftigungsgeber sowie durch die Dienststellen Anreize dafür geschaffen werden, dass *zunächst* die jeweilige interne Meldestelle kontaktiert wird. Grundsätzlich sind gemäß § 12 Abs. 2 HinSchG-E Beschäftigungsgeber und Dienststellen mit mehr als 50 Beschäftigten verpflichtet

eine interne Meldestelle einzurichten.¹³ Die Möglichkeit einer externen Meldung darf hierdurch weder beschränkt noch erschwert werden (vgl. § 7 Abs. 3 S. 2 HinSchG-E). Entscheidend für die folgende Auslegung ist auch die vom Referentenentwurf verwendete Überschrift des § 7 HinSchG-E als „Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung“.

Inwiefern sich das deklarierte „Wahlrecht“ mit dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E deckt, ist bereits auf den ersten Blick zweifelhaft, da der Eindruck erweckt wird, der interne Weg sei der vorzugswürdige und zunächst zu beschreitende Weg.¹⁴ Gegen die suggerierte Vorzugswürdigkeit einer internen Meldung sprechen jedoch ganz klar die Erwägungen in der Begründung des Referentenentwurfs, der davon ausgeht, dass die Meldewege „gleichwertig nebeneinanderstehen und zwischen denen hinweisgebende Personen frei wählen können“.¹⁵ Dabei sollen Hinweisgebende „denjenigen Meldekanal wählen, der sich angesichts der fallspezifischen Umstände am besten eignet“¹⁶. Dabei drängt sich aus rechtshistorischer Sicht die Frage nun förmlich auf, ob hinweisgebende Personen eine vorherige Abwägung vollziehen müssen, dessen Resultat darin mündet, ob das durch das BAG entwickelte Stufenverhältnis¹⁷ eingehalten werden muss oder nicht. Es scheint für Rechtsanwendende so, als wäre die Entscheidung über das Verhältnis interner und externer Meldestellen noch nicht endgültig entscheidungsreif. Eine klare Leitlinie gibt der Referentenentwurf jedenfalls nicht vor. Die vorher angestrebte Rechtssicherheit wird bereits jetzt deutlich geschmälert, sodass mit Nachdruck gefordert werden muss, dass § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E sowohl an die Überschrift als auch an die Vorgaben des Referentenentwurfs angepasst wird, um die Diskrepanzen zwischen Wortlaut und gesetzgeberischer Intention gerade an dieser entscheidenden Weiche endgültig und eindeutig zu überwinden.

2. Vertraulichkeitsgebot

Die Meldestellen sind gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E dazu verpflichtet die Identität der hinweisgebenden Personen zu wahren. Darüber hinaus muss die Vertraulichkeit der von einer Meldung betroffenen und die dabei genannten Personen sichergestellt werden (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 HinSchG-E). Dies entspricht soweit den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers. Art. 9 Abs. 1 lit. a EU-Hinweisgeberrichtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten, dass Meldekanäle so zu konzipieren sind, dass die Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgebenden, sowie Dritter, die in der Meldung erwähnt werden, gewahrt bleiben. Gleichlaufend sollen die Mitgliedsstaaten die Identi-

⁹ Grundsatzurteil durch das BAG, NZA 2004, 427 ff.; ausführlich zum Spannungsfeld von Arbeits- und Strafrecht und zur arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung: *Gänßle*, KJ 2007, 265 ff.; Fortführung der Rechtsprechung des BVerfG, das sich mit dem Begriff der Stufen-theorie auseinandersetzen musste: BVerfGE 28, 191 (203).

¹⁰ Dieser ist der Umsetzung der EU-Know-how-Richtlinie, ABl. L. 157 v. 15.6.2016 geschuldet; so auch *Taschke/Pielow/Volk*, NZWiSt 2021, 85 (88).

¹¹ Insb. zur paradoxen Anwendungseinschränkung des § 5 GeschGehG: *Erlebach/Veljovic*, wistra 2020, 190 (192); *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34 (38).

¹² Einen Gesamtüberblick liefernd: *Dilling*, CCZ 2021, 60 ff.; *Gerdemann*, ZRP 2021, 37.

¹³ Die Definition von Beschäftigungsgeber und Dienststelle siehe § 3 Abs. 9 und Abs. 10 HinSchG-E.

¹⁴ § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E: „Wenn einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wurde, bleibt es der hinweisgebenden Person unbenommen, sich *anschließend* an eine externe Meldestelle zu wenden.“

¹⁵ HinSchG-E, S. 30.

¹⁶ HinSchG-E, S. 52.

¹⁷ BAG, NZA 2004, 427 ff.; ebenso *EGMR*, NJW 2011, 3501.

tät der betroffenen Personen vor einem öffentlichen Bekanntwerden schützen.¹⁸ Auch aus systematischer Sicht hat der Gesetzgeber zum Beispiel im Rahmen des GwG, in § 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG oder in § 23 Abs. 6 VAG den Schutz der Identität von hinweisgebenden Personen normativ statuiert. In § 6 Abs. 5 GwG wird vorgegeben, dass die geldwäscherechtlich Verpflichteten „angemessene Vorkehrungen zu treffen [haben], damit es ihren Mitarbeitenden und Personen in einer vergleichbaren Position unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität möglich ist, Verstöße gegen geldwäscherechtliche Vorschriften geeigneten Stellen zu berichten“. Verstöße gegen das Vertraulichkeitsgebot stellen gemäß § 39 Abs. 2 HinSchG-E hierbei eine Ordnungswidrigkeit dar und können mit einer Geldbuße bis zu 20.000 Euro geahndet werden. Die Androhung eines Bußgelds ist wiederum aus systematischer Hinsicht kein Novum. Auch das GwG sieht in § 56 Abs. 1 Nr. 3 GwG eine Ordnungswidrigkeit vor, soweit keine angemessenen internen Sicherungsmaßnahmen, wie insb. ein Hinweisgebersystem, implementiert werden.

Eine Gegenausnahme liefert wiederum § 9 HinSchG-E, der das Vertraulichkeitsgebot dann außer Kraft setzt, wenn die hinweisgebende Person vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet. Die aufgenommenen Informationen über die Identität der Person dürfen infolgedessen den zuständigen Behörden z.B. zur Einleitung eines Strafverfahrens übergeben werden (vgl. § 9 Abs. 2 HinSchG-E). Daraus lässt sich schlussfolgern, dass der Entwurf von keiner Absolutheit des Identitätsschutzes ausgeht und gleichermaßen einen unmittelbaren Weg geschaffen hat, um entschlossen gegen missbräuchliche Hinweise vorzugehen. Dies ist als sehr positiv zu werten. Es konnte bereits in einer früheren Publikation aufgezeigt werden, dass das Strafbarkeitsrisiko hinweisgebender Personen insbesondere bei vorsätzlichen Missbrauchsmeldungen enorm ist und viele verschiedene Normbereiche in den strafrechtlichen Fokus rücken müssen.¹⁹ Hierbei kommen die kernstrafrechtlichen Vorschriften der §§ 164, 185 ff., 203, 353b StGB in Betracht. Nebenstrafrechtlich-relevante Regelungen finden sich in den §§ 404 AktG, 333 HGB, 85 GmbHG und die wohl praxisrelevanteste Vorschrift in § 23 GeschGehG.²⁰

III. Anonyme Meldungen

Der EU-Richtlinienentwurf hat den Mitgliedsstaaten bezüglich der Entgegennahme und Bearbeitung anonymer Meldungen keine verpflichtenden Regelungen vorgeschrieben. In Artikel 6 Abs. 2 der EU-Hinweisgeberrichtlinie, sowie im 34. Erwägungsgrund formuliert der europäische Gesetzgeber deutlich, obwohl er den Mitgliedsstaaten die Entgegennahme und Weiterverfolgung anonymer Meldungen hätte vorschreiben können, dass die Mitgliedsstaaten selbst entscheiden können, ob die Meldestellen anonyme Meldungen von Verstößen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, entgegennehmen

und Folgemaßnahmen ergreifen müssen. Von der Möglichkeit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus nationale Regelungen zu anonymen Meldungen zu etablieren, hat der deutsche Referentenentwurf im Ergebnis leider keinen Gebrauch gemacht. Dazu heißt es wörtlich in der Begründung des HinSchG-E, „weder interne noch externe Meldestellen sind verpflichtet, technische Mittel oder Verfahren für anonyme Meldungen vorzuhalten“.²¹

Fraglich bleibt im systematischen Hinblick über bestehende Regelungen zum Umgang mit anonymen Meldungen, wie die Vorschrift des § 53 Abs. 1 S. 3 GwG in dem sich neu aufdrängenden Regelungskomplex zu verstehen ist und inwiefern sie noch zukünftig Anwendung findet. Hierbei könnte man in zwei Richtungen argumentieren. Auf der einen Seite könnte man auf die Kollisionsregel „lex posterior derogat legi priori“ abstellen, sodass das HinSchG-E bei Inkrafttreten als jüngerer Gesetz hinsichtlich seiner Wertungen die des Geldwäschegesetzes aufhebt. Dagegen spricht jedoch der Spezialitätsgrundsatz („lex specialis“), da das Geldwäschegesetz für den Bereich der Geldwäschebekämpfung sowie -prävention sektorenspezifische Regelungen vorsieht. Dieser Grundsatz wurde auch in § 4 Abs. 1 HinSchG-E aufgenommen, sodass die Regelungen des HinSchG-E „vor die Klammer“ gezogen werden und damit als sozusagen „Allgemeiner Teil des Hinweisgeberschutzes“ qualifiziert werden können. Das HinSchG-E gilt also grundsätzlich dann immer, wenn es nicht durch speziellere Regelungen verdrängt wird.

Aus Sicht der Unternehmen ist die fehlende Verpflichtung zur Nachverfolgung anonymer Meldungen aus verschiedenen Gründen nicht praktikabel. Zum einen ist aus der haftungsrechtlichen Perspektive der Criminal-Compliance Unternehmen dringend anzuraten, jedem stichhaltigen Hinweis, egal ob dieser offen oder anonym abgegeben wurde, nachzugehen. Denn bereits aus der zentralen Vorschrift des § 130 OWiG trifft die unternehmensleitenden Personen ein Organisationsverschulden, sofern sie keine geeigneten Vorkehrungen getroffen haben, um Regel- und Normverstöße von Unternehmensangehörigen (auch im Gesamtkonzern) fortlaufend zu verhindern.²² Unter den wesentlichen Elementen hinsichtlich der Implementierung einer tauglichen Compliance unterfällt auch die etwaige Etablierung einer tauglichen Revision, interner Sicherungsmaßnahmen, die Überwachung und Kontrolle dieser und maßgeblicher Prozesse im Tätigkeitsfeld des Unternehmens.²³ Bei Aufkommen von konkreten Verdachtsmomenten sowie von Vergehen ist eine Intervention verpflichtend, sodass das Nichtnachgehen von anonymen Hinweisen trotz konkreter Verdachtsmomente eine Haftung nach § 130 OWiG auslösen könnte.

Auch der Regierungsentwurf zum VerSanG-E sieht vielfältige Möglichkeiten zur sanktionsmildernden Berücksichtigung tauglich etablierter Compliance-Maßnahmen

¹⁸ ABl. L 305 v. 26.11.2019, Erwägungsgrund 100.

¹⁹ Nöbel/Veljovic, CB 2020, 34 (36 f.).

²⁰ Dazu ausführlich: Nöbel/Veljovic, CB 2020, 34 (36 f.).

²¹ HinSchG-E, S. 28.

²² OLG Düsseldorf, wistra 1999, 115 (116).

²³ Ausführlich: Bachmann, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 8. Aufl. (2021), DCGK A.2 CMS Rn. 4 ff.

vor. Dies statuiert der Regierungsentwurf sowohl im Rahmen der Bemessung der Verbandsgeldsanktion in § 15 Abs. 3 Nr. 6 – 8 sowie in §§ 17 und 18 VerSanG-E durch die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen. Indem ein Unternehmen im Einzelfall also nicht auf stichhaltige anonyme Hinweise eingeht, könnte es auf der einen Seite einen Anteil des sanktionsrechtlichen Bonus verspielen und auf der anderen Seite wäre auch eine negative Auslegung im Rahmen der Sanktionszumessung also eine Sanktionsschärfung denkbar, da das Problem der Etablierung einer „Schein-Compliance“ wohl im Hinblick auch auf die zukünftige Rechtsprechungspraxis an Bedeutung gewinnen wird. Weiterhin wird es gerade aus der vorher gezeigten Spezialitätsverweisung in § 4 Abs. 1 HinSchG-E wohl sowieso regelmäßig rechtlich nicht möglich sein, anonymen Hinweisen nicht nachzugehen, sofern Verbände z.B. in den personellen Anwendungsbereich des GwG fallen. Rekurrierend auf die oben erwähnten Organisationspflichten und der daraus auch etablierten Legalitätspflicht bspw. aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG sind die Geschäftsleitung bzw. die Vorstände verpflichtet sich rechtstreu zu verhalten, sich fortlaufend über alle maßgeblichen Vorgänge im Unternehmen zu informieren bzw. informiert zu werden, Compliance-Verstöße aufzuklären, diesen nachzugehen und ggf. Sanktionsmaßnahmen zu erteilen.²⁴ Dabei ist nicht ersichtlich, inwiefern die gesellschaftsrechtliche und die daraus resultierende haftungsrechtliche Auslegung dieser Organisationspflicht im Rahmen von anonymen Hinweismeldungen teleologisch reduzierbar ist. Der Referentenentwurf denkt weder an den Aspekt der Organisationspflicht noch an die grundsätzlichen Gedanken einer teleologischen Reduktion. Insbesondere erscheint es schwer vertretbar eine Reduktion der Organisationspflichten bei einem Hinweis anzunehmen, der die Schwelle des Anfangsverdachts durch konkrete Anhaltspunkte überschreitet, sodass dieser Umstand unabhängig davon zu beurteilen ist, ob der Hinweis anonym oder offen abgegeben wurde.²⁵ Weiterhin spricht auch die kriminologische Erkenntnislage dafür diesen Weg Unternehmen anzuraten, da sie durch den gewissenhaften und vertrauensvollen Umgang mit internen Meldungen das Risiko einer externen Meldung deutlich verringern.²⁶ Mittelbar wahrt das Unternehmen dadurch selbst seine eigenen Interessen.²⁷

Hinsichtlich externer Meldestellen findet sich in § 26 Abs. 1 HinSchG-E eine spezielle Vorschrift. Demgemäß sind externe Meldestellen nicht zur Bearbeitung von anonymen Meldungen verpflichtet. Die Begründung hierfür ist aus verschiedenen Gründen nicht nachvollziehbar. Zunächst ist die Regelung hinsichtlich der öffentlichen Untersuchungspraxis näher zu beleuchten. Denn die Praxis hat bereits gezeigt, dass auch im Rahmen der Abgabe von

Geldwäscheverdachtsmeldungen eine Strafbarkeit wegen der Strafvereitelung im Amt gemäß § 258a StGB in Betracht kommt und Staatsanwaltschaften vor Ermittlungsverfahren nicht zurückscheuen.²⁸ In den Fällen hatten Ermittler nicht oder nicht rechtzeitig Verdachtsmeldungen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet. Sofern nun anonyme Hinweise an eine zuständige Stelle, z.B. bei der BaFin oder einer zuständigen Staatsanwaltschaft eingehen, und die Mitarbeitenden diesen Hinweisen wissentlich oder absichtlich nicht nachgehen, obwohl eine Straftat aus der Meldung deutlich erkennbar ist, wird jedoch ein Strafbarkeitsrisiko aus § 26 Abs. 1 HinSchG-E wohl nahezu ausgeschlossen, da eben keine Pflicht zur Untersuchung anonymer Meldungen besteht. Der Referentenentwurf äußert sich dennoch zur heiklen rechtlichen Wirkung des § 26 Abs. 1 HinSchG-E überhaupt nicht. Ist dieser nun ein bereichsspezifischer Rechtfertigungsgrund für ein etwaiges Strafbarkeitsrisiko aus § 258a StGB? Hierbei ist anzuraten, dass der Gesetzgeber nunmehr klarstellend tätig wird, um das Strafbarkeitsrisiko entsprechend zu gestalten. Denn weder aus praktischer noch aus rechtlicher Sicht ist es – wie noch deutlich gezeigt wird – nachvollziehbar, warum das Strafbarkeitsrisiko für anonyme Meldungen auf Null reduziert wird und dies nur, weil es sich um eine *anonyme* Meldung handelt. Dies würde im Umkehrschluss bedeuten, dass selbst wenn eine anonyme Meldung objektiv betrachtete Beweise mitliefert, das Szenario glaubhaft macht und dies zu konkreten Verdachtsmomenten führen würde, die die Schwelle des Anfangsverdachts überschreiten, die zuständige Behörde nur (!) aufgrund der Anonymität nicht zur Untersuchung verpflichtet ist. § 26 Abs. 1 HinSchG-E greift damit aus diesem Blickwinkel in das Legalitätsprinzip des Strafprozessrechts massiv ein. Weiterhin ist dies auch mit dem rechtspolitischen Gedanken der Förderung des Whistleblowings und damit auch den Interessen der Strafverfolgung unvereinbar. Zur Klarstellung muss angefügt werden, dass die hier vertretene Ansicht keine zwanghafte Untersuchungspflicht i.S.e. gesteigerten Legalitätspflicht fordert, sondern für ein abgestuftes System plädiert, das sich anhand der Kriterien des Anfangsverdachts richtet und damit alle Interessen verhältnismäßig berücksichtigt. Das Legalitätsprinzip des Strafprozessrechts darf durch die Vorgaben des HinSchG-E nicht aus den Angeln gehoben werden. Ein genereller Ausschluss hält damit weder wirtschaftskriminologischen noch rechtlichen Erwägungen stand.

Hinsichtlich der Gründe, warum der Referentenentwurf keine verpflichtenden Regelungen für den Umgang mit anonymen Meldungen vorsieht, finden sich Ausführungen auf Seite 31 f. der Begründung.²⁹

²⁴ Pörtge, CCZ 2020, 65 (66f.).

²⁵ Ähnlich: Ott/Lüneborg, CCZ 2020, 71 (76).

²⁶ Lee/Fargher, JBE 2013, 283 (285); Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, 2012, 3. Kap. Rn. 21; Herold, Whistleblower, 2016, S. 333.

²⁷ Dies ausführlich unter: 2. Zusätzliche Kosten.

²⁸ Abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/verdacht-auf-straftat-ermittler-gehen-gegen-zoll-spezialeinheit-fuervor-a-8d657c7f-f570-4a16-85c0-82134da79905> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

²⁹ „Um das neue Hinweisgeberschutzsystem nicht zu überlasten und erste Erfahrungen sowohl interner wie auch externer Meldestellen abzuwarten, ist keine Pflicht zur Bearbeitung anonymer Hinweise vorgesehen. Denn damit einhergehen würden nicht nur zusätzliche Kosten für die notwendigen technischen Voraussetzungen, sondern auch die Gefahr von denunzierenden Meldungen und einer Überlastung der Meldestellen.“, HinSchG-E S. 31.

1. Schutz vor Überlastung und Abwarten erster Erfahrungen interner und externer Meldestellen

Ein erstes Argument, warum von der verpflichtenden Nachverfolgung anonymer Meldungen abgesehen wurde, ist, dass man die Hinweisgebersysteme vor Überlastung schützen wolle und erste Erfahrungen mit internen und externen Meldestellen abwarten wolle.³⁰ Hier lässt sich zunächst konstatieren, dass zahlreiche Unternehmen bereits über Erfahrungen mit anonymen Meldungen hinsichtlich interner und externer Hinweisgebersysteme verfügen und empirische Belege vorliegen. Bei Unternehmen, die anonyme Hinweismeldungen ermöglichen, wurden 58% der Erstmeldungen anonym gemeldet.³¹ Auch diverse externe Meldestellen verfügen bereits über anonyme Meldekanäle.³² Am Beispiel der BaFin zeigt sich, dass hinweisgebende Personen auch bei externen Stellen, wenn die Möglichkeit einer anonymen Hinweisgabe besteht, von dieser Gebrauch machen.³³ Die Weiterverfolgung von anonymen Hinweisen führt zweifellos zu einem erhöhten Bearbeitungsaufwand. Dabei sind diese Zahlen aber keineswegs Gründe, die eine Argumentation mit einer Mehrbelastung rechtfertigen. Vielmehr dienen diese Zahlen als Einschätzung und als Erfahrung, in welchem Umfang mit einer Hinweisgabe gerechnet werden kann. Zudem verdeutlichen sie, wie wichtig die Möglichkeit zur Abgabe von anonymen Meldungen ist, um effektiv Verstöße aufzudecken. Der Referentenentwurf erkennt grundlegend, dass Meldesysteme aus Effektivitätsgründen kaum ohne einen anonymen Meldekanal auskommen.³⁴ Was genau der Referentenentwurf unter einer Überlastung versteht bleibt fraglich. Hierbei käme es grundsätzlich in Betracht an Gefahren durch Cyberattacken und -angriffen³⁵ zu denken und deswegen eine mögliche technische Überlastung anzuführen. Der Referentenentwurf argumentiert aber auf der Linie einer bloßen technischen Überlastung durch den bloßen Eingang von Verdachtsmeldungen. Dabei stützt er sich weder auf empirische Studien noch begründet er die mögliche Überlastung in einem weiteren Satz. Aufgrund der Fragwürdigkeit dieses Aspekts hält die Nichtbegründung weder einer rechtlichen noch einer wirtschaftskriminologischen Prüfung stand. Vielmehr erscheint die technische Begründung als weitere gesetzgeberische Kapitulation bezüglich rechtlicher Probleme im Digitalisierungskontext. Aus dem Blickwinkel der personellen Ausstattung erscheint diese Schwierigkeit allein eine Frage der Koordination sowie der anfallenden Kosten. Mit dem eigentlich zentralen Punkt, der Anonymität, hat dies nichts zu tun. Es erscheint deswegen nicht vorstellbar, dass ein derart hohes Aufkommen durch anonyme Hinweismeldungen erfolgt, dass die Systeme den Eingang aus einer bloß technischen Warte nicht bewältigen können. In der

Konsequenz wäre eher anzuraten gewesen, eine Evaluation zum Ausmaß der eingehenden Hinweise zu vereinbaren und daraus sowohl technische als auch organisatorische Konsequenzen zu ziehen.

2. Zusätzliche Kosten

In der Begründung wird weiter angeführt, dass für anonyme Meldungen zusätzliche technische Voraussetzungen geschaffen werden müssten, die zusätzliche Kosten verursachen.³⁶ Grundsätzlich kann dieses Argument nicht überzeugen. Über ein Hinweisgebersystem können prinzipiell auch anonyme Hinweise abgegeben werden.³⁷ Sicherlich muss hier eine Differenzierung nach Meldekanälen erfolgen. Bei telefon- oder email-basierten Meldekanälen ist die Abgabe eines anonymen Hinweises, ohne zusätzliche technische Voraussetzungen schwerer wahrzunehmen als bei webbasierten Systemen. Somit muss der Kostenaspekt differenziert betrachtet werden und kann nicht verallgemeinert für alle Stellen, die nun verpflichtet sind, Meldekanäle einzurichten als Grund für das Absehen von der verpflichteten Nachverfolgung anonymer Meldungen angeführt werden. Sowohl Behörden als auch zahlreiche Unternehmen, die jede Größenordnung von Groß- bis Kleinunternehmen umfassen, verfügen bereits über eingerichtete Meldekanäle, die auch anonyme Hinweise entgegennehmen.³⁸ Insbesondere bei webbasierten Systemen ist die Option eine anonyme Meldung abzugeben bereits standardmäßig verfügbar und stellt keinen nennenswerten zusätzlichen technischen Aufwand dar.³⁹ Diese Meldestellen müssten, wenn überhaupt lediglich Anpassungen ihrer bisherigen Systeme vornehmen. Der Kostenaspekt dürfte grundsätzlich insbesondere für klein- und mittelständige Unternehmen relevant sein. Jedoch sind die konkret anfallenden Kosten für die Implementierung interner Meldekanäle in Unternehmen und Behörden, die noch über kein Hinweisgebersystem verfügen, schwer feststellbar und abzuschätzen. Die EQS Group bewirbt die Implementierung ihrer Integrity Line, ein richtlinienkonformes Meldesystem mit anonymer Dialogfunktion in Unternehmen unter 1.000 Mitarbeitenden, ab 100 Euro im Monat.⁴⁰ Im Impact Assessment der europäischen Kommission sind für mittelständige Unternehmen einmalige Implementierungskosten i.H.v. 1.374 Euro und jährliche Betriebskosten i.H.v. 1.054,60 Euro angegeben.⁴¹ Die Kosten pro Unternehmen belaufen sich auf geschätzte Mehrkosten von weniger als 0,01% der durch-

³⁰ HinSchG-E, S. 31.

³¹ Hauser/Hergovits/Blumer, Whistleblowing Report 2019, S. 10, 59.

³² So etwa das LKA Niedersachsen, LKA Baden-Württemberg, Bundeskartellamt und BaFin.

³³ Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, 2019, Rn. 281.

³⁴ So auch: Schmolke, NZG 2020, 5 (11).

³⁵ Die Ergebnisse der Umfrage von „Bitkom Research“ konnte herausfinden, dass sechs von zehn Internetnutzern im Jahr 2020 Opfer von Cyberkriminalität wurden. Abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/6-von-10-Internetnutzern-von-Cyberkriminalitaet-betroffen> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

³⁶ HinSchG-E, S. 31.

³⁷ So auch: Dilling, CCZ 2021, 60 (62).

³⁸ Hauser/Hergovits/Blumer, Whistleblowing Report 2019, S. 40; Schmolke, AG 2018, 769 (778).

³⁹ BKMS Benchmark Report Executive Summary 2019, S. 7.

⁴⁰ Siehe: <https://www.eqs.com/de/compliance-loesungen/integrity-line/> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021); Was konkret ab 100 Euro bedeutet, ob damit die Implementierungskosten und/oder nur die Betriebskosten umfasst sind, ist fraglich.

⁴¹ Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Impact Assessment, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, S. 61.

schnittlichen Wertschöpfung mittelständiger Unternehmen.⁴² Damit kann von erheblichen Mehrkosten schwerlich die Rede sein kann.⁴³ Zudem darf in der Diskussion um die Kosten der finanzielle Nutzen von anonymen Meldekanälen nicht außer Acht gelassen werden. Die Effektivität hängt oftmals von der Anonymität der hinweisgebenden Personen ab.⁴⁴ Haben hinweisgebende Personen Angst vor Repressalien aufgrund mangelnder Vertraulichkeit und Anonymität unterbleibt oft eine Hinweisgabe.⁴⁵ Die empirische Forschung hat gezeigt, dass Repressalien enorme Auswirkungen auf hinweisgebende Personen haben. *Rothschild* stellte fest, dass 69% der internen und 84% der externen Meldenden ihren Job verloren bzw. dazu gezwungen wurden ihren Job aufzugeben.⁴⁶ Dies führt nicht selten zu gravierenden persönlichen Problemen. Insgesamt litten 84% aller Hinweisgebenden an schweren Depressionen, 78% an schweren gesundheitlichen Problemen, 66% unter finanziellen Schwierigkeiten und bei 53% führte die Situation zu familiären Spannungen.⁴⁷ Daraus kann insgesamt geschlussfolgert werden, dass wenn hinweisgebende Personen zunehmend mit Repressalien konfrontiert sind, das Risiko der Eskalationsspirale mit dem Ergebnis der externen Meldung ansteigt. Grundsätzlich stellt die externe Meldung empirisch gesehen, einen Ausnahmefall dar und erfolgt nur dann, wenn die hinweisgebende Person nicht ernst genommen wird⁴⁸ oder gar formellen sowie informellen Repressalien ausgesetzt ist⁴⁹. Das Resultat dieser enormen Drucksituation verbunden mit der Abnahme des Bindungsgrades an das Unternehmen ist die externe Meldung als ultima ratio. *Herold* verbildlicht diese Entwicklung zutreffend als „Eskalationsspirale“.⁵⁰ Gerade das Unternehmen als berufliche Sozialisationsinstanz trägt mithin die Hauptverantwortung für die Entscheidungsabgabe. Aus organisationspsychologischer Sicht beeinflusst ein bunter Strauß an Faktoren die Wahl des Kanals. *Chen* und *Lai* konnten feststellen, dass insbesondere die beobachtete Schwere des Vergehens (respektive Verbrechen oder Fehlverhaltens) und dadurch resultierend die Auswirkungen des gesellschaftlichen Drucks sowie der mögliche Schaden, die eigene persönliche Verantwortung, die Bindung zum Unternehmen sowie der Umgang mit hinweisgebenden Personen entscheidend sind.⁵¹ Diese Entwicklung kann das Unternehmen selbst steuern und aktiv beeinflussen, indem es unter anderem sicherstellt, dass hinweisgebende Personen ihre Meldung anonym abgeben dürfen, diesen Meldungen nachgegangen wird und die hinweisgebenden Personen keine Repressalien zu befürchten haben. Denkbar ist, dass die fehlende Garantie, dass anonyme Meldungen verfolgt werden, hinweisgebende Personen von einer Meldung umso mehr Abstand nehmen lässt. Grundsätzlich gilt je-

doch das Unternehmen, die frühzeitig auf intern gemeldete Verstöße reagieren und Abhilfe schaffen, Kosten senken können, die eine spätere Aufdeckung im Gegensatz nach sich gezogen hätte.⁵² Das können sowohl Bußgelder, wie auch zivilrechtliche Schadensersatzzahlungen sein, aber auch ein Reputationsverlust, der sich monetär auswirken kann.⁵³ Somit sollte insbesondere internen Meldestellen viel daran gelegen sein, einen vertrauenswürdigen Meldekanal zu implementieren. Der finanzielle Nutzen dürfte regelmäßig die Kosten übersteigen. Aus diesem Grund überzeugt das Argument der zusätzlichen Kosten für die technische Einrichtung anonymer Meldekanäle auch vor diesem Hintergrund nicht. Wieder stützt sich der Referentenentwurf zuvörderst nur auf negative Komponenten und versäumt eine umfassende und dem wissenschaftlichen Diskurs würdige Betrachtung. Mit dem Argument scheint man vielmehr haushaltspolitischen Erwägungen gerecht werden zu wollen.

3. Gefahr von denunzierenden Meldungen

Ein weiteres vermeintliches Argument, welches der Referentenentwurf anführt, ist die Gefahr denunzierender Meldungen. Dabei handelt es sich allerdings um einen unbegründeten Vorbehalt.⁵⁴ Denn es ist hinlänglich verifiziert, dass anonyme Meldungen nicht mit einem erhöhten Aufkommen denunzierender Meldungen assoziiert werden können. *Buchert* berichtete schon 2008 aus seinem Berufsalltag als externer Ombudsmann, dass er bei über 250 Compliance-Fällen mit ca. 300 hinweisgebenden Personen, keinen Fall einer denunzierenden Meldung dokumentiert hat.⁵⁵ Die EQS Group hat Unternehmensbefragungen durchgeführt und kam zu dem Ergebnis, dass anonyme Meldungen „keinen Einfluss auf den Anteil rechtsmissbräuchlicher Meldungen“ haben.⁵⁶ Auch der BMKS Benchmark Report verweist auf einen niedrigen Prozentsatz bei dem Anteil rechtsmissbräuchlicher Meldungen. Bei 66% der befragten europäischen Unternehmen liegen rechtsmissbräuchliche Meldungen bei unter 2%, bei 84% der befragten Unternehmen bei unter 5%.⁵⁷ Die Beispiele beziehen sich auf die unternehmerische Praxis und zeigen somit, dass denunzierende Meldungen in der Realität kaum vorkommen. Aus empirischer Sicht überzeugt die deutsche Skepsis somit keinesfalls.

Die Skepsis gegenüber anonymen Hinweismeldungen erfolgt in einigen Fällen wohl noch aufgrund von Erfahrungen der jüngeren deutschen Historie, die insbesondere in der NS-Zeit sowie während des DDR-Regimes vom Spitzeltum geprägt war.⁵⁸ Anonymität fördere damit als Nährboden für Denunziation und Späßmeldungen ein „Klima des Misstrauens“, das wiederum kriminalitätsfördernd

⁴² A.a.O.

⁴³ So auch: *Dilling*, CCZ 2021, 60 (62); entgegenstehend: *Gerdemann*, der die Kosten für die Implementierung eines effektiven Meldesystems als deutlich höher einstuft: *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (20).

⁴⁴ *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking*, NZWiSt 2019, 1 (5); *Schmolke*, NZG 2020, 5 (11).

⁴⁵ *Egger*, CCZ 2018, 126 (128); *Vogel/Poth*, CB 2019, 45 (47).

⁴⁶ *Rothschild*, *Current Sociology* 2008, 884 (890).

⁴⁷ A.a.O.

⁴⁸ *Yeoh*, *IJLMA* 2014, 459 (470).

⁴⁹ *Herold*, S. 333.

⁵⁰ *Herold*, S. 333.

⁵¹ *Chen/Lai*, *Business Ethics: A European Review* 2014, 327 (337).

⁵² *Lee/Fargher*, *JBE* 2013, 283 (285); *Federmann/Racky/Kalb/Modrzyk*, *Der Betrieb*, 1665 (1671).

⁵³ *Lee/Fargher*, *JBE* 2013, 283 (285).

⁵⁴ So auch: *Dilling*, CCZ 2021, 60 (62).

⁵⁵ *Buchert*, CCZ 2008, 148 (149).

⁵⁶ *Hauser/Hergovits/Blumer*, *Whistleblowing Report* 2019, S. 10.

⁵⁷ *BKMS Benchmark Report Executive Summary* 2019, S. 7.

⁵⁸ *Buchert*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. (2016), § 42 Rn. 81; *Egger*, CCZ 2018, 126; *Tinnefeld/Rauhofer*, *DuD* 2008, 717 (721 f.).

wirke.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund scheint man sich nicht von der negativen Konnotation des Begriffs Whistleblowing lösen zu können.⁶⁰ Jedoch unterscheidet sich das Whistleblowing im aktuell diskutierten Kontext von der Denunziation der damaligen Zeit.⁶¹ Hinweisgebersysteme haben für verschiedene Akteure diverse Vorteile. In erster Linie profitieren Unternehmen von eingerichteten Meldesystemen⁶², aber auch für Strafverfolgungsbehörden oder die Öffentlichkeit haben Hinweisgebersysteme Vorteile. Dies haben viele andere Länder bereits erkannt. Ein entsprechender Verständniswandel ist auch in Deutschland wünschenswert und längst überfällig. Leider wird aus der Begründung zum HinSchG-E deutlich, dass sich Deutschland weiter von einem Verständniswandel entfernt und sich von der negativen Konnotation vor dem kulturellen Hintergrund nicht gelöst werden konnte.

IV. Fazit

Mit dem HinSchG-E soll der bislang unzureichende und fragmentarische Schutz hinweisgebender Personen ausgebaut werden und deren Schutz nachhaltig verbessert werden.⁶³ Mit der fehlenden Regelung zur Entgegennahme und Bearbeitung anonymer Meldungen, sorgt der deutsche Gesetzgeber jedoch für eine erneute bzw. bleibende Lückenhaftigkeit. Der Referentenentwurf verkennt, dass aus anderen Normen bereits die Verpflichtung herrührt anonyme Hinweise weiter zu verfolgen. Sowohl die rechtliche als auch die kriminalpolitische Begründung des Referentenentwurfs, die insbesondere auf haushaltspolitische Erwägungen abstellt, sind hierbei nicht nachvollziehbar und empirisch auch nicht stichhaltig. Die hier vertretene Ansicht, und das soll betont werden, fordert keine absolute Verpflichtung zur Nachverfolgung anonymer Meldungen, sondern eine Pflicht, sofern konkrete Anhalts-

punkte für eine Straftat oder ein Fehlverhalten glaubhaft gemacht wurden. Dazu erscheint eine Orientierung am strafprozessualen Begriff des Anfangsverdachts sinnvoll, der sich von der bloßen Vermutung abgrenzen lässt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der anonymen Meldung ein geringerer Schutzstandard zukommt als der offenen Meldung.⁶⁴ Bereits das *BVerfG* betonte in einem Urteil aus dem Jahre 1971 die Wichtigkeit einer hinweisgebenden Person für den „Bestand der freiheitlich demokratischen Ordnung“.⁶⁵ Zusammenfassend darf auf qualitativer Ebene nach der hier vertretenen Ansicht nicht zwischen einer offenen und einer anonymen Meldung unterschieden werden. Ein positives Beispiel bietet der erste Fall einer anonymen Meldung über das webbasierte Meldesystem des Bundeskartellamtes. Das durch anonymes Whistleblowing eingeleitete Verfahren endete mit der Verhängung von hohen Bußgeldern gegen verschiedene Automobilzulieferer.⁶⁶

Die historische Betonung der Bedeutung von hinweisgebenden Personen wurde jedoch – aus derzeitiger Sicht – auch 50 Jahre danach nicht adäquat in einem rechtlichen Schutzrahmen verankert. Zwischen dem Anspruch der Verbesserung des Schutzes von hinweisgebenden Personen durch den vorgelegten Entwurf des HinSchG-E und der rechtlichen Wirklichkeit klafft eine Lücke, die nunmehr einer dringenden Korrektur bedarf. Der Gesetzgeber tut nun gut daran, die sachliche Diskontinuität parlamentarischer Verfahren zu nutzen, um neue Impulse zu setzen, Rechtssicherheit zu schaffen und kriminologische Erkenntnisse im Reformprozess zu berücksichtigen. Trotzdem darf der Gesetzgeber sich nicht allzu lange Zeit lassen. Ein mögliches Vertragsverletzungsverfahren steht vor der Tür.

⁵⁹ Bussmann/Matschke, CCZ 2009, 132 (137).

⁶⁰ Rotsch/Wagner, in: Rotsch, Criminal Compliance, 2015, § 34 C. Rn. 82; Tinnefeld/Rauhofer, DuD 2008, 717 (721).

⁶¹ Dazu: Taschke/Pielow/Volk, NZWiSt 2021, 85 (87).

⁶² Ausführlich zu rechtlichen, ökonomischen und kriminologischen Vorteilen von Hinweisgebersystemen: Veljovic, CB 2019, 475 (477).

⁶³ HinSchG-E, S. 1.

⁶⁴ Ebenso Colcernic/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, 2020, S. 137.

⁶⁵ *BVerfG*, NJW 1970, 1498 (1500).

⁶⁶ Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 24.6.2015, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/24_06_2015_Automobilbranche.html (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

Perspektiven der Suizidbeihilfe in Deutschland

Eine Anmerkung zum interfraktionellen Abgeordnetenentwurf eines Suizidhilfegesetzes und zum Diskussionsentwurf des BMG zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung

von Dipl.-Jur. Niklas Pfeifer*

Abstract

Seit der Nichtigerklärung des umstrittenen Verbots der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe durch das BVerfG im vergangenen Jahr sucht die Politik nach einem neuen Regelungskonzept zum Ausgleich des individuellen Rechts auf Inanspruchnahme von Hilfe bei der Verwirklichung eines selbstbestimmten Selbsttötungsentschlusses mit der staatlichen Pflicht zum Schutz von Autonomie und Leben. Dass das keine leichte Aufgabe ist, zeigt sich auch in den bislang vorliegenden Gesetzesentwürfen. Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit schockiert, indem er ein generelles, noch über § 217 StGB a.F. hinausgehendes strafrechtliches Verbot der Suizidbeihilfe zum Ausgangspunkt nimmt, während der Abgeordnetenentwurf die Entscheidung über die Freiverantwortlichkeit des Suizidwilligen unter kategorischer Ausblendung des ärztlichen Ethos allein in die Hände des Sterbehelfers und damit i.d.R. in die eines Arztes legen will. Keiner der Entwürfe kann überzeugen.

Since the annulment of the controversial ban on commercially assisted suicide, lawmakers have been seeking a new regulatory approach to balance the individual right to help with the implementation of a self-determined suicide decision with the state's duty to protect autonomy and life. That this is not a simple task is also shown in the draft legislation so far. The draft of the Federal Ministry of Health shocks by taking as its starting point a general criminal prohibition on assisted suicide, which goes beyond the former Section 217 StGB. An inter-party draft, on the other hand, wants to place the decision on the autonomy of the suicidal person solely in the hands of the person assisting in the suicide, and thus generally in the

hands of a doctor – under the categorical suppression of the medical ethos. None of the drafts can convince.

I. Einleitung

Am 20. April 2021 haben Abgeordnete mehrerer Bundestagsfraktionen den „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Suizidhilfe“ in den Bundestag eingebracht.¹ Der Entwurf ist einer unter vielen: Nur wenige Stunden nachdem er Ende Januar zuerst veröffentlicht worden war, traten die Grünen-Abgeordneten *Künast* und *Keul* mit Ihrer Skizze für einen „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben“ an die Öffentlichkeit.² Wenige Tage darauf publizierte eine Kooperation von Rechtswissenschaftlern einen „Vorschlag für ein modernes Sterbehilferecht“.³ Medien berichten außerdem vom Eckpunktepapier eines weiteren interfraktionellen Zusammenschlusses von Abgeordneten.⁴ Mittlerweile hat auch das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) mit einem Diskussionsentwurf für ein „Gesetz zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung“ reagiert.⁵ Hinzu kommt eine ganze Reihe an Vorschlägen aus Wissenschaft⁶ und Gesellschaft⁷.

Am 21. April 2021 fand im Bundestag eine Orientierungsdebatte zur Neuregelung der Sterbehilfe statt. Das Plenarprotokoll offenbart die tiefen Gräben zwischen den ethischen und politischen Grundpositionen.⁸ Mehrheiten für einen der Vorschläge oder auch nur deren grundsätzliche Ausrichtung zeichnen sich bislang nicht ab. Die Debatte ist in vollem Gange und die Zukunft der Suizidbeihilfe in Deutschland noch weitgehend offen.

* Der Verfasser ist wissenschaftliche Hilfskraft in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht der Georg-August-Universität Göttingen, unter der Leitung von Prof. Dr. Gunnar Dutte.

¹ BT-Drs. 19/28691, abrufbar unter www.kripoz.de/2016/05/05/gesetz-zur-strafbarkeit-der-geschaeftsmaessigen-foerderung-der-selbsttoetung/ (zuletzt abgerufen am 24.5.2021), i.F. „Abgeordnetenentwurf“.

² I.F. „Grüner Entwurf“, abrufbar unter www.renate-kuenast.de/berlin-thema/entwurf-eines-gesetzes-zum-schutz-des-rechts-auf-selbstbestimmtes-sterben (zuletzt abgerufen am 24.5.2021).

³ *Dorneck u.a.*, Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchener-Hallescher Entwurf (AMHE-SterbehilfeG), Tübingen 2021; eine verkürzte Fassung ist abrufbar unter www.dghs.de/humanes-sterben/gesetze/gesetzentwurfe.html (zuletzt abgerufen am 24.5.2021).

⁴ Z.B. *Widmann/Lau*, „Die Freiheit zu sterben“, DIE ZEIT 20/2021, S. 9; www.aerzteblatt.de/nachrichten/123117 (zuletzt abgerufen am 24.5.2021); das Eckpunktepapier selbst wurde nicht veröffentlicht.

⁵ I.F. „Diskussionsentwurf“, abrufbar unter www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Suizidhilfe_Gesetz_Arbeitsentwurf.pdf (zuletzt abgerufen am 24.5.2021).

⁶ Z.B. *Borasio u. a.*, Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, 2. Aufl. (2020); *Kreuzer*, KriPoZ 2020, 199 (202 f.); *Lindner*, ZRP 2020, 66 ff.; s. außerdem die umfassende Kommentierung von Vorschlägen aus dem Reformprozess vor § 217 StGB a.F., die nun teilweise wieder an Aktualität gewonnen haben, bei *Saliger*, in: FS Merkel, 2020, S. 1063 ff.

⁷ Vorschläge wurden gemacht von der Deutschen Gesellschaft für Humanes Sterben, vom Humanistischen Verband Deutschlands, von der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin und von der Deutschen Stiftung Patientenschutz.

⁸ S. Plenarprotokoll 19/223, S. 28261 ff.

Dieser Beitrag vergleicht den zuerst erwähnten Abgeordnetenentwurf mit dem Diskussionsentwurf des BMG, der sich in vielen Punkten als Gegenentwurf erweist. An den geeigneten Stellen finden sich außerdem Hinweise auf den Grünen Entwurf sowie auf den AMHE-SterbehilfG. Die übrigen Entwürfe und Vorschläge wurden hier nicht berücksichtigt.⁹

II. Hintergrund

In seiner vielbeachteten Entscheidung aus dem vergangenen Jahr hat das *BVerfG* die Eckpfeiler einer gesetzlichen Ausgestaltung der Suizidbeihilfe in Deutschland eingeschlagen: Das individuelle Recht auf selbstbestimmtes Sterben geht einher mit dem Recht, hierbei die Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen,¹⁰ wenn auch niemand – ob Arzt oder nicht – zur Hilfeleistung verpflichtet werden kann.¹¹ Demgegenüber trifft den Staat die Pflicht zum Schutz der Autonomie Sterbewilliger und über diese vermittelt von deren Leben.¹² Der Gesetzgeber muss diese Aspekte zum Ausgleich bringen – mit entsprechendem Gestaltungsspielraum.¹³ Das pauschale Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Suizidhilfe in § 217 StGB a.F. hat diesen Spielraum jedenfalls überschritten und wurde daher für verfassungswidrig und nichtig erklärt.¹⁴ Zwar intendierte die Strafnorm legitimerweise den Schutz vor einer „gesellschaftlichen Normalisierung des assistierten Suizids“ und den einhergehenden Pressionen in Richtung einer Selbsttötung.¹⁵ Sie war aber unverhältnismäßig, da sie „das Recht auf Selbsttötung als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in bestimmten Konstellationen faktisch weitgehend entleert“ hat.¹⁶ Sterbewilligen müssten geeignete Handlungsoptionen zur Verwirklichung ihres Rechtes auf selbstbestimmtes Sterben zur Verfügung stehen.¹⁷ Solange nicht tatsächlich Ärzte bereit seien, „an einer Selbsttötung zumindest durch Verschreibung der benötigten Wirkstoffe assistierend mitzuwirken“, verbliebe das Angebot von Sterbehilfevereinen als einzige geeignete Handlungsoption.¹⁸ Einer solchen Bereitschaft der Ärzteschaft stünden jedoch neben der zu respektierenden individuellen Gewissensentscheidung das jedenfalls faktisch handlungsleitende Verbot der Sterbehilfe in § 16 S. 3 MBO-Ä¹⁹ sowie in vielen Berufsordnungen der Landesärztekammern entgegen.²⁰

Als Optionen für eine künftige, am staatlichen Schutzauftrag zugunsten der individuellen Autonomie und des Lebens orientierte Regulierung der Suizidassistenz in Deutschland nennt das *BVerfG* „prozedurale Sicherungsmechanismen“ wie „gesetzlich festgeschriebene Aufklärungs- und Wartepflichten“, außerdem „Erlaubnisvorbe-

halte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern“, und eröffnet Raum für (ggf. strafrechtliche) „Verbote besonders gefährdeter Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB“. Es weist auch auf die Notwendigkeit einer „konsistenten Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und der Apotheker“ und des Betäubungsmittelrechts hin.²¹

Nach alledem steht der Gesetzgeber vor einer beachtlichen Herausforderung. Er trägt die grundrechtlich gespeiste Verantwortung, einen normativ überzeugenden und praktisch tragfähigen Rechtsrahmen zu entwickeln, der einerseits die Inanspruchnahme von Hilfe bei der Selbsttötung ermöglicht, andererseits die Selbstbestimmtheit des Entschlusses zu dieser absichert. Die rechtlichen Hürden müssen hoch genug sein, um einer „Normalisierung“ der Sterbehilfe im Allgemeinen vorzubeugen und Autonomiedefizite im Einzelfall auszuschließen, dürfen aber nicht so hoch sein, dass die Schwelle zum „Generalverdacht“²² fehlender Autonomie überschritten und die „geeigneten Handlungsoptionen“²³ Suizidwilliger zu stark beschränkt werden.

Das *BVerfG* hat durch die Nichtigklärung von § 217 StGB den strafrechtlichen *status quo ante* wiederhergestellt. Die Suizidbeihilfe ist mangels beihilfefähiger Haupttat straffrei (vgl. § 27 Abs. 1 StGB). Sterbehilfeorganisationen haben daraufhin ihre Tätigkeit wieder aufgenommen.²⁴ Der Deutsche Ärztetag hat zwischenzeitlich in Reaktion auf das Urteil des *BVerfG* das Verbot der Sterbehilfe aus der MBO-Ä gestrichen.²⁵ Es ist zu erwarten, dass die Landesärztekammern diesem Beispiel folgen werden, soweit das Verbot überhaupt in den jeweiligen Landesberufsordnungen umgesetzt war. Die Praxis der Suizidbeihilfe in Deutschland entwickelt eine Eigendynamik, die nicht im Interesse des schutzverpflichteten Gesetzgebers sein kann. Das *BVerfG* hat eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, die gegen die eine Erlaubnis zum Erwerb eines tödlichen Arzneimittels zum Zweck der Selbsttötung ablehnenden, gerichtlich bestätigten Entscheidungen des Bundesinstituts für Arzneimittel gerichtet war, und die Beschwerdeführer darauf verwiesen, die „konkreten Gestaltungsmöglichkeiten und tatsächlichen Räume“ der aktuellen Rechtslage auszuloten und auszuschöpfen. Das *Verfassungsgericht* wollte insbesondere die gesetzgeberische Gestaltungsentscheidung nicht faktisch vorwegnehmen.²⁶ Mit anderen Worten: Die Judikative hat ihren Teil (vorerst) getan, nun ist der Gesetzgeber am Zug.

⁹ Zu weiteren Entwürfen s. z.B. Neumann, NJOZ, 2021, 385 ff.

¹⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907 f.).

¹¹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

¹² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

¹³ Ebd.

¹⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907 ff.).

¹⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (909 ff.).

¹⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (913).

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte.

²⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (916 f.).

²¹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

²² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

²³ Ebd.

²⁴ Vgl. Albrecht, „Sehnsucht nach Klarheit“, DIE ZEIT 18/2021, S. 29 (30).

²⁵ Beschlussprotokoll des 124. Deutschen Ärztetags, abrufbar unter www.bundesaeztekammer.de/aerztetag/124-deutscher-aerztetag-2021-als-online-veranstaltung/beschlussprotokoll/, S. 156 f. (zuletzt abgerufen am 24.5.2021).

²⁶ *BVerfG*, NJW 2021, 1086 (1087).

III. Der Abgeordnetenentwurf im Überblick

Der Abgeordnetenentwurf sieht vor, der Suizidassistenten in Deutschland durch ein neues Suizidhilfegesetz (SuizidhilfeG-E) und kleinere Änderungen an BtMG und StGB einen rechtlichen Rahmen zu geben.²⁷ Er orientiert sich stark an der Entscheidung des *BVerfG* und betont einen liberalen Humanismus: „Suizidhilfe braucht Menschlichkeit.“, heißt es in der Entwurfsbegründung. „Im Mittelpunkt dieses Gesetzentwurfes stehen die Menschen, die sehnlichst sterben möchten, ihre Angehörigen und Freunde sowie Menschen, die helfen möchten.“ Das einzige beachtenswerte Kriterium sei das „Selbstbestimmungsrecht jedes Einzelnen, also der autonom gebildete, freie Wille des Menschen“. Dementsprechend wären „Grund und Grenze des gesetzgeberischen Tätigwerdens [...] sicherzustellen, dass die Suizidentscheidung tatsächlich auf einem autonom gebildeten, freien Willen fußt.“²⁸ Durch das neue Suizidhilfegesetz sollen „praktische Rechtsunsicherheiten“ und „faktische Hürden“ beseitigt werden, die beim assistierten Suizid trotz dessen prinzipieller Straffreiheit nach wie vor bestehen. Insbesondere sollen Ärzte Suizidbeihilfe leisten dürfen, ohne Konsequenzen fürchten zu müssen, und Sterbewilligen soll ermöglicht werden, Medikamente zur Selbsttötung zu erhalten. Zugleich sollen Sterbewillige vor „übereilten und nicht autonom gebildeten Suizidentscheidungen“ geschützt werden.²⁹

Der Entwurf greift das vom *BVerfG* herausgearbeitete Recht auf Hilfe zur Selbsttötung und das spiegelbildliche Recht zur Hilfeleistung auf und schreibt diese klarstellend in §§ 1 und 2 SuizidhilfeG-E fest. § 3 SuizidhilfeG-E enthält die Voraussetzungen des autonom gebildeten, freien Willens zur Selbsttötung, dessen Vorliegen wiederum von §§ 1 und 2 SuizidhilfeG-E ebenso wie vom praktisch zentralen § 6 SuizidhilfeG-E vorausgesetzt wird, der Ärzten die Verschreibung von Arzneimitteln zum Zwecke der Selbsttötung gestattet. § 6 SuizidhilfeG-E verlangt außerdem die Vorlage der Bescheinigung über eine erfolgte Beratung zu Fragen der Suizidhilfe, auf die § 4 SuizidhilfeG-E ein Recht verleiht. Diese Norm konkretisiert auch die Inhalte und das Verfahren der Beratung, während § 5 SuizidhilfeG-E institutionelle Rahmenbedingungen der von den Ländern zu gewährenden Beratungsstellen regelt. § 7 SuizidhilfeG-E verpflichtet schließlich die Bundesregierung zu jährlichen Berichten über die Ausführung des neuen Gesetzes und zu dessen regelmäßiger Evaluation. Durch Art. 2 des Entwurfs wird § 13 Abs. 1 BtMG im Einklang mit § 6 SuizidhilfeG-E ergänzt, um die Verschreibung von Arzneimitteln zum Zwecke der Selbsttötung auch betäubungsmittelrechtlich zu gestatten. Art. 3 nimmt die Mitglieder und Beauftragten der anerkannten Beratungsstellen i.S.d. §§ 4, 5 SuizidhilfeG-E in den Kreis der gem. § 203 StGB unter Strafanandrohung zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen auf.

IV. Der Diskussionsentwurf des BMG im Überblick

Der Diskussionsentwurf stellt die Schutzpflicht des Staates gegenüber der Selbstbestimmung und dem Leben in den Vordergrund: „Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, die Einzelne und den Einzelnen vor einer Selbsttötung zu schützen, die nicht auf einem selbstbestimmten Entschluss beruht.“ Im Übrigen soll einer „problematischen gesellschaftlichen Normalisierung der Hilfe zur Selbsttötung entgegengewirkt“ werden.³⁰

Dazu sieht der Entwurf zwei neue Straftatbestände im StGB vor (§§ 217 und 217a StGB-E) und ergänzt diese um ein Gesetz zur Regelung der Hilfe zur Selbsttötung (Selbsttötungshilfegesetz – StHG-E) sowie eine Modifikation des BtMG. § 217 StGB-E stellt die Hilfe zur Selbsttötung in seinem ersten Absatz grundsätzlich unter Strafe. Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu die Gelegenheit gewährt oder verschafft, soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Abs. 2 regelt sodann die erste Ausnahme von Abs. 1. Sie greift zusammengefasst dann ein, wenn die dort aufgestellten und durch Verweise auf das BGB sowie das StHG konkretisierten Voraussetzungen eines autonomen Selbsttötungsentschlusses und dessen prozeduraler Feststellung erfüllt sind. Als zweite Ausnahme bleiben Angehörige und Nahestehende stets straffrei (Abs. 3). § 217a Abs. 1 StGB-E enthält ein umfassendes Verbot gewinnorientierter oder grob anstößiger Werbung für die Suizidhilfe, das allerdings in den folgenden drei Absätzen von mehreren Ausnahmen zugunsten sachlicher Information durchbrochen wird. Die neuen Tatbestände werden durch die Normen des neuen StHG ergänzt. Es konkretisiert insbesondere die Anforderungen an das Verfahren zur Feststellung der Abwesenheit von für den Selbsttötungsentschluss relevanten akuten psychischen Störungen beim Suizidwilligen i.S.d. § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. c StGB-E (§ 3 StHG-E) sowie an das Verfahren und den Inhalt der gem. § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. d StGB-E verpflichteten Beratung (§§ 4–7 StHG-E). Daneben soll das neue Gesetz die Einrichtung, staatliche Anerkennung, Kontrolle und Förderung der Beratungsstellen (§§ 9–12 StHG-E), die Anerkennung von Sterbehilfeorganisationen (§ 13 StHG-E) und die Kosten der Sterbehilfe regeln (§ 14 StHG-E). Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung wird dazu verpflichtet, Informationsmaterialien zur Suizidprävention zu erstellen und zu verbreiten (§ 8 StHG-E). Die Anwendung der neu geschaffenen Gesetze soll in einer Bundesstatistik erfasst werden (§§ 15–18 StHG-E). Durch eine Ergänzung von § 13 Abs. 1 BtMG wird die im Einklang mit den neuen Vorschriften erfolgende Selbsttötung als begründeter Fall der Anwendung und damit auch der Verschreibung und Gebrauchslasung von Betäubungsmitteln eingestuft. Hierzu sollen nur Ärzte befugt sein.

²⁷ BT-Drs. 19/28691, S. 9.

²⁸ BT-Drs. 19/28691, S. 8 f.

²⁹ BT-Drs. 19/28691, S. 9 f.

³⁰ Diskussionsentwurf, S. 1.

V. Vergleichende Anmerkungen zu ausgewählten Aspekten der Entwürfe

Große Unterschiede zwischen den verschiedenen Entwürfen ergeben sich schon daraus, welche Aspekte des Regulierungskomplexes Suizidbeihilfe sie überhaupt in den Blick nehmen. So sieht der Abgeordnetenentwurf im Vergleich zum Diskussionsentwurf beispielsweise keine Regulierung der Zulassung von Sterbehilfeorganisationen vor. Beide Entwürfe treffen im Gegensatz zum Grünen Entwurf keine Aussage darüber, wie mit den zur Selbsttötung ausgegebenen Betäubungsmitteln zu verfahren ist, z.B. wenn der Selbsttötungsentschluss nicht umgesetzt wird. Die Verfasser des AMHE-SterbehilfeG betten die Neufassung des Rechts der Suizidbeihilfe gleich in eine umfassende Reform der Sterbehilfe insgesamt ein, einschließlich der aktiven Sterbehilfe. Die nachfolgenden vergleichenden Anmerkungen konzentrieren sich auf ausgewählte Aspekte des Abgeordnetenentwurfs und des Diskussionsentwurfs.

1. (Kein) strafrechtliches Verbot der Suizidbeihilfe

Die beiden Entwürfe stehen unter gegensätzlichen Vorzeichen. Während der Abgeordnetenentwurf das *Recht* zur Hilfeleistung bei der Selbsttötung zum Ausgangspunkt nimmt (§ 2 SuizidhilfeG-E), statuiert der Diskussionsentwurf ein strafrechtliches *Verbot* (§ 217 Abs. 1 StGB-E). Zwar zielen beide Entwürfe darauf ab, Suizidbeihilfe nur unter den Voraussetzungen eines freiverantwortlichen Selbsttötungsentschlusses zu legitimieren – eine prozedurale Absicherung dieses Ziels sieht der Abgeordnetenentwurf aber nur für die *ärztliche* Suizidbeihilfe durch Verschreibung eines Arzneimittels zum Zweck der Selbsttötung vor, während sonstige Suizidbeihilfehandlungen unreguliert bleiben. Sanktionen für die Nichteinhaltung der vom SuizidhilfeG-E aufgestellten Voraussetzungen sieht der Abgeordnetenentwurf in keinem Fall ausdrücklich vor. Allenfalls kann ein Arzt gem. § 29 Abs. 1 Nr. 6 oder 6a BtMG bestraft werden, wenn er BtM zur Selbsttötung verschreibt, obwohl die Voraussetzungen des § 6 SuizidhilfeG-E nicht erfüllt sind (vgl. § 13 Abs. 1 S. 4 BtMG-E). Dazu muss sich aber sein Vorsatz auf die Unbegründetheit der Verschreibung,³¹ d.h. das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der §§ 6, 3 SuizidhilfeG-E erstrecken. Ein Abgleiten in eine faktische Strafbarkeit der fahrlässigen Suizidbeihilfe für Ärzte über die Hintertür des Betäubungsmittelstrafrechts müsste in jedem Fall vermieden werden.

Ganz anders der Diskussionsentwurf: Dieser hängt das schärfste Schwert im regulatorischen Arsenal über dem Haupt von jedem auf, der einem anderen in der Absicht, dessen Selbsttötung zu fördern, in irgendeiner Weise

hierzu die Gelegenheit gewährt oder verschafft. Die damit statuierte grundsätzliche Strafbarkeit der Suizidbeihilfe bricht (erneut³²) mit dem aus der allgemeinen Beihilfedogmatik folgenden Grundsatz der Straffreiheit von Beihilfehandlungen zu straffreiem Verhalten (vgl. § 27 StGB) und stellt gegenüber § 217 StGB a.F. noch eine Verschärfung dar, indem auf das den Tatbestand begrenzte Merkmal der Geschäftsmäßigkeit verzichtet wird.³³ Die neue Strafnorm erinnert stark an den erst kürzlich vom *Österreichischen Verfassungsgerichtshof* aufgehobenen § 78 2. Alt. Ö-StGB.³⁴ Die Entwurfsbegründung lässt offen, ob das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2 vom Vorsatz des Hilfeleistenden umfasst sein muss, oder ob es als objektive Bedingung der Strafbarkeit gelten soll. Der Gesetzeswortlaut („Absatz 1 gilt nicht, wenn...“) legt letzteres nahe. Damit würde jedes – auch jedes fahrlässige – Versäumnis des Hilfeleistenden bei der Prüfung des von § 217 Abs. 2 StGB-E vorgesehenen „abgestuften Verfahrens“ zu seiner Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe führen, selbst dann, wenn der andere die Selbsttötung gar nicht oder jedenfalls nicht durch die vom Hilfeleistenden gewährte oder verschaffte Gelegenheit realisiert (abstraktes Gefährdungsdelikt!).³⁵

Die Verfasser des Abgeordnetenentwurfs verzichten anders als das BMG darauf, die Suizidbeihilfe mit einem grundsätzlichen Unwerturteil zu versehen. Diese Zurückhaltung verdient Beifall. Dem Entwurf des BMG steht das Wort „Abschreckung“ auf die Stirn geschrieben – getarnt als Rechtsgüterschutz. Dieser kennt jedoch viele Gesichter und das Strafrecht ist bekanntlich seine *ultima ratio*. Es ist eine Sache, einer gesellschaftlichen „Normalisierung“ der Sterbehilfe entgegenwirken zu wollen; eine ganz andere hingegen, sie als in höchstem Maße sozial-schädlich zu brandmarken und die Verwirklichung des Grundrechts auf die Inanspruchnahme von Hilfe bei der Umsetzung eines selbstbestimmten Selbsttötungsentschlusses als Ausnahmefall in den mit dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung belasteten Grenzbereich des „Gerade-so-nicht-Strafbaren“ zu verbannen, zumal die Grundsatz-Ausnahme-Regelung dazu führen würde, dass jedes suizidfördernde Verhalten einen Anfangsverdacht begründen und damit Ermittlungen veranlassen würde.³⁶ Zwar hat das *BVerfG* die Option eines abstrakten Gefährdungsdelikts zum Schutze von Leben und Autonomie gerade wegen der besonderen Fragilität eines Selbsttötungsentschlusses und der Unumkehrbarkeit seiner Umsetzung nicht gänzlich ausgeschlossen.³⁷ Zugleich hat es aber klargestellt, dass jede, insbesondere jede strafrechtliche Regulierung der Suizidbeihilfe das „von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung“ bestimmte Menschenbild des Grundgesetzes zum Ausgangspunkt

³¹ Vgl. *BGH*, NStZ 2012, 337 (338).

³² S. *Hecker*, GA 2016, 455 zu § 217 StGB a.F.

³³ Vgl. *Saliger* (Fn. 6), S. 1065 f., 1072.

³⁴ *VfGH*, Erkenntnis v. 11.12.2020 – G 139/2019-71 – www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_139_2019_vom_11.12.2020.pdf (zuletzt abgerufen am 24.5.2021); § 78 Ö-StGB a.F. lautete: „Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“ (Herv. d. Verf.).

³⁵ Diskussionsentwurf, S. 16.

³⁶ Vgl. *Murmann*, in: *Dessecker u. a. (Hrsg.), Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, 2019, S. 273 (286).

³⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (914); dazu kritisch *Duttge*, *MedR*, 570 (572).

haben muss.³⁸ Die Vorzeichen des Diskussionsentwurfs des BMG passen nicht zu diesem Menschenbild. Wie schon § 217 StGB a.F., unterstellt § 217 Abs. 1 StGB-E den individuellen Selbsttötungsentschluss dem „Generalverdacht mangelnder Freiheit und Reflexion“³⁹, wenn dieser nunmehr auch nach § 217 Abs. 2 StGB-E widerlegbar sein soll. Faktisch macht diese Konstruktion es höchst unwahrscheinlich, dass jemand anderes als ein Arzt oder ein professioneller Sterbehelfer den vom Diskussionsentwurf vorgesehenen, hochprozeduralisierten Weg der Absicherung der Freiverantwortlichkeit des eigenen Selbsttötungsentschlusses gehen würde. Effektiv würde so der Kreis der potentiellen Suizidhelfer auf Angehörige und Nahestehende (§ 217 Abs. 3 StGB-E) und Ärzte bzw. professionelle Sterbehelfer beschränkt. Gleichzeitig wird die Hemmschwelle für Ärzte, sich überhaupt zur Suizidassistenz bereit zu klären, noch über die durch Fragen des individuellen Gewissens, medizinisch-ethischen Selbstverständnisses und ärztlichen Berufsrechts geschaffenen Komplikationen hinaus erhöht. Denn die strengen und formalen Voraussetzungen des § 217 Abs. 2 StGB-E würden dazu führen, dass jedes auch nur geringfügige Versäumnis im Verfahren der Autonomiesicherung (etwa das Unterschreiten der von Abs. 2 Nr. 2 vorgeschriebene Wartefrist von sechs Monaten um wenige Tage) den Wegfall der Ausnahme und damit die Strafbarkeit nach Abs. 1 begründen würde. *Saliger* warnt zu Recht vor einer „Überkriminalisierung von Verfahrensverstößen“.⁴⁰

Jenseits des Betäubungsmittelstrafrechts könnten besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen im Verfahren zur Autonomiesicherung durch punktuelle Strafvorschriften nach dem Vorbild des § 218c StGB adressiert werden. Im Übrigen kommt eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Absicherung bestimmter punktueller Aspekte in Betracht, wie z.B. der Zulassungsbedürftigkeit von Beratungsstellen und/oder Sterbehilfeorganisationen.⁴¹ Auf diese Weise ließe sich der Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter Rechnung tragen, ohne das Recht auf selbstbestimmtes Sterben durch übermäßige Abschreckung der potentiellen Hilfeleistenden zu unterlaufen. Auch ein Werbeverbot, das m.E. verzichtbar, in jedem Fall aber auf Kommunikationsformen jenseits der Schwelle sachgemäßer Information zu begrenzen ist, wäre im Recht der Ordnungswidrigkeiten besser aufgehoben.⁴²

2. (Kein) Übergriff ins ärztliche Berufsrecht

Der Abgeordnetenentwurf will durch § 2 Abs. 3 SuizidhilfeG-E Beschränkungen des Rechts auf Hilfeleistung (und spiegelbildlich die Verpflichtung hierzu) aufgrund der Berufszugehörigkeit verbieten. Die Vorschrift hat insbesondere das ärztliche Berufsrecht im Blick.⁴³ Bis vor kurzem sah die MBO-Ä noch ein Verbot der Suizidassistenz vor. In vielen Berufsordnungen der Landesärztekammern ist

dieses noch immer enthalten bzw. als Soll-Vorschrift ausgestaltet.⁴⁴ Die verfassungsrechtliche Gültigkeit dieser Bestimmungen ist zwar noch ungeklärt. Solange dieser Schwebezustand anhält, wirken sie aber – so das *BVerfG* – „jedenfalls faktisch handlungsleitend“.⁴⁵ Die Verfasser des Abgeordnetenentwurfs lehnen die berufsrechtlichen Verbote ausdrücklich ab.⁴⁶ Das ist naheliegend, würden sie doch das von § 6 SuizidhilfeG-E vorgesehene ärztliche Recht zur Verschreibung von Arzneimitteln zur Selbsttötung konterkarieren. Allerdings stellt das Verbot jeder berufsrechtlichen Regelung einen Übergriff in die den Landesärztekammern durch die jeweiligen Landesgesetze gewährte funktionale Selbstverwaltung dar, noch dazu in einem Punkt, der das ärztliche Selbstverständnis in seinem Innersten berührt. Man mag noch argumentieren, dass es sich bei Legitimationen bzw. Verböten der ärztlichen Suizidbeihilfe um „einschneidende, das Gesamtbild der beruflichen Betätigung wesentlich prägende Vorschriften über die Ausübung des Berufs“ handelt, die daher „dem Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen vorzubehalten“ sind.⁴⁷ Dann aber liegt die diesbezügliche Kompetenz als Teil der für das Berufsausübungsrechts mangels besonderer Bundeszuständigkeit gem. Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern, nicht beim Bund.⁴⁸

Der Diskussionsentwurf lässt das ärztliche Berufsrecht hingegen unberührt. Eine Suizidbeihilfebehandlung durch einen Arzt hätte unter den Voraussetzungen des § 217 Abs. 2 StGB-E (falls der Arzt ein Angehöriger oder Nahestehender des Suizidenten ist nach Abs. 3) keine strafrechtlichen, abhängig von der jeweils gültigen Berufsordnung aber möglicherweise berufsrechtliche Konsequenzen. Bis die Landesärztekammern dem durch die neue MBO-Ä gegebenen Impuls folgend die Verbote der ärztlichen Suizidhilfe freiwillig – eben selbstverwaltet – aufgegeben haben oder deren Unwirksamkeit gerichtlich festgestellt ist, ist dies der bessere Weg. Die „geografischen Zufälligkeiten“⁴⁹ die aus der Uneinheitlichkeit der Berufsordnungen folgen, sind zwar unbefriedigend, als Folge unseres föderalistischen Systems aber hinzunehmen.

3. Ärztliches Entscheidungsmonopol?

Praktisch noch bedeutsamer als die Voraussetzungen eines freiverantwortlichen Selbsttötungsentschlusses ist, in wessen Kompetenz die letzten Endes in ihren Auswirkungen häufig unumkehrbare Entscheidung über das Vorliegen dieser Voraussetzungen fällt.

Der Abgeordnetenentwurf legt die Entscheidung über die Freiverantwortlichkeit allein in die Hände des Hilfeleistenden (vgl. § 2 Abs. 1 SuizidhilfeG-E). Das Verfahren der Entscheidung ist nur für den Fall der Verschreibung eines Arzneimittels zum Zwecke der Selbsttötung näher

³⁸ Ebd.

³⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

⁴⁰ *Saliger* (Fn. 6), S. 1072; vgl. auch *Neumann*, NJOW 2021, 385 (386).

⁴¹ Vgl. z.B. § 8 Abs. 1, 2 SelbstG-E im Grünen Entwurf.

⁴² Vgl. z.B. § 8 Abs. 3 SelbstG-E im Grünen Entwurf; zustimmend *Neumann*, NJOW 2021, 385 (389).

⁴³ Vgl. BT-Drs. 19/28691, S. 11.

⁴⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (916).

⁴⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (916 f.).

⁴⁶ BT-Drs. 19/28691, S. 12.

⁴⁷ Vgl. *BVerfG*, NJW 1972, 1504 (1507).

⁴⁸ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 905 (916).

⁴⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (917).

geregelt (§ 6 SuizidhilfeG-E). Hier ist es der verschreibende Arzt, der die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses zu beurteilen hat.⁵⁰ Er muss sich die Bescheinigung der Beratungsstelle zwar vorlegen lassen, ihr Inhalt nimmt seine Entscheidung aber nicht vorweg. Bei ihrem Vorliegen kann der Arzt lediglich davon ausgehen, dass dem Suizidwilligen alle für seinen Selbsttötungsentschluss erheblichen Gesichtspunkte bekannt sind, vorausgesetzt er hat selbst medizinisch sachgerecht aufgeklärt. Selbst wenn die beratende Person auf der Beratungsbescheinigung Zweifel an der Autonomie der sterbewilligen Person vermerkt hat, hindert das den Arzt nicht daran, das Arzneimittel zu verschreiben, wenn er selbst diese Zweifel nicht teilt. Aufgabe der Beratungsstelle soll die Beratung des Sterbewilligen sein, nicht seine Begutachtung.⁵¹ Aufgrund der personellen Trennung von Beratendem und Hilfeleistendem (vgl. § 4 Abs. 5 SuizidhilfeG-E) von einem „Vier-Augen-Prinzip“ zu sprechen, wenn die Entscheidung allein beim Träger des zweiten Augenpaares liegt, ist nicht angemessen. Prozedural abgesichert wird im Abgeordnetenentwurf lediglich die für eine selbstbestimmte Entscheidung des Sterbewilligen nötige Informationsgrundlage. Der Schutz aller anderen Aspekte der Freiverantwortlichkeit obliegt dem Hilfeleistenden, in der Regel also dem Arzt. Konflikte mit dessen professionellem Selbstverständnis sind hier vorprogrammiert. Es erscheint daher nicht unwahrscheinlich, dass sich praktisch viele Ärzte der Mitwirkung i.S.d. § 6 SuizidhilfeG-E generell verschließen werden. Damit verbliebe Raum für das Angebot professioneller Sterbehilfeorganisationen, denen der Abgeordnetenentwurf eigentlich die Handlungsgrundlage entziehen will.⁵²

Der Diskussionsentwurf verteilt die Entscheidungslast hingegen auf mehr als zwei Schultern: Zwar muss sich der Hilfeleistende, wenn er nach § 217 Abs. 2 StGB-E strafrei bleiben will, des Vorliegens der dort genannten Voraussetzungen vergewissern. Der Nachweis obliegt dabei allerdings dem Hilfesuchenden, indem er einen amtlichen Lichtbildausweis und die auf den verschiedenen Stufen des Feststellungsverfahrens erworbenen Bescheinigungen und ggf. Gerichtsentscheidungen vorlegt. Anhand des Lichtbildausweises kann der Hilfeleistende die Volljährigkeit des Hilfesuchenden prüfen. Fehlt es an dieser, muss die Genehmigung des Familiengerichts vorliegen (Abs. 2 Nr. 1 lit. a). Die durch Abs. 2 Nr. 1 lit. d vorgeschriebene Beratung nach § 4 StHG-E wird durch die Vorlage der entsprechenden Bescheinigung nachgewiesen. Dass der Hilfesuchende seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung gebildet hat und nach dieser Einsicht handeln kann, muss nach den Voraussetzungen des § 3 StHG-E festgestellt worden sein. Dazu muss dies durch zwei (voneinander und von dem oder den Hilfeleistenden⁵³) unabhängige Ärzte, von denen mindestens einer ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sein muss (§ 3 Abs. 3 StGH-E), schriftlich be-

scheinigt worden sein (Abs. 1, 2). Hier lässt sich tatsächlich von einem „Vier-Augen-Prinzip“ sprechen.⁵⁴ Bei Zweifeln darf die Bescheinigung nicht ausgestellt werden (vgl. Abs. 2 S. 2). Bei Uneinigkeit der beiden Ärzte entscheidet das Betreuungsgericht auf Antrag des Sterbewilligen (vgl. Abs. 4), die gerichtliche Entscheidung wäre dem Hilfeleistenden dann vorzulegen (§ 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E a.E.). Die Zuweisung zum Betreuungsgericht sei „sachgerecht, da dieser Fachgerichtsbarkeit bereits die Zuständigkeit in ähnlich gelagerten Fällen zugewiesen ist.“⁵⁵ Beispiele werden nicht genannt; dem Verfasser dieses Beitrages fällt allenfalls der § 1904 BGB ein, der die Einwilligung des Betreuers bzw. Bevollmächtigten in eine besonders gefährliche ärztliche Maßnahme dem Vorbehalt der Genehmigung des Betreuungsgerichts unterstellt bzw. dem Gericht die Kompetenz einräumt, den Dissens zwischen dem Betreuer bzw. Bevollmächtigten und dem behandelnden Arzt über die Auslegung des durch Patientenverfügung (§ 1901a BGB) vorverfügten Willens des Betreuten bzw. Vollmachtgebers aufzulösen. Wirklich vergleichbar ist diese Kompetenz des Betreuungsgerichts der vom Diskussionsentwurf vorgesehenen allerdings nicht, schließlich soll das Betreuungsgericht nach letzterem über die genuin medizinische Frage des Vorliegens einer akuten psychischen Störung entscheiden.

In der Gesamtschau obliegt dem Hilfeleistenden nach dem Diskussionsentwurf lediglich die *formale* Prüfung der vom Hilfesuchenden zu erbringenden Nachweise, ggf. die nach § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. b StGB-E erforderliche ärztliche Aufklärung entsprechend § 630e Abs. 1 und 2 BGB sowie seine eigene Gewissenentscheidung für oder gegen die Suizidbeihilfe. Die *materiellen* Entscheidungen werden von den die Begutachtung der Autonomiefähigkeit durchführenden Ärzten sowie ggf. dem Familien- und/oder Betreuungsgericht getroffen. Die Begründung des Diskussionsentwurfs weist zurecht darauf hin, dass die Feststellung einer akuten psychischen Störung zum Kernbereich ärztlicher Tätigkeit gehört.⁵⁶ Von einem „Einklang mit den ärztlichen Grundsätzen der Berufsausübung“⁵⁷ kann deshalb aber nicht die Rede sein. Denn die doppelte Begutachtung stellt im Schutzkonzept sicherlich die höchste Stufe dar, die der Hilfesuchende zu nehmen hat. Dies gilt insbesondere, wenn man mit den Ausführungen des *BVerfG* davon ausgeht, dass rund 90 Prozent der Suizidentschlüsse tatsächlich auf einer akuten psychischen Störung beruhen.⁵⁸ Die Begutachtung selbst mag noch keine Suizidbeihilfe sein, sie ebnet ihr aber entscheidend den Weg. Den begutachtenden Ärzten wird der Kontext ihrer Untersuchung selbstverständlich bewusst sein, ebenso dem Arzt, der durch die Verschreibung oder Bereitstellung des tödlichen Arzneimittels die konkrete Suizidbeihilfehandlung vornimmt. Richtigerweise muss jedermann und insbesondere ein Arzt jede Mitwirkung am auf die Selbsttötung des Sterbewilligen gerichteten Verfahren aus Gewissensgründen verweigern können, auch wenn sich diese Mitwirkung in einer psychologischen

⁵⁰ BT-Drs. 19/28691, S. 15.

⁵¹ BT-Drs. 19/28691, S. 14.

⁵² Vgl. BT-Drs. 19/28691, S. 1.

⁵³ Diskussionsentwurf, S. 22.

⁵⁴ Diskussionsentwurf, S. 12.

⁵⁵ Diskussionsentwurf, S. 22.

⁵⁶ Diskussionsentwurf, S. 17.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (911).

bzw. psychiatrischen Untersuchung und Befundstellung erschöpft.

Die Beschränkung des Untersuchungsauftrags auf das (Nicht-)Vorliegen einer akuten psychischen Störung führt zudem dazu, dass nach dem Diskussionsentwurf keine materielle Entscheidung darüber getroffen wird, ob der Selbsttötungsentschluss ohne unzulässige Einflussnahme oder Druck gebildet wurde, insbesondere nicht auf Täuschung, Drohung oder Zwang beruht. Auf die Vermeidung derartiger Fremdbeeinflussung ist vielmehr erst die sich anschließende verpflichtende Beratung gerichtet (§ 5 Abs. 1 S. 2 StHG-E). Da die Bescheinigung über die Beratung dem Sterbewilligen aber nicht versagt werden kann, stünde selbst dessen offensichtliche Fremdbestimmung der rechtmäßigen Inanspruchnahme von Suizidbeihilfe nicht entgegen, wenn der Sterbewillige trotz der Beratung an seinem Entschluss festhält. Der Diskussionsentwurf ist demnach darauf aus, das Risiko einer Fremdbestimmung zu minimieren, nicht darauf sie zu verhindern.

Um die Autonomie und das Leben des Suizidwilligen im Einzelfall abzusichern, allen Verfahrensbeteiligten das höchstmögliche Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Schwelle für eine Mitwirkung am Verfahren bzw. an der eigentlichen Selbsttötung niedrig zu halten, ist es unumgänglich, dass über die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses verbindlich entschieden wird. Die Entscheidungskompetenz sollte aber aus den genannten Gründen nicht allein bei der Ärzteschaft, schon gar nicht bei einem einzelnen Arzt, liegen. Stattdessen sollte die Entscheidung durch eine Behörde getroffen werden,⁵⁹ deren Beschluss dann der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich wäre. Schließlich handelt es sich bei der Prävention nicht-selbstbestimmter Suizide um ein Anliegen der Gefahrenabwehr, überdies der Gesetzesausführung. Hierzu passt auch, dass die Freigabe entsprechender Betäubungsmittel unabhängig von einer ärztlichen Verschreibung schon heute in behördlicher Hand liegt (§ 3 BtMG). Alternativ könnte die Entscheidungskompetenz kraft Gesetzes an eine fachlich plural besetzte, unabhängige Kommission delegiert werden, um die unmittelbare staatliche Einflussnahme auf das Entscheidungsverfahren zu minimieren.⁶⁰ Auf diese Weise könnte medizinischer Sachverstand eingebunden werden, ohne einen offensichtlichen Konflikt mit dem ärztlichen Ethos zu provozieren.

4. Voraussetzungen der Suizidbeihilfe bei Minderjährigen

Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben „besteht in jeder Phase menschlicher Existenz“.⁶¹ Daher ermöglichen so-

wohl der Abgeordnetenentwurf als auch der Diskussionsentwurf die Suizidbeihilfe bei Minderjährigen. Gleichwohl können und sollten „je nach Lebenssituation unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens“ gestellt werden.⁶²

Zwar ist im Abgeordnetenentwurf vorgesehen, dass „eine Person regelmäßig erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Bedeutung und Tragweite einer Suizidentscheidung vollumfänglich zu erfassen vermag“ (§ 3 Abs. 1 SuizidhilfeG-E). Die offene Formulierung „regelmäßig“ macht diesen Satz aber zu einer bloßen widerlegbaren gesetzlichen Vermutung. Das Verfahren der Feststellung der Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses wird für Minderjährige nicht modifiziert. Damit liegt die Beurteilung derselben wie stets beim Hilfeleistenden, im Falle der Verschreibung eines Arzneimittels zur Selbsttötung beim verschreibenden Arzt. Der besonderen Schutzwürdigkeit Minderjähriger trägt diese stark durchlässige Altersgrenze keine Rechnung.

Der Diskussionsentwurf sieht die Volljährigkeit der zur Selbsttötung entschlossenen Person als erste Voraussetzung einer straffreien Suizidbeihilfe vor (§ 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB-E), die allerdings durch die Genehmigung des Familiengerichts ersetzt werden kann (Alt. 2). Dieses soll die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen im Einzelfall feststellen.⁶³ Damit ist immerhin ein zusätzlicher Mechanismus zum Schutz minderjähriger Sterbewilliger vorgesehen. Die Sorgeberechtigten und *-verpflichteten* werden durch diese Lösung allerdings gänzlich übergangen. Mit Blick darauf, dass die erforderliche natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch bei Minderjährigen gegeben sein kann, erscheint es nicht zwingend, überhaupt an das Alter der suizidwilligen Person anzuknüpfen.⁶⁴ Hilfsweise sollte die Zustimmung aller Sorgeberechtigten als Substitut der Volljährigkeit genügen,⁶⁵ wobei die Zustimmung eines oder mehrerer Sorgeberechtigter wiederum nach dem Vorbild des § 1748 BGB im Einzelfall durch eine Entscheidung des Familiengerichts ersetzt werden kann. Gänzlich verzichtet werden kann auf besondere gesetzliche Voraussetzungen betreffend Minderjährige nur dann, wenn die sorgfältige Prüfung der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Einzelfall sichergestellt ist.

5. Prozedurale Absicherung der Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses

Auch wenn der Abgeordnetenentwurf und der Diskussionsentwurf unterschiedliche Konsequenzen an ihr Nicht-

⁵⁹ Vgl. den Grünen Entwurf, § 4 Abs. 1 SelbstG-E, der die behördliche Entscheidung allerdings nur im „allgemeinen Verfahren“ vorsieht, während in einer „medizinischen Notlagen, die mit schweren Leiden, insbesondere starken Schmerzen, verbunden ist“ der behandelnde Arzt im Einvernehmen mit einem zweiten Arzt zur Selbsttötung geeignete Betäubungsmittel verschreiben darf (§ 3 SelbstG-E). Die Begriffe „medizinische Notlagen“ und „schweres Leiden“ sind aber höchst unbestimmt und daher ungeeignet, Rechtssicherheit zu schaffen.

⁶⁰ Vgl. AMHE-SterbehilfeG, § 9; s. schon *Duttge*, NJW 2016, 120 (125).

⁶¹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

⁶² *BVerfG*, BJV 2020, 905 (921).

⁶³ Diskussionsentwurf, S. 18.

⁶⁴ Vgl. *Saliger* (Fn. 6), S. 1074.

⁶⁵ Vgl. den Grünen Entwurf, § 7 Abs. 1 Nr. 2 SelbstG-E, der dort allerdings in Nr. 1 zusätzlich ein kinder-psychologisches oder kinder-psychiatrisches Gutachten verlangt. Minderjährigen spricht der Entwurf in eigenwilliger Konstruktion zunächst ab, „Sterbewillige“ i.S.d. Gesetzes sein zu können (vgl. §§ 2 Abs. 1, 7 Abs. 1 S. 1 SelbstG-E), um dann ausschließlich in „medizinischen Notlagen“ doch ihren Sterbewilligen erklären zu können.

vorliegen knüpfen, ist für beide Entwürfe die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses entscheidend für die Abgrenzung von rechtmäßiger und unrechtmäßiger Suizidbeihilfe und die Absicherung der autonomen Entscheidung des Hilfesuchenden das gesetzgeberische Hauptanliegen. Beide Entwürfe setzen dazu, dem Vorschlag des *BVerfG* folgend,⁶⁶ auf die Implementierung prozeduraler Mechanismen.

a) Beratungsrechte und Beratungspflichten

So ist zunächst jeweils ein Beratungsmodell vorgesehen, das sich in beiden Entwürfen unverkennbar stark am zweifelhaften Vorbild des § 219 StGB i.V.m. den §§ 2 ff. Schwangerschaftskonfliktgesetz orientiert. Gegen die Etablierung eines bundesweiten, staatlich garantierten Beratungsnetzes spricht zunächst nichts. Konfliktlinien zeigen sich erst, wenn aus dem Beratungsrecht eine Beratungspflicht wird.

Verpflichtend ist die Beratung nach dem Abgeordnetenentwurf nur, wenn sich der Sterbewillige ein Arzneimittel zum Zwecke der Selbsttötung verschreiben lassen will, denn dann muss er die über die erfolgte Beratung auszustellende Bescheinigung (§ 6 Abs. 7 S. 1 SuizidhilfeG-E) dem Arzt vorlegen (§ 6 Abs. 3 SuizidhilfeG-E). In allen anderen Fällen der Suizidbeihilfe bedarf es keiner Beratung. Grundsätzlich ist eine Beratungspflicht ein geeignetes Mittel, den *informed consent* abzusichern. Sie hat insofern die gleiche Stoßrichtung wie die Pflicht zur ärztlichen Aufklärung, die grundsätzlich für die Rechtmäßigkeit jeder ärztlichen Heilmaßnahme konstitutiv ist (vgl. § 630d Abs. 4 i.V.m. § 630e BGB). Auch der Abgeordnetenentwurf sieht für die Verschreibung eines Arzneimittels zum Zwecke der Selbsttötung zwingend die Aufklärung durch den verschreibenden Arzt vor (§ 6 Abs. 2 SuizidhilfeG-E), ebenso der Diskussionsentwurf (§ 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB-E). Die Beratung hat allerdings eine größere Reichweite: Während die ärztliche Aufklärung auf medizinische Aspekte beschränkt bleibt, soll die Beratung *alle* Informationen vermitteln, die für eine selbstbestimmte Suizidentscheidung erforderlich sind (vgl. § 4 Abs. 2 SuizidhilfeG-E). Auch adressiert eine Beratungspflicht primär den Suizidwilligen und nicht den Arzt. Bei der Einbindung der Beratungspflicht in das prozedurale Schutzkonzept ist daher Fingerspitzengefühl angezeigt. Denn die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende bedarf gerade keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung.⁶⁷ Gleichzeitig darf es nicht darauf hinauslaufen, dass der Suizidwillige durch eisernes Schweigen jeden vorgesehenen Mechanismus zum Schutze seiner Selbstbestimmung unterlaufen kann. Zumindest gegenüber dem von ihm konsultierten Arzt wird er sich öffnen müssen, wenn dieser die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses tatsächlich beurteilen und nicht nur darüber spekulieren soll. Man beachte in diesem Kontext die Pflicht des Arztes zur Dokumentation aller für eine Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkte (§ 6 Abs. 5 SuizidhilfeG-E). Mitwirkungspflichten bei der

Beratung – auch faktische – dürfen dagegen nicht vorgesehen werden. Wenn nun die beratende Person auf der Beratungsbescheinigung begründete Zweifel an der Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses vermerken soll (§ 4 Abs. 7 S. 2 SuizidhilfeG-E), muss klargestellt werden, dass das schlichte „Über-sich-ergehen-Lassen“ der Beratung, ohne der beratenden Person einen Einblick in die eigenen Motive und Umstände zu gewähren, in diesem Stadium des Verfahrens *keine* Zweifel an der Freiverantwortlichkeit begründet. Denn der Arzt wird sich von einem solchen Vermerk wahrscheinlich abschrecken lassen, auch wenn er formal nicht durch ihn gebunden wird.⁶⁸ Ein *Recht* auf Beratung soll laut dem Abgeordnetenentwurf jeder haben, der seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (§ 4 Abs. 1 SuizidhilfeG-E). Diese Beschränkung soll verhindern, dass Deutschland zu einem „Land des internationalen Sterbehilfetourismus“ wird.⁶⁹ Dabei ist die Klausel einerseits ineffektiv: Mittelbar ist sie zwar geeignet, Ausländer das Erlangen einer Verschreibung von Arzneimitteln zur Selbsttötung zu *erschweren*, denn ohne Beratungsbescheinigung darf die Verschreibung nicht erfolgen. Einen Wohnsitz in Deutschland zu erlangen ist für entschlossene Sterbewillige aber kein unüberwindliches Hindernis (dann schon eher: *ständiger* Wohnsitz). Andererseits ist die Beschränkung ohnehin abzulehnen. Schon vom ethischen Standpunkt aus ist es bedenklich, ausländischen Sterbewilligen eine ergebnisoffene Beratung zu verweigern, wenn die dafür nötige Infrastruktur vorhanden ist. Wenn das Beratungsmodell außerdem der staatlichen Schutzpflicht zugunsten der individuellen Selbstbestimmung bei einer Suizidentscheidung genügen soll, ist zu beachten, dass diese aus dem auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fußenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird, das als sog. Jedermann-Grundrecht allen Menschen zugutekommt. In §§ 1 und 2 SuizidhilfeG-E findet dieser universelle Geltungsanspruch noch Ausdruck („Jeder...“). Die Verortung der personellen Beschränkung beim Beratungsrecht statt beim Verschreibungsrecht rührt wahrscheinlich daher, dass in letzterem Fall die Atypizität dieser ungeschickten Rücknahme für Ausländer deutlicher zutage treten würde.

Nach dem Diskussionsentwurf ist Beratung bei jeder Form der Suizidbeihilfe zwingend erforderlich (§ 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. d StGB-E). Die Beratung „soll insbesondere darauf hinwirken, dass dem Entschluss zur Selbsttötung eine selbstbestimmte Entscheidung zugrunde liegt und [er] nicht auf unzulässiger Einflussnahme oder Druck, insbesondere nicht auf Täuschung, Drohung oder Zwang beruht“ (§ 5 Abs. 1 StHG-E). Dass die Beratung erst *nach* der doppelten ärztlichen, ggf. gerichtlichen Bescheinigung der Autonomiefähigkeit der sterbewilligen Person erfolgen soll, leuchtet nicht ein. Dies nimmt nicht nur dem Beratenen die Gelegenheit, unter dem Eindruck der Beratung von seinem Sterbewunsch Abstand zu nehmen, bevor von dritter Seite über seine Selbstbestimmung befunden wird, sondern verhindert auch, dass die in der Beratung gewonnenen Erkenntnisse und Eindrücke bei der ärztlichen Beurteilung herangezogen werden können, so sich

⁶⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (921).

⁶⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

⁶⁸ BT-Drs. 19/28691, S. 14; vgl. *Neumann*, NJOW 2021, 385 (388).

⁶⁹ BT-Drs. 19/28691, S. 13.

der Beratene denn freiwillig geöffnet hat.

b) Angemessene (?) Wartezeiten und „Härtefälle“

Das Vorsehen einer Frist zwischen dem Abschluss des der Suizidbeihilfe vorausgehenden Verfahrens, insbesondere der Beratung des Sterbewilligen und der eigentlichen Suizidbeihilfe ist eine einfache Möglichkeit zur prozeduralen Absicherung der „gewissen Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit“, die das *BVerfG* als Voraussetzung eines autonomen Selbsttötungsentschlusses aus der Rechtsprechung des *BGH* übernommen hat.⁷⁰

Im Abgeordnetenentwurf ist vorgesehen, dass der Arzt bei der Entscheidung über die Verschreibung eines Arzneimittels zur Selbsttötung „in der Regel“ erst zehn Tage nach der Beratung von einer gewissen Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit des Sterbewunsches ausgehen darf (§ 6 Abs. 4 SuizidhilfeG-E). Damit ist zugleich klar, dass der Arzt im begründeten Einzelfall die Verschreibung auch schon früher vornehmen kann. Die Entwurfsbegründung spricht von Situationen, in denen „dem Suizidwilligen ein Zuwarten aufgrund des Ausnahmecharakters seiner individuellen Situation nicht zuzumuten ist“.⁷¹ Brauchbare Orientierungspunkte für den allein entscheidungskompetenten Arzt liefert diese Formulierung nicht. „Zumutbarkeit“ ist an sich jedenfalls kein medizinisches Kriterium, sondern ein höchst unbestimmter Rechtsbegriff. Rechtssicherheit sucht man hier also vergebens. Die Zehn-Tages-Frist ist überdies reichlich kurz bemessen, wenn man bedenkt, dass sie „Entscheidungen, die als Kurzschlusshandlungen auf rein affektiven Impulsen beruhen oder im Rahmen vorübergehender Lebenskrisen gebildet werden“ ausschließen soll.⁷² Erfolgt die Beratung wie vorgesehen „unverzüglich“, könnten zwischen dem ersten Impuls und der Verschreibung des Arzneimittels weniger als zwei Wochen liegen. Auch eine „vorübergehende“ Lebenskrise kann leicht länger andauern.

Die vom Diskussionsentwurf vorgesehene Wartezeit von sechs Monaten (§ 217 Abs. 2 Nr. 2 1. HS. StGB-E) erscheint demgegenüber zu lang. Sie verlängert sich außerdem um die wohl nicht unerhebliche Dauer des Verfahrens der zweifachen ärztlichen Begutachtung sowie der Beratung. Zwar kann die Wartezeit im Einzelfall verkürzt werden, wenn ihre Einhaltung für den Sterbewilligen eine unzumutbare Härte bedeuten würde (§ 217 Abs. 2 Nr. 2 2. HS. i.V.m. § 7 StHG-E). Dafür bedarf es aber einer Entscheidung des Betreuungsgerichts. Dabei ist der Sterbewillige, dessen Autonomiefähigkeit in Hinblick auf den Entschluss zur Selbsttötung an diesem Punkt des Verfahrens bereits in aller Form festgestellt wurde, gar nicht betreuungsbedürftig (vgl. § 1896 BGB). Dass dem Betreuungsgericht gleichwohl die Entscheidungskompetenz zugewiesen wird, ist zwar konsequent zur Regelung des § 3 Abs. 4 StHG-E, aber ebenso wenig überzeugend (dazu o. 3.).

Wenn es nicht gelingt, aus den Erkenntnissen der Suizidforschung eine aus wissenschaftlicher Perspektive „angemessene“ Wartezeit abzuleiten, bleibt ihre Festlegung eine mehr oder weniger willkürliche, politische Entscheidung. In diesem Sinne sei hier eine Frist von zwei Monaten vorgeschlagen. Im Einzelfall muss diese Frist verkürzt werden können. Soll die Entscheidung darüber beim Hilfeleistenden liegen, muss das Gesetz selbst möglichst klare Kriterien für die „Unzumutbarkeit“ längerer Zuwartens benennen. Eine Generalklausel ist nur bei einer institutionalisierten Entscheidung unter Einbeziehung rechtlicher Expertise tragbar. Statt der Betreuungsgerichte sollte die auch für die Entscheidung über die Freiverantwortlichkeit zuständige Stelle, d.h. entweder eine unabhängige Kommission oder eine Behörde (s. o. 3.), über Härtefälle entscheiden. Entscheidet eine Behörde, muss die Entscheidung *verwaltungsgerichtlich* überprüfbar sein.

VI. Fazit

Wahrscheinlich liegen sowohl der Abgeordnetenentwurf als auch der Diskussionsentwurf im Rahmen des vom *BVerfG* betonten Gestaltungsspielraums bei der Neuregelung der Suizidbeihilfe in Deutschland, auch wenn dies mit Blick auf die radikal-strafrechtliche Ausformung des Diskussionsentwurfs keineswegs sicher ist. Überzeugen kann für sich genommen keiner der Entwürfe.

Die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Absicherung des Verfahrens gegen schwerwiegende Pflichtverletzungen und Missbrauch ist angebracht, ein grundsätzliches Verbot jeder Suizidbeihilfe, noch dazu unter Strafanandrohung, ist hingegen ein großer Schritt in die falsche Richtung und trägt nicht zu mehr Rechtssicherheit bei, sondern schürt im Gegenteil Verunsicherung und lässt Reflexe einer „Tabuisierung und Abwehr aus Sorge vor eigener Verstrickung“⁷³ erwarten, die der „Bedingung realer Wirkkraft“⁷⁴ des Rechtes auf Selbsttötung nur abträglich sein können.

Gleichzeitig befreien prozedurale Sicherungsmechanismen nicht von der Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung über die Freiverantwortlichkeit des Selbsttötungsentschlusses. Der Gesetzgeber sollte bereit sein, Elemente aus verschiedenen Entwürfen miteinander zu verbinden. So könnte die vom Diskussionsentwurf vorgesehene ärztliche „Vier-Augen“-Entscheidung über die Autonomiefähigkeit des Sterbewilligen im medizinischen Sinne als Grundlage für die Entscheidung einer Behörde oder einer staatlich bestellten, in ihrem Wirken unabhängigen Kommission herangezogen werden, die auch die persönlichen und sozialen Umstände des Sterbewilligen würdigt, um Fremdbestimmung als treibendes Motiv des Selbsttötungsentschlusses auszuschließen. Eine derart institutionalisierte Entscheidung über die Freiverantwortlichkeit könnte auch die besonderen Bedingungen und Umstände eines Selbsttötungsentschlusses Minderjähriger berücksichtigen.

⁷⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (911) unter Verweis auf *BGH*, NJW 2019, 3092 (3093 f.) m.w.N.

⁷¹ BT-Drs. 19/28691, S. 16.

⁷² BT-Drs. 19/28691, S. 13.

⁷³ *Duttge*, NJW 2016, 120 (124).

⁷⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (915).

Der verständliche Impuls, Suizidbeihilfe als medizinisches Problem zu sehen, verkennt die vom *BVerfG* herausgearbeitete Vieldimensionalität jedes Sterbeentschlusses. Der Impuls wird zum legislativen Kurzschluss, wenn Ärzte allein oder jedenfalls maßgeblich darüber entscheiden sollen, wer beim Sterben von Rechts wegen fremde Hilfe in Anspruch nehmen darf. Die deutsche Ärzteschaft ist fraglos hochqualifiziert und einem Ethos verpflichtet, der besonderes Vertrauen in ihre Expertise und Entscheidungen rechtfertigt. Sie sind aber gerade nicht *per se* „besser als andere Berufsgruppen in der Lage zu erkennen, ob der Betroffene aus autonom gebildetem, freiem Willen

heraus handelt“⁷⁵. Die ärztliche Kompetenz darf und muss sich auf medizinische Aufklärung, Untersuchung und Befundstellung beschränken. Hinzu kommt ohnehin noch die höchsteigene Gewissensentscheidung. Aus dem benannten Beschluss des Deutschen Ärztetags zur Änderung der MBO-Ä geht auch hervor, „dass es nicht zum Aufgabenspektrum der Ärzteschaft zählt, Hilfe zur Selbsttötung zu leisten“.⁷⁶ Ärzte sind ihrem Selbstverständnis nach eben nicht die „geborenen Freitodhelfer“⁷⁷. Jeder weitere Vorschlag für den künftigen Rechtsrahmen der Suizidbeihilfe in Deutschland sollte das berücksichtigen.

⁷⁵ BT-Drs. 19/28691, S. 15.

⁷⁶ Beschlussprotokoll (Fn. 25), S. 157.

⁷⁷ So aber *Saliger* (Fn. 6), S. 1075.

Lauter Verrisse

von Prof. Dr. Elisa Hoven*

Im vergangenen Jahr haben gleich zwei Rezensionen strafrechtswissenschaftlicher Qualifikationsschriften in der Online-Zeitschrift ZIS für Aufregung gesorgt. Insbesondere die Besprechung der Habilitationsschrift von *Frauke Rostalski* durch *Carl-Friedrich Stuckenberg* gibt Anlass,¹ über die Bedeutung von Rezensionen sowie die Anforderungen an Unvoreingenommenheit und Stil zu diskutieren.² Einige meiner Gedanken möchte ich hier skizzieren.

I. Grundlegendes

1. Macht des Rezensenten und Gefahren des Missbrauchs

In der Diskussion über Anforderungen an Rezensionen darf nicht unterschätzt werden, welche Macht der Rezensent einer Arbeit hat.

a) Deutungshoheit

Dem Rezensenten kommt eine weitreichende faktische Deutungshoheit über das besprochene Werk zu. Seine Behauptungen über formale und inhaltliche Mängel sind für den Betroffenen kaum korrigierbar. Eine Replik des Autors hat vergleichsweise geringes Gewicht; schließlich ist er oder sie – (scheinbar) anders als der Rezensent – kein objektiver Betrachter der Arbeit. Im Falle eines Verrisses ist der Betroffene darauf angewiesen, dass Kollegen bereit sind, sich in die Sache „einzumischen“ (was nicht wenige scheuen werden) und die Arbeit sachlich zu besprechen.

Einige Leser werden den Ausführungen eines Rezensenten nicht ungeprüft Glauben schenken, sondern sich ein eigenes Bild von der Arbeit machen. Doch unsere Terminkalender sind voll und wenn das Buch nicht unmittelbar den eigenen Interessenkreis berührt, werden sich nur wenige die Mühe machen. Die Reaktionen auf die beiden jüngsten Rezensionen haben gezeigt, dass die wenigsten Dissertationen und Habilitationsschriften von einer großen Mehrheit der Strafrechtswissenschaftler (ich nehme mich dabei keinesfalls aus) tatsächlich gelesen werden. Das ändert sich auch nicht zwingend mit Veröffentlichung der Rezension: Zustimmung zu *Lothar Kuhlens* Rezension äußerten auch Kollegen, die ausdrücklich angaben, die Arbeit von *Cornelia Spörl* gar nicht zu kennen.

Eine fehlerhafte, verzerrte oder missverstandene Wiedergabe von Inhalten und Argumentationslinien prägt daher die öffentliche Wahrnehmung der Arbeit in ganz erheblichem Maße.

b) Reichweite von Rezensionen gerade in Online-Publikationen

Rezensionen in Online-Zeitschriften wie der ZIS können eine enorme Reichweite erzielen. Zu beiden hier genannten Rezensionen entwickelten sich innerhalb weniger Stunden nach ihrer Veröffentlichung intensive Diskussionen auf Twitter.

Die Rezensionen wurden also nicht nur von der (strafrechts-)wissenschaftlichen Community als Bestandteil einer akademischen Auseinandersetzung wahrgenommen, sondern auch von einer Vielzahl von Journalisten, Politikerinnen und Studierenden. Diese können erst recht nicht beurteilen, ob der Rezensent mit seiner Beurteilung der Arbeit richtig liegt. Selbst wenn die Rezension die Arbeit grob entstellt – am betroffenen Autor bleibt etwas hängen („Die hatte doch damals diese vernichtende Rezension bekommen?“).

Wir alle investieren viel in unseren Beruf. Monographien, Aufsätze und Forschungsprojekte, an denen wir intensiv arbeiten, schaffen es nur selten in die Öffentlichkeit. Was die Öffentlichkeit aber interessiert, sind skandalträchtige Rezensionen. Der Wikipedia-Eintrag von *Frauke Rostalski* enthält nun mehr Informationen über die Rezension durch *Carl-Friedrich Stuckenberg* als über ihre Arbeit im Ethikrat oder ihre Forschung zu künstlicher Intelligenz.

Die Wirkungen einer (Online-)Rezension sind auch deshalb so groß, weil der Text noch lange Zeit später abrufbar ist. Noch in vielen Jahren werden sich Studierende, die bei einem betroffenen Autor Vorlesung haben, die Rezension zuspähen. Natürlich kann der Rezensierte seinen Studierenden ein anderes Bild seiner Person entgegensetzen. Aber: Jedes Semester aufs Neue gegen den Vorwurf wissenschaftlicher Unzulänglichkeit arbeiten zu müssen, ist anstrengend.

Aus der weiten Verbreitung des Textes, seiner fortwährenden Verfügbarkeit im Internet und aus der Tatsache, dass er das Bild der Arbeit und des Autors in Wissenschaft und Öffentlichkeit maßgeblich prägen kann, ergibt sich eine erhebliche Macht des Rezensenten. Ein seriöser Wissenschaftler wird sich dieser Verantwortung bewusst sein und sich selbst zu Mäßigung, Ausgeglichenheit und Fairness anhalten. Doch jede machtvolle Stellung kann missbraucht werden – und auch bei Rezensionen besteht die Gefahr, dass unter dem Deckmantel der Wissenschaftsfreiheit ein Kollege persönlich beschädigt werden soll.

* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht am der Universität Leipzig.

¹ *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279.

² Damit möchte ich die beiden Rezensionen ausdrücklich nicht auf eine Stufe stellen. Die Rezension von *Kuhlen* ist insbesondere mit Blick auf die zentralen Punkte der Unvoreingenommenheit und des Stils nicht zu beanstanden.

Anlass dafür kann es auch unter Fachkollegen geben: etwa eine nicht erhaltene Stelle, Enttäuschung darüber, nicht zu einer Tagung eingeladen oder nicht zitiert worden zu sein, ein ablehnendes Gutachten in einem Bewerbungsverfahren oder bei einem Drittmittelantrag.

2. Bedeutung von Rezensionen für die Wissenschaft

Die Antwort auf die Frage, ob und welche Anforderungen an Rezensionen zu stellen sind, hängt auch davon ab, worin der wissenschaftliche Wert einer Rezension liegt.

In der Diskussion um „Verrisse“ wird immer wieder betont, dass Rezensionen einen wesentlichen Beitrag zur akademischen Diskussion und zum „wissenschaftlichen Fortschritt“ (*Schulze-Fielitz*) leisten.³ Ich bin hier ein wenig skeptischer. Die Rezension ermöglicht keinen wissenschaftlichen Austausch; sie setzt der Arbeit – die den meisten Lesern nicht bekannt sein wird – einseitig die Position des Rezensenten entgegen. Der Autor kann auf Kritik nicht direkt reagieren; damit kommen ein fruchtbarer Widerstreit der Argumente und eine Überprüfung von Thesen im kontroversen Diskurs gerade nicht zustande. Für eine ernsthafte wissenschaftliche Auseinandersetzung braucht man daher meiner Ansicht nach andere, neue Formate. Weshalb stellt ein Privatdozent seine Habilitationsschrift nicht nach ihrer Veröffentlichung in einem für alle Strafrechtslehrer und -lehrerinnen zugänglichen Online-Meeting vor? Hier könnte auf Augenhöhe – und nicht in der „Prüfer“-Rolle des Rezensenten – über die Ideen des Autors kritisch diskutiert werden.

Einen Beitrag zur Fortentwicklung der Wissenschaft kann eine Rezension jedenfalls dann nicht leisten, wenn sie sich nicht konstruktiv mit den Gedanken des Autors befasst, sondern persönliche Angriffe und eine Liste vermeintlicher Fehler präsentiert. Eine solche Rezension treibt die wissenschaftliche Auseinandersetzung nicht voran, sondern beendet eine sachliche Diskussion. Was die Strafrechtswissenschaft braucht, ist meiner Ansicht nach das Gegenteil: In der Sache kritische und kontroverse Diskussionen, die aber höflich und mit wechselseitigem Respekt geführt wird. Wissenschaftliche Kritik sollte keine Gräben aufreißen, sondern – im Gegenteil – Wissenschaftler miteinander ins Gespräch bringen. Die Freude an wissenschaftlicher Kontroverse setzt aber einen höflichen und konstruktiven Umgang voraus. Gegenseitige Schmähungen bringen hingegen die Wissenschaft nicht voran.

Und noch ein Satz zum wissenschaftlichen Wert: Wenn nicht mehr über den Inhalt der Kritik diskutiert, sondern nur über etwaige persönliche Hintergründe spekuliert wird, ist eine Rezension dem Bild der Strafrechtswissenschaft in der Öffentlichkeit gewiss nicht förderlich. Wir können kaum wollen, dass unser Fach nicht wegen seiner Inhalte, sondern aufgrund von „Skandalen“ wahrgenommen wird.

II. Welche Anforderungen sind an Rezension und Rezensenten zu stellen?

1. Wann sollte eine Rezension nicht übernommen werden?

Aufgrund der besonderen Machtsituation des Rezensenten sollte eine Rezension dann nicht übernommen werden, wenn man sich dem Werk oder dem Autor nicht mit der notwendigen Offenheit und Sachlichkeit nähern kann. Wer – aus welchen Gründen auch immer – Groll gegen den Autor des Werks hegt, sollte selbstverständlich nicht rezensieren. Ich bin skeptisch, ob sich hier verbindliche Richtlinien formulieren lassen. Jeder Herausgeber (dazu unter III.) sollte aber gerade bei besonders lobenden und bei besonders kritischen Rezensionen sehr genau hinschauen, ob sich aus den konkreten Umständen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Rezensent die Arbeit aus sachfremden Gründen so wie geschehen bewertet hat.

2. „Stil“ von Rezensionen

Polemik ist für einen Wissenschaftler kein gutes Stilmittel. Es ist hinlänglich bekannt, dass ein Argument nicht dadurch besser wird, dass man es mit Ärger oder Verachtung vorträgt. Meiner Ansicht nach gebietet der Respekt gegenüber Fachkollegen einen zurückhaltenden Umgang mit Überspitzungen und Ironie. Die Position von *Schulze-Fielitz*, der sich gegenüber einer solchen Rhetorik zwar kritisch äußert, sie aber als Herausgeber letztlich hinnehmen will,⁴ überzeugt mich daher nicht. Jeder Wissenschaftler sollte über so viel Demut verfügen, zu wissen, dass auch er keine „Wahrheiten“, sondern nur die eigene Sicht auf die Arbeit eines anderen (der in diese Arbeit in alle Regel viel Zeit und „Herzblut“ gesteckt hat) präsentiert.

Eine Rezension nimmt ein konkretes Werk in den Blick. Auf dieser Basis sind allgemeine Aussagen über die Person des Autors in aller Regel unzulässige Verallgemeinerungen – und schlicht anmaßend. Eine Grenze wird jedenfalls dann überschritten, wenn die Rezension zur Schmähschrift wird, den Autor herabwürdigt, persönlich angreift oder mit Unterstellungen arbeitet.

3. Besondere Verantwortung gegenüber Nachwuchswissenschaftlern

Eine besondere Verantwortung haben Rezensenten gegenüber Nachwuchswissenschaftlern. Neben die oben skizzierten Faktoren tritt hier noch eine Machtasymmetrie zwischen Rezensent und Autor. Die Stimme eines „gestandenen“ Professors hat wesentlich größeres Gewicht als die eines noch nicht berufenen Habilitanden oder gar der eines Doktoranden. Ein Verriss kann eine wissenschaftliche Karriere beenden.⁵ Er wird in jedem Bewerbungsverfahren zur Sprache kommen und ein schwerer

³ *Schulze-Fielitz*, Rezensierte (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft, in: Martin Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 179 – 204 (der Text liegt mir aufgrund der aktuell eingeschränkten Nutzbarkeit der Bibliotheken nur als Word-Dokument vor, sodass die Angabe der konkreten Seitenzahl nicht möglich ist).

⁴ *Schulze-Fielitz*, Rezensierte (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft, in: Martin Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 179 – 204.

⁵ Frau *Spörl* hat ihr Habilitationsprojekt mittlerweile aufgegeben.

Stein in dem ohnehin schon anstrengenden Weg zur Professur sein. Diese Wirkungen dürfen natürlich nicht dazu führen, dass Arbeiten von Nachwuchswissenschaftlern nicht mehr kritisch rezensiert werden; in einigen Fällen mag eine „Qualitätskontrolle“ durchaus sinnvoll sein. Aber: Sie gebieten gerade im Tonfall eine besondere Mäßigung und Behutsamkeit. Zudem sollten allgemeine Diskussionen über die Qualität von Qualifikationsschriften nicht auf dem Rücken eines einzelnen Doktoranden oder Habilitanden ausgetragen werden. Wer hier auf Missstände hinweisen will, sollte dies auf einer breiteren Basis tun.

III. Verantwortlichkeit von Schriftleitern

Schriftleiter tragen die Verantwortung dafür, dass sie keine Rezensionen veröffentlichen, die offensichtlich aus sachfremden Gründen geschrieben wurden oder die persönliche Herabwürdigungen, Diffamierungen oder Unterstellungen enthalten.

Wer hiergegen mit der Wahrung der Wissenschaftsfreiheit argumentiert, sollte sich überlegen, ob er selbst es als Ausdruck dieser Freiheit verstehen würde, wenn über ihn eine Rezension erschiene, in der ihm über fast 20 Seiten fehlendes Denkvermögen attestiert, nationalsozialistische Rhetorik vorgeworfen und die Habilitationswürdigkeit abgesprochen wird.⁶ Eine solche Rezension leistet keinen

Beitrag zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung, sondern zielt auf die Schädigung des Autors ab; sie ist nicht Ausdruck der Wissenschaftsfreiheit, sondern gefährdet sie. Für solche Verrisse darf es in Fachzeitschriften keinen Raum geben – auch wenn „Skandalrezensionen“ viele Klicks bescheren. Mit „Zensur“ hat eine Kontrolle wissenschaftlicher Redlichkeit nichts zu tun.

IV. Fazit

Eine kritische Auseinandersetzung mit der Arbeit von Fachkollegen ist wichtig; nur so können Thesen in Frage gestellt und Argumentationen geschärft werden. Ich bin nicht überzeugt, dass die Rezension hierfür das beste Mittel ist. Sie lässt den Autor weitgehend hilflos zurück und bringt keine Diskussion in Gang. Neue, digitale Formate sind weitaus besser geeignet, um einen kritischen Austausch zu ermöglichen.

Es ist in meinen Augen ein Gebot der Fairness, der Arbeit von Fachkollegen mit Respekt zu begegnen (Respekt meint nicht ohne Kritik – ganz im Gegenteil). Wer meint, einen Kollegen polemisch angreifen zu müssen, diskreditiert sich selbst. Nicht veröffentlicht werden sollten aber Rezensionen, die erkennbar Ausdruck einer persönlichen Abneigung sind oder die Minimalanforderungen (keine persönlichen Herabwürdigungen, Diffamierungen oder Unterstellungen) nicht einhalten.

⁶ So geschehen in der Rezension von *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279 (280, 292, 297).

Diskurs statt Diffamierung Über die Funktion von Buchrezensionen

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Die prononciert negativen Rezensionen von Monographien zweier jüngerer Strafrechtlerinnen in der Online-Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik¹ (ZIS) haben die *community* des Strafrechts in Aufregung versetzt. Stellungnahmen dazu wurden in der ZIS veröffentlicht,² und der Kriminalpolitische Kreis aus 35 deutschen StrafrechtsprofessorInnen hat sich anhand der beiden „Fälle“ auf einer internen Veranstaltung am 4. Mai 2021 mit den Aufgaben und Problemen von Buchbesprechungen beschäftigt. Der folgende Beitrag greift manche der dort geäußerten Gedanken auf, gibt aber selbstverständlich nur die Meinung des Autors wieder. Der Fokus liegt dabei nicht auf einer Beurteilung der beiden (in Ton und Inhalt durchaus unterschiedlichen) Rezensionen, sondern auf der allgemeinen Frage, was von Besprechungen strafrechtlicher Bücher geleistet werden kann und sollte – und was nicht.

I. Zur Verantwortung des Rezensenten

Dem Leser³ von *Carl-Friedrich Stuckenberg*s 19 Seiten langer Rezension der Habilitationsschrift von *Frauke Rostalski* drängt sich der Eindruck auf, dass der Rezensent nicht nur die (vermeintlichen) Schwächen der Habilitationsschrift aufzeigen, sondern die Person der Autorin und ihre Qualifikation als Wissenschaftlerin kritisch zu beurteilen beabsichtigt. Ist es das, was die Leser von einer Rezension erwarten? Ich will keineswegs ausschließen, dass eine bewertende, persönliche Gesamtabrechnung (wie alles aus der Rubrik „Zoff unter Promis“) den voyeuristischen Neigungen mancher Leser entgegenkommt und bei ihnen größeres Interesse weckt als der genaue Inhalt eines rechtstheoretischen Werkes. Aber solche niedrigen Instinkte sollte ein Rezensent nicht bedienen – und er kann es auch gar nicht mit Anspruch auf Glaubhaftigkeit tun. Denn anhand eines einzigen Werkes ist es nicht möglich, die Person eines Wissenschaftlers zu bewerten; man kann aus einem Buch nicht ableiten, dass der Autor als Person ungebildet, denkunfähig, unredlich oder allzu geschäftstüchtig sei.

Wer dies dennoch unternimmt, missbraucht die Macht, die ihm seine Rolle als Kritiker verleiht. Die gegenüber dem Autor dominante Stellung des Rezensenten basiert nicht notwendig auf dessen überlegenen Fähigkeiten auf

dem kritisierten Gebiet (ein Literaturkritiker kann nicht bessere Romane schreiben, ein Restaurantkritiker kann nicht besser kochen), sondern schlicht auf der konventionellen Rollenverteilung, die dem Rezensenten – wie einem Prüfer gegenüber dem Prüfling – die Macht zuweist, ein normalerweise nicht anfechtbares Urteil über die Leistung zu fällen. Diese Macht beruht auch auf dem Vertrauen des Lesers. Dieser verlässt sich darauf, dass der Rezensent das besprochene Werk tatsächlich gelesen hat, dass es ihm nicht um persönliche Interessen, sondern um die Sache geht, dass er etwas von ihr versteht und dass er ein zwar subjektives, aber rational begründetes Urteil abzugeben willens und aufgrund seiner Sachkunde in der Lage ist.

Gewissermaßen als Treuhänder der Leser wird vorab der verantwortliche Redakteur des Publikationsorgans tätig, in dem die Rezension erscheinen soll. Er ist die einzige Kontrollinstanz, die die Veröffentlichung ungeeigneter und/oder persönlich abwertender Rezensionen verhindern kann. Die Redakteure sollten sich dieser verantwortungsvollen Position bewusst sein und den Mut haben, auch bei Besprechungen renommierter Fachkollegen nötigenfalls auf Änderungen zu dringen oder sogar die Publikation abzulehnen.

Wer ein Buch rezensiert, nimmt das Vertrauen der Leser in seine persönliche und sachliche Qualifikation bewusst in Anspruch. Daran knüpft sich die – gerade bei der jüngsten Rezension von *Stuckenberg* diskutierte – Frage, in welchem Maße ein Rezensent dafür einzustehen hat, dass nicht persönliche Interessen seinen objektiven Blick auf das Werk trüben. Eine derartige „Befangenheit“ (in einem untechnischen Sinne) kann aus den verschiedensten Gründen bestehen und ist für Außenstehende oft nicht zu erkennen. Sie entzieht sich allerdings gerade wegen der vielen Möglichkeiten der mehr oder weniger subtilen Beeinträchtigung des Urteils durch sachfremde Erwägungen einer Regulierung – vielleicht abgesehen von dem Prinzip, dass Personen, die (etwa als Lehrstuhlinhaber und Mitarbeiter) in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen, die Werke des jeweils anderen nicht rezensieren sollten. Die tradierte Konvention, dass man keine Bücher eines Fakultätskollegen bespricht, hat zwar einen guten

* Der Verfasser war bis 2016 Vorstand des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (zu der Dissertation von *Cornelia Spörl*, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019); *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279 (zu der Habilitationsschrift von *Frauke Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019).

² Angesichts der von *Kuhlen*s Rezension ausgelösten Debatte hat die Schriftleitung der ZIS eine „Sonderausgabe“ (ZIS 2020, H. 10) publiziert. Dort ging jedoch nur *Hörnle* (ZIS 2020, 468) in einem kurzen Beitrag auf die Rezension selbst ein. *Kuhlen* hat in einem späteren Beitrag (ZIS 2020, 488) das Zustandekommen der Rezension erläutert und seine Absichten dargelegt; s. auch *Misch*, ZIS 2020, 522.

³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Text stets die männliche Form verwendet; sie soll alle Menschen bezeichnen.

Sinn, da man sich in einem so engen beruflich verbundenen Kreis häufig (so oder so) persönlich sehr nahe kommt; aber hier kann man sich durchaus Ausnahmen vorstellen, in denen die Zugehörigkeit zur selben Fakultät einem objektiven Urteil über ein wissenschaftliches Werk des Kollegen nicht im Wege steht. Letztlich bleibt daher nur der Appell an jeden präsumptiven Rezensenten, seine eigene Unbefangenheit kritisch zu prüfen und im Zweifel ein Rezensitionsangebot eher abzulehnen.

Speziell im Bereich des Strafrechts und der Kriminalpolitik besteht eine zusätzliche Hürde gegenüber einer wirklich unbefangenen Besprechung eines Werkes: Es gibt zu einigen grundsätzlichen Fragen konträre theoretische Ausgangspositionen, deren jeweilige Anhänger sich gegenseitig nicht viel (Freundliches) zu sagen haben. Dies gilt etwa für überzeugte Utilitaristen und Deontologen, für Gesetzespositivisten und Freiheitstheoretiker, für Anhänger eines „starken Staates“ und Vertreter einer prononciert liberalen Kriminalpolitik. Wenn jemand ein Buch aus dem jeweils gegnerischen Lager zu besprechen unternimmt, so mag er nichts gegen den Autor persönlich haben; dennoch wird es für den Rezensenten aufgrund seines Vorverständnisses schwer sein, die notwendige Offenheit gegenüber dem Anliegen des Verfassers aufzubringen. Wer in einer solchen Situation dennoch eine Rezension übernimmt, sollte zumindest seine Einstellung zu der jeweiligen Grundsatzfrage von vornherein offenlegen.

II. Was kann eine Rezension leisten?

Nach diesen Bemerkungen zu den Hürden, die einer „guten“ Rezension im Wege stehen können, nun zu ihren positiven Funktionen! Wer sich als Rezensent eingehend mit einer Monographie auseinandersetzt, kann vieles leisten: Er informiert die Leser über den Inhalt des Buches; er ordnet das Werk in den Kontext der wissenschaftlichen Diskussion ein; er kann im günstigsten Fall eine hermeneutische Interpretation der besprochenen Arbeit liefern, in der er das eigentliche Anliegen des Autors herausarbeitet; er entwickelt seine eigene Position zu den Thesen des Verfassers; und er äußert sich zu der allgemeinen „Qualität“ der Arbeit, die auch rhetorische, sprachliche und formale Faktoren umfasst.

Damit informiert der Rezensent nicht nur die interessierte Fachöffentlichkeit, sondern gibt auch dem Autor wertvolles Feedback. Die (positiv oder negativ) kritische Reaktion auf Qualifikationsschriften jüngerer Wissenschaftler hat dabei besonderes Gewicht, da sie dem Verfasser Hinweise auf seine Aussichten zur erfolgreichen weiteren Teilnahme am akademischen Diskurs – und damit auch auf seine Berufschancen – geben kann. Dies zu beurteilen ist zwar in erster Linie die Aufgabe der akademischen Gutachter für die jeweilige Arbeit, aber bei ihnen mag persönliche Sympathie für einen Schüler oder das eigene En-

gagement bei der Betreuung der Arbeit manchmal zu etwas übertriebenem Optimismus führen. So kann es durchaus auch eine Aufgabe des Rezensenten sein, bei einer missglückten Arbeit ein deutliches Signal zu geben. Er sollte dabei aber bedenken, dass gerade bei jungen Autoren ein ungünstiges Urteil über die Dissertation oder die Habilitationsschrift auch eine negative Stellungnahme zu dem Potential des Verfassers als Wissenschaftler impliziert. Deshalb ist es besonders wichtig, durch die angemessene sprachliche Fassung einer kritischen Rezension persönliche Abwertungen oder Verletzungen zu vermeiden.

Über die Spezifika einer Kritik rechtswissenschaftlicher Literatur wird selten nachgedacht. Liest man Besprechungen belletristischer Werke, so stehen im Vordergrund häufig die Relevanz und Schlüssigkeit des Plots sowie die sprachliche Form, die der Autor seinem Werk gegeben hat. Bei Arbeiten aus den empirischen Sozialwissenschaften (einschließlich der Kriminologie) konzentriert sich der Rezensent oft auf die Methodik, die der Untersuchung zugrunde liegt. All dies steht bei juristischen Werken eher im Hintergrund, wenngleich juristischer Diskurs als eine Form der Rhetorik besonders auf den fachgerechten und wirkungsvollen Umgang mit Sprache angewiesen ist. Gegenstand der Beurteilung rechtswissenschaftlicher Arbeiten sind aber vor allem die Wahl und der Zuschnitt des Themas, die Prämissen des Autors, sein Umgang mit der vorhandenen Literatur und Rechtsprechung sowie die Schlüssigkeit seiner Ergebnisse. Dabei spielen für die Überzeugungskraft der Argumentation gewiss auch die Einhaltung der Gesetze der Logik und der juristischen Auslegungsregeln eine Rolle, aber doch in einer gegenüber der Methodenstrenge anderer Wissenschaften sehr gelockerten Form. Häufig zielen juristische Monographien auf eine Weiterentwicklung des Rechts ab; solche Vorschläge mag der Rezensent unter verschiedenen Aspekten beurteilen, sie können aber in der Regel nicht als richtig oder falsch erwiesen werden. Insgesamt kann man sagen, dass eine kritische Betrachtung rechtswissenschaftlicher Werke weniger als in anderen Wissensgebieten anhand eines festen methodischen Kanons vorgenommen werden kann (und wird) und der persönlichen Einschätzung des Rezensenten relativ großen Freiraum gewährt.

III. Zu neuen Formen des Rezensierens und Diskutierens

Zur Zeit wird in Deutschland relativ wenig an monographischer Literatur eingehend rezensiert,⁴ und es stehen dafür auch nicht viele Zeitschriften zur Verfügung – und dies, obwohl Rezensionen als arbeitszeitschonende Mittel der Information über neuere wissenschaftliche Entwicklungen vermutlich relativ viele Leser finden. Ein Grund für die spärliche Rezensionstätigkeit dürfte darin liegen, dass die Veröffentlichung einer Buchbesprechung zwar in

⁴ Es gibt allerdings viele Kurzbesprechungen von Kommentaren, Festschriften und Sammelwerken, über die man in wenigen Zeilen kaum etwas Sinnvolles sagen kann. Dabei handelt es sich nicht selten um verkappte Eigenwerbung der Verlage, die sowohl das besprochene Werk als auch die Zeitschrift herausbringen, in der die Besprechung erscheint.

dem Publikationsverzeichnis des Rezensenten verzeichnet wird, dass sie aber üblicherweise nicht viel zählt, wenn es um seine akademische Reputation geht. Daher steht der Aufwand (für die aufmerksame Lektüre eines umfangreichen Buches und die Formulierung der Besprechung) und der berufliche Ertrag für den Rezensenten in keinem günstigen Verhältnis. Einige Zeitschriften begrenzen auch den Umfang von Buchbesprechungen, so dass dem Rezensenten wenig Raum für die schlüssige Entwicklung eigener Ideen zum Thema bleibt; notgedrungen beschränkt er sich dann auf eine Inhaltsangabe des besprochenen Werkes, garniert mit einigen lobenden (oder auch kritischen) Adjektiven.

Das ist für alle Beteiligten unbefriedigend. Größeren Gewinn, nicht zuletzt für den wissenschaftlichen Diskurs, brächten längere Besprechungsaufsätze, wie man sie in US-amerikanischen Fachzeitschriften lesen kann. Solche Beiträge haben gleich mehrere Vorteile: Sie lassen für den Leser wie für den rezensierten Autor erkennen, welche Aspekte des Buches Zustimmung finden und welche Kritikpunkte bestehen; und sie erlauben dem Rezensenten die Entwicklung eigener Positionen im Dialog mit dem Verfasser des Buches.⁵ Solche eingehenden Auseinandersetzungen mit einem Werk werden zugleich (mit Recht) als eigene wissenschaftliche Leistungen des Rezensenten anerkannt, so dass die Übernahme einer Rezension auch unter diesem Aspekt attraktiv ist.

Um den begrenzten Raum gedruckter Zeitschriften nicht über Gebühr in Anspruch zu nehmen, bietet es sich an, den ausführlichen Diskurs über juristische Neuerscheinungen wenigstens teilweise in Online-Publikationen zu führen. Formate wie KriPoZ und ZIS haben sich im Bereich des

Strafrechts inzwischen etabliert und dürften von einer größeren Zahl fachlich Interessierter regelmäßig zur Kenntnis genommen werden als manches Print-Organ.

Zur Belebung der Diskussion würde es auch beitragen, wenn der Autor des rezensierten Werkes, falls er dies wünscht, Gelegenheit zur Stellungnahme erhielte. Dies ist bisher unüblich, möglicherweise mit der Erwägung, dass der Rezensierte nicht „objektiv“ sei und dass er sich wahrscheinlich darauf beschränken werde, den Inhalt seines Buches zu wiederholen. Die Möglichkeit zu einer Replik auf eine kritische Besprechung entspricht aber nicht nur einem Gebot der Fairness (*audiatur et altera pars*), sondern kann auch dazu beitragen, das (ja keineswegs naturgegebene) Autoritätsgefälle zwischen Rezensenten und Rezensiertem auszugleichen und einen fruchtbaren Dialog überhaupt erst in Gang zu bringen. Dass der Autor eines Werkes diesem gegenüber nicht objektiv ist, liegt auf der Hand – aber auch der Rezensent bringt ja schließlich seine subjektive Meinung zum Ausdruck. Ein willkommener Nebeneffekt könnte sein, dass die Leser eines solchen Dialogs dazu angeregt werden, das diskutierte Werk selbst zur Hand zu nehmen und sich ein eigenes Bild zu machen. Im Übrigen bestünde bei einem Online-Format auch die Möglichkeit, dass sich weitere Leser an dem Gespräch zwischen Autor und Rezensent beteiligen.

Durch Veränderungen in diese Richtung könnte sich die etwas verstaubte Rubrik „Buchbesprechungen“ zu einer neuen Form der intensiven, auf Augenhöhe geführten Auseinandersetzung über neue Ideen und zu einem Ort eines lebhaften und dem wissenschaftlichen Fortschritt förderlichen Diskurses entwickeln.

⁵ Ein (in Deutschland seltenes) Beispiel für einen solchen umfangreichen, höchst kreativen Besprechungsaufsatz ist die Arbeit von Frisch, ZStW 99 (1987), 349-388, 751-805, wo der Autor in Auseinandersetzung mit strafzumessungsrechtlichen Werken von Bruns und Pallin seine eigene Strafzumessungstheorie entwickelt.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Anforderungen an die Beweiswürdigung zur Täterschaft eines Angeklagten

BGH, Urt. 14.1.2021 – 3 StR 124/20

[...]

Gründe:

- 1 Das LG hat den Angeklagten vom Vorwurf des versuchten Mordes in zwölf Fällen in Tateinheit mit Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion freigesprochen und ihm eine Entschädigung wegen der gegen ihn durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen zuerkannt. Hiergegen wendet sich die zuungunsten des Angeklagten eingelegte, auf mehrere Verfahrensrügen und auf die Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird. Gleichzeitig hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde gegen die Entschädigungsentscheidung eingelegt.
- 2 Den Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft bleibt insgesamt der Erfolg versagt.
 - I.
 - 3 Nach den vom LG getroffenen Feststellungen wurde am 27.7.2000 im Bereich des S-Bahnhofs Düsseldorf-Wehrhahn auf der Rückseite des zu den Gleisen gelegenen Geländers einer Fußgängerbrücke eine mit dem Sprengstoff Trinitrotoluol (TNT) gefüllte Rohrbombe zur Explosion gebracht. Der Sprengkörper war nicht industriell hergestellt, mit einem externen Zündmechanismus versehen und wurde mit einer funkgesteuerten Fernzündung ausgelöst. Zum Zeitpunkt der Explosion befand sich auf der Fußgängerbrücke eine Gruppe aus Russland, der Ukraine und Aserbaidschan stammender Personen – davon vier jüdischer Abstammung –, die zuvor eine anliegende Sprachschule besucht hatte. Zehn dieser Personen wurden von den durch die Sprengung ausgelösten Splittern – teilweise lebensgefährlich – verletzt. Eine im sechsten Monat schwangere Geschädigte verlor ihr Kind. Der rechtsradikal eingestellte Angeklagte, der längere Zeit als Berufssoldat tätig gewesen war, wohnte rund 500 Meter vom Explosionsort entfernt und war Inhaber einer unweit gelegenen Militariahandlung. Er befand sich zum Zeitpunkt des Anschlags in der Nähe des Tatorts. Dass er die Explosion ausgelöst hatte, hat die Strafkammer nicht festgestellt.
 - II.
 - 4 1. Die Verfahrensrügen sind aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen unzulässig bzw. unbegründet.
 - 5 2. Auch die durch die Sachrüge veranlasste materiellrechtliche Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler ergeben.
- 6 a) Die schriftlichen Urteilsgründe genügen den Darstellungsanforderungen des § 267 Abs. 5 S. 1 StPO.
- 7 Das Tatgericht ist auch bei freisprechenden Urteilen aus sachlichrechtlichen Gründen zu Feststellungen zur Person des Angeklagten verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können (vgl. BGHSt 52, 314 Rn. 13; BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 16 Rn. 7; NStZ 2014, 419 [420]; BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 18 Rn. 9; jeweils m.w.N.). Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil gerecht. Die Urteilsgründe verhalten sich ausdrücklich zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten. Dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen können zudem seine rechtsradikale Gesinnung sowie seine durch Besonderheiten gekennzeichnete Persönlichkeitsstruktur entnommen werden. Soweit die Revisionsführerin die Darlegung der Ergebnisse einer im Rahmen der Ermittlungen durchgeführten operativen Fallanalyse, die sich auch zu den möglichen Eigenheiten des Täters verhält, vermisst, verkennt sie, dass darin nicht die Person des Angeklagten, sondern die eines potentiellen Täters beschrieben wird. Die Bewertungen, die einer solchen operativen Fallanalyse zugrunde liegen, können erforderlichenfalls Gegenstand der Beweiswürdigung sein (vgl. BGH, NStZ 2006, 712 f.; NStZ 2009, 284). In die Feststellungen zur Person oder zur Sache sind sie nicht aufzunehmen.
- 8 Im Übrigen enthalten die Urteilsausführungen ausreichende Darlegungen zum Tatvorwurf, zu den Feststellungen zur Sache und dem Beweisergebnis.
- 9 b) Auch die Einwände der Staatsanwaltschaft gegen die Beweiswürdigung des LG greifen nicht durch.
- 10 Die Beweiswürdigung ist vom Gesetz dem Tatgericht übertragen (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln die Ergebnisse der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein; es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder der Tatrichter überspannte Anforderungen an die tatrichterliche Überzeugungsbildung gestellt hat. Liegen solche Rechtsfehler nicht vor, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich oder

sogar näherliegend gewesen wäre (st. Rspr.; etwa *BGH*, Urt. v. 1.8.2018 – 3 StR 651/17, juris Rn. 41; Urt. v. 4.5.2017 – 3 StR 69/17, juris Rn. 8 m.w.N.).

- ¹¹ Hieran gemessen unterliegt die Beweiswürdigung keinen Beanstandungen.
- ¹² Der Angeklagte hat die Tatbegehung in Abrede gestellt. Unmittelbare Zeugen oder Spuren, die auf ihn als Täter hinweisen, hat es nicht gegeben. Aus den vorliegenden Beweisanzeichen hat sich die Strafkammer mit möglichen Schlüssen auch nach einer Gesamtwürdigung keine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten verschaffen können. Dies ist revisionsrechtlich hinzunehmen. Im Einzelnen:
- ¹³ aa) Den Aussagen der vier Zeugen, denen gegenüber der Angeklagte die Tatbegehung eingeräumt (die Zeugen und P) oder angekündigt (die Zeuginnen S und H) haben soll, hat das *LG* nach jeweils ausführlicher Würdigung keinen Glauben geschenkt. Soweit die Aussage des Zeugen L, eines ehemaligen Mitgefangenen des Angeklagten, im Rahmen der Ausführungen zur Beweiswürdigung nicht im Zusammenhang dargelegt wird, ergibt sich ihr Inhalt ausreichend aus den bei der Glaubhaftigkeitsprüfung im einzelnen abgehandelten Angaben des Zeugen. Die Strafkammer hat zudem ihre Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussage neben auf Unstimmigkeiten der gegenüber den Ermittlungsbehörden und in der Hauptverhandlung gemachten Angaben wesentlich darauf gestützt, dass er die situativen Umstände, unter denen der Angeklagte die Tat ihm gegenüber eingeräumt haben soll, nicht konsistent darzulegen vermocht hat. Auch die mangelnde Glaubwürdigkeit des Zeugen P, der ebenfalls zusammen mit dem Angeklagten inhaftiert war, hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei belegt. Soweit das *LG* sich hinsichtlich beider Zeugen mit einem möglichen Motiv für eine Falschbelastung befasst hat, hates entgegen dem Revisionsvorbringen die Anforderungen an die Überzeugungsbildung nicht überspannt. Vielmehr hat es ausdrücklich keine Motivation für eine Falschaussage feststellen können. Die erörterten möglichen Gründe für eine wahrheitswidrige Belastung hat die Strafkammer gerade nicht als festgestellt in die übrige Beweiswürdigung eingestellt.
- ¹⁴ Das *LG* hat ebenfalls rechtsfehlerfrei dargelegt, dass und warum es den Aussagen der Zeuginnen S und H, die beide in den Jahren 2000/2001 und zwischen 2015 bis 2017 sowie schließlich in der Hauptverhandlung mehrfach vernommen worden sind, nicht gefolgt ist. So hat es gesehen, dass die Zeugin S, die bereits im Jahr 2000 Angaben bei der Polizei gemacht hatte, erst bei späteren Vernehmungen behauptet hat, der Angeklagte habe bereits im Vorfeld des Geschehens einen Anschlag angekündigt. Ihre Angaben hat das *LG* insbesondere auch deshalb nicht als belastbar gewertet, weil das Aussageverhalten der Zeugin in der Hauptverhandlung offenbarthat, dass sie nicht in der Lage gewesen ist, eigene Wahrnehmungen und Schlussfolgerungen zu unterscheiden. Wegen ähnlicher Schwächen in der Wiedergabe ihrer Erinnerungen hat die Strafkammer den Angaben der Zeugin H ebenfalls nicht zu folgen vermocht, die nach mehrfachen Vernehmungen in den Jahren 2000 und 2001 erst 2016 behauptet hat, der Angeklagte habe ihr gegenüber die Tat angekündigt. Auch dass insgesamt vier Personen von Bemerkungen des Angeklagten berichtet haben, die auf seine Tatbegehung hätten hinweisen können, hat die Strafkammer erwogen. Die Bewertung, dass dennoch keiner der Aussagen gefolgt werden konnte, ist nicht zu beanstanden.
- ¹⁵ bb) Weitere im einzelnen aufgeführte Indizien haben nach der Auffassung der Strafkammer auch in ihrer Gesamtschau eine Täterschaft des Angeklagten nicht zu belegen vermocht, weil sie entweder sich in der Hauptverhandlung nicht bestätigt haben oder das Landgericht sie nicht als ausreichend für eine Überzeugungsbildung gewertet hat.
- ¹⁶ Soweit es Bemerkungen des Angeklagten in einzelnen während einer Telekommunikationsüberwachung aufgezeichneten Telefonaten nicht die von der Revision behauptete „geständnisgleiche“ Bedeutung zugemessen hat, bewegt es sich im Rahmen tatgerichtlicher Würdigung. Des Weiteren hat es sich nach einer ausführlichen Beweisaufnahme nicht die Überzeugung verschaffen können, dass der Angeklagte über die Fähigkeit verfügte, einen Sprengsatz wieder bei der Tat verwendeten überhaupt herzustellen. Es ist dabei entgegen dem Vorbringen der Revisionsführerin auch nicht von der gutachterlichen Einschätzung abgewichen, dass die von dem Angeklagten in anderem Zusammenhang gebaute Attrappe einer Briefbombe einen „professionellen“ Eindruck vermittele. Vielmehr hat es aus diesen Ausführungen des Sachverständigen lediglich nicht den von der Revision gewünschten Schluss gezogen. Den kurzen Zeitraum, der zwischen der Explosion und einem vom Festnetz in der Wohnung des Angeklagten ausgehenden Anruf lag, hat es rechtsfehlerfrei als eher gegen eine Täterschaft des Angeklagten sprechend gewertet.
- ¹⁷ Ebenso hat die Strafkammer weitere Beweisanzeichen als nicht durchgreifend angesehen. Die von ihr erkannte Ähnlichkeit des Angeklagten mit einem nach den Angaben einer Zeugin gezeichneten Portrait eines Mannes, der von dieser in der Nähe des Tatorts gesehen und als auffällig beschrieben worden war, hat sie für eine Identifikation des Angeklagten nachvollziehbar als nicht ausreichend erachtet. Zudem hat das *LG* nicht unberücksichtigt gelassen, dass die Einlassungen des Angeklagten selbst mehrfach widerlegt worden sind und er in der Vergangenheit versucht hatte, auf das Aussageverhalten anderer einzuwirken. Dass es darin schon keinen Beweis für die Täterschaft des Angeklagten gesehen hat, weil auch ein Unschuldiger Gründe für ein solches Verhalten haben könne, wenn er einer Tat beschuldigt wird, steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *BGH* (vgl. *BGH*, StV 1994, 175 [176]; *BGHSt* 41, 153, [155 f.]; *BGH*, NSTZ 2000, 549 [550]). Es stellt entgegen dem Revisionsvorbringen ferner keinen Widerspruch dar, dass das *LG* das Verhalten des Angeklagten teilweise als unberechenbar und irrational, teilweise als taktisch überlegend bewertet hat. Es hat vielmehr ausführlich begründet, warum es dem Angeklagten trotz seiner Persönlichkeitsbesonderheiten zweckrationale Überlegungen zutraut.

- ¹⁸ Schließlich hat die Strafkammer ihrer Beweiswürdigung keinen unzutreffenden Erfahrungssatz zugrunde gelegt. Soweit sie erörtert hat, ob ein tatalösender Konflikt des Angeklagten mit Absolventen der Sprachschule festzustellen sei, und dies im Ergebnis verneint hat, hat sie das erkennbar nicht mit dem Erfahrungssatz verknüpft, dass ein terroristischer Anschlag einen solchen Konflikt voraussetze. Vielmehr sind diese Überlegungen in Auseinandersetzung mit der im Ermittlungsverfahren durchgeführten operativen Fallanalyse angestellt worden, welche die Frage nach einer solchen Auseinandersetzung aufgeworfen hatte. Das *LG* war im Übrigen nicht verpflichtet, weitere Ergebnisse der Fallanalyse darzulegen. Das Beweisergebnis soll in der Beweiswürdigung nur so weit erörtert werden, wie es für die Entscheidung von Bedeutung ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 23.1.2018 – 3 StR 586/17, juris Rn. 8). Eine Beweisdokumentation ist nicht geboten (*BGH*, Beschl. v. 4.10.2017 – 3 StR 145/17, juris).
- ¹⁹ cc) Das *LG* hat auch die geforderte Gesamtwürdigung vorgenommen. Dabei hat es keine erkennbar bedeutsamen Beweiszeichen außer Acht gelassen, sondern alle aus seiner Sicht wesentlichen Indizien gegeneinander abgewogen. Entgegen dem Vorbringen der Staatsanwaltschaft verlangt das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung nicht, dass das Tatgericht jedes einzelne Indiz für sich im Lichte aller anderen Beweiszeichen bewertet.
- ²⁰ Insgesamt weist somit die Beweiswürdigung des *LG* auch unter ergänzender Berücksichtigung der das Revisionsvorbringen im Einzelnen abhandelnden überzeugenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift keinen Rechtsfehler auf.
- [...]

Rechtspolitische Lehren aus dem Wehrhahn-Prozess

BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 3 StR 124/20

von RA Dr. Gerd J. van Venrooy*

I. Sachverhalt

Das Revisionsurteil ist seit dem 10. März 2021 auf der *BGH*-Internetseite nachzulesen. In den Worten des *BGH* ging es um Folgendes:

„Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen wurde am 27. Juli 2000 im Bereich des S-Bahnhofs Düsseldorf-Wehrhahn auf der Rückseite des zu den Gleisen gelegenen Geländers einer Fußgängerbrücke eine mit dem Sprengstoff Trinitrotoluol (TNT) befüllte Rohrbombe zur Explosion gebracht. Der Sprengkörper war nicht industriell hergestellt, mit einem externen Zündmechanismus versehen und wurde mit einer funkgesteuerten Fernzündung ausgelöst. Zum Zeitpunkt der Explosion befand sich auf der Fußgängerbrücke eine Gruppe aus Russland, der Ukraine und Aserbaidschan stammender Personen – davon vier jüdischer Abstammung –, die zuvor eine anliegende Sprachschule besucht hatte. Zehn dieser Personen wurden von den durch die Sprengung ausgelösten Splittern – teilweise lebensgefährlich – verletzt. Eine im sechsten Monat schwangere Geschädigte verlor ihr Kind. Der rechtsradikal eingestellte Angeklagte, der längere Zeit als Berufssoldat tätig gewesen war, wohnte rund 500 Meter vom Explosionsort entfernt und war Inhaber einer unweit gelegenen Militariahandlung. Er befand sich zum Zeitpunkt des Anschlags in der Nähe des Tatorts. Dass er die Explosion ausgelöst hatte, hat die Strafkammer nicht festgestellt.“

II. Notwendiger Freispruch

In der Tat: Dass der Angeklagte die Explosion ausgelöst hätte, „hat die Strafkammer nicht festgestellt“. Es war abzusehen, dass der Prozess so enden würde, und zwar von vornherein. Nicht einmal ein Fehl-Geständnis des Angeklagten, wie es nicht selten vorkommt, hätte zu einer anderen Einschätzung führen können. Mehr als schwache Mutmaßungen und „Zeugen“ in Anführungszeichen hatte der Angeklagte nicht gegen sich. Ob es überhaupt einen einzigen außerhalb des Strafrechtssystems und der Medien Stehenden gab, der an die Täterschaft des Angeklagten geglaubt hätte, darf bezweifelt werden. Die Strafkammer jedenfalls gehörte nicht dazu. Und die Bundesanwaltschaft genauso wenig; laut *BGH*-Urteil vertrat sie nämlich die Revision der Staatsanwaltschaft nicht. Der *BGH* schließlich gab der Strafkammer in knappen Worten recht. In eine solche Lage kann jeder geraten. Grund ist § 200 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO, der für den Inhalt der Anklageschrift nur recht großzügige Vorgaben macht. Diese Stelle

beschreibt gründlicher und erlebbarer als der gesamte GG-Grundrechtskatalog, wie in diesem Land die Freiheit eingestuft wird. Eine Reform ist überfällig, etwa mit folgender Formulierung:

„§ 200 Abs. 1 Satz 1 und 2 werden durch folgende Sätze 1 bis 3 ersetzt: Die Anklageschrift hat den Angeschuldigten, die Tat, die ihm zur Last gelegt wird, sowie Zeit und Ort ihrer Begehung anhand einer Herleitung aus den gesetzlichen Merkmalen der Straftat und der anzuwendenden Strafvorschriften zu bezeichnen (Anklagesatz). Die Beweismittel sind dem Anklagesatz so zuzuordnen, dass erkennbar ist, welche Umstände mit jedem von ihnen bewiesen werden sollen. In ihr sind ferner das Gericht, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll, und der Verteidiger anzugeben.“

Auf einer solchen Basis würde die Zahl gerichtlicher Nichteröffnungsbeschlüsse (§ 204 Abs. 1 StPO) nach oben schnellen. Das wäre schon einmal ein gutes Zwischenergebnis. Die Entwicklung würde auf längere Sicht dahin gehen, dass deutlich weniger Anklageschriften verfasst würden; das hätte auch Personaleinsparungen zur Folge.

III. Öffentliche Vorverurteilung

Die Strafkammer blieb stets unbeeindruckt von der Ablehnung, die dem Angeklagten in der Öffentlichkeit entgegengebracht wurde, insbesondere nachdem sie noch während der Hauptverhandlung den Haftbefehl aufgehoben hatte mit der zutreffenden Begründung, der Verdacht gegen ihn sei nicht mehr dringend (§ 120 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StPO). Die Medien hätten ihn gern verurteilt gesehen und kritisierten demnach auch die Haftentscheidung, wahrscheinlich weil sie die vorprozessuale Presseverlautbarung der Kriminalpolizei über ihre Ermittlungen positiv kommentiert hatten und sich jetzt ins Unrecht gesetzt sahen.

Das Thema „öffentliche Vorverurteilung“ ist alles andere als neu. Aber dieser Fall weist eindrücklich darauf hin, dass es noch lange nicht bewältigt ist. Man glaubt gern jeder Strafkammer, dass sie darauf nicht hereinfällt. Aber auch ohne ein derartiges Fehlverhalten leidet die Lebensgestaltung eines nicht in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten erheblich unter einer solchen Situation. Dieser sah sich nach Aufhebung des Haftbefehls veranlasst,

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Meerbusch.

sich zwischen den Hauptverhandlungsterminen zu verstecken (was wiederum als Haftgrund nach § 112 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StPO hätte aufgefasst werden können, wenn es nicht mit der Strafkammer abgestimmt war). Und er musste sich von den Medien die Frage gefallen lassen, ob er jetzt in irgendeinem Zelt hinter dem Landgericht (wo es in der Tat ein entsprechendes, teilweise benutztes offenes Gelände gibt) sein Essen zubereite. Die Berichterstattung über den Freispruch und die Verwerfung der Revision durch den *BGH* blieb auf eben diesem Niveau. Von einer Reaktion des Deutschen Presserats war nichts zu vernehmen. Ebenso stumm blieb der NRW-Ministerpräsident als Inhaber der Rechtsaufsicht über den WDR nach § 54 Abs. 1 Satz 1 WDR-Gesetz. Und er hätte Grund gehabt, laut zu werden: Den Umstand, dass der Angeklagte sich gegen die Vorwürfe aus der Anklageschrift verteidigte, als „Erzählen von Räuberpistolen“ zu bezeichnen, verstieß glatt gegen die persönliche Ehre des Angeklagten (§ 5 Abs. 1 S. 2 WDR-Gesetz) und seine Menschenwürde (§ 5 Abs. 2 WDR-Gesetz).

Das darf so nicht weitergehen. Es muss zumindest dafür gesorgt werden, dass die Medien nicht offen Stimmung machen gegen einen Beschuldigten, Angeschuldigten oder Angeklagten. Angesichts der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) ist das problematisch, aber eine Abwägung mit den Interessen einer solchen Person (Art. 5 Abs. 3 GG) sollte doch wenigstens ermöglichen, Wertungen anderer Art als juristischer zu untersagen, solange keine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist. Eine entsprechende Bestimmung würde im Sachzusammenhang mit der StPO stehen, könnte also dort oder bei § 169 GVG ihren Platz bekommen. Aber angesichts der Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Pressewesen würde man vielleicht eher dort nach einer Regelung suchen. Im Landespressegesetz NRW wäre § 6 über die Sorgfaltspflicht der Presse um folgenden Abs. 2 zu ergänzen:

„Wenn die Presse über Strafverfahren berichtet, darf sie über die Person des Beschuldigten, Angeschuldigten oder Angeklagten (§ 157 der Strafprozessordnung), solange dieser nicht rechtskräftig verurteilt ist, nur Tatsachen verbreiten.“

Die Ordnungswidrigkeitenbestimmung des § 23 wäre in Abs. 1 um folgende Nr. 2a zu ergänzen:

„2a. gegen die Verpflichtung aus § 6 Abs. 2 verstößt,“

Für die weiteren Landesgesetze über Presse, Rundfunk, Fernsehen und sonstige Medien sowie einschlägige Staatsverträge würde Paralleles gelten.

IV. Ankündigungs- und Einräumungszeugen

Der Angeklagte sollte zwei Zeuginnen gegenüber den Anschlag angekündigt und ihn gegenüber zwei weiteren Zeugen eingeräumt haben. Die Strafkammer glaubte diesen vier Zeugen nicht. Einer der beiden Einräumungszeugen verzichtete öffentlichkeitswirksam auf die Belohnung, die für die Ergreifung der Tatperson(en) ausgesetzt war, zugunsten der Opfer. Die Medien sahen das als Beleg seiner

Glaubwürdigkeit. Das Gegenteil war selbstverständlich richtig. Wegen Betrugs vorbestraft (§ 68a Abs. 2 S. 2 StPO), konnte er mit seiner Erklärung eigentlich nur einen Umkehrschluss provozieren. Die Strafkammer hatte ihn aber ohnehin schon vor seiner Zusage für unglaubwürdig gehalten. Bemerkenswert ist es, dass die Strafkammer bei keinem der beiden Einräumungszeugen ein „Motiv für eine Falschbelastung“ feststellen konnte. Umso schwerer wiegt es, dass sie ihnen keine Glaubwürdigkeit zubilligte. Es zeigt aber auch, wie gefährlich die beiden Zeugen waren. – Hinsichtlich der beiden Ankündigungszeuginnen sah die Strafkammer keine andere Beurteilungsgrundlage. – Der *BGH* fasst zusammen: „Auch dass insgesamt vier Personen von Bemerkungen des Angeklagten berichtet haben, die auf seine Tatbegehung hätten hinweisen können, hat die Strafkammer erwogen. Die Bewertung, dass dennoch keiner der Aussagen gefolgt werden konnte, ist nicht zu beanstanden.“

Die Beweiswürdigung der Strafkammer zeigt, dass eine solche Situation gut handhabbar ist. Der „Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung“ des § 261 StPO hat in diesem Fall mithin nicht versagt. Gleichwohl drängt sich eine Ergänzung des § 338 StPO über „Absolute Revisionsgründe“ auf, damit eine bedrohliche Beweiswürdigungslage wie diese stets besondere Aufmerksamkeit erfährt. § 338 StPO würde also um eine Nr. 7a ergänzt:

„7a. wenn das Urteil ausschließlich auf der Aussage eines Zeugen beruht, nach dessen Aussage der Angeklagte die Tat, derentwegen er verurteilt worden ist, ihm gegenüber angekündigt oder eingeräumt hat, oder wenn nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ausschließlich auf der Aussage beruht;“

V. Haftgründe

Der Angeklagte hatte geraume Zeit in der Untersuchungshaft verbringen müssen. Der Fehler liegt in § 112 Abs. 3 StPO, wonach gegen eine Person, die (unter anderem) des Mordes dringend verdächtig ist, die Haft auch ohne „Haftgrund nach Abs. 2“ angeordnet werden darf. Die in § 112 Abs. 2 StPO aufgelisteten, ohnehin schon ausufernden, also alle nur denkbaren Sicherheitsbelange überkompensierenden Haftgründe genügen vollkommen. Folgerichtig würde ein StPO-Änderungsgesetz lauten:

„§ 112 Abs. 3 wird aufgehoben.“

VI. Ermittlungserwägungen

Soweit das von außen nachvollzogen werden konnte, ließen die vorprozessualen Ermittlungen einige auf der Hand liegende Fragen offen. Vor allem scheint nicht darüber nachgedacht worden zu sein, ob von dem Anschlag tatsächlich die Opfer getroffen werden sollten oder wirklich alle: Der in Betracht kommende Täterkreis ändert sich zwangsläufig, wenn vielleicht nur eine Person aus dieser Gruppe das Ziel des Anschlags war und Tod oder Verletzung der anderen lediglich in Kauf genommen wurden – oder wenn im äußersten Fall die Bombe aus Tätersicht bei einer „falschen“ Gruppe zur Explosion gebracht wurde.

Das nähme der Tat zwar weder ihre Tragweite noch ihre rechtliche Einstufung als versuchter Mord; die mögliche Motivlage würde sich jedoch ganz anders darstellen. – Auch der Ort, von dem aus die Rohrbombe gezündet worden sein soll, steht keineswegs außer Zweifel. Laut Anklage soll die Zündung von einer Person vorgenommen worden sein, die auf einem Verteilerkasten saß und von dort die Stelle im Blick hatte, wo die Bombe befestigt war. Um einiges näher liegt die Annahme, dass sie gezündet wurde aus einem der vielen Häuser, von denen aus man den Platz einsehen kann, ohne selbst gesehen zu werden. – Ebenso wenig ist wohl untersucht worden, ob es Zeugen für das Anbringen der Bombe gab, mag es auch nicht erkennbar gewesen sein, dass es um eine Bombe ging. Immerhin steht im *BGH*-Urteil über den Angeklagten der Satz: „Er befand sich zum Zeitpunkt des Anschlags in der Nähe des Tatorts.“

Wenn alles so war, wie es sich dem neutralen Beobachter darstellte, besteht wiederum legislativer Handlungsbedarf, auch wenn die Sicht der Strafkammer davon nicht beeinträchtigt wurde. Das *BGH*-Urteil berichtet von einer „operativen Fallanalyse“, in der aber „nicht die Person des Angeklagten, sondern die eines potentiellen Täters beschrieben wird“. Vielleicht wäre man nach einer Lektüre der Fallanalyse klüger. Verlassen sollte man sich jedoch nicht darauf. Demnach würde man § 338 StPO um eine Nr. 7b ergänzen:

„7b. wenn das Urteil auf einer Annahme beruht, die nicht zwingend ist, oder wenn nicht auszuschließen ist, dass das Urteil auf der Annahme beruht;“

Ein solcher Vorschlag mag wegen des auch strafrechtlichen *BGH*-Grundsatzes (wohl zuletzt ausformuliert im Urt. v. 25.10.2012 – 4 StR 346/12), Denkfehler der Vorinstanz als Revisionsgrund zu behandeln, überflüssig erscheinen. Doch wäre sinngemäße Erst-Adressatin dieser Nr. 7b die Kriminalpolizei, die sich daran orientieren könnte, bevor sie nach § 163 Abs. 2 S. 1 StPO „ihre Verhandlungen“ der Staatsanwaltschaft übersendet. Auch dadurch würde die Zahl der Anklageschriften reduziert.

VII. Fazit

Die Tat ist lange her, mittlerweile rund 21 Jahre. Man sollte trotzdem hoffen, auch wenn der Glaube daran schwerfällt, dass irgendwann doch noch festgestellt wird, wem sie zur Last gelegt werden muss; Verjährung droht nicht, § 78 Abs. 2 StGB. Gegen eine Anklage, die Hand und Fuß hätte, wäre aus juristischer Sicht gewiss nichts einzuwenden. Auf den Freispruch reagierte die Kriminalpolizei konsensfähig: „Weiter ermitteln.“

BUCHBESPRECHUNGEN

Nathalie Isabelle Thorhauer: Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität – Zur Koordination der Strafgewalten über nationale Personen und Unternehmen in der Europäischen Union

von Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

2019, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-5396-3, S. 853, Euro 146,00

I. Einleitung

Thorhauer gliedert ihre Arbeit in eine Einleitung, acht Themenkapitel (Kapitel 1-8, S. 60-794) und ihr Ergebnis (S. 795-803).

II. Zur Einleitung – Seiten 33-59

In ihrer Einleitung führt die *Autorin* bereits recht ausführlich in die Thematik der Jurisdiktionskonflikte ein. Dabei stellt sie die Probleme dar, die sich bei der grenzüberschreitenden Strafverfolgung ergeben können und erklärt die grundlegende Begriffsbedeutung von „Jurisdiktion“ als „Strafgewalt“ oder „das Recht (überhaupt) zu strafen“ (*ius puniendi*), sowie das Verständnis des Begriffselements „Konflikt“ als auch ferner die enge und weite Bedeutung der titelbildenden (abstrakten und konkreten sowie positiven und negativen) „Jurisdiktionskonflikten“ bei grenzüberschreitender Kriminalität.

III. Zum Teil I Kapitel 1: Begründung von Strafgewalt im Kontext grenzüberschreitender Kriminalität und Entstehung von Jurisdiktionskonflikten – Seiten 60-125

Das erste Kapitel unterteilt *Thorhauer* in vier Teile: In Teil I erläutert sie die Ausprägungen staatlicher Strafgewalt (S. 60-68), also die hoheitlichen Befugnisse und bestimmte Verhaltensweisen, die ein Land für sich beansprucht, um in Rede stehende Sachverhalte einer eigenen strafrechtlichen Bewertung zu unterziehen sowie eine Strafandrohung festzusetzen – kurz: hier geht es um das *rechtliche Dürfen* eines Staates.

Der Teil II dieses Kapitels stellt die Legitimation der staatlichen Strafgewalt aus völkerrechtlicher Perspektive auf den Seiten 68 bis 82 dar. Dazu wird die *Lotus-Entscheidung*¹ erläutert, die zu dem Ergebnis der grundsätzlich beschränkten territorialen Vollzugsgewalt führte – kurz: Staaten dürfen auf fremden Territorien keine eigene Strafgewalt (*jurisdiction to enforce*) ausüben, so dass sich daraus ein völkerrechtlich anerkanntes Nichteinmischungsgebot entwickelt hat. Dies änderte sich partiell erst durch

die *Yerodia-Entscheidung* des IGH² vom 14.2.2002, so dass „heute die überwiegende Völkerrechtslehre davon ausgeht, dass die Inanspruchnahme von Strafrechtssetzungsgewalt über Auslandssachverhalte die Souveränitätssphäre fremder Staaten tangiert und deshalb nur bei Vorliegen einer entsprechenden völkerrechtlichen Erlaubnisnorm zulässig ist.“ (S. 77), so dass ein „*sinnvoller Anknüpfungspunkt*“ oder „*genuine link*“ notwendig wird, wie die Entscheidung im Fall des *Friedrich Nottebohm* anschaulich aufgezeigt hatte.

Im Teil III (S. 82-92) erläutert *Thorhauer* inwiefern das nationale Strafanwendungsrecht (§§ 3-7, 9 StGB) als Quelle für die Entstehung von Jurisdiktionskonflikten ursächlich ist und sie zieht dabei einen sinnvollen Vergleich zum Internationalen Privatrecht (IPR) als „echtes Kollisionsrecht“, bei dem Kollisionskonflikte, die sich durch die Anwendung der verschiedenen Rechtsordnungen ergeben, versucht werden zu priorisieren und final aufzulösen. Anders wird aber im Völkerrecht verfahren, bei dem das nationale Strafanwendungsrecht zutreffender Weise eher als „kollisionsbegründend“ bewertet werden kann.

Die *Autorin* widmet sich im Teil IV (S. 92-124) den weiteren Impulsen, die dafür zweckdienlich sind, dass die Kompetenzüberschneidungen zwischen den jeweiligen Staaten eher zunehmen als abnehmen. Sie macht dafür sowohl den grundsätzlichen Globalisierungsprozess, die „Entterritorialisierung der nationalen Strafgewalt“ bzw. auch den Europäischen Haftbefehl oder die sog. joint investigation teams (JIT) (basierend auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung), als auch die Institutionen wie die in der Gründung befindliche Europäische Staatsanwaltschaft bzw. Europol oder Eurojust verantwortlich, da diese „als hybride Institutionen sowohl kooperative als auch supranationale Merkmale aufweisen und die Vernetzung der nationalen Behörden verstärken“ (S. 113).

IV. Zum Teil I Kapitel 2: Problemfelder und kollidierende Interessensphären in transnationalen Strafverfahren – Seiten 126-162

Das 2. Kapitel wird unterteilt in die Darstellungen über die Perspektiven der Staaten (S. 126-137), die Perspektiven von Individuen und Unternehmen als Normadressaten (S. 138-154), die Perspektiven von Opfern, Geschädigten

¹ *StIGH*, Urt. v. 7.9.1927, PCIJ Series A No 10, S. 3 ff.

² siehe dazu: *Schultz*, ZaöRV 2002, 703-758.

und sonstigen Zeugen (S. 154-157) sowie in die Interessen der Allgemeinheit (S. 157-162). Kurz gesagt geht es darum zu ergründen, wer hat welche Interessen an der Strafverfolgung und wieso.

V. Zum Teil 2 Kapitel 3: Völkerrechtliche Anknüpfungsprinzipien zur Begründung von Strafgewalt und ihre Bedeutung für die Konfliktenstehung – Zugleich ein Abriss zum deutschen Strafanwendungsrecht der §§ 3-7, 9 StGB – Seiten 163-260

Sehr umfassend und ausführlich erläutert die Autorin in ihrem Kapitel 3 die Möglichkeiten der völkerrechtlichen Anknüpfungsprinzipien (Strafanwendungsrecht) anhand des Territorialitätsprinzips (S. 164-196), des aktiven (S. 196-211) sowie des passiven Personalitätsprinzips (S. 212-219), als auch durch das Staatsschutz- oder Realprinzip (S. 220-228), das Universalitäts- oder Weltrechtsprinzip (S. 228-244) sowie mittels des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege (S. 244-258).

VI. Zum Teil 2 Kapitel 4: Sanktionsgewalt über transnationale Taten von Verbänden – Seiten 261-344

In Kapitel 4 geht *Thorhauer* der sich ergebenden Frage nach, wie die Staaten überhaupt eine Sanktionsgewalt über Taten begründen können, die von juristischen Personen verübt wurden. Konkret: wie und wo besteht die Verbindung der Verbandsverantwortlichkeit mit den o.g. völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten (S. 267-286). Darauf aufbauend erläutert die Autorin Modelle akzessorische Haftung, Modelle der originären Unternehmensverantwortlichkeit und geht auch der zwingenden Frage nach einer originären Verbandverantwortlichkeit sowie einer Möglichkeit nach § 3 OWiG nach. Die sich durch die Modelle ergebene Konsequenz können Jurisdiktionskonflikte und somit die Verdopplung von Konfliktebenen sein. Diese Darstellung ist enorm spannend zu lesen.

VII. Zum Teil 3 Kapitel 5: Ne bis in idem – Transnationales Verbot der Doppelbestrafung und -verfolgung – Seiten 346-463

Dass Jurisdiktionskonflikte das Risiko der Doppelbestrafung bürgen, erscheint nachvollziehbar zu sein – doch der *ne bis in idem*-Grundsatz soll solche Situationen gerade dahingehend lösen, dass eine erneute Bestrafung oder Verfolgung einer Person wegen derselben Straftat, zu der diese Person bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde, gerade ausgeschlossen sein soll. Nachdem *Thorhauer* den Rechtssatz *ne bis in idem* bis zu seinem Ursprung analysierend in der griechischen Antike verortete, erläuterte sie dessen Reichweite und die inhaltliche Bestimmung – auch vergleichend mit anderen Rechtsordnungen. Über Art. 50 der EU-Grundrechtecharta (GRC) wurde *ne bis in idem* im Vertrag von Lissabon und somit im EU-Primärrecht (Art. 6 Abs. 1 EUV) fixiert. Doch bereits im Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) ließ sich seit dem Jahr 1990 eine Regelung zur Doppelbestrafung finden, Art. 54 SDÜ. Folglich analysiert die Autorin den Anwendungsbereich

des Art. 50 GRC sowie sein Verhältnis zu Art. 54 SDÜ (S. 355-359) und beleuchtet dazu ausgiebig die *EuGH*-Rechtsprechung (S. 359-406). Schließlich geht *Thorhauer* in diesem Kapitel noch ausführlich auf die spezifischen Probleme der Doppelbestrafung bei Sanktionen von Unternehmen (S. 406-446) ein.

VIII. Zum Teil 3 Kapitel 6: Mechanismen auf Ebene des Unionssekundärrechts – Seiten 464-498

In Kapitel 6 erläutert *Thorhauer* den Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren³ vom 15.12.2009 (S. 465-483), durch welchen parallele Strafverfahren innerhalb der EU wegen derselben Taten gegen dieselbe Person vermieden werden sollen – um mit ihm ein Defizit von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC zu schließen. Leider vermag der Rahmenbeschluss die Jurisdiktionskonflikte nur zu begrenzen, nicht aber gänzlich zu schließen und schon gar nicht zu vermeiden.

IX. Zum Teil 4 Kapitel 7: Gewinn eines rechtsstaatlich-prinzipienorientierten, freiheitlichen Konzepts zur Realisierung eines wahrhaften Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Seiten 499-633

Leider vermögen sowohl der Rahmenbeschluss als auch die *ne bis in idem*-Regelung die Jurisdiktionskonflikte im Bereich der transnationalen Kriminalität nur suboptimal zu bekämpfen. Somit versucht *Thorhauer* eine normative Korrektur zu finden bzw. wie der *Stauts quo* des freien „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Recht“ in Koexistenz zu bringen ist. Dazu untergliedert sie ihr Kapitel 7 in fünf interessante Abschnitte: In die Darstellung über die Notwendigkeit eines Auswegs aus der Netzwerkperspektive (S. 500-516), der Darstellung über die Freizügigkeit in einem Raum der Freiheit (S. 516-555), der Erläuterung des Gesetzlichkeits- und Schuldprinzips sowie des europäischen Gesetzmäßigkeitsprinzips (S. 555-612), der Darstellung des Rechts auf einen gesetzlichen Richter (S. 612-622) sowie der Darstellung des Rechts auf ein faires Verfahren bzw. einer effektiven Verteidigung (S. 622-632).

X. Zum Teil 4 Kapitel 8: Konzept zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten *de lege ferenda* – Seiten 634-794

Bei der weiteren Suche nach einer Lösung der Jurisdiktionskonflikte widmet sich die Autorin in ihrem Kapitel 8 dazu mehreren Konzepten, die (zur Vermeidung eben solcher Konflikte) sinnvollerweise auch auf der europäischen Ebene implementiert sein sollten. *Thorhauer* bietet dabei ein „Drei-Stufen-Modell zur Konfliktlösung“ als eigenen Vorschlag an (S. 661-667), reflektiert aber auch andere völkerrechtliche Anknüpfungsprinzipien. Dazu führt sie zu einer abstrakt-generellen Zuständigkeitsordnung *ex ante* (1. Stufe) auf den Seiten 668-724, einer verfahrensmäßig abgesicherten Zuständigkeitsfestlegung *ex post* (2. Stufe) (S. 724-757) und für die 3. Stufe mittels der Justiziabilität der Forumswahl (S. 758-761) aus. Abschlie-

³ ABIEU L 328 v. 15.12.2009, S. 42.

ßend und abrundend werden weitere damit im Zusammenhang stehende Probleme erläutert, wie bspw: die Einführung eines EU-weiten elektronischen Strafverfahrensregisters, einer Anklagesperre für die Dauer des Konsultationsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung, der Möglichkeit eines (einmaligen) Zuständigkeitswechsels bei dem Auftreten neuer Erkenntnisse bis zum Abschluss der Ermittlungen oder ein zu modifizierendes *ne bis in idem*-Konzept. *Thorhauer* schließt das Drei-Stufen-Modell sowohl durch eine graphische Darstellung (S. 794), als auch durch eine sehr sinnvolle Modellregelung (S. 782-793) ab.

XI. Zum Teil 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick – Seiten 795-803

Abschließend fasst *Thorhauer* (neben den zahlreichen Zwischenfazits) ihr komplettes Werk kurz und knapp zusammen.

XII. Fazit

Die Darstellung von *Thorhauer* ist als sehr gelungen zu bezeichnen. Unzweifelhaft stellt sie eine enorme Fleißarbeit dar. Ihre Arbeit ist stets übersichtlich strukturiert und führt zu sämtlichen Aspekten zu diesem Themenkomplex mehr als ausführlich und beinahe erschöpfend zum aktuellen Stand der Wissenschaft aus. *Thorhauer* beschäftigt sich mit einem für die Entwicklung der Strafverfolgung enorm wichtigen Thema, welches für den wissenschaftlichen Diskurs längst überfällig gewesen ist – der Koordination der Strafgewalten in der Europäischen Union zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten.

Mani Jaleesi: Die Kriminalisierung von Manipulationen im Sport

Eine Untersuchung zum Sportwettbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben gem. § 265c und § 265d StGB

von Dipl.-Jur. Till Pörner

2020, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-6662-8, S. 321, Euro 84,00

I. Einleitung

Mani Jaleesi widmete sich in seinem Promotionsvorhaben mit den Strafvorschriften zum Sportwettbetrug und Manipulationen im Sport einem Untersuchungsgegenstand, welcher in der jüngeren Vergangenheit Inhalt einer Vielzahl weiterer Publikationen war. So wurde die Einfügung der §§ 265c ff. StGB in das Kernstrafrecht seitens der Rechtswissenschaft von Beginn an kontrovers diskutiert. An dieser Stelle setzt daher auch *Jaleesi* an, dessen 321 Seiten langes Werk unter der Betreuung von Prof. Dr. Ge-reon Wolters 2019 an der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen wurde.

II. Aufbau und Schwerpunkte der Arbeit

Schwerpunktmäßig stellt der Verfasser in seiner Arbeit zwei Aspekte in den Mittelpunkt. Dabei handelt es sich einerseits um die Frage der Legitimation eigener Strafvorschriften zur Sanktionierung des Wettbetruges und der Manipulation im Sport (S. 19) und andererseits um die Frage, ob der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum diesbezüglich mit dem 51. Strafrechtsänderungsgesetz sinnvoll ausgestaltet hat. Hinsichtlich letzterem Untersuchungsgegenstand geht es daher um die Fragen, wie die Tatbestände in ihrer jetzigen Form auszulegen sind und ob einzelne Merkmale „modifiziert werden könnten und sollten“ (S. 20).

Im Rahmen dieser Untersuchung gliedert *Jaleesi* seine Arbeit in drei Kapitel. Das erste Kapitel beschäftigt sich mit den Grundlagen der Thematik. Es skizziert, wie üblich, zunächst den Gegenstand und Gang der Untersuchung (A.) und zeigt im Anschluss die Hintergründe für bzw. von Manipulationshandlungen im Sport auf (B.), ehe ein Überblick über das 51. Strafrechtsänderungsgesetz, in dessen Zuge die §§ 265c ff. StGB den Weg in das Strafrecht fanden, gewährt wird (C.). Dabei nähert sich der Verfasser den Normen zunächst einmal nur oberflächlich, soll eine ausführliche und detailgetreue Auseinandersetzung mit den einzelnen Merkmalen der Normen doch noch an späterer Stelle im Hauptteil des Werkes folgen (S. 20 und 32). Zum Abschluss des ersten Kapitels folgt die Darstellung der Gesetzeslage bis zur Inkorporierung der §§ 265c ff. StGB im Jahre 2017 (D.), wobei der Autor die Frage in den Mittelpunkt stellt, ob Manipulationshandlungen im Sport nicht bereits vor der Reform adäquat mit Strafe bedroht waren (S. 38). Im zweiten Kapitel,

das den Hauptteil des Werkes bildet, setzt sich *Jaleesi* sodann schwerpunktmäßig mit seinen beiden zentralen Untersuchungsgegenständen auseinander. Er beginnt mit der Prüfung der verfassungsrechtlichen Konformität des Gesetzes (A.) und geht dabei nicht nur auf einen möglichen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Bewegungsfreiheit in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ein (S. 57 ff.), sondern untersucht auch die Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Grundpfeilern des Bestimmtheitsgebotes (S. 54 ff.), der sog. systemkritischen Rechtsgutslehre (S. 76 ff.) sowie des ultima-ratio-Prinzips (S. 79 ff.). Im Nachgang widmet sich *Jaleesi* sodann der Frage, ob unter Umständen sogar eine Gesetzgebungspflicht zur strafrechtlichen Sanktionierung von Manipulationen im Sport besteht (B.), ehe er mit dem Abschnitt zur „Gestaltung und Anwendung der Straftatbestände im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative“ (C.) zum umfangreichsten Teil seiner Arbeit kommt. An dieser Stelle untersucht der Verfasser zunächst einige Grundfragen und überprüft unter anderem die strafrechtliche Legitimation des Gesetzes im Lichte des mit diesem verfolgten Schutzzweckes (S. 85 ff.). Daneben geht er auch auf die tatbestandliche Grundausrichtung (S. 105 ff.) sowie deren amtlichen Bezeichnungen und Lozierung (S. 111 ff.) ein.

Nachdem diese Fragen allgemeiner Natur geklärt wurden, widmet sich *Jaleesi* in diesem Teil seiner Arbeit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Normen sowie deren Auslegung (S. 116 ff.). Dabei geht der Verfasser detailgetreu und sehr ausführlich vor. Besondere Bedeutung widmet er an dieser Stelle den Merkmalen, bei deren Handhabung Probleme zu erwarten seien und spart in diesem Zusammenhang auch nicht daran, alternative Formulierungsvorschläge zu bereiten (S. 116). So diskutiert er unter anderem die tatbestandliche Neufassung des Sportbegriffes (S. 166 ff.) und plädiert für eine Einbeziehung neutraler Beeinflussungen als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung (S. 197 ff.). Das zweite Kapitel schließt sodann mit dem Abschnitt unter dem Titel „Annex“ (S. 276 ff.), in dem konkurrenzrechtlichen Fragen (S. 276 ff.) sowie Auslandsbezüge (S. 279 ff.) bearbeitet werden und eine Beleuchtung des ultima-ratio-Prinzips aus kriminalpolitischer Sicht (S. 285 f.) erfolgt. Im dritten Kapitel (S. 287 ff.) vervollständigt der Autor das Werk schließlich mit einer Zusammenfassung seiner Ergebnisse.

III. Wesentliche Aussagen anhand ausgewählter Inhalte

Nachdem nun der Untersuchungsgang, der Aufbau und die Schwerpunkte des Werkes skizziert wurden, sollen nachfolgend einige wesentlichen Aussagen und Erkenntnisse der Arbeit aufgezeigt werden. Hierbei handelt es sich um ausgewählte Inhalte, die die zentralen Untersuchungsfragen der verfassungsrechtlichen sowie strafrechtlichen Legitimation einer- und die tatbestandliche Ausformulierung andererseits betreffen.

So ergründet *Jaleesi* etwa die Hintergründe und Motive von Manipulationshandlungen im Sport. Hinsichtlich der daran beteiligten Personengruppen, ihren Interessenlagen sowie der „Logik der Tat“ existierten bei Manipulationen mit (§ 265c StGB) und ohne Wettbezug (§ 265d StGB) grundlegende Unterschiede, was auch in der weiteren rechtlichen Untersuchung der Normen Niederschlag finden müsse (S. 21). So stünden bei Wettsetzung die Gewinnerzielung und Möglichkeit der Geldwäsche im Mittelpunkt (S. 24), während Manipulationen ohne Wett hintergrund gewissermaßen „sportimmanent“ seien (S. 21 ff.). Insofern begrüßt der Verfasser den Umstand, dass derartige Verhaltensweisen in zwei separaten Tatbeständen geregelt wurden (S. 21, Fn. 19).

Im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Legitimation sieht *Jaleesi* in den §§ 265c ff. StGB keine Verstöße gegen das Grundgesetz (S. 82). Dabei verweist der Verfasser auf die bisherige Rechtsprechung des *BVerfG*. So hätten die Karlsruher Richter in der Vergangenheit nur äußerst selten die Bestimmtheit eines Gesetzes beanstandet (S. 56 f.) und auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 75 f.), die Rechtsgutslehre (S. 78) sowie das ultima-ratio-Prinzip (S. 80 f.) stellten in praktischer Hinsicht keinerlei Begrenzungsmaßstab für die materielle Gesetzgebung dar. Wenngleich mit Blick auf die praktische Handhabung dieser Prinzipien seitens des *BVerfG* der Mutmaßung des Autors („... Verhältnismäßigkeit und das ultima-ratio-Prinzip sind Leerformeln.“, S. 288), dass die Normen wohl kaum für verfassungswidrig erklärt werden dürften, gefolgt werden kann, sollte die rechtspolitische und rechtstheoretische Bedeutung dieser Prinzipien, insbesondere unter Berücksichtigung der einschneidenden Wirkung einer Kriminalstrafe, keineswegs außer Acht gelassen werden. Auch diesen Gedanken nimmt der Verfasser aber an späterer Stelle auf und plädiert aufgrund der deutlich geminderten Strafbedürftig- und -würdigkeit für eine Entkriminalisierung von Manipulationen im Sport, die über keinen Wett hintergrund verfügen (S. 286.).

Erhebt *Jaleesi* unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten daher keine Einwände gegen die §§ 265c ff. StGB, kommt er an anderer Stelle zu dem überzeugenden Ergebnis, dass eine Pönalisierungspflicht des Gesetzgebers bei Manipulationen im Sport von Verfassung wegen nicht angezeigt sei (S. 82 ff.). Gleichwohl bewege er sich mit dem 51. Strafrechtsänderungsgesetz innerhalb seines gesetzgeberischen Entscheidungsspielraumes und habe daher die Möglichkeit, ein Gesetz gegen Manipulationen

im Sport zu erlassen (S. 84). Da dem Gesetzgeber diesbezüglich ein grundsätzlich weiter Spielraum zur Verfügung stünde, untersucht *Jaleesi* im Fortgang, wie ein solches Gesetz im Detail am sinnvollsten auszugestalten ist (S. 84.).

Zunächst stößt an dieser Stelle der vom Gesetzgeber gewählte Schutzzweck, der in der Integrität des Sports und dem Schutz des Vermögens gesehen wird (S. 86 f.), beim Verfasser auf Gegenliebe. Diesem komme insofern entscheidende Bedeutung zu, als dass er die Reichweite der Kriminalisierung bestimme und damit auch unmittelbaren Einfluss auf die konkrete Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale habe (S. 85.). Dabei sieht der Autor auch die Integrität des Sportes, welche in der Rechtswissenschaft besonders kontrovers diskutiert wurde, als taugliches Schutzgut an. Auch wenn im Einzelfall wenig klar sei, was sich dahinter verberge, erhalte die Integrität aufgrund der tatbestandlichen Eingrenzungen eine hinreichende Konturenschärfe und werde darüber hinaus auch nicht allumfassend, sondern nur in ihrem Kernbestand geschützt (S. 91).

Besonders gelungen ist die detailgetreue Analyse der Tatbestände. Aufgrund der Fülle an problematischen Merkmalen kann dabei an dieser Stelle nur auf einen kleinen Teil der bearbeiteten Punkte eingegangen werden. Es sollen daher exemplarisch zwei Aspekte besprochen werden, die besonders lesenswert erscheinen. Dies gilt allen voran für die Frage, wie der Begriff des Sportes, der nicht legal definiert wird, in den beiden Tatbeständen zu verstehen ist (S. 144 ff.). Dabei unterliege das Tatbestandsmerkmal „Sport“ in einem besonderen Maße dem gesellschaftlichen Wandel (S. 149), wobei *Jaleesi* exemplarisch auf den in diesem Zusammenhang immer wieder vorgebrachten E-Sport verweist (S. 146 f.). Im Rahmen seiner Untersuchung auf die Übereinstimmung des Merkmals mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gelangt er dabei zu der wohl berechtigten Annahme, dass dessen fehlende Konkretisierung aufgrund der Wandlungsfähigkeit durchaus bedenklich sei (S. 159). So streitet der Verfasser im Bewusstsein, dass hierdurch Strafbarkeitslücken entstehen werden, für eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffes (S. 166). Danach soll Sport nur das sein, was offenkundig und allgemein von der Gesellschaft als solcher anerkannt werde (S. 164). Sei dies der Fall, dann sollten derartige Betätigungen nicht schon sofort, sondern erst mit zeitlicher Verzögerung den Tatbeständen unterworfen werden, um „Überraschungsstrafbarkeiten“ zu vermeiden (S. 164 f.). *De lege ferenda* plädiert *Jaleesi* indes für die Ausgestaltung der Normen als Blankettstrafatbestände, wobei der Gesetzgeber in regelmäßigen Abständen auf der Grundlage von Erhebungen einen Listenblankettstrafatbestand als formelles Gesetz erlassen solle (S. 167).

Beachtenswert ist auch die Passage, in der der Verfasser die Beschränkung des § 265d StGB auf berufssportliche Wettbewerbe und die damit einhergehend tatbestandliche Ausnahme des Amateursports rechtfertigt (S. 253 ff.). Diese resultiere letztlich konsequenterweise aus einem Schutzzweck-Dualismus (S. 255). So reiche die Betrof-

fenheit der Sportintegrität isoliert betrachtet zur Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts nicht aus. Die Schwelle der Strafwürdigkeit werde vielmehr erst dort erreicht, wo zusätzlich auch erhebliche Gefahren für Vermögensinteressen existierten (S. 254). Im Hinblick auf das ultima-ratio-Prinzip und den geringeren Unrechtsgehalt des § 265d StGB sei diese Tatbestandsbeschränkung insofern zu begrüßen (S. 255).

IV. Fazit

Jaleesi leistet mit seiner Dissertation zu einem von Beginn an kontrovers diskutierten Strafrechtsreformgesetz einen äußerst lesenswerten Beitrag mit einer detailgetreuen Analyse und enormen Tiefgang. Er bietet dabei Impulse für unweigerlich auftretende Auslegungsfragen und Anstöße zur weiterführenden Diskussion. Seine Rechtsan-

sichten dürften nicht uneingeschränkt auf Gegenliebe stoßen. Dies ist jedoch keinesfalls Versäumnissen des Autors geschuldet, sondern liegt bei einem solch umstrittenen Untersuchungsgegenstand vielmehr in der Natur der Sache. So bezieht *Jaleesi* in seiner Dissertation klar Stellung und schließt sich dem Lager an, das das Reformgesetz zwar nicht als durchweg gelungen ansieht, der Kriminalisierung von Manipulationen im Sport in Form eigener Straftatbestände jedoch zustimmend gegenübersteht. Dabei versäumt er es nicht, konkrete Modifizierungsvorschläge für einzelne Tatbestandsmerkmale zu bereiten, deren Auslegung Probleme bereitet. Insofern dürfte *Jaleesi* mit seiner Arbeit so manchen Stein ins Rollen gebracht haben, der in der Diskussion um die §§ 265c ff. StGB noch das ein oder andere Mal aufgenommen werden könnte.

TAGUNGSBERICHT

6. „Medizinrecht-aktuell“ – Podiumsdiskussion: Freiheit oder Solidarität – Die Welt nach den Corona-Impfungen

von Till Schaller*

Unter dem Titel „Freiheit oder Solidarität – Die Welt nach den Corona-Impfungen“ fand am 18. Februar 2021 die 6. „Medizinrecht-aktuell“ – Podiumsdiskussion des Göttinger Zentrums für Medizinrecht in Kooperation mit der Hochschulgruppe Demokratische-Aktion-Fachschaft (DAF) im Onlineformat statt. Kurz vor dem Jahreswechsel begannen in Deutschland die Impfungen gegen Covid-19. Schon zuvor entbrannte eine Debatte unter Wissenschaftlern und Politikern über die Verteilung des Impfstoffes und die Reihenfolge der zu impfenden Personengruppen. Unter dem Stichwort „Priorisierung“ wird diese Debatte bis heute fortgeführt. Dazu werden Stimmen lauter, die, mit wachsendem „Impffortschritt“, gegen den staatlich oktroyierten „Gehorsam“ für eine Rücknahme der Freiheitsbeschränkungen demonstrieren. Während einerseits von „Privilegien“ für Geimpfte gesprochen wird, werfen wieder andere die Frage auf: Begründet sich nicht die gesamtgesellschaftliche Debatte um die Privilegierung Einzelner auf einem, die Verantwortung ausschließenden, „*ex ministerieller autoritatis*“ zugeschriebenen „Impfrang“? Wie lassen sich Freiheitseinbußen noch rechtfertigen, wenn der Geimpfte seine Freiheitsrechte, womöglich ohne infektiologische Gefahr für das Kollektiv, in Anspruch nimmt?

Nicht nur die Brisanz der Thematik, sondern ebenso die hochkarätigen Referenten sorgten für ein hohes Interesse der interessierten Öffentlichkeit und unter den Studierenden. Als Gäste und Referenten eingeladen waren *Prof. Dr. iur. Stefan Huster*, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie an der Ruhr Uni Bochum, *Prof. Dr. rer. nat. Jürgen Wienands*, Abteilung für Zelluläre und Molekulare Immunologie an der UMG und Sachverständiger im Corona-Sonderausschuss des Niedersächsischen Landtages, *Prof. Dr. rer. nat. Susanne Schreiber*, Professorin für theoretische Neurophysiologie an der Humboldt-Universität zu Berlin und Stellvertretende Vorsitzende des Deutschen Ethikrates, *Prof. Dr. rer. soc. Elisabeth Wacker*, Lehrstuhlinhaberin für Diversitätssoziologie an der TU München und zugleich Vorsitzende des wissenschaftlichen Beirats für den Teilhabebericht des BMAS über die Lage von Menschen mit Beeinträchtigungen in Deutschland.

Die Moderation der Podiumsdiskussion übernahm *Prof. Dr. Gunnar Duttge*, Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität und zugleich Vorstandsmitglied des Göttinger Zentrums für Medizinrecht.

„Welches Maß an „Sicherheit“ dürfen wir nach heutigem Stand von den zugelassenen Impfstoffen gesamtgesellschaftlich erwarten, und wie sollten wir das infektiologische Risiko einschätzen, wenn die Freiheitsräume für die bereits Geimpften vor den anderen wieder geöffnet würden?“ Diese Kernfrage des Moderators aufgreifend, wies *Prof. Dr. Wienands* in seinem Eingangsreferat daraufhin, dass die zugelassenen Impfstoffe, gleich ob auf genetischer Grundlage oder schwachen Erregern basierend, und ungeachtet teils bedingter Zulassungen, mit Blick auf die bekannten Mutanten sicher seien. Eine ernsthafte Diskussion um Lockerungen für Einzelne hielt *Wienands* erst für möglich, wenn abschließend geklärt sei, ob immunisierte Personen noch infektiologische Treiber seien. Gleichwohl erteilte er mit Blick auf mögliche Sonderrechte während des „Schwebezustands“ bis zur „Herdenimmunität“ dem im Titel behaupteten Widerspruch „Freiheit oder Solidarität“ eine Absage. Beide Begriffe bedingten sich gegenseitig und ließen sich durch ihre innere Konnexität – so *Wienands* – nur im Sinne einer „Freiheit durch Solidarität“ verstehen. Das Interesse des Einzelnen an der Aufrechterhaltung des öffentlichen gesellschaftlichen Lebens, in dem er seine Freiheit ausübe, ende dort, wo eine übermäßige Belastung des Gesundheitssystems wieder zur Begrenzung seiner Freiheit berechtige.

Im Hinblick auf die infektionstreibenden Örtlichkeiten verwies *Wienands*, neben der Überlastung der Gesundheitsämter, auf das bestehende Wissensdefizit bzgl. der Infektionsketten hin, welches auch nicht durch die bereits bekannte hohe Wahrscheinlichkeit von Infektionen im häuslichen Umfeld und Pflegeeinrichtungen beseitigt werde. Zwar sei es entscheidend, den Handlungsauftrag nach empirischen Studien schnellstmöglich zu erfüllen, doch liege es im Wesen der Forschung, dass viele Erkenntnisse zunächst nur eine schemenhafte und fragile Sicherheit erzeugten, die teils nachträglich wieder revidiert

* Der Verfasser ist Mitarbeiter am Göttinger Zentrum für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Für die Anregungen und konstruktive Kritik gilt mein Dank *Prof. Dr. Gunnar Duttge* (Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität).

werden müsse. Daher führten vorschnelle Öffnungen ohne fundierte wissenschaftliche Grundlagen, die durch einen „föderalen Flickenteppich“ noch verstärkt würden, zu einer Zuspitzung der Situation im Gesundheitssystem. Maßgeblich unterschieden sich die leitenden Prinzipien im Verhältnis von Wissenschaft und Politik, wobei ersteres jedoch ein rationales Fundament mitbringe, ohne dabei das politische Kernmetier zu beschneiden. Die klare Zuständigkeitsverteilung zwischen Politik und Wissenschaft müsse auch nach außen kommuniziert werden, ohne dass sich dabei – wie es die Debatte andeute – der „schwarze Peter“ gegenseitig zugeschoben würde. Darüber hinaus dürfe eine „vernünftige“ Politik in der Debatte um mögliche Lockerungen nicht primär nur auf den das infektiologische Geschehen abbildenden Inzidenzwert, abseits der ökonomischen und juristischen Debatten, als Grundlage für Beschränkungen abstellen.

Anschließend ging Frau *Prof. Dr. Schreiber* darauf ein, ob die bis auf Weiteres bestehenden Freiheitseinbußen für die zwischenzeitlich Geimpften nach den „Ad-hoc“-Empfehlungen des Deutschen Ethikrates aufrechterhalten bleiben sollten. Auf die kritische Anmerkung von *Prof. Dr. Duttge*, dass sich unser Gemeinwesen doch im Grundsatz der „Freiheit in Gleichheit“ verschrieben hätte, verwies *Schreiber* zunächst darauf hin, dass die endlos anmutenden Entbehrenungen keine dauerhafte Lösung seien und immer wieder eine Evaluierung der Erforderlichkeit sowie Angemessenheit stattfinden müsse, die durch ein sozialpsychologisch-gesellschaftliches Element ergänzt werde. Gleichzeitig betonte sie, dass mit Blick auf die hohen Inzidenzwerte die aktuell eingreifenden Schutzmaßnahmen durch ihre zeitliche Begrenzung zumutbar seien.

Die Aufrechterhaltung der bis dato geltenden Beschränkungen unterstützend argumentierte *Schreiber* zudem, dass bisher keine Sicherheit bestehe, ob – wie ihr Vorredner bereits feststellte – Geimpfte tatsächlich keine infektiologische Gefahr mehr darstellten; es könne vielmehr auch so sein, dass ein vorschnelles Zurück zum *status quo ante* schlimmstenfalls einem „Lotteriespiel“ gleichkäme. Ausnahmen für Geimpfte seien daher in den Empfehlungen bisher – rückführend auf diese Unabwägbarkeiten und auf die mathematischen Modelle der STIKO – nicht vorgesehen. Auch eine Überarbeitung der entworfenen Verteilungsstrategie, die der Deutsche Ethikrat in Kooperation mit der Ständigen Impfkommission (STIKO) und der Leopoldina erstellt hatte (in welchem neben den „systemrelevanten“ Berufsgruppen insbesondere die Vulnerablen der dritten Priorisierungsgruppe vorrangig zu impfen seien), bringe keine andere Beurteilung zugunsten der jüngsten und mobilsten Bevölkerungsgruppe. Das gesamtgesellschaftliche Ziel der Vermeidung einer „Triage-Situation“ könne nicht erreicht werden, wenn, trotz ihres besonderen „Freiheitsbedürfnisses“, mit den jungen und vitalen Personen begonnen würde, da es bei diesen regelmäßig zu einem milderen Krankheitsverlauf komme. Dabei gehe es nach *Schreiber* im Wesentlichen um das Prinzip der Solidarität, welches sich, solange die Mehrheit der Bürger keine Möglichkeit für eine Impfung erhalte, in der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen öffentlichen

Daseinsvorsorge und einer Erhaltung der Solidarbereitschaft ausdrücke. Das oberste Ziel gesamtgesellschaftlicher Solidarbereitschaft könne kaum gewahrt werden, wenn einzelne Geimpfte ihre „Freiheiten“ voll ausschöpfen. Während der „harte“ Lockdown fremdbestimmt war, komme jetzt mit Fortschreiten der Impfungen die Eigenverantwortung des Einzelnen hinzu, die jedoch neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Blick haben müsse.

Daran anknüpfend fehle es laut *Schreiber* an der nötigen Faktengrundlage, um darüber diskutieren zu können, ob eine „Diskriminierung“ durch private Anbieter jenseits der ganz existentiellen Dinge erlaubt wäre. Sollte sich diese Unsicherheit (der Virusübertragbarkeit) in Zukunft beseitigen lassen, so müsse neben einer neuen Verhältnismäßigkeitsüberprüfung bzgl. der Beschränkungen eine intensive Debatte um die konkrete Ausgestaltung der Kontrahierungspflicht im privaten Bereich mit Blick auf unzulässige Monopole geführt werden.

Hierauf ging *Prof. Dr. Huster* weiter ein und beurteilte die sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in der privaten Unterhaltungsbranche der Kinos und Theater jenseits von Monopolstellungen als eine deutlich abgeschwächtere. Private Anbieter dürften den Zutritt durchaus von einem Impfnachweis abhängig machen. Im Unterschied zu den zuletzt ergangenen Urteilen des *BVerfG* zur mittelbaren Drittwirkung bestehe vorliegend ein deutlich hervorgehobener legitimer und gesellschaftlich tolerierter Zweck in der Eindämmung der Infektionsketten und der existentiellen Bedrohung im Falle eines nachweislichen Ausbruchs. Hingegen müsse für die Bereiche der Daseinsvorsorge auf Grundlage der dort anerkannten „Kontrahierungspflicht“ anders entschieden werden. Für Apotheken und Supermärkte ließe sich also eine Auswahl zwischen Geimpften und Nichtgeimpften kaum rechtfertigen. Die sich daran anschließende Frage nach der Sorge vor einem „faktischen Impfwang“ durch die „Hintertür“, wozu nach *Huster* – entgegen der Ansicht des Deutschen Ethikrats – kein Anlass bestehe, sei mit Blick auf die Eigenverantwortung des Einzelnen und der persönlichen Willensentscheidung zu beantworten. Gleichzeitig halte er eine Impfpflicht aus politischer wie auch aus juristischer Sicht für höchst zweifelhaft. Dem stimmte auch *Prof. Dr. Schreiber* zu, wobei sie ergänzend darauf hinwies, dass nur in „begründeten Ausnahmefällen“ an eine Impfpflicht gedacht wurde.

Daran anknüpfend bezeichnete *Huster* eine im öffentlichen Diskurs häufig betonte Priorität der Gleichheit gegenüber der individuellen Freiheit als „Rückfall in den Steinzeitkommunismus“, wenn die Freiheitsbeschränkungen also allein zugunsten der Gemeinschaft aufrechterhalten würden. Auf die Rückfrage des Moderators, ob das Fundamentalproblem der Verteilungsgerechtigkeit nicht gesamtgesellschaftlich doch zu sensibel sei, um allein den „glücklich Geimpften“ sich ihrer „Selbstbestimmung“ zu erfreuen, entgegnete *Huster*, dass es im Kern nicht um Solidarität ginge, sondern vielmehr um die Vermeidung von Missgunst zulasten derjenigen, die bereits „unverschuldet“ geimpft wurden. Die Frage der Solidarität lasse sich

durch ihre Unbestimmtheit kaum mit (verfassungs-)rechtlichen Maßstäben eingrenzen und sei somit kein Argument für die Aufrechterhaltung von Freiheitsbeschränkungen. Freiheit in Gleichheit sei eine irriige Annahme, denn es frage sich doch gerade, wieso Freiheitsbeschränkungen zugunsten der Gleichheit in Kauf genommen werden sollten. Darüber hinaus könne der Begriff der Solidarität auch dahingehend verstanden werden, dass sich die noch nicht Geimpften den bereits Geimpften gegenüber verständnisvoll ob deren Inanspruchnahme von neu gewonnenen Freiheiten verhielten.

Mit Blick auf jene, die sich nicht an die verschriebene Impfreiheitsfolge hielten, verwies *Huster* darauf, dass dies aus grundrechtlicher Sicht kaum von hinreichender Relevanz sei. Vielmehr sei das Tun von „Impfdrängern“ lediglich moralisch fragwürdig, jedoch stehe im Endeffekt der ganzheitliche Fortschritt im Fokus und es könne eine Priorisierung „auf dem Papier“ ohnehin kaum eingehalten werden. Daher sollten die Vakzine, bevor sie überhaupt nicht mehr verimpft würden, auch an andere Gruppen verteilt werden können.

Auf die Frage nach den Empfehlungen des Deutschen Ethikrates, die in Bezug auf Pflege- und Seniorenheimen sowie Behinderteneinrichtungen von (aufrechtzuerhaltenden) sog. „Sonderbelastungen“ sprechen, bestätigte Frau *Prof. Dr. Wacker* zunächst die überdurchschnittliche psychische Belastung für Vulnerable in stationärer, aber auch in häuslicher Pflege. Diese hätten sich in der Pandemie über die bereits bestehende gesellschaftliche Situation hinaus erheblich verschärft. Gleichzeitig folge daraus ein besonderes Bedürfnis der Vulnerablen, dass ihre Interessen im Rahmen der Verteilungsgerechtigkeit und vor dem Hintergrund der Wiederverschaffung des freiheit- sowie gesundheitlichen Geltungsanspruchs hinreichend berücksichtigt werden. Der besondere Abwägungsvorrang von Menschen mit einer Behinderung solle jedoch nicht als eine „Wiederbeschaffung in großzügiger Weise“, sondern vielmehr als eine Beseitigung von übermäßigen Nachteilen im Sinne einer pragmatischen Inklusion betrachtet werden. Auch dürfe nicht vergessen werden, dass eine Vielzahl der politischen, sich stetig wandelnden Erwägungen und Vorgaben (durch die Corona-VO) für Vulnerable kaum nachvollziehbar seien.

Einer Beschränkung der notwendigen Sicherheitsvorkehrungen allein auf nachweislich infektionstreibende Einrichtungen wie Pflegeheime stand *Wacker* ablehnend gegenüber, da es nicht mit einer kulturellen Konvention der Gleichwertigkeit und der Menschenrechte vereinbar sei, wenn „Sondergruppen“ als „Problemmacher“ dargestellt würden und für sie eine „Sonderwelt“ geschaffen werde. Die Forderung einer inklusiven Gesellschaft aus „Friedenszeiten“ bleibe graue Theorie, wenn erst ad-hoc auf die akute Not von Vulnerablen reagiert und bereits frühzeitig erkennbare Bedürfnisse sowie Anlässe für ein präventives Handeln außer Acht gelassen würden. Daran anknüpfend verwies die Referentin weiterhin darauf, dass vorgeschlagene Schutzmaßnahmen, ausgenommen die Selbstisolation, für viele aus gesundheitlichen Gründen

oder aufgrund fehlenden Verständnisses für die Notwendigkeit nicht in toto umsetzbar seien. Schließlich wies *Wacker* daraufhin, dass die Alten und Behinderten auch nach der „zweiten Welle“ über keine Lobby verfügten. Zahlreiche Fragen werfe auch die Impfpriorisierung auf, da es nur schwerlich nachvollziehbar sei, weshalb Vulnerable in häuslicher Quarantäne sowie pflegende Angehörige – obgleich ein evidenter Unterschied zu jenen in Pflegeeinrichtungen fehle – erst in der zweiten Priorisierungsgruppe Berücksichtigung fänden. Im Ganzen zeigten die defizitären politischen Erwägungen zum Umgang mit Vulnerablen in symptomatischer Weise, dass das Vergessen, insbesondere jener, die zuhause gepflegt werden, in Widerspruch zur ureigensten Aufgabe des Sozialstaates zu einer Exklusion anstatt der gebotenen Inklusion führe.

Die abschließende Frage des Moderators nach einem resümierenden Statement beantworteten *Schreiber* wie auch *Wienands* mit ihrer Sorge vor den sich entwickelnden Mutationen. Gleichzeitig zeigte sich *Schreiber* beeindruckt von den immensen gesellschaftlichen Solidaritätsressourcen. In Richtung der sich von den Impfstoffnebenwirkungen bestärkt fühlenden Impfkritiker warf *Wienands* die These auf, dass es nicht unwahrscheinlich sei, dass diejenigen, die schwere Nebenwirkungen durch die Impfungen zeigten, auch eine infektiologischen schweren Verlauf davontrügen. Für eine sachliche gleichfalls die rechtlichen Unterschiede der streitenden Gruppen stärker in den Fokus rückende Debatte, stimmte *Huster*. Schließlich plädierte *Wacker* für eine Bewusstseinsschärfung in unserer inklusiven Gesellschaft.

Inwieweit spiegeln sich die vorstehenden Überlegungen in den aktuellen politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen der Pandemie wider? Ist die Debatte um „Privilegierungen“ auf Grundlage neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse weiter vorangeschritten? Mittlerweile befindet sich das Land in der „dritten Welle“ der Pandemie. Die Diskussion um mögliche Privilegierungen nimmt wieder stark an Fahrt auf. Nicht nur die der Diskussion zugrunde liegende Annahme, Geimpfte seien keine Infektionstreiber, wurde inzwischen durch empirische Studien mit „sehr hoher Wahrscheinlichkeit“ verifiziert, sondern darüber hinaus sollen ab Anfang Mai die Impfungen der zweiten Priorisierungsgruppe beginnen. Die lauter werdenden Rufe nach einer Rücknahme der Freiheitsbeschränkungen könnten sich nun vordergründig auf die „ad-hoc“-Empfehlungen des Deutschen Ethikrates berufen, die auf Basis einer normativen Relation zwischen der Wahrscheinlichkeit einer Infektion und der Belastung durch Schutzmaßnahmen von einem Legitimationsverlust der Beschränkungen infolge des Impffortschritts ausgegangen sind. Dem ist jedoch mitnichten so, denn die oberste Prämisse der „ad-hoc“-Empfehlungen, die Beseitigung der Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems, bleibt durch die stetig neuen – teilweise impfresistenten – Mutationen hochaktuell. Eine „No-Covid“-Strategie scheint in Anbetracht der nur schleppend voranschreitenden Impfungen, der prekären Wirksamkeit mancher Vakzine sowie der fortlaufend neuen Mutationen nahezu unmöglich, sodass sich die Öffentlichkeit lieber den Fragen in einer „Welt während der Coronapandemie“ widmen sollte.

Mittlerweile findet man vielzählige und kostengünstige Antigen-Tests, welche die Situation um mögliche „Privilegien“ aus einer anderen Perspektive wieder anheizen. Nachweislich Nicht-infizierte könnten doch somit – im Wesentlichen gleich den Geimpften – wieder ihren alltäglichen Freizeitbeschäftigungen nachgehen, oder nicht? Nach Maßgabe der bisherigen Erfahrungen ist jedoch durch einen bloßen „Negativ-Test“ weder die Fremdgefährdung anderer noch eine Selbstinfektion auszuschließen, sodass die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems nicht beseitigt würde und somit Freiheitsbeschränkungen im Lichte der Solidarität weiterhin gerechtfertigt sind. Zusammenfassend könnte die vorangegangene Debatte unter *John Rawls* „Schleier des Nichtwis-

sens“ entschieden werden. Der heutige Konflikt zwischen individuellen und kollektiven Bedürfnissen, der Verteilung des Impfstoffs zugunsten der weniger begünstigten Mitglieder der Gesellschaft, namentlich der Vulnerablen, und auch die Rücknahme von Freiheitsbeschränkungen bereits „unverschuldet“ Geimpfter findet seine Antwort in *Rawls* sog. „Urzustand“, in welchem jeder Einzelne unwissend über sein zukünftiges Ergehen für eine solidarische sowie gerechte Gesellschaftsordnung in Gleichheit plädiert. Im „Urzustand“ wäre der rationale Beurteiler geneigt, sich für eine frühzeitige Impfung der „Risiko-Gruppe“ zu entscheiden, denn mit dem „Lüften des Schleiers“ wäre ein Abwarten als „Risikoperson“ wohl kaum, als vitale Person durchaus, hinnehmbar.