ISSN 2942-7509
2024 | Heft 2
1. Jahrgang

NSW
Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON
Victoria Ibold
Kristina Peters
Nina Schrott
Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Zum Begriff der Willkür
JOCHEN BUNG

Mensch, Maschine, Moral
CARINA DORNECK

Axiomatische Strafrechtswissenschaft
KRISTINA PETERS

Spontanäußerungen im Lichte des § 114b StPO
SIMON PSCHORR & ISABEL WÖRNER

Die Geneva Consensus Declaration
BETTINA WEIßER

Die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für transnationale Rechtsgutsverletzungen in internationalen Lieferketten nach Inkrafttreten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
PETRA WITTIG

URTEILSANMERKUNGEN

Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten durch Posting von Sprachnachrichten
LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2022 – 5 Ks 8/22
JANICK HAAS

Nur heiße Luft?
BGH, Beschl. v. 28.03.2023 – 4 StR 61/23
YUSEF MANSOURI

Gefördert durch
DFG Deutsche Forschungsgemeinschaft

ISSN 2942-7509
2024 | Heft 2
1. Jahrgang

REZENSION

Soyer (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Wettbewerb und Menschenrechtsschutz. Projektband I: Perspektiven des Wirtschaftsvölkerstrafrechts
THERESA SCHWEIGER

TAGUNGSBERICHT

Strafrecht und Krise. Tagungsbericht zum Zehnten Symposium des Jungen Strafrechts vom 14. bis 16. März 2024 in Berlin
ALESSANDRO GIANNINI & MAX MEWES

Gefördert durch
DFG Deutsche Forschungsgemeinschaft

Zum Begriff der Willkür

Jochen Bung, Hamburg*

ABSTRACT

Willkür ist ein spannungsvoller und vielseitiger Begriff. Heute überwiegend negativ konnotiert, weist er historisch und systematisch ein weites Bedeutungsfeld auf, in dem sich erst spät pejorative Verwendungen durchsetzen, im Recht etwa als Willkürverbot zur Sicherung der Gleichheit. Über das Problem der Freiheit lässt sich zeigen, dass das Recht auf Willkür angewiesen ist. Strafrechtliche Schuldzurechnung und Strafzumessung sind ohne sie nicht möglich.

A. Willkür und Gleichheit

Wenn wir über Willkür im Recht sprechen ist wahrscheinlich der erste Anknüpfungspunkt das *Willkürverbot*, das dazu dient, den Gleichheitsgedanken zu verdeutlichen und zwar so, dass Willkür als Gegenspielerin der Gleichheit auftritt. Gleichheit ist das Rechtsprinzip schlechthin, weil sich ohne Bezug auf Gleichheit gar nicht bestimmen lässt, was Recht ist. Die „Konstruktion des Rechtsbegriffs" ist nach Kant die Vorstellung einer Linie, die durch eine zweite Linie durchkreuzt wird „die sich nicht mehr nach einer Seite, als der anderen hinneigt und die den Raum von beiden Seiten gleich abteilt"[1].

Gleichheit ist für das Recht zentral, „das System im System"[2]. Wir wissen, sie hat eine materielle und eine formelle Dimension, die formelle

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Strafrecht an der Universität Hamburg.

[1] *Kant*, Die Metaphysik der Sitten [1797], Werkausgabe Bd. VIII, hrsg. v. W. Weischedel, 18. Aufl. 2017, S. 340.

[2] *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 112.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-10

Seite betrifft die Gleichbehandlung. Vor dem Gesetz sind alle gleich (Art. 3 I GG) und das Recht ist für alle gleichermaßen verbindlich, so dass es keine Vorrechte und keine Vorzugsbehandlung geben darf. Das bedeutet, dass unterschiedliche Behandlungen begründungsbedürftig sind und zwar im Hinblick auf ein Kriterium, dem seinerseits ein Gleichheitsanspruch immanent ist, so dass es in allen vergleichbaren Fällen ebenfalls zur Anwendung kommt, damit eine gleichmäßige, gleichbehandelnde Rechtsanwendung gewährleistet ist. Das ist der Kern des Willkürverbots, wie es in der bekannten Formel für Art. 3 I GG Ausdruck findet: dass wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden darf.[3]

Das Willkürverbot gilt nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern bereits bei der Legitimation der legislativen Gewalt. Die Willkürfreiheit ist der erste Punkt, den John Locke in seiner Betrachtung der gesetzgebenden Gewalt hervorhebt. Danach ist, was diese höchste Gewalt (*supreme power*) vor allem ausmacht, dass sie frei von Willkür („*not* […] *Arbitrary*"[4]) sei. Für Locke ergibt sich dies aus der Begründung legislativer Gewalt als einer im wechselseitigen Einvernehmen übertragenen Befugnis, die Willkür nicht enthalten könne:

> „For no Body can transfer to another more power than he has in himself; and no Body has an absolute Arbitrary Power over himself, or over any other, […] so that the Legislative can have no more than this"[5].

Aber wie kommt das? Warum haben wir keine Willkür über uns und andere? Weil der Zustand, in dem wir uns ursprünglich befinden und zueinander verhalten, kein Freibrief ist zu tun, was uns gefällt („it is *not a State of License*"[6]), sondern weil es ein Zustand „vollkommener Freiheit" („a *State of perfect Freedom*"[7]) ist. Vollkommene Freiheit ist keine wilde Freiheit, sie ist nur möglich, wenn sie zugleich ein Zustand der *Gleichheit* ist[8]:

---

[3] BVerfGE 4, 144 (155). Dabei liegt Willkür vor, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund […] nicht finden lässt", BVerfGE 1, 14, Leitsatz.

[4] *Locke*, The Second Treatise of Government/Über die Regierung [1689], 2012, S. 216 (Chapter XI, Sect. 135).

[5] *Locke* (Fn. 4), S. 218 (Chapter XI, Sect. 135).

[6] *Locke* (Fn. 4), S. 12 (Chapter II, Sect. 6).

[7] *Locke* (Fn. 4), S. 10 (Chapter II, Sect. 4).

[8] Natürlich ist diese Vorstellung vom Naturzustand eine Modellvorstellung.

> „A *State* also *of Equality*, wherein all the Power and Jurisdiction is reciprocal, no one having more than another: there being nothing more evident, than that Creatures of the same species and rank promiscuously born to all the same advantages of Nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another without Subordination or Subjection"[9].

Locke erkennt, dass aus der ursprünglichen Gleichheit notwendig auch das Gebot der Gleichberechtigung und Gleichbehandlung folgt.

Vor ihm hat Hobbes schon argumentiert, Gleichheit müsse selbst dann anerkannt werden, wenn wir von Natur aus ungleich wären, weil es nur unter dieser Voraussetzung vernünftig ist, in den Gesellschaftsvertrag einzutreten.[10] Dass es Privilegien, Vorzugsbehandlungen und Benachteiligungen gibt, ist damit unvereinbar. Hobbes hebt die Bedeutung dieses Prinzips für das Steuerrecht („Equall imposition of taxes"[11]) sowie für das Strafrecht hervor. Die Sicherheit des Gemeinwesens erfordere es,

> „that Justice be equally administred to all degrees of People; [...] so as the great, may have no greater hope of impunity, when they doe violence, dishonour, or any Injury to the meaner sort, than when one of these, does the like to one of them."[12]

Straflosigkeit bewirke Überheblichkeit und Überheblichkeit erzeuge Hass und den Willen, die Unterdrückung und Anmaßung zu beseitigen.[13] Die willkürliche Bestrafung ist nur gegen erklärte Feinde statthaft, so Hobbes, aber dann geht es nicht mehr um Strafen, sondern um feindselige Akte („acts of Hostility"[14]). Strafe muss gesetzlich geregelt sein, wo das nicht der Fall ist, gibt es keine Strafe, sondern nur „an arbitrary Punishment"[15].

Lässt sich der Begriff der Willkür im Recht zweifellos und naheliegend über den Gedanken des Willkürverbots und dieses über die Gedanken der Gleichheit und der Gleichbehandlung darstellen, will ich im Folgenden einen anderen Weg gehen. Ich will mich der Willkür nicht über die Gleichheit, sondern über die Freiheit nähern. Freiheit und Gleichheit,

---

[9] *Locke* (Fn. 4), S. 10 (Chapter II, Sect. 4).

[10] *Hobbes*, Leviathan [1651], 2013, S. 316 (Part I, Chapter XV).

[11] *Hobbes*, (Fn. 10), S. 728 (Part II, Chapter XXX), Hobbes konkretisiert die steuerrechtliche Gleichheit übrigens bereits modern – progressiv – nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip.

[12] *Hobbes* (Fn. 10), S. 726 (Part II, Chapter XXX).

[13] *Hobbes* (Fn. 10), S. 728 (Part II, Chapter XXX).

[14] *Hobbes* (Fn. 10), S. 660 (Part II, Chapter XXVIII).

[15] *Hobbes* (Fn. 10), S. 658 (Part II, Chapter XXVIII).

haben wir bereits gesehen, sind nur scheinbar gegenläufige Prinzipien, im Wahrheit hängen sie eng miteinander zusammen[16]. Ich wähle den Weg über die Freiheit, weil der Begriff der Willkür dann über eine immanente Spannung erschlossen werden kann. Es ist nämlich so, dass Willkür einmal als Begriff für Freiheit und einmal als Begriff gegen die Freiheit verwendet werden kann. Willkür bedeutet Freiheit und Unfreiheit zugleich. Der Versuch, den Widerspruch aufzulösen, ist eine gute Methode zu verstehen, was es mit der Willkür auf sich hat.

Der gesamte Gang der Darstellung gestaltet sich wie folgt: Nach unserer einführenden Verständigung über den Zusammenhang von Willkür und Gleichheit (A.) will ich zunächst einige Hinweise aufgreifen, die sich aus der Betrachtung der Wortherkunft ergeben und den spannungsvollen Bedeutungsspielraum des Begriffs der Willkür erkennen lassen (B.). Danach will ich diesen Bedeutungsspielraum – Willkür zwischen Freiheit und Unfreiheit – in der Rekonstruktion einiger Überlegungen und Argumente von Kant und Hegel darstellen, die sich damit eingehend beschäftigt haben (C.). Auf der Basis dieser Rekonstruktionen möchte ich mich dann noch einmal der Frage nach der Willkür im Recht zuwenden und an den Problemen strafrechtlicher Schuldzurechnung und gerechter Strafzumessung verdeutlichen (D.). Damit ist der Begriff der Willkür längst nicht erschöpft, aber ich hoffe, dass es mir gelingt, zumindest einen wichtigen Ausschnitt seines Bedeutungshorizonts und seiner Verwendungsmöglichkeiten zu vermitteln. Abschließend fasse ich die wesentlichen Punkte noch einmal zusammen (E.).

B. Willkür im Wandel

Willkür ist ein sprachgeschichtlich jüngeres Kompositum, es ist vor dem 12. Jahrhundert nicht zu finden.[17] Zusammengesetzt ist es aus *Wille* und *Kür*, letztere eine Substantivbildung zu dem alten Verb *kiesen*, das heute nicht mehr im Gebrauch und kaum noch bekannt ist, anders als das heute noch gebräuchliche – wahrscheinlich aus der Substantivierung hervorgegangene – *küren*, in dem sich die ursprünglich nicht vorherrschende, aber dann im Lauf der Zeit dominant werdende Bedeutung des

[16] Vgl. auch *Kant* (Fn. 1), S. 345 f.: „Die angeborne Gleichheit [...] lieg[t] schon im Prinzip der angebornen Freiheit“ (Herv. im Orig. weggelassen).

[17] *Grimm/Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Nachdr. der Erstausgabe 1960, Bd. 30 = Bd. XIV, II (Originalzählung), bearb. v. Sütterlin u. d. Arbeitsstellen d. Dt. Wörterbuches zu Berlin und Göttingen, 1999, 204.

Erwählens oder Wählens durchgesetzt hat, auch im Zusammenhang mit rechtlichen und politischen Vorgängen.[18] Das Substantiv *Kur* oder *Kür* ist älter und hat ein reichhaltiges Bedeutungsfeld, bis sich im Neuhochdeutschen die Wahl als einzige Bedeutung durchsetzt.[19] Der entscheidende Bedeutungswandel kam von Verschiebungen vom Sinnlichen ins Geistige, bereits im Mittelhochdeutschen wird Kür im Sinne von Überlegung und Erwägung verwendet, später dann verlegt sich die Bedeutung mehr auf die Entscheidung oder den Beschluss, die aus der Erwägung hervorgehen, auch im institutionellen Sinne der Bestellung eines Schiedsrichters oder zur Bezeichnung des Schiedsgerichts selbst.[20] Der Begriff kann eine individuelle oder kollektive Beschlussfassung bezeichnen, als kollektiver Begriff spielt er früh im Kommunalrecht und in den Kommunalverfassungen eine zentrale Rolle, interessanterweise – aber für unseren Zusammenhang nicht von Belang – auch im Zusammenhang mit dem Erheben von Geldbußen (Festsetzen von Kuren).[21]

Für unsere Diskussion relevant ist die Entwicklung von Abschätzung, Überlegung, *deliberatio* zu Auswahl, Entscheidung und Beschluss. Interessant ist hierbei vor allem die allmähliche Loslösung vom deliberativen Element, die sich im Begriff der *freien Kür*, des freien Entschlusses als „recht der selbstbestimmung“ auf die semantische Linie begibt, die zu unserer heutigen Willkür führt, einer „entschluszfreiheit aus eignem willen“.[22] Die Grundbedeutung von Willkür ist „freie wahl oder entschliesszung“[23], wobei überlegungs-, abwägungs- und gemeinschaftsbezogene Elemente im Lauf der Zeit immer mehr in den Hintergrund treten. Im Deutschen Wörterbuch heißt es, Willkür habe im älteren Sprachgebrauch sich noch vielfach mit dem älteren Wort Kür gedeckt, doch habe es sich „in der neueren sprache [...] fühlbar nach der schlechten Seite verschoben und damit die alten verwendungen fast ganz eingebüszt“[24].

Dieser negative, pejorative Sinn ist uns heute durchaus sehr vertraut, sowohl im Alltag als auch im Recht. Das oben behandelte Willkürverbot ist der beste Beleg für die „schlechte Seite“ der Willkür, in dem sich der

[18] *Grimm/Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Nachdr. der Erstausgabe 1873, Bd. 11 = Bd. V (Originalzählung), bearb. v. Hildebrand, 1999, 2803 f.
[19] *Grimm/Grimm* (Fn. 18), 2784.
[20] *Grimm/Grimm* (Fn. 18), 2785 f.
[21] *Grimm/Grimm* (Fn. 18), 2786 f.
[22] *Grimm/Grimm* (Fn. 18), 2786.
[23] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 205.
[24] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 205.

Ausdruck – ganz entgegen seiner langen Verbindung mit dem deliberativen Element – auf eine Entscheidung bezieht, die ohne vernünftigen, in der Sache liegenden oder sonst einsehbaren Grund erfolgt. So vollzieht sich im modernen Bedeutungswandel des Worts eine Abstraktion der Entscheidung von ihrer Begründung, die Willkür steht jetzt gerade für eine Entscheidung, die ohne Grund oder als nicht begründbar erscheint. Warum hat es diesen Bedeutungswandel gegeben? Wir können nur spekulieren, in den sprachgeschichtlichen Untersuchungen finden sich dazu kaum Anhaltspunkte. Das ist nicht verwunderlich, denn die Sprachentwicklung folgt keinem zugrundeliegenden Plan. Vielleicht hat sogar der Sprachgebrauch in der Philosophie zu dem Bedeutungswandel beigetragen. Immerhin verweist das Deutsche Wörterbuch auch auf im 19. Jahrhundert sich herausbildende Verwendungsweisen, bezieht sich auf Fichte, Schopenhauer und Kant.[25] Es ist durchaus vorstellbar, dass in diesen Verwendungen sich nicht nur Veränderungen des allgemeinen Sprachgebrauchs spiegeln, sondern dass sie ihrerseits dazu beigetragen haben, dass sich ein bestimmtes Verständnis des Begriffs der Willkür als vorherrschendes Verständnis herausgebildet hat, jenes Verständnis, wonach mit Willkür etwas Zweifelhaftes gemeint ist, eine Form der Freiheit zwar, aber eine dubiose, weil sie sich nicht als vernünftige Freiheit darstellt und deswegen womöglich auch nicht mit der Freiheit der anderen kompatibel ist. Wenn Willkür heißt, dass ich tue, was ich will, dann ist der anti-soziale Charakter dieser Form der Selbstbestimmung offenkundig.

Andererseits drohen zu starke Vernünftigkeitsanforderungen, insbesondere solche, die aus dem Gesichtspunkt gemeinschaftlicher Interessen hergeleitet werden, auch ein Moment zu beinhalten, das das Freiheitsmoment wieder gefährdet. Das Vernünftige ist auch das Notwendige, was theoretisch vernünftig ist, muss zwangsläufig gedacht, was praktisch vernünftig ist, unbedingt getan werden – und damit stellt sich Frage, wo bei solchen Vernunftnotwendigkeiten noch der Platz für Freiheit ist. Womöglich drängt sich sogar die Vermutung auf, die Freiheit müsste irgendwie auch darin zu suchen sein, dass unvernünftig gedacht und gehandelt werden kann. Da es gegen die besseren Gründe keine noch besseren gibt, müsste man annehmen, dass im Unbegründeten das wahre Moment der Freiheit liegt, in der Willkür also. Ist Willkür das Gegenteil

[25] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 206.

von vollkommener Freiheit (Locke), könnte man sie als unvollkommene Freiheit ansprechen und darin liegt vielleicht auch die Möglichkeit, das klassische Problem der *Akrasia* (der Willensschwäche oder Unbeherrschtheit[26]) aufzulösen, indem wir sagen, dass die Verantwortlichkeit immer nur aus unvollkommener Freiheit begründet werden kann. Die Unvollkommenheit könnte die wahre Vollkommenheit der Freiheit sein.

Auch wenn Willkür heute ganz überwiegend negativ konnotiert ist, ist in ihrem Begriff, vorwiegend über ältere Sprachgebräuche, doch eine ganze Menge an positivem (oder auch neutralem) Bedeutungsgehalt gespeichert, wie die semantische Kartographie des Ausdrucks im Deutschen Wörterbuch eindrucksvoll belegt. So etwa im Bereich ästhetischer Produktion, wo sich Kreativität und Innovation gerade gegen zu strenge Regelbindung durchsetzen müssen und damit ein Moment der Willkür brauchen.[27] Oder im Bereich vertraglicher Bindung, für die es, nach Kants Analyse, nur darauf ankommt, dass sich Willkür auf Willkür bezieht und nicht auf die Materie der Willkür, nicht auf die Wünsche und Bedürfnisse der Vertragschließenden.[28] Ohne diese wechselseitige Willkür wäre Vertragsfreiheit nicht möglich, was wahrscheinlich, bei aller begründeten Kritik an zu viel unregulierter Privatautonomie, kein wünschenswerter Zustand wäre. Deswegen greift ein positiver Begriff der Willkür auch über das Privatrechtsverhältnis in die öffentliche Sphäre hinein, historisch etwa zur Begründung der Autonomie der Städte („städtische willkür“) gegenüber der landesherrlichen Gewalt („willkür bricht landrecht“).[29] Dieses Autonomieprinzip lässt sich freilich auch gegen das Stadtrecht und am Ende gegen alles Recht wenden, wie die Formel „willekor bricht alle recht“ verdeutlicht, auf die das Deutsche Wörterbuch mit mehreren Belegen verweist und mit der Erläuterung versieht, dass „der spruch [...] für den heutigen sprachgebrauch unverständlich [ist], so dass wir geneigt wären, ihn in sein gegentheil zu verkehren“[30] – mit anderen Worten: dass nicht die Willkür alles Recht, sondern das Recht alle Willkür bricht.

[26] Besonders instruktiv dazu *Davidson*, How is Weakness of the Will Possible?, in ders. Essays on Actions and Events, 1980, 21–42.

[27] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 206.

[28] *Kant* (Fn. 1), S. 337.

[29] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 209.

[30] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 210.

Hier sehen wir den Umschlagpunkt zur negativen Lesart, zum „neue[n] gebrauch [...] mit tadelndem sinn“[31], in dem die Willkür als Gegenprinzip zum Prinzip des Rechts begriffen wird, als „das gesetzlos-individuelle, principienlose unmethodische wollen und handeln“, wie das Deutsche Wörterbuch aus Rudolf Eislers Wörterbuch der Philosophie zitiert[32], der Umschlagpunkt von der positiv konnotierten Selbstbestimmung zur negativ konnotierten Eigenmächtigkeit, Unstetigkeit, und Unberechenbarkeit. Willkür steht hier für „einseitige Subjektivität“, für die „willkür des subjectiven“, zitiert das Deutsche Wörterbuch Hegel[33], der hier vielleicht eine der interessantesten Referenzen ist, weil er das Prinzip der Subjektivität zwar einerseits als destruktives Prinzip beschrieben, es aber andererseits auch als notwendiges Entwicklungsmoment, als Prinzip der Moderne begriffen hat, das nur um den Preis einer kollektiven Regression und eines Rückfalls in vormoderne Sozialverhältnisse zurückgenommen werden kann.

Die Betrachtung der Herkunft und Entwicklung eines Wortes ist immer lehrreich, im Falle der Willkür enthält sie im Hinblick auf die semantische Ambivalenz fast schon eine Theorie. Auch wenn sie bestimmten Vorstellungen von Vollkommenheit und Vernünftigkeit, von Vorurteilsfreiheit und Objektivität widerspricht, liegt gerade in diesem Widerspruch zu den geordneten Verhältnissen das Notwendige und Vernünftige der Willkür. Willkür ist nicht „Unwillkür“[34], das Willkürliche nicht das Unwillkürliche, das tatsächlich nur Reflex und unvernünftig ist. Durch ein einfaches Willkürverbot werden wir die Willkür nicht los, sie ist nicht einfach nur das Gegenprinzip zum Recht, sondern ein maßgebliches Prinzip des Rechts selbst, der Grund einer rechtlich verfassten Ordnung, die neben dem Gedanken der Gleichheit auch den der Freiheit braucht. Wir müssen diesen Zusammenhang von Freiheit und Willkür noch etwas vertiefen.

C. Willkür und Freiheit

Kant will zeigen, dass wir in unserem Handeln nicht nur von Lust oder Unlust gesteuert werden. Nicht stets nämlich, argumentiert er, geht die

[31] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 210.

[32] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 210.

[33] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 210.

[34] *Grimm/Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Nachdr. der Erstausgabe 1936, Bd. 24 = Bd. XI, III (Originalzählung), bearb. v. Euling, 1999, 140 f.

Lust unserem Begehren voraus, ist also nicht immer die Ursache unseres Begehrens, „sondern kann auch als Wirkung desselben angesehen werden“[35]. Durch das Begehren wird das Feld des Praktischen von einem Bereich der Erfahrung abgegrenzt, die lustvoll sein kann, ohne mit einem Begehren verbunden zu sein. Kant spricht von kontemplativer Lust und vom Geschmack, um diese Art der Erfahrung zu charakterisieren und kann dadurch das Feld des Praktischen genauer charakterisieren als eines, in dem die Lust notwendig mit dem Begehren verbunden ist.[36] Dieser Zusammenhang von Lust und Begehren lässt sich wiederum im Hinblick auf zwei Möglichkeiten unterscheiden: Die Lust kann zum einen das Begehren bestimmen, sie geht in diesem Fall dem Begehren notwendigerweise voraus und wird, indem sie eine Verbindung mit dem Begehren eingeht, zur „Begierde“ oder – als „habituelle Begierde“, wie Kant sagt – zur „Neigung“.[37] Zum anderen gibt es die Möglichkeit, dass das Begehren durch etwas bestimmt wird, *bevor* die Lust ins Spiel kommt, so dass diese der Bestimmung des Begehrens „nur […] folgen kann“[38]. Diesen Bestimmungsgrund jenseits von Begierde und Neigung nennt Kant „Vernunftinteresse“[39].

In dieser begrifflichen Komposition arbeitet Kant – ein bisschen zumindest – mit einem Trick, denn im Begriff des Interesses ist schon jene motivationale Dynamik enthalten, die in der begrifflich auf sich alleine gestellten Vernunft fehlt. Kant arbeitet noch mit weiteren Tricks. Er weiß, die Vorstellung, dass die Vernunft ohne weiteres und aus sich selbst heraus zur Handlung bestimmt, ist nicht einfach einzulösen. So schreibt er, auch wenn Vernunftinteresse und Neigung nicht vermengt werden dürften, „so können wir doch, um dem Sprachgebrauche gefällig zu sein […], ein habituelles Begehren aus reinem Vernunftinteresse einräumen“[40]. Kant räumt damit ein, dass wir im normalen Sprachgebrauch das Problem der motivationalen Vernunft nicht haben. Es ist für uns ganz natürlich zu sagen, dass wir etwas getan haben, weil uns die Vernunft dazu gebracht hat. Das Problem, wie man die Lust aus der Vernunft heraushält, lässt sich eben nicht dadurch lösen, dass man genau darauf achtet,

[35] *Kant* (Fn. 1), S. 315.
[36] *Kant* (Fn. 1), S. 316.
[37] *Kant* (Fn. 1), S. 316.
[38] *Kant* (Fn. 1), S. 316.
[39] *Kant* (Fn. 1), S. 316.
[40] *Kant* (Fn. 1), S. 317.

ob vor der Entscheidung für eine bestimmte Handlung schon Lust im Spiel ist oder nicht. Das Problem könnte also konstruiert sein.

Der größte Trick von Kant ist aber, dass er die motivationale, die praktische Vernunft kurzerhand selbst als *Wille* bezeichnet. „Der Wille ist", erklärt er unverblümt, „die praktische Vernunft selbst"[41]. Um diesen Kunstgriff hinzubekommen, muss Kant allerdings zwei Formen des Willens unterscheiden. Und dafür braucht er die *Willkür*. Er braucht sie, um seine Version praktischer Vernunft als wahren Willen in Szene setzen zu können. Beide Willensbegriffe, Willkür und Wille, entwickelt Kant aus einer Analyse des Begehrungsvermögens: Begehren kann „mit dem Bewusstsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung verbunden"[42] sein – so bestimmt Kant die Willkür und grenzt sie damit vom bloßen Wunsch ab. Ist die Willkür als Begehren das Vermögen, „nach Belieben zu tun oder zu lassen"[43], muss der Wille, wenn er etwas anderes als die Willkür sein soll, auf etwas anderes bezogen sein. Nach Kants Analyse stellt sich das Verhältnis von Willkür und Wille wie folgt dar:

> „Der Wille ist [...] das Begehrungsvermögen, nicht sowohl (wie die Willkür) in Beziehung auf die Handlung, als vielmehr auf den Bestimmungsgrund der Willkür zur Handlung, betrachtet, und hat selber vor sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund, sondern ist, sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst."[44]

Ist die Willkür also der Bestimmungsgrund der Handlung, ist der Wille als Bestimmungsgrund der Willkür zu begreifen. Dass er keinen weiteren Bestimmungsgrund hat, liegt daran, dass er nicht inhaltlich bestimmt ist, sondern möglichen Bestimmungen die Form vorgibt. Der Bestimmungsgrund der Willkür ist nichts anderes als die Form des kategorischen Imperativs. Kant: „Von dem Willen gehen die Gesetze aus; von der Willkür die Maximen."[45]

Was bedeutet die Unterscheidung von Wille und Willkür im Hinblick auf die Frage der Freiheit? Kant sagt über die Willkür, sie sei „im Menschen eine freie Willkür"[46]. Und im Hinblick auf den Willen sagt er, da er nicht auf Handlungen, sondern auf die Willkür zur Handlung gerichtet sei,

[41] *Kant* (Fn. 1), S. 317.
[42] *Kant* (Fn. 1), S. 317.
[43] *Kant* (Fn. 1), S. 317 (im Orig. hervorgehoben).
[44] *Kant* (Fn. 1), S. 317.
[45] *Kant* (Fn. 1), S. 332.
[46] *Kant* (Fn. 1), S. 332.

könne er „weder frei noch unfrei genannt werden“[47]. Und er bekräftigt: „Nur die *Willkür* kann also *frei* genannt werden.“[48] Ist das wahr? Ist es überzeugend? Worin besteht denn die Freiheit der Willkür? Kant räumt ein, dass sie „nicht durch das Vermögen der Wahl, für oder wider das Gesetz zu handeln […], definiert werden [kann] – wie es wohl einige versucht haben“[49]. Das ist uns gerade im Strafrecht sehr vertraut, dass der Vorwurf der Schuld sich daran festmachen soll, dass sich die Täter:in für das Unrecht entschieden hat, obwohl sie sich für das Recht hätte entscheiden können.[50] Warum soll das kein taugliches Kriterium sein? Folgt diese Freiheit nicht aus der Möglichkeit, etwas tun oder lassen zu können, wie es Kant ausgedrückt hat?

Nein, sagt Kant, so kann die Freiheit nicht begriffen werden. Und sie kann auch nicht auf eine andere Weise begriffen werden, weil Freiheit theoretisch undarstellbar ist.[51] Deswegen, so Kant,

> „[kann] die Freiheit nimmermehr darin gesetzt werden […], dass das vernünftige Subjekt auch eine wider seine (gesetzgebende) Vernunft streitende Wahl treffen kann, wenn gleich die Erfahrung oft genug beweist, dass es geschieht (wovon wir doch die Möglichkeit nicht begreifen können).“[52]

Kant spielt hier auf das Problem der *Akrasia* (Willensschwäche) an, von dem er zu verstehen gibt, dass es nicht zu lösen ist. Aber können wir denn, wenn wir schon die Willkürfreiheit nicht begreifen können, nicht wenigstens die Freiheit im Hinblick auf den *Willen* retten, das Bestimmungsvermögen zur Willkür? Nein, sagt Kant, der Wille ist nicht Freiheit, sondern er ist ein Vermögen, wer über dieses Vermögen nicht verfügt, ist weder frei noch unfrei, sondern unvermögend: „Die Freiheit, in Beziehung auf die innere Gesetzgebung der Vernunft, ist eigentlich allein ein Vermögen; die Möglichkeit von dieser abzuweichen, ein Unvermögen.“[53] Damit steht aber auch die Möglichkeit, jemanden für dieses Unvermögen verantwortlich zu machen, durchaus in Frage. Wir könnten eine Person weder für ihre abweichenden Handlungen noch für ihren abweichenden Willen verantwortlich machen. Die Möglichkeit der Strafe schiede damit

[47] *Kant* (Fn. 1), S. 332.
[48] *Kant* (Fn. 1), S. 332.
[49] *Kant* (Fn. 1), S. 332 f.
[50] BGHSt 2, 194, 200.
[51] *Kant* (Fn. 1), S. 333.
[52] *Kant* (Fn. 1), S. 333.
[53] *Kant* (Fn. 1), S. 333.

aus. Der einzige Ausweg ist, so Kant, dass man in die Erklärung Elemente hineinbringt „wie sie die Erfahrung lehrt“, aber das ergebe „eine *Bastarderklärung* […], welche den Begriff im falschen Lichte darstellt“[54]. Nun, möchte man meinen, besser eine Bastarderklärung als gar keine Erklärung. Und vielleicht ist der abschätzige Ton, der im Begriff der Bastarderklärung steckt, auch gänzlich unangebracht. Vielleicht können wir in der Freiheitsfrage überhaupt nur durch (um einen von Kant selbst verwendeten Terminus aufzugreifen) „hybride Begriffsbestimmungen“ weiterkommen.

Hegel hält die Freiheitsfrage schon für falsch gestellt. Wenn er sagt, dass der Boden des Rechts die Freiheit ist[55], hat er einen ganz anderen Freiheitsbegriff im Sinn. Der wahre Begriff der Freiheit könnte in der herkömmlichen Diskussion über Willensfreiheit oder in der Unterscheidung zwischen Handlungs- und Willensfreiheit verdeckt sein. Schon die Vorstellung eines Willens als solchen könnte verfehlt sein, weil sie die Existenz einer Entität suggeriert, die man dann durch empirische Psychologie oder andere Arten der Beweisführung verifizieren will.[56] Und da dies nicht gelingt, so Hegel weiter, sucht man die Lösung in der Annahme einer denknotwendigen Fiktion. Der Fehler liegt darin, dass man überhaupt vom freien Willen spricht, denn, so Hegel lakonisch, „[w]enn man […] nur vom freien Willen als solchem spricht, […] so spricht man […] eben damit […] nicht vom freien Willen“[57].

Hegel greift Kants Unterscheidung von Willkür und Wille auf und stellt fest, dass Willkür, die Freiheit, zu tun, was man will, nur aus einem „gänzlichen Mangel an Bildung“[58] für Freiheit genommen werden könne. „Faselei der Willkür“, sagt er verächtlich, „Zufälliges – kann sein, auch nicht sein“, notiert er, ersichtlich auf der Linie des „*neue[n] gebrauch[s]*“[59], nämlich der abwertenden Vorstellung eines beliebigen subjektiven Wollens, das schnell in einen Widerspruch zu den objektiven, kollektiven und institutionellen Ordnungen gerät. Ist der Staat, die Verfassung, verwirklichte Freiheit, kann Willkür in diesem geordneten

[54] *Kant* (Fn. 1), S. 333.

[55] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], Werke 7, hrsg. v. Moldenhauer/Michel, 14. Aufl. 2015, S. 46 (§ 4).

[56] *Hegel* (Fn. 55), S. 48 (§ 4). Diese Kritik ist später systematisch entwickelt in *Ryle*, The Concept of Mind, 1949.

[57] *Hegel*, (Fn. 55), S. 74 (§ 22).

[58] *Hegel* (Fn. 55), S. 66 (§ 15).

[59] *Grimm/Grimm* (Fn. 17), 210.

System nur als Ausdruck der Unfreiheit erscheinen. Für Hegel ist die Willkür nicht (wirklich) frei, das unterscheidet ihn von Kant, der meinte, die Willkür sei frei, aber man könne nicht verstehen, warum. Und doch spricht Hegel von der Willkür auch als der „Mitte der Reflexion“[60] zwischen Trieb und Vernunft und schreibt ihr damit eine Bedeutung zu. Aber welche? Hegel gibt einen Hinweis, wenn er feststellt:

> „Die Willkür ist, statt der Wille in seiner Wahrheit zu sein, vielmehr der Wille als der *Widerspruch*.“[61]

D. Willkür im Recht

Für das Recht, das nicht so viel theoretisieren kann wie die Philosophie, stellt sich die Frage, wie es mit diesem Widerspruch (wenn es einer ist) umgehen soll. Ist er tatsächlich Ausdruck von Unfreiheit, dann führt dies womöglich auch zum Ausschluss der Verantwortlichkeit, entsprechend Kants Ansicht, dass die mangelnde Fähigkeit, einen vernünftigen Willen zu bilden, ein Unvermögen ist. Wie kann man eine Person für etwas verantwortlich machen, was sie nicht vermag? Der einzige Weg könnte sein, dass man den Unfähigen vorwirft, nichts für die Ausbildung dieser Fähigkeit getan zu haben. Hier bewegen wir uns aber – jedenfalls im Strafrecht – auf abschüssigem Terrain, denn wir verlassen den Boden, der unserer Zurechnung eine feste und bestimmte Grundlage gibt, nämlich die Tat, die als Handlung interpretiert und als solche zur Verantwortung zugerechnet werden kann.[62]

Wenn wir in Abkehr von der Willkür als einem maßgeblichen Zurechnungsprinzip die mangelnde Ausbildung von Fähigkeiten zum Gegenstand des Vorwurfs machen, verändert sich unser Zurechnungskonzept von Grund auf, es wird aristotelisch. Wir entfernen uns von der Handlung und fragen, welcher Art von Handlung sich eine Person hätte befleißigen sollen, um jene persönliche Verfassung auszubilden, die es ausschließt, dass man auf einmal (überraschenderweise) anders handelt. Einem solchen Zurechnungskonzept, mag es in ethischen oder alltäglichen Kontexten auch durchaus verwendet werden, um jemanden verantwortlich zu machen, ist im Recht mit großer Zurückhaltung zu begegnen. Vor

[60] *Hegel* (Fn. 55), S. 66 (§ 15).

[61] *Hegel* (Fn. 55), S. 66 (§ 15).

[62] Zur Geschichte und zur Bedeutung der Abgrenzung von Tat- und Täterstrafrecht *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 6.

allem im Strafrecht gibt es gute Gründe, an einem Konzept von Verantwortung festzuhalten, in dem der willkürliche Entschluss zur Handlung der zentrale Anknüpfungspunkt bleibt. Damit hält das Strafrecht gewissermaßen die „Mitte der Reflexion" (Hegel) zwischen unverantwortlicher Lebensführung[63] und unwillkürlichem Verhalten, die aus der Zurechnung herausfallen. In der willkürlichen Tat, dem individuellen abweichenden Handlungsentwurf liegt der Widerspruch gegen die normative Ordnung, dem um der Integrität dieser Ordnung willen jedenfalls in den Fällen, in denen die Abweichung kollektiv nicht akzeptiert wird, widersprochen werden muss, auch wenn der Widersprechende zum Widerspruch getrieben wurde und deswegen womöglich eine nachsichtigere Behandlung verdient.

Was aber ist der Maßstab dieser gerechten Behandlung? Woran bemisst sich die Gerechtigkeit der rechtlichen Reaktion, für den Fall der strafrechtlichen Reaktion, die Gerechtigkeit der Strafe? Auch hier geraten wir mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zum Problem der Willkür. Die richtige Bemessung der Strafe kann sogar als besonders anschauliches Beispiel dienen. Es ist bekannt, dass gerade die Strafzumessung, mit der ihr immanenten Spannung zwischen der formellen Allgemeinheit des Gesetzes und der Individualisierungsbedürftigkeit der Schuld ein heikles Feld ist, in dem der Vorwurf willkürlicher Behandlung schnell erhoben wird.

Das Problem besteht darin, wie etwas Allgemeines (das Gesetz) und etwas Einzelnes (der einzelne Fall) bruchlos zusammengebracht werden können, wie der Einzelfall als Anwendungsfall des Gesetzes zu begreifen ist, wo er doch nicht vorher schon im Gesetz enthalten gewesen sein kann.[64] In der juristischen Methodenlehre hat man versucht, die Anwendung des Gesetzes als logischen Vorgang oder als logisches Verhältnis begreiflich zu machen („Subsumtion"). Als logisches Verhältnis ist sie an sich relativ leicht zu begreifen. Erforderlich ist nur ihre Rekonstruktion anhand eines Modells vom deduktiven Schließen. Aber wie verhält es sich mit der Rechtsanwendung als einem *Vorgang*? Handelt es sich hier überhaupt um etwas, das mit Logik zu tun hat?

---

[63] Grundlegend zum Konzept der Lebensführungsschuld *Mezger* ZStW 57 (1938), 675, 688 ff.

[64] Diese Frage stellt sich für die Tatbestandsseite wie auch für die Rechtsfolgenseite der Norm, weil „Tatbestand und Rechtsfolge [...] wechselseitig aufeinander bezogen sind" (BVerfGE 25, 269, 286). Die Rechtsfolgenseite kommuniziert den Spielraum der Anwendung lediglich offener, insbesondere durch die Technik der Strafrahmen (BVerfGE 105, 135, 153). Das ändert nichts daran, dass Strafzumessung als rechtlicher Vorgang „einem klaren [...] *Schema* folgen muss", *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2015, S. 166.

Die bekannteste Lösung dieses Problems ist die auf Karl Engisch zurückgehende Formel vom Hin- und Herwandern des Blickes.[65] Was das Bild zum Ausdruck bringen soll, ist, dass die Bedeutung des Gesetzes und die Signifikanz des Sachverhalts in einem Prozess wechselseitiger Anpassung sich einander wechselseitig bestimmen, so dass, was das Gesetz bedeutet, durch den Einzelfall (mit)bestimmt wird und umgekehrt.[66] Engisch war übrigens nicht der erste, der sich dieses Bildes bediente, bereits Hegel hat zu Beschreibung des Problems der Rechtsanwendung vom „Hin und Hergehen“[67] zwischen Gesetz und Einzelfall gesprochen. Die Beschreibung enthält allerdings keine Anweisung, wie oft das Hin und Her stattfinden soll. Es bleibt unklar, wann es abgebrochen werden darf, ohne den Abbruch dem Vorwurf der Willkür auszusetzen. Hegel beschreibt das Problem wie folgt:

> „Die Begriffsbestimmtheit [des Gesetzes, J.B.] gibt nur eine allgemeine Grenze, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfindet. Dieses muss aber zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden, womit eine innerhalb dieser Grenze zufällige und willkürliche Entscheidung eintritt.“[68]

Tatsächlich lässt sich die Frage, wann eine Entscheidung zureichend begründet ist, nicht dadurch beantworten, dass man eine bestimmte Anzahl von operativen Schritten angibt. Die Methode bleibt also in einem wesentlichen Punkt unbestimmt.[69]

Hegel verwendet noch ein anderes Bild, um die Problematik zu verdeutlichen: Die Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall lässt sich so veranschaulichen, dass es eine Zuspitzung des Allgemeinen geben muss derart, dass die Spitze den Einzelfall berührt. Aber wie soll eine solche Zuspitzung oder Berührung nicht nur als metaphorische Annäherung, sondern in methodisch kontrollierter Weise denkbar sein? Die Wahrheit ist, dass es eine solche Anweisung zur Rechtsanwendung nicht geben

---

[65] *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, S. 15.

[66] Sabine Müller-Mall spricht von „oszillierender Interpretation“, *Müller-Mall*, Verfassende Urteile. Eine Theorie des Rechts, 2023, S. 156 ff. Die Formel vom Hin- und Herwandern, argumentiert sie, greife zu kurz: „Nicht allein der Blick wandert, auch die Gegenstände der Deutung“ (S. 160).

[67] *Hegel* (Fn. 55), S. 366 (§ 214).

[68] *Hegel* (Fn. 55), S. 366 (§ 214).

[69] Das Problem ist verwandt mit dem in der Wissenschaftstheorie diskutierten Induktionsproblem, vgl. *Popper*, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 3 ff., 35; Popper zufolge entsteht es durch das Postulat der „Vollentscheidbarkeit“ und lässt sich durch Zulassung von „Teilentscheidbarkeiten“ auflösen (S. 17).

kann, der Vorgang lässt sich, so Hegel, „nicht *vernünftig* bestimmen“[70]. Dabei verdeutlicht er die Unmöglichkeit am Problem der gerechten Strafzumessung:

> „Es lässt sich nicht *vernünftig* bestimmen noch durch die Anwendung einer aus dem Begriffe herkommenden Bestimmtheit entscheiden, ob für ein Vergehen eine Leibesstrafe von vierzig Streichen oder von vierzig weniger eins, noch ob eine Geldstrafe von fünf Talern oder aber auch von vier Talern und dreiundzwanzig usf. Groschen, noch ob eine Gefängnisstrafe von einem Jahre oder von dreihundertvierundsechzig usf. [Tagen] oder von einem Jahre und einem, zwei oder drei Tagen das Gerechte sei. Und doch ist schon ein Streich zuviel, ein Taler oder ein Groschen, eine Woche, ein Tag Gefängnis zuviel oder zuwenig eine Ungerechtigkeit.“[71]

Dass Strafzumessung notwendig ungerecht, weil am Ende willkürlich ist, ist natürlich eine Stilisierung, die dazu anregen soll, darüber nachzudenken, wie es sich in Wahrheit verhält. In der Notwendigkeit der Willkür liegt ein vernünftiges Moment oder anders gesagt, das Nicht-Rationalisierbare, „Dezisionistische“ juristischer Entscheidungen[72] ist ihnen als praktische Vernünftigkeit immanent und deswegen auch institutionell erlaubt durch Ermächtigung der Richter:innen zu einer zugleich gebundenen wie unabhängigen Einzelfallentscheidung. Es gibt also im System des Rechts – dieser großangelegten Veranstaltung zur Willkürvermeidung – ein systemimmanentes, systemnotwendiges Moment der Willkür, ohne das es nicht funktionieren kann[73]:

> „Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, dass die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, *aber beschränkte* Sphäre und Recht hat und sich nicht bemüht, dergleichen Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen; hier ist allein noch das Interesse der *Verwirklichung*, das Interesse, dass überhaupt bestimmt und entschieden sei.“[74]

Keine Entscheidung ohne ein Moment der Willkür. Das ist notwendig so und muss nicht dramatisiert werden. Es sollte auch nicht (ein häufiger Fehler) nach der Modellvorstellung einer Approximation begriffen

---

[70] *Hegel* (Fn. 55), S. 366 (§ 214).

[71] *Hegel* (Fn. 55), S. 366 f. (§ 214).

[72] Meier zufolge enthält die Strafzumessung „eine gewisse, letztlich nicht auflösbare Form der Irrationalität“, *Meier* (Fn. 64). Kein Schema kann sie auflösen, auch der Syllogismus nicht (vgl. ebd.), weil seine Rationalität nur formal ist (nur Darstellung, nicht Herstellung der Entscheidung).

[73] Freilich muss es auf irgendeine Weise abgesichert werden, vor allem durch Sanktionierung von Formen des Missbrauchs, wie etwa durch den Tatbestand der Rechtsbeugung, § 339 StGB.

[74] *Hegel* (Fn. 55), S. 367 (§ 214).

werden. Es geht bei Entscheidungen im Recht (das macht ihren autoritativen Charakter aus) um Gerechtigkeit und nicht um Annäherungen an die Gerechtigkeit. Sie kann verfehlt werden, aber genau deswegen ist es erforderlich, Entscheidungen nicht als Annäherung an die Gerechtigkeit zu konzipieren, weil es dann schwierig wird zu sagen, worin oder warum sie verfehlt wird. Wir brauchen, um Gerechtigkeit herzustellen, notwendigerweise ein Moment der Willkür, sonst ist Gerechtigkeit nicht möglich.

E. Zusammenfassung

Willkür ist, innerhalb wie außerhalb des Rechts, ein spannungsvoller und vielseitiger Begriff. Er ist heute überwiegend negativ konnotiert, weist aber, vor allem wenn man historische Verwendungszusammenhänge und die Sprachgeschichte einbezieht, ein weites Bedeutungsfeld auf, in dem sich erst verhältnismäßig spät pejorative Verwendungen durchsetzen, aber auch zahlreiche positive und neutrale Verwendungen finden lassen. Die Zuspitzung des negativen Verständnisses findet sich im Recht als Willkürverbot zur Sicherung von Gleichheit und Gleichbehandlung. Ein differenzierter Zugang lässt sich auch heute noch über das Problem der Freiheit herstellen. Kant hat gezeigt, dass dieses Problem nicht zu lösen, Freiheit mithin weder als Handlungsfreiheit noch als Willensfreiheit darstellbar ist. Nur die Willkür, meint Kant, ist frei, nicht der Wille, aber wir können es nicht begreifen. Für Hegel ist die Freiheitsfrage in dieser bis heute vertrauten Weise falsch gestellt. Die Annahme der Willkürfreiheit weist er zurück, vielmehr sei Willkür der Widerspruch zur Freiheit und zum Recht – das sie damit allerdings auch ermöglicht. Lässt sich das System des Rechts wesentlich über das Verbot der Willkür begreifen, ist es doch eine normative Ordnung, die, wie auch die Gerechtigkeit, unverzichtbar auf Willkür angewiesen ist. Im Strafrecht lässt sich dieser Zusammenhang sowohl bei der Frage nach dem Grund der Schuldzurechnung wie auch am Problem gerechter Strafzumessung verdeutlichen.

Mensch, Maschine, Moral – Rechtliche Herausforderungen des Einsatzes Künstlicher Intelligenz bei der Embryonenselektion

von Carina Dorneck, Trier*

ABSTRACT

Der Einsatz Künstlicher Intelligenz macht auch vor der Reproduktionsmedizin nicht Halt. Der Beitrag befasst sich daher mit dem sog. iDAScore-Verfahren, einer Künstlichen Intelligenz zur Embryonenselektion. Es wird nach den Chancen des Verfahrens sowie den damit zusammenhängenden offenen Problemstellungen gefragt, bevor es einer rechtlichen Bewertung unterzogen wird. Die Analyse des geltenden Rechts zeigt, dass nicht nur in Bezug auf das iDAScore-Verfahren Handlungsbedarf besteht, sondern in Bezug auf das ESchG im Gesamten.

> „Sich mit einer Hand an den Inkubatoren abstützend, gab er ihnen (...) einen kurzen Abriss des modernen Fertilisationsprozesses, sprach zunächst (...) von seinem operativen Vorlauf – »dem freiwilligen Eingriff zum Wohle der Gesellschaft, mal ganz abgesehen von der Prämie eines Halbjahresgehalts« – ging dann über zu einer Grobskizzierung der (...) eingesetzten Technik (...) und demonstrierte gleich darauf, (...) wie die enthaltenen Eizellen auf Defekte untersucht, (...) die befruchteten Eizellen in die Inkubatoren zurückgelegt wurden, wo Alphas und Betas nun bleiben würden, (...) während man Gammas, Deltas und Epsilons nach nur sechsunddreißig Stunden wieder entfernte (...)“.[1]
>
> – *Aldous Huxley*, Schöne Neue Welt –

Ein solch literarischer Einstieg mag bei einem wissenschaftlichen Beitrag zunächst verwundern. Doch das, was *Huxley* im Jahr 1932 in seinem

* Prof. Dr. Carina Dorneck, M.mel. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich europäischer und internationaler Bezüge an der Universität Trier.

[1] Auszug aus *Huxley*, Schöne neue Welt, neu übersetzt von Uda Strätling, 3. Aufl. 2015, S. 9 f.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-11

Roman „Schöne neue Welt“ noch als Dystopie skizzierte, ist heute Realität, zumindest in Bezug auf die Embryonenselektion: Im Rahmen moderner reproduktionsmedizinischer Maßnahmen werden Embryonen – genauer gesagt Blastozysten, d.h. befruchtete Eizellen am etwa 5. bis 6. Tag nach der Befruchtung – wie *Huxley* es beschrieb, in ihrer Entwicklung beobachtet und untersucht, um zu entscheiden, welcher Embryo übertragen werden soll. Die anderen Embryonen werden, etwa weil sie sich nicht regelgerecht entwickelt haben oder einen sonst auffälligen Befund aufweisen, aussortiert und verworfen. Nur der bzw. die besten Embryonen – in den Worten von *Huxley* die Alphas und Betas – werden transferiert. Während in Deutschland derzeit noch die Einschätzung, welcher Embryo übertragen werden soll, regelmäßig allein dem beauftragten Embryologen obliegt, wird in anderen europäischen Ländern, darunter Spanien und Griechenland, inzwischen eine Künstliche Intelligenz zur Embryonenselektion eingesetzt, das sog. iDAScore-Verfahren (intelligent Data Analysis Score-Verfahren). Der Einsatz von künstlicher Intelligenz im Rahmen reproduktionsmedizinischer Maßnahmen ist damit nicht mehr nur Zukunftsmusik, sondern längst gängige Praxis.

Dieser Befund gibt Anlass, die Probleme des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz bei der Embryonenselektion zu beleuchten, damit diese diskutiert sowie – falls erforderlich – gesetzgeberische Maßnahmen ergriffen werden können, *bevor* diese Technik auch in Deutschland zur Anwendung kommt. Dieser Beitrag wird das iDAScore-Verfahren vorstellen (A.) und nach seinen Chancen und offenen Problemstellungen fragen (B.). Das Verfahren ist zudem einer rechtlichen Bewertung *de lege lata* zu unterziehen (C.), bevor erörtert wird, welche Forderungen *de lege ferenda* hieraus zu ziehen sind (D.).

A. Künstliche Intelligenz bei der Embryonenselektion (iDAScore-Verfahren)

Das iDAScore-Verfahren des Herstellers *vitrolife* ist ein bereits auf dem Markt befindliches Verfahren, das jedoch in Deutschland – soweit ersichtlich – noch nicht eingesetzt wird. Es dient im Rahmen von reproduktionsmedizinischen Maßnahmen dazu, in vitro erzeugte Embryonen auf automatisierte Weise zu analysieren.[2] In einem Inkubator werden über

[2] Näher zu diesem Verfahren siehe unter https://www.vitrolife.com/our-products/idascore-intelligent-data-analysis-for-embryo-evaluation/, zuletzt abgerufen am 12.2.2024.

ein Time-Lapse-Verfahren in regelmäßigen Abständen Aufnahmen der Embryonen angefertigt. Diese Aufnahmen werden sodann von einer Künstlichen Intelligenz ausgewertet, die auf Maschinellem Lernen beruht.[3] Anhand ihrer Morphologie sowie ihrer Morphokinetic, d.h. anhand des äußeren Erscheinungsbilds sowie den zeitspezifischen äußeren Veränderungen in der Entwicklung, werden die Embryonen auf einer Punkteskala von 1 bis 10 klassifiziert. Diese Punktzahl gibt die Wahrscheinlichkeit der Einnistung an; je höher der Score, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit. Ziel des iDAScore-Verfahrens ist somit, die Chancen auf eine erfolgreiche Implantation zu erhöhen; um ein Detektieren von bestimmten Erkrankungen geht es indes nicht. Nach einer zusätzlichen Bewertung durch einen Embryologen wird der Embryo mit der höchsten Punktzahl schließlich auf die Frau transferiert.[4] Es handelt sich beim iDAScore-Verfahren folglich um eine sog. *augmented intelligence*. Der Embryologe wird durch die Künstliche Intelligenz „lediglich" dabei unterstützt, bei seiner Auswahl eine bessere Entscheidung zu treffen. So zumindest noch. Denn der Hersteller schreibt hierzu:

> „As always when applying new technologies, it is important that they are validated, and should be used as supportive tools rather than a replacement for humans until we are confident that they perform in a safe and consistent manner."[5]

Zum jetzigen Zeitpunkt liegt die Letztentscheidung also beim Menschen, bis – wenn man dem Hersteller glaubt – das Verfahren hinreichend sicher ist. Damit könnte es in Zukunft vollautomatisiert ablaufen und auf einen „human in the loop" verzichten.

---

[3] Maschinelles Lernen kann automatisiert Wissen generieren, Algorithmen trainieren, Zusammenhänge identifizieren und unbekannte Muster erkennen. Diese identifizierten Muster und Zusammenhänge können auf einen neuen, unbekannten Datensatz angewendet werden, um Vorhersagen zu treffen und Prozesse zu optimieren.

[4] https://www.vitrolife.com/products/time-lapse-systems/embryo-decision-support-tools#14931, zuletzt abgerufen am 12.2.2024.

[5] https://blog.vitrolife.com/togetherallthe way/idascore-the-future-of-ai-based-embryo-evaluation, zuletzt abgerufen am 12.2.2024. Übersetzung aus dem Englischen: „Wie immer bei der Anwendung neuer Technologien ist es wichtig, dass sie validiert sind und als unterstützende Werkzeuge und nicht als Ersatz für Menschen verwendet werden sollten, bis wir überzeugt sind, dass sie sicher und konsistent funktionieren."

B. Chancen und offene Problemstellungen

I. Chancen des iDAScore-Verfahrens

Die Vorteile des Verfahrens, mit denen auch der Hersteller wirbt, liegen auf der Hand: Es ist ein kontinuierlich objektives Verfahren, d.h. die Auswahl der Embryonen ist weder von der Willkür noch von der Tagesform oder dem Erfahrungsschatz des aussuchenden Embryologen abhängig.[6] Zudem belegen Studien die Verlässlichkeit des Verfahrens; durch die KI-unterstützte Embryonenselektion konnte die Implantationsrate deutlich gesteigert werden.[7] Die Wahrscheinlichkeit chromosomaler Anomalien sowie von Fehlgeburten wird reduziert, gleichzeitig steigt die Chance auf ein gesundes Kind. Diese mit Blick auf die Implantation um etwa 12 bis 20 % erhöhte Erfolgsrate bedeutet nicht nur für die zukünftigen Eltern eine psychische Entlastung, sondern sie führt zugleich zu einer finanziellen Entlastung des Sozial- und Gesundheitssystems, weil weniger kostspielige Behandlungszyklen nötig sind. Schließlich erweist sich das iDAScore-Verfahren gegenüber einer Untersuchung mittels Präimplantationsdiagnostik als überlegen, weil es nichtinvasiv operiert und somit den Embryo als solchen unangetastet belässt. Während bei einer Präimplantationsdiagnostik dem Embryo Zellen für eine genetische Untersuchung entnommen werden, vgl. § 3a ESchG, wird beim iDAScore-Verfahren die Entwicklung des Embryos lediglich von außen betrachtet.[8]

II. Offene Problemstellungen

Trotz dieser unverkennbaren Vorteile dürfen die offenen Fragestellungen in Bezug auf das iDAScore-Verfahren nicht außer Betracht gelassen werden. Sie werden an dieser Stelle lediglich aufgeworfen; ihre rechtliche Bewertung erfolgt an späterer Stelle.

Als vermutlich wichtigste Frage ist zur Diskussion zu stellen, ob eine Künstliche Intelligenz – um es drastisch auszudrücken – über Leben und Tod entscheiden sollte. Darf eine Künstliche Intelligenz bestimmen, welcher der „beste“ Embryo ist und deshalb leben darf? Wie ist mit

---

[6] https://www.vitrolife.com/products/time-lapse-systems/embryo-decision-support-tools#14931, zuletzt abgerufen am 12.2.2024.

[7] *Gazzo et al.*, Assisted Reproduction 2020, 24 (1), 55–60; *Tartia et al.*, RBMO 2022, 45 (1), 46–52.

[8] Näher zu diesem Verfahren *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, A. III. Rn. 142 f.

Dilemmata-Situationen umzugehen, wenn zwei, drei oder sogar vier Embryonen denselben Score aufweisen, aber nur einer übertragen wird. Verstößt eine solche algorithmenbasierte Entscheidung gegen die Menschenwürde oder wäre sie nicht zumindest moralisch falsch? Darüber hinaus ist zu diskutieren, ob mit dem Einsatz einer Künstlichen Intelligenz zur Embryonenselektion ein Dammbruch einhergeht: Ist der Weg in Richtung „Designer-Baby“[9] damit nun endgültig beschritten und erwächst hieraus ein gesellschaftlicher Druck zur Embryonenselektion, so wie er schon im Rahmen der Diskussion um die Zulässigerklärung der Präimplantationsdiagnostik intensiv erörtert und als naheliegende Gefahr befürchtet wurde?[10] Offen ist außerdem, wie mit Fehlentscheidungen umzugehen ist. Wer haftet, wenn der Embryo trotz vermeintlich bester Auswahl mittels Künstlicher Intelligenz erkrankt ist und das Kind schwer geschädigt auf die Welt kommt? Der Hersteller, die Reproduktionsklinik, der aussuchende Embryologe oder der transferierende Reproduktionsmediziner? Ist hier überhaupt Raum für eine Haftung – Stichwort: *wrongful life*?[11]

Zwar ist einzuräumen, dass derartige Konfliktsituationen auch im Falle einer Auswahl durch den Menschen, im konkreten Fall den Embryologen, auftreten. Gleichwohl ruft es ein deutlicheres Unbehagen hervor, würde die Auswahl *allein* einer Künstlichen Intelligenz überlassen werden. Immerhin handelt es sich um menschliche Embryonen, so dass ein Menschenwürdeverstoß naheliegt. Die Menschenwürde ist nach der sog. *Dürig'schen* „Objektformel“, welche in der Sittenlehre von *Kant* gründet[12] und welcher sich auch das BVerfG bedient,[13] verletzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“,[14] wenn also die Subjektsqualität des Menschen prinzipiell in Frage gestellt oder der Wert des Menschen, der ihm

[9] Siehe hierzu auch den grundlegenden Beitrag von *Eberbach* zur „Verbesserung des Menschen“, MedR 2008, 325 ff.

[10] Siehe diesbezüglich insb. die Stellungnahme des *Deutschen Ethikrates*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 150.

[11] Näher zu diesem Stichwort *Wapler*, in Dreier/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 I Rn. 150. Der BGH, siehe insb. BGHZ 151, 133 ff., bestätigt durch den 1. Senat des BVerfG, vgl. BVerfGE 96, 375 ff., erachtet den Unterhaltsaufwand des Kindes als ersatzfähigen Schaden. Der 2. Senat des BVerfG hat demgegenüber die Existenz von Schadensersatzansprüchen in derartigen Fällen vehement abgelehnt, vgl. BVerfGE 88, 203, 296; 96, 409 ff.

[12] *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, vollständiger, durchgesehener Neusatz von Michael Holzinger, 2. Aufl. 2013, S. 49.

[13] St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 9, 89, 95; 96, 375, 399.

[14] *Dürig*, in Maunz/Dürig (Hrsg.), Stand 1958, Art. 1 I Rn. 28.

kraft seines Personseins zukommt, verachtet wird. Würden menschliche Embryonen, insbesondere jene, die nicht zum Transfer ausgewählt werden, nicht genau in einem solchen Sinne zum bloßen Objekt degradiert, wenn eine Künstliche Intelligenz über deren Existenz oder Nicht-Existenz entscheiden könnte?

Äußerst streitig ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob Embryonen in vitro überhaupt ein Menschenwürdeschutz zukommt. Die Frage, wann menschliches Leben beginnt, ist eine der umstrittensten Fragen im Biomedizinrecht,[15] und sie ist – aber das sei an dieser Stelle nur nebenbei bemerkt – der Hemmschuh aller Reformbemühungen des ESchG.[16] Die Ansichten zum Beginn des menschlichen Lebens reichen von der Kernverschmelzung über die Nidation, so die ganz herrschenden Ansichten, bis hin zum Zeitpunkt des Einsetzens der Hirntätigkeit oder bis hin zum Abschluss der Geburt.[17] Das BVerfG hat sich zum Beginn menschlichen Lebens mit Blick auf Embryonen in vitro bislang noch nicht eindeutig geäußert. Es stellte lediglich im Rahmen seiner Schwangerschaftsabbruchentscheidungen fest, dass menschliches Leben *jedenfalls* mit der Nidation beginne.[18] Doch beim infragestehenden iDAScore-Verfahren werden Embryonen untersucht, die sich in einem Stadium *vor* der Nidation befinden. Um die Frage des Menschenwürdeverstoßes vorliegend zu entscheiden, müsste der Status von Embryonen in vitro folglich zunächst festgelegt werden, was aber nicht nur den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde, sondern ohnehin eine rein normative Festlegung wäre, weil sich auch durch die medizinischen und naturwissenschaftlichen Erkenntnisse der Beginn menschlichen Lebens nicht eindeutig bestimmen lässt.[19]

Doch auch unabhängig von der Frage, welcher Status Embryonen in vitro zukommt, ist mit einer Embryonenselektion grundsätzlich ein Wert- bzw. Unwerturteil verbunden und zwar darüber, welcher Embryo besonders „gut“ und welcher besonders „schlecht“ erscheint. Das birgt die Gefahr, dass eugenische Überlegungen Eingang in die Auswahlentscheidung

[15] Vgl. hierzu nur *Wapler* (Fn. 11), Art. 1 I Rn. 82 ff.

[16] Siehe hierzu etwa nur den gleichnamigen Tagungsband von *Körtner/Kopetzki (Hrsg.)*, Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?.

[17] Näher hierzu *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, S. 54 ff.

[18] BVerfGE 39, 1, 37 und BVerfGE 88, 203, 251.

[19] *Wachtler*, in Körtner/Kopetzki (Fn. 16), S. 73, 75, 79 f.

finden.[20] Dies gilt sowohl im Sinne einer „positiven Eugenik“, die darauf abzielt, die Entwicklung und Fortpflanzung von Menschen mit vermeintlich bester Gesundheit zu fördern, als auch im Hinblick auf eine „negative Eugenik“, deren Zweck darin besteht zu verhindern, dass Menschen mit vermeintlich schlechterer Gesundheit geboren werden oder sich fortpflanzen. Angesichts der Erfahrungen des NS-Unrechts[21] führt dies zu Unbehagen und ruft wohl noch größere Ablehnung hervor, wenn die Auswahl ausschließlich einer Künstlichen Intelligenz überlassen würde, also noch nicht einmal unter menschlicher Kontrolle stattfindet.

Äußerst problematisch ist schließlich, wie mit der Gefahr algorithmenbasierter Diskriminierungen umzugehen ist. Erinnert sei an dieser Stelle an den Fall von *Google Fotos*, dessen Künstliche Intelligenz dunkelhäutige Menschen als Gorillas klassifizierte.[22] Die Diskriminierung tritt bei *Google Fotos* offen hervor, wäre bei der Embryonenselektion indes nur schwer, allenfalls geraume Zeit später feststellbar. Doch auch beim iDAScore-Verfahren erscheinen algorithmenbasierte Diskriminierungen nicht ausgeschlossen. So etwa, wenn die Künstliche Intelligenz maßgeblich an männlichen Embryonen trainiert wurde, was sich negativ auf die Bewertung und damit Übertragungsrate von weiblichen Embryonen auswirken könnte. Soweit ersichtlich wurde beim Anlernen sowie auch bei der Kontrolle des Verfahrens das Geschlecht der Embryonen bislang außer Acht gelassen. Ob es durch das iDAScore-Verfahren zu algorithmenbasierten Diskriminierungen kommt, ist daher Spekulation, was aber zugleich bedeutet, dass algorithmenbasierte Diskriminierungen nicht sicher auszuschließen sind.

C. Bewertung des iDAScore-Verfahrens nach dem geltenden Recht

Vor dem Hintergrund dieser offenen Fragestellungen sei nunmehr in das geltende ESchG geblickt. Zu untersuchen ist, inwiefern dieses für die aufgeworfenen Probleme bereits Antworten parat hält.

---

[20] In anderem Zusammenhang so auch *Lindenberg* NZFam 2019, 941, 944 unter Verweis auf den *Deutschen Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, 2019, S. 176.

[21] In anderem Zusammenhang hierzu *Dorneck*, Strafrecht und Sterbehilfe zwischen 1949 und 1990, in Koch/Popp/Steinberg (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik, Strafrecht Besonderer Teil, 2024, S. 249, 251 ff.

[22] Vgl. hierzu https://www.spiegel.de/netzwelt/web/google-fotos-bezeichnet-schwarze-als-gorillas-a-1041693.html, zuletzt abgerufen am 12.2.2024.

I. Anwendung des § 3a I ESchG

Zur Bewertung des iDAScore-Verfahrens kommt im geltenden ESchG lediglich § 3a ESchG in Betracht. Danach ist es grundsätzlich untersagt, Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer, d.h. vor dem Transfer in die Gebärmutter, genetisch zu untersuchen. Da sowohl im Anschluss an eine Präimplantationsdiagnostik als auch im Anschluss an das iDAScore-Verfahren eine Auswahl getroffen wird, welcher Embryo transferiert wird, könnte § 3a I ESchG auch das iDAScore-Verfahren erfassen.

In Bezug auf die infragestehenden Embryonen wäre der Anwendungsbereich der Norm jedenfalls eröffnet. Denn als Embryo gilt nach der Legaldefinition des § 8 I ESchG, die bereits befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an. Da beim iDAScore-Verfahren die Embryonen erst nach der Kernverschmelzung kontinuierlich beobachtet werden und sie zudem erst am 5. bis 6. Tag nach der Kernverschmelzung transferiert werden, handelt es sich um Embryonen in diesem Sinne. Eine untersagte Untersuchung liegt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3a I ESchG allerdings nur dann vor, wenn Zellen eines Embryos in vitro *genetisch* untersucht werden. Das ESchG definiert jedoch nicht, wann eine solche genetische Untersuchung vorliegt. Eine Definition hierfür findet sich lediglich in § 3 des Gendiagnostikgesetzes (GenDG). Der Begriff wird dort aber explizit nur für das GenDG bestimmt (vgl. den Wortlaut des § 3 GenDG: „Im Sinne dieses Gesetzes"), nicht auch für das ESchG, so dass vorliegend auf die dem GenDG zugrundeliegende Begriffsbestimmung nicht zurückgegriffen werden kann.[23] Jedoch erscheint eine genaue Begriffsbestimmung für die zu erörternde Fragestellung, ob die im Rahmen des iDAScore-Verfahrens vorgenommenen Untersuchungen unter den Begriff der genetischen Untersuchung fallen, ohnehin nicht zwingend erforderlich. Denn der natürliche Wortlaut der Norm bildet – wie hinlänglich bekannt – die äußerste Grenze der Auslegung. Es ginge aber über den noch möglichen Wortsinn des Begriffs der genetischen Untersuchung hinaus, morphologische und morphokinetische Untersuchungen unter diesen Begriff zu fassen. Denn beim iDAScore-Verfahren werden die Embryonen *allein* aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes und des zeitlichen Verlaufs

[23] A.A. *Günther/Taupitz/Kaiser* (Fn. 8), C II. § 3a Rn. 18.

ihrer Entwicklung durch schlichte Betrachtung bewertet, eine genetische Analyse i.S.d. § 3a I ESchG, die im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik einen invasiven Eingriff bedeutet, findet somit gerade nicht statt. Hieraus folgt, dass § 3a I ESchG auf das iDAScore-Verfahren jedenfalls nicht direkt anwendbar ist, so dass es zunächst so scheint, als wäre der Einsatz der Künstlichen Intelligenz bei der Embryonenselektion uneingeschränkt zulässig.

Ein solches Ergebnis widerspräche aber offenkundig dem Sinn und Zweck des § 3a ESchG, der genetische Untersuchungen des Embryos, wie sich aus dessen Absatz 2 ergibt, nur unter sehr strengen Voraussetzungen erlaubt. Verhindert werden soll, dass auffällige Embryonen nicht transferiert werden; verhindert werden soll, dass diese im Zweifel verworfen, d.h. abgetötet werden.[24]

II. Analoge Anwendung des § 3a I ESchG

Für den beabsichtigten Schutz der Embryonen in vitro vor einer Nichtimplantation kann es allerdings keine Rolle spielen, ob die Untersuchung an Zellen des Embryos erfolgt oder dieser lediglich nach seinem äußeren Erscheinungsbild bewertet wird. Aufgrund der insoweit vergleichbaren Interessenlage liegt eine analoge Anwendung des § 3a I ESchG nahe.

Diesbezüglich wäre jedoch bereits eine planwidrige Regelungslücke zu verneinen, weil dem Gesetzgeber bei Erlass des § 3a ESchG bekannt sein musste, dass Embryonen nach ihrem äußeren Erscheinungsbild ausgewählt werden, weil dies das herkömmliche Verfahren ist. Gleichwohl hat er ein solches Vorgehen gesetzlich nicht geregelt oder gar verboten. Abgesehen von der fehlenden planwidrigen Regelungslücke scheitert eine Analogie im vorliegenden Fall aber ohnehin daran, dass es sich beim ESchG um ein nebenstrafrechtliches Regelungswerk handelt, für das das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 II GG, § 1 StGB genauso gilt wie für das Kernstrafrecht, vgl. Art. 1 I EGStGB.[25] Hieraus folgt, dass sich eine Analogie zulasten des Täters verbietet. Das Verbot des § 3a I ESchG auf das iDAScore-Verfahren anzuwenden, würde jedoch genau eine solche verbotene Analogie darstellen. Schließlich wäre eine Analogie aber auch inhaltlich abzulehnen, weil eine Auswahl der Embryonen allein nach der

[24] BT-Drs. 17/5452, S. 2.

[25] *Radtke*, in Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, 56. Edition, Stand 15.08.2023, Art. 103 Rn. 24 ff.

Erfolgsaussicht ihrer Implantation einer genetischen Selektion nicht gleichgestellt werden kann. Mit dem gezielten Detektieren von Gendefekten, die auf eine Beeinträchtigung des Embryos schließen lassen, geht eine Bewertung der Krankheiten einher, die auf eben jenem Gendefekt beruhen. Damit besteht zugleich die Gefahr der Diskriminierung von Menschen, die einen solchen Gendefekt aufweisen. Anders ist dies indes bei rein äußerlichen Untersuchungen der Embryonen zu bewerten, weil sich aus morphologischen Fehlbildungen keine Rückschlüsse auf bestimmte Erkrankungen ziehen lassen und der zugrundeliegende Zweck allein die erfolgreiche Implantation und nicht das Verhindern von bestimmten Erkrankungen ist.

III. Zulässigkeit nach dem geltenden ESchG

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Das iDAScore-Verfahren ist nach dem geltenden ESchG nicht verboten und wäre somit auch in Deutschland ohne weitere Beschränkungen oder Voraussetzungen zulässig – und das, obwohl die aufgeworfenen offenen Fragestellungen längst nicht hinreichend beantwortet sind; sie werden – soweit ersichtlich – noch nicht einmal diskutiert. Diese Fragen sollten aber geklärt werden, *bevor* das Verfahren auch in Deutschland Anwendung findet. Denn angesichts der normativen Kraft des Faktischen würde sich ein einmal etablierter Einsatz Künstlicher Intelligenz bei der Embryonenselektion in der Praxis wohl kaum mehr rückgängig machen lassen.

Derzeit liegen Stellungnahmen und Gesetzesvorschläge für ein zukünftiges Fortpflanzungsmedizingesetz vor, die nicht nur eine partielle Reform, sondern eine umfassende Neuregulierung des Fortpflanzungsmedizinrechts fordern.[26] Auch wurde von der Bundesregierung eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und zur Fortpflanzungsmedizin ins Leben gerufen, die u.a. das ESchG auf Änderungsbedarf untersuchen sollte und deren Abschlussbericht jüngst vorgelegt wurde. Die Kommission spricht sich ebenfalls für grundlegende Reformen aus.[27] Allerdings liegt der Fokus dieser Arbeiten auf den bereits etablierten

[26] Siehe insbesondere die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, sowie *Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz (AME-FMedG), 2013.

[27] Der vollständige Bericht ist abrufbar unter: https://www.bmfsfj.de/resource/blob/238402/8d276c6c55d679d192cdb9a2f03ee820/bericht-kommission-zur-reproduktiven-selbstbestimmung-und-fortpflanzungsmedizin-data.pdf, zuletzt abgerufen am 1.5.2024.

Verfahren der Reproduktionsmedizin, wie der In-vitro-Fertilisation, der Eizell-, Vorkern- bzw. Embryonenspende sowie der Leihmutterschaft. Die Zukunftstechnologien der Reproduktionsmedizin finden in der Debatte hingegen derzeit noch keine Beachtung.

D. Forderungen *de lege ferenda*

Daher gilt es, Lösungen für die aufgeworfenen offenen Problemstellungen bei der Künstlichen Intelligenz zur Embryonenselektion zu finden, die in diesem Rahmen zwar nicht abschließend entwickelt werden können, die jedoch als Grundlage für eine zukünftige Diskussion dienen sollen.

I. Zulassung des iDAScore-Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen

Angesichts seiner vielversprechenden Chancen erscheint es richtig, das iDAScore-Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen, auf die sogleich einzugehen ist, grundsätzlich zuzulassen. Insbesondere die gesteigerte Implantationsrate und deren Auswirkungen für die physische und psychische Integrität der betroffenen Frauen sind beachtlich.

Um dennoch den oben beschriebenen Gefahren, insbesondere der Auswahl menschlichen Lebens durch eine Künstliche Intelligenz, dem Dammbruch zum „Designer-Baby“ und algorithmenbasierten Diskriminierungen, zu begegnen, sollte die KI-unterstütze Embryonenselektion nur unter folgenden Voraussetzungen gestattet werden: Zum ersten ist die Erfolgsaussicht in Bezug auf die Implantation als einzig zulässiges Auswahlkriterium zu definieren. Zum zweiten sollte die Künstliche Intelligenz stets kontrollierbar sein und die Letztentscheidung sollte beim Menschen liegen. Die Künstliche Intelligenz sollte den aussuchenden Embryologen nur unterstützen, diesen aber nicht ersetzen dürfen.

Unter diesen Voraussetzungen ist in einer Embryonenselektion durch Künstliche Intelligenz weder ein Verstoß gegen die Menschenwürde zu erblicken noch bestünde die Gefahr eugenischer Selektionen. Ein Menschenwürdeverstoß ist deshalb zu verneinen, weil nach vorliegend vertretener Ansicht Embryonen in vitro noch kein voller, sondern nur ein vorwirkender, abgestufter Menschenwürdeschutz zukommt; dieser lässt eine Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern, im konkreten Fall den

Interessen der betroffenen Frau und der Effektivität der Behandlung, zu.[28] Ferner kann eine Auswahl der Embryonen allein nach der Erfolgsaussicht ihrer Implantation, wie oben näher erläutert, einer eugenischen Selektion nicht gleichgestellt werden, weil die Chance auf eine erfolgreiche Implantation nicht vergleichbar ist mit dem gezielten Detektieren von Gendefekten, die auf eine Beeinträchtigung des Embryos schließen lassen.[29] Eine Diskriminierung von Menschen mit genetischen Dispositionen geht damit nicht einher. Auf die Erfolgsaussicht als Auswahlkriterium hat jüngst auch das BVerfG in seiner Triageentscheidung, d.h. bei der Frage der Zuteilung knapper Ressourcen, etwa im Zusammenhang mit der Covid19-Pandemie, abgestellt und diese zu Recht als zulässiges Kriterium gewertet.[30] Dieses Kriterium zielt nicht auf eine Bewertung menschlichen Lebens ab, sondern bewertet allein die Erfolgsaussichten der vorgenommenen Maßnahme, vorliegend jene der Implantation. Ein Verstoß gegen die Lebenswertindifferenz kann daher hierin nicht erblickt werden.

Angesichts den bei der Embryonenselektion vorliegenden Bezügen zur Menschenwürde als dem Höchstwert unserer Verfassung ist zudem zu fordern, dass ethische Grundsätze nicht nur beim Einsatz, sondern bereits bei der Entwicklung von Künstlicher Intelligenz im Bereich der Fortpflanzungsmedizin Anwendung finden. Auf europäischer Ebene wurde sich jüngst auf eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (KI-Verordnung) verständigt. Mit dieser Verordnung setzt die EU den Rahmen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in Europa. Innovationen sollen gefördert, gleichzeitig soll das Vertrauen in den Einsatz Künstlicher Intelligenz gestärkt werden. Außerdem ist Ziel der Verordnung sicherzustellen, dass diese Technologie in einer Weise genutzt wird, die die Grundrechte und die Sicherheit der Menschen respektiert.[31] Die KI-Verordnung verfolgt insofern einen risikobasierten Ansatz: Je höher das Risiko, desto strenger sind die Pflichten. Während KI-Systeme mit einem inakzeptablen Risiko (genannt wird insb. das Social Scoring) gänzlich verboten werden, gelten für

[28] So bereits *Dorneck* (Fn. 17), S. 65.

[29] Insofern die Zulässigerklärung der PID scharf kritisierend *Duttge* ZStW 125 (2013), 647, 657 f.

[30] BVerfGE, 160, 79 ff. = NJW 2022, 380, 386 f.

[31] Vgl. diesbezüglich die gemeinsame Pressemitteilung des BMWK und des BMJ vom 2.2.2024: Rahmen für Künstliche Intelligenz in der EU steht: KI-Verordnung einstimmig gebilligt, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2024/02/20240202-rahmen-fur-kunstliche-intelligenz-in-der-eu-steht-ki-verordnung-einstimmig-gebilligt.html, zuletzt abgerufen am 7.3.2024.

Hochrisiko-KI-Systeme strenge technische und organisatorische Anforderungen. Anwendungen mit geringem Risiko unterliegen lediglich bestimmten Transparenz- und Informationspflichten.

Auch das iDAScore-Verfahren dürfte durch den Entwurf betroffen sein. Art. 6 I in Verbindung mit Anhang II des Entwurfs ordnet die dort bezeichneten Produkte als „Hochrisiko-KI-Systeme“ ein.[32] Sowohl die Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte (MDR) und Verordnung (EU) 2017/746 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über In-vitro-Diagnostika (IVDR), die das iDAScore-Verfahren erfassen dürften, sind in Anhang II Abschnitt A Nr. 11 und Nr. 12 aufgeführt. Für solche „Hochrisiko-KI-Systeme“ werden weitreichende Anforderungen an das Risikomanagement vorgesehen. Hierzu gehören neben Testverfahren, technischer Dokumentation und Aufzeichnungspflichten insbesondere die Sicherstellung von Transparenz und die Etablierung einer menschlichen Aufsicht. Entsprechend diesen Forderungen ist in Bezug auf das iDAScore-Verfahren zu gewährleisten, dass die bei der Embryonenselektion eingesetzte Künstliche Intelligenz jederzeit kontrollierbar ist. Die dem System zugrundeliegenden Algorithmen sowie die involvierte Logik müssen nachvollziehbar und transparent sein, auch um der Gefahr algorithmenbasierter Diskriminierungen zu begegnen. Die Auflösung von Opazität spielt folglich eine entscheidende Rolle, sowohl bei der Entwicklung der Künstlichen Intelligenz als auch bei ihrem Weiterlernen. Ferner ist zu fordern, dass gerade bei Hochrisiko-Systemen wie dem vorliegendem ausgeschlossen sein sollte, dass das System die menschlichen Fähigkeiten vollständig ersetzt. Künstliche Intelligenz sollte im konkreten Fall den aussuchenden Embryologen, der auch die Letztentscheidung treffen sollte, nur unterstützen dürfen.[33] Dies gilt in einem derart grundrechtssensiblen Bereich wie der Embryonenselektion umso mehr. So findet sich diese Letztentscheidungskompetenz des Menschen auch in der Triage-Entscheidung des BVerfG wieder, die das Gericht zu Recht mit der besonderen Fachkompetenz und der klinischen Erfahrung des

[32] Das sind KI-Produkte, die dazu bestimmt sind, als Sicherheitsbauteil eines Produkts verwendet zu werden oder KI-Systeme, die selbst ein Produkt sind, das unter die in Anlage II aufgeführten Harmonisierungsrechtsvorschriften fällt. Diese Produkte müssen zudem einer Konformitätsbewertung unterzogen werden, bevor sie in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden können.

[33] Das wirkt sich auch auf die Haftung bei Fehlentscheidungen aus, sofern man eine solche hier überhaupt zulässt.

ärztlichen Personals begründet hatte.[34] Eine Künstliche Intelligenz kann diese Fähigkeiten und Erfahrungen nicht ersetzen, weil sie lediglich algorithmenbasiert auf Basis der eingespeisten und fortgeführten Daten entscheidet, so dass es einer zusätzlichen Kontrollinstanz bedarf. Denn nur der Mensch kann Fehler erkennen, die das Programm noch nicht erlernt hat oder die vom zugrundeliegenden Algorithmus zwar abweichen, aber positiv zu bewerten sind. Der Mensch allein ist es also, der auch die Fehler des Programmes überprüfen kann.

II. Grundsätzliche Forderungen in Bezug auf das geltende ESchG

Die inadäquate Regelung des iDAScore-Verfahrens steht jedoch nur als ein Symptom dafür, dass das geltende ESchG insgesamt wenig flexibel und zukunftsoffen ist. Es muss daher ein generelles Grundanliegen sein, im Bereich der Fortpflanzungsmedizin Flexibilität und Entwicklungsoffenheit herzustellen.

Zuvorderst sollte das ESchG aus dem engen Korsett des Strafrechts gelöst werden: Einerseits ist das Strafrecht bekanntermaßen nur *ultima ratio*. Ein nebenstrafrechtliches Regelungswerk bietet daher keine Möglichkeit für eine umfassende Normierung, sondern ist stets fragmentarisch, weil es nur besonders sozialschädliches Verhalten unterbinden kann. Der gesamte Komplex der Fortpflanzungsmedizin sollte stattdessen in einem eigenständigen Fortpflanzungsmedizingesetz geregelt werden,[35] das die einzelnen Verfahren nicht nur klar gesetzlich normiert, sondern auch alternative Sicherungsmaßnahmen anstelle der Androhung von Strafe vorsieht, etwa die Ankündigung von Geldbußen oder von berufs-, zivil- oder verwaltungsrechtlichen Folgen. Unter Strafe gestellt werden dürften nur besonders schwere Verstöße gegen die vorgesehenen Bestimmungen.

Der Vorteil einer solchen Gesetzessystematik liegt auf der Hand: Das Gesetz wäre offen für zukünftige Entwicklungen gestaltet, da die nichtstrafrechtlichen Regelungen Analogien zulassen, das Gesetz somit einfacher und flexibler auf neue, heute noch unbekannte reproduktions- und biomedizinische Entwicklungen anzuwenden wäre. Zudem könnte stellenweise auf offenere Generalklauseln gesetzt werden, die in einem

[34] BVerfGE 160, 79 ff. = NJW 2022, 380, 388.

[35] So schon *Dorneck* (Fn. 17), S. 273 ff.

nebenstrafrechtlichen Regelungswerk aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 II GG indes kritisch zu bewerten sind. Das Recht könnte reagieren, nicht mehr nur existieren. Nicht von ungefähr wurde daher der Ruf nach einem zeitgemäßen Fortpflanzungsmedizingesetz in den vergangenen Jahren immer lauter.[36] Doch der Gesetzgeber kam diesem bis heute nicht nach.

E. Fazit und Ausblick

Dieser Ruf nach einer Neuregelung leitet zugleich über zu einem Fazit sowie einem Ausblick, mit dem der Blick nunmehr zu weiten ist. Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Fortpflanzungsmedizin sowie ganz allgemein in der Medizin ist ein Aspekt, der das geltende Recht vor Herausforderungen stellt. Mit dem rasanten Fortschritt in der Medizin und Medizintechnik haben sich Technologien entwickelt, die regelungsbedürftig sind. Insbesondere das geltende ESchG hält den technischen Möglichkeiten schon lange nicht mehr stand. Es bietet in Bezug auf die vorliegend aufgeworfenen Fragestellungen keine Antworten. Für den Einsatz Künstlicher Intelligenz bei der Embryonenselektion sollte angesichts der Bezüge zur Würde sichergestellt werden, dass allein die Erfolgsaussicht als Auswahlkriterium dienen darf und dass die Künstliche Intelligenz lediglich unterstützendes, stets kontrollierbares Instrument bleibt. Daneben erscheinen im Bereich des Fortpflanzungsmedizinrechts jedoch noch weitere Entwicklungen dringend regelungsbedürftig. So gilt es insbesondere für das Klonverbot des § 6 ESchG eine neue Regelung zu finden, weil dieses angesichts des restriktiven Embryonenbegriffes des § 8 ESchG längst nicht mehr – wie noch zum Zeitpunkt seines Erlasses angenommen – absolut gilt, sondern inzwischen vielmehr durch das Zellkerntransfer-Verfahren und die tetraploide Embryo-Komplementierung unterlaufen wird.[37] Zudem stellt eine neue Technologie, die sog. In-vitro-Gametogenese, das geltende ESchG vor Herausforderungen: Durch dieses Verfahren erscheint es möglich, aus Körperzellen Keimzellen, also Ei- und Samenzellen, herzustellen. In Japan ist dieses Verfahren im Mausversuch bereits geglückt und hat zu einer lebenden Maus geführt.[38]

---

[36] Siehe insb. die Stellungnahme der *Leopoldina* (Fn. 26) sowie den Entwurf von *Gassner et al.* (Fn. 26).

[37] Näher hierzu *Dorneck* (Fn. 17), S. 197 ff.

[38] *Li et al.*, Cell Stem Cell, Volume 30, Issue 4, 362 ff.

Das ESchG kann dieses Verfahren jedoch allenfalls partiell erfassen.[39] Schließlich ist zu beachten, dass auch das Klonen und die Ektogenese, d.h. das Heranziehen von einem Organismus in einem künstlichen Uterus, im Schafversuch bereits gelungen sind. Die hier aufgeworfenen Zukunftstechnologien scheinen damit grundsätzlich das Potential zu haben, in Zukunft – wann immer diese auch eintreten mag – menschliches Leben zu erzeugen. Besonders frappierend daran: Auch diese Technologien hatte *Huxley* teilweise bereits in seiner „Schönen neuen Welt" vorhergesehen. Insofern spannt sich der Bogen zum eingangs zitierten Werk. In seinem retrospektiv verfassten Vorwort schrieb *Huxley* im Jahr 1946 Folgendes:

> „Damals habe ich mein Utopia sechshundert Jahre voraus in der Zukunft angesiedelt. Heute könnte man meinen, der Horror holt uns womöglich innerhalb der nächsten hundert Jahre ein."[40]

Zwar war dieses Vorwort von den Geschehnissen des zweiten Weltkrieges geprägt. Dennoch können die Worte von *Huxley* auch heute noch Geltung beanspruchen. Denn sie erinnern daran und mahnen, dass nicht alles technisch Machbare auch stets möglich gemacht werden muss.

[39] Lediglich die Elternschaft eines homosexuellen männlichen Elternpaares und das sog. Multiplex-Parenting wären durch das ESchG verboten.

[40] *Huxley* (Fn. 1), S. 310.

Neue Strafrechtswissenschaft Heft 2/2024

Axiomatische Strafrechtswissenschaft
Eine Skizze

von Kristina Peters, München*

ABSTRACT

Ausgehend von den wissenschaftstheoretischen Arbeiten Max Webers zu einem wissenschaftlichen Umgang mit Werturteilen zeigt der Beitrag auf, wie eine Axiomatisierung der Strafrechtswissenschaft im Bereich des materiellen Kernstrafrechts aussehen kann. Die Skizzierung einer solchen Axiomatisierung weist auf fünf Theoriestufen hin, auf denen sich die strafrechtswissenschaftliche Theoriebildung bewegt. Beispiele zeigen, dass durch eine solche Systematisierung neue Argumentationslinien entwickelt werden können.

A. Max Weber und die Axiomatik

Die rechtswissenschaftliche Arbeit ist in ihrem Kern nicht empirisch und genügt mangels Falsifizierbarkeit keinem minimalen Empirismus, der seit Karl Popper als Gütekriterium der Wissenschaften gilt.[1] Legt man wissenschaftstheoretisch konsentierte Positionen zugrunde, können weder eine „wahre Bedeutung“[2] noch „wahre Werte“[3] als Ziel eines

* Die Verfasserin ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Armin Engländer an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

[1] Instruktiv zu diesen Kriterien *Schurz*, Wissenschaftstheorie, 4. Aufl. 2014, S. 12 ff., 26 ff. Auf vereinzelte Versuche, die Rechtswissenschaft auf ein empirisches Programm auszurichten oder den Falsifikationsansatz anderweitig zu übertragen, kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

[2] Grundlegend *Busse/Ketsba-Khundadze*, Grundzüge der germanistischen Sprachwissenschaft, 2022, S. 60 ff.; *Busse* in Vogel (Hrsg.), Recht ist kein Text, 2017, 25, 29.

[3] *Schurz*, Wissenschaftstheorie, S. 39 ff.; *Knauff/Spohn*, in dies., The Handbook auf Rationality, 2021, S. 31, 58, 99; *Carrier*, Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 2008, S. 161 ff. Spezifisch für die Strafrechtswissenschaft: *Engländer* NSW 2024, 5 ff.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-12

solchen Programms ausgemacht werden. Die vielfach wahrnehmbaren Unsicherheiten hinsichtlich des wissenschaftstheoretischen Fundaments der Rechtswissenschaft sind gerade vor dem Hintergrund dieser Probleme zu sehen, Bezugspunkte eines empirischen Forschungsprogramms zu identifizieren. Das Kerngeschäft der Rechtswissenschaft besteht in dem Umgang mit Normen und damit insbesondere mit Werturteilen.[4] Doch wie können Normen und die in ihnen enthaltenen Werturteile Gegenstand einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung werden? Insoweit lohnt ein Blick auf die wissenschaftstheoretischen Arbeiten von Max Weber. Seine Ausführungen zu einem wissenschaftlichen Umgang mit Werturteilen waren für die Wissenschaftstheorie richtungsweisend[5] und sind auch für die Rechtswissenschaft von großem Wert.

Max Weber entwickelte ein vierteiliges Programm, wie ein wissenschaftlicher Umgang mit Werturteilen aussehen kann. Dieses Programm zielt auf die Untersuchung von Zweck-Mittel-Relationen und die Axiomatisierung von Werten.[6] Hiernach kann erstens die Geeignetheit von Mitteln zur Erreichung eines gegebenen Zwecks untersucht werden. Diese Eignung zur Zweckerreichung kann zwar nicht sicher vorausgesagt, aber prognostiziert werden. Hierüber ist es zudem möglich, Zwecksetzungen kritisch daraufhin zu beurteilen, ob sie grundsätzlich sinnvoll (im Sinne von erreichbar) oder sinnlos sind. Zweitens können die Folgen des Mitteleinsatzes untersucht werden, die abseits des gewünschten Zwecks eintreten können. Dies ermöglicht eine Abwägung mit Blick auf nachteilige Folgen, die hinsichtlich anderer Zwecke drohen. Die Abwägungsentscheidung ist jedoch nach Weber der wissenschaftlichen Arbeit entzogen und Sache von Gewissen und Weltanschauung.[7] Des Weiteren kann drittens herausgearbeitet werden, was genau im Einzelnen bezweckt wird, in welchen Zusammenhängen unterschiedliche Zwecke stehen und insbesondere welche Ideen ihnen „zugrunde liegen oder liegen

[4] Jede Norm beinhalte ein gesetzgeberisches Werturteil, klarstellend etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, Rn. 136.

[5] Siehe etwa die Darstellungen bei *Schurz*, Wissenschaftstheorie, S. 39 ff.; *Carrier*, Wissenschaftstheorie, S. 161 ff.; *Brühl*, Wissenschaftstheorie, 3. Aufl. 2021, S. 250 f.; *Proctor*, Value-Free Science?, 1991, S. 65 ff.; *Douglas*, Science, Policy, and the Value-Free Ideal, 2009, S. 46.

[6] *Weber*, Die „Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in Winckelmann (Hrsg.), Wissenschaftslehre, 1922 [1988], 149–151. Dieses Programm greift er ebenfalls auf in *Weber*, Der Sinn der „Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1918), a.a.O., 499, 508, und *Weber*, Wissenschaft als Beruf (1919), a.a.O., 601 f., 607 f.

[7] Eine Ausnahme gilt in komplexen Strukturen, die eine Zweckhierarchie vorgeben, siehe hierzu *Peters*, Die Objektivität juristischer Erkenntnis, in Peters/Schrott (Hrsg.), Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts, 2023, 35, 50.

können“[8]. An diesem Punkt sieht Weber die Schnittstelle zur Sozialphilosophie. Viertens geht es schließlich um eine „formal-logische Beurteilung des in den geschichtlich gegebenen Werturteilen und Ideen vorliegenden Materials, eine Prüfung der Ideale an dem Postulat der inneren *Widerspruchslosigkeit*“[9]. Ziel ist es, die „letzten Axiome“ zu ermitteln, die sich in einem Werturteil „manifestieren“, und sie „zum *Bewußtsein* zu bringen“[10]. Hierüber könne die „Mannigfaltigkeit möglicher Wertungen [bewältigt]“[11] werden.

Weber geht es um ein Verfahren, das kraft Beschreibungen kritisieren kann, ohne sich zu Werten bekennen oder diese ablehnen zu müssen. Auch Werturteile können hiernach in (Denk-)Strukturen eingebundener Gegenstand der Wissenschaft sein. Seine Überlegungen lassen sich im Grundsatz auf die Rechtswissenschaft übertragen, wobei an dieser Stelle ein Aspekt seiner Überlegungen herausgegriffen werden soll:[12] Webers Programm beinhaltet eine Ausrichtung von Disziplinen, deren Gegenstand Wertfragen sind, auf das Ideal einer Axiomatisierung. Die axiomatische Methode zeichnet sich dadurch aus, dass sie Sätzen einen Standort innerhalb eines Systems zuordnet und die Beziehungen zwischen ihnen charakterisiert.[13] Axiomatik ist damit ein Komplementärbegriff zur Analyse: Wo Analyse die Zergliederung ist, getragen von der Überzeugung, dass die Dinge durch eine Zerlegung in ihre Bestandteile besser verstanden werden, geht die Axiomatik den umgekehrten Weg und bereitet die Analyse vor, sodass im Anschluss eine Analyse ihres Gegenstandes in alle Richtungen möglich ist.[14]

Entgegen einer verbreiteten Vorstellung ist die Axiomatik nicht mit der Mathematik gleichzusetzen, sondern als Wissenschaftsideal universal gültig.[15] Daher ist ein axiomatischer Blick auch auf Wertstrukturen, wie er bei Weber gefordert wird, durchaus vielversprechend. Entsprechend

[8] *Weber*, Objektivität (Fn. 6), 150.

[9] *Weber*, Objektivität (Fn. 6), 151.

[10] *Weber*, Objektivität (Fn. 6), 150.

[11] *Weber*, Wertfreiheit (Fn. 6), 530.

[12] Zur Würdigung i.Ü. *Peters* in Peters/Schrott (Hrsg.), Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts, 35 ff.

[13] *Bedürftig/Murawski*, Philosophie der Mathematik, 4. Aufl. 2019, S. 367. Axiome sind innerhalb dieses Systems Inhalte, die nicht von etwas anderem ableitbar (irreduzibel) sind, *Schurz*, Wissenschaftstheorie, S. 185

[14] Vgl. auch *Detel* in *Aristoteles*, Zweite Analytik, 2011, Einleitung, S. 35: Bottom-Up-Verfahren.

[15] *Kornmesser* in Kornmesser/Büttemeyer (Hrsg.), Wissenschaftstheorie, 2020, S. 189, 190; *Bedürftig/Murawski*, Philosophie der Mathematik, S. 344; *Hilbert* in ders., Gesammelte Abhandlungen III, 1980, S. 146, 156.

wurde die axiomatische Methode auch in der Rechtswissenschaft immer wieder diskutiert – allerdings unter recht unterschiedlichen Vorzeichen und auf unterschiedlichen Ebenen.[16] An dieser Stelle soll das Potential einer Axiomatisierung für die Strafrechtswissenschaft beleuchtet werden. Selbstverständlich können im Rahmen der Rechtswissenschaft die Beziehungen zwischen den Systemteilen nicht mit denen etwa der Mathematik verglichen werden. In der Rechtswissenschaft geht es vorrangig um eine Ordnung und Darstellung nach regelhaften und hierdurch intersubjektiv nachvollziehbaren Mustern, nicht um deduktive Zusammenhänge.[17] Auch gilt: Axiomatische Arbeit ist wesentlich eine sekundäre Tätigkeit.[18] Sie ist nicht wichtiger als die Arbeit an einzelnen Normen, Normenfeldern und Theorien, die vielmehr eine Axiomatisierung vorbereiten und einleiten. Doch kann sie, wie die folgenden Überlegungen zeigen, einen besseren Überblick verschaffen, Widersprüche aufdecken, neue Argumentationslinien eröffnen und so das System insgesamt leistungsfähiger machen.[19]

B. Axiomatische Strafrechtswissenschaft

Die Ordnung der Rechtssätze und die Entwicklung der dogmatischen Figuren, die diese Sätze und ihre Ordnung tragen, vollziehen sich maßgeblich durch Theorien. Im Folgenden wird das Potential einer Axiomatisierung für die Strafrechtswissenschaft im engeren Sinne dargelegt, indem verschiedene Ebenen herausgearbeitet werden, auf denen sich die strafrechtswissenschaftliche Theoriebildung bewegt. Dabei werden fünf Theoriestufen sichtbar, die sich durch zahlreiche Verzahnungen auszeichnen. Einige Aspekte sind offensichtlich, während die Systematisierung an anderen Stellen ein Potential „dunklerer Ecken“ für weitere Ausforschung offenbart. Beispiele zeigen, dass hierdurch neue Argumentationslinien entwickelt werden können. Die folgenden Ausführungen

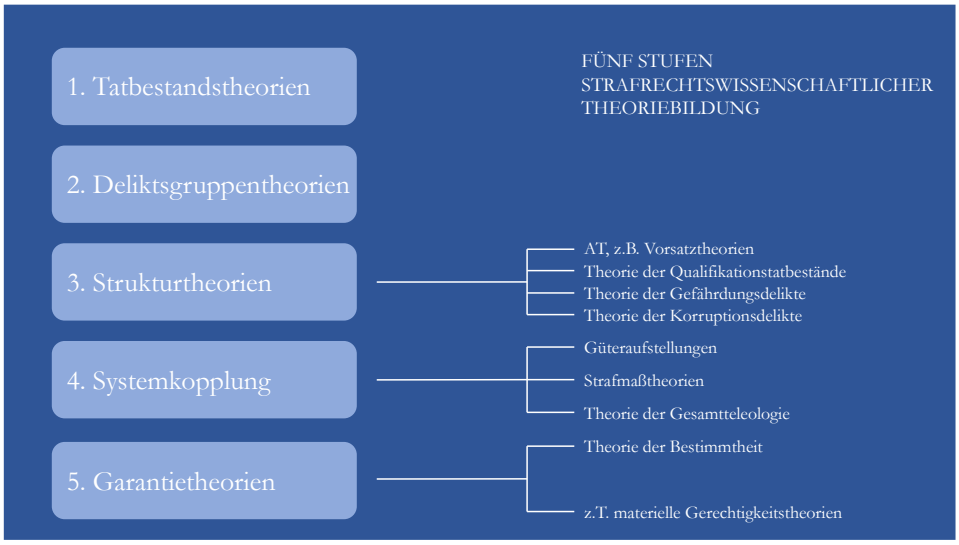
[16] Siehe etwa *Rödig* in Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. 2, 1970, 53, 58 f.; *Bung*, Subsumtion und Interpretation, 2004, S. 43 ff.; *Schuhr* in ders. (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2013, 123 ff.; *Neumann*, Juristische Logik, in Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, 9. Aufl. 2016, 280 ff. Gleichzeitig ist die Axiomatik immer noch eher selten Thema, *Schuhr*, a.a.O., 142 f.; kritisch zu ihrem Nutzen insbes. *Engisch*, Sinn und Tragweite juristische Systematik, in Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, 88 ff.

[17] Daher darf die Nähe zur mathematischen Axiomatik nicht überzeichnet werden. Eine nähere Untersuchung der Natur der Wertbeziehungen kann hier nicht geleistet werden.

[18] *Bedürftig/Murawski*, Philosophie der Mathematik, S. 349 f.; vgl. auch *Schuhr* in Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 123, 158.

[19] Ähnlich *Schuhr* in Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 123, 159.

stellen indes nur einen ersten Zugriff auf eine mögliche Axiomatisierung dar; sie haben tentativen Charakter und mögen noch der Korrektur oder Ergänzung bedürfen und abweichende Entwürfe provozieren. Auch beschränken sich die Überlegungen auf den Ausschnitt der Strafrechtswissenschaft, der als „Normwissenschaft“ oder „Auslegungswissenschaft“ des materiellen Kernstrafrechts bezeichnet werden kann. Das Nebenstrafrecht, das Strafprozessrecht und die Kriminologie bleiben ausgeklammert.



I. Die Theoriestufen

Theorien der ersten Stufe betreffen unmittelbar die konkreten Straftatbestände im Sinne einer Vermittlungsebene, die der Kopplung von Lebenswirklichkeit und „Normwelt“ zugrunde liegt. Der jeweilige Straftatbestand kann hier als Gegenstand einer Tatbestandstheorie begriffen werden, in deren Rahmen Theorien höherer Abstraktionsebene wie solche der Kausalität, der objektiven Zurechnung oder des Vorsatzes in Bezug genommen und auf den konkreten Tatbestand bezogen werden. Der Straftatbestand wird also gewissermaßen im System der Strafrechtswissenschaft kontextualisiert, indem die jeweils relevanten Theorien höherer Abstraktionsebene identifiziert und inkludiert werden. Zum Teil kann es zu Kopplungen mit anderen Systemen kommen, etwa wenn über ein Merkmal wie „fremd“ zivilrechtliche Theorien einbezogen werden. Was ein „Mensch“ im Sinne des § 212 I StGB ist, wird demgegenüber auf der Theoriestufe vier (s.u.) entschieden, ebenso, dass es sich um einen „anderen“ Menschen handeln muss. Theorien der zweiten Stufe betreffen

Deliktsgruppentheorien, die die Theorien der ersten Stufe beeinflussen. Sie beruhen auf einer binnensystematischen Perspektive und betreffen insbesondere systematische Aspekte der jeweiligen Deliktsgruppe, die die Bildung der entsprechenden Tatbestandstheorien informieren. Hierzu lassen sich etwa die Zueignungstheorien zählen, die erst aus einer systematischen Betrachtung der §§ 242 ff. StGB entwickelt werden.

Theorien der dritten Stufe liefern allgemeine Strukturtheorien, die über die einzelnen Deliktsgruppen hinausreichen und entsprechend auf einer höheren Abstraktionsebene als Hintergrundtheorien im Rahmen der Arbeit an einzelnen Tatbeständen wirken. Auf dieser Ebene werden insbesondere verallgemeinernde Überlegungen zu dogmatischen Figuren verdichtet. Die entsprechende Kompetenz von Gerichten und Wissenschaft zur dogmatischen, genuin konstruktiven Arbeit wurde durch das Bundesverfassungsgericht wiederholt betont.[20] Hier wird etwa der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches mit „Leben“ gefüllt, beispielsweise durch die Vorsatztheorie: Das Gesetz gibt nur vor, dass es einen Vorsatz gibt, nicht aber, was dies bedeutet, weshalb Theorien zu den Vorsatzarten entwickelt werden.[21] Ebenfalls hierher gehören Meta-Theorien zu den Strukturelementen des Strafgesetzbuchs, die Verbindungslinien zwischen verschiedenen Delikten und Deliktsgruppen ziehen und diese auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede hin analysieren, wodurch sich gewissermaßen eine „Langstreckensystematik“ ergeben kann. Beispielsweise kann aus dem besonderen Teil eine Theorie der Qualifikationstatbestände herausgearbeitet werden: Hiernach existieren zwei Grundtypen von Qualifikationstatbeständen, die entweder ein einfaches oder ein additives Strukturmodell verwenden und intern oder extern operieren. Diese Überlegungen informieren wiederum die Auslegung von Qualifikationstatbeständen im Sinne ihrer Tatbestandstheorien.[22] Weitere Beispiele sind etwa eine Theorie der Gefährdungsdelikte, die insbesondere

[20] Instruktiv BVerfGE 34, 269, 280 ff. (Soraya).

[21] Im Übrigen können hier auch Hintergrundtheorien etwa zur Rechtswidrigkeit und zur Schuld angesiedelt werden. Zur Verfassungsmäßigkeit der Offenheit des allgemeinen Teils *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, 102. EL 2023, Art. 103 II Rn. 81 m.w.N. Gerade in dieser Lückenhaftigkeit identifiziert *Hörnle* einen Grund, warum die deutsche Strafrechtswissenschaft eine derart herausgehobene Rolle einnehmen und insbesondere die Justiz maßgeblich beeinflussen konnte, *Hörnle*, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, 183, 200 ff. Gleichzeitig bemängelt sie zu Recht, dass einige Konzepte „eingefroren“ seien und insbesondere die Einbeziehung der Erkenntnisse fremder Disziplinen in entsprechende Theorien oftmals zu kurz kommt, a.a.O., 207 ff.

[22] Zu der Typisierung der Qualifikationstatbestände und einer Fruchtbarmachung für den Streit zur Reichweite des § 250 II Nr. 1 StGB siehe *Peters* ZStW 2022, 149 ff.

die Auslegung abstrakter Gefährdungsdelikte vor dem Horizont der Existenz konkreter Gefährdungsdelikte instruiert,[23] sowie eine Theorie der Korruptionsdelikte, die in einer deliktsgruppenübergreifenden Perspektive die Strukturelemente und Gefährdungsstufen dieser Angriffsform analysiert[24].

Theorien der vierten Stufe betreffen die Kopplung des Systems „Strafrecht" mit dem System „Verfassung".[25] Hier sind Theorien angesiedelt, die die Art und Weise dieser Kopplung betreffen und sich mit der Frage befassen, wie Informationen aus dem Grundgesetz mit Informationen des Strafgesetzbuches zusammengebracht werden. Hieraus können wiederum Rückschlüsse auf die Wertordnung des Strafgesetzbuches gezogen werden, die die Auslegungsarbeit informieren. Auf dieser Ebene erfolgt insbesondere eine strafrechtsspezifische Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips.[26] Wichtiger Baustein sind zunächst auf das Verfassungsrecht bezogene Güteraufstellungen. Hier werden die von den Tatbeständen in Bezug genommenen Verhaltensweisen und Güter mit der Wertordnung des Grundgesetzes in Verbindung gebracht.[27] Dies gilt sowohl für die Tatverhaltens- als auch für die Opferschadensseite, weshalb der Blick nur auf das geschützte Rechtsgut einseitig ist.[28] Die Frage nach dem jeweils geschützten Rechtsgut mag sich aus strafrechtswissenschaftlicher Perspektive aufgrund ihrer Relevanz für die Auslegung besonders aufdrängen, doch handelt es sich nicht zuletzt aus verfassungsrechtlicher Perspektive um einen

[23] Hierüber kann das Gefährdungsniveau der abstrakten Gefährdungsdelikte konkretisiert werden, das im Tatbestand nicht umschrieben wird, was insbesondere hilft, den Anwendungsbereich teleologischer Reduktionen abzustecken, siehe etwa *Peters* GA 2022, 78 ff.

[24] Hierzu *Peters*, Ein allgemeiner Korruptionstatbestand?, in Zimmermann (Hrsg.), Korruptionsstrafrecht, 2023, 15, 19 ff.

[25] Die Normen des Nebenstrafrechts können als eigene Systeme gedacht werden, deren Theorien freilich durch die Theorien des Kernstrafrechts beeinflusst werden, sodass es insoweit zu einer doppelten Systemkopplung kommt. Auch zu supranationalen Regelungskomplexen können Kopplungen bestehen.

[26] Siehe etwa für Erwägungen zum Strafmaß *Di Fabio*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 2 II Rn. 61 m.w.N. Die Zusammenhänge bzw. Kopplungen zwischen strafrechtsdogmatischen Überlegungen und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip weiter auszuarbeiten bleibt eine Aufgabe, der sich die Strafrechtswissenschaft bisher nur punktuell gewidmet hat, siehe insoweit insbes. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, und *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.

[27] Ungeachtet ihrer vorrangigen Funktion als Abwehrrechte beinhalten die Grundrechte „auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt", BVerfGE 7, 198. Da das Verhalten in der Norm oftmals schon eine Auslegung voraussetzt, muss der Blick hier zwangsläufig hin- und herwandern.

[28] Dabei können auf „Opferseite" auch institutionelle und kollektive Güter betroffen sein.

unvollständigen, fragmentarischen Blick.[29] Ebenso bleibt der Blick fragmentarisch, wenn Rechtsgüter allein im System des Strafgesetzbuches entworfen werden, weshalb diese Theorien nicht zur Theoriestufe zwei gezählt werden. Stattdessen gilt es, die Lücke zwischen Rechtsgütern und Grundgesetz zu schließen und die entsprechenden Bezüge weiter auszuarbeiten – in der Sprache der hier entwickelten Perspektive: diesen Teil des Strafrechts weiter zu axiomatisieren. Teil der Überlegungen sind Erwägungen tatsächlicher Art zu dem jeweiligen Gefährdungs- beziehungsweise Verletzungspotential der anvisierten Handlungen und der entsprechenden Lenkungsfunktion des Tatbestands einschließlich eines Vergleichs von erfassten und nicht erfassten Fallgruppen. Es werden also Gefährdungsanalysen inklusive wertender Gleichheitserwägungen erarbeitet. Diese Analysen ergeben ein Wertgefüge für die betreffende Norm inklusive des jeweiligen geschützten Rechtsguts. Dieses Wertgefüge insgesamt beeinflusst sodann die Auslegung der jeweiligen Norm beziehungsweise die Konstruktion der jeweiligen Tatbestandstheorie.[30]

Ein zweiter wichtiger Baustein der Systemkopplung, der mit der Güteraufstellung verzahnt werden kann, sind Strafmaßtheorien. Hier ist das Gebot einer restriktiven Auslegung anzusiedeln, das sich je nach Strafmaß intensivieren lässt. Zudem kann aus einer am Grundgesetz orientierten Perspektive das Maß der tatbestandlich umschriebenen Beeinträchtigung analysiert werden, indem strafmaßbezogene Vergleichslinien gezogen werden. Typischerweise werden solche Vergleichslinien zwischen den unterschiedlichen Anwendungsfällen einer Norm gezogen und insoweit gleichheitsbezogene Argumentationen gewonnen. Darüber hinaus können jedoch entsprechende Vergleiche auch zu anderen Delikten – und zwar nicht nur zu verwandten oder vergleichbaren Tatbeständen, sondern auch zu Delikten völlig fremder Deliktsgruppen, die jedoch ein ähnliches Strafmaß aufweisen – gezogen werden, wodurch sich modifizierte Gleichheitsargumente entwickeln lassen. Hieraus können sich

[29] In diesem Punkt driften strafrechtliche und verfassungsrechtliche Perspektive oftmals auseinander. Die Distanz ist jedoch nicht etwa einer verfassungsrechtlichen Kritik an einer (methodologischen) Rechtsgutslehre geschuldet. Die Ausrichtung des Strafrechts auf den Rechtsgüterschutz wird aus verfassungsrechtlicher Perspektive vielmehr durchaus bestätigt, doch erschöpft sie sich eben nicht darin, siehe etwa *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 103 II Rn. 97 m.w.N. („Verfassung verpflichtet den Staat also zum Rechtsgüterschutz“).

[30] Bspw. durch das Hereinlesen des Wortes „anderer“ Mensch in die Tatbestandstheorie des § 212 I StGB, s.o.

mitunter konkrete Anhaltspunkte für die jeweilige Tatbestandsteleologie ergeben.[31]

Schließlich können auf der Theoriestufe vier die einzelnen Güteraufstellungen aufeinander sowie auf die Strafmaßtheorien bezogen und systematisiert werden, wodurch sich grundsätzliche Wertentscheidungen und Prinzipien des Strafgesetzbuches ergeben. Diese lassen sich zu einer Theorie der Gesamtteleologie, zu einer „strafrechtlichen Landkarte", zusammenführen, die ein teleologisches Gesamtkonzept des Strafgesetzbuches entwirft. Unter dem folgenden Gliederungspunkt wird der Versuch unternommen, ein solches Gesamtkonzept zu skizzieren. Indem dieses Gesamtkonzept wiederum auf die Verfassung bezogen wird, kann ein wichtiges Korrektiv für die weitere Arbeit gewonnen werden.

Theorien der fünften Stufe beziehen sich schließlich unmittelbar das Verfassungsrecht und stellen für den Bereich des Strafrechts gewissermaßen „Garantietheorien" dar. Sie betreffen etwa eine Theorie der Bestimmtheit[32] und geben den Korridor vor, in dem sich die Arbeit der übrigen Stufen bewegt. Versteht man mit dem Bundesverfassungsgericht das Bestimmtheitsgebot dergestalt, dass im Falle von Tatbeständen, die aufgrund ihres Regelungsgegenstandes vage formuliert sind, unklare Begriffe durch die Gerichte konkretisiert werden müssen,[33] kann man hier zudem ein Gebot zur dogmatischen Arbeit ansiedeln. Ebenfalls auf dieser Ebene zu verorten sind materielle Gerechtigkeitstheorien, soweit sie an Artikel 20 III GG anknüpfen und etwa zur Radbruch-Formel führen.[34] Vieles auf dieser Ebene ist jedoch noch unsicher: Das „Strafverfassungsrecht" weist noch viele Leerstellen und Fragezeichen auf und bedarf der weiteren Ausarbeitung.

Die hier entworfene Skizze beschränkt sich freilich auf das Strafrecht. Im Hintergrund wirken weitere Theorien, die vorausgesetzt, aber schon aus Platzgründen nicht thematisiert werden. Insbesondere wären noch die eigentlichen Axiome im Sinne der „letzten Gründe" der Rechtswissenschaft und hier insbesondere die Methodenlehre in die Betrachtung

[31] Bspw. können durch den Vergleich mit Delikten, die dasselbe (hohe) Strafmaß ansetzen, Anhaltspunkte für das teleologische Konzept des § 250 StGB gewonnen werden, *Peters* GA 2022, 78, 79 ff.

[32] Zu Unsicherheiten hinsichtlich der Einzelheiten des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots siehe etwa *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 103 II Rn. 34, 136.

[33] Siehe etwa BVerfGE 73, 206, 235 ff.; 92, 1, 12 ff.; 126, 170, 198. Kritisch *Remmert*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 103 II Rn. 96.

[34] Instruktiv *Radbruch* SJZ 1946, 105 ff.; siehe auch BVerfGE 23, 98 ff.; 95, 96 ff.; BGHSt 39, 1 ff.

einzubinden.[35] Zudem wären Kopplungen mit weiteren Systemen wie etwa dem Nebenstrafrecht und supranationalen Regelungskomplexen zu rekonstruieren. Darüber hinaus bleibt festzustellen, was in den Ausführungen bereits durchschien: Alle Ebenen informieren sich gegenseitig, weisen zahlreiche Verzahnungen – innerhalb ihrer Theorien sowie zu anderen Theoriestufen – auf und sind damit durchlässig und in ihrer Kategorisierung nicht trennscharf. Der strafrechtswissenschaftliche Blick ist insoweit einer, der hin und her wandert und „rauf" und „runter" geht; eine „Chronologie" der Stufen gibt es nicht. Auch gilt: Der letzte Subsumtionsschritt, das „das ist" (ein Mensch, eine Beleidigung etc.) ist maßgeblich durch Sprachkonventionen und wertbezogene Entscheidungen geprägt und bleibt hier ausgeklammert. Gleichzeitig wird dieser Schritt durch die jeweiligen Ergebnisse des hier ausgebreiteten Arbeitsprogramms beeinflusst – die Subsumtion wird also auf das axiomatische Netz bezogen und gegebenenfalls nachgeschärft.

Um Missverständnissen vorzubeugen, bleibt zuletzt klarzustellen, was bereits im Rahmen der Charakterisierung der axiomatischen Methode angesprochen wurde: Die Axiomatik ist ein Ideal. Es lässt sich bezogen auf die Strafrechtswissenschaft ebenso wenig wie bezogen auf andere Disziplinen in Gänze verwirklichen. Die Strafrechtswissenschaft besitzt kein vollständiges axiomatisches Netz, beinhaltet Widersprüche, ist sich ihrer Wertbeziehungen oft unsicher. Diese Unsicherheiten führen zu einer Pluralisierung des strafrechtswissenschaftlichen Wissens, was durch das Verdikt der „Vertretbarkeit" verarbeitet wird. Ein wissenschaftstheoretisch sicherer „Wissens-Test" existiert nicht, außer, dass keine neuen Straftatbestände oder andere Normen erlassen werden, die bestimmte Wege verstellen.

II. Skizze einer strafrechtlichen „Landkarte"

Weil die Auseinandersetzung mit dem teleologischen Gesamtkonzept ein zentraler Baustein einer Axiomatisierung der Strafrechtswissenschaft ist, wird im Folgenden ein erster Blick auf die „Landkarte" des Strafgesetzbuches geworfen und der Versuch unternommen, die „großen Linien" von dessen teleologischem Gesamtkonzept auszumachen. Für einen differenzierten Abgleich dieser großen Linien mit dem

[35] Eine alternative Theorienhierarchie entwickelt etwa *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989, siehe insbes. S. 36 ff., 170 ff., 190 ff.

Verfassungsrecht ist an dieser Stelle kein Raum, weshalb insoweit lediglich einige beiläufige Bemerkungen eingestreut werden.

Eine erste Orientierung ergibt sich durch eine Auswertung der häufigsten Inhaltsbegriffe[36] im Text des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches. Dies sind in absteigender Häufigkeit: Gefahr, Mensch, öffentlich, Amtsträger, Gewalt, Mitglied, Bundesrepublik Deutschland, sexuell, Person, bedroht, europäisch, Gegenstände, Gesundheitsschädigung, Sache, Sicherheit, Vereinigung, verschafft, Vorteil. Darüber hinaus kann eine Aufstellung der einzelnen Rechtsgüter, die nach verbreiteter Ansicht von den Tatbeständen des Besonderen geschützt werden, entsprechend ausgewertet werden. Hier fallen Kernbegriffe wie „Sicherheit", „Allgemeinheit", „Funktionsfähigkeit" und „öffentlich" auf der einen und „Leben", „Vermögen", „Gesundheit", „Selbstbestimmung", „Freiheit", „Eigentum" auf der anderen Seite auf. Daraus ergibt sich folgendes Bild:[37]

[36] Begriffe, die für eine inhaltliche Perspektive keine Aussagekraft besitzen, sind etwa „Freiheitsstrafe" oder „Geldstrafe".

[37] Ausgewertet wurde eine Übersicht der Rechtsgüter, die nach herrschender Auffassung von den einzelnen Delikten geschützt werden, unter Einschluss einiger prominenter abweichender Ansichten. Die Grafik wurde erstellt mit www.wortwolken.com: Die Schriftgröße der Wörter spiegelt deren Häufigkeit wider.

Diese Annäherung liefert eine erste Orientierung, die insbesondere mithilfe von Strafmaßanalysen weiter konkretisiert werden kann. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Wertentscheidungen des Strafgesetzbuches ergibt, dass das Strafrecht bislang auf den Individualschutz, der seinen Schwerpunkt auf Substanzverletzungen legt, und Sicherheit, interpretiert vor allem im Sinne von stabilen staatlichen Institutionen und Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs, ausgerichtet ist, wobei der Schwerpunkt insgesamt auf dem Individualschutz liegt. Diese Ausrichtung sichert den normativen Individualismus ab, den das Grundgesetz insbesondere durch den Grundrechtskatalog und die Ausrichtung der staatlichen Institutionen auf den Individualschutz als „Tiefengrammatik" staatlicher Ordnung verankert.[38] Der Individualschutz des Strafgesetzbuchs betont die erwähnten Substanzverletzungen und ist auf „Normalbürgerinnen und -bürger" ausgerichtet, die in der Regel gesund[39] sind und in wirtschaftlich stabilen Verhältnissen leben[40]. Die besondere Relevanz des Bereichs des Staatsschutzes zeigt sich etwa anhand von Tatbeständen der Beteiligung an illegalen politischen Gruppierungen, Propagandadelikten, der Strafbarkeit illegaler Veröffentlichungen (§ 353b StGB) ohne Whistleblowerschutz sowie durch die weite Auslegung des Gewaltbegriffes im Rahmen des § 240 StGB, der über die Zweite-Reihe-Rechtsprechung auch Sitzblockaden als grundsätzlich friedliche Protestform erfasst[41]. Daneben zeichnet sich eine relativ starke Betonung des Wirtschafts- und Finanzschutzes ab, was sich im Bereich der Deliktskataloge insbesondere in einer recht umfassenden Kriminalisierung von Betrug, Korruption und Geldwäsche und dem Umstand niederschlägt, dass vielfach auch Bagatelldelikte grundsätzlich im Bereich der Kriminalisierung belassen werden.

Diese Leitlinien prägen insbesondere das Strafmaßkonzept des Strafgesetzbuchs. Entsprechend ordnet das Strafgesetzbuch lebenslange Freiheitsstrafen bislang vor allem für Delikte mit einem Bezug zum Leben,[42]

---

[38] Zur Auswirkung der Wertordnung auf allgemeine Gesetze BVerfGE 7, 198; zum normativen Individualismus siehe etwa *von der Pfordten* JZ 2005, 1069, 1070 ff.

[39] Insbesondere bleiben Sucht- und psychische Erkrankungen auf Ebene der Tatbestandsfassungen, etwa mit Blick auf die Kriminalisierung von Bagatelldelikten, ausgeklammert.

[40] Zu denken ist wiederum etwa an die Kriminalisierung von Bagatelldelikten, gerade auch mit Blick auf (Alters-)Armut.

[41] Kritisch hierzu zuletzt *Lengauer* am 2.4.2024 auf dem Verfassungsblog (https://verfassungsblog.de/sitzen-ist-keine-gewalt/).

[42] Neben Mord und besonders schwerem Totschlag betrifft dies Erfolgsqualifikationen, die den Tod des Opfers zur Folge haben, §§ 176d, 178, 239a, 251, 306c, 307, 308, 309, 316a, 316c.

daneben aber auch für Hochverrat (§ 81 StGB), besonders schweren Landesverrat (§ 94 II StGB) und besonders schwere Fälle der friedensgefährdenden Beziehungen (§ 100 II StGB) an. Sehr hohe Freiheitsstrafen, die ein Mindeststrafmaß von fünf Jahren vorsehen, sind ebenfalls in erster Linie für Delikte zum Schutz des Lebens sowie für staatsgefährdende Straftaten vorgesehen.[43] Ein ähnliches Bild zeigt sich im Grundsatz auch bei den Verbrechenstatbeständen: Abseits des Schutzes von Leib und Leben existieren vor allem dann ausnahmsweise Verbrechenstatbestände, wenn sensible Sphären des Staates insgesamt[44] betroffen sind, sowie in Einzelfällen für schwere Beeinträchtigungen der Einrichtungen des Wirtschaftslebens als Ganzem.[45] Der Eigentums- und Vermögensschutz, der daneben ebenfalls eine große Rolle spielt, wird bislang eher im unteren und mittleren Bereich angesiedelt und erst dann durch höhere Strafen sanktioniert, wenn der Leib- und Lebensschutz hinzutritt.

Diesem Kernkonzept stehen jedoch Tendenzen gegenüber, die zum einen auf eine zunehmende Vergeistigung des Individualschutzes, zum anderen auf eine Stärkung des Wirtschaftsschutzes und des Schutzes der institutionellen Sicherheit gegenüber dem Individualschutz hinwirken. Diese Beobachtungen lassen sich insbesondere anhand von zwei Entwicklungslinien veranschaulichen: der zunehmenden Relevanz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des strafrechtlichen Umgangs mit der Digitalisierung.

Während die Individualrechtsgüter Körper und Leben im Kern Substanzgüter mit einem festen Gehalt und einer hierauf bezogen meist eindeutigen Verletzungsqualität sind, stellt das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Abstraktion von der Substanz „Mensch“ dar, deren Verletzung ungleich weniger klar identifizierbar ist. Im Anschluss an die Etablierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zunächst durch den BGH und sodann das BVerfG hat dieses auch im Strafrecht zunehmend an Bedeutung gewonnen. Dies gilt etwa mit Blick auf die Auslegung der Tötungsdelikte im Lichte von Suizid und Sterbehilfe, aber auch auf Ebene des

[43] Neben den Delikten zum Schutz von Leib und Leben siehe wiederum die §§ 94, 100 II StGB. Tatbestände wie §§ 239a, 239b, 250, 316a StGB, die Elemente von Eigentums- und Vermögensdelikten aufweisen, verdanken ihr hohes Strafmaß gleichwohl einer besonderen Gefährlichkeit für Leib und Leben, wie auch die regelmäßige Steigerung hin zu den in der vorangegangenen Fn. angeführten Erfolgsqualifikationen verdeutlicht, vgl. auch *Peters* GA 2022, 78, 79 ff.

[44] Siehe etwa die Verbrechenstatbestände im ersten, zweiten und vierten Abschnitt des Besonderen Teils sowie § 154 StGB.

[45] So etwa § 146 StGB mit Blick auf den Geldverkehr.

Strafgesetzbuches selbst. Zu nennen sind insbesondere die Verschärfung und Ausweitung der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen in § 201a StGB.[46] Zudem stehen seit einiger Zeit die Ehrschutzdelikte besonders im Fokus.[47] Bislang sind hier noch keine auffälligen Strafmaßentscheidungen zu erkennen, doch begleitet die entsprechenden Reformen eine sich abzeichnende Verlagerung der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit aus dem Substanz- in den Abstraktionsbereich. Sollten die entsprechenden Delikte derart stark im Blickfeld bleiben, so dürften Anhebungen des Strafmaßes wahrscheinlich sein.

Die zweite erwähnte Entwicklungslinie betrifft Delikte im digitalen Raum, die ebenfalls zunehmend in den Fokus rücken. Eine Besonderheit der digitalen Sphäre liegt darin, dass für sich genommen geringfügige oder sogar sozialadäquate Handlungen durch ihre Wiederholung ein ernsthaftes Schädigungspotential entwickeln können. Beispiele sind etwa das „Lahmlegen" einer Website durch DDos-Angriffe und hieraus erwachsende Sicherheitsprobleme oder wirtschaftliche Einbußen sowie eine Belästigung von Personen gerade auch mit Hilfe digitaler Mittel, die mit verhältnismäßig geringem Aufwand massive gesundheitliche Beeinträchtigungen bewirken können. Auch wenn wir uns auf der einen Seite im digitalen Raum ohne „körperlichen Einsatz" bewegen, so potenziert diese Sphäre auf der anderen Seite die Einwirkungsmöglichkeiten auf andere.

Insoweit zeichnet sich nun jedoch mitunter eine Gewichtung ab, die von den oben beschriebenen Leitlinien abweicht und durch eine Verlagerung weg von einem Vorrang des Individualschutzes gekennzeichnet ist. Beispielsweise verliert im Rahmen der Computersabotage in § 303b StGB das genannte Prinzip, wonach der Schutz von Institutionen nur im Falle einer zentralen Rolle ähnlich wichtig ist wie der Individualschutz, an Wirkkraft, kombiniert mit einer Aufwertung der wirtschaftlichen Sphäre: Ursprünglich waren Individuen gar nicht in den Tatbestand einbezogen. Nun genießen sie den Schutz des Grundtatbestandes, während die Qualifikation in Absatz 2 mit ihrem Strafmaß von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe allein Betriebe, Unternehmen und Behörden erfasst.[48] Nicht nur

[46] BGBl. 2015 I, S. 10.
[47] BGBl. 2021 I, S. 441; siehe auch *Engländer* NStZ 2021, 385.
[48] BGBl. 2007 I, S. 1786.

werden Individuen außenvorgelassen; gleichzeitig wird weder gefordert, dass Betriebe, Unternehmen und Behörden eine besondere Relevanz besitzen, noch wird die Qualifikation an einen besonderen Erfolg geknüpft. Die Strafzumessungsbeispiele in Absatz 4 betonen ebenfalls die institutionelle und wirtschaftliche Perspektive und streifen den Individualschutz lediglich mit der Variante der Beeinträchtigung der Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (§ 303b IV 2 Nr. 3 StGB). Ein Strafzumessungsbeispiel wie das Verbringen einer Person in wirtschaftliche Not im Sinne des § 263 II 2 Nr. 3 StGB ist nicht vorgesehen und wäre im Übrigen wegen der Anwendbarkeit des Absatzes 4 nur auf Qualifikationen gemäß Absatz 2 abwegig. Auch wird das Gefährdungspotential hinsichtlich kritischer Infrastrukturen, die dem Individualschutz dienen, nicht ausgeschöpft und insbesondere keine Erfolgsqualifikation für den Fall der fahrlässigen Verursachung von Gesundheitsschäden oder gar Todesfällen vorgesehen – ein Szenario, das insbesondere hinsichtlich von „Hackerangriffen" auf Krankenhäuser naheliegt.[49]

Auch ein Vergleich der Computersabotage mit dem Tatbestand der Nachstellung in § 238 StGB unterstreicht diese Entwicklungen. Zwar bezieht der Grundtatbestand des § 303b I StGB wie erwähnt mittlerweile auch Individuen ein und sieht dasselbe Strafmaß wie der Grundtatbestand des § 238 I StGB vor. Bei wertender Betrachtung ist dem Grundtatbestand des § 238 StGB, der bereits wiederholte Handlungen voraussetzt, die geeignet sind, die Lebensgestaltung eines anderen nicht unerheblich zu beeinträchtigen, jedoch eher § 303b II StGB mit seinem erhöhten Strafmaß vergleichbar, der voraussetzt, dass die Sabotagehandlungen besonders sensible Ziele betreffen (und Individuen gerade ausklammert). Für besonders schwere Fälle sieht § 303b IV StGB Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 10 Jahren vor, § 238 II StGB „nur" drei Monate bis zu fünf Jahre. Zudem enthält § 238 StGB keine Erfolgsqualifikation für den Fall des Eintritts einer schweren Gesundheitsschädigung, wie sie etwa für die Freiheitsberaubung (§ 239 III Nr. 2 StGB) existiert. Das entsprechende Strafmaß von immerhin ein bis zehn Jahren Freiheitsstrafe wird in § 238 III StGB erst für die Verursachung des Todes – des Opfers, eines

[49] Bekanntgeworden sind Hacker-Angriffe etwa auf die Universitätskliniken in Düsseldorf und Frankfurt am Main sowie auf Krankenhäuser in Bielefeld, siehe etwa Zeit-Online vom 17.9.2020 (https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2020-09/duesseldorf-uni-klinik-hacker-angriff-erpressung).

Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahestehenden Person – angeordnet. Auch insoweit zeigen sich mithin gewisse Disruptionen zu den bisherigen Leitlinien des Strafgesetzbuches. Diese Überlegungen dürfen freilich nicht als Plädoyer für Strafverschärfungen missverstanden werden. Sie sollen lediglich die entsprechenden Entwicklungen und Wertungen bewusstmachen.

C. Fazit

Was folgt nun aus den hier ausgebreiteten Überlegungen, die aufgrund des begrenzten Raums zugegebenermaßen weitgehend eine bloße Skizze sind? Wissenschaftstheoretische Arbeiten haben häufig das Problem, dass sie auf den ersten Blick keine unmittelbaren praktischen Konsequenzen nach sich ziehen und deshalb schnell für überflüssig gehalten werden. Jedoch ergeben sich solche Konsequenzen mit etwas Abstand dann häufig doch, wie einige der hier erwähnten Beispiele zeigen, auf die zum Teil aus Platzgründen nur in den Fußnoten verwiesen werden konnte. Eine Axiomatisierung kann helfen, die strafrechtswissenschaftliche Tätigkeit zielgerichteter auszurichten, indem das skizzierte Theorieprogramm systematisch durchgearbeitet und hierüber ergänzende Fragestellungen identifiziert und die Argumentationsdichte insgesamt erhöht wird. Besonderes Potential bieten insoweit Theorien auf den Stufen drei und vier, da gerade auf Ebene der Strukturtheorien noch einige dunkle Ecken des Strafgesetzbuches vorhanden sind und auf Ebene der Systemkopplung zum Grundgesetz insbesondere die verfassungsrechtliche Perspektive weiterer Ausarbeitung bedarf.

Spontanäußerungen im Lichte des § 114b StPO

Simon Pschorr und Isabel Wörner, Konstanz*

ABSTRACT

Während Rechtsprechung und Literatur die Belehrungspflicht vor Vernehmungen gemäß § 136 I 2 StPO über Jahrzehnte konkretisierten, ist die Belehrungspflicht infolge der Verhaftung von Beschuldigten gem. § 114b StPO bisher kaum Gegenstand von Veröffentlichungen und Entscheidungen geworden. Auf den ersten Blick mag die Vorschrift eindeutig sein – besonders im Hinblick auf Spontanäußerungen zeigen sich jedoch erhebliche, zumal praxisrelevante Probleme. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Hintergründe der Vorschrift und ihren Anwendungsbereich anhand von Fallbeispielen.

A. Europarechtlicher Hintergrund

§ 114b StPO wurde angesichts einer Forderung des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe[1] mit Gesetz vom 27.09.2009 in die deutsche Strafprozessordnung eingefügt. Der Ausschuss hatte moniert, das deutsche Recht sichere die Selbstbelastungsfreiheit nicht ausreichend: Vor Einführung des § 114b StPO genügte die polizeiliche Belehrung über die Selbstbelastungsfreiheit gem. §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO. Diese musste allerdings erst erfolgen, sobald eine Vernehmungssituation eintrat. Da

* Der Autor Simon Pschorr ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Konstanz und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er promoviert am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Liane Wörner. Die Autorin Isabel Wörner ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz und Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Liane Wörner.

[1] BT-Drs. 16/11644, 16; *Graf*, in Karlsruher Kommentar StPO, 9. Aufl. 2023, § 114b Rn. 1; *Lind*, in Löwe-Rosenberg StPO online, 26. Aufl. 2014, § 114b Rn. 1.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-13

das Risiko der Einschüchterung und Misshandlung von Beschuldigten jedoch direkt nach der Freiheitsentziehung am größten ist, wurde eine Rechtsbelehrung unmittelbar nach der Festnahme gefordert.[2] Mit § 114b StPO beseitigte der Gesetzgeber diese prozessuale Schwachstelle.[3] Durch die daraus folgende Vorverlagerung[4] der Belehrungspflichten sollten die Beschuldigtenrechte gestärkt werden.[5] Seitdem ist gem. § 114b I 1 StPO unverzüglich nach der Verhaftung nach Maßgabe von § 114b II StPO zu belehren.

Zur Umsetzung der Strafverfahrens-Dolmetsch-Richtlinie 2010/64/EU und der Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren 2012/13/EU (Unterrichtungs-RL) wurde die Vorschrift 2013 neu gefasst.[6] Zwischen 2017 und 2021 wurden einige Ziffern und Sätze der Vorschrift neu eingefügt, darunter § 114b II 1 Nr. 4a StPO, die eine Belehrungspflicht über das Recht auf Pflichtverteidigung beinhaltet.

B. Anwendungsbereich

§ 114b StPO setzt Art. 4 I 1 Unterrichtungs-RL[7] um, wonach eine unverzügliche Belehrung nach Festnahme oder Inhaftierung[8] sicherzustellen ist. Eine die Belehrungspflicht auslösende Festnahme liegt, in überschießender Umsetzung der Richtlinie, neben der Verhaftung aufgrund Haftbefehls gem. § 114 StPO und weiteren originär freiheitsentziehenden Maßnahmen gem. §§ 127 IV, 127b I 2, 230 II, 236, 329 IV StPO, auch bei der Identitätsfeststellung gem. §§ 163, 163c StPO vor.[9] Das bloße Anhalten, Befragen nach Personalien und die Einsichtnahme in freiwillig vor-

[2] BT-Drs. 16/11644, 13; *Krauß*, in BeckOK StPO, 49. Ed. 1.10.2023, § 114b Vor Rn. 1; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 1.

[3] BT-Drs. 16/11644, 13.

[4] Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 1.

[5] *Böhm/Werner,* in Münchner Kommentar StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 114b Rn. 2.

[6] BeckOK StPO/*Krauß,* § 114b Vor Rn. 1; MüKo StPO/*Böhm/Werner,* § 114b Rn. 1.

[7] Die Richtlinie ist auf Fälle der Verhaftung aufgrund europäischen Haftbefehls nicht anwendbar vgl. EuGH BeckRS 2021, 623 Rn. 62.

[8] Hierunter versteht der EuGH die Freiheitsentziehung einer Person zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Tatverdacht besteht, dass die Person eine Straftat begangen hat, vgl. EuGH BeckRS 2021, 623 Rn. 55.

[9] MüKo StPO/*Böhm/Werner,* § 114b Rn. 3; Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen gem. § 127 I StPO führt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 127 IV StPO nicht zu einer Belehrungspflicht; BT-Drs. 16/11644, 13.

gelegte Ausweispapiere stellen noch keine die Belehrungspflicht auslösende Freiheitsentziehung dar.[10] Erst wenn durch Festhalten das Entfernen der kontrollierten Person verhindert wird, werden die Pflichten des § 114b StPO ausgelöst.[11]

C. Belehrungspflichten nach §§ 136 I 2, 4, 5, 163a IV, 114b StPO und die Folgen von Verstößen

Nachdem dargestellt wurde, welche Umstände die Belehrungspflicht auslösen, soll nunmehr die Belehrungspflicht selbst untersucht werden. Zeitpunkt, Inhalt und Reichweite der Belehrungspflicht nach § 114b StPO werden anschaulich, wenn man sie im Vergleich zur Belehrungspflicht bei Vernehmungen gem. § 136 I 2 StPO analysiert.

I. §§ 136 I 2, 4, 5, 163a IV StPO

Gem. §§ 136 I 2, 163a IV StPO ist die beschuldigte Person bei Beginn der Vernehmung[12] über ihre Aussagefreiheit, ihr Recht auf Verteidigerkonsultation und darüber, welche Tat ihr zur Last gelegt wird, zu belehren. Eine Vernehmung ist jedes Auskunftsverlangen einer Verhörsperson in amtlicher Funktion gegenüber der beschuldigten Person (förmlicher Vernehmungsbegriff[13]).[14] Unterbleibt die erforderliche Belehrung, hat dies nach einhelliger Ansicht grundsätzlich die Unverwertbarkeit belastender Beschuldigtenaussagen zur Folge.[15]

§ 136 I 4 StPO verpflichtet weiterhin, Beschuldigte auf den anwaltlichen Notdienst hinzuweisen. § 136 I 5 StPO normiert explizit auch die Pflicht, über das Recht auf Pflichtverteidigerbestellung zu informieren.[16] Verstöße gegen diese Belehrungspflichten ziehen nach der Rechtsprechung

[10] BeckOK StPO/*Krauß,* § 114b Rn. 1; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 2; *Brocke/Heller* StraFo 2011, 1, 2.

[11] BeckOK StPO/*Krauß,* § 114b Rn. 1; *Brocke/Heller* StraFo 2011, 1, 2.

[12] Die Vorschrift ist nach Streichung des Wortes „ersten" nicht mehr nur auf die Erstvernehmung anwendbar vgl. BeckOK StPO/*Monka,* § 136 Rn. 1.1.

[13] HK-Gs/*Jäger* § 136 StPO Rn. 4.

[14] St. Rspr. BGH NJW 1994, 2904.

[15] St. Rspr. seit BGH NJW 1992, 1463; Meyer-Goßner/Schmitt/*Schmitt* § 136 Rn. 20a; BeckOK StPO/*Monka,* § 136 Rn. 24 ff.; anders noch BGH NJW 1983, 2205, 2206; zur Entwicklung des Beweisverwertungsverbots *Paul,* NStZ 2013, 489, 492; zum Recht auf Verteidigerkonsultation sehr ausführlich HK-Gs/*Jäger* § 136 Rn. 37 ff.

[16] Diese Lücke monierte noch *Eisenberg* JR 2013, 442, 449.

nur ausnahmsweise ein Beweisverwertungsverbot nach sich.[17]

Spontanäußerungen von Beschuldigten sollen dementgegen grundsätzlich keinem Belehrungsvorbehalt unterliegen und verwertbar sein.[18] Spontanäußerungen sind solche Angaben, die den Strafverfolgungsbehörden ungefragt und ohne jede sonstige Veranlassung gemacht werden.[19] Das bedeutet, dass bei Spontanäußerungen noch keine die Belehrungspflicht auslösende Vernehmungssituation vorliegt, ab welcher die Strafverfolgungsbehörden der tatverdächtigen Person als beschuldigter Person begegnen und die Gefahr besteht, dass im Glauben an eine vermeintliche Aussagepflicht Angaben gemacht werden.[20] Aus diesem Grund besteht bei Spontanäußerungen vor Vernehmungsbeginn noch gar kein Bedürfnis für eine Belehrung und dementsprechend erst Recht nicht für ein Verwertungsverbot.

II. § 114b StPO

1. Die Belehrungspflicht nach § 114b StPO und die (Un-)Verwertbarkeit bei Verstößen

Seit der Einführung des § 114b StPO sind Beschuldigte unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern,[21] mit Einleitung der freiheitsentziehenden Maßnahme gem. § 114b I 1 StPO über ihre Rechte nach Maßgabe von § 114b II StPO zu belehren.

Die Belehrung muss grundsätzlich schriftlich, ggf. zusätzlich mündlich gem. § 114 I 1, 2 StPO erfolgen. Inhaltlich korrespondieren die Belehrungspflichten hinsichtlich des Schweigerechts aus § 114b II Nr. 2 StPO, des Rechts zur Beantragung einzelner Beweiserhebungen aus § 114b II Nr. 3 StPO und des Rechts auf Verteidigerkonsultation aus § 114b II Nr. 4, 4a StPO mit den Belehrungspflichten aus §§ 136 I 2, 4, 5, 163a III 2, IV StPO. Da mit der Einführung des § 114b StPO lediglich die bereits bestehenden Belehrungspflichten aus §§ 136, 163a

[17] BGH NStZ 2018, 671 m. abl. Anm. *Jäger*; BeckRS 2020, 1419 Rn. 6; StV 2006, 566; BeckOK StPO/*Monka,* § 136 Rn. 28; sogar noch weitergehend zum Verstoß gegen die Pflicht zur Pflichtverteidigerbestellung BGH BeckRS 2022, 11288 Rn. 20 ff.; a.A. HK-Gs/*Jäger* § 136 Rn. 44a f.; *Weider* StV 2010, 102, 103; wohl auch BeckOK StPO/*Monka,* § 136 Rn. 27.

[18] BGH NJW 1990, 461; NStZ 2009, 702; Meyer-Goßner/Schmitt/*Schmitt* §136 Rn. 20a; MüKo StPO/*Schuhr,* § 136 Rn. 66.

[19] MüKo StPO/*Kölbel/Ibold,* § 163a Rn. 12.

[20] *v. Heintschel-Heinegg* JA 2010, 231, 232; BGH NJW 1996, 2940, 2941.

[21] BT-Drs.16/11644, 16.

III 2, IV StPO ausgeweitet werden sollten, verbleibt es hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen bei den Maßstäben des § 136 StPO.

Ob die Missachtung der Belehrungspflicht aus § 114b StPO zur Unverwertbarkeit der Aussage führt, ist zumindest nicht gesetzlich geregelt.[22] In der Literatur ist die Frage umstritten. Während einige Stimmen von einem absoluten unselbstständigen Beweisverwertungsverbot ausgehen,[23] will die h.L. das Durchgreifen eines Beweisverwertungsverbots von einer Abwägung zwischen der Tiefe des Verstoßes und der Selbstbelastungsfreiheit abhängig machen,[24] wobei ein Verwertungsverbot entweder regelmäßig[25] oder nur in Ausnahmefällen[26] angenommen wird.

Den Gesetzesmaterialien ist zu dieser Frage lediglich zu entnehmen, dass die Belehrung nach § 114b I, II Nr. 2-4 StPO bezwecken soll, dass eine angemessene Vorbereitung auf die spätere Vernehmung möglich ist.[27] Ob daraus aber folgt, dass den Beschuldigten vor der Vernehmung kein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zustehen soll, sodass der Belehrungszweck aus § 136 I 2 StPO in der Verhaftungssituation des § 114b StPO noch nicht greifen würde, ist unklar. Vielmehr wollte der Gesetzgeber[28] der Forderung des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unangemessener Behandlung nachkommen, der eine unverzügliche Belehrung „gleich zu Beginn der Freiheitsentziehung" verlangte, da „das Risiko der Einschüchterung und Misshandlung" in diesem Zeitraum am größten sei.[29] Von dieser Belehrungspflicht sollte es, im Gegensatz zur Belehrung über das Recht zur Angehörigenkonsultation, keine Ausnahmen geben.[30] Für einen effektiven Beschuldigtenschutz dürften Äußerungen, die einem Belehrungsmangel unterliegen, daher grundsätzlich auch nicht verwertet werden.

---

[22] KK-StPO/*Graf,* § 114b Rn. 16; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 31.

[23] So *Bott*, in Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis Wirtschaftsstrafrecht, 2016, § 114b StPO Rn. 3; *Weider* StV 2010, 102, 103.

[24] BeckOK StPO/*Kraus,* § 114b Rn. 24; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 31; *Bittmann* NStZ 2010, 13, 14; *Brocke/Heller* StraFo 2011, 1, 3; *Petzsche* ZStW 133 (2) (2021), 502, 510.

[25] *Petzsche* ZStW 133 (2021), 502, 510.

[26] *Bittmann* NStZ 2010, 13, 14.

[27] BT-Drs.16/11644, 17.

[28] BT-Drs.16/11644, 13.

[29] Vgl. CPT (2006) 36,14.

[30] BT-Drs.16/11644, 13.

Der Normzweck streitet für die grundsätzliche Annahme eines Beweisverwertungsverbots. § 114b II 1 Nr. 2-4 StPO will verhindern, dass Beschuldigte unter dem faktischen Einfluss der Verhaftung vorzeitig selbstbelastende Angaben machen. Bei einer Verhaftung entsteht eine besondere psychische Drucksituation, die mindestens der einer Vernehmung entspricht.[31] Um Beschuldigtenrechte in diesem Stadium effektiv zu schützen, und damit dem *effet utile*[32] von Art. 4 I 1 der Unterrichtungs-RL Rechnung zu tragen, muss eine grundsätzliche Unverwertbarkeit der Äußerungen bei Verstoß gegen die Belehrungspflicht angenommen werden. Nur ein Beweisverwertungsverbot kann den Schutz von Betroffenen im Strafverfahren[33] effektiv gewährleisten. Allerdings ist auch dem Europarecht keine Wertung zu entnehmen, dass jeder Verstoß gegen § 114b II 1 Nr. 2-4 StPO automatisch und zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot führen muss. Vielmehr erkennt auch das Europäische Recht[34] das Bedürfnis nach effektiver Strafverfolgung an[35] und steht damit der Anwendung der Abwägungslösung[36] nicht entgegen.[37]

Für ein strenges Verwertungsverbot spricht zudem, dass schon im Zusammenhang mit § 136 I 2 StPO umstritten war, ob auch andere Verhaltensweisen von Polizeibeamt:innen– wie z.B. die vorläufige Festnahme – die Belehrungspflicht aus § 136 I 2 StPO auslösen und zur Unverwertbarkeit von Beschuldigtenaussagen führen können, da sie die gleiche Drucksituation für Beschuldigte entstehen lassen.[38] Die Antwort auf diese Frage ist nun in § 114b StPO gesetzlich normiert und in Art. 4 I 1 Unterrichtungs-RL europarechtlich verankert. Daher sind Aussagen von Beschuldigten nach ihrer Verhaftung ohne vorherige Belehrung nach § 114b II 1 Nr. 2-4 StPO grundsätzlich unverwertbar.

---

[31] *Petzsche* ZStW 133 (2) (2021), 502, 510.

[32] EuGH BeckRS 2020, 1069 Rn. 49 mwN.

[33] BGH NJW 1992, 1463, 1464.

[34] EuGH BeckRS 2020, 1069 Rn. 41; Zur Verknüpfung zwischen Funktionstüchtigkeit der (europäisierten) Strafrechtspflege einerseits und *effet utile* andererseits *Wörner*, in Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 271, 277 ff.

[35] Dem Topos der funktionstüchtigen oder effektiven Strafrechtspflege ist bereits eine Abwägung zwischen Justizförmigkeit und Strafverfolgungsinteresse immanent. Brilliant aufbereitet durch *Hassemer* StV 1982, 275, 278 f. Dieser Gedanke für das unionsrechtlich vorgeprägte Straf(prozess)recht fortgesetzt bei *Wörner* in Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 271, 285.

[36] *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 23 ff.

[37] *Gaede* wistra 2016, 89.

[38] *v. Heintschel-Heinegg* JA 2010, 231, 232; vgl. auch *Schumann*, Verhör, Vernehmung, Befragung, 2016, S. 3 ff. zur ausführlichen Auseinandersetzung mit dem Vernehmungsbegriff.

Zu klären bleibt noch, ob eine spätere Belehrung einen Verstoß heilen kann. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber § 136 StPO: Es kann lediglich eine erneute Beschuldigtenaussage nach qualifizierter Belehrung über die Unverwertbarkeit der früheren Aussage verwertet werden, wohingegen eine Heilung im engeren Sinne nicht in Betracht kommt.[39] Die mit dem Belehrungsmakel behafteten Angaben sind unter keinen Umständen verwertbar.

Lediglich bei Äußerungen von Beschuldigten, die erst in der ersten Vernehmung nach ordnungsgemäßer Belehrung im Sinne des § 136 StPO nach vorherigem Schweigen getätigt werden, ist ein etwaiger Verstoß gegen § 114b StPO unbeachtlich.[40]

2. Spontanäußerungen im Rahmen von § 114b StPO?

Fraglich ist, wie mit Spontanäußerungen im Rahmen von § 114b StPO umzugehen ist.

Zuerst ist festzustellen, dass schon die Grundkonzeption von Spontanäußerungen nicht auf den Fall des § 114b StPO passt, da die Belehrungspflicht hier nicht vom Vorliegen einer Vernehmungssituation abhängt. Stattdessen entsteht die Belehrungspflicht nach § 114b StPO unverzüglich infolge der Verhaftung. Äußerungen, die keiner Belehrungspflicht unterliegen, kommen damit nur in dem Zeitfenster zwischen Verhaftung und Schuldhaftigkeit des Zögerns der Polizeibeamt:innen in Betracht.[41]

Selbst dann sind spontane Beschuldigtenaussagen aber regelmäßig durch die Verhaftungssituation veranlasst, sodass es sich im Gegensatz zu den Fällen des § 136 I 2 StPO um keine eigeninitiierten Spontanäußerungen im eigentlichen Sinne handelt.[42] Daher stellt sich die Frage, ob § 114b StPO überhaupt Raum für verwertbare, spontane Äußerungen lässt – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen.

---

[39] Ausführlich MüKo StPO/*Schuhr,* § 136 Rn. 68 f.; KK-StPO/*Diemer,* § 136 Rn. 27a; anders wohl KK-StPO/*Graf,* § 114b Rn. 16; *Bittmann* NStZ 2010, 13, 14.

[40] BeckOK StPO/*Krauß,* § 114b Rn. 26.

[41] Vgl. *Petzsche* ZStW 133 (2021), 502, 512.

[42] Ausführlich *Petzsche* ZStW 133 (2021), 502, 512 f.

D. Fünf Fälle spontaner Beschuldigtenangaben auf dem Prüfstand

Im Folgenden sollen fünf Fallkonstellationen daraufhin untersucht werden, ob die Aussagen trotz unterbliebener Belehrung nach § 114b StPO als Spontanäußerungen verwertbar sind. Zunächst soll anhand von Fall 1 erläutert werden, wann spätestens eine Belehrung nach § 114b StPO zu erfolgen hat. Ob diese einfachrechtlichen zeitlichen Grenzen auch im Lichte des Verfassungsrechts Bestand haben, wird in Fall 2 geprüft. Fall 3 befasst sich mit der Frage, wie lange eine Spontanäußerung höchstens andauern kann, ohne dass eine Belehrung erfolgen muss. Schließlich werden in den Fällen 4 und 5 Fragen der Ursächlichkeit des Belehrungspflichtverstoßes erörtert: Diese könnte entfallen, weil Dritte – Private – die maßgebliche Ursache für Äußerungen setzen (Fall 4). Genauso könnte ein Kausalzusammenhang zu verneinen sein, weil sich die Belehrungspflicht inhaltlich nicht auf die getätigten Angaben erstreckt (Fall 5).

> **Fall 1**: Der:die Beschuldigte wird unmittelbar infolge eines strafrechtlich relevanten Tumults festgenommen und im Polizeiwagen abgeführt. Auf der Fahrt zum Polizeirevier äußert er:sie sich von sich aus zu seiner Beteiligung an der eben begangenen Straftat. Eine Belehrung blieb aus.

Der Wortlaut von § 114b I 1 StPO fordert eine unverzügliche Belehrung infolge der Verhaftung und damit keine sofortige, sondern eine solche „ohne schuldhaftes Zögern".[43] Insofern wird den Polizeibeamt:innen ein gewisser zeitlicher Spielraum eingeräumt[44] und damit dem Umstand Rechnung getragen, dass es nicht immer praktisch möglich ist, Beschuldigte sofort zu belehren – vielmehr können die Umstände des Einzelfalls die Polizeibeamt:innen zur Verrichtung unaufschiebbarer Angelegenheiten wie beispielsweise die Sicherung der durchsuchten Wohnung oder die Hinzuziehung eines Dolmetschers oder einer Dolmetscherin zur effektiven Belehrung zwingen.[45]

Dies steht in Einklang mit europäischem Recht. Zwar unterscheidet sich der Wortlaut von Art. 4 I 1 Unterrichtungs-RL insofern, dass dort eine

[43] MüKo StPO/*Böhmer/Werner,* §114b Rn. 5; BeckOK StPO/*Krauß,* §114b Rn. 3.

[44] *Petzsche* ZStW 133 (2021), 502, 511 f.

[45] BT.-Drs. 16/11644, S. 16; KK-StPO/*Graf,* § 114b Rn. 4; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 3; *Brocke/Heller* StraFo 2011, 1, 2.

„umgehende“ Belehrung gefordert wird, allerdings zeigt Erwägungsgrund 19 der Unterrichtungs-RL, dass auch der europäische Gesetzgeber erkannte, dass eine Belehrung nicht immer möglich ist: Die Belehrung soll „umgehend im Laufe des Verfahrens und spätestens vor der ersten offiziellen Vernehmung des Verdächtigen oder der beschuldigten Person durch die Polizei oder eine andere zuständige Behörde“ erfolgen.

Für unaufschiebbare Maßnahmen gibt es in Fall 1 keine Anhaltspunkte; die Polizeibeamt:innen hätten den:die Beschuldigten jedenfalls belehren können und müssen, bevor sie mit ihm:ihr zum Polizeirevier aufgebrochen sind. Ein Zuwarten bis zur Verbringung auf das Polizeirevier oder gar bis zur Vernehmung stellt schuldhaftes Zögern i.S.d. § 114b I 1 StPO dar.[46] Dass sich der:die Beschuldigte *von sich aus* geäußert hat und nicht durch eine staatliche Stelle vernommen wurde, spielt im Rahmen des § 114b StPO keine Rolle.

Da die Verhaftung ebenfalls eine psychische Drucksituation auf Beschuldigte ausübt, ist bei Verstoß gegen § 114b StPO parallel zu § 136 I 2 StPO regelmäßig ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot anzunehmen.[47] Insbesondere spontane Aussagen von Beschuldigten während des Transports zur Polizeiwache verstoßen damit regelmäßig gegen § 114b StPO und sind infolgedessen unverwertbar.[48] Bei *Fall 1* handelt es sich mithin um den Grund- und Hauptanwendungsfall des § 114b StPO.

> **Fall 2**: Der:die Beschuldigte wird unmittelbar infolge eines strafrechtlich relevanten Tumults festgenommen und äußert sich umgehend zu seiner:ihrer Beteiligung hieran, ohne dass zuvor eine Belehrung erfolgte. Zum Zeitpunkt der Äußerung waren die Polizeibeamt:innen damit beschäftigt, weitere Tatverdächtige festzunehmen und den Tumult aufzulösen.

Hier ist fraglich, ob den Polizeibeamt:innen ein zeitlicher Spielraum vor Durchführung der Belehrung verblieb, bzw. ab wann von einem schuldhaften Zögern auszugehen ist. Der Begriff des schuldhaften Zögerns ist grundsätzlich eng zu verstehen. Ein zulässiges Aufschieben der Belehrung kommt aber bei Vornahme anderer unaufschiebbarer Angelegenheiten – insbesondere in unübersichtlichen Festnahmesituationen – in Betracht. Beispielsweise ist Polizeibeamt:innen nicht zuzumuten, eine

[46] BeckOK StPO/*Krauß,* § 114b Rn. 3; Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 3; *Brocke/Heller* StraFo 2011, 1, 2; *Weider* StV 2010, 102.

[47] Vgl. A.II.2a.

[48] Vgl. *Petzsche* ZStW 133 (2021), 502, 512.

Belehrung durchzuführen, während sich die betroffene Person oder weitere Beteiligte gegen die Maßnahme zur Wehr setzen bzw. aggressives Verhalten zeigen.[49]

Im vorliegenden Fall waren die Polizeibeamt:innen mit der Festnahme weiterer Personen und der Auflösung des Tumults beschäftigt. Aufgrund der Unübersichtlichkeit solcher Tumulte und der Gefahr der Flucht anderer Verdächtiger können diese Maßnahmen nicht hintangestellt werden – es handelt sich um unaufschiebbare Angelegenheiten. Die Belehrung muss jedoch umgehend erfolgen, sobald die Maßnahmen abgeschlossen sind. Damit war vor der spontanen Äußerung des:der Beschuldigten noch keine Belehrung erforderlich, sodass kein Verstoß gegen § 114b StPO vorliegt.

Auch ohne Belehrungsmangel könnte aber ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz folgen.

Im Rahmen von § 136 I 2 StPO wird dies überwiegend abgelehnt.[50] Vielmehr wird die Verwertbarkeit eines Spontangeständnisses immer dann bejaht, wenn eine Belehrungspflicht aus § 136 I 2 StPO verneint wird.

Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Belehrungspflicht nach § 136 I 2 StPO für jene Fälle angeordnet wurde, in denen die Aussagefreiheit von Beschuldigten aufgrund der Konfrontation durch eine staatliche Stelle und damit aufgrund der Gefahr des Anscheins einer Aussagepflicht betroffen ist.[51] Die Verletzung dieses Normzwecks führt regelmäßig auch gleichzeitig zur Unverwertbarkeit der Aussage. Umgekehrt sind Beschuldigte weniger schutzwürdig, wenn mangels Vernehmungssituation bei Spontanäußerungen keine Belehrungspflicht besteht, sodass die Aussage dann grundsätzlich auch verwertbar ist.

Im Rahmen von § 114b StPO ist für die Annahme einer Belehrungspflicht(-verletzung) maßgeblich auf die Schuldhaftigkeit des Zögerns der Polizeibeamt:innen bei der Belehrung abzustellen. Diese Voraussetzung korreliert jedoch nicht mit dem allgemeinen Zweck von Belehrungspflichten, die Beschuldigtenrechte in Situationen unmittelbaren Aussagedrucks zu stärken und so die Aussagefreiheit zu gewährleisten. Ob das

[49] Löwe-Rosenberg/*Lind,* § 114b Rn. 3.
[50] Vgl. MüKo StPO/*Schuhr,* § 136 Rn. 66 f. mwN.
[51] BGH NJW 1996, 2940, 2941; *v. Heintschel-Heinegg* JA 2010, 231, 232.

Zögern der Polizeibeamt:innen schuldhaft ist und daher keine Belehrungspflicht besteht, macht für die unbelehrte beschuldigte Person keinen Unterschied: Diese sieht sich der (verhaftenden) Staatsgewalt gegenüber und ist damit unmittelbarem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt. Anders als im Rahmen des § 136 I 2 StPO wird der Schutz der Aussagefreiheit also nicht erst im Zeitpunkt der Belehrungspflicht, sondern bereits zuvor tangiert. Um diesem Unterschied Rechnung zu tragen, kann die Verwertbarkeit einer Äußerung vor Eintritt der Belehrungspflicht gem. § 114b I 1 StPO nicht allein aus dem Fehlen eines Belehrungsmangels gefolgert werden, sondern muss unabhängig davon anhand des verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich garantierten[52] Schweigerechts geprüft werden. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass sich die Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes in den normierten Belehrungspflichten erschöpft – das einfache Recht determiniert Verfassungsrecht nicht. Vielmehr kann das einfache Recht die Rechtslage nur in den Grenzen der Verfassung gestalten.[53] Allerdings muss die einfachgesetzliche Wertung bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots aus Verfassungsrecht Berücksichtigung finden:

Wo der Gesetzgeber von seiner Einschätzungsprärogative Gebrauch gemacht und selbst eine Abwägung von Verfassungsgütern vorgenommen hat, kann die einfachgesetzliche Wertung nur dort durch Verfassungsrecht derogiert werden, wo der Gesetzgeber Maßgaben der Verfassung nicht hinreichend Rechnung getragen hat. Ob ein Beweisverwertungsverbot eintritt, muss mithin selbstständig unter Berücksichtigung der einfachgesetzlichen Wertung und unter Zuhilfenahme der Abwägungslehre erörtert werden.

Dabei streitet die Effektivität der Strafrechtspflege und das Streben nach materiell richtigen Ergebnissen für die Verwertbarkeit. Dagegen spricht allerdings die wirksame Gewährleistung zentraler Beschuldigtenrechte.

Zeigen sich im Fall besondere Anhaltspunkte, die auf eine Aussage nur angesichts des unmittelbaren Drucks in der Verhaftungskonstellation schließen lassen, so kann ausnahmsweise ein eigenständiges Beweisverwertungsverbot ungeachtet des § 114b I 1 StPO anzunehmen sein. Es ist jedoch zwischen zwei Fallkonstellationen zu differenzieren:

[52] BGH NJW 2007, 3138, 3140.

[53] Vgl. *Lepsius* JuS 2018, 950, 952 zur Normenhierarchie.

Zieht sich die Durchführung unaufschiebbarer Maßnahmen über einen längeren Zeitraum hin, sodass noch keine Belehrungspflicht besteht und äußert sich die betroffene Person erst nach längerer Einwirkung der Freiheitsentziehung, ist davon auszugehen, dass gerade der Druck der Freiheitsentziehung die Aussage bestimmt hat. Ausnahmsweise kann dann ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot angenommen werden.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber für die Drucksituation durch die akute Verhaftung eine Abwägung zwischen polizeitaktischer Praktikabilität einerseits und den Beschuldigtenrechten andererseits getroffen, indem er nur eine „unverzügliche“ Belehrung forderte. Daher kann bei sofortiger Äußerung von Beschuldigten, vor möglicher Belehrung, kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz abgeleitet werden.

Im vorliegenden Fall äußerte sich der:die Beschuldigte „umgehend“ zur Beschuldigung, sodass die Aussage keinem Verwertungsverbot unterliegt. Wären die Polizeibeamt:innen dagegen länger mit der Auflösung des Tumults und den Festnahmen beschäftigt, sodass der:die schon verhaftete Beschuldigte „schmoren“ muss, kann bei Kausalität des damit verbundenen Drucks ein Verwertungsverbot angenommen werden.

> **Fall 3**: Der:die Beschuldigte wird unmittelbar infolge eines strafrechtlich relevanten Tumults festgenommen und äußert sich umgehend zu ihrer Beteiligung hieran, ohne dass zuvor eine Belehrung erfolgte. Zum Zeitpunkt der Äußerung waren die Polizeibeamt:innen damit beschäftigt, weitere Tatverdächtige festzunehmen und den Tumult aufzulösen. Auch nachdem die Polizeibeamt:innen allen unaufschiebbaren Angelegenheiten nachgekommen sind, fährt der:die Beschuldigte ohne eine Sprechpause zu machen fort, sich umgehend und umfassend über einen längeren Zeitraum zu dem Tatvorwurf zu äußern.

Die Verwertbarkeit der anfänglichen Äußerungen des:der Beschuldigten entspricht *Fall 2*.

Sobald die Polizeibeamt:innen allen unaufschiebbaren Angelegenheiten nachgekommen sind, hätten sie die beschuldigte Person grundsätzlich nach § 114b StPO belehren müssen.

Fraglich ist aber, wie damit umzugehen ist, dass sich der:die Beschuldigte fortdauernd äußerte. Kurze Geständnisse können nach der Rechtsprechung zu § 136 I 2 StPO auch ohne Belehrung entgegengenommen

werden.[54] Aus § 136 I StPO folgt grundsätzlich keine Pflicht der Strafverfolgungsbehörden, Spontanäußerungen zum Zwecke der Belehrung zu unterbrechen.[55] Nachfragen dürfen ohne Belehrung nicht gestellt werden.[56] Allerdings läge nach Ansicht des BGH ein Verstoß gegen die Norm nahe, wenn sich die Polizeibeamt:innen über einen beträchtlichen Zeitraum Einzelheiten über eine Straftat berichten lassen, da dies einer Umgehung der Belehrungspflicht nahekäme.[57] Letzteres gilt erst Recht für § 114b StPO – in diesen Konstellationen ist den Ermittlungsbeamt:innen abzuverlangen, die Angaben zu unterbrechen. Lässt die beschuldigte Person dies jedoch hartnäckig nicht zu, fußt die Aussage nicht auf dem Belehrungsmangel. Zuvor verpflichtet auch § 114b StPO nicht, eine Spontanäußerung zu unterbinden und zu belehren.[58]

Jedenfalls wird die Belehrungspflicht nach § 136 I 2 StPO wie nach § 114b StPO ausgelöst, wenn es zu einer Sprechpause während der Aussage kommt. Spätestens dann wird eine Belehrung möglich und damit verpflichtend.

Im vorliegenden Fall berichtete der:die Beschuldigte umfassend. Zwar pausierte er:sie nicht, jedoch hätten die Beamt:innen den Redefluss angesichts der umfassenden Selbstbelastung über einen längeren Zeitraum zur Belehrung gem. § 114b StPO unterbrechen müssen. Die Angaben sind ab dem Zeitpunkt unverwertbar, ab dem eine Unterbrechung hätte erfolgen müssen.

> **Fall 4:** Der:die Beschuldigte wird infolge eines strafrechtlich relevanten Geschehens festgenommen und äußert sich auf Zuruf des:der Geschädigten zu seiner:ihrer Beteiligung an dem Geschehen. Dies vernehmen die Ermittlungsbeamt:innen. Eine mögliche vorherige Belehrung blieb aus.

Das Unterbleiben einer Belehrung trotz Festnahmesituation verstieß mangels anderer unaufschiebbarer Angelegenheiten gegen § 114b StPO. Fraglich ist allerdings, ob hieraus auch ein Beweisverwertungsverbot folgt, da hier *prima facie* der Zuruf des:der Geschädigten, nicht aber ein Verhalten der Beamt:innen die Angaben des:der Beschuldigten auslöste.

---

[54] BGH NJW 1990, 461; NStZ 1991, 52, 53; BeckRS 2019, 19570 Rn. 5.

[55] *Hussels*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2020, S. 45.

[56] BGH NStZ 2013, 604, 605 f.; hierzu ausführlich *Peglau* jurisPR-StrafR 15/2013 Anm. 1.

[57] BGH NJW 2009, 3589; Löwe-Rosenberg/*Gleß,* § 136 Rn. 32; KMR-StPO/*v. Heintschel-Heinegg/Bockemühl* § 136 Rn. 13; *Zeyher* NStZ 2022, 142, 144; kritisch SK-StPO/*Rogall* vor § 133 Rn. 44.

[58] a.A. SK-StPO/*Paeffgen* § 114b Rn. 19a.

Der Belehrungszweck von § 136 I 2 StPO beruht darauf, dass der Anschein einer Aussagepflicht durch die Konfrontation mit staatlichen Stellen entsteht.[59] Bei der Konfrontation durch private Dritte liegt daher grundsätzlich eine andere Situation vor. Nur in Ausnahmefällen wird dennoch eine Belehrungspflicht ausgelöst, nämlich wenn mittels Privater die Belehrungspflicht bewusst umgangen werden soll und deren Verhalten den Polizeibeamt:innen zurechenbar ist.[60]

Da die psychische Drucksituation bei einer Verhaftung im Sinne des § 114b StPO jedoch nicht auf einer kommunikativen Einwirkung durch die Ermittlungsbeamt:innen, sondern allein auf der Freiheitsentziehung beruht, kann die Drucksituation für Beschuldigte auch noch bei zusätzlicher Konfrontation durch Private maßgeblich durch die Verhaftung begründet sein. § 114b I 1 StPO macht deshalb die Belehrungspflicht *a priori* nicht von der Vernehmungssituation abhängig. Fraglich ist nur, ob die Angaben auf dem Verstoß gegen § 114b I 1 StPO beruhen. Es muss dafür im Einzelfall festgestellt werden, ob die spontane Äußerung maßgeblich durch die Verhaftung oder aber vorrangig durch die kommunikative Einwirkung des Privaten veranlasst wurde. Aufgrund der außergewöhnlichen psychischen Belastung einer Festnahme ist jedoch im Zweifelsfall davon auszugehen, dass die Verhaftung zumindest mitursächlich für die spontane Äußerung war, sodass diese als unverwertbar einzustufen ist.

> **Fall 5**: Der:die Beschuldigte wird unmittelbar infolge einer gefährlichen Körperverletzung festgenommen und äußert sich zu seiner:ihrer Beteiligung an einem Betäubungsmittelgeschäft vor mehreren Wochen. Die Ermittlungsbeamt:innen hatten von dieser Tat bisher keine Kenntnis. Eine vorherige Belehrung blieb aus.

In diesem Fall haben die Polizeibeamt:innen schuldhaft gezögert, den Beschuldigten zu belehren. Zeitlich liegt dieser Fall daher im Anwendungsbereich der Belehrungspflicht aus § 114b StPO.

Jedoch normiert § 114b II Nr. 2 die Belehrungspflicht bezüglich der Aussagefreiheit hinsichtlich der *Beschuldigung*. Nach diesem Wortlaut erstreckt sich die Belehrungspflicht nur auf die konkret vorgeworfene, der freiheitsentziehenden Maßnahme zugrunde liegenden Tat. Äußert sich die beschuldigte Person dagegen spontan zu einer weiteren Straftat, die

[59] KK-StPO/*Griesbaum,* §163a Rn. 2a; BGH NJW 2009, 3589.

[60] Die Anwendbarkeit von § 136 StPO auf vernehmungsähnliche Situationen grundsätzlich anerkennend: BGH NJW 1996, 2940, 2941.

nicht im Zusammenhang zu dem aktuellen Vorwurf steht, so erstreckt sich die Belehrungspflicht nicht auf diesbezügliche Äußerungen. Plastisch wird dies anhand des Falles: Zwar wäre es den Beamt:innen möglich, den Beschuldigte (global) hinsichtlich seines:ihres Schweigerechts zu belehren. Weil sie aber nicht wussten, dass sich der:die Beschuldigte einer weiteren Straftat schuldig gemacht hat, konnten sie ihn auch nicht über sein:ihr Schweigerecht gerade hinsichtlich dieser Taten belehren. Anhaltspunkte dafür, dass er:sie sich zu irgendwelchen möglichen Delikten äußert, die keinen Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung zeitigen, bestanden nicht.

Mangels Zusammenhangs des Inhalts der Äußerung zur Festnahme kann diese auch keine Drucksituation bzw. keinen Anschein hinsichtlich einer etwaigen Aussagepflicht zu weiteren Taten erzeugen. So streitet auch der Normzweck nicht für eine Ausdehnung der Belehrungspflicht über den Wortlaut hinaus auf andere Beschuldigungen. Daher unterliegen Aussagen über andere Straftaten nicht dem Belehrungsvorbehalt des § 114b StPO.

Desgleichen kann aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz kein eigenständiges *Beweisverwertungsverbot* resultieren.

E. Spontanäußerungen im Rahmen des § 114b StPO nur in engen Grenzen

Spontanäußerungen können auch bei § 114b StPO relevant werden, allerdings sind die Grenzen enger gezogen: Nur während unaufschiebbaren Maßnahmen der Polizeibeamt:innen sind Äußerungen ohne vorherige Belehrung verwertbar. Insoweit genügt das nationale Recht grundsätzlich dem Nemo-tenetur-Grundsatz. Nur ausnahmsweise kann ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot trotz unaufschiebbarer Maßnahmen wegen einer festnahmespezifischen Drucksituation entstehen. Die Spontanäußerung muss im Regelfall nicht unterbrochen werden. Es gelten die zu § 136 I 2 StPO entwickelten Grundsätze.

Trotz Belehrungsverstoß ist die Aussage jedoch verwertbar, sofern der Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Aussage unterbrochen ist. Das gilt im Fall der Intervention von Privatpersonen nur ausnahmsweise, in aller Regel dagegen bei Äußerungen, die inhaltlich nicht mit dem Festnahmegrund zusammenhängen.

Neue Strafrechtswissenschaft Heft 2/2024

Die Geneva Consensus Declaration

Über das Schicksal einer global angelegten US-amerikanischen Initiative zur Beschränkung legaler Schwangerschaftsabbrüche

Bettina Weißer, Köln*

ABSTRACT

Die Geneva Consensus Declaration wurde im Jahr 2020 von den USA initiiert und zunächst von 32 Staaten gezeichnet. Die Erklärung sollte ein Gegengewicht gegen die im völkerrechtlichen Menschenrechtsdiskurs deutlich vernehmbare Forderung nach einer Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs bilden. Sie hat zwar wenig Anklang gefunden. Ihr „Werdegang" zeigt aber eindrucksvoll, wie Frauenrechte politisiert werden und wie fragil ihre Anerkennung auch heute noch ist.

A. Einleitung: Was ist die Geneva Consensus Declaration?

Im Jahr 2020 wurde unter der Ägide der damaligen Trump/Pence-Administration der USA die „*Geneva Consensus Declaration on Promoting Women's Health and Strengthening the Family*" (im Folgenden: „GCD") geschaffen.[1] Sie sollte im Kontext der unter dem Dach der Vereinten Nationen institutionalisierten Weltgesundheitsorganisation (WHO) vorangebracht und von möglichst vielen Mitgliedstaaten der Vereinten

* Prof. Dr. Bettina Weißer ist Direktorin des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

[1] Die Declaration ist abrufbar unter https://perma.cc/598S-BWPG (abgerufen am 30.04.2024). Die Idee der Geneva Consensus Declaration wird dem US-Außenministerium unter Führung des damaligen Außenministers Mike Pompeo zugerechnet. Zu Hintergründen und Rezeption der Declaration siehe *Morgan*, Anti-abortion strategizing and the afterlife of the Geneva Consensus Declaration, Developing World Bioethics 23 (2023), 185 ff.; *de Assis Machado*, Abortion Politics in Brazil, in Ziegler (Hrsg.), Research Handbook on International Abortion Law, 2023, 236.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-14

Nationen gezeichnet werden.[2] Die Declaration wurde zwei Wochen vor der Abwahl der Trump-Administration am 22. Oktober 2020 in einer (coronabedingt online abgehaltenen) feierlichen Veranstaltung von den USA, Brasilien,[3] Ägypten, Ungarn, Indonesien und Uganda eingebracht und von insgesamt 27 Signatarstaaten gezeichnet.[4] In der Folgezeit traten sechs weitere Staaten der Erklärung bei.[5] Unter den hinter der Declaration versammelten Signatarstaaten[6] findet sich eine hohe Zahl autokratisch geführter Staaten; mit Polen[7] und Ungarn[8] haben auch zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Erklärung gezeichnet.

Es handelt sich bei der Erklärung nicht etwa um einen völkerrechtlichen Vertrag, sondern (jedenfalls derzeit noch[9]) um ein ganz und gar politisches Dokument: Im Zentrum der um den Schutz von Frauengesundheit und Familien kreisenden Erklärung steht in Wahrheit eine Kampfansage an die zunehmende Anerkennung reproduktiver Rechte im internationalen Menschenrechtsdiskurs: Sicherzustellen sei der Zugang von Frauen zu einer optimalen Gesundheitsversorgung – Schwangerschafts-

[2] Vgl. den „Letter dated 2 December 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General", UN Doc. A/75/626. Es handelt sich um die offizielle Anzeige der GCD bei der Generalversammlung der Vereinten Nationen durch die Ständige Vertretung der USA. Sie enthält eine Einladung an die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen, der Declaration durch Zeichnung beizutreten.

[3] Zur führenden Rolle des ehemaligen brasilianischen Präsidenten Bolsonaro (neben der US-Administration) vgl. *de Assis Machado*, Abortion Politics in Brazil, in Ziegler, Research Handbook on International Abortion Law, 2023, 236. Sein Nachfolger Präsident Lula da Silva zog die brasilianische Unterstützung der Declaration kurz nach seinem Amtsantritt zum Jahresbeginn 2023 bereits am 17.1.2023 zurück (abrufbar unter https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/desligamento-do-brasil-do-consenso-de-genebra, abgerufen am 30.04.2024).

[4] Vgl. die Nachweise in den Fn. 1 und 2.

[5] Im Jahr 2021 zeichneten Georgien, Paraguay, Quatar, Guatemala und Russland, gefolgt von Kolumbien im Mai 2022; vgl. die Nachweise in Fn. 1. Zu erfolgten Austritten aus der Convention durch Brasilien vgl. Fn. 3, durch die USA sogleich im Text D.I.; sowie durch Kolumbien sogleich im Text D.III. mit Fn. 53.

[6] Ägypten, Bahrain, Belarus, Benin, Brasilien, Burkina Faso, Demokratische Republik Kongo, Dschibuti, Eswatini, Gambia, Haiti, Kamerun, Kongo, Indonesien, Irak, Kenia, Kuwait, Libyen, Nauru, Niger, Oman, Pakistan, Paraguay, Polen, Sambia, Saudi Arabien, Senegal, Südsudan, Sudan, Uganda, Ungarn, USA, Vereinigte Arabische Emirate, vgl. Fn. 1.

[7] Vgl. *Bien Kacala/Drinóczi*, Abortion law and illiberal courts: Spotlight on Poland and Hungary, in Ziegler (Hrsg.), Research Handbook on International Abortion Law, 2023, 276, zum Hintergrund der Beitritte Polens und Ungarns zur Declaration.

[8] Ungarn nahm als einer der „*cosponsors*" der Declaration eine führende Rolle im Kontext der GCD ein. Derzeit ist in Ungarn ein Abbruch auf Verlangen der Schwangeren im ersten Schwangerschaftstrimenon (in Ausnahmefällen bis zur achtzehnten Schwangerschaftswoche) rechtlich erlaubt, wenn sie sich in einer sozialen Notlage befindet. Danach ist ein Abbruch möglich bei Vorliegen einer entsprechenden Indikationslage. Im September 2022 wurde diese Regelung durch die Vorgabe ergänzt, dass vor dem Abbruch eine Ultraschalluntersuchung erfolgen muss und der Herzschlag des Ungeborenen anzuhören ist, vgl. https://www.euronews.com/2022/09/13/hungarian-women-must-hear-vital-signs-of-their-foetus-before-abortion-under-law-change (abgerufen am 30.04.2024).

[9] Klar ist, dass die Declaration auf rechtliche Wirkungen abzielt.

abbrüche ausdrücklich *nicht* eingeschlossen.[10] Denn: Ein international-rechtlich verankertes *right to abortion* gebe es nicht.

Die Vorgänge um die Geneva Consensus Declaration zeigen eindrucksvoll, in welchem Ausmaß die Frage einer angemessenen Regulierung von Schwangerschaftsabbrüchen politisiert und damit zugleich polarisiert wird. Aus dem Blick gerät dabei die individuelle, höchstpersönliche Dimension dieses Bereichs: Schwangerschaft, Geburt und Mutterschaft betreffen Frauen massiv nicht nur in ihrer körperlichen Integrität, ihrer physischen und psychischen Verfasstheit, sondern auch in ihrer gesamten Lebensplanung, ja ihrer Identität.[11]

Aussagegehalt (sogleich B.) und politischer Hintergrund der Declaration (sogleich C.) werden zunächst skizziert, um dann die nachfolgende Rechtsentwicklung in einigen der Signatarstaaten nachzuzeichnen (unter D.). Offen ist die Frage nach der tatsächlichen Bedeutung und möglichen Zukunft der hinter der Declaration stehenden „Gegenbewegung" mit Blick auf die Anerkennung reproduktiver Rechte und den damit einhergehenden Trend zur Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs weltweit. Eine Prognose (sogleich E.) kann hier mit Blick auf die anstehenden US-Wahlen im November 2024 nur vorläufig sein.

B. Der Aussagegehalt der Declaration

Die Declaration betont eingangs das Prinzip der Gleichstellung aller Menschen sowie den Menschenrechtsschutz für Frauen. Sie sollten gleichen Zugang zu Ressourcen und „equal opportunities with men and boys for employment, leadership and decision-making at all levels" genießen (Ziff. 2 GCD). Mit Blick auf den Grundsatz „every human being has the inherent right to life" wird die Zielsetzung einer optimalen Versorgung von Frauen in Schwangerschaft und Geburt formuliert und sogleich hinzugesetzt, dass jede Maßnahme oder Rechtsänderung mit Blick auf den Abbruch einer Schwangerschaft allein der nationalen (oder regionalen) Ebene vorbehalten und ausschließlich Gegenstand nationaler Gesetzgebungsautorität sei. Auf diesen Annahmen gründen die folgenden

[10] Geneva Consensus Declaration: „... we, the representatives of our sovereign nations do hereby declare in mutual friendship and respect, our commitment to work together to: ...

- Improve and secure access to health and development gains for women, including sexual and reproductive health, which must always promote optimal health, the highest attainable standard of health, without including abortion".

[11] Hierzu näher bereits *Weißer* GA 2023, 541, 552 f.

Kernaussagen der GCD. Die Signatarstaaten versichern sich ihre Absicht, gemeinsam auf einen optimalen Gesundheitsschutz von Frauen hinzuwirken (ausdrücklich *ohne* ein Recht auf Schwangerschaftsabbrüche). Es folgt die Kernaussage der GCD, nämlich dass die Signatarstaaten

> „Reaffirm that there is no international right to abortion, nor any international obligation on the part of States to finance or facilitate abortion, consistent with the long-standing international consensus that each nation has the sovereign right to implement programs and activities consistent with their laws and policies; […]"

Damit wird deutlich: Das vordergründige Bekenntnis zum Schutz der Gesundheit von Frauen und zum Schutz von Familien dient in erster Linie dazu, der im völkerrechtlichen Menschenrechtsdiskurs zunehmenden Anerkennung reproduktiver Rechte (hierzu näher Abschnitt C) etwas entgegenzusetzen[12]: Es soll deutlich gemacht werden, dass ein „Recht auf Schwangerschaftsabbruch" auf internationalrechtlicher Ebene nicht mit verbindlicher Wirkung für nationale Rechtsordnungen postuliert werden kann. Dem wird die nationale Souveränität und Regelungshoheit entgegengehalten: Die Signatarstaaten machen ihre Absicht sehr klar, im nationalen Recht den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen – respektive dessen Verbot – unbeeinflusst vom internationalen Menschenrechtsdiskurs zu regulieren.

Anfang Dezember 2020[13] wird die Declaration durch die Vertreterin der USA bei den Vereinten Nationen der Generalversammlung angezeigt und zugleich deren Inhalt erläutert.[14] Die Ziele der Declaration werden dabei wie folgt skizziert. Beabsichtigt sei,

> „(a) to secure meaningful health and development gains for women;
>
> (b) to protect life at all stages;
>
> (c) to declare the sovereign right of every nation to make its own laws protecting life, absent external pressure; and

[12] Zu dieser Technik, den Kampf gegen Recht und Zugang zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen als Einstehen für die Rechte und Gesundheit von Frauen zu verschleiern, *Gordon/Saurette*, Representing the Cause, The strategic rebranding of the anti-abortion movement in Canada, in Johnston Hurst (Hrsg.), Representing Abortion, 2020, 96 f.

[13] Bemerkenswert ist insoweit, dass hier noch nach der im November 2020 erfolgten Abwahl Donald Trumps versucht wurde, im Kontext der Vereinten Nationen um Anhänger für die GCD zu werben.

[14] Letter dated 2 December 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly A/75/626 (7.12.2020).

> (d) to defend the family as foundational to any healthy society."

Es folgt ein geradezu programmatisches Bekenntnis:

> „The United States strongly supports the dignity of all human beings and protecting life from the moment of conception throughout the lifespan."

Man sollte sich durch das Label des Schutzes von Frauengesundheit und Familien nicht täuschen lassen: In der Logik des proklamierten Schutzes ungeborenen Lebens ab der Empfängnis liegt nichts anderes als ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ab diesem Moment. Entsprechend wird die Kernbotschaft der Declaration auch im Begleitbrief der US-Administration an die Vereinten Nationen ausbuchstabiert: „The United States [...] believes strongly that there is no international right to abortion".[15]

C. Hintergrund der Declaration

Die Declaration bezieht sich auf Verlautbarungen der Vereinten Nationen[16] und das Gründungsdokument der Weltgesundheitsorganisation in deren institutionellem Rahmen.[17] Sie zielt ausdrücklich darauf ab, den Diskurs im Rahmen der Vereinten Nationen und der Weltgesundheitsorganisation zu beeinflussen. Und auch die inhaltliche Richtung dieser Einflussnahme wird unmissverständlich klar: Dass das Hauptanliegen der GCD gerade nicht die Gleichstellung und der Gesundheitsschutz von Frauen sind, wird schon dadurch deutlich, dass das insoweit maßgebliche Instrument der Vereinten Nationen schlicht ausgeblendet wird. Die UN-Frauenrechtskonvention trat im Jahr 1981 in Kraft und ist der Beseitigung der Diskriminierung von Frauen gewidmet.[18] Art. 16 der

[15] Vgl. Fn. 14, Begleitschreiben.

[16] Bezug genommen wird etwa auf die „Universal Declaration of Human Rights" der Generalversammlung der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1948, aber auch auf ein Schlussdokument der Kairoer Bevölkerungskonferenz der Vereinten Nationen („Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994). Jüngeren Datums sind nur die angeführten Erklärungen der Generalversammlung aus dem Jahr 2019 „Political declaration of the high-level meeting on universal health coverage" und aus dem Jahr 2015 „Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development".

[17] International Health Conference (1946) „Constitution of the World Health Organization".

[18] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). Bemerkenswert ist allerdings, dass die USA zwar bereits 1980 der Konvention beigetreten sind, aber bis zum heutigen Tag zu den sieben Staaten weltweit zählen, die die Konvention nicht ratifiziert haben, vgl. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CEDAW&Lang=en (abgerufen am 30.04.2024) sowie den entsprechenden Appell des CEDAW Committee vom 1.7.2022, abrufbar unter https://www.ohchr.org/en/statements/2022/07/access-safe-and-legal-abortion-urgent-call-united-states-adhere-womens-rights (abgerufen am 30.04.2024).

Konvention enthält die Gewährleistung eines gleichen Rechts von Männern und Frauen auf eine freie Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied ihrer Kinder. Im Rahmen des konventionsbegleitenden Staatenberichtsverfahrens wirkt der CEDAW-Ausschuss jeweils auf die Zugänglichkeit legaler und sicherer Schwangerschaftsabbrüche in den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten hin.[19]

Dass außerdem die kategorische Ausklammerung des Schwangerschaftsabbruchs aus dem Feld zugänglicher Gesundheitsleistungen für Frauen durch die Declaration gerade nicht der Strategie der WHO entspricht, zeigt zuletzt eindrucksvoll deren im Jahr 2022[20] ergangene Abortion Care Guideline.[21] Sie macht sehr deutlich, dass die WHO den Zugang zu legalen und sicheren Schwangerschaftsabbrüchen als notwendigen Bestandteil einer umfassenden Gesundheitsfürsorge für Frauen ansieht.[22] Gegen diese Erwartungen an nationale Rechtsordnungen richtet sich die Kampfansage GCD, wenn sie auf die nationale Souveränität und gesetzgeberische Freiheit hinsichtlich rechtlicher Regulierungen zum Schwangerschaftsabbruch verweist. Das macht deutlich, worum es hier geht: Die völkerrechtliche Entwicklung soll auf nationalrechtlicher Ebene mit einer Gegenbewegung[23] beantwortet werden. Um Missverständnissen vorzubeugen: Die GCD ist nicht etwa als Auslöser oder auch nur Katalysator weiterer Entwicklungen überzubewerten. Sie ist lediglich eine Ausprägung einer politischen, rechtlichen und auch gesellschaftlichen Strömung, die dem Trend einer zunehmenden Anerkennung reproduktiver Freiheiten und der damit verbundenen Gewährleistung legaler Schwangerschaftsabbrüche entgegengesetzt wird. Wie hoch

[19] Vgl. die im Mai 2023 im Staatenberichtsverfahren zu Deutschland ergangene Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, CEDAW/C/DEU/CO/9, S. 14: „46. (d): Ensure that women have access to safe abortion … and that safe and legal abortions are reimbursed by health insurance …".

[20] Die WHO Abortion Care Guideline (2022) ist zwar nach der Geneva Consensus Declaration ergangen, es handelt sich aber um eine Fortführung der seit dem Jahr 2012 ergangenen Guidelines: 2012 Safe abortion guideline, 2015 Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception; 2018 Medical management of abortion; für eine Synopse zur Entwicklung siehe https://srhr.org/abortioncare/whats-new/ (abgerufen am 30.04.2024).

[21] Die WHO Abortion Care Guideline (2022) ist abrufbar unter https://www.who.int/publications/i/item/9789240039483 (abgerufen am 30.04.2024).

[22] WHO Abortion Care Guideline (2022), S. 21: „States must respect, protect and fulfil abortion seekers' rights, including their sexual and reproductive health rights (SRHR). States should take positive steps to secure an enabling regulatory and policy environment that will ensure availability, accessibility, acceptability and quality (AAAQ) of abortion and post-abortion care."

[23] Zu weiteren anti-abortion Bewegungen weltweit unter Einschluss von Asien, Afrika und Lateinamerika vgl. *Williams*, The international pro-life movement, in Ziegler (Hrsg.), Research Handbook on International Abortion Law, 2023, 243 ff.

umkämpft dieses Feld ist, zeigt sich beim Blick auf die folgenden Rechtsentwicklungen in drei der Signatarstaaten.

D. Entwicklungen in Signatarstaaten

Nach der Zeichnung der GCD sind in den Signatarstaaten USA, Polen und Kolumbien Absetzbewegungen von den Inhalten der GCD in unterschiedlicher Ausprägung zu beobachten.

I. USA

Als die GCD feierlich angenommen wurde, waren es keine zwei Wochen mehr bis zu den US-Präsidentschaftswahlen, die in der Abwahl der Trump-Administration endeten. Der neu gewählte US-Präsident Biden zog kurz nach seinem Amtsantritt im Januar 2021 Unterschrift und Trägerschaft der Erklärung durch die USA zurück.[24] Seitdem wirkt die Biden-Administration darauf hin, auch andere Signatarstaaten von einer Abkehr von der Erklärung zu überzeugen.[25]

Trotzdem verbuchten die Gegner der im Rahmen von UN und WHO befürworteten Gewährleistung legaler Schwangerschaftsabbrüche gerade in den USA erst kürzlich ihren wohl prominentesten Erfolg: Im Juni 2022 nahm der US Supreme Court in der Entscheidung *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*[26] die vormals in den Entscheidungen *Roe*[27] und *Casey*[28] anerkannte verfassungsrechtliche Grundlegung eines Rechts auf Schwangerschaftsabbruch in einer aufsehenerregenden Entscheidung zurück. Der Supreme Court urteilte, ein Recht auf Zugang zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen lasse sich – entgegen der

[24] Vgl. Memorandum on Protecting Women's Health at Home and Abroad (28.1.2021), abrufbar unter https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/28/memorandum-on-protecting-womens-health-at-home-and-abroad/ (abgerufen am 30.04.2024). Das in den USA maßgebliche, ultrakonservative Institute for Women's Health (Washington D.C.) lobbyiert aber nach wie vor für die Anerkennung der Declaration, vgl. https://www.theiwh.org/ (abgerufen am 30.04.2024); hierzu näher *Morgan* (Fn. 1), 192. Zu beachten ist auch eine Initiative aus dem US-Kongress, durch einen auf den 14.12.2023 datierenden Brief an US-Außenminister Blinken den erneuten Beitritt der USA zur Geneva Consensus Declaration zurück auf die politische Agenda zu bringen (siehe https://oversight.house.gov/wp-content/uploads/2023/12/Geneva-Consenus-Declaration-Letter-121423.pdf, abgerufen am 30.04.2024)). Unter der derzeitigen US-Administration dürfte dem wenig Aussicht auf Erfolg beizumessen sein.

[25] Vgl. hierzu https://oversight.house.gov/wp-content/uploads/2023/12/Geneva-Consenus-Declaration-Letter-121423.pdf (abgerufen am 30.04.2024).

[26] US Supreme Court, Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. (2022). Zur Kritik eingehend *Rebouche/Ziegler* 76 SMU LR (2023) 27, 48 ff.

[27] Roe v Wade, 410 U.S. 113 (1973).

[28] Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

anderslautenden Leitentscheidung *Roe*[29] aus dem Jahr 1973 – nicht überzeugend auf den 14. Verfassungszusatz[30] stützen. Diese ausdrückliche Aufgabe der verfassungsrechtlichen Garantie des *right to abortion* ermöglicht es den einzelstaatlichen Gesetzgebern seitdem, auch restriktive Regulierungen des Schwangerschaftsabbruchs auf bundesstaatlicher Ebene zu treffen. Von dieser neuen gesetzgeberischen Freiheit zur Restriktion des Zugangs zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen haben zahlreiche US-Bundesstaaten zwischenzeitlich Gebrauch gemacht.[31] Doch auch entgegengesetzte gesetzgeberische Maßnahmen lassen sich beobachten: Zahlreiche Staaten hatten traditionell liberale Regelungen und reagierten auf die Entscheidung des Supreme Court mit gesetzgeberischen Maßnahmen zur rechtlichen Absicherung des Zugangs zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen.[32] Einzelne Bundesstaaten gingen dabei so weit, in ihre bundesstaatlichen Verfassungen ausdrücklich Garantien eines *right to abortion* oder reproduktiver Rechte insgesamt einzufügen, so etwa Kalifornien[33] und Minnesota.[34] Man sieht damit in den USA insgesamt ein Auseinanderdriften der Regelungslagen in ein- und derselben Gesamtrechtsordnung, das von massiven gesellschaftlichen Auseinandersetzungen begleitet ist. Zu befürchten ist auch, dass die Regulierung

[29] Roe v Wade, 410 U.S. 113 (1973), 153.

[30] Die entscheidende Passage lautet: „Section 1. ... No State shall ... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. ...".

[31] Restriktionen in unterschiedlicher Schärfe wurden nach der Entscheidung Dobbs erlassen in Alabama; Arizona; Arkansas; Florida; Georgia; Idaho; Indiana; Kentucky; Louisiana; Mississippi; Missouri; Nebraska; North Carolina; North Dakota; Oklahoma; South Carolina; South Dakota; Tennessee; Texas; Utah; West Virginia.

In Texas etwa gilt bei hörbarem Herzschlag des Embryos ein Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, Ausnahmen sind nur bei einer Gesundheits- oder Lebensgefahr für die Schwangere möglich. Jüngst (11.12.2023) urteilte der Supreme Court of Texas (No. 23-0994 Kate Cox), die Diagnose Trisomie 18 für das Ungeborene biete als solche keine ausreichende Legitimation für den Abbruch einer Schwangerschaft. Kinder, die trotz dieser Diagnose die Geburt überleben, haben eine sehr geringe – in Tagen oder Wochen zu bemessende – Lebenserwartung. In seltenen Fällen überleben die Kinder länger.

[32] Liberalisierungen in unterschiedlicher Ausprägung sind nach der Entscheidung Dobbs geschaffen worden in Colorado; Connecticut; Delaware; Hawaii; llinois; Kalifornien; Maine; Maryland; Massachusetts; Michigan; Minnesota; Nevada; New Jersey; New Mexico; New York; Oregon; Pennsylvania; Rhode Island; Vermont; Washington und Washington D.C.

[33] California Senate Constitutional Amendment No. 10, Chapter 97: „SEC. 1.1. The state shall not deny or interfere with an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions, which includes their fundamental right to choose to have an abortion and their fundamental right to choose or refuse contraceptives. ..." (https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202120220SCA10, abgerufen am 30.04.2024).

[34] Minnesota Protect Reproductive Options (PRO) Act, in Kraft seit 01.02.2023 (https://www.revisor.mn.gov/bills/bill.php?b=House&f=HF0001&ssn=0&y=2023, abgerufen am 30.04.2024).

des Schwangerschaftsabbruchs im aufziehenden Präsidentschaftswahlkampf in den USA[35] zum Gegenstand weiterer Polarisierung wird.

II. Polen

In Polen fiel just am Tag der Zeichnung der GCD eine Entscheidung des Verfassungsgerichts,[36] durch die die embryo- bzw. fetopathische Indikation[37] zum Abbruch einer Schwangerschaft als verfassungswidrig verworfen wurde. Die Tragweite dieser Entscheidung ist deshalb kaum zu unterschätzen, weil in Polen die bei Weitem größte Zahl legaler Abbrüche auf der Grundlage einer embryo-/fetopathischen Indikation vorgenommen wurde. Im Jahr 2019 beruhten 98 % aller legalen Abbrüche in Polen auf dieser Indikation.[38] Seit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist nach Art. 4a des polnischen Gesetzes zu Familienplanung, Embryonenschutz und der Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen der Abbruch einer Schwangerschaft nur noch erlaubt, wenn er medizinisch (Art. 4a (1) – Bedrohung von Gesundheit oder Leben der Schwangeren) oder kriminologisch (Art. 4a (3) – Schwangerschaft durch Sexualdelikt) indiziert ist.

Der Menschenrechtskommissar des Europarats bezog bereits im Oktober 2021 in einer höchst alarmierten Intervention deutlich Stellung gegen die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichts.[39] Das

---

[35] Anfang April 2024 verwies Donald Trump auf die Regelungshoheit der Bundesstaaten mit Blick auf die Regulierung des Zugangs zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen (https://edition.cnn.com/2024/04/08/politics/donald-trump-abortion-2024/index.html (abgerufen am 30.04.2024)). Ob es gelingt, die Thematik aus dem US-Wahlkampf damit herauszuhalten, lässt sich aber durchaus bezweifeln. Vgl. etwa die Agenda der republikanischen Partei bereits im Jahr 2016: „The Constitution's guarantee that no one can ‚be deprived of life, liberty or propert' deliberately echoes the Declaration of Independence's proclamation that ‚all' are ‚endowed by their Creator' with the inalienable right to life. Accordingly, we assert the sanctity of human life and affirm that the unborn child has a fundamental right to life which cannot be infringed." 2016 Republican Party Platform, (July 18, 2016), https:/AM.PROJECTPRESIDENCY/www.presidency.ucsb.edu/documents/2016-republican-party-platform abrufbar hier: https://perma.cc/93E9-579T, unter Fifth Amendment, Protecting Human Life.

[36] Urteil v. 22.10.2020 (Referenz Nr. K 1/20).

[37] Das Embryonalstadium wird mit acht Wochen bemessen, danach beginnt das Fetalstadium – die korrekte Bezeichnung der auf eine Schädigung des Ungeborenen bezogenen Indikation lautet dann fetopathische Indikation.

[38] *Kocemba*, Towards Gilead: One Year After the Constitutional Court Abortion Ruling in Poland, VerfBlog, 17.11.2021 (https://verfassungsblog.de/towards-gilead/, abgerufen am 30.04.2024).

[39] Third party intervention by the Council of Europe Commissioner on Human Rights under Article 36, para. 3 of the ECHR, K.B. v. Poland and 3 other applications [...], K.C. v. Poland and 3 other applications [...] and A.L. – B. v. Poland and 3 other applications [...], 28.10.2021. (Third Party Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH(2021) 31, 28.10.2021.

Europäische Parlament schlug nach einer Protestnote im November 2021[40] in einer Entschließung im Februar 2022 gar eine Ergänzung der Europäischen Grundrechtecharta um einen Art. 7a vor, der das Recht auf sichere und legale Schwangerschaftsabbrüche garantieren soll.[41] In einer weiteren Entschließung forderte das Europäische Parlament am 11.4.2024 den Europäischen Rat auf, die Ergänzung der Grundrechtecharta in diesem Sinne voranzutreiben und das Anliegen damit auf die politische Agenda der Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union zu heben.[42]

Im Dezember 2023 positionierte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil auf eine Menschenrechtsbeschwerde aus Polen[43] nicht eindeutig zur aktuellen Regelungslage in Polen. Die Beschwerdeführerin sah sich in ihren Rechten aus Art. 3 und 8 EMRK[44] verletzt, weil sie ihre Schwangerschaft mangels Fortgeltung der embryopathischen Indikation angesichts einer Trisomie 21-Diagnose des Ungeborenen nicht in ihrem Heimatland Polen, sondern nur im Ausland hatte abbrechen können. Der Gerichtshof sah eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Privatsphäre nach Art. 8 EMRK, allerdings nicht etwa wegen der gesetzlichen Verweigerung des Zugangs zu einem legalen Schwangerschaftsabbruch in Polen. Denn, so der EGMR, aus Art. 8 EMRK lasse sich kein Recht auf Zugang zu einem Schwangerschaftsabbruch ableiten.[45] Die Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 8 EMRK beruhe aber darauf, dass das Verfassungsgericht bei seiner Entscheidung über die embryo-/fetopathische

---

[40] Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. November 2021 zum ersten Jahrestag des De-facto-Abtreibungsverbots in Polen: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-11-11_DE.html (abgerufen am 30.04.2024).

[41] Entschließung v. 7.7.2022, P9_TA(2022)0302. Der neue Art. 7a GRC soll lauten: „Jeder hat das Recht auf sichere und legale Abtreibung".

[42] European Parliament resolution of 11 April 2024 on including the right to abortion in the EU Fundamental Rights Charter (2024/2655(RSP)); abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0286_EN.html (abgerufen am 30.04.2024). Dieser jüngste Vorstoß sieht die folgende Ergänzung von Art. 3 der GRC vor: „Article 3 Right to the integrity of the person and to bodily autonomy …

2a. Everyone has the right to bodily autonomy, to free, informed, full and universal access to sexual and reproductive health and rights, and to all related healthcare services without discrimination, including access to safe and legal abortion."

[43] EGMR, Urt. v. 14.12.2023 (Application no. 40119/21) M.L. ./. Polen.

[44] Eine Verletzung von Art. 3 EMRK sah der Gerichtshof nicht, dafür sei der Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführerin nicht schwerwiegend genug. Art. 8 EMRK aber umfasse mit dem Schutz der Privatsphäre auch die selbstbestimmte Entscheidung für oder gegen ein Kind: „… notion of "private life" within the meaning of Article 8 … encompasses … decisions to have or not have a child …"; vgl. EGMR, Urt. v. 14.12.2023 (Application no. 40119/21) M.L. ./. Polen, Rn. 91.

[45] EGMR, Urt. v. 14.12.2023 (Application no. 40119/21) M.L. ./. Polen, Rn. 94.

Indikation angesichts der vorherigen, nicht rechtsstaatlichen polnischen „Justizreform“ nicht unabhängig besetzt gewesen sei. Deshalb sei die für die Beschwerdeführerin belastende Entscheidung nicht in rechtsstaatlicher Weise ergangen.[46] Das Urteil des EGMR begründet damit Hoffnung mit Blick auf die Lösung der beunruhigenden politischen Entwicklungen in Polen, enthält aber wenig Aussicht auf eine klare Positionierung des EGMR[47] zur inhaltlich zugrundeliegenden Frage nach einem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung. Nach dem Regierungswechsel in Polen im Herbst 2023 ist aktuell eine liberale Neuregelung des Rechts zum Schwangerschaftsabbruch Teil der politischen Agenda, allerdings gestaltet sich die politische Entscheidungsfindung schwierig.[48] Ob und in welcher Weise die neue polnische Führung Gewährleistungen des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung allgemein oder mit Blick auf eine fetopathische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch schaffen wird, bleibt deshalb abzuwarten. Damit herrscht in Polen die eigentümliche Situation, dass zwar bislang kein offizieller Austritt aus der GCD erfolgt ist, auf politischer Ebene aber eine Liberalisierung der Rechtslage diskutiert wird.

III. Kolumbien

Kolumbien war der GCD im Mai 2022 – soweit ersichtlich als letzter Signatarstaat – beigetreten. Das ist besonders bemerkenswert, weil kurz zuvor im Februar 2022 eine den Regelungsinhalten der GCD diametral entgegengesetzte, bahnbrechende Entscheidung des kolumbianischen Verfassungsgerichts zum Recht des Schwangerschaftsabbruchs gefallen war.[49] Das Verfassungsgericht hatte geurteilt, dass das in Art. 122 des kolumbianischen Código Penal niedergelegte strafbewehrte Verbot des Schwangerschaftsabbruchs angesichts seiner unklaren generalpräventiven Wirkung nicht als *ultima ratio*, sondern unzulässigerweise als *única ratio* eingesetzt worden sei, statt (sonstige) staatliche Maßnahmen

[46] EGMR, Urt. v. 14.12.2023 (Application no. 40119/21) M.L. ./. Polen, Rn. 174.

[47] Der EGMR hat auch in vorigen Entscheidungen eine klare Positionierung zu einem etwaigen Recht auf legale Schwangerschaftsabbrüche vermieden und insoweit auf die *margin of appreciation* der Konventionsstaaten verwiesen, vgl. EGMR, Große Kammer, Urt. v. 16.12.2010 – 25579/05, A, B und C gegen Irland, Rn. 235; ebenso EGMR, Urt. v. 30.10.2012 – 57375/08, P und S gegen Polen, Rn. 97.

[48] Vgl. etwa https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/streit-ueber-abtreibung-in-polen-die-gespaltene-regierung-19658138.html (abgerufen am 30.04.2024).

[49] Entscheidung C-055/22 v. 21.2.2022; abrufbar unter https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm (abgerufen am 30.04.2024).

zum Schutz ungeborenen Lebens und schwangerer Frauen zu treffen.[50] Durch die Kriminalisierung von Abbrüchen seien Frauen, die eine Schwangerschaft nicht fortsetzen wollten, massiven Gesundheitsrisiken ausgesetzt, weil sie illegale Angebote wahrnehmen müssten. Damit seien insbesondere Gesundheitsgefährdungen für Frauen verbunden, die in prekären sozioökonomischen Verhältnissen lebten und die finanziellen Mittel für einen Abbruch unter akzeptablen hygienischen Bedingungen nicht aufbringen könnten. In der Strafvorschrift liege ein massiver Eingriff in die Gesundheitsrechte schwangerer Frauen.[51] Das Verfassungsgericht kam zu dem Schluss, dass eine verfassungskonforme Auslegung der strafrechtlichen Norm deren Anwendbarkeit erst ab dem Ende der 24. Schwangerschaftswoche zulasse. Denn erst dann trete mit der potentiellen Lebensfähigkeit des Ungeborenen *ex utero* eine gewisse Autonomie des Fetus ein[52] und das strafrechtliche Verbot von Schwangerschaftsabbrüchen könne als ultima ratio eingreifen.

Das mit diesem Urteil nicht vereinbare Bekenntnis der kolumbianischen Staatsführung zur GCD war allerdings nur von kurzer Dauer: Nach einem Regierungswechsel im Juni 2022 zog der neu gewählte kolumbianische Präsident Petro wenige Wochen nach seinem Amtsantritt die kolumbianische Beteiligung an der GCD zurück.[53]

IV. Zwischenbefund

Die Bedeutung der GCD darf nicht überschätzt werden. Sie ist nicht etwa Auslöser für Tendenzen einzelner Rechtsordnungen, den Zugang zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen einzuschränken. Die Declaration ist lediglich *ein* Ausdruck solcher gesellschaftspolitischen Bewegungen und damit Symptom durchaus vorhandener Bestrebungen einer einseitigen Betonung des Schutzes werdenden Lebens ab der Empfängnis bei gleichzeitiger Ablehnung eines Rechts auf Zugang zu legalen Schwangerschaftsabbrüchen. Regierungswechsel können solche Tendenzen sehr

[50] Entscheidung C-055/22 v. 21.2.2022, Rn. 434 ff.
[51] Entscheidung C-055/22 v. 21.2.2022, Rn. 333.
[52] Entscheidung C-055/22 v. 21.2.2022, Rn. 605 ff.
[53] https://www.lasillavacia.com/en-vivo/petro-se-retira-del-consenso-de-ginebra-que-lucha-contra-el-aborto/ (abgerufen am 30.04.2024).

schnell von der politischen Agenda nehmen – so wie das hier für Brasilien[54], Polen und Kolumbien[55] gezeigt werden konnte.

E. Schlussfolgerungen

Die geschilderten Rücknahmen zuvor gewährter reproduktiver Freiheiten stehen in deutlichem Gegensatz zu einem allgemeinen Trend zur (Teil-) Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in sehr vielen Rechtsordnungen. Eine Erhebung des Center for Reproductive Rights[56] weist im September 2023 mehr als sechzig Rechtsordnungen aus, die in den letzten dreißig Jahren das Recht zum Schwangerschaftsabbruch liberalisiert haben. Liberalisierungen erfolgen in unterschiedlichster Ausprägung: Teilweise wurden prozedurale Anforderungen wie etwa Beratungs- oder Wartepflichten abgeschafft,[57] teilweise wurde die Frist für einen Abbruch auf Verlangen der Frau ausgedehnt,[58] Indikationen anerkannt[59] oder die Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs aus dem Strafgesetzbuch in eine spezialgesetzliche Regelung, typischerweise im gesundheitsrechtlichen Kontext verlagert.[60] In Australien, Kanada und Neuseeland sind selbstbestimmte Schwangerschaftsabbrüche vollständig entkriminalisiert. Gegenüber stehen all diesen Rechtsordnungen nach Angaben des Center for Reproductive Rights ganze vier

[54] S. oben Fn. 3.

[55] In den USA hingegen ist die Frage eines *right to abortion* durch den Regierungswechsel mitnichten von der Tagesordnung verschwunden.

[56] Center for Reproductive Rights, https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/ (abgerufen am 30.04.2024).

[57] In Frankreich wurde im März 2022 die Frist für einen Abbruch auf Verlangen der Schwangeren von 12 auf 14 Wochen verlängert und gleichzeitig die Beratungs- und Wartepflicht durch ein Beratungsangebot ersetzt (Loi du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement; (https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045287560, abgerufen am 30.04.2024). Mit Wirkung zum 8.3.2024 wurde in Art. 36 der französischen Verfassung das Recht zum Abbruch einer Schwangerschaft im Rahmen der einfachgesetzlichen Vorgaben verankert. In Spanien wurde die Beratungs- und Wartepflicht vor einem Abbruch auf Verlangen der Schwangeren innerhalb des ersten Schwangerschaftstrimesters durch Art. 14 Ley Orgánica 1/2023 v. 14.02.2023 über sexuelle und reproduktive Gesundheit und Schwangerschaftsabbruch abgeschafft.

[58] Frankreich, siehe Fn. 57. In Island gewährt der Termination of Pregnancy Act 2019 den Abbruch auf Verlangen der Schwangeren bis zur 22. Schwangerschaftswoche und danach bei medizinischer oder fetopathischer Indikation.

[59] In Malta wurde erst im Jahr 2023 eine medizinische Indikation eingeführt, in Indien erfolgte die Einführung eines Indikationenmodells im Jahr 2021 (Medical Termination of Pregnancy Act 1971 in der Fassung vom 16.12.2021), in Thailand wurde nach einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung im Jahr 2020 zunächst im Jahr 2021 der Abbruch auf Verlangen der Schwangeren im ersten Trimenon erlaubt, im Jahr 2022 wurde dies ausgedehnt bis zur 20. Schwangerschaftswoche.

[60] Belgien: Loi relative á l'interruption volontaire de grossesse, 2018; Frankreich: Code de la santé publique, 2018; Neuseeland: Abortion Legislation Act 2020.

Rechtsordnungen (El Salvador, Polen, Nicaragua sowie USA[61]), die vormals gewährte reproduktive Freiheiten in jüngerer Zeit eingeschränkt haben.

Die Entwicklungen in den hier betrachteten Rechtsordnungen haben sehr deutlich gemacht, dass der Wind sich etwa bei einem Regierungswechsel sehr schnell drehen kann. Was hier in Richtung einer Liberalisierung gezeigt wurde, ist aber durchaus auch in die entgegengesetzte Richtung denkbar. Ein mahnendes Beispiel etwa bietet Argentinien: Dort wurde das Recht zum Schwangerschaftsabbruch erst im Jahr 2021 liberalisiert.[62] Der im Dezember 2023 angetretene neue Präsident Argentiniens, Javier Milei, lässt aber keinen Zweifel daran, dass er die Uhr in dieser Angelegenheit zurückdrehen möchte.[63] Und auch das bereits erwähnte Eintreten des US-amerikanischen Kongresses für eine Erneuerung des Beitritts der USA zur Declaration[64] kann man als Vorzeichen zu erwartender Entwicklungen sehen – für den Fall, dass in den USA ein Regierungswechsel erfolgen sollte. Dann droht eine Wiederbelebung der Declaration – verbunden mit dem entsprechenden Hinwirken auf die Durchsetzung ihrer Inhalte auch im Rahmen internationaler Organisationen. Solche Gefahren für die Garantie reproduktiver Selbstbestimmung dürfen nicht unterschätzt werden. Dass diese Einflussnahmen unter dem Label eines Eintretens für den Schutz von Frauengesundheit und Familien erfolgen,[65] macht die Vorgehensweise besonders gefährlich, denn in einer polarisierten gesamtgesellschaftlichen Debatte geraten die wahren Hintergründe solcher Einflussnahmen mitunter aus dem Blickfeld.

Doch ist gerade dies zu verhindern: Die Entscheidung über die Fortsetzung einer Schwangerschaft sollte nicht zum Gegenstand politischer Machtspiele werden. Es geht hier um individuelle Lebens-

[61] Für die USA ist diese Diagnose jedenfalls nicht für alle Bundesstaaten zutreffend, vgl. im Text D.I.

[62] Gesetz Nr. 27.610 zum Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen auf Verlangen der Schwangeren (Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo) hat mit Wirkung zum 24. Januar 2021 den Abbruch einer Schwangerschaft auf Verlangen der Schwangeren innerhalb der ersten 14 Schwangerschaftswochen erlaubt, anschließend gilt eine Indikationenregelung; vgl. hierzu auch *Ruibal*, The Force of Social Mobilization, Abortion Legalization in Argentina; Verfassungsblog, 30.1.2023 (https://verfassungsblog.de/the-force-of-social-mobilization/ (abgerufen am 30.04.2024)).

[63] Vgl. nur https://www.theguardian.com/global-development/2024/mar/18/argentina-abortion-javier-milei (abgerufen am 30.04.2024).

[64] Vgl. oben Fn. 24; sowie hier: https://www.congress.gov/118/bills/sconres22/BILLS-118sconres22is.pdf (abgerufen am 30.04.2024).

[65] Zur Verschiebung der Argumente vgl. *Saurette/Gordon* (Fn. 12), 98.

entscheidungen – sie sollten weder auf nationaler, noch gar auf globaler Ebene politisiert und skandalisiert werden.

Neue Strafrechtswissenschaft Heft 2/2024

Die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit für transnationale Rechtsgutsverletzungen in internationalen Lieferketten nach Inkrafttreten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Petra Wittig, München*

ABSTRACT

Das am 01.01.2023 in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) soll der Verbesserung der internationalen Menschenrechtslage dienen, indem es Anforderungen an ein verantwortliches Management für bestimmte Unternehmen in Lieferketten festlegt. Nachfolgend wird anhand ausgewählter dogmatischer Fragestellungen thematisiert, ob und wie sich das LkSG als Hard Law auf die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit in globalen Lieferketten auswirkt.

A. Vorbemerkung

Die Frage der strafrechtlichen Verantwortung für sog. Menschenrechtsverletzungen[1] in internationalen Lieferketten ist in der Literatur bereits unter diversen Blickwinkeln erörtert worden.[2] Diskutiert wird zum einen

* Die Verfasserin ist außerplanmäßige Professorin an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Partnerin der Kanzlei Wittig Köpferl Rechtsanwälte Part mbB.

[1] Zum inzwischen eingeführten Begriff der transnationalen Menschenrechtsverletzung s. *Köpferl* in Minkoff/Sahan/Wittig (Hrsg.), Konzernstrafrecht, 2020, § 10 Rn. 21 ff., der hier beibehalten werden soll, auch wenn aus strafrechtlicher Sicht der Begriff der transnationalen Rechtsgutsverletzung vorzugswürdig wäre, s. auch *Reiter* in Höffler (Hrsg.), Criminal Law Discourse of the Interconnected Society (CLaDIS), 2020, 199, 203.

[2] *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Grundlagen der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, 2018; *Köpferl* (Fn. 1), § 10; *Wittig* in Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven, 2015, 241; *dies.* in Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-15

die Anwendung des geltenden deutschen Strafrechts bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts auf transnationale Sachverhalte, zum anderen die Frage der Erweiterung des nationalen Strafrechts, um dem Phänomen einer „organisierten Unverantwortlichkeit“[3] bei transnationalem Wirtschaften gerecht zu werden. Zudem stellen sich Fragen nach der völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit, wobei eine Strafbarkeit nach dem VStGB wohl eher selten in Betracht kommen dürfte.[4] Dies hat in letzter Konsequenz zu der sehr weitgehenden rechtspolitischen Forderung nach einem „entgrenzten politischen Wirtschaftsstrafrecht“ als Instrument des Menschenrechtsschutzes in Zeiten der fortgeschrittenen Globalisierung geführt.[5]

Das am 01.01.2023 in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) soll der Verbesserung der internationalen Menschenrechtslage dienen, indem es Anforderungen an ein verantwortliches Management von Lieferketten für Unternehmen einer bestimmten Größenordnung festlegt.[6] Es enthält in § 24 I LkSG dreizehn Bußgeldtatbestände zur Ahndung von Verstößen gegen die in § 3 i.V.m. §§ 4-10 LkSG statuierten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten (Risikoanalyse, Präventions- und Abhilfemaßnahmen), gegen die in § 12 LkSG statuierten Berichtspflichten und gegen behördliche Anordnungen gem. §§ 13 II, 15 II Nr. 2 LkSG. Die Pflichten der §§ 4 ff. LkSG treffen Unternehmen nicht nur im eigenen Geschäftsbereich im In- und Ausland, sondern auch in Bezug auf unmittelbare und mittelbare Zulieferer in der Lieferkette (§ 2 V LkSG). Auf eine spezialgesetzliche *strafrechtliche* Sanktionierung der Verstöße gegen die menschenrechts- und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten des LkSG hat der Gesetzgeber des LkSG verzichtet.[7] Dennoch handelt es sich um ein scharfes Sanktionsinstrumentarium, das umso bedeutsamer ist, weil das LkSG keine zivilrechtliche Haftung

---

Menschenrechtsverletzungen, 2018, 195; *Zerbes* in Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, 205.

[3] Hierzu im Kontext unternehmerischer Tätigkeit allgemein *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 30 ff.

[4] *Wittig* CLaDIS 2020, 179, 184; vgl. aber auch *Kaleck* in Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, 83 ff., der darstellt, dass in den letzten Dekaden durchaus erhebliche Völkerstraftaten unter Beteiligung von Unternehmen begangen worden sind.

[5] *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, 2012, 9 f.; kritisch dazu *Bung* in Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, 129, 139 f.; *Wittig* (Fn. 2), 241, 242 f.

[6] BT-Drs. 19/28649, 2.

[7] *Wittig/Reiter-Brüggemann* in Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, 2023, § 24 Rn. 5 f.

wegen der Verletzung der Pflichten aus dem LkSG vorsieht (§ 3 III LkSG).[8] Zusätzliche zivilrechtliche Haftungsrisiken sollten nicht geschaffen werden, „die zum Zwecke einer Verbesserung der Menschenrechtslage in internationalen Lieferketten begründeten neuen Sorgfaltspflichten sollen vielmehr im Verwaltungsverfahren und mit Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts durchgesetzt und sanktioniert werden".[9] Der privaten Rechtsdurchsetzung („private enforcement") hat der Gesetzgeber des LKSG zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung („public enforcement"), nämlich der Vergabesperre gem. § 22 LkSG und den Ordnungswidrigkeitentatbeständen des § 24 I LkSG, eine weitgehende Absage erteilt.[10]

Die Bußgeldvorschriften des § 24 I LkSG, die als Blanketttatbestände ausgestaltet sind,[11] werfen rechtliche Probleme etwa im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf.[12] Diese berechtigte Kritik soll im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter erörtert werden. Es soll vielmehr untersucht werden, ob und welche neuen Aspekte nach Inkrafttreten des LkSG mit den dort geregelten Verhaltenspflichten bei der Sanktionierung rechtsgutsverletzenden Verhaltens in Lieferketten zu berücksichtigen sind. Hierbei sollen Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Wechselwirkungen zwischen der Sanktionierung nach § 24 I LkSG und dem deutschen Kriminalstrafrecht herausgearbeitet werden. Der Fokus liegt dabei auf der Unterlassens- und Fahrlässigkeitsdogmatik.[13] Vorab soll jedoch geklärt werden, wer als Täter nach dem LkSG und dem allgemeinen Strafrecht sanktioniert werden kann.

---

[8] *Kamann/Irmscher* NZWiSt 2021, 249, 250.

[9] BT-Drs. 19/30505, 38.

[10] *Hübner* KlimaRZ 2023, 238. Weitergehend die EU-Lieferketten-Richtlinie (Corporate Sustainability Due Diligence Directive - CSDDD) vgl. hierzu *Wüstemann/Büchner* BB 2024, 579.

[11] *Wegner* in Fleischer/Mankowski (Hrsg.), LkSG, 2023, § 24 Rn. 3.

[12] S. nur *Brosthaus/Scheffer* wistra 2023, 410; *Wegner* (Fn. 11), § 24 Rn. 4 ff.; *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 41 ff.

[13] Außen vor bleiben Fragen des Anwendungsbereichs des LkSG und des allgemeinen Strafrechts (§§ 3, 9 StGB), s. hierzu *Köpferl* (Fn. 1), § 10 Rn. 38; *Mittwoch/Bremenkamp* in Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, 2023, § 1 Rn. 1 ff.

B. Die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit von Leitungspersonen und die Ahndung gem. § 24 I LkSG bzw. § 30 OWiG

I. Die Verantwortlichkeit gem. § 24 I LkSG

Auch wenn Stimmen in der Literatur § 24 LkSG als „Sonderunternehmensstrafrecht“[14], „sanktionsrechtliches Unikat“[15] oder „Novum“[16] bezeichnen, da Sanktionsadressaten Unternehmen und nicht natürliche Personen sind, handelt es sich bei dieser Vorschrift immer noch um Ordnungswidrigkeitenrecht. In seiner Struktur erinnert § 24 LkSG an die „EU-indizierten“ Bußgeldtatbestände aus dem Kartellrecht, dem Datenschutzrecht und dem Geldwäschegesetz.[17]

§ 24 LkSG ist als Allgemeindelikt („wer“) formuliert. Unmittelbare Normadressaten des § 24 I LkSG sind jedoch „Unternehmen“[18], da sich die Pflichten der §§ 4 ff. LkSG an Unternehmen einer bestimmten Größenordnung (gem. § 1 I LkSG bis 31.12.2023 in der Regel ab 3.000, ab 01.01.2024 in der Regel ab 1.000 Arbeitnehmer im Inland) richten.[19] In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu: „Der Begriff des ‚Unternehmens‘ dient als Obergriff und ist rechtsformneutral. Adressat des Gesetzes und Anknüpfungspunkt für die Arbeitnehmerschwelle ist die jeweilige natürliche oder juristische Person oder sonstige rechtsfähige Personengesellschaft als Rechtsträgerin des Unternehmens“[20]. Damit ist letztlich der Unternehmensinhaber Normadressat.[21] Somit ist auch der Anwendungsbereich des § 9 OWiG eröffnet, da die Unternehmensinhaberschaft ein besonderes persönliches Merkmal ist.[22] § 9 OWiG erweitert den Adressatenkreis auf Organe und Vertreter einer juristischen Person oder ihr

[14] *Kubiciel* jurisPR-StrafR 7/2021 Anm. 1.

[15] *Kubiciel* jurisPR-StrafR 7/2021 Anm. 1; *Kamann/Irmscher* NZWiSt 2021, 249, 250.

[16] *Noll/Aryobsei* jurisPR-Compl 2/2021 Anm. 5; *Kamann/Irmscher* NZWiSt 2021, 249, 250.

[17] Vgl. auch *Kamann/Irmscher* NZWiSt 2021, 249.

[18] Zur fehlenden Definition des Unternehmens im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht s. *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 410.

[19] Vgl. *Brosthaus/Scheffer* wistra 2023, 410, 416.

[20] BT-Drs. 19/28649, 33.

[21] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 410. Eine direkte Anwendung des § 9 OWiG als allgemeine Zurechnungsnorm favorisieren *Kubiciel/Großmann* in Hübner/Kieninger/Weller (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar zum Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), 1. Edition 2023, § 24 Rn. 68 m.w.N.

[22] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 410; *Wegner* (Fn. 11), § 24 Rn. 9 m.w.N.

gleichgestellte Personenvereinigungen.[23] Sie können damit Täter einer Ordnungswidrigkeit des § 24 I LkSG sein. Diese ist wiederum eine Anknüpfungstat des § 30 I OWiG (ebenso wie eine mögliche Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG). Nach § 30 I OWiG kann gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung ein Bußgeld festgesetzt werden, wenn ein Organ (Nr. 1) oder leitender Mitarbeiter (Nrn. 4, 5) unter Verletzung der dieser obliegenden Pflichten eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat oder diese bereichert worden ist oder werden sollte (sog. Verbandsgeldbuße).[24] Soll das Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen Sorgfaltspflichten bebußt werden, bedarf es des Umwegs über § 30 OWiG, eine unmittelbare Unternehmensverantwortlichkeit ist dem deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht „systemfremd“[25].

Die betriebsinterne Zuständigkeit und damit eine mögliche Täterstellung im Hinblick auf § 24 I LkSG i.V.m. § 9 I OWiG ergibt sich primär aus der Allzuständigkeit der Geschäftsleitung einer Gesellschaft für Compliance[26] und damit letztlich auch für das Risikomanagement nach dem LkSG. Im Verhältnis der Leitungspersonen zueinander ergibt sich die Pflichtenstellung aus der Aufgabenverteilung innerhalb der Gesamtgeschäftsführung (Ressortprinzip).[27] Mit einer internen Ressort- bzw. Geschäftsverteilung kann die Verantwortlichkeit auf die jeweils zuständige Leitungsperson begrenzt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene eine ordnungsgemäße Erledigung aller Geschäftsführungsaufgaben, zu denen auch Compliance gehört, durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sichergestellt und die Gesamtverantwortung der Geschäftsführung, insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten, gewährleistet bleibt.[28] Wegen des Grundsatzes der Allzuständigkeit der Geschäftsleitung bleiben Überwachungspflichten der nicht zuständigen Mitglieder der Geschäftsleitung; diese müssen eingreifen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen,

[23] Zur normtheoretischen Struktur des § 9 OWiG s. nur *Rogall* in Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 7 ff.

[24] Vgl. nur BGHSt 57, 193.

[25] *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 17.

[26] *Fleischer* NZG 2014, 321, 323.

[27] BGHSt 37, 106, 126 – Lederspray; BGH NJW 2019, 1067, 1068.

[28] BGHSt 37, 106, 124 – Lederspray; BGH NJW 2019, 1067, 1068 m.w.N.

dass die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch die an sich zuständige Leitungsperson nicht mehr gewährleistet ist.[29]

Gem. § 9 II Nr. 2 OWiG kommt auch der Menschenrechtsbeauftragte (§§ 3 I S. 2 Nr. 2 i.V.m. 4 III LkSG) als Täter des § 24 I LkSG in Betracht, sofern ihm ausdrücklich die Erfüllung der spezifischen Sorgfaltspflichten der §§ 4 ff. LkSG übertragen worden ist und er diese Aufgabe auch tatsächlich wahrnimmt.[30]

II. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

Auch wenn in der Lieferkette eines Unternehmens eine Straftat durch eine Leitungsperson begangen wurde, z.B. eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 StGB, ist die Verhängung einer Geldbuße gegen das Unternehmen gem. § 30 I OWiG möglich. Den Umweg über § 14 StGB bedarf es nicht, weil es sich bei den in Frage kommenden Delikten in der Regel nicht um Sonder-, sondern um Allgemeindelikte handeln wird. Auch eine Aufsichtspflichtverletzung einer Leitungsperson gem. § 130 OWiG kann Anknüpfungstat einer Geldbuße sein. Die oben dargestellten Grundsätze zur grundsätzlich möglichen horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung gelten entsprechend.

C. Unterlassen als Anknüpfungspunkt des § 24 I LkSG und einer Strafbarkeit nach allgemeinem nationalem Strafrecht (§ 13 StGB)

I. § 24 I LkSG als echtes Unterlassungsdelikt

§ 24 I LkSG ist ein „abstraktes Gefährdungsdelikt“ und ein „echtes Unterlassungsdelikt“[31]. Alle Bußgeldtatbestände des § 24 I LkSG knüpfen an die Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung der in Bezug genommenen Pflichten an. Die Voraussetzungen des § 8 OWiG müssen nicht erfüllt sein, es bedarf insbesondere keiner Garantenstellung wie bei den unechten Unterlassungsdelikten.[32]

§ 24 I LkSG, so *Kubiciel/Großmann*, dient dem „Normschutz, während der Menschenrechts- und Umweltschutz ein dahinterstehendes

[29] BGH NJW 1997, 130, 132 m.w.N.

[30] *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 69; *Handel* in Depping/Walden (Hrsg.), LkSG, 2022, § 24 Rn. 13.

[31] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 411; *Wegner* (Fn. 11), § 24 Rn. 7.

[32] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 411.

rechtspolitisches Motiv oder Fernziel ist."[33] Auch wenn § 24 I LkSG als Blanketttatbestand die in Bezug genommenen Verhaltensnormen sanktionsrechtlich absichert, ist bei Auslegung der Sanktionsnormen des § 24 I LkSG das gesetzgeberische Ziel des internationalen Menschenrechtsschutzes[34] als Schutzzweck der in Bezug genommenen Verhaltensnormen einzubeziehen.

Die Bußgeldvorschriften des § 24 I LkSG nehmen auf einen Teil der Pflichten der §§ 4 ff. LkSG Bezug und „garantieren die Geltung der sich daraus ableitenden Verhaltensnormen"[35]. § 24 I Nrn. 1-11 LkSG sind durch ihre Bezugnahme auf Sorgfaltspflichten „sorgfaltspflichtenakzessorische Tatbestände"; § 24 I Nr. 12 LkSG erfasst Verstöße gegen Berichtspflichten an die zuständige Behörde und ist damit verwaltungsrechtsakzessorisch; § 24 I Nr. 13 LkSG sanktioniert Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Handlungen dieser Behörde und ist verwaltungs*akt*akzessorisch.[36]

§§ 4 ff. LkSG sind im Hinblick auf die Sorgfaltspflichtanforderungen zusammen mit § 3 LkSG zu lesen. § 3 I S. 1 LkSG verpflichtet Unternehmen dazu, in ihren Lieferketten die in § 3 I S. 2 LkSG konkretisierten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten mit dem Ziel, menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken i.S.d. § 2 II, III LkSG vorzubeugen oder sie zu minimieren oder die Verletzung menschenrechts- oder umweltbezogener Pflichten zu beenden. § 3 II LkSG nennt in Nrn. 1 bis 4 wesentliche Kriterien für eine angemessene Ausgestaltung des Risikomanagements; welche Risiken das Unternehmen wie adressieren muss, hängt maßgeblich von der individuellen Unternehmens- und Risikosituation und vor allem auch von den konkreten Einflussmöglichkeiten ab.[37] Allerdings enthalten lediglich §§ 4 ff. LkSG die in Bezug genommenen Verhaltensnormen des § 24 I LkSG; § 3 I S. 1 LkSG fügt dem (jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Normenschutzes) keinen eigenständigen Inhalt hinzu[38] und es lassen

[33] *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 2. Näher *Kubiciel* ZVglRWiss 122 (2023), 160.
[34] BT-Drs. 19/28649, 2.
[35] *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 2.
[36] *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 15.
[37] BT-Drs. 19/28649, 43.
[38] *Kubiciel* ZVglRWiss 122 (2023), 160, 170.

sich daraus keine eigenständigen situationsbedingten Handlungspflichten ableiten.[39]

Laut der Gesetzesmaterialien sind §§ 4 ff. LkSG lediglich „Bemühenspflichten“[40] im Hinblick auf die Organisation des Lieferkettenrisikomanagements und keine Erfolgspflichten.[41] Unternehmen müssen die in §§ 4 bis 10 LkSG näher beschriebenen Sorgfaltspflichten umsetzen, „die vor dem Hintergrund ihres individuellen Kontextes machbar und angemessen sind“[42]. Geregelt werden „Compliance-, Verfahrens- und Organisationspflichten sekundären Charakters, die der Verwirklichung der hinter dem Gesetz stehenden Ziele, namentlich der Vermeidung der in § 2 II, III LkSG genannten Risiken dienen“.[43] In den Materialien heißt es weiter: „Unternehmen müssen nicht garantieren, dass in ihren Lieferketten keine Menschenrechte oder umweltbezogene Pflichten verletzt werden“[44]. Das LkSG begründet somit keine „Garantiehaftung“, dass sich menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken nicht verwirklichen.[45]

Der Begriff „Bemühenspflichten“ ist jedoch irreführend, „denn einzelnen Sorgfaltspflichten wohnen durchaus erfolgsbezogene Elemente inne“[46]. Unternehmen werden durch das LkSG nämlich zu „konkreten prozessorientierten Maßnahmen [verpflichtet], namentlich zur Überprüfung ihrer Lieferkette und Identifizierung sowie Bewertung sog. menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken (§§ 4 ff. LkSG)“[47]. Wenn das Unternehmen im Rahmen einer Risikoanalyse nach § 5 LkSG ein Risiko identifiziert, muss es unverzüglich geeignete Präventionsmaßnahmen ergreifen (§ 6 LkSG). Zudem muss es eine Anlaufstelle für Betroffene schaffen und ein Beschwerdeverfahren anbieten (§§ 8, 9 I LkSG). Und wenn die Verletzung einer menschenrechtlichen oder umweltbezogenen

---

[39] *Fleischer* CCZ 2022, 205, 208.

[40] Zu diesem neuen „Trendbegriff“ *Sharei* NJW 2023, 3462; *Fleischer* CCZ 2022, 205.

[41] BR-Drs. 219/21, 42; BT-Drs. 19/28649, 41; s. auch *Böhringer* in Schall/Theusinger/Rafsendjani (Hrsg.), LkSG, 2023, § 24 Rn. 4.

[42] BR-Drs. 219/21, 42; BT-Drs. 19/28649, 41; s. auch *Böhringer* (Fn. 41), § 24 Rn. 4.

[43] *Kubiciel* ZVglRWiss 122 (2023), 160, 166. *Fleischer* (CCZ 2022, 205, 211) spricht von „Verfahrenspflichten (Due Diligence), die sprachlich und sachlich den Anschluss an wohlvertraute Figuren aus der Welt des Unternehmens-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts suchen“. Schon vor Inkrafttreten des LkSG ließen sich Maßnahmen zur Verhinderung transnationaler Menschenrechtsverletzungen als „Human Rights Due Diligence“ umschreiben s. *Reiter* (Fn. 1); *Momsen/Schwarz* CLF 2018, 576 ff.

[44] BR-Drs. 219/21, 42; BT-Drs. 19/28649, 41.

[45] BT-Drs. 19/28649, 2; *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423, 424.

[46] *Fleischer* CCZ 2022, 205, 209 f. u. 211.

[47] *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423, 424; *Fleischer* CCZ 2022, 205, 211.

Pflicht unmittelbar bevorsteht oder eingetreten ist und eine ausreichende Einflussmöglichkeit des Unternehmens besteht, ist es zu geeigneten Abhilfemaßnahmen verpflichtet (§§ 7, 9 III LkSG).

Für den eigenen Geschäftsbereich des Unternehmens (§ 2 VI LkSG) bedeutet dies, dass es sich um eine „rechtsverbindliche Verkehrssicherungspflicht" handelt, die im Rahmen des Zumutbaren und Möglichen „erfolgsorientiert" ist.[48] Denn: „Wer eine Gefahrenlage gleich welcher Art für Dritte schafft oder andauern lässt, hat die Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich und zumutbar sind, um die Schädigung Dritter möglichst zu verhindern".[49] Es zeigt sich somit für den eigenen Geschäftsbereich eine „Erfüllungspflicht, die ein nachprüfbares konkretes Ergebnis verlangt"[50], auch wenn dem Unternehmen und seinen Leitungspersonen gem. § 3 II LkSG bei der Umsetzung der Pflichten ein organisatorischer Ermessensspielraum[51] verbleibt. Bei konkreten Verstößen verdichtet sich dieses Ermessen zu einer Abhilfepflicht (§ 7 I LkSG). Anders ist dies im fremden Geschäftsbereich, also im Verhältnis zu unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern (§ 2 VII, VIII LkSG), hier handelt es sich nach der Konzeption des LkSG um eine reine Bemühenspflicht.[52]

Für die Blanketttatbestände des § 24 I LkSG bedeutet dies, dass nicht nur ein fehlendes „Bemühen" um die Erfüllung der Sorgfaltspflichten tatbestandsmäßig ist, sondern teilweise auch die Nichtumsetzung der erforderlichen konkreten Prozesse im Rahmen des dem Unternehmen Möglichen und Zumutbaren. Dass ein ordnungswidriges Handeln nur dann gegeben ist, wenn die Pflichterfüllung möglich und zumutbar ist, ergibt sich bereits aus der auf § 24 I LkSG anwendbaren allgemeinen Dogmatik des echten Unterlassungsdelikts.[53]

II. Bedeutung des LkSG für die allgemeine Unterlassungsdogmatik

Es besteht weitgehend Einigkeit, dass eine Strafbarkeit bei Rechtsgutsverletzungen in transnationalen Lieferketten wegen aktiven Tuns nur

[48] *Tschäpe*/Trefzger ZfBR 2023, 423, 424.
[49] *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423, 424.
[50] *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423, 424.
[51] *Fleischer* CCZ 2022, 201, 212.
[52] *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423, 424.
[53] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 411.

selten in Betracht kommen wird.[54] Deshalb ist die Frage, ob die Nichterfüllung von Handlungspflichten in der Lieferkette ein strafbares Unterlassen gem. § 13 StGB darstellt, bei strafbewehrten Rechtsgutsverletzungen in globalen Lieferketten von praktischer Relevanz.

Das LkSG kann zunächst Anhaltspunkte dafür geben, welches Handeln erforderlich und geboten gewesen wäre, um den Erfolg abzuwenden, also bei der Konturierung des tatbestandsmäßigen Unterlassens.

Fraglich ist darüber hinaus, inwieweit sich direkt aus dem LkSG und den dort geregelten Sorgfaltspflichten eine Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB ergeben kann.[55] Kennzeichnend für die Garantenstellung ist die rechtliche Pflicht, für das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs einzustehen, die weitere Konkretisierung bleibt der Rechtsprechung überlassen.[56] Nach der sog. Rechtsquellenlehre kann sich die Garantenstellung aus Gesetz, vertraglicher oder tatsächlicher Übernahme, aus einer engen persönlichen Verbundenheit oder einem vorausgegangenen, gefährdenden Tun (Ingerenz) ergeben.[57] Nach der heute vorherrschenden materiellen Funktionslehre wird zwischen einer Beschützergarantenstellung aufgrund einer Obhutspflicht für ein bestimmtes Rechtsgut und einer Überwachergarantenstellung aufgrund einer Sicherungspflicht für eine Gefahrenquelle unterschieden.[58]

Den unverbindlichen Soft-Law-Standards konnte bislang keine Garantenstellung entnommen werden.[59] Mit dem LkSG gibt es nun Hard-Law-Standards, aus denen sich aber nur dann eine Garantenstellung ergeben kann, wenn diese im Hinblick auf das jeweils durch das Strafrecht geschützte Rechtsgut Erfolgsabwendungspflichten begründen. Wie oben ausgeführt,[60] sind die Sorgfaltspflichten des LkSG aber als bloße „Bemühenspflichten“ konzipiert. Auch wenn sie teilweise „erfolgsbezogen“

---

[54] *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 129; *Wittig* (Fn. 4), 179, 190; vgl. auch BR-Drs. 239/1/21, 23.

[55] Nicht weiter thematisiert wird hier, inwieweit sich aus den Grundsätzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung eine Garantenstellung des Geschäftsherrn zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten in Lieferketten ergeben kann (s. zu dieser Rechtsfigur BGHSt 57, 42); hierzu ausführlich *Köpferl* (Fn. 1); *Wittig* (Fn. 4), 179, 190 f.; *dies.* (Fn. 2), 195, 205 ff.

[56] *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 31 Rn. 32 m.w.N.

[57] *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 50 Rn. 2.

[58] *Freund* in Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 106 ff., 168 ff.; *Rengier* (Fn. 57), § 50 Rn. 3 ff.; *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 129. Vgl. ausf. im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette *Wittig* (Fn. 2), 195, 204.

[59] *Wittig* (Fn. 4), 179, 190; *Köpferl* (Fn. 1), § 10 Rn. 45.

[60] Siehe dazu C. I.

sind, insbesondere im eigenen Geschäftsbereich und hinsichtlich vorzunehmender Abhilfemaßnahmen gem. § 7 III LkSG, wird jedenfalls keine generelle Erfolgsabwendungspflicht hinsichtlich der Verletzungen von individuellen Rechtsgütern wie Leben oder Gesundheit festgeschrieben.[61]

§ 24 I LkSG als echte Unterlassungsdelikte[62] sind an jeden in der Position des Normadressaten (Unternehmen[63]) gerichtet und begründen per se keine Garantenstellung.[64]

Zu bedenken ist aber, ob nicht die Verletzung der Sorgfaltspflichten des LkSG eine Garantenstellung aus Ingerenz, also aus einem pflichtwidrigen und eine Gefahr schaffenden Vorverhalten,[65] begründen könnte.[66] Hier können sich im Einzelfall schwierige Fragen im Hinblick auf einen möglicherweise erforderlichen Zusammenhang zwischen der Verletzung der risikobezogenen Pflichten aus dem LkSG, soweit sie als Bemühenspflichten zu verstehen sind, und der eingetretenen Rechtsgutsverletzung stellen.[67]

Im Hinblick auf eine Unterlassungsstrafbarkeit bei Rechtsgutsverletzungen in Lieferketten wird sich allein aus einem Verstoß gegen die Pflichten des LkSG nur in seltenen Fällen eine Garantenstellung gem. § 13 StGB begründen lassen.

D. Sorgfaltspflichten aus dem LkSG und Fahrlässigkeitsmaßstab

I. Vorbemerkung

Bei Verstößen gegen die in § 24 I LkSG genannten Pflichten in der Lieferkette wird vorsätzliches Handeln nicht gegeben oder zumindest nicht nachweisbar sein. Damit kommt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in

[61] S. auch *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 130.

[62] Siehe dazu bereits die Nachweise bei Fn. 31.

[63] S. unten.

[64] *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 130; *Heger* in Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7; *Bosch* in Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 57.

[65] St. Rspr. vgl. nur RGSt 24, 229, 340; BGHSt 4, 20, 22; 22, 152, 154; *Kudlich* in Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), StGB, 6. Aufl. 2024, § 13 Rn. 23 m.w.N.

[66] *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 130; *Bosch* (Fn. 64), § 13 Rn. 58.

[67] Zu dem Grundsatz des Schutzzwecks der die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens begründenden Norm vgl. *Weigend*, in Leipziger Kommentar zum StGB, Band 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 46.

Betracht, die § 24 I LkSG ausdrücklich anordnet (§ 10 OWiG).[68] Auch im Bereich des bestehenden Kriminalstrafrechts ist die fahrlässige Begehung von Straftaten in der Lieferkette strafbar, soweit gesetzliche Vorschriften dies anordnen (§ 15 StGB, s. z.B. § 229 StGB, § 222 StGB).

Fahrlässigkeit ist gesetzlich nicht definiert, es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.[69] Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum und nach der Rechtsprechung setzt Fahrlässigkeitsunrecht ein objektiv sorgfaltspflichtwidriges Verhalten bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgs voraus.[70] In der Schuld ist darüber hinaus individualisiert zu prüfen, ob auch eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgs gegeben ist.[71] Nach der Rechtsprechung bestimmen sich „Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt (…) nach den Anforderungen, die bei Betrachtung der Gefahrenlage ‚ex ante' an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind".[72] Dieser (heuristische) Maßstab einer „differenzierte[n] Maßfigur"[73] gilt auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht.[74]

Im Folgenden soll untersucht werden, wie der Sorgfaltsmaßstab bei fahrlässigen Verstößen gegen die in § 24 I LkSG genannten Sorgfaltspflichten und bei einer fahrlässigen Begehung von Straftaten zu konkretisieren ist. Insbesondere ist zu problematisieren, ob die in §§ 4 ff. LkSG geregelten Sorgfaltspflichten auch zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit herangezogen werden können. Die Frage des Sorgfaltsmaßstabs fällt zusammen mit der Frage der Unterlassungsstrafbarkeit, welche Handlung geboten wäre, um den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden.[75] Denn jeder Sorgfaltspflichtverletzung wohnt strukturell ein Unterlassungsmoment inne.[76]

---

[68] *Mitsch* NZWiSt 2021, 409, 411 spricht hier von der „Auffangfunktion der Fahrlässigkeitsahndung".

[69] LK/StGB-*Vogel/Bülte*, Vor § 15 Rn. 41.

[70] S. nur RGSt 67, 12, 18; BGHSt 49, 1, 5; BGH NJW 2018, 961, 962; *Heger* (Fn. 64), § 15 Rn. 36 ff.; *Kudlich* in von Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), BeckOK StGB, 60. Edition – Stand: 01.02.2024, § 15 Rn. 35 ff. Auf das Kriterium der objektiven Zurechnung stellen ab *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 10 ff m.w.N. Überblick über die Kritik am Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung *Vogel/Bülte* (Fn. 69), § 15 Rn. 169 ff.

[71] *Vogel/Bülte* (Fn. 69), § 15 Rn. 156 ff.

[72] BGH NStZ 2003, 657, 658.

[73] *Vogel/Bülte* (Fn. 69), § 15 Rn. 213 m.w.N.

[74] KK/OWiG-*Rengier*, § 10 Rn. 18.

[75] *Wittig* (Fn. 2), 195, 211.

[76] *Rengier* (Fn. 57), § 48 Rn. 13.

II. Der Sorgfaltsmaßstab des § 24 I LkSG

Der Bußgeldtatbestand des § 24 I LkSG ahndet als Blanketttatbestand sowohl vorsätzliche als auch (einfach) fahrlässige Verstöße gegen die dort genannten Pflichten.

Für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs des § 24 I LkSG bei Fahrlässigkeit ist auf die Sorgfalt eines gewissenhaften und besonnenen transnationalen Kaufmanns als „differenzierte" Maßfigur maßgeblich.[77] Unter transnationalen Kaufleuten werden alle natürlichen oder juristischen Personen verstanden, die grenzüberschreitend im Rahmen globaler Wertschöpfungsketten tätig sind.[78]

Mit Inkrafttreten des LkSG gibt es nun in §§ 3 ff. LkSG einen im positiven Recht verankerten Sorgfaltsmaßstab mit Bezug auf menschenrechtliche Pflichten in Lieferketten. Es handelt sich um (gesetzliche) Sondernormen, also Verhaltensvorschriften, welche die objektiv erforderliche Sorgfalt als „Ergebnis einer auf Erfahrung und Überlegung beruhenden Voraussicht möglicher Gefahren"[79] in einem bestimmten Sachgebiet näher ausgestalten und somit die Grenze zwischen der Schaffung einer erlaubten und unerlaubten Gefahr markieren.[80] Als gesetzlichen Sondernormen kommt damit den §§ 3 ff. LkSG prima facie eine „überragende Bedeutung"[81] bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes in der Lieferkette zu; zumindest haben sie eine starke Indizwirkung.[82] Damit müsste für den Sorgfaltsmaßstab in der globalen Lieferkette nicht mehr lediglich auf Maßstäbe des völkerrechtlichen „Soft Law" zurückgegriffen werden,[83] wie z.B. die VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte von 2011,[84] dem Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) 2016-2020[85] und die OECD-Leitsätze für multinationale

---

[77] Vgl. *Reiter* (Fn. 1), 199, 203; *Wittig/Reiter-Brüggemann* (Fn. 7), § 24 Rn. 128.

[78] *Reiter* (Fn. 1), 199, 204.

[79] BGHSt 4, 182, 185.

[80] *Roxin/Greco* (Fn. 70), § 24 Rn. 15 ff.

[81] So allgemein zu gesetzlichen Sondernormen *Kudlich* (Fn. 70), § 15 Rn. 40.

[82] *Roxin/Greco* (Fn. 70), § 24 Rn. 16.

[83] Zur Berücksichtigung dieser „Verkehrsnormen", insbesondere Corporate Social Responsibility-Normen, bei der Konturierung des Sorgfaltsmaßstabs der Fahrlässigkeitsdelikte auch im Sinne einer Human Rights Due Diligence s. *Reiter* (Fn. 1), 199 ff.; *Köpferl* (Fn. 1), § 10 Rn. 12 f.

[84] Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Doc. A/HRC/17/31.

[85] https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf (zuletzt abgerufen am 13.05.2024).

Unternehmen von 2011.[86] Auch wenn der Kern des Fahrlässigkeitsunrechts in der Schaffung einer unerlaubten Gefahr gesehen wird, gewinnen gesetzliche Sondernormen, wie §§ 3 ff. LkSG, an Bedeutung.

Der Fahrlässigkeitsvorwurf des § 24 I LkSG i.V.m. §§ 4 ff. LkSG bezieht sich also immer auf ein nicht vorhandenes oder nicht ausreichendes Management menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken des Unternehmens in der Lieferkette. Der Unternehmensinhaber bzw. die für diesen handelnden Leitungspersonen handeln dabei i.S.d. § 10 OWiG fahrlässig, wenn das Unternehmen nicht durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellt, dass die sich aus dem LkSG ergebenden unternehmensbezogenen Pflichten (wie auch andere gesetzlichen Pflichten) im Rahmen eines effektiven Compliance-Management-Systems, umgesetzt und die darin enthaltenen Vorgaben eingehalten und überwacht werden.[87] Hierbei spielen die gesellschaftsrechtlichen Maßstäbe der Sorgfalt des § 43 I 1 GmbHG und des § 93 I AktG eine maßgebliche Rolle. Zudem kommt es hinsichtlich des konkreten Pflichtenrahmens auf Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die geografische Präsenz und Verdachtsfälle in der Vergangenheit an.[88] Hierbei besteht ein Organisationsermessen,[89] bei dessen Ausübung aber wiederum die (unbestimmten) Kriterien des § 3 II Nrn. 1-4 LkSG zu berücksichtigen sind.[90]

In der Praxis werden die (rechtlich nicht verbindliche) „Handreichung zur Umsetzung einer Risikoanalyse nach den Vorgaben des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz“ vom 22.08.2022[91], die vom gem. § 24 V LkSG zuständigen Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), wie in § 20 I LkSG vorgesehen, herausgegeben wurde, und die FAQ der BAFA eine maßgebliche Rolle für eine Ahndung fahrlässiger Verstöße gegen das LkSG spielen.[92] Werden deren Vorgaben durch das Unternehmen eingehalten, wird kaum ein fahrlässiger Verstoß gegen § 24 I LkSG

---

[86] https://mneguidelines.oecd.org/48808708.pdf abgerufen werden (zuletzt abgerufen am 13.05.2024).

[87] Vgl. auch *Handel* (Fn. 30), § 24 Rn. 84; *Kubiciel/Großmann* (Fn. 21), § 24 Rn. 20.

[88] LG München NZG 2014, 345; *Fleischer* NZG 2014, 321, 324.

[89] *Fleischer* NZG 2014, 321, 324 m.w.N.

[90] *Fleischer* CCZ 2022, 201, 212.

[91] https://www.bafa.de/DE/Lieferketten/Ueberblick/ueberblick_node.html (zuletzt abgerufen am 13.05.2024); s. auch https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/wirtschaft-menschenrechte.html (zuletzt abgerufen am 13.05.2024).

[92] *Weinbrenner* in Ghassemi-Tabar (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2024, § 24 Rn. 34.

vorliegen.[93] Ein Verstoß hiergegen begründet aber nicht automatisch einen Fahrlässigkeitsvorwurf.[94]

Was bedeutet das nun zusammengefasst für eine Ahndung gem. § 24 I LkSG? Trotz der Existenz gesetzlicher Sondernormen in §§ 3 ff. LkSG und den Handreichungen und FAQ der BAFA, die Sorgfaltsanforderungen in der Lieferkette normieren, bleibt die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes im Hinblick auf einen fahrlässigen Verstoß gegen § 24 I LkSG im Einzelfall schwierig. Es muss festgestellt werden, dass die Verantwortlichen sorgfaltswidrig nicht die organisatorischen Maßnahmen getroffen haben, um die in § 24 I LkSG in Bezug genommenen Pflichten umzusetzen. Welche organisatorischen Maßnahmen erforderlich sind, ist wegen der in den Bezugsnormen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen eines „angemessenen" Managements menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken, schwierig.[95] Die §§ 3 ff. LkSG schweigen zur Fahrlässigkeit.[96] Sorgfaltswidriges Verhalten i.S.d. LkSG bedeutet also nicht automatisch Sorgfaltswidrigkeit als Fahrlässigkeitskriterium i.S.d. § 10 OWiG. Allein die fehlende Umsetzung der in § 3 I S. 2 LkSG genannten Sorgfaltspflichten reicht nicht aus, um einen Fahrlässigkeitsvorwurf im Sinne eines ahndbaren sorgfaltswidrigen Verhaltens gem. § 24 I LkSG i.V.m. § 10 OWiG zu begründen.[97] Sogar wenn ein rechtsgutsverletzender Erfolg eintritt (etwa der Tod eines Menschen), begründet dies allein keine Ahndungsmöglichkeit nach § 24 I LkSG, wenn nicht gleichzeitig ein objektiv und subjektiv sorgfaltswidriger (und vorhersehbarer) Verstoß gegen die in § 24 I LkSG genannten Pflichten vorliegt.

III. Indizwirkung der §§ 3 ff. LkSG auch für das Kriminalstrafrecht?

Fraglich ist, ob die im LkSG geregelten Anforderungen an ein angemessenes Risikomanagement in der Lieferkette bei der Konturierung des Sorgfaltsmaßstabs der Strafgesetze, z.B. §§ 222, 229 StGB, Berücksichtigung finden können. Soweit es um Rechtsgutsverletzungen in globalen Lieferketten geht, ist auch hier auf die Sorgfalt eines gewissenhaften und

[93] *Weinbrenner* (Fn. 92), § 24 Rn. 35.

[94] *Handel* (Fn. 30), § 24 Rn. 84.

[95] *Kubiciel* ZVglRWiss 122 (2023), 160, 170 f.

[96] So aus zivilrechtlicher Sicht *Wagner* ZEuP 2023, 517, 518.

[97] *Handel* (Fn. 30), § 24 Rn. 84. Zur vergleichbaren Problematik bei der deliktsrechtlichen Haftung aus § 823 BGB *Wagner* ZEuP 2023, 517, 518.

besonnenen transnationalen Kaufmanns als „differenzierte Maßfigur“ abzustellen. Anknüpfungspunkt ist wie gesehen vielfach das Unterlassen von Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen in der Lieferkette.

Wie bereits ausgeführt, können auch außerstrafrechtliche Sondernormen indiziell oder sogar strafbarkeitsbegründend für eine Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Konturierung des Fahrlässigkeitsunrechts herangezogen werden.[98] Allerdings spricht prima facie die Konzeption des LkSG als Gesetz, das „nur“ Anforderungen an das Management menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken und „Bemühenspflichten“ regelt, gegen eine uneingeschränkte und abschließende Berücksichtigung des LkSG bei der Konturierung des Sorgfaltsmaßstabes der allgemeinen Strafgesetze. Dennoch dürften in vielen Fällen die Sorgfaltspflichten des LkSG, insbesondere die §§ 4 ff. LkSG, als gesetzliche Sondernormen den Sorgfaltsmaßstab konkretisieren, der Unternehmen und über § 14 StGB den Leitungspersonen in internationalen Lieferketten obliegt. Dies gilt vor allem hinsichtlich der umstrittenen Frage, ob ausländische Sondernormen bei der Konturierung des Sorgfaltsmaßstabs im Inland maßgeblich sein können, hier hat der deutsche Gesetzgeber mit dem LkSG Sorgfaltspflichten gerade für globale Lieferketten formuliert. Aber auch im Kontext der allgemeinen Strafgesetze dürfte gelten, dass die fehlende Umsetzung der Sondernormen des LkSG allein noch nicht die Sorgfaltswidrigkeit i.S.d. § 15 StGB begründet, sondern auch hier bei der Konkretisierung des Pflichtenrahmens die allgemeinen Anforderungen zu berücksichtigen sind, die an ein effektives Compliance-Management in Unternehmen zu stellen sind. Es sei zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch nach Inkrafttreten des LkSG Soft-Law-Standards bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs hinsichtlich der allgemeinen Strafnormen Berücksichtigung finden können[99], eine Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs kann durch das LkSG, das nach dem Willen des Gesetzgebers der Verbesserung der internationalen Menschenrechtslage dienen soll, nicht beabsichtigt sein.

[98] *Roxin/Greco* (Fn. 70), § 24 Rn. 16 f.
[99] Hierzu *Reiter* (Fn. 1), 199 ff.

E. Konkurrenzverhältnis zwischen Ordnungswidrigkeit gem. § 24 LkSG und allgemeinem Kriminalstrafrecht

Stellt eine Handlung gleichzeitig eine Straftat und eine Ordnungswidrigkeit dar, ist gem. § 21 I OWiG nur das Strafgesetz anzuwenden.[100] Dies setzt materiell-rechtlich Tateinheit gem. § 19 OWiG voraus.[101] Die Bußgeldnorm tritt sowohl dann zurück, wenn sie begleitendes oder vorbereitendes Unrecht zur Straftat erfasst, als auch dann, wenn sie inhaltlich überhaupt nichts mit der Strafnorm gemeinsam hat.[102] Insofern dürfte in den praktisch besonders relevanten Fällen strafbaren Verhaltens in der Lieferkette, das auf Sorgfaltsverstößen in der Lieferkette beruht, eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 I LkSG hinter eine als Täter oder Teilnehmer begangene Straftat (z.B. §§ 222, 229, 13 StGB) gem. § 21 I OWiG zurücktreten. Allerdings kann nach § 21 II OWiG die Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird, z.B. in den Fällen eines Verfahrenshindernisses (z.B. Art. 54 SDÜ), des fehlenden Tatnachweises oder einer Opportunitätseinstellung gem. §§ 153 ff. StPO.[103]

F. Fazit

Aufgrund des Regulationskonzepts des LkSG, das einen risikoorientierten Ansatz verfolgt, werden die Auswirkungen auf die Strafbarkeit von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten aus dogmatischer Sicht eher gering sein. Dies gilt insbesondere für die Fahrlässigkeits- und Unterlassensdogmatik. Die Ahndung gem. § 24 I LkSG als Ordnungswidrigkeit bleibt in den Grenzen des § 21 OWiG möglich, wirft aber ebenfalls – etwa im Hinblick auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – Probleme auf. Es ist nicht zu erwarten, dass die geplante EU-Lieferketten-Richtlinie (Richtlinie (Corporate Sustainability Due Diligence Directive - CSDDD)[104] diese dogmatischen Probleme lösen wird.

---

[100] Es handelt sich um einen Fall der ausdrücklichen Subsidiarität vgl. nur KK/OWiG-*Mitsch*, § 21 Rn. 1.

[101] OLG Köln NZV 2012, 250; OLG Celle BeckRS 2017, 129614 m.w.N.; *Sackreuther* in Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 41. Edition – Stand: 01.01.2024, § 21 Rn. 5.

[102] Vgl. nur *Mitsch* (Fn. 100), § 21 Rn. 1.

[103] Einzelheiten bei *Wegner* (Fn. 11), § 24 Rn. 24 ff. auch zum Verfahrensablauf.

[104] Zum aktuellen Stand vgl. etwa *Zwirner/Böcker* BC 2024, 153; *Wüstemann/Büchner* BB 2024, 579.

Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten durch Posting von Sprachnachrichten

LG Oldenburg, Urteil vom 1. September 2022 – 5 Ks 8/22

mit einer Anmerkung von Janick Haas*

A. Sachverhalt (Zusf. Haas)

Der in extremistischen Kreisen verkehrende Angeklagte ging wahnhaft davon aus, als „Befehlshaber SHAEF United States Space Force“ eine rechtsprechende Gewalt innezuhaben. Aufgrund dieser Wahnvorstellungen veröffentlichte er in eigenen Telegram-Kanälen mit mehreren Tausend mutmaßlich gleichgesinnten Abonnent:innen, die den Angeklagten als Leitfigur sowie seine militärische Legitimation anerkannten, wiederholt selbst gefällte „Todesurteile“ zu Lasten verschiedener Personen. Deren Begründung sah er vielfach in einem „fehlerhaften“ Umgang mit gesundheitsbezogenen Aufgaben im Rahmen der sog. Corona-Pandemie. Inhalt dieser „Urteile“ waren stets der volle Klarname der jeweiligen Person sowie die angedachte Todesform, etwa „Death by Hanging“. Zu einer „Vollstreckung“ der Urteile kam es nicht.

Zudem veröffentlichte der Angeklagte in einem seiner Telegram-Kanäle mit Bezug zu einem Zeitungsartikel eine Sprachnachricht, in der er zwei mittels Klarnamen und Lichtbildern identifizierbaren Ärzten unterstellte, dass diese nur gegen das Corona-Virus getesteten, geimpften oder genesenen Personen Zutritt zur Praxis gewähren würden. Sie seien damit „Geschichte“.

* Der Autor ist Rechtsreferendar und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht von Prof. Dr. Jens Puschke LL.M.(King's College) an der Philipps-Universität Marburg.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-16

Das LG Oldenburg wertete alle Fälle der geposteten Todesurteile als öffentliche Aufforderungen zu Straftaten gemäß § 111 I, II StGB. Die Veröffentlichung der Sprachnachricht wurde als gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten gem. § 126a I Nr. 2 StGB – hier in Form der Verbreitung von Inhalten, § 11 III StGB – erfasst. Aufgrund seiner wahnhaften Vorstellungen handelte der Angeklagte ohne Schuld, § 20 StGB.

B. Aus den Gründen

[...]

[99] II. Ferner hat sich der Angeklagte in 31 Fällen [...] [wegen Öffentlicher Aufforderung zu] Straftaten gemäß § 111 I, II StGB strafbar gemacht.

[100] Unter einer „Aufforderung" ist jede – gegebenenfalls auch konkludente – Kundgebung zu verstehen, die den Willen des Täters zu erkennen gibt, von dem Aufgeforderten ein bestimmt bezeichnetes kriminelles Tun oder Unterlassen zu verlangen (so schon RGSt 4, 106 [108]). Schon die Formulierung „Aufforderung" fordert mehr als bloße Information (vgl. LG Bremen, StV 1986, 439 [441]) und auch mehr als lediglich politische Unmutsäußerungen oder Provokation. Unter der Schwelle tatbestandsrelevanter „Aufforderung" liegt auch die bloße Befürwortung von Straftaten; erforderlich ist vielmehr eine über eine bloße Befürwortung hinausgehende bewusst finale Einwirkung auf andere mit dem Ziel, in ihnen den Entschluss zu bestimmten strafbaren Handlungen hervorzurufen (vgl. BGHSt 32, 310 [311] = NJW 1984, 1631; BGHSt 31, 16 [22] = NJW 1982, 2508; BGHSt 28, 312 [314] = NJW 1979, 1556).

[101] Außerhalb des Tatbestands liegen schließlich auch bloße Meinungsäußerungen, mögen sie im Einzelfall bei dem einen oder anderen Adressaten auch deliktische Pläne auslösen (vgl. NK-Paeffgen, in: NK-StGB, § 111 Rdnr. 12). Anders als bei bloßen Meinungsäußerungen muss bei einer „Aufforderung" gerade die Erwünschtheit des angesonnenen kriminellen Geschehens deutlich werden, so dass auch von einem Appellcharakter als konstituierendem Kriterium einer „Aufforderung" gesprochen werden kann (vgl. BayObLG, NJW 1994, 396; OLG Karlsruhe, NStZ 1993, 389 [390]; OLG Köln, NJW 1988, 1102, und MDR 1983, 338).

[102] Vor diesem Hintergrund werden zu tatbestandsmäßiger „Aufforderung" zwangsläufig nur solche Bekundungen, die auch den Eindruck der Ernstlichkeit erwecken; ein solcher Eindruck ist nur zu bejahen, wenn

der Auffordernde nach dem Gesamtzusammenhang seiner Erklärung zumindest damit rechnet, seine Äußerung werde vom Leser oder Zuhörer gerade als zweckgerichtete Aufforderung zur Begehung bestimmter Straftaten verstanden (vgl. BGHSt 32, 310 = NJW 1984, 1631; NJW 2001, 2896).

[103] Hieran gemessen hat der Angeklagte in 31 Fällen öffentlich – im Internet – zu einer strafbaren Handlung, nämlich zu Totschlagshandlungen gemäß § 212 StGB, aufgefordert. Um eine bloße Befürwortung von Straftaten handelt es sich bei den von dem Angeklagten veröffentlichten Posts nicht. Dass von dem Angeklagten ernstlich angestrebt ist, dass es tatsächlich zur Umsetzung dieser von ihm ausgesprochenen Urteile kommt, hat sich bereits aus der Einlassung im Rahmen der Hauptverhandlung ergeben. Hierbei hat er selber bestätigt, dass nach seiner Vorstellung in jedem Fall eine Umsetzung der Todesurteile erfolgen sollte, auch wenn dies vorzugswürdig durch „Soldaten“ der SHAEF-Streitkräfte erfolgen sollte. Diese Urteile sind überdies für einen unvoreingenommenen Dritten als ernst gemeinter Appel zu verstehen, die Urteile in der konkret bezeichneten Weise umzusetzen. Es ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Angeklagte diese Veröffentlichungen in seinen eigens gegründeten und betriebenen Kanälen mit mehreren tausenden von „Abonnenten“ tätigte. Die Adressaten in diesen Kanälen sind vorwiegend betreffend die Überzeugung des Angeklagten Gleichgesinnte, die den Angeklagten als Leitfigur und militärischen Oberbefehlshaber anerkennen, der legitimiert ist, diese Entscheidungen zu treffen. Dies wird insbesondere daran deutlich, dass auf diese Veröffentlichungen an die Geschädigten unter Bezugnahme auf die „Urteile“ des Angeklagten vielfach herangetreten worden ist. Auch wird dies gerade dadurch deutlich, dass sich Dritte ratsuchend an den Angeklagten wandten, um von diesen eine konkrete Auskunft zu erhalten.

[104] Die Urteile erfüllen überdies das Erfordernis, eine unbestimmte Vielzahl an Personen unmittelbar zur Begehung bestimmter rechtswidriger Taten zu motivieren. Es handelt sich um realisierbare Handlungsanweisungen an die Adressaten der Erklärungen, die im Sinne von Tathandlungen umgesetzt werden können. Es ist jeweils der vollständige Name der betroffenen Person sowie die Tötungshandlung – Erhängen, Erschießen, Giftspritze – konkret angegeben. Weiterhin führt der Angeklagte in einer Vielzahl der Fälle Lichtbilder der betreffenden Personen sowie weitere personenbezogene Daten an.

[105] Die Feststellungen der Kammer tragen auch den zur Verwirklichung des § 111 StGB erforderlichen bedingten Vorsatz des Angeklagten. Dem Angeklagten war nach eigenen Angaben bewusst, dass bei der Vielzahl an Adressaten es zu der Umsetzung seiner ausgesprochenen Urteile kommen könnte und er nahm dies infolgedessen auch zumindest billigend in Kauf.

[…]

[107] III. Der Angeklagte hat sich weiter in einem Fall […] des Gefährdenden Verbreitens personenbezogener Straftaten [gemeint sein dürften Daten, Anm.] nach § 126a I Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

[108] Tathandlung ist das Verbreiten personenbezogener Daten, soweit dies öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3 StGB) geschieht (BT-Drs 19/28678, 10). Tatobjekt nach § 126a I sind personenbezogene Daten, also im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO jegliche Informationen, die sich auf identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen beziehen (BT-Drs 19/28678, 11).

[109] Hieran gemessen verbreitete der Angeklagte personenbezogene Daten der Geschädigten […]. Nach den Feststellungen veröffentlichte der Angeklagte in seinem Telegram-Kanal, der mehrere Tausend „Abonnenten“ aufwies, neben den vollen Namen der Geschädigten die Praxisanschrift sowie Lichtbilder der Geschädigten, die zum Tatzeitpunkt frei verfügbar auf der Internetseite der Geschädigten einsehbar waren.

[110] Zentrale Bedeutung fällt dem Erfordernis der Eignung (des Verbreitens) zu, die Person, deren Daten verbreitet werden, oder eine dieser nahestehende Person der Gefahr der Begehung gegen sie gerichteter Straftaten auszusetzen (BeckOK StGB/Rackow, 54. Ed. 1.8.2022, StGB § 126a Rn. 7). Für die Gefahreignung soll es nach der Gesetzesbegründung auf die Umstände des Verbreitens sowie auf die Gesamtumstände des Falles ankommen, etwa auch darauf, ob das Verbreiten über eine extremistisch ausgerichtete Webseite bzw. aus einer extremistischen Gruppierung heraus erfolgt. Weiterhin soll relevant sein können, dass im Rahmen des Verbreitens ein Bezug zu Straftaten hergestellt oder Andeutungen beigefügt werden („Emoticons“), die das Verbreiten in die Nähe einer konkludenten Aufforderung rücken (BT-Drs 19/28678, 11; BeckOK StGB/Rackow, 54. Ed. 1.8.2022, StGB § 126a Rn. 8). Als Bezugsdelikte eines tatbestandlichen Verbreitens kommen Verbrechen (§ 126a I Nr. 1) so-

wie Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, gegen die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit in Betracht. Erfasst nach § 126a Abs 1 Nr. 2 StGB sind schließlich zudem Taten „gegen eine Sache von bedeutendem Wert“. Besondere Anforderungen an Bezugstaten der drei letztgenannten Deliktsgruppen formuliert § 126a I Nr. 2 StGB nicht, sodass dementsprechend auch niedrigschwellige Körperverletzungen bis hinunter an die Erheblichkeitsschwelle und Freiheitsberaubungen, etwa im Rahmen von Blockadeaktionen, in Betracht kommen (BeckOK StGB/Rackow, 54. Ed. 1.8.2022, StGB § 126a).

[111] Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ist die von dem Angeklagten verfasste Audionachricht in Zusammenschau mit den Lichtbildern sowie der Praxisanschrift dazu geeignet, die Geschädigten der Gefahr von gegen sie gerichtete Straftaten im Sinne des § 126a I Nr. 2 StGB auszusetzen.

[112] Hierbei ist zu berücksichtigen, an welchen Adressatenkreis diese Sprachnachricht gerichtet war sowie in welchem Kontext sie erfolgte. Der Angeklagte veröffentlichte die Nachricht in seinem Telegram-Kanal, in dem sich vorwiegend gleichgesinnte Adressaten befanden, die dieselbe Weltanschauung insbesondere auch in Bezug auf die Corona-Pandemie teilen. Weiterhin kam es entsprechend der Feststellungen zu der Aussprache von diversen „Todesurteilen“ unter anderem auch gegen Impfbefürworter. Der Angeklagte kritisiert in seiner Sprachnachricht eindeutig die Haltung der Geschädigten als Impfbefürworter und vergleicht die Nichtbehandlung von Ungeimpften mit der Christen- und Judenverfolgung sowie der Hexenverbrennung. Auch nimmt er explizit Bezug darauf, dass die Pharmaindustrie Geschichte sei und damit die Geschädigten auch. Die den Geschädigten gegenüber ablehnende Haltung wird damit deutlich. Dass der Angeklagte keine konkreten, gegen die beiden Ärzte zu verübenden Straftaten benennt, ist hier nicht von Bedeutung. Unter Berücksichtigung des Kontextes der Veröffentlichung ist dieser Post des Angeklagten dazu geeignet, dass die durch die polarisierende Nachricht aufgestachelten Adressaten sich zumindest dazu berufen fühlen, die Geschädigten an der Praxisanschrift aufzusuchen um diese in ihrer persönlichen Freiheit oder körperlichen Unversehrtheit zu schädigen.

[113] Der Angeklagte hat auch insoweit vorsätzlich gehandelt. Die Verbreitung der Daten sollte den Umständen nach dazu bestimmt sein, die

betreffenden Personen der Gefahr einer gegen sie in § 126a StGB erfassten Straftat auszusetzen. Unter Bestimmung ist die Zielsetzung zu verstehen; der Wille des Täters muss die möglichen Folgen der Tat umfassen. Durch Ergänzung um dieses subjektive Element wird der Tatbestand eingeschränkt und eine ausufernde Ausweitung wird verhindert (BT-Drs 19/29638, 1). Bereits aus dem Wortlaut der Sprachnachricht wird die den Geschädigten ablehnende Haltung gegenüber deutlich. Auch ist der Angeklagte von seiner eigenen Legitimation als militärischer Befehlshaber überzeugt, sodass er es für möglich hält und auch billigend in Kauf nimmt, dass es zu entsprechenden Straftaten zu Lasten der Geschädigten kommt. Die Veröffentlichung war gerade dazu bestimmt, die Geschädigten dieser Gefahr auszusetzen.

[114] E. Der Angeklagte handelte durchgehend im Zustand der Schuldunfähigkeit im Sinne des § 20 StGB, da er auf Grund einer wahnhaften Erkrankung, einer krankhaften seelischen Störung, nicht in der Lage war, das Unrecht der Taten einzusehen. Er war danach freizusprechen.

C. Würdigung von Janick Haas

Das LG Oldenburg beschäftigte sich erstmals in einer Entscheidung mit den tatbestandlichen Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen gefährdendem Verbreiten personenbezogener Daten gem. § 126a I StGB und warf dabei – auch in Abgrenzung zu § 111 I, II StGB – einige dogmatische Fragestellungen auf.

I. Bei der rechtlichen Würdigung der Veröffentlichung der personenbezogenen Daten der Ärzte sowie der Sprachnachricht hinsichtlich einer Strafbarkeit gem. § 126a I StGB hatte sich das LG im Wesentlichen mit der tatbestandlichen Eignung und Bestimmung einer Datenverbreitung auseinanderzusetzen.

1. Es bedarf der Eignung der Datenverbreitung – hier die Veröffentlichung der personenbezogenen Daten im Telegramkanal des Angeklagten –, die betroffene Person (oder eine dieser nahestehende Person) der Gefahr der Begehung gegen sie gerichteter Straftaten auszusetzen.

a) Zur Konturierung einer solchen Eignung zog das LG entsprechend der Gesetzesbegründung[1] die „Umstände des Verbreitens“ und die „Gesamtumstände des Falles“ heran. Eine weitere Konkretisierung der nach wie vor sehr abstrakten Merkmalsbeschreibung erfolgte dann – ebenfalls entsprechend der Gesetzesbegründung – beispielhaft. So spreche etwa das „Verbreiten über eine extremistisch ausgerichtete Webseite“ für eine tatbestandsspezifische Eignung. Ebenso soll es relevant sein, wenn ein Verbreiten durch Andeutungen einen Bezug zu Straftaten herstellt, sodass das Verbreiten in die Nähe einer konkludenten Aufforderung rückt.[2]

Es ist zu klären, welche Umstände der Verbreitung verallgemeinerungsfähig für die Bejahung einer gem. § 126a I StGB tatbestandsspezifischen Eignung herangezogen werden können. Hierfür ist die Zielrichtung von § 126a StGB maßgeblich. Bezweckt wird der Schutz des „öffentlichen Friedens“ in der Ausprägung des Schutzes von Individualpersonen und der Allgemeinheit vor den Auswirkungen sog. Feindeslisten.[3] Listen mit personenbezogenen Daten und bedrohungsähnlichen Zusätzen, wie die Person könne „ja mal Besuch bekommen“ oder „gegen so jemanden müsse man mal etwas unternehmen“, lösen nach der Gesetzesbegründung bei betroffenen Personen mitunter die Sorge aus, Opfer von Straftaten zu werden.[4] Die mit einer potenziellen Verängstigung einhergehende Eignung der Datenverbreitung, die Straftatbereitschaft anderer zu wecken oder zu fördern, begründe die Strafwürdigkeit des Verhaltens.[5]

Damit adressiert das Gesetz ein durch Kommunikation geschaffenes Klima potenzieller Straftatbegehung gegenüber natürlichen Personen. Liegt ein solches Klima vor, muss dieses explizit auf die Datenverbreitung – hier die Veröffentlichung der Daten der Ärzte – zurückzuführen sein. Die Bedrohungsatmosphäre muss als Werk der datenverbreitenden Person anzusehen sein.[6] Ist der Verbreitung von Daten keine konkludente oder ausdrückliche Kommunikation zuzuordnen – so etwa bei einer bloßen Nennung von Namen oder Adressen in einem allgemeinen Kommunikationsforum –, wird sich eine Drohkulisse aus dem Verhalten

[1] BT-Drs. 19/28678, S. 10 ff.

[2] S. auch *Rackow*, in Beck’scher Online-Kommentar, StGB, 60. Ed. 2023, § 126a Rn. 8.

[3] BT-Drs. 19/28678, S. 8; s. zur Kritik hieran etwa *Vassilaki* K&R 2021, 763, 764.

[4] BT-Drs. 19/28678, S. 1.

[5] BT-Drs. 19/28678, S. 1.

[6] Vgl. *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 19. Mai 2021, S. 3 f; s. auch *Zimmerman*, in Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), StGB, 6. Aufl. 2024, § 126a Rn. 16.

nicht ableiten lassen. Erst einem dem Verbreitungsakt zugehörigen Kommunikationsakt kann entnommen werden, dass Straftaten gegen die betroffenen Personen erwünscht sind oder befürwortet werden. Es ist im Einzelfall zu untersuchen, ob kommunikative Gesichtspunkte vorliegen, die zur Verbreitung von Daten hinzutreten und diese – im Rahmen einer Auslegung – aufforderungsähnlich erscheinen lassen.

Eine entsprechende Auslegung des zugehörigen Kommunikationsakts hat das LG im Ergebnis vorgenommen. Es kam nachvollziehbar zu dem Schluss, dass die Veröffentlichung der Daten zusammen mit der Sprachnachricht, wonach die Betroffenen nunmehr „Geschichte" seien, im Zusammenhang mit den bereits verkündeten Todesurteilen geeignet war, die betroffenen Personen der Gefahr der Begehung von gegen sie gerichteten Straftaten auszusetzen.

b) Nicht weiter konkretisiert hat das LG die einschlägigen Bezugstaten, da die Eignung jedenfalls dahingehend bestanden habe, dass sich durch die früheren Urteile aufgestachelte Personen „dazu berufen fühlen, die Geschädigten [...] in ihrer persönlichen Freiheit oder körperlichen Unversehrtheit zu schädigen".

Allerdings indiziert der Wortlaut des Tatbestands von § 126a I StGB durch die getrennte Auflistung von Verbrechen in Nr. 1 und spezieller Vergehen in Nr. 2, dass eine hinreichende Konkretisierung der betreffenden Katalogtat(en) notwendig ist. Eine präzise Anwendung der Norm gebietet zudem § 260 V 1 StPO. Es ist davon auszugehen, dass eine gefährdende Datenverbreitung, die dazu geeignet ist, zu Verbrechen anzustacheln, regelmäßig schwerer wiegen wird, als dies bezüglich Vergehen insbesondere im unteren strafwürdigen Bereich[7] der Fall ist. Deshalb sind bereits auf Tatbestandsebene Feststellungen hinsichtlich der Delikte (z. B. Sachbeschädigungen gem. § 303 StGB) oder Deliktsgruppen (z. B. Straftaten gegen das Leben) zu treffen.

Hier lag es zumindest nicht allzu fern, dass auch eine Eignung zur Verbrechensförderung in Form von Tötungsdelikten bestand. Dies hätte erörtert werden müssen.

2. Das Gericht bejahte sodann auf subjektiver Tatbestandsebene, dass die Verbreitung personenbezogener Daten den konkreten Umständen

[7] Vgl. hierzu *Rackow* (Fn. 2), § 126a Rn. 10.

nach dazu bestimmt war, die betreffenden Personen der tatbestandlichen Gefahr auszusetzen. Damit folgte das LG der gesetzgeberischen Einschätzung, den Begriff „Bestimmung“ als Zielsetzung, mithin als den Willen bezüglich der möglichen Folgen der Tat aufzufassen.[8]

Die Bestimmungsklausel wird in der Literatur bislang überwiegend als objektives Merkmal erfasst, da sie an Umstände der Datenverbreitung anknüpfe.[9] Ein solches Verständnis korrespondiert mit denjenigen Stimmen, die unter Umständen des gesetzlichen Tatbestandes im Sinne von § 16 I 1 StGB allein objektive Tatbestandsmerkmale begreifen.[10] Eine entsprechende Auslegung des § 126a I StGB erscheint jedoch insbesondere mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers nicht zwingend.[11] Der Wortlaut des § 126a I StGB gibt eine subjektive Interpretation jedenfalls auch her.[12]

Wenn das LG dann aber Eventualvorsatz bezüglich des Bestimmungserfordernisses genügen lässt, trägt es der gesetzgeberischen Vorstellung hinsichtlich der anvisierten, potenziellen Tatfolgen nicht hinreichend Rechnung. Es ist bei einem subjektiven Verständnis vielmehr direkter Vorsatz im Sinne einer Absicht zu fordern.[13]

II. In den Fällen der veröffentlichten Todesurteile prüfte das LG ausschließlich eine Strafbarkeit gem. § 111 I, II StGB und blendete § 126a I StGB in diesem Zusammenhang aus. Der Tatbestand des § 126a I StGB wäre aber auch hier erfüllt gewesen, sodass das Gericht von einem Subsidiaritätsverhältnis ausgegangen sein muss.[14] Hierfür lässt sich etwa das Ansinnen des Gesetzgebers anführen, wonach § 126a StGB eine im Verhältnis zu § 111 StGB lückenschließende Funktion beizumessen sei.[15] Es soll bereits solche straftatbezogene Kommunikation sanktioniert werden, die nicht im Sinne von § 111 I, II StGB erkennbar ein bestimmtes Tun

[8] BT-Drs 19/29638, S. 1; zustimmend *Kindhäuser/Hilgendorf*, StGB, 9. Aufl. 2022, § 126a Rn. 6.

[9] S. etwa *Rackow* (Fn. 2), § 126a Rn. 9; *Gerhold*, in Schumann/Mosbacher/König (Hrsg.), Medienstrafrecht, 2023, § 126a Rn. 19 jeweils m. w. N.

[10] S. etwa *Joecks/Kulhanek*, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 7.

[11] BT-Drs. 19/31115, S. 10.

[12] A. A. insbesondere *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 126a Rn. 8.

[13] S. entsprechend *Fischer* (Fn. 12), § 126a Rn. 8; s. auch *Korenke/Kühne* NK 2022, 457, 469.

[14] S. hierzu *Rackow* (Fn. 2), § 126a Rn. 14; a. A. *Gerhold* (Fn. 9), § 126a Rn. 26.

[15] BT-Drs. 19/28678, S. 8.

von Dritten verlangt, sondern nur eine Appellähnlichkeit aufweist.[16] Insoweit ist § 126a I StGB als vorverlagertes oder abstraktes Aufforderungsdelikt zu begreifen, welches durch § 111 I, II StGB als konkretes Aufforderungsdelikt[17] verdrängt wird.

III. Das Urteil des LG Oldenburg legte einen ersten Grundstock für den gerichtlichen Umgang mit § 126a I StGB. Es setzte sich schwerpunktmäßig mit der tatbestandsspezifischen Gefahreneignung auseinander. Die insoweit angestellten Erwägungen überzeugen im Ergebnis und lassen sich auf einen notwendigen, zum Verbreitungsakt hinzutretenden Kommunikationsakt verdichten. Die im Einzelfall einschlägigen Bezugstaten sollten zukünftig präziser herausgearbeitet werden.

[16] BT-Drs. 19/28678, S. 8; s. zum notwendigen Appellcharakter der Tathandlung gem. § 111 I StGB etwa KG NStZ-RR 2002, 10, 10.

[17] Vgl. *Bosch*, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 111 Rn. 3.

Nur heiße Luft?

BGH, Beschluss vom 28.03.2023 – 4 StR 61/23

mit einer Anmerkung von Yusef Mansouri*

A. Sachverhalt (Zusf. Mansouri)

Nach den Feststellungen des Landgerichts wollte der Angeklagte T der Geschädigten O, die am Abend des 26.04.2022 in einer Gaststätte zugegen war, ihre Handtasche wegnehmen, um sich Wertgegenstände und Bargeld zu verschaffen. O befand sich rauchend vor dem Eingangsbereich in Gesellschaft von zwei Freunden, ihre Tasche legte sie neben sich auf einem Tisch ab. Zur Umsetzung seines Plans fasste T den Entschluss, O und ihre Begleiter zu bedrohen, indem er ihnen eine Luftpumpe nach Art eines Gewehres (Langwaffe) vorhielt. Dadurch wollte er erreichen, dass sie in der Annahme, es handele sich um eine Schusswaffe, aus Angst um ihre Gesundheit keinen Widerstand leisten und seinen Forderungen nachkommen würden. In Umsetzung dieses Tatplans hielt er die Luftpumpe mit ausgezogenem Kolben und mit auf Brusthöhe angehobenen Armen vor sich und trat so auf O zu. Die Luftpumpe hielt er ihr im Abstand von 20 bis 30 Zentimetern vor das Gesicht und forderte sie auf hineinzugehen. Wie von T beabsichtigt, erkannten weder O noch ihre Begleiter die Luftpumpe als eine solche. Vielmehr besorgten sie den Einsatz einer Schusswaffe und liefen daher in das Lokal. T nahm die zurückgelassene Handtasche an sich und verließ die Örtlichkeit. Bevor er sich der Tasche entledigte, entnahm er ihr das Portemonnaie der O, um es nebst Inhalt, wie unter anderem Bargeld, zu behalten.

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht an der Universität Bayreuth.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-17

B. Aus den Gründen

[…]

[5] aa) Die Vorschrift erfasst grundsätzlich alle bewusst gebrauchsbereit mitgeführten Gegenstände, die als Mittel zur Überwindung des Widerstands des Tatopfers mittels Gewalt oder Drohung geeignet sind, also auch sogenannte Scheinwaffen, d.h. Gegenstände, die objektiv ungefährlich sind und deren Verletzungstauglichkeit nur vorgetäuscht wird […]. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind allerdings vom Anwendungsbereich des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB aufgrund einer einschränkenden Auslegung solche Gegenstände auszunehmen, die für einen objektiven Beobachter schon nach ihrem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich und deshalb nicht geeignet sind, mit ihnen – etwa durch Schlagen, Stoßen, Stechen oder in ähnlicher Weise – auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken […].

[6] bb) Ein derartiger Fall liegt hier jedoch nicht vor. Die vom Angeklagten verwendete Luftpumpe war auch für einen objektiven Beobachter nicht offenkundig ungefährlich. Insbesondere durch ihren Einsatz als Schlagwerkzeug gegen empfindliche Körperstellen hätte mit ihr erheblich auf den Körper eines anderen eingewirkt werden können […]. Der Gegenstand war „seiner Art nach“ […] dazu geeignet, von dem Opfer als Bedrohung wahrgenommen zu werden. Damit steht die vom Täter zugleich beabsichtigte Täuschung des Tatopfers hinsichtlich der von dem mitgeführten Gegenstand ausgehenden Drohwirkung – hier: als vermeintliche Schusswaffe – nicht derart im Vordergrund, dass die Anwendung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB den (Wort-)Sinn des Gesetzes verfehlen würde […]. Denn eine Täuschung des Opfers wird bei dem Gebrauch jeder „Scheinwaffe“ im Hinblick auf deren objektive Ungefährlichkeit angestrebt.

[…]

C. Würdigung von Yusef Mansouri

Bei § 250 I Nr. 1 b) StGB handelt es sich um eine Qualifikation zu § 249 StGB,[1] der Auffangcharakter im Verhältnis zu lit. a zukommt.[2] Dies insbesondere in den Fällen, in denen der Täter kein „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB bei sich führt, weil es an der Gefährlichkeit[3] jenes Werkzeugs mangelt. Zu § 250 I Nr. 1 b) StGB muss man wissen: Erstens zählen zu den sonstigen Werkzeugen oder Mitteln nur solche Gegenstände, die nach ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in der konkreten Situation dazu geeignet sind, Widerstand durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.[4] Zweitens kommt der Vorschrift in der Praxis insbesondere bei sog. Scheinwaffen[5] eine erhebliche Bedeutung zu. Gemeint sind solche Mittel, denen keine objektive Gefährlichkeit für Leib oder Leben anhaftet und deren Verletzungstauglichkeit nur vorgetäuscht wird.[6] Diese wollte der Gesetzgeber auch nach der Neufassung durch das 6. StrRG dem Anwendungsbereich der Vorschrift unterfallen lassen.[7]

Die Rechtsprechung grenzt den Anwendungsbereich im Wege teleologischer Reduktion und mit Blick auf die nicht unerhebliche Strafandrohung seit einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1991[8] aber dahingehend ein, dass nicht täuschend echt aussehende Scheinwaffen – Gegenstände, deren objektive Ungefährlichkeit nach ihrem äußeren Erscheinungsbild aus Sicht eines objektiven Beobachters offenkundig auf der Hand liegt – nicht § 250 I Nr. 1 b) StGB unterfallen. Oder anders gewendet: § 250 I Nr. 1 b) StGB sei nur dort erfüllt, wo die Drohwirkung durch das objektive Erscheinungsbild des Gegenstands selbst beim Opfer vermittelt werde. Bei Werkzeugen oder Mitteln, deren (vorgespiegelte) Gefährlichkeit nur (oder zumindest schwerpunktmäßig) auf Täuschungserklärungen des Täters beruhe, sei die Schwelle zu § 250 I

---

[1] *Sander*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 1.

[2] BT-Drs. 13/9064, S. 18.

[3] Wie diese zu bestimmen ist, ist seit jeher umstritten, hierzu BGHSt 52, 257, 263 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT II, 46. Aufl. 2023, Rn. 282 ff.

[4] *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl. 2023, § 244 Rn. 4; *Otto*, Grundkurs Strafrecht BT, 7. Aufl. 2005, § 41 Rn. 57.

[5] Diese wurden schon nach altem Recht erfasst, vgl. BGHSt 24, 339, 341 (zu § 244 StGB).

[6] *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 250 Rn. 10.

[7] BT-Drs. 13/9064, 17 f. Zu den Hintergründen auch *Kreß* NJW 1998, 633, 642; zur Scheinwaffenproblematik nach der Reform *Kudlich* JR 1998, 357 ff.; zur Judikatur *Boetticher/Sander* NStZ 1999, 292, 293 ff.; *Pfuhl* ZJS 2011, 415, 416 f.; *Maier* NStZ-RR 2019, 297, 300.

[8] BGHSt 36, 116, 117 f. = BGH NStZ 1992, 129 („Plastikrohr-Fall“).

Nr. 1 b) StGB nicht überschritten, weil dann der Täuschungs- und nicht der Drohcharakter im Vordergrund stehe. Genau in dieser Abgrenzung zwischen Täuschungs- und Drohelement liegt das Problem, das deshalb bereits häufig Gegenstand höchstrichterlicher Judikatur war und beachtenswerte Kritik in der rechtswissenschaftlichen Diskussion erfahren hat.[9] Auch dieses Mal musste sich der BGH im „Luftpumpen-Fall" zu der Frage verhalten, ob § 250 I Nr. 1 b) StGB einschlägig war.

Der 4. Senat misst – in seiner Argumentation sich anlehnend an eine frühere Entscheidung des 2. Senats[10] – der Luftpumpe eine aus der Sicht eines objektiven Beobachters nicht offenkundige Ungefährlichkeit bei, wobei dies insbesondere auf ihre Eignung als Schlagwerkzeug zurückzuführen sei. So aber droht zumindest eine Verwischung der Grenzen zu § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB, lässt es doch die Rechtsprechung für die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs genügen, dass dieses aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, etwa als Stichwerkzeug zu fungieren und erhebliche Verletzungen herbeizuführen (zudem käme § 250 II Nr. 1 StGB in Betracht).[11] Im Übrigen wäre praktisch jeder Gegenstand, der „gefährlicher als weichgekochter Spargel ist"[12], unter § 250 I Nr. 1 b) StGB zu fassen. Die Eignung des Tatmittels als Stoßwerkzeug vermag die Anwendung des § 250 I Nr. 1 b) StGB daher nicht wirklich zu begründen. Für die erforderliche Abgrenzung zwischen überwiegendem Täuschungs- oder Drohcharakter sind die Kriterien nicht immer einheitlich. Eine Analyse der bisher ergangenen Entscheidungen zeigt, dass die Rechtsprechung stets „zweistufig" prüft:

Auf einer ersten Stufe ist zu klären, ob der Gegenstand schon „seiner Art" nach, also von seiner Beschaffenheit her, die besondere Gefährlichkeit mit sich bringt. Dies ist für den BGH jedenfalls bei solchen Tatmitteln nicht der Fall, die die Eignung zur erheblichen Einwirkung auf den Körper eines anderen (z.B. durch Schlagen, Stoßen, Stechen o.Ä.) vermissen lassen – sog. „offensichtlich ungefährliche Gegenstände". Wer hier eine effektive Drohwirkung erzielen will, muss diese fehlende Eignung durch „Täuschungsaufwand" („Ich bin bewaffnet"; „Da drin ist eine Bombe!"

[9] *Fischer*, § 250 Rn. 11 c; *Jäger* JA 2016, 71, 72 f.; *Preuß* HRRS 2016, 467, 470; *Bosch* JA 2007, 468, 470.

[10] BGH NStZ 2017, 581, 581 f.

[11] BGH NStZ 2012, 571, 571 f. m.w.N.; s.a. *Jäger* JA 2023, 606, 608.

[12] Polemisch und zutreffend formuliert von *Jahn* JuS 2023, 694, 696.

o.Ä.) ausgleichen. Die Strafe aus § 250 I StGB scheint aber dort unangemessen hoch, wo sich der Räuber eines derartigen Täuschungsaufwandes bedient. Hat man dies erst einmal festgestellt, mag man meinen, dass es bei jenen offensichtlich ungefährlichen Gegenständen gar nicht mehr auf den konkreten Einsatz ankommen soll,[13] sie also grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des § 250 I Nr. 1 b) StGB unterfallen.

Das ist aber nur „grundsätzlich" so, weil die einschränkende Auslegung der Rechtsprechung nicht mehr die Regel ist und ihrerseits praktisch zur Ausnahme wird. Nach Ansicht des BGH führt Täuschung per se nicht zum Ausschluss der Vorschrift, die rechtliche Bewertung hängt vielmehr von einem zweiten Schritt ab: dem graduellen Einschlag der Täuschung. Je nach Ausmaß bleibt die Anwendung des § 250 I Nr. 1 b) StGB weiterhin möglich. Wie offensichtlich (un-)gefährlich ein Gegenstand aussieht und welche Qualität die Täuschung im Einzelfall hat, das beurteilt sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht aus der Sicht des Opfers, sondern aus der eines objektiven Dritten.[14] Sinneswahrnehmungen finden dabei unterschiedlich Berücksichtigung, eine klare Linie lässt sich indes nicht finden. So sollen ein von hinten auf den Hals gedrückter metallischer Gegenstand, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll),[15] ein von hinten in den Rücken gedrückter Lippenpflegestift[16] oder eine in der Jackentasche verborgene grellbunte Wasserpistole[17] aufgrund des vordergründigen Täuschungselements zu einer Ablehnung, eine nicht wahrnehmbare (vermeintliche) Bombe im Koffer[18] oder in einer Sporttasche (verbunden mit der Drohung mit einem vorgeblich zur Zündung fungierenden Handy)[19] hingegen zur Annahme des § 250 I Nr. 1 b) StGB führen.

Diese Fälle eint aber bei genauerer Betrachtung die Feststellung, dass es sehr wohl auf den „Einsatz" des Werkzeugs ankommt, und zwar insoweit, als es mit Hilfe der täuschenden Erklärungen des Täters einen Schleier der Wahrheit schafft, der das Opfer an gefährliche Gegenstände

---

[13] So noch etwa BGH NStZ 1997, 184, 184 f.: „War damit der Labellostift aber schon für sich genommen kein taugliches Tatmittel i.S.d. § 250 I Nr. 2 StGB, so kommt es auf die konkreten Umstände seines Einsatzes nicht an."

[14] BGH NStZ 2011, 703; NStZ 2011, 278; zu den verschiedenen Perspektiven juristischer Entscheidungen *Morlok* RW 2019, 262 ff.

[15] BGH NStZ 2007, 332, 333.

[16] BGH NStZ 1997, 184.

[17] BGH NStZ 2011, 703.

[18] BGH NStZ 2016, 215, 216.

[19] BGH NStZ 2011, 278.

glauben lässt. Damit kann – entgegen der Bemerkung des Senats, der im zugrundeliegenden Sachverhalt primär auf die Drohwirkung der Luftpumpe als Schlagwerkzeug abstellt – wiederum jeder bewusst vom Täter eingesetzte ungefährliche Gegenstand durch Täuschung die entsprechende Zwangslage beim Opfer bewirken und die Tür zu § 250 I Nr. 1 b) StGB öffnen. So wird der Anwendungsbereich freilich erweitert (und ob dies zu begrüßen ist, steht auf einem anderen Blatt). Es ist aber gerade die Täuschung, die regelmäßig zur Annahme und nicht umgekehrt zur Ablehnung der Vorschrift führt. So auch im hiesigen Fall: T machte sich die Umstände (Dunkelheit, Form der Luftpumpe) zu Nutze und vermittelte über seine Kommunikation die bei O erzielte Drohwirkung – damit kam es auf die Eignung der Luftpumpe als Schlagwerkzeug nicht an. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung ist die Entscheidung daher zwar in der Sache, nicht aber in der Begründung nachvollziehbar.

Soyer (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Wettbewerb und Menschenrechtsschutz. Projektband I: Perspektiven des Wirtschaftsvölkerstrafrechts

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023, 928 S., geb. € 249,-.

Theresa Schweiger, München*

Im Kontext unternehmensstrafrechtlicher Fragestellungen taucht der Topos der Menschenrechte üblicherweise selten auf. Dies verwundert nicht, sind mit den Menschenrechten als originär völkerrechtlicher Materie und dem Unternehmensstrafrecht als typischerweise strafrechtlicher Disziplin doch zwei prinzipiell verschiedene Rechtsbereiche betroffen. Aus diesem Grund wurden und werden Aspekte der strafrechtlichen Regulierung unternehmerischer Betätigung bislang auch kaum mit dem staatlich motivierten Anliegen eines effektiven Schutzes der Menschenrechte in Verbindung gebracht. Wirft man jedoch einen Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, so folgt recht schnell die Erkenntnis, dass nationale wie auch supranationale staatliche Institutionen zunehmend bemüht sind, durch rechtliche Kautelen die Beachtung menschenrechtlicher Standards bei der wirtschaftlichen Betätigung von (inter-)national agierenden Unternehmen abzusichern und gegebenenfalls auch mittels (para-)strafrechtlicher Sanktionen durchzusetzen. Eindeutigster und aktuellster Beweis hierfür ist das in Deutschland zu Beginn des letzten Jahres in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)[1], mit dem Unternehmen für menschenrechtsverletzende Vorgänge bzw. deren fehlende Unterbindung in grenzüberschreitenden Produktionsketten zur Verantwortung gezogen werden sollen. Aber nicht nur das LkSG belegt

* Die Verfasserin ist Akad. Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie von Herrn Prof. Dr. Frank Saliger an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

[1] BGBl. 2021 I, S. 2959.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-18

diesen Trend einer immer stärker werdenden Einbindung von Unternehmen in die Einhaltung und Umsetzung von Sorgfalts- und Schutzpflichten. Auch die Regularien der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)[2], des Digital Markets Act (DMA)[3] oder des Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG)[4] sind beispielhafter Ausdruck des Bestrebens, durch die Etablierung sanktionsbelegter Verhaltenspflichten (vgl. § 24 LKSG, Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO, Art. 30 DMA, § 40 HinSchG) einen fairen und gleichen Wettbewerb zu gewährleisten und auf diese Weise wirtschaftlich tätige Entitäten – sei es unmittelbar oder mittelbar – zur Beachtung menschenrechtlicher Grundsätze anzuhalten.

Bezieht man diese Entwicklung auf multinationale Unternehmen und ihre Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen in den von ihnen häufig als Produktionsstätten gewählten, regelmäßig unterentwickelten Regionen dieser Erde, dann treten die im Untertitel erwähnten Perspektiven eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts deutlich zutage. In Zeiten, in denen der Ruf nach mehr Corporate Social Responsibility (CSR) immer lauter wird und Unternehmen mit stetig wachsenden Compliance-Pflichten belegt werden, trifft die Frage nach einer Verbandsverantwortlichkeit auf völkerstrafrechtlicher Ebene einen augenfälligen Nerv der Zeit, denn: „Nationale Rechtsordnungen wie auch das Völkerrecht vermögen es in ihrer derzeitigen Verfasstheit nicht, bestehende Regelungsdefizite, das latente Verletzungsrisiko für Menschenrechte sowie damit einhergehende wettbewerbsrechtliche Verzerrungen wirksam zu handhaben.“ (S. 24). Es ist als das große Verdienst des Herausgebers anzusehen, mit seinem im März 2020 an der Johannes Kepler Universität Linz (JKU) gestarteten Forschungsprojekt „Unternehmensstrafrecht im globalen Wettbewerb und Menschenrechtsschutz (UWM)“, aus dem der nunmehr erste Projektband zu „Perspektiven des Wirtschaftsvölkerstrafrechts“ hervorgegangen ist, einen gewichtigen Beitrag zu diesem dogmatisch fordernden wie rechtspolitisch akuten Anliegen geleistet zu haben.

---

[2] Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 vom 4.5.2016.

[3] Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12.10.2022.

[4] BGBl. 2023 I, Nr. 140.

Der Projektband gliedert sich in insgesamt sechs Kapitel, denen ein bündiges Vorwort von Michael Kubiciel vorangestellt ist. Im ersten Kapitel lässt es sich der Herausgeber nicht nehmen, selbst das Ziel des breit angelegten und drittmittelfinanzierten Forschungsprojektes zu umreißen, mit welchem „das Unternehmensstrafrecht als bedeutsamer Ordnungsfaktor im Lichte des Gebots eines internationalen Menschenrechtsschutzes“ (S. 23) fokussiert werden soll. Forschungsgegenstand sind in erster Linie transnational agierende Unternehmen, die aufgrund ihrer strukturellen Verfasstheit und Größe als „big player“ des internationalen Wettbewerbs entscheidenden Einfluss auf die Weltwirtschaft und damit auch auf die ökonomischen und sozialen Verhältnisse in den Ländern besitzen, die allein aufgrund von Standortvorteilen in die Wertschöpfungs- oder Produktionskette integriert sind. Menschenrechtsverletzungen, die häufig und gerade in diesen Ländern auftreten, sind bislang einer rechtlichen Ahndung nur im Rahmen des Völker(straf)rechts zugeführt worden und dies auch nur dann, wenn staatliche Akteure involviert waren. Wenn jedoch internationale Unternehmensaktivitäten den Ursprung von menschenrechtsverletzenden Umständen bilden, dann greifen derzeit sowohl das Völker(straf)recht als auch das im internationalen Vergleich sehr unterschiedlich ausgeprägte Unternehmensstrafrecht zu kurz.

Genau an diesem Punkt setzt das vom Herausgeber initiierte Forschungsprojekt an, das den Zusammenhang zwischen wirtschaftlich nachvollziehbarem Wettbewerb und zugleich steigendem Risiko für Menschenrechtsverletzungen identifiziert und mit seinen Untersuchungen entscheidende Impulse zur Entwicklung eines international harmonisierten Unternehmensstrafrechts beitragen will. Die ersten vier Abhandlungen zur Grundlegung einer völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden (Pollak), zum Völkerstrafrecht und der Rolle von Unternehmensangehörigen (Schäffler), zu CSR und Unternehmensstrafrecht (Amara) sowie zur Regulierung der Nachhaltigkeit in der EU (Kathollnig) sind in dem hier zu besprechenden Projektband zu finden. Mindestens vier weitere Untersuchungen zu einer Political und Administrative Judgement Rule (Marsch), zu den Strafrechtlichen Implikationen von CSR (Amara), zur Begründung der Zurechnungskriterien des Strafanwendungsrechts im Lichte des öVbVG (Erbilen) sowie zur Repressive Criminal Compliance (Pollak) sollen in einem oder zwei weiteren Projektbänden bis zum Projektschluss im Herbst 2025 folgen.

Bevor sich das Werk dem ersten Untersuchungsbeitrag widmet, zeichnet der Herausgeber gemeinsam mit Stefan Schumann im zweiten Kapitel den allgemeinen Trend hin zu einer verstärkten Unternehmenshaftung nach und führt auf diese Weise in die Thematik des Projektbandes ein. Die Autoren machen deutlich, dass sich das unternehmerische Haftungsportfolio längst nicht mehr auf wettbewerbsrelevante Verstöße beschränkt, sondern zunehmend die auch strafrechtliche Absicherung von CSR zum Schutz von Umwelt-, Sozial- und Menschenrechtsstandards in den Fokus rückt. Für transnationale Unternehmen bedeuten unterschiedliche Haftungsregimes in ihren jeweiligen Heimatländern als status quo potentielle Wettbewerbsnachteile, die es im Sinne eines effektiven Menschenrechtsschutzes zu beseitigen oder jedenfalls abzumildern gilt. Denn nur wenn sich das Haftungsrisiko für menschenrechtsverletzende Produktions- und Dienstleistungen – idealiter weltweit – auf einem identischen Niveau bewegt, kann ein wirksamer Menschenrechtsschutz ohne relevante Wettbewerbsverzerrungen nachhaltig erreicht werden. Dass dieses hehre Ziel rechtlich nur durch eine Zusammenarbeit und Verzahnung der betroffenen Rechtsgebiete, vor allem des Völker- und des Strafrechts, zu erreichen ist, haben die Verfasser treffend benannt: „Ein Grenzgang zwischen den hier gegenständlichen Rechtsmaterien und den in Betracht kommenden Wissenschaftsdisziplinen ist Voraussetzung, sucht man die Haftung von transnationalen Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, ihre Steuerung, die Bedingungen für wettbewerbsrechtliche Fairness und einen Ordnungsrahmen auszuloten.“ (S. 40). Unter diesem Leitmotiv sind die in den nachfolgenden Kapiteln abgebildeten Forschungsbeiträge zu sehen, die – mit Ausnahme des Beitrags von Kathollnig – allesamt auf abgeschlossenen oder laufenden Dissertationsvorhaben basieren.

Den Auftakt macht Sergio Pollak im dritten Kapitel mit einer sehr lesenswerten Abhandlung zur Grundlegung einer völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden, mit der die rechtsdogmatischen, -theoretischen und -soziologischen Voraussetzungen eines supranationalen Verbandsstrafrechts de lege ferenda untersucht werden. Der Autor setzt hierfür bei der völkerstrafrechtlichen Ordnung als rechtlicher Bezugsebene an und hält es unter Anknüpfung an das systemische Zurechnungsmodell des Völkerstrafrechts für möglich, transnationalen Verbän-

den bei hinreichender Binnenkomplexität eine völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit zuzuerkennen. Als taugliche Strafrechtssubjekte seien transnationale Verbände sodann fähig, durch originäres Verbandsunrecht in Gestalt von vorwerfbarer Desorganisation Verbandsschuld auf sich zu laden, die vorzugsweise mit einer Verbandsgeldstrafe als wirtschaftlicher Freiheitsbeschränkung zu ahnden sei. Pollak kommt in seiner Arbeit zu dem Ergebnis, dass die dogmatischen und rechtstheoretischen Voraussetzungen einer künftigen supranationalen Verbandsstrafrechtsordnung vorliegen und plädiert für ihren Einsatz zur Sanktionierung von Menschenrechtsverletzungen als Folge der wirtschaftlichen Betätigung transnationaler Unternehmen.

Nikolai Schäffler fokussiert im vierten Kapitel die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmensangehörigen, die durch die Installation und Aufrechterhaltung globaler Lieferketten einen erheblichen Anteil an den zum Teil schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen in den als Produktionsstätten genutzten Ländern des globalen Südens haben. Er untersucht hierfür zentral die Möglichkeit der Zurechnung eines völkerrechtlichen Verbrechens zu den Handlungen westlicher Unternehmensangehöriger nach dem Beteiligungssystem des Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut und setzt sich insbesondere mit der Frage der Strafbarkeit berufstypischer Handlungen auseinander. Mittels einer eingehenden Subsumtion des relevanten unternehmerischen Verhaltens unter die Tatbestände des IStGH-Status konzipiert Schäffler überzeugend eine völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmensangehörigen für Menschenrechtsverletzungen, die ihren Ursprung am Anfang der Lieferkette, d.h. regelmäßig in den Ländern mit sowohl rechtlich als auch staatlich defizitären Strukturen, nehmen.

Es folgt im fünften Kapitel ein ansprechender Beitrag von Nihad Amara zur Integrationsfähigkeit von CSR als klassischem soft law in das typischerweise auf „harte“ Sanktionen ausgerichtete Strafrechtssystem. Hintergrund der Untersuchung ist das Anliegen, Maßgaben zu CSR aus ihrer bisherigen völkerrechtlichen Isolation zu heben und Ansätze zur Schaffung eines verbindlichen Rechtsrahmens für unternehmerische Verantwortung zu entwickeln. Der Autor legt dar, dass es mit dem unternehmerischen Sorgfaltsmaßstab im Bereich der Verbandsverantwortlichkeit sowie mit der nichtfinanziellen Berichtspflicht im Bereich des Bilanzstrafrechts bereits Anwendungsfälle im geltenden Recht gibt, in denen Vorgaben zu CSR eine strafrechtliche Absicherung erfahren haben.

Diese könnten als Blaupause für die Ausarbeitung einer künftigen funktionalen Verbindung von CSR und Strafrecht dienen und dabei helfen, den Weg für eine rechtliche Rahmensetzung unternehmerischer Verantwortung infolge wirtschaftlicher Betätigung zu bereiten.

Den Abschluss des Bandes bildet das sechste Kapitel, in welchem Christoph Kathollnig die Bemühungen innerhalb der EU zur Errichtung einer nachhaltigen Finanzwirtschaft und ihre Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft nachzeichnet. In dem bemerkenswerten Beitrag analysiert der Autor die zunehmende Verrechtlichung des Nachhaltigkeitsthemas, das lange als freiwilliges Engagement verstanden wurde, u.a. anhand der europäischen Offenlegungs[5]- und Taxonomieverordnung[6]. Dass sich diese Entwicklung zunehmender politischer Initiativen zur Steigerung nachhaltiger Wirtschaftsprojekte nicht auf die Bereiche des Europa- und Kapitalmarktrechts beschränkt, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen zeitigen wird, belegt Kathollnig mit einer kurzen Studie zur möglichen Betrugsstrafbarkeit des sog. „Greenwashings" von Finanzprodukten. Auch wenn hier noch viele Rechtsfragen offen sind, zeigt der Beitrag eindrucksvoll, vor welche Herausforderungen die (Straf-)Rechtswissenschaft durch die Regulierung des Nachhaltigkeitsaspektes noch gestellt werden wird.

Fazit: Für jeden, der einen umfassenden Einblick in die aktuelle Diskussion um die Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts mit seinen rechtsdogmatischen und -theoretischen Herausforderungen erlangen möchte, stellt das hier besprochene Werk ein absolutes „Must-Read" dar. Wem das nicht reicht, der darf freudig gespannt auf den zweiten Projektband sein, der weitere zentrale Fragestellungen zur unternehmensstrafrechtlichen Steuerung und Haftung transnational agierender Unternehmen in den Blick nehmen wird.

[5] Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. L 317 vom 9.12.2019.

[6] Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. L 198/13 vom 22.6.2022.

Strafrecht und Krise – Tagungsbericht zum Zehnten Symposium des Jungen Strafrechts vom 14. bis 16. März 2024 in Berlin

Alessandro Giannini und Max Mewes, München*

ABSTRACT

Von der Finanz- und Eurokrise über die „Migrationskrise“ bis hin zur Corona- und Klimakrise: Gerade die zeitliche Koinzidenz und Überlagerung verschiedener Krisen stellt auch das Strafrecht vor Herausforderungen. Die hierdurch entstandenen Rechtsprobleme waren Gegenstand des Symposiums des Jungen Strafrechts, das ausgehend von den Grundlagen des Strafrechts als Mittel der Krisenbewältigung den strafrechtlichen Umgang mit einzelnen Krisen kritisch beleuchtete.

Das 10. Symposium des Jungen Strafrechts fand vom 14. bis 16. März 2024 an der Humboldt-Universität zu Berlin statt und wurde von Dr. Anneke Petzsche (HU Berlin), Dr. Inga Schuchmann (HU Berlin), Dr. Leonie Steinl (Münster) und Dr. Andreas Werkmeister (HU Berlin) organisiert. Zur Jubiläumstagung fanden sich unter dem Leitthema „Strafrecht und Krise“ rund 150 Nachwuchswissenschaftler*innen zusammen, um über den Anspruch und den Zustand des Strafrechts im Angesicht multipolarer Krisenerfahrungen zu diskutieren.

A. Rahmenprogramm

Das Organisationsteam hat dabei auch abseits der Vorträge einen gelungenen Rahmen für den persönlichen und wissenschaftlichen Austausch

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ralf Kölbel an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Da es sich bei diesem Beitrag um einen Tagungsbericht handelt, wurde von einem Peer-Review-Verfahren abgesehen.

CC BY ND

https://doi.org/10.61039/29427509-2024-19

geschaffen. Als Besonderheit kann dabei der von Dr. Anna Knaps (Referentin DFG-Geschäftsstelle) und Prof. Dr. Katrin Höffler (Leipzig/Sprecherin DFG-Fachkollegium Rechtswissenschaften) angebotene Workshop zum Thema „DFG-Drittmittel: eigene Stelle & Co." angeführt werden. Das Hauptaugenmerk galt hier den einzelnen Förderprogrammen in der Postdoc-Phase. Den Teilnehmer*innen wurden wertvolle Tipps zur Antragsstellung und interessante Einblicke in die Entscheidungsprozesse der DFG gegeben.

B. Eröffnungsveranstaltung

Die Eröffnungsveranstaltung fand im Senatssaal statt, der als Herzstück der HU Berlin bezeichnet werden kann. Im Rahmen der einleitenden Worte durch Prof. Dr. Philipp Dann (Prodekan für Forschung der juristischen Fakultät der HU Berlin) hob dieser neben der Themenbeschreibung („Strafrecht und Krise" und eben nicht „Krise des Strafrechts") insbesondere die innovativen Vortragsthemen hervor.

Als Keynotespeaker konnte Wolfgang Kaleck mit einem Vortrag „Zur dunkleren und helleren Seite des Strafrechts – In Zeiten multipler Krisen" gewonnen werden, der sich als Rechtsanwalt und Gründer des ECCHR seit Jahrzehnten für die Durchsetzung der Menschenrechte einsetzt. *Kaleck* zeichnete ein von Ambivalenzen geprägtes Bild des Strafrechts. Auf der dunklen Seite führte sein Vortrag durch eine Kriminalisierung der Solidarität mit Palästina, über den Einsatz strafrechtlicher Mittel zur Bewältigung der Klimaproteste bis hin zur Pönalisierung von Fluchtverhalten in der Migrationskrise. Die hellere Seite erblickte *Kaleck* in den Forderungen nach der Kriminalisierung von Pushbacks, der Rolle des Strafrechts im Umgang mit Umwelt- und Klimazerstörungen sowie deren Bedeutung im Völkerrecht. Gerade die hellere Seite sei aber in erheblichem Maße selektiv, was sich insbesondere in der defizitären Durchsetzung völkerstrafrechtlicher Normen zeige (beschränkte Auswahl verfolgter Personen und aufgearbeiteter Konflikte). Diese Selektivität wirke sich destruktiv auf das Gesamtsystem des Völkerstrafrechts aus. Eine trennscharfe Unterteilung in hell und dunkel sei im Ergebnis daher nicht möglich – vielmehr gingen positive und negative Aspekte des Strafrechts stets Hand in Hand. Ziel müsse es sein, diese Ambivalenzen herauszuarbeiten, wenn auf das Mittel des Strafrechts zurückgegriffen werde. *Kaleck* schloss den Vortrag mit einem Appell an die (künftige)

Strafrechtswissenschaft, sich primär als Strafrechtsbegrenzungswissenschaft zu verstehen.

In der sich anschließenden Diskussion wurde das Augenmerk auf das menschenrechtliche Paradigma gelegt und die Frage aufgeworfen, ob auch die Menschenrechte ambivalent seien, indem sie als Grund und Grenze einer Kriminalisierung fungieren könnten. In Bezug auf das Völkerstrafrecht wurde mitunter die Einbindung der Betroffenen in völkerstrafrechtlichen Prozessen diskutiert. *Kaleck* trat einer etwaigen Skepsis gegenüber der Nebenklage entschieden entgegen. Er bekräftigte seine Ansicht, wonach das Strafrecht im Ausgangspunkt natürlich dunkel sei, insofern es Leid bei den Betroffenen verursache, aber es Bereiche gebe, in denen man ohne das Strafrecht – jedenfalls bis zur Entwicklung tauglicher Alternativen – nicht auskomme.

C. „Grundlagen: Zwischen Intervention und Transformation“

Den Auftakt des zweiten Tagungstages bildete ein Panel zu „Grundlagen: Zwischen Intervention und Transformation“ unter der Moderation von Dr. Jara Streuer (Münster).

I. „Reaktives Strafrecht als Mittel der Krisenintervention“ von Dr. Hannah Ofterdinger (Hamburg)

Dr. Hannah Ofterdinger nahm in ihrem Vortrag zunächst den Begriff der Krise näher unter die Lupe. Als Mittel der Krisenbewältigung komme auch ein „reaktives Strafrecht“ im Sinne einer strafrechtlichen Ad-hoc-Gesetzgebung in Betracht (Krisenstrafrecht). Ein solches sei dadurch charakterisiert, dass nicht ausreichend Zeit für eine Reform im Sinne einer umfassenden Neubewertung und -gestaltung zur Verfügung stehe, sondern punktuelle Änderungen spezifischer Problemstellungen im Vordergrund stünden. *Ofterdinger* rekurrierte auf zwei kriminalpolitische Reaktionen der jüngeren Vergangenheit: Zum einen die Anpassung der Urkundendelikte (Corona-Krise), zum anderen die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Migrationskrise). In der Folge führte *Ofterdinger* die Unterscheidung zwischen echtem und vermeintlichem Krisenstrafrecht ein. Der ersten Kategorie ordnete sie die Änderung der §§ 277, 279 StGB zu, da der Gesetzgeber hiermit das Ziel verfolgt habe, die von der Corona-Pandemie bedrohten Rechtgüter Leib und Leben zu schüt-

zen. Die Einführung des neuen Straftatbestandes aus § 184j StGB unterfalle hingegen der zweiten Kategorie. Die sog. Migrations- oder Flüchtlingskrise sei in Wahrheit eine Krise der Unterbringung und Integration. Im Hinblick darauf leiste die Strafvorschrift aber keinen Beitrag, sondern stelle lediglich eine Reaktion auf ein durch medialen Druck befeuertes Bedrohungsgefühl der Bevölkerung dar. Daher könne die Vorschrift mangels effektiven Rechtsgüterschutzes dem symbolischen Strafrecht zugeschrieben werden. *Ofterdinger* schloss den Vortrag mit dem Resümee, dass das Strafrecht nicht zur vermeintlichen Bewältigung von Krisen vorgeschoben werden dürfe.

Im Rahmen der sich anschließenden Diskussion wurde hinterfragt, ob das Phänomen des „reaktiven Strafrechts" nicht treffender durch die Bezeichnung eines „reaktiven Strafgesetzes bzw. Strafgesetzgebers" erfasst werden könne. Zudem wurde thematisiert, inwieweit das von *Ofterdinger* eingeführte Begriffspaar echtes und vermeintliches Krisenstrafrecht Rückschlüsse auf ein legitimes oder illegitimes Strafrecht zuließe.

II. „Sozialnormative Kriminalpolitik" von Florian Rebmann und Simon Schlicksupp (Tübingen)

Im zweiten Vortrag des Panels zu den Grundlagen präsentierte Florian Rebmann einen mit Simon Schlicksupp ausgearbeiteten Vortrag, dem Überlegungen zu einer neuen Strömung in der Kriminalpolitik zugrunde lagen, die das Strafrecht zur Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse nutzen möchte. Zunächst ordnete *Rebmann* die neueren Tendenzen in der Kriminalpolitik in ihren ideengeschichtlichen Hintergrund ein, ausgehend von der Theorie der positiven Generalprävention. Durch die Strafe sollte die Normgeltung verstärkt werden und somit als Stütze bestimmter sozialnormativer Strukturen dienen. In den 70er-Jahren kam es zu einem Paradigmenwechsel: Beruhend auf der Annahme, dass es sich bei Kriminalität um einen Prozess der gesellschaftlichen Zuschreibung handle, widmete sich die Kriminologie vornehmlich der Frage, warum bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden. Der Fokus richtete sich dabei insbesondere auf die überproportionale Erfassung marginalisierter Bevölkerungsgruppen. Dies kulminierte in Forderungen, das Strafrecht als Herrschaftsinstrument von privilegierten Gruppen abzuschaffen bzw. einzuschränken, da das Strafrechtssystem – trotz

normativ geforderter Gleichheit – realiter zu einer historisch gewachsenen Ungleichheit beitrage, mithin sozialnormreproduzierend wirke. Nach neueren kriminalpolitischen Strömungen soll das Strafrecht dazu eingesetzt werden, aktiv eine Veränderung der Verhältnisse hin zu einer nachhaltigen, pluralen und geschlechtergerechten Gesellschaft voranzutreiben. Durch die Setzung von Strafrechtsnormen könnten gesellschaftliche Wertvorstellungen transformiert werden (sog. sozialnormtransformative Kriminalpolitik). Schließlich erläuterte *Rebmann* die epistemischen Grundannahmen für die Erwartungen an eine solche Strafrechtskonzeption.

In der Diskussion wurde das „social engineering" als Aufgabe des Strafrechts kritisch gewürdigt. Zudem wurde eine sozialnormtransformative Kriminalpolitik vor dem Hintergrund bezweifelt, dass sich bei Erlass der Strafnorm eine bestimmte gesellschaftliche Überzeugung bereits gebildet habe und ihr daher keine transformative, sondern bloße affirmative Kraft zukäme. Schließlich wurde die Eignung des Strafrechts als Mittel des Staates zur Kommunikation mit seinen Bürgern in einer modernen und informierten Gesellschaft in grundlegender Hinsicht in Frage gestellt.

D. „Strafrecht in der Klimakrise"

An die Behandlung der Grundlagen des Krisenstrafrechts schloss sich das Panel „Strafrecht in der Klimakrise" unter der Moderation von Tobias Gafus (Doktorand an der Freien Universität Berlin und Rechtsanwalt bei Redeker Sellner Dahs) an.

I. „Strafrechtliche Rechtsanwendung und Gesetzgebung in Zeiten des Klimawandels" von Dr. Nina Schrott (München)

Den Auftakt machte Dr. Nina Schrott, die zunächst feststellte, dass im deutschen Strafrecht keine unmittelbar klimaschützende Norm existiere. Strafrechtliche Bedeutung erlange der Klimaschutz nur über mittelbar klimaschützende Normen; Klimafolgeschäden ließen sich u. a. über die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte erfassen. Sodann lenkte *Schrott* den Blick auf die künftige Ausgestaltung des Klimastrafrechts. Dem Strafgesetzgeber stünde insoweit eine Vielzahl an Handlungsmöglichkeiten offen – von der Schaffung neuer Straftatbestände bis hin zur Entkriminalisierung klimaschützender Verhaltensweisen. Dabei dürften

aber nicht die Grenzen und Gefahren der Strafgesetzgebung außer Acht gelassen werden. Die Rechtsanwendung habe sich bisher im Hinblick auf die Berücksichtigung des Klimaschutzes weitgehend als zahnloser Tiger erwiesen. *Schrott* warf daher die Frage auf, ob die verfassungskonforme bzw. -orientierte Auslegung (Staatszielbestimmung des Art. 20a GG) einen methodischen Ausweg aus der strafrechtlichen Klimakrise darstellen könnte. Eine solche verfassungskonforme Auslegung (verstanden in einem weiten Sinne) sei allerdings nur innerhalb der methodischen Grenzen möglich, die in äußere (Wortlaut, Wille des Gesetzgebers, Gewaltenteilung) und innere (Wertungsoffenheit der Norm) unterteilt werden könnten. Anhand dieser Vorgaben analysierte *Schrott* die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung i. w. S. hinsichtlich zweier Phänomene: Sitzblockaden durch Klimaaktivist*innen und das „Containern". Bezüglich ersteren sah *Schrott* eine Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung des § 240 StGB aufgrund der Wertungsoffenheit des Kriteriums als methodisch möglich und geboten an, welche aber nicht stets eine Rechtfertigung der Tat zur Folge haben müsse. Im Hinblick auf die Strafbarkeit des „Containerns" gelangte *Schrott* zu einem divergierenden Ergebnis: Die Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Belange über den Eigentumsbegriff sei hier wegen des „Primats des einfachen Rechts" unzulässig, da der Gesetzgeber den Interessenkonflikt in den Regeln über die Aufgabe des Eigentums sowie insbesondere durch die §§ 903 ff. BGB abschließend gelöst habe. In Anbetracht der dargestellten Handlungsoptionen für Gesetzgeber und Rechtsanwender*innen kam *Schrott* zu dem Fazit, dass eine Zukunftssicherung im Wege des Strafrechts schon zum heutigen Zeitpunkt keine Utopie mehr darstelle.

Die Diskussion griff zunächst die Qualifikation von Sitzblockaden als Gewalt nach der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" auf. Diese sorgte gerade aus österreichischer Perspektive für Verwunderung, weil die dortige strafrechtliche Praxis passiven Widerstand einhellig nicht als Gewalt qualifiziere. Darüber hinaus wurde die Frage aufgeworfen, ob einer verfassungskonformen Auslegung auch eine strafrechtserweiternde Wirkung zukommen und somit ein Mindestmaß an Klimaschutz gewährleisten könne.

II. „Nahrungsmittelkrise in der Klimakrise: Strafrechtliche Handlungsoptionen gegen die Verschwendung von Lebensmitteln“ von Dr. Jennifer Grafe (Bochum)

Dr. Jennifer Grafe befasste sich in ihrem Vortrag mit den strafrechtlichen Handlungsoptionen in der Nahrungsmittelkrise als Unterform der Klimakrise. *Grafe* beschrieb zunächst die Dimensionen der Lebensmittelverschwendung anhand verschiedener Statistiken. Diese bedinge einen Mehrbedarf, dessen Befriedigung eine Inanspruchnahme von Ressourcen erforderlich mache, die künftig nicht mehr zur Verfügung stünden. Prognostisch werde es daher auch in Deutschland zu einer Lebensmittelknappheit kommen. Im Hinblick auf die strafrechtlichen Handlungsoptionen gegen die Verschwendung von Lebensmitteln ging *Grafe* zunächst auf das „Containern“ ein. Nach Streichung der Privilegierung des Mundraubs in § 370 Nr. 5 StGB a. F. werde die Zueignung von Lebensmitteln nun indifferent als Diebstahl verfolgt, wobei Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch als Begleittaten in Betracht kämen. Nachdem das BVerfG den strafrechtlichen Schutz entsorgter Lebensmittel gebilligt habe, komme eine Rechtfertigung des „Containerns“ nur in akuten Notsituationen in Betracht. *Grafe* richtete daher den Blick auf mögliche Reformen. Der Gesetzesvorschlag (BT-Drucks. 20/4421), die Möglichkeit des Absehens von der Verfolgung zu normieren, wenn sich die Tat auf den Diebstahl bestimmter Lebensmittel bezieht, wurde (unter Verweis auf konstruktive Mängel und den symbolischen Charakter mit geringer Wirksamkeit) als unzureichend verworfen. *Grafe* richtete daher den Blick auf alternative Regelungskonzepte wie das in Frankreich existente Verbot des Wegwerfens verzehrbarer Lebensmittel oder steuerliche Anreize, wie sie etwa Italien mit der Möglichkeit der Spende von verzehrbaren Lebensmitteln bereithält. Allerdings sei fraglich, ob diese Maßnahmen der Bedeutung des Themas auch in zukünftigen Konfliktlagen ausreichend Rechnung tragen würden. Unter dem Topos „Utopien und Dystopien – Ein Blick in die Zukunft“ diskutierte *Grafe* daher, ob der Verschwendung von Lebensmitteln nicht durch die Normierung eines entsprechenden Straftatbestandes effektiv entgegengetreten werden könne. Vorgestellt wurden dabei verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung eines solchen Tatbestandes, ausgehend von der umfassenden Kriminalisierung des Entsorgens von zum Verzehr durch einen Menschen geeigneten Lebensmitteln bis hin zur Beschränkung auf die Entsorgung nicht geringer Mengen von Lebensmitteln.

Die anschließende Diskussion griff den Vorschlag der Schaffung eines neuen Tatbestandes auf. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass es eine Bestrafung der Supermarktmitarbeiter*innen nach Möglichkeit zu vermeiden gelte (Ausgestaltung als „leadership crime"). Insgesamt wurde die Einführung einer neuen Strafvorschrift auch unter Verweis auf außerstrafrechtliche Alternativen (z.B. ökonomische Anreize zur Preisbildung) kritisch betrachtet, woraufhin *Grafe* das Gedankenspiel mit ihrer Zeichnung einer Dystopie verteidigte.

III. „Zur Rechtfertigungsmöglichkeit von Sitzblockaden durch Klimakleber" von Tjarda Tiedeken (Frankfurt a.M.)

Den Abschluss des Panels bildete der Vortrag von Tjarda Tiedeken, die zunächst in ihre Arbeitsdefinition des zivilen Ungehorsams einführte. Dieser zeichne sich insbesondere durch die Überschreitung geltenden Rechts aus und sei Mittel zur Überzeugung der Allgemeinheit von einer Minderheitsmeinung. In Bezug auf die Sitzblockaden der Klimakleber arbeitete *Tiedeken* heraus, dass diese nicht dem „typischen" zivilen Ungehorsam unterfielen, weswegen die Möglichkeit einer Rechtfertigung neu überdacht werden müsse. Dieser stelle zunächst kein Mittel zur Überzeugung von einer *Minderheits*meinung dar. Denn durch die Umsetzung des Pariser-Klimaschutzabkommens sei die Einhaltung des 1,5-Grad-Ziels verbindlich gesellschaftlich festgeschrieben und somit ein rechtlich verpflichtendes Ziel. Auch könne den Sitzblockaden nicht entgegengehalten werden, dass sie das staatliche Gewaltmonopol unterlaufen würden. Vom hieraus folgenden Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr seien gewisse Ausnahmen anerkannt, unter anderem bei Vorliegen eines systematischen legislatorischen Versagens. Im Hinblick auf die Einhaltung des 1,5-Grad-Ziels sei ein solches Versagen in Form der Verletzung von Schutzpflichten zugunsten zukünftiger Generationen denkbar, aber bisher nicht gerichtlich festgestellt. *Tiedeken* machte sich daher für die Anerkennung einer weiteren Ausnahme vom Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr in Fällen stark, in denen der Staat zur Durchsetzung eigener Verpflichtungen angehalten werden soll. Ein solcher Fall liege vor, soweit die Sitzblockaden darauf abzielten, den Gesetzgeber zur Erhaltung der demokratischen Gleichheit durch intertemporale Freiheitssicherung zu motivieren. Ob daraus folge, dass Sitzblockaden als gerechtfertigt anzusehen seien, ließ *Tiedeken* offen. Die eigentliche Problematik liege darin,

dass klimaaktivistische Sitzblockaden nicht der klassischen Verbrechenslogik entsprächen. Denn § 34 StGB ermögliche nur Einzelfallbetrachtungen, während die Klimaprotestaktionen auch in ihrem gesamtgesellschaftlichen Kontext erschlossen und beurteilt werden müssten.

Im Rahmen der Diskussion wurde die These, die Sitzblockaden verstießen nicht gegen die Mehrheitsregel, vor dem Hintergrund hinterfragt, dass selbige in der Regel mit Forderungen verbunden seien (z. B. Tempolimit auf Autobahnen), über die kein gesellschaftlicher Konsens oder eine rechtliche Festlegung bestehe. Zum Abschluss der Diskussion wurde erneut die Konstruktion der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" kritisiert und hinterfragt, inwiefern nicht ein reiner Ungehorsam und damit kein strafwürdiges Unrecht vorliege.

E. „Grenzen des Strafrechts in der Krise: Migration & Pandemie"

Den Abschluss des zweiten Tagungstages bildete ein Panel zu den „Grenzen des Strafrechts in der Krise: Migration & Pandemie", welches von Lukas Huthmann (HU Berlin) moderiert wurde.

I. „Grenzerfahrungen: Zwischen Zufluchtsort und Pushback" von Franziska Gruber (Marburg)

Franziska Gruber prägte in ihrem Vortrag zunächst das Verständnis von Krise als Situation, die Entscheidungsräume eröffne, die es auszufüllen gelte. Wie diese Ausfüllung erfolge, definiere die jeweilige Gesellschaft, was speziell für das Strafrecht gelte. In der sog. Migrationskrise sei es zu einer zunehmenden Verrechtlichung des Ausländerrechts und zu einem vermehrten Einsatz strafrechtlicher Normen gekommen. Zur Verdeutlichung verwies *Gruber* auf den Fall der Aufnahme einer Ausbildung nach rechtskräftiger Ablehnung eines Asylantrages. Der Gesetzgeber reagierte hierauf mit der Einführung einer Ausbildungsduldung nach § 60c AufenthG, die ein dem Aufenthaltstitel vergleichbares Schutzniveau schaffe und eine Erwartungssicherung bewirke. Diese sei aber im gleichen Zuge mit einer Verstrafrechtlichung verbunden worden, indem ein Ausschlussgrund für die Erteilung einer solchen Ausbildungsduldung im Falle einer vorangegangenen Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als 50 Tagessätzen normiert wurde. *Gruber* behandelte sodann die Frage, ob diese Folge im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden könnte. Im Anschluss wurde mit dem „Kirchenasyl" ein weiteres

Phänomen der Verstrafrechtlichung des Asylverfahrens in den Blick genommen. Dieses beschreibe die Inobhutnahme von abgelehnten Asybewerber*innen durch Kirchenangehörige bis zum Ablauf von Überstellungsfristen im sog. Dublin-Verfahren. Im Zuge der sog. Migrationskrise sei dieses Verhalten vermehrt als Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt strafrechtlich verfolgt, von den Gerichten bei divergierender Begründung aber als straflos beurteilt worden. Als letztes Phänomen, welches paradigmatisch für eine zunehmende Verstrafrechtlichung der Migration stehe, wurde die Seenotrettung beleuchtet. Neben der Reflexion verschiedener Gesetzesentwürfe in Deutschland, die auch die zivile Seenotrettung zu erfassen drohten, fiel der Blick auch auf die Lage in Italien. Dort weise die strafrechtliche Behandlung bemerkenswerte Ambivalenzen auf, da neben der Seenotrettung auch die Übergabe von Migrant*innen an die lybische Küstenwache strafrechtlich verfolgt wurde. Im Resümee des Vortrags stellte *Gruber* die erarbeiteten Beispiele in den größeren Rahmen des rechtlichen Umgangs mit Migrationsbewegungen. Dieser könne den/die Migrant*in in den Blick nehmen und durch die Schaffung eines angemessenen rechtlichen Rahmens eine Vermenschlichung in der Verrechtlichung bewirken. Den Gegenpol hierzu bilde eine Verstrafrechtlichung, die eine Migrationssteuerung durch Strafrecht anstrebe und die Debatte in selbiges verschiebe. Welchen der beiden Wege im Umgang mit Migration eine Gesellschaft beschreite, sei symptomatisch für ihren Zustand.

Das Spannungsfeld zwischen menschenrechtlichen Asylansprüchen und Migrationskontrolle prägte auch das Meinungsspektrum in der anschließenden Diskussion. Die Bedeutung der von *Gruber* aufgestellten Leitthese einer Vermenschlichung in der Verrechtlichung wurde auch von den Diskutant*innen positiv aufgegriffen und mit dem Verweis auf unterschiedliche Phänomene unterstrichen.

II. „Grenzen des Strafrechts in Zeiten der Pandemie – Eine schweizerische Perspektive“ von Dr. Linda Bläsi (Basel)

Abgerundet wurde der zweite Tagungstag durch den Vortrag von Dr. Linda Bläsi, in dem der Erlass von Strafvorschriften in Notverordnungen durch den Bundesrat (Exekutivorgan) in der Corona-Pandemie im Fokus stand. Diese stellten eine schweizerische Spezialität dar, da die Bundesverfassung (BV) selbst Verordnungsermächtigungen enthielte.

Art. 185 III BV ermächtige als intrakonstitutionelles Notstandsrecht den Bundesrat zum Erlass von Verordnungen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnungen oder der inneren oder äußeren Sicherheit zu begegnen. Diese Notstandsverordnungen hätten sich in der Corona-Pandemie großer Beliebtheit erfreut, da der Gesetzgebungsprozess insoweit ohne direktdemokratische Elemente auskomme und daher deutlich schneller ablaufe. Diese Corona-Verordnungen enthielten auch Strafbestimmungen, die Verstöße gegen die zur Bekämpfung der Pandemie erlassenen Regeln unter Strafe stellten. Nach der kompakten Beschreibung der rechtlichen Rahmenbedingungen ging *Bläsi* auf die Vereinbarkeit einer solchen Verordnung mit höherrangigem Recht ein. Zunächst wurde die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Frage gestellt. Insbesondere dessen völkerrechtliche Zulässigkeit (Art. 7 EMRK) wurde von *Bläsi* skeptisch gesehen. Soweit der EGMR im Hinblick auf das common law auch ungeschriebenes Recht genügen lasse, müsse diese Vorgabe kontextualisiert werden und lasse daher nicht den Schluss zu, dass strafbewehrte Verordnungen zulässig seien. Daneben bestünden erhebliche Zweifel, ob die Straftatbestände bestimmt genug seien. Nicht nur handle es sich um Blanketttatbestände, die auf verwaltungsrechtliche Vorgaben verwiesen, sondern auch um ein in höchstem Maße dynamisches Rechtsgebiet, in dem auf das sich stetig ändernde Infektionsgeschehen mit dem Erlass neuer Verordnungen reagiert wurde. Schließlich stellte *Bläsi* in Frage, ob der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt gewesen sei. Insoweit müsse geprüft werden, ob der Straftatbestand auch zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Verhaltens noch erforderlich war. *Bläsi* beendete den Vortrag mit dem Appell, die strafrechtlichen Grenzen auch in Krisenzeiten nicht über Bord zu werfen.

In der Diskussion wurde die Frage aufgegriffen, ob die Prüfung der Erforderlichkeit – im Hinblick auf mögliche Rückschaufehler – tatsächlich auf die Gerichte verlagert werden könne. *Bläsi* befürwortete diese erhöhte Prüfungsdichte mit dem Verweis auf die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Auch der Umgang mit der Corona-Pandemie in Deutschland wurde unter dem Gesichtspunkt der individualschützenden sowie kompetenzwahrenden Dimension des Gesetzlichkeitsprinzips kritisch gewürdigt. Der von *Bläsi* aufgestellte Appell, dass die rechts-

staatlichen Grenzen auch und insbesondere bei potenziell noch gefährlicheren Viren unbedingt beachtet werden müssen, fand einhellige Zustimmung.

F. „Krise und Strafrechtskritik“

Der dritte und finale Tagungstag widmete sich unter der Moderation von Jessica Krüger (Bucerius Law School Hamburg) dem Thema „Krise und Strafrechtskritik“.

I. „Die Gegenwärtigkeit der Notwehr und die Wut, die bleibt: Partnerschaftsgewalt, die ‚familiäre Sphäre‘ und eine feministische Kritik des Notwehrrechts“ von Laura Midey (Universität zu Köln)

Laura Midey äußerte in ihrem Vortrag Kritik an der aktuellen Handhabung der sog. Haustyrannen-Fälle. Diese spreche einem großen Teil der Bevölkerung faktisch das Recht zur Selbstverteidigung ab, indem es sie auf staatliche Unterstützung verweise. *Midey* wandte ihren Blick daher auf neue Lösungsansätze zur Behandlung von Verteidigungshandlungen der Opfer von Partnerschaftsgewalt außerhalb extremer Ausnahmesituationen, in denen das Gegenwärtigkeitserfordernis aus § 32 StGB typischerweise verneint wird. Insoweit richtete sich ihr Augenmerk auf die Potenziale des Tatbestands der Nachstellung in § 238 StGB. Dieser erfasse in Abs. 1 Nr. 8 StGB auch vergleichbare Handlungen, soweit deren wiederholte Vornahme geeignet ist, die Lebensgestaltung in nicht nur unerheblicher Weise zu beeinträchtigen. *Midey* diskutierte, ob Partnerschaftsgewalt als vergleichbare Handlung in diesem Sinne angesehen werden könnte. Hieran anknüpfend wurden Fragestellungen behandelt, die sich bei einer Qualifikation der Partnerschaftsgewalt als Nachstellung für die Rechtfertigung ergeben würden. Zwar sei § 238 StGB kein Dauerdelikt, aufgrund des Erfordernisses der wiederholten Begehungen bestünde aber eine Wesensverwandtheit. Daher ging *Midey* auf den aus der Fallgruppe der „Chantage“ bekannten Vorwurf ein, die Gewährung eines Notwehrrechts würde das staatliche Gewaltmonopol unterlaufen und käme der Billigung von Selbstjustiz gleich. Da aber jede Form der Notwehr das staatliche Gewaltmonopol unterlaufe, könne dieses nicht pauschal herangezogen werden, um Notwehr gegen Dauerdelikte auszuschließen. *Midey* verortete die eigentliche Problematik darin, dass das

Strafrecht stets nur „1 zu 1"-Situationen in den Blick nehme und der gesamtgesellschaftliche Kontext unberücksichtigt bliebe. Dieser sei aber zur sachgerechten Beurteilung der Verteidigungshandlung unerlässlich. Der infolge der Partnerschaftsgewalt dauerhafte Angstzustand sei als Angriff konstruierbar. Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ergebe sich insoweit aus der Notwendigkeit zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines Zustandes im sozial-zwischenmenschlichen Kontext.

Im Anschluss wurde die Ausweitung der Überlegungen auf andere soziale Drucksituationen wie das Mobbing diskutiert. Der strafrechtliche Schutz von Frauen sei wichtig, dürfe aber bei den diskutierten Reformen (z. B. „Catcalling") nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen überschreiten. Schließlich wurde festgestellt, dass dem Strafrecht ein wichtiger Beitrag bei der Emanzipation der Frauen in der Gesellschaft zukommen könne.

II. „Nachwuchs in der Krise? ‚Kriminelle' Kinder und Jugendliche" von Pascale Fett (Marburg)

Zum Einstieg in ihren kriminologischen Vortrag verwies Pascale Fett auf die mediale Berichterstattung zum Kriminalitätsanstieg bei jungen Menschen, insbesondere im Bereich der Gewaltkriminalität. Der Blick in die Polizeiliche Kriminalstatistik stütze auf den ersten Blick diese Wahrnehmung: Im Zuge der Corona-Pandemie sei die Zahl der tatverdächtigen Kinder im Jahr 2022 im Vergleich zum vorangegangenen Jahr um 35,5 % gestiegen. *Fett* stellte anhand von Grafiken eindrücklich dar, dass dieser Anstieg in der erfassten Kriminalitätsbelastung junger Menschen eine Entwicklung konträr zum generellen Trend darstelle: In den letzten 20 Jahren sei die Anzahl der tatverdächtigen jungen Menschen im Hellfeld kontinuierlich zurückgegangen. Im Vergleich zu 2002 lasse sich ein Rückgang von über 30 % der statistisch erfassten tatverdächtigen jungen Menschen feststellen. *Fett* beschrieb im Anschluss das Phänomen der Jugendkriminalität. Die Jugend stelle als Phase der Entwicklung und des Übergangs in die Gesellschaft eine Form der Krise dar, die sich in delinquentem Verhalten äußere. Der Kontakt mit den Strafverfolgungsorganen verstärke diese Krise, sodass es teilweise zu einer zirkulären Verfestigung des delinquenten Verhaltens komme. Jugendkriminalität könne daher auch als eine Art Protest bzw. Auflehnung gegen staatliche Institutionen verstanden werden. Sie sei in der Regel bagatellhaft und entstehe

oftmals spontan und aus einer bestimmten Gruppendynamik. Auch im Bereich der Gewaltkriminalität durch junge Menschen sei nach Berechnungen von *Fett* eine ähnliche Entwicklung zu verzeichnen wie bei der generellen Deliktsbelastung: Während diese im Laufe der letzten 20 Jahre kontinuierlich abnahm, konnte zum Ende der Corona-Pandemie hin wiederrum ein Anstieg der statistisch erfassten Jugendgewalt verzeichnet werden. *Fett* stellte diesen Anstieg in der statistisch erfassten Delinquenz von jungen Menschen in den Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Kinder und Jugendliche seien von den zur Pandemie-Bekämpfung ergriffenen Maßnahmen in besonderem Maße betroffen gewesen. Zudem sei durch die deprivationsgeprägte Zeit das Bedürfnis entstanden, gewisse Erfahrungen nachzuholen, sodass sich die typischerweise am stärksten deliktsbelastete Phase bei bestimmten Altersgruppen zeitlich verlagerte und mit der anderer Alterskohorten zusammentraf. Der Anstieg der Gewaltkriminalität im Hellfeld könne darauf zurückgeführt werden, dass die Jugendlichen aufgrund der Beschränkung der sozialen Kontakte gewaltfreie Konfliktlösungen nicht erlernt haben. Zum Abschluss des Vortrags sprach sich *Fett* deutlich gegen die vorherrschenden Ausweitungs- und Verschärfungstendenzen aus. Das Strafrecht sei nichts für Kinder, auch nicht bei schwersten Taten.

Auch die anschließenden Diskussionsbeiträge waren von einem strafrechtsskeptischen Geist geprägt, was den Umgang mit der (zeitweise) höheren Kriminalitätsbelastung von Jugendlichen angehe. Der von der Corona-Pandemie ausgelösten Krise bei Kindern und Jugendlichen sei vornehmlich durch außerstrafrechtliche Bemühungen zu begegnen. Schließlich zeigten sich die Teilnehmer*innen beeindruckt von der von *Fett* aufgezeigten Möglichkeit des manipulativen Einsatzes von Statistiken.

III. „Trans- und posthumanistische Diskurse als Herausforderung für das Strafrecht“ von Felix Butz (Leipzig)

Den Abschluss der Tagung bildete der Vortrag von Felix Butz, in dem zunächst die transhumanistischen Diskurse und deren strafrechtliche Berührungspunkte aufgegriffen wurden. Der Transhumanismus befasse sich mit der Verschiebung der Grenzen menschlicher Entwicklung durch den Einsatz von Technologie und Pharmakologie (z. B. Maßnahmen zur Lebensverlängerung). Das Strafrecht werde regelmäßig eingesetzt, um

den Einsatz dieser Techniken zu regulieren, was *Butz* durch den Fall des chinesischen Forschers He Jankui, der für die gentechnische Immunisierung zweier Mädchen gegen HIV zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt wurde, verdeutlichte. *Butz* stellte die Leistungsfähigkeit des Strafrechts im Hinblick auf die Regulierung des Einsatzes solcher Technologien in Frage. Anschließend wandte sich *Butz* dem Posthumanismus zu, der eine vollständige Überwindung des Humanen, quasi eine Maschinenwerdung des Menschen, beschreibe. In seiner kritischen Ausprägung stelle dieser die Ausrichtung des Rechts allein an den Belangen des Menschen in Frage, da dieser exklusive Blickwinkel die Belange der Umwelt vernachlässigt habe, und verbinde dies mit der Forderung, nichtmenschliche Subjekte anzuerkennen und ihnen Rechtspersönlichkeit zuzusprechen. Dadurch sollen die Verflechtungen von Menschen und anderen Organismen anerkannt und die Verhältnisse egalisiert werden. Hieran anknüpfend untersuchte *Butz* das Strafrecht auf posthumane Elemente. Dieses sei insofern posthuman, als es Rechtsgüter schütze, die über den Menschen hinausgehen. Beispielhaft hierfür sei die Berücksichtigung von nicht-menschlichen Rechtsgütern im Rahmen der Rechtfertigung oder ökozentrische Strafnormen im Nebenstrafrecht. Es fehle an einem Subjekt- oder Personenstatus für nicht-menschliche Andere, was *Butz* aber nicht als notwendig erachtet, weil Strafrecht auf Opferseite ein eher akteurloses Recht sei und nicht-menschliche Andere auch schützen könne, ohne ihnen Rechtspersönlichkeit einräumen zu müssen. Auf Täterseite stellten sich bei der Anerkennung posthumaner Subjekte weitaus größere Herausforderungen, da die hergebrachten Kategorien des Strafrechts, insbesondere das Schuldprinzip, grundlegend überdacht werden müssten.

Auch die letzte Diskussion der Tagung atmete überwiegend einen strafrechtskritischen Geist. *Butz* selbst verwies auf die kritischen Potenziale eines Posthumanismus und stellte eine Verbindung zum kritischen Strafrecht her. Auch *Butz* vertrat dabei den Standpunkt, dass selbst bei Anerkennung posthumaner Subjekte das Strafrecht nicht prima ratio sein dürfe. Hingewiesen wurde schließlich noch darauf, dass dem Posthumanismus außerhalb des auch von *Butz* eingenommen Standpunktes einer am präventiven Rechtsgüterschutz orientierten Aufgabe des Strafrechts eine weitaus größere Bedeutung zukommen könnte. Beispielsweise

würde ein an den Schutz subjektiver Rechte anknüpfender Legitimationsansatz des Strafrechts eine Rechtssubjektivität posthumaner Subjekte stärker in den Fokus rücken.

G. Ausblick

Die Vorträge werden in einem Tagungsband veröffentlicht, der im Nomos-Verlag erscheinen und frei zugänglich sein wird. Dem Organisationskomitee gelang eine Zusammensetzung der Tagung, die es ermöglichte, die Finger in die Wunden eines Strafrechtssystems zu legen, das sich mit Krisensituationen in einer modernen, demokratischen und rechtsstaatlichen Gesellschaft konfrontiert sieht. Nicht zuletzt auch die aus den anregenden Diskussionen gewonnenen Erkenntnisse geben wertvolle Impulse für einen Diskurs, der selbst resilient sein muss. Denn nach der Krise ist vor der Krise. Selbes Muster gilt für das nächste und elfte Symposium des Jungen Strafrechts, das voraussichtlich 2025 in Freiburg stattfinden wird. Möge die gute und konstruktive Stimmung der Berliner Jubiläumstagung des Jungen Strafrechts den wissenschaftlich vorbildlichen Austausch der jungen Strafrechtswissenschaftler*innen ad multos annos prägen.