

NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Ausländische Steuerhinterziehung als Geldwäschevortat:
fehlgeschlagener Reparaturversuch eines Strafsenats
– zugleich Anmerkung zu OLG Koblenz v. 7.12.2023 – 1 W 22/23
JENS BÜLTE

Braucht das Strafrecht eine „Kritik der Gewalt“?
KATRIN HÖFFLER

Der neue Tatbestand des
Verschwindenlassens von Personen (§ 234b StGB)
JULIA GENEUSS & FLORIAN JEßBERGER

Strafrechtsmärchen und Strafrechtserzählungen
MUSTAFA TEMMUZ OĞLAKCIOĞLU

USA v. Donald Trump –
Zur Strafbarkeit lügnerischer Wahlergebnisanfechtung
TILL ZIMMERMANN

**Ausländische Steuerhinterziehung als Geldwäschevortat:
fehlgeschlagener Reparaturversuch eines Strafsenats –
zugleich Anmerkung zu OLG Koblenz v. 7.12.2023 – [1 W](#)
[22/23](#)**

Jens Bülte, Mannheim*

ABSTRACT

Der Beschluss macht die grundlegenden Mängel der Gesetzgebung zur Geldwäschebekämpfung deutlich. Die internationale Staatengemeinschaft meint, im Strafrecht das zentrale Mittel der Geldwäschebekämpfung gefunden zu haben, und der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 261 StGB dem Vortatenmodell verschrieben. Dass zumindest das aktuelle Konzept der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung gescheitert ist, weil es einerseits das System mit unnötigem Beifang verstopft¹ und andererseits oftmals relevante Fälle nicht erfasst,² wird ignoriert. Der Gesetzgeber ist der sunk cost fallacy verfallen und Strafgerichte glauben, die Fehler reparieren zu können und müssen. Der Preis für das vermeintlich gerechte Ergebnis sind methodisch zweifelhafte Rechtsanwendung und Verfassungsverstöße.

A. Stand der Diskussion: Hinterziehung ausländischer Steuern als Geldwäschevortat

Seit Jahren wird im österreichischen und schweizerischen Geldwäschereistrafrecht die ausländische Steuerstraftat als Vortat diskutiert. Während man sich in der Schweiz eher für eine Geldwäschetauglichkeit

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Universität Mannheim. Kontakt: wirtschaftsstrafrecht@uni-mannheim.de.

¹ *Jahn* in Deutscher Bundestag, Protokoll Nr. 19/117, S. 10.

² Vgl. nur *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 261 Rn. 6 ff.



von Gegenständen aus ausländischen Steuerstraftaten ausgesprochen hat, herrscht in Österreich die gegenteilige Auffassung vor.³ Im Zuge der Cum-Ex-Verfahren wurde das Problem auch in Deutschland virulent,⁴ nachdem auch die deutsche Justiz die Möglichkeit der Geldwäschetauglichkeit in diesem Kontext erkannt hatte.⁵

Zwei Landgerichte kamen hier nun zu divergierenden Entscheidungen: Das Landgericht Hamburg⁶ ließ die Hinterziehung ausländischer Einkommensteuern als Vortaten der Geldwäsche ausreichen, während das Landgericht Koblenz⁷ eine entsprechende Anklage nicht zugelassen hat. Es fehle bei Steuerhinterziehungen zum Nachteil des belgischen bzw. dänischen Fiskus an einer tauglichen Vortat i.S.v. § 261 StGB a.F. Die sofortige Beschwerde hiergegen hatte Erfolg. Der 1. Strafsenats des OLG Koblenz hat entschieden, eine Steuererstattung aus einer solchen Tat könne taugliches Tatobjekt des § 261 StGB in der im Tatzeitpunkt der Geldwäschehandlungen (2015) geltenden Fassung⁸ sein.

B. Ausgangslage: Hinterziehung dänischer und belgischer Kapitalertragsteuern als Vortaten

Der Senat skizziert zunächst den Sachverhalt; relevant ist hier der Komplex der Hinterziehung dänischer und belgischer Kapitalertragsteuern in Höhe von 1,72 Mrd. € als Geldwäschevortaten. Diese Handlungen sind nach den Feststellungen des Senats nach dänischem Strafrecht als banden- und gewerbsmäßiger Steuerbetrug bzw. nach belgischem Strafrecht als Betrug strafbar und mit Freiheitsstrafe bedroht (Rn. 11). Die daraus erlangten Steuererstattungen seien auf ausländische Konten umgebucht worden, um die Herkunft zu verschleiern. Damit sei eine taugliche Geldwäschehandlung i.S.v. § 261 StGB zu bejahen (Rn. 9).

³ Vgl. *Tsakalis*, Die Verflechtung zwischen Geldwäsche und Steuerhinterziehung, 2022, S. 269 ff. m.N.

⁴ Vgl. *Reichling wistra* 2023, 188; vgl. aber bereits *Bülte* in Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance Handbuch, 2015, § 29 Rn. 40; *Dierlamm*, in FS Mehle, 2009, S. 177, 181 f.

⁵ Vgl. *Bülte* in Joecks/Jäger/Randt (Hrsg.), Steuerstrafrecht, 9. Aufl. 2023, Anhang IV § 261 StGB Rn. 88; *Reichling wistra* 2023, 188, 189; *WulfSAM* 2021, 58, 60.

⁶ LG Hamburg Beschl. v. 23.11.2022 – 608 KLS 1/21.

⁷ LG Koblenz Beschl. v. 21.11.2022 – 4 Kls 2050 Js 40313/18, NZWiSt 2023, 350 m.Anm. *Rolletschke*; zur hier relevanten Frage vgl. *Schwerdtfeger jurisPR-StrafR* 6/2023, Anm. 1.

⁸ Das ist mit Blick auf die letzte in diesem Zusammenhang relevante Änderung die Fassung vom 1.1.2008 durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3198 ff. Die späteren Änderungen vor dem 9.3.2021 haben hier keine Bedeutung, weil erst zu diesem Zeitpunkt § 261 VIII StGB in § 261 IX StGB überführt wurde.

C. Geldwäschetauglichkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Steuererstattungen

Es folgt – nach prozessualen Vorüberlegungen – die materiell-rechtliche Kernfrage: Können durch ausländische Finanzbehörden zu Unrecht erstattete Kapitalertragsteuern tauglicher Gegenstand einer Geldwäsche gem. § 261 StGB (2008) sein?

I. Keine unmittelbare Anwendbarkeit von § 261 I 2 Nr. 4 StGB (2008)

Eine geldwäschetaugliche Vortat nach § 261 I StGB (2008) lehnt der Senat ab. § 261 I 2 Nr. 4 a), 4 b) StGB sei nicht anwendbar gewesen, weil weder ein gewerbs- oder bandenmäßiger Betrug noch eine Hinterziehung von Umsatzsteuern oder Einfuhr- und Ausfuhrabgaben im Sinne von § 370 VI AO vorlag.

II. § 261 VIII StGB (1998) und ausländische Steuerstraftaten nach dem 1. Strafsenat des OLG Koblenz

Sodann befasst sich das Gericht mit der Anwendung des § 261 VIII StGB (1998).⁹ Diese Vorschrift lautete zum Tatzeitpunkt:

„Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Absatz 1 bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.“

Nach Feststellung der Voraussetzungen der Strafbarkeit nach ausländischem Recht widmet sich der Senat dem Erfordernis der „beiderseitigen Strafbarkeit“ und kommt zu dem Schluss: Die Hinterziehung ausländischer Kapitalertragsteuern sei eine „*im Ausland begangene Tat der in Abs. 1 bezeichneten Art*“, sodass die Geldwäschetauglichkeit der zu Unrecht erstatteten ausländischen Abgaben über diese Sondervorschrift begründet werde. Dass die fragliche Handlung nach deutschem Recht keine rechtswidrige Tat im Sinne von § 11 I Nr. 5 StGB darstelle, sei nicht relevant. § 261 VIII StGB (1998) diene gerade dazu diese „Lücke“ zu füllen.

⁹ Die letzte hier relevante Änderung des § 261 VIII StGB vor dem Gesetz vom 9.3.2021 erfolgte mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4.5.1998, BGBl. I 1998, 845 ff.

1. „Ausdehnung“ der Strafbarkeit durch § 261 VIII StGB (1998)

Die Vorschrift dehne die Anwendbarkeit des § 261 I StGB auf Gegenstände aus, die aus einer im Ausland begangenen Vortat herrühren, d.h. aus einer Tat, die „eigentlich deutschem Strafrecht nicht unterfällt“, und daher nicht taugliche Vortat sein könne (Rn. 44). Damit werde eine im Ausland begangene „Tat der in Abs. 1 bezeichneten Art“ zur Vortat, wenn sie „auch am Tatort mit Strafe bedroht“ sei. Insoweit mache der Gesetzgeber die Ausdehnung der Geldwäschestrafbarkeit von der beiderseitigen Strafbarkeit der Vortat abhängig: Die Tat müsse einerseits am Tatort nach dem dortigen Recht strafbar sein. Andererseits müsse die Auslandstat den Vortaten des deutschen Vortatenkatalogs entsprechen, d.h. eine rechtswidrige Katalogtat sein, wenn sie im Inland begangen worden wäre (Rn. 45).

Der Wortlaut des § 261 VIII StGB (1998) („stehen gleich“) deutet tatsächlich auf eine Ausdehnung des Strafrechts hin, doch weckt § 11 I Nr. 5 StGB Zweifel hieran. Nach dieser Vorschrift ist „rechtswidrige Tat nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts setzt das nicht voraus. So verlangt die h.M. etwa nicht, dass auf die Vortat einer Hehlerei deutsches Strafrecht anwendbar ist: „Dass auch eine Auslandstat grundsätzlich taugliche Vortat einer Hehlerei sein kann, lässt sich daraus ableiten, dass § 259 I StGB den Schutz des Vortatopfers vor einer Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Besitzlage bezweckt.“¹⁰

Soweit man anerkennt, dass § 261 StGB auch dem Schutz des Rechtsguts der Vortat dient,¹¹ liegt es eher fern, § 261 VIII StGB (1998) als Ausweitung der Strafvorschrift zu verstehen. Warum sollte die inländische Fortsetzung einer im Ausland begonnenen Beeinträchtigung des durch deutsches Strafrecht geschützten Interesses nicht von § 261 StGB erfasst sein?¹² Der Gesetzgeber hat also mit § 261 VIII StGB (1998) lediglich klargestellt,¹³ was für die Vortat des § 259 StGB bereits anerkannt war: Es

¹⁰ Hecker in FS Heintz, 2012, S. 714, 720.

¹¹ BGH Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 302/11 NJW 2013, 1158; vgl. auch Fischer (Fn. 2), § 261 Rn. 2; El-Ghazi, in Herzog, GwG, 5. Aufl. 2023, § 261 StGB Rn. 39.

¹² Vgl. allerdings zu § 257 StGB Cramer, in Münchner Kommentar StGB, 4. Aufl. 2021, § 257 Rn. 7 Fn. 16 m.w.N.

¹³ Von einer Klarstellung sprechen auch Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 27 und Jahn, in Satzger/Schluckebier/Werner, StGB, 6. Aufl. 2024, § 261 Rn. 5.

bedarf neben der Erfüllung eines inländischen Straftatbestandes der Strafbarkeit der Vortat im Ausland. Dass der Gesetzesentwurf hier von einer Ausweitung des Strafrechts ausgegangen wäre, ist nicht belegt, beschränkt sich seine Begründung doch auf den Hinweis, mit der Vorschrift sei auch der Fall erfasst, in dem die Vortat im Ausland begangen worden ist.¹⁴

2. OLG Koblenz: Betrachtung „in abstracto“ angemessen

Der Senat stellt bei der konkreten Anwendung von § 261 VIII StGB (1998) zunächst die Auslandsstrafbarkeit fest, um dann die „beiderseitige Strafbarkeit“ zu erörtern (Rn. 60 ff.). Hier sei eine Betrachtung entweder „in concreto“ oder „in abstracto“ möglich. Unter ersterem versteht das Gericht eine ausschließliche Verlagerung des Tatorts ins Inland, also die Unterstellung, sie sei „*im Inland zum Nachteil der ausländischen Rechtsgüter, d.h. hier zum Nachteil des ausländischen Fiskus begangen worden*“. Damit wird § 261 VIII StGB (1998) strafanwendungsrechtlich verstanden, wenngleich die Wirkungen auf der Ebene des materiellen Straftatbestandes eintreten, denn Gegenstand der Modifikation ist mittelbar das Tatobjekt des § 261 I StGB.¹⁵

Der Senat zieht jedoch die „abstrakte“ Interpretation vor, basierend auf der Prämisse, dass die Tat „*wäre sie in Deutschland gegenüber den deutschen Steuerbehörden begangen worden, nach deutschem Steuerstrafrecht strafbar wäre*“. Gemeint ist wohl die Hypothese, dass die Tat nicht nur gegenüber der deutschen (Finanz-)Behörde¹⁶ als Adressat der Erklärung begangen worden wäre, sondern auch gegen einen durch § 370 AO geschützten Steueranspruch i.S.v. § 3 AO. Damit wird § 261 VIII StGB (1998) als Vorschrift verstanden, die nicht nur den Tatort verlagert, sondern den deutschen Straftatbestand inhaltlich in seinem Taterfolgsobjekt verändert. Das Gesetz erfasse nun als Geldwäschevortaten auch Taten, die nach deutschem Strafrecht nicht strafbar sind. Damit käme § 261 VIII StGB (1998) die Funktion einer unmittelbaren materiellen Erweiterung der Strafbarkeit zu.

¹⁴ BT-Drs. 12/989, S. 28.

¹⁵ Vgl. *Reichling* wistra 2023, 188, 192.

¹⁶ § 370 I Nr. 1 AO lässt eine Erklärung gegenüber irgendeiner Behörde ausreichen.

a) Gesetzgebungsgeschichte als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers

Der Strafsenat räumt ein, dass sich der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers zwar weder dem Wortlaut des § 261 VIII StGB (1998) noch den Gesetzesmaterialien entnehmen lasse, jedoch spreche für ein abstraktes Verständnis der beiderseitigen Strafbarkeit der gesetzgeberische Wille, der sich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens widerspiegle (Rn. 63 ff.):

Ziel der Einführung des § 261 StGB sei die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch die Sanktionierung der Einschleusung von Vermögensgegenständen aus organisierter Kriminalität in den legalen Finanzkreislauf gewesen. Die Ausdehnung des § 261 VIII StGB (1992)¹⁷ auf Auslandstaten diene dazu, eine „Lücke zu schließen“, die durch die primäre Begrenzung des Schutzbereichs der Norm auf das Inland zunächst entstanden sei.¹⁸ Der Gesetzgeber habe die Steuerstraftaten bei der Schaffung des § 261 StGB noch nicht im Blick gehabt, zudem sei der spätere Versuch gescheitert, sie mit dem Verbrechenstatbestand des § 370a AO a.F. zu erfassen.¹⁹ Zum 1.1.2008 seien aber dann bestimmte Steuerstraftaten in den Vortatenkatalog aufgenommen worden; der Gesetzgeber habe sich damit ohne europäische Verpflichtung für eine Geldwäschetauglichkeit von Gegenständen aus Steuerstraftaten entschieden.

Aus der Aufnahme der Steuerdelikte in den Vortatenkatalog schließt der Senat also auf die Eignung auch ausländischer Steuerstraftaten als Geldwäschevortaten (Rn. 66 ff.) und verweist auf die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf vom 1.10.1997 zur Neufassung von § 261 VIII StGB²⁰:

„Diese Gründe für eine Beschränkung der Inlandsvortaten in Absatz 1 gelten nach Sinn und Zweck der Regelung auch im Hinblick auf Auslandstaten gemäß § 261 VIII. Diese Vorschrift stellt lediglich sicher, daß auch aus Auslandstaten herrührende Gegenstände Objekt einer im Inland begangenen Geldwäsche sein können und trägt damit

¹⁷ Die Ursprungsfassung des § 261 VIII StGB im OrgKG v. 15.7.1992 (BGBl. I 1302 ff.) lautete: „Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes begangenen Taten herrühren, wenn die Taten auch am Tatort mit Strafe bedroht sind.“

¹⁸ Der Senat verweist hier auf Höreth, Die Bekämpfung der Geldwäsche, 1996, S. 203, die aber die „Lücke“ unter der Prämisse konstatiert, § 261 StGB schütze allein die staatliche Strafrechtspflege.

¹⁹ Zu dieser Vorschrift nur Schneider, Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung (§ 370a AO) – ein Schreckensinstrument des Gesetzgebers?, 2006, passim.

²⁰ Nun lautete die Vorschrift: „Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Absatz 1 bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.“

insbesondere der internationalen Verflechtung der Finanzmärkte Rechnung.“²¹

Dieser Passus zeige, dass der Gesetzgeber die Aufnahme der Steuerhinterziehung in den Vortatenkatalog bewusst nicht zum Anlass für eine Anpassung des § 261 VIII StGB (1998) genommen habe. Es sei nicht davon auszugehen, dass man einerseits die internationalen Verflechtungen der Finanzmärkte im Blick gehabt habe, andererseits aber „stillschweigend“ Steuerstraftaten zum Nachteil ausländischer Staaten nicht als geldwäschetauglich erfassen und die Einschleusung der daraus stammenden Vermögensgegenstände in den deutschen Finanz- und Wirtschaftskreislauf straflos stellen wollte. Wäre ein solches – mit der Zielsetzung von § 261 StGB nicht zu vereinbarendes – Ergebnis gewollt gewesen, so hätte der Gesetzgeber dies doch zumindest in der „Gesetzesbegründung“ erläutert.

Diese Ausführungen sind im Ergebnis kriminalpolitisch plausibel, die Argumentation begegnet jedoch Bedenken, weil die Gesetzesmaterialien die Schlüsse des Senats nicht tragen:

Das Gericht zieht seine Folgerungen aus einem Zusammenhang zwischen der Reform des § 261 VIII StGB (1992) durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4.5.1998²² einerseits und der Aufnahme spezifischer Steuerdelikte in den Vortatenkatalog durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 20.12.2007²³ andererseits. Doch war bei keinem dieser Gesetzesvorhaben die Erfassung ausländischer Steuerstraftaten Gegenstand der Beratungsdokumentation; die Gesetzesvorhaben betrafen andere und jeweils verschiedene Aspekte der Geldwäsche. Zudem spricht nichts dafür, dass mit der Formulierung „*Verflechtungen der Finanzmärkte*“ in den Materialien des Gesetzes von 1998 die Steuerkriminalität gemeint war, die – abgesehen vom Schmuggel und der Hinterziehung von Verbrauchsteuern – weder Gegenstand des Gesetzesvorhabens noch Katalogtat gewesen ist. Zum 1.1.2008 wurde der

²¹ BT-Drs. 13/8651, S. 12.

²² BGBl. I 1998, S. 845 ff.

²³ BGBl. I 2007, S. 3198 ff.; BT-Drs. 16/5846.

Vortatenkatalog ergänzt, ohne dass die Begründung des Entwurfs – oder zu § 370a AO²⁴ – sich zur Hinterziehung ausländischer Abgaben geäußert hätte.²⁵

Soweit der Senat mit den Materialien zur Änderung des § 261 VIII StGB im Jahr 1998 argumentiert,²⁶ wäre ein vollständiges Zitat geboten gewesen, heißt es doch dort weiter:

„Dabei sollte jedoch nicht auf das Erfordernis verzichtet werden, daß auch hier nur eine dem Absatz 1 entsprechende Katalogtat taugliche Vortat einer Geldwäsche sein kann. Dieses bereits aus der geltenden Fassung abzuleitende Ergebnis wird durch die Neufassung des Absatzes 8 klargelegt, nachdem zwei Gerichtsentscheidungen und auch ein Teil der Literatur (...) zu einem – durch den bisherigen Wortlaut nicht zwingend ausgeschlossenen – anderen Ergebnis gelangt sind.“

Das führt zu einem anderen Blick auf diese Reform: Die Neufassung stellte klar, dass die ausländische Vortat einer Katalogtat des § 261 I StGB (bis 2021) entsprechen musste. Bis dahin war umstritten,²⁷ ob jede im Ausland strafbare Tat unabhängig von der Eigenschaft des deutschen Pendant als Katalogtat geldwäschetaugliche Gegenstände hervorbringen konnte. In der Rechtsprechung war das bejaht worden, sodass eine (einfache) Untreue in der Schweiz²⁸ Vortat zur Geldwäsche sein konnte, nicht aber die inländische Untreue.²⁹ § 261 VIII StGB (1998) sollte in der neuen Form also nicht die beiderseitige Strafbarkeit ausweiten, sondern – im Gegenteil – die geldwäschetauglichen ausländischen Vortaten auf deutschen Katalogtaten entsprechende Taten *beschränken*.

b) Fehlender Anwendungsbereich § 261 VIII StGB (1997) bei konkreter Auslegung

Für die abstrakte Interpretation spreche – so der Strafsenat – ferner die Existenz des § 370 VII AO. Soweit das deutsche oder das von § 370 VI AO erfasste ausländische Steueraufkommen verletzt sei, liege nach § 370 VII AO bereits eine Tat nach § 11 I Nr. 5 StGB vor, die Vortat zur Geldwäsche sein könne. Eines Rückgriffs auf § 261 VIII StGB (1998)

²⁴ BT-Drs. 14/7471, S. 9.

²⁵ BT-Drs. 16/5846, S. 76.

²⁶ BT-Drs. 13/8651, S. 12.

²⁷ Vgl. hierzu *Carl/Klos* NSTZ 1995, 167 f.

²⁸ Vgl. AG Essen, Urt. v. 12.1.1994 - 37 Ls 122/93, ZIP 1994, 699 m.Anm. *Fülbier*.

²⁹ So auch LG Stuttgart, Beschl. v. 7.4.1994 - 14 Qs 10/94, NJW 1995, 670 f.

bedürfe es dann nicht, sodass der Vorschrift ein eigener Anwendungsbe-
reich im Steuerstrafrecht fehle.

Das ist zutreffend: § 370 VII AO begründet in Ausnahmefällen, in denen
ein ausländischer Steueranspruch durch § 370 AO geschützt ist, die An-
wendung des Weltrechtsprinzips.³⁰ Damit können diese Steuerstraftaten
auch dann durch deutsche Strafverfolgungsorgane verfolgt werden,
wenn sie von Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit im Ausland
begangen worden sind.³¹ Des § 261 VIII StGB (1998) bedurfte es in diesen
Fällen nie. Unklar bleibt, warum dies ein Argument für die „abstrakte
Auslegung“ sein soll.³²

c) Bestätigung der abstrakten Auslegung durch spätere Gesetzgebung

Der Senat stützt sich weiter auf die der Tatbegehung zeitlich *nachfol-*
gende Entstehungsgeschichte des § 261 StGB im Jahr 2021. Er verweist
auf die Empfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses vom
10.2.2021 zum Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämp-
fung der Geldwäsche.³³ Mit diesem Gesetz wurde § 261 VIII (1998) in
§ 261 IX Nr. 1 StGB (2021) überführt und umgestaltet. Die Vorschrift lau-
tet seitdem:

„Einem Gegenstand im Sinne des Absatzes 1 stehen Gegenstände, die
aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren, gleich, wenn die Tat
nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und (...) am
Tatort mit Strafe bedroht ist...“

Im Bericht des Rechtsausschusses³⁴ heißt es hierzu:

„Durch die Änderungen zu Doppelbuchstabe ee soll, ohne inhaltliche
Änderungen, stärker zum Ausdruck gebracht werden, dass § 261 Ab-
satz 9 StGB nur in den Fällen anwendbar ist, in denen die im Ausland
begangene Vortat nicht schon eine rechtswidrige Tat nach § 11 Absatz
1 Nummer 5 StGB ist. Gilt das deutsche Strafrecht bezogen auf die
Vortat und handelt es sich um eine rechtswidrige Tat, bedarf es der
Gleichstellungsregelung des Absatzes 9 nicht. Ist auf die im Ausland
begangene Tat deutsches Strafrecht nicht anwendbar, bedarf es für
die Gleichstellung, dass eine entsprechende Vortat bei hypothetischer
Anwendung des deutschen Strafrechts und erforderlichenfalls auch

³⁰ Vgl. Grötsch in Joecks/Jäger/Randt (Fn. 5), § 370 AO Rn. 64.

³¹ Vgl. BGH Beschl. v. 8.11.2000 - 5 StR 440/00 wistra 2001, 62; krit. Schmitz/Wulf wistra 2001, 361 ff.

³² Insofern ebenfalls krit. Fleckenstein wistra 2023, 2258, 2259.

³³ BGBl. I 2021, 327 ff.

³⁴ BT-Drs. 19/26602, S. 8.

sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts eine rechtswidrige Tat nach § 11 Absatz 1 Nummer 5 StGB wäre. Weiterhin gilt Absatz 9 auch für den Fall, dass auf die im Ausland begangene Vortat deutsches Strafrecht anwendbar ist, aber nur bei sinngemäßer Umstellung des Auslandssachverhalts eine rechtswidrige Tat vorliegen würde.“

Mit dieser Begründung habe der *„Gesetzgeber deutlich gemacht, am Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit grundsätzlich festhalten zu wollen, wobei diese nach dem – nunmehr ausdrücklich artikulierten Willen des Gesetzgebers ‚in abstracto‘ zu beurteilen“* sei. Die Gesetzesmaterialien ließen keinen Zweifel daran, dass zur Beurteilung, ob eine Auslandsstat eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB wäre, nicht nur die hypothetische Anwendung deutschen Strafrechts gewollt sei, sondern erforderlichenfalls auch eine *„sinngemäße Umstellung des Sachverhalts“* zu erfolgen habe. Für Fälle ausländischer Steuerhinterziehung verlange dies den Sachverhalt so zu beurteilen, als wäre das ausländische Steuerdelikt in Deutschland gegenüber dem deutschen Fiskus begangen worden (Rn. 69).

Diese Ausführungen sind bemerkenswert: Zunächst wird aus den Materialien einer Gesetzesänderung im Jahr 2021 auf den gesetzgeberischen Willen geschlossen, der einer Vorschrift aus dem Jahr 2008 für das Jahr 2015 (Tatzeitpunkt) zugrunde gelegen haben soll.

Des Weiteren löst das Gericht den Widerspruch in der Erläuterung des Rechtsausschusses nicht auf: Die Feststellung, § 261 IX StGB (2021) sei nur in den Fällen anwendbar, *„in denen die im Ausland begangene Vortat nicht schon eine rechtswidrige Tat nach § 11 Absatz 1 Nummer 5 StGB ist“*, verwechselt materielle Vortat und Strafrechtsgeltung. Andernfalls brächte eine im Ausland begangene Tat, die trotzdem eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB darstellt – ein Diebstahl eines Dänen zum Nachteil eines Belgiers in Brüssel – keinen geldwäschetauglichen Gegenstand i.S.v. § 261 IX Nr. 1 StGB (2021) hervor. Das ist wohl nicht gemeint. Richtig dürfte vielmehr sein, dass § 261 IX StGB (2021) eingreift, wenn eine rechtswidrige Tat i.S.v. § 11 I Nr. 5 StGB vorliegt, auf die deutsches Strafrecht nach §§ 3 ff. StGB keine Anwendung findet.

Zudem hätte das Gericht auch in diesem Zusammenhang das Gesetzgebungsverfahren gänzlich in den Blick nehmen sollen, heißt es doch in der ursprünglichen Entwurfsbegründung dieses Gesetzes:

„Voraussetzung hierfür ist, entsprechend der derzeitigen Rechtslage, dass die im Ausland begangene Tat, wäre auf sie das deutsche

Strafrecht anwendbar, strafbar wäre. Dabei kommt es darauf an, dass eine vergleichbare Inlandstat die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen würde (vergleiche Schönke/Schröder/Hecker, 30. Aufl. 2019 Rn. 8 [sic!], StGB § 261 Rn. 8). Daneben muss zusätzlich (ebenfalls weiterhin) die Auslandstat auch am Tatort mit Strafe bedroht sein (Nummer 1).“³⁵

Die entsprechende Fundstelle bei *Hecker* lautet:

„Nach Abs. 8 ist eine Auslandstat geldwäscherelevante Vortat, wenn sie auch am Tatort mit Strafe bedroht ist und einer Katalogtat iSd Abs. 1 entspricht. Letzteres ist der Fall, wenn sie als Inlandstat die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen würde (Zöller Roxin-FS-II 1045, 1051). Der neue Wortlaut der Norm stellt klar, dass nicht jede beliebige Auslandstat taugliche Vortat des § 261 sein kann (BT-Drs. 13/8651 S. 12, Fischer 17, Gentzik aaO 88 ff., Hecker Heinz-FS 718). Die Bezeichnung und rechtliche Einordnung der Auslandstat durch das Tatortrecht (zB als Verbrechen, Vergehen, Qualifikation) ist für die Entsprechungsklausel des Abs. 8 nicht maßgeblich (Altenhain NK 45, SSW-Jahn 26, Neuheuser MK 42). Insoweit kommt es nur darauf an, dass die nach inländischem Recht den Voraussetzungen des Abs. 1 genügende Vortat am Tatort unter Strafe steht.“

Hier ist also von einer „sinngemäßen Umstellung des Sachverhalts“ keine Rede, vielmehr geht es allein um das Strafanwendungsrecht, um die Lösung des Tatortproblems.

Die These, eine „abstrakte“ Lesart allein entspreche dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, vermag daher nicht zu überzeugen. Das gilt zwangsläufig auch für die Feststellung des Senats, die Gegenauffassung³⁶ sei mit dem „ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar“ (Rn. 70). Gegen die Auffassung des Senats spricht auch, dass der Gesetzeswortlaut nach der Empfehlung des Rechtsausschusses zwar durch den Einschub „*wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre*“ geändert wurde, aber keine deutliche Klarstellung erfolgte z.B. durch eine Formulierung wie in § 3 IRG (vgl. e)).

d) Berufung des Senats auf die Literatur

Fehl geht auch die Berufung des Senats auf die Kommentierung von *Fischer*³⁷. Die dortige Feststellung „*Fälle, in denen das Waschen von im Ausland erlangten Ersparnissen ausländischer Steuern nach § 261 StGB*

³⁵ BT-Drs. 19/24180, S. 35.

³⁶ *Bülte* in Joecks/Jäger/Randt (Fn. 5), Rn. 88; *Reichling* wistra 2023, 188, 192.

³⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, § 261 Rn. 27.

verfolgt wurden, sind hier nicht bekannt“, sagt nichts darüber, ob *Fischer* diese Fälle für strafbar hielt. Es ist eine Tatsachenfeststellung, keine rechtliche Bewertung. Selbst wenn *Fischer* die Strafbarkeit der Geldwäsche bei der Hinterziehung ausländischer Steuern für selbstverständlich gehalten haben sollte, führt das hier nicht weiter, weil sich diese Aussage auch auf § 370 VI AO beziehen kann, der bestimmte ausländische Steueransprüche zweifellos erfasst.

Schließlich ist zu konstatieren, dass die weiteren Fundstellen aus der Literatur, die der Senat für seine Auffassung in Anspruch nimmt, eine *Änderung* der Rechtslage durch die Neufassung der Regelung in § 261 IX Nr. 1 StGB durch das Gesetz vom 9.3.2021 betonen und damit keine Aussage zum ursprünglichen gesetzgeberischen Willen enthalten oder sich zu dieser Frage schlicht nicht äußern.³⁸

e) Rekurs auf das Rechtshilferecht (§ 3 IRG)

Auch die rechtshilferechtliche Argumentation des Senats (Rn. 72 ff.) stärkt die Position des Gerichts nicht: Die „abstrakte“ Beurteilungsweise entspreche dem Verständnis von doppelter Strafbarkeit im Rechtshilferecht. Insofern verweist der Beschluss auf § 3 I IRG:

„Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre.“

Hier werde ebenfalls die abstrakte Betrachtungsweise zugrunde gelegt; der Vollstreckungsstaat habe nur zu prüfen, „*ob dann, wenn die betreffende Straftat im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates begangen worden wäre, ein ähnliches, vom nationalen Recht dieses Staates geschütztes Interesse als verletzt gegolten hätte*“. Es sei „*der Sachverhalt dahin umzustellen (...), dass sich die Tat auf die Hinterziehung deutscher Steuern bezieht*“ (Rn. 72). Daher komme eine Auslieferung für das Steuerstrafrecht auch dann in Betracht, wenn sich die Tat nur gegen einen ausländischen Steueranspruch richtet.

³⁸ *Böhme/Busch* wistra 2021, 169, 171; *Radermacher* AO-StB 2022, 91, 91 f.; *Tsakalis* (Fn. 3), S. 388; bei *Nestler* Jura 2022, 1154, 1155 kann man die Fn. 16 im Sinne des Senats lesen, kaum aber den ersten Absatz auf Seite 1156; vgl. hierzu *Altenhain*, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), StGB, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 21.

Die Beschreibung des Rechtshilferechts ist zutreffend, rechtfertigt aber die daraus gezogenen Schlussfolgerungen nicht: Das Argument, es sei nicht einsichtig, die beiderseitige Strafbarkeit in der Rechtshilfe abstrakt zu beurteilen, bei § 261 VIII StGB aber ohne jegliche Begründung davon abzuweichen (Rn. 73), wird weder den Unterschieden in Sinn und Zweck der Rechtsgebiete noch dem Wortlaut des § 261 VIII StGB (1998) gerecht.

Das Rechtshilferecht dient der internationalen Zusammenarbeit zwischen Staaten zur grenzüberschreitenden Strafverfolgung und soll dem ersuchenden Staat ermöglichen, die im eigenen Recht begründete Strafverfolgung auch über die Grenzen hinaus umzusetzen. Um aber nicht mit innerstaatlichen Verfassungsgrundsätzen oder dem *ordre public* in Konflikt zu geraten, werden die Rechtslagen unter der Prämisse der Tatbegehung im und gegen den Vollstreckungsstaat verglichen. Mit der Begründung eigener materieller Strafbarkeit durch Integration fremder Strafvorschriften in den Straftatbestand des nationalen Rechts ist das nicht vergleichbar. Es liegt keineswegs fern, eine unterschiedliche Auslegung der „beiderseitigen Strafbarkeit“ anzunehmen, wenn die Ziele der auszuliegenden Vorschriften so unterschiedlich sind wie hier.

Das sich aufdrängende Argument³⁹ des so unterschiedlichen Wortlauts der beiden Vorschriften – in § 3 IRG steht die „[sinngemäße] Umstellung des Sachverhalts“ im Gesetz, in § 261 VIII StGB (1998) sowie in § 261 IX Nr. 1 StGB (2021) dagegen nicht – meint der Senat mit dem Hinweis entkräften zu können, die „Gesetzesbegründung“ bestätige „anschaulich“, dass die Umstellung des Sachverhalts gewollt gewesen sei und sich aus dem Fehlen eines entsprechenden Hinweises im Gesetzeswortlaut nicht das Gegenteil schließen lasse (Rn. 73).

Das überzeugt nicht: Zum Ersten handelt es sich bei dem Bericht des Rechtsausschusses nicht um eine „Gesetzesbegründung“, die den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt. Der Rechtsausschuss ist nicht Gesetzgeber, sondern ein parlamentarisches Gremium, das der Vorbereitung von Gesetzesvorschlägen zur Abstimmung im Deutschen Bundestag dient. Auch wenn aus den Gesetzgebungsmaterialien Indizien für den historischen gesetzgeberischen Willen abgeleitet werden können und sie damit eine wichtige Quelle für die Gesetzesexegese sind, geben sie nicht unmittelbar den Willen des Gesetzgebers wieder oder

³⁹ Zumindest für LG Koblenz Beschl. v. 21.11.2022 – 4 Kls 2050 Js 40313/18 NZWiSt 2023, 350; *Reichling wistra* 2023, 186, 192; *Schwertfeger jurisPR-StrafR* 6/2023 Anm. 1.

rechtfertigen ohne Weiteres eine Auslegung entgegen der Gesetzessystematik oder gar dem Gesetzeswortlaut.

Wenn man aus § 3 IRG trotz der anderen Zielrichtung des Rechtshilferechts etwas für das Problem der Auslandsvorfälle herleiten kann, dann Folgendes: § 261 VIII StGB (1998) erlaubt *keine* Umstellung des Sachverhalts, weil der Wortlaut des Gesetzes dies – anders als in § 3 IRG – nicht vorsieht.

f) OLG Koblenz: Kein Wertungswiderspruch durch Auslegung „in abstracto“

Der Kritik, die „abstrakte“ Auslegung führe zu einem Wertungswiderspruch, weil sie eine im Inland begangene Tat gegen den fremden Steueranspruch nach dem Gesetzeswortlaut („die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren“) nicht erfasst,⁴⁰ tritt der Senat entgegen (Rn. 74): Eine Tat könne mehreren Strafrechtsordnungen unterliegen, und – ähnliche Regeln wie §§ 3 ff. StGB im ausländischen Strafrecht unterstellt – die Tat gegen den ausländischen Fiskus sei nach ausländischem Recht auch immer Auslandstat i.S.d. § 261 VIII StGB a.F.⁴¹

Dieser Einwand basiert wiederum auf einer zutreffenden Prämisse, die Folgerung ist allerdings kaum zwingend, weil es für die Bewertung nach § 261 VIII StGB (1998) nicht darauf ankam, ob es sich nach *ausländischem* Recht um eine Auslandstat handelte, sondern nach *deutschem* Strafrecht. Es war also irrelevant, ob der andere Staat die Tat als Auslandstat-, Inlandstat oder als beides einstuft. Eine Tat, die nach deutschem Strafanwendungsrecht im Inland begangen worden ist, ist nach den §§ 3 ff. StGB keine Auslandstat i.S.d. § 261 VIII StGB (1998). Die Fiktion könnte man nur vermeiden, wenn man § 261 VIII StGB (1998) auch auf Fälle einer inländischen Begehung gegen einen ausländischen Fiskus anwendete, weil sie nach deutschem Verständnis durch den Handlungsort (Adressat der Steuererklärung im Ausland) auch Auslandsfälle sind.

g) Bewertung der Argumente des Senats

In der Gesamtbewertung überzeugt das kriminalpolitische Anliegen des Gerichts, nicht aber seine Argumentation. Die Entscheidung verdeutlicht vielmehr, dass weder der Wortlaut noch die Genese des § 261 VIII StGB

⁴⁰ So Bülte in Joecks/Jäger/Randt (Fn. 5), Rn. 48; Reichling wistra 2023, 188, 192.

⁴¹ So auch NK-StGB/Altenhain, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 21; Fleckenstein wistra 2023, 258, 259 f.

(1998) eine Anwendung auf Delikte gegen ausländische Steueransprüche außerhalb des § 370 VI AO tragen.

III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Anwendung des § 261 VIII StGB (1998) auf Delikte gegen ausländische Steueransprüche

Hieraus darf noch nicht die Ablehnung der materiell-rechtlichen Lösung geschlossen werden, beweisen doch unzureichende Argumente für eine These noch nicht ihre Unrichtigkeit. Zudem steht das Anliegen des Senats im Einklang mit dem Interesse an einer effektiven Bekämpfung der Steuerkriminalität in Europa mit den Mitteln des Geldwäschestrafrechts.⁴² Allerdings werden in der Kritik der Argumente des 1. Strafsenats des OLG Koblenz bereits Gründe erkennbar, die der von ihm vertretenen Lösung entgegenstehen.

1. Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 II und Art. 104 I GG)

Der „abstrakte Ansatz“ führt zu einer materiellen Ausweitung des Straftatbestandes durch Austausch des Tatobjekts. Das ist verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich unzulässig; allerdings kann eine solche Erweiterung der Strafbarkeit nach Art. 103 II GG nur durch Gesetz erfolgen. Gesetz in diesem Sinne sind nur Rechtsvorschriften des deutschen Gesetzgebers und unmittelbar anwendbare Rechtsakte der Europäischen Union, auf die durch nationales Recht hinreichend klar Bezug genommen wird.⁴³

Nach der Rechtsauffassung des Senats soll § 261 StGB (2008) auch auf solche Handlungen anwendbar sein, die nach deutschem oder europäischem Recht weder verboten noch mit Strafe bedroht waren. Damit wird § 261 VIII StGB (1998) durch den Austausch des Tatobjekts von einer ursprünglich die Strafbarkeit beschränkenden in eine die Strafbarkeit ausdehnende Vorschrift umfunktioniert. Der deutsche Gesetzgeber soll es ferner einem ausländischen Gesetzgeber überlassen haben, die Strafbarkeit nach § 261 I StGB (2008) i.V.m. § 261 VIII StGB (1998) zu bestimmen. Das ist mit Art. 103 II GG und Art. 104 I GG unvereinbar, weil damit das Gesetzlichkeitsprinzip in seiner kompetenzwahrenden Funktion verletzt wird. Der deutsche parlamentarische Gesetzgeber hat selbst die

⁴² Krit. Tsakalis (Fn. 3), S. 271.

⁴³ Eingehend Dannecker/Schuhr, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 118 ff.

Entscheidung darüber zu treffen, welche Handlungen mit Strafe bedroht werden.⁴⁴

Dem steht nicht entgegen, dass eine Fremdrechtsanwendung auch zur Begründung von Strafbarkeit nichts Ungewöhnliches ist, wie etwa die Anwendung des Fremdheitsbegriffes in § 242 StGB auf ausländische Eigentumsrechte. Zum einen schützt das Strafrecht insoweit das auch vom deutschen Verfassungsrecht anerkannte Grundrecht auf Eigentum, zum anderen wird das ausländische Zivilrecht zur Konkretisierung des Eigentumsrechts über ein normatives Tatbestandsmerkmal in das deutsche Strafrecht integriert. Damit sind die wesentlichen Umrisse des geschützten Tatobjekts sowie des Unrechts durch Gesetz bestimmt, mögen auch die Einzelheiten des Eigentumserwerbs etc. dem ausländischen Recht überlassen sein.⁴⁵ Das ist bei § 261 VIII StGB (1998) – so wie ihn der Senat versteht – anders, weil die deutsche Strafbarkeit unmittelbar durch das ausländische Strafrecht bestimmt wird, indem es das Tatobjekt definiert.

Auch aus dem Strafanwendungsrecht ergibt sich nichts anderes. Zwar ist die Bezugnahme auf ausländisches Recht typisch für das Strafanwendungsrecht z.B. bei § 7 StGB, doch handelt es sich insofern – ebenso wie bei § 261 VIII StGB (1998) nach der strafanwendungsrechtlichen „konkreten“ Interpretation – um *Beschränkungen* des Tatobjekts durch das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit. Für solche Freiheitserweiterungen ist keine gesetzliche Grundlage erforderlich, weil Art. 103 II GG nur strafbegründende und strafscharfende Überschreitungen des Gesetzeswortlauts, Rückwirkungen etc. verbietet. Eine Einschränkung der Strafbarkeit kann auf das Strafrecht eines anderen Staates gestützt werden, solange dadurch nicht ein Strafgesetz entsteht, deren Wirkung für den potenziellen Täter nicht mehr vorhersehbar ist.

2. Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 II GG)

Durch die vom Strafsenat verlangte „sinngemäße Umstellung des Sachverhalts“ kann sich allerdings gerade ein solcher Mangel an Vorhersehbarkeit der Strafe ergeben. Denn zum einen macht dieser „abstrakte Ansatz“ die Strafbarkeit von einer Verletzung dänischen oder belgischen Steuerrechts abhängig, die für den potenziellen Täter möglicherweise

⁴⁴ Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 2/15, BVerfGE 143, 38, 60 ff.; Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, BVerfGE 153, 310, 337 ff.

⁴⁵ Vgl. nur *Dannecker/Schuhr* (Fn. 43), § 1 Rn. 149.

schwer zu erkennen ist. Zum anderen sind die Kriterien für eine „sinngemäße Umstellung des Sachverhalts“ unklar.

Wie weit soll die Umstellung reichen? Für den Fall der belgischen oder dänischen Einkommensteuer mag noch nachvollziehbar sein, was gemeint sein könnte. Bedenklich wird die Situation jedoch, wenn andere Staaten die Steuerpflicht nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt oder die Einkünfteerzielung, sondern an die Staatsangehörigkeit knüpfen. Wie ist mit unterschiedlichen Regeln in Doppelbesteuerungsabkommen umzugehen? Ist eine Geldwäschetauglichkeit auch gegeben, wenn der Täter nach deutschem Steuerrecht in einer vergleichbaren Lage nicht steuerpflichtig gewesen wäre? Was gilt für Steuern, die das deutsche Abgabensystem nicht kennt oder nicht erhebt wie die Vermögensteuer oder bestimmte Luxussteuern?

D. Keine Erfassung ausländischer Steuerstraftaten nach § 261 IX Nr. 1 StGB

Mit der Neufassung zum 18.3.2021 gilt § 261 IX 1 StGB: *„Einem Gegenstand im Sinne des Absatzes 1 stehen Gegenstände, die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren, gleich, wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und 1. am Tatort mit Strafe bedroht ist...“* Neu ist insofern die Formulierung *„wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre“*. Diese Änderung soll es rechtfertigen,⁴⁶ auch Hinterziehungen ausländischer Steuern jenseits von § 370 VI AO als Vortaten der deutschen Geldwäsche zu bewerten.

Der aktuelle Wortlaut des § 261 IX StGB (2021) weist tatsächlich in diese Richtung. Er deutet an, dass es sich um Taten handelt, die die Voraussetzungen des § 11 I Nr. 5 StGB nicht erfüllen. Eindeutig ist das aber nicht, weil die Formulierung die Bedingungen offenlässt, unter denen die Tat eine rechtswidrige Tat wäre. Bedenkt man zudem die Formulierung des § 261 VIII StGB (1998), der nicht exakt zwischen Tatbestand und Strafrechtsgeltung unterschieden hat, so bleiben Zweifel. Der Konjunktiv in der Vorschrift könnte sich auch lediglich auf den Tatort beziehen, zumal das Gesetz trotz der Überlegungen im Rechtsausschuss keinen Hinweis auf eine Auswechslung des Tatobjekts enthält. Hier tritt der Unterschied

⁴⁶ So u.a. Tsakalis (Fn. 3), S. 389.

zwischen im Gesetzgebungsverfahren gemeint und im Gesetz umgesetzt zutage.

Doch selbst wenn die aktuelle Vorschrift wie vom Senat und einem Teil der Literatur⁴⁷ verstanden werden sollte, bleiben verfassungsrechtliche Bedenken. Selbst wenn der Gesetzgeber die „*sinngemäße Umstellung des Sachverhalts*“ ins Gesetz aufgenommen hätte, stellte diese Öffnung des Straftatbestandes für Analogien einen Verstoß gegen Art. 103 II GG dar. Daher bleibt nur eine Reduktion des Anwendungsbereichs von § 261 IX Nr. 1 StGB (2021) auf die „konkrete Lösung“. Und dies hat zur Folge, dass Straftaten gegen ausländische Abgabenansprüche als Vortaten der Geldwäsche untauglich bleiben. Die gegenteilige Auffassung hätte letztlich auch ein systemsprengendes Potenzial. Sie führte dazu, dass der erklärte Zweck des Geldwäschestrafrechts, kriminell erlangtes Vermögen aufzudecken und zu isolieren, auf nicht kriminell erlangtes Vermögen erweitert würde. Damit verlöre § 261 StGB nicht nur tatbestandlich jeden Rest von Kontur, sondern auch kriminalpolitisch.

Im Ergebnis zeigt sich an diesem Beispiel deutlich, dass das Strafrecht mit seinen hohen verfassungsrechtlichen Hürden nicht das zentrale Instrument zur Bekämpfung internationaler Geldwäsche sein kann. Der Weg muss über das Gefahrenabwehrrecht führen.

⁴⁷ Böhme/Busch wistra 2021, 169, 171; Radermacher AO-StB 2022, 91; Tsakalis (Fn. 3), S. 389.

Braucht das Strafrecht eine „Kritik der Gewalt“?¹

Katrin Höffler, Leipzig*

ABSTRACT

Gewalt ist der Ausgangspunkt des Strafens. Zugleich ist das Strafen selbst die Ausübung staatlicher Gewalt. Das Strafrecht muss sich daher der Auseinandersetzung mit dem Gewaltbegriff immer wieder stellen. Der Beitrag arbeitet unterschiedliche Gewaltbegriffe und Verwendungen multidisziplinär heraus und tritt mit Blick auf das Strafrecht für eine Differenzierung ein: Gewalt als Handlung iSe Tatbestandsmerkmals und phänomenologische Gewalt. Erstere muss eng in den strafrechtlichen Kategorien gehandhabt werden, Zweitere darf nicht reflexartig als Legitimationsgrundlage für Neukriminalisierung herangezogen werden. Wenn Anlass für Neukriminalisierung besteht, so ist die „phänomenologische Gewalt“ in klare Tatbestandsmerkmale zu „übersetzen“, da ansonsten eine dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderlaufende Instrumentalisierung des Gewaltbegriffs droht.

A. Immer weniger oder immer mehr Gewalt?

Steven Pinker ist mit seinem Werk „Gewalt. Eine neue Geschichte der Menschheit“² mit der These berühmt geworden, dass Gewalt rückläufig sei; es soll weniger Tötungsdelikte geben, weniger Kriege etc., die Menschheit werde friedlicher.³

¹ Titel in Anlehnung an den Aufsatz Walter Benjamins, Zur Kritik der Gewalt, in: *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1. Aufl. 1965, im Weiteren zitiert nach 16. Aufl., 2023.

* Die Autorin dankt ihren wiss. Mit. Hauke Bock, Dr. Felix Butz, Tim Festerling, Anouk Nicklas und Katharina Siepman herzlich für Unterstützung bei der Recherche und kritisches Feedback.

Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie an der Universität Leipzig.

² *Pinker*, The better angels of our nature: why violence has declined, 2011, in deutscher Übersetzung von Vogel, 2011.

³ „Violence has declined over long stretches of time.“, ebd., XXI; anschließend an *Eisner* British Journal of Criminology 41 (2001), 618 ff.; *Elias*, Über den Prozess der Zivilisation, 2 Bde., 1939.



Sie scheint beim ersten Zugriff recht eingängig: wir foltern nicht mehr öffentlich auf Marktplätzen, das elterliche Züchtigungsrecht ist zurückgedrängt, Körperstrafen sind abgeschafft – haben wir hier nicht eindeutig einen Rückgang der Gewalt?⁴

Aber doch wird diese These zunehmend kritisch gesehen. So fragt beispielsweise Lee, was es bringe, Gewalt in diesem Sinne zu quantifizieren, wenn eine einzige Atombombe die Kraft hat, die Menschheit zu bedrohen und wir weiterhin solche Waffen entwickeln.⁵

Heute finden – gewissermaßen entgegengesetzt zu Pinker – Diskurse statt, in denen der Begriff „Gewalt“ nicht zurückgedrängt, sondern im Gegenteil immer häufiger gebraucht wird: strukturelle Gewalt, psychische Gewalt, digitale Gewalt, ökologische Gewalt.⁶

Diese auf den ersten Blick scheinbar gegenläufige Entwicklung fordert auch das Strafrecht heraus: Ist der strafrechtliche Gewaltbegriff nun vor diesem Hintergrund zu eng oder zu weit? Brauchen wir in der gewaltsensiblen Gesellschaft die Kriminalisierung weiterer Formen der Gewalt oder ist dies schon wegen des möglichen Rückgangs von Gewalt gerade nicht erforderlich?

Ausgangspunkt der hiesigen Untersuchung soll daher die Frage sein, ob bzw. in welchem Umfang tatsächlich zwei gegenläufige Entwicklungen vorliegen, und welche Stellung dem Strafrecht diesbezüglich zukommt. Insoweit kommt sogar noch eine weitere Dimension hinzu. Gewalt ist nämlich nicht nur ein zentraler Ausgangspunkt des Strafens und der Kriminalisierung. Vielmehr ist auch das Strafen selbst die Ausübung staatlicher Gewalt. Das Strafrecht muss sich daher der Auseinandersetzung mit dem Gewaltbegriff immer wieder stellen.

Ausgehend von der von Walter Benjamin in seinem Beitrag „Zur Kritik der Gewalt“ vorgenommenen Rechts- und Gewaltanalyse und deren

⁴ Zustimmung etwa *Ziemann*, Rez. Pinker, The better angels of our nature: why violence has declined, H-Soz-Kult, 30.3.2012, online unter: <https://www.hsozkult.de/publicationreview/id/reb-16894>.

⁵ *Lee*, Violence. An Interdisciplinary Approach to Causes, Consequences, and Cures, 2019, 13.

⁶ Siehe etwa *Lindemann*, Die ökologische Gewalt fordert längst Opfer, *Zeit Online*, 11.11.2022, online unter: <https://www.zeit.de/kultur/2022-11/klimawandel-oekologische-gewalt-aktivismus-klimaschutz/komplettansicht>; *Horstmann*, Unwriting Nature. Zur Kritik der ökologischen Gewalt, 2023; *Galtung* *Journal of Peace Research* 6 (1969), 168 (s. dazu auch unten unter B. III.); *Çelebi* in *Bartsch* u.a. (Hrsg.), *Gender & Crime: Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, 2022, 55 ff.; *Meier* in *Beisel* u.a. (Hrsg.), *Die Kriminalwissenschaften als Teil der Humanwissenschaften*, 2023, 847 ff.

Kategorisierungen bzw. Differenzierungen soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit wir *durch das* und *im* Strafrecht selbst eine „Kritik der Gewalt“ brauchen.

Die von Benjamin vorgenommene Unterscheidung nach Mittel und Zweck und seine Konzentration bzgl. der Legitimation auf das Mittel selbst wird zunächst skizziert (B.I.); diese Ausdifferenzierung bietet die Möglichkeit auch in der Rekonstruktion der Begriffsverwendung Schwachstellen und später im Strafrecht Verschleifungen⁷ aufzuzeigen. Es werden semantische Bedeutungen und soziologische Perspektiven auf Gewalt erörtert (dazu B.II. und III.), bevor der Gewaltbegriff im Strafrecht behandelt wird (C.), wobei das nationale Recht, jedoch auch die Verwendung im Völkerstrafrecht analysiert wird. Von dort erfolgt die Rückkehr zu einer „strafrechtlichen Kritik der Gewalt“ (D.). Diese interdisziplinär angelegte Analyse⁸ möchte die Perspektive auf den Gewaltbegriff in einem ersten Schritt weiten und hierdurch im zweiten Schritt zu einer hinreichend bestimmten (und letztlich daher engen) Konturierung des Gewaltbegriffs im Strafrecht beitragen.

Die übergreifende These lautet dabei vorläufig: Gewalt muss in mehrere Begriffsebenen zerlegt werden. Zu differenzieren ist zwischen einer explizit pönalisierten *Gewalthandlung* und einer z.T. implizit kriminalisierten Gewalt in einem weiteren *phänomenologischen Sinne*. Eine gewisse Synthese dieser analytischen Trennung wird Anhaltspunkte sowohl für die Kriminalisierungs- wie auch die Auslegungsfrage liefern.

B. Grundlagen

I. Walter Benjamin: das Mittel selbst

Der Begriff der Gewalt nimmt im rechtsphilosophischen Diskurs eine wichtige Rolle ein. Es geht u.a. um nicht weniger als die zentralen Fragen, ob und wie sich eine monopolisierte staatliche *Zwangsgewalt* überhaupt legitimiert und wie diese Legitimation ggf. mit der notwendigen Unterbindung – befürchteter oder vorgefundener – *privater* Gewalt zusammenhängt.⁹

⁷ Dazu insbesondere unter D.I.

⁸ Im Sinne eines Arbeitens, das am Konzept der „gesamten Strafrechtswissenschaften“ orientiert ist.

⁹ Siehe zu einer ideengeschichtlichen Übersicht und weiteren Nachweisen etwa *Kalthöner*, Die Gewalt des Rechts. Analyse und Kritik nach Benjamin und Menke, 2021, 18 ff.

Auf dieser ganz grundsätzlichen Ebene setzt Walter Benjamins Kritik der Gewalt an. Er geht aber noch einen Schritt weiter zurück:

„...die Frage, ob Gewalt überhaupt, als Prinzip, selbst als Mittel zu gerechten Zwecken legitim sei. Diese Frage bedarf zu ihrer Entscheidung denn doch eines näheren Kriteriums, einer Unterscheidung in der Sphäre des Mittels selbst, ohne Ansehung der Zwecke, denen sie dienen.“¹⁰

In Benjamins Analyse kann Gewalt immer nur Mittel sein, und sollte auch unabhängig vom Zweck, zu dem sie eingesetzt wird, kritisiert werden, sie muss also als Mittel selbst „sittlich“ sein. Er kontrastiert hierzu das naturrechtliche Denken, das Gewalt in gewisser Weise als gegeben voraussetzt und sie in Abhängigkeit der Zwecke als legitim oder illegitim ansieht; diesem lastet er das Ausschalten seiner noch kritischeren Fragestellung an.¹¹ Die von ihm ausstrukturierte Antinomie, die sich ergeben kann, *wenn Zweck und Mittel je für sich untersucht werden*, führt dazu, dass divergierende Ergebnisse eintreten können: zB berechtigtes Mittel, ungerechtfertigter Zweck oder umgekehrt.¹² Eine vergleichbare, differenzierende Analyse gibt das Strafrecht in § 240 II StGB auf, wenngleich mit anderer Schlussfolgerung; hier findet sich quasi eine erste Brücke ins Konkrete, ins Strafrecht, auf die später zurückzukommen sein wird. Mit Blick auf die hiesige Fragestellung (ob und inwieweit wir durch das und im Strafrecht selbst eine „Kritik der Gewalt“ brauchen) soll von Walter Benjamins „Kritik der Gewalt“ zweierlei¹³ in die folgende Analyse mitgenommen werden:

1. Es ist zentral, Gewalt als Mittel selbst in den Fokus zu nehmen (Ebene der Straftatbestände).
2. Wenn Staatsgewalt iSv Strafgewalt zum Einsatz kommt, muss sich diese einer Kritik iSe Begrenzung aussetzen („Ob“ und „Wie“ von Neukriminalisierungen).

II. Sprachliche/semantische Befunde

Um, an Benjamin anknüpfend, an den Begriff der Gewalt an sich

¹⁰ Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: Benjamin (Hrsg.), Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, im Weiteren zitiert nach 16. Aufl., 2023, 29 f.

¹¹ Vgl. *ebd.* 30 f.

¹² Vgl. *ebd.* 31.

¹³ Freilich wäre es lohnenswert, Walter Benjamins „Kritik der Gewalt“ noch unter anderen Aspekten mit Blick auf das Strafrecht heranzuziehen.

heranzukommen, sollen einige semantische Überlegungen angestellt werden: „Gewalt“, was auf den indogermanischen Stamm „val“, im Sinne von „Macht haben“, „beherrschen“ zurückgeht,¹⁴ war lange ein wertneutraler Begriff.¹⁵ Er entsprach primär dem lateinischen „potestas“ iSv. legitimer Herrschaft,¹⁶ war also eher positiv besetzt.

Erst später trat eine „negative“ semantische Dimension im Sinne unrechter, destruktiver „vis“ daneben.¹⁷ Anders als im Deutschen finden wir in den romanischen Sprachen für diese vis-Dimension von Gewalt eigene Worte,¹⁸ etwa im Italienischen „violenza“, im Spanischen „violencia“¹⁹ oder eben „violence“. Daneben tritt in diesen Sprachen dann „power“ und „force“ für „Macht“ und „Kraft“²⁰, die beiden letzten Begriffe existieren also ähnlich im Deutschen, anders hingegen ist es mit der vis-Dimension: hier fehlt im Deutschen das Äquivalent zu „violence“, sprich: hier fehlt ein „eigenes Wort“.

Die Herausforderung, die wir aus der sprachlichen Kurzanalyse mitnehmen, ist daher einerseits die große Weite, die große Inklusionskraft des deutschen Begriffs „Gewalt“, die andererseits zugleich jedoch eine kritische Kraft in sich birgt, indem potestas – neben vis – zugleich Analysegegenstand ist, zugleich als Gewalt erscheint. Auch die potestas an sich, die möglicherweise legitime staatliche Zwangsgewalt, muss mit Benjamin also erst einmal herausgefordert werden.

III. Soziologische Perspektive

Mit der Unterscheidung von vis und potestas bewegen wir uns noch in einem sehr klassischen juristisch-philosophischen Diskussionskontext. Ein eher „moderner“ soziologischer Zugang zeigt jedoch, dass die Zuordnung zu Gewalt als Begriff und Kontext heute noch deutlich

¹⁴ Faber/Iltting/Meier in Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3, 1982, 817, 923.

¹⁵ Vgl. Bonacker/Imbusch in Imbusch/Zoll (Hrsg.), *Friedens- und Konfliktforschung. Eine Einführung*, 2006, 82 f.

¹⁶ Faber/Iltting/Meier in Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3, 1982, 817, 924.

¹⁷ Bloch, *Legitimierte Gewalt*, 2011, 50; Imbusch in Heitmeyer/Hagan (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, 2002, 30.

¹⁸ Bonacker/Imbusch in Imbusch/Zoll (Hrsg.), *Friedens- und Konfliktforschung. Eine Einführung*, 2006, 82.

¹⁹ ‚Violenza‘ in Lavacchi/Martínez (Hrsg.), *Dizionario. Spagnolo – Italiano. Italiano – Spagnolo*, 2000, 561.

²⁰ ‚Gewalt‘ in Jones (Hrsg.), *The Oxford-Harrap Standard German – English Dictionary*, Bd. 2, 1977, 85.

mehrschichtiger und zugleich „diffuser“ ist.²¹ Er reicht etwa von physischen und psychischen Verletzungen über „ungehobeltes“ Verhalten im Straßenverkehr oder im Sport bis hin zu gesellschaftlicher Diskriminierung.²² Will man sich der Gewalt auf dieser Weise annähern, so kann man es gut mit Trutz von Trotha halten: „Eine genuine Soziologie der Gewalt muss [...] beginnen [...] mit einer Phänomenologie der Gewalt“.²³

Ausgangspunkt sind auch in der Soziologie oft Ansätze, die auf ein physisches (*violencia*, *violence*) Element fokussieren und damit von der interaktiven sozialen Handlung unter Personen ausgehen. So setzt bspw. Reemtsma am Körper an, und unterscheidet lozierende Gewalt (also die Ortsveränderung), raptive Gewalt (an sich reißen, u.a. sexualisierte Gewalt) und autotelische Gewalt (Zerstören).²⁴

Es finden sich aber wichtige Kategorisierungen von Gewalt, die darüber hinausgehen, und neben physischer auch psychische, institutionelle, strukturelle sowie kulturelle oder auch symbolische Gewalt anerkennen. Hervorheben möchte ich in diesem Kontext den von *Galtung* geprägten Begriff der strukturellen Gewalt, die er bezeichnet „as the cause of the difference between the potential and the actual, between what could have been and what is“.²⁵ Bereits dieser Zustand an sich, quasi die Abweichung der Strukturen von den Idealbedingungen, wird als Gewalt qualifiziert, nicht erst das, was aus dem Zustand vielleicht folgt. Der Gewaltbegriff *Galtungs* wurde freilich auch stark kritisiert, für seine Weite und seine Unschärfe.²⁶ Dennoch hat er den nicht zu unterschätzenden Verdienst, dass er für Gewalt nicht mehr nur auf Personen (die Mikro-Ebene) abstellt, weglent vom Kampf „Mann-gegen-Mann“²⁷, sondern auch machtkritische Perspektiven auf Misstände auf der Meso- und Makro-Ebene eröffnet.

In dieser Hinsicht wichtig war auch der von Bourdieu geprägte Begriff der symbolischen Gewalt: die in Begriffen, Sprache und

²¹ Dazu Heitmeyer/Hagan in Heitmeyer/Hagan (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, 15.

²² Imbusch in Heitmeyer/Hagan (Hrsg.), International Handbook of Violence Research, 2003, 13.

²³ Trotha in Trotha (Hrsg.) Soziologie der Gewalt, 1997, 19 f.

²⁴ Reemtsma in Rehberg (Hrsg.), Die Natur der Gesellschaft, 2008, 12 ff.

²⁵ *Galtung* Journal of Peace Research 6 (1969), 168.

²⁶ Siehe zu einer Übersicht und zu weiteren Nachweisen etwa Endress in Staudigl (Hrsg.), Gesichter der Gewalt, 2014, 92 ff.

²⁷ Endress in Staudigl (Hrsg.), Gesichter der Gewalt, 2014, 100.

Symbolsystemen unausgesprochene, auch unbewusste Reproduktion und Verdeckung von Herrschaftsverhältnissen.²⁸ In diese Richtung zielt auch eine poststrukturalistische Auseinandersetzung mit Gewalt. So weist uns etwa eine sprachliche Kritik des binären und letztlich kontingenten Klassifikationsschemas von legitimer und illegitimer Gewalt auch auf die Gewalt des Rechts (Derrida)²⁹ hin, dessen Unterscheidung zwischen Ordnung und Unordnung eine vorstrukturierte Entscheidung ist, die bestimmte Verhaltensweisen und Strukturformen exkludiert und abwertet, andere hingegen privilegiert.³⁰

Insgesamt kann man sagen: Gewalt wird zunehmend als Oberbegriff für bestimmte Schädigungen gebraucht, wobei die soziologische Perspektive nicht bei der Person verharret, sondern hin zur Struktur, zum Symbol, zum Diskursiven, zum Reflexiven geht; dies spiegelt sich im gesellschaftlichen Diskurs wieder. In diesem Zusammenhang lässt sich ein ideologischer Kampf um die gesellschaftliche Deutungshoheit von Gewalt beobachten, der eben auch mit den Mitteln des Strafrechts – sowohl auf der Ebene der Anwendung des geltenden Rechts, als auch in Debatten um Neukriminalisierung – geführt wird.

Daran anschließend ist nun zu fragen, welchen Stellenwert diese weitere soziologische Begriffsbildung für das Strafrecht, auf das nun im Folgenden genauer eingegangen wird, haben kann. Denn das Strafgesetz selbst kann seiner grundlegenden Struktur nach nur *Handlungen*³¹ pönalisieren, keine Strukturen, und auch Symbole nur, soweit sie sich in Handlungen materialisieren. Inwieweit finden sich aber ggf. mittelbar Anhaltspunkte für unterschiedliche Gewaltbegriffe im geltenden Recht?

C. Strafrechtliche Dimensionen von Gewalt

I. Nationales Recht

Um hier die Diskussion zwischen den Disziplinen etwas weiterzuführen, bietet es sich an, zunächst in einer Art „Meta-Blick“ auf das StGB zwei

²⁸ Grundlegend *Bourdieu*, Sozialer Sinn, 1987; weitere Nachweise für die Anwendung des Konzepts durch *Bourdieu* auf unterschiedliche soziale Felder bei *Moebius/Wetterer* Österreichische Zeitschrift für Soziologie, 36 (2011), 1.

²⁹ *Derrida*, Gesetzeskraft. Der ‚mystische Grund der Autorität‘, 1991.

³⁰ *Staudigl* in *Staudigl* (Hrsg.), Gesichter der Gewalt, 2014, 18.

³¹ Zur aktuellen Diskussion um das Erfordernis einer Handlung *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 43c ff.

Gewaltformen zu unterscheiden: die explizit im StGB geregelte Gewalt, und die im StGB implizit aufgegriffene phänomenologische Gewalt.

1. Explizite Gewalt, insbesondere als Tathandlung

Unter „explizite Gewalt“ werden zunächst solche Tatbestände gefasst, in denen Gewalt explizit im Wortlaut vorkommt. Eine systematische Textanalyse zeigt dann, dass dies 39, also immerhin 12% aller Strafnormen, sind.³² Darunter sind etwa Nötigung (§ 240 StGB), Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB), Raub (§ 249 StGB) und Erpressung (§ 253 StGB), Vergewaltigung (§ 177 V StGB), aber auch Hochverrat (§ 81 StGB), Wahlbehinderung (§ 107 StGB), Wählernötigung (§ 108 StGB) oder Landfriedensbruch (§ 125 StGB). Dabei wird Gewalt in einer Subgruppe dieser Tatbestände – wie beim Prototyp der Nötigung – als Tathandlung verwendet.³³ Gewalt wird hier als *Mittel* zur Verletzung bzw. Schädigung unterschiedlicher Rechtsgüter pönalisiert. Andere Delikte erwähnen zwar explizit die Gewalt, diese ist jedoch nicht als Tathandlung in diesem Sinne zu verstehen.³⁴

Bei einer Systematisierung iSe einer Kategorisierung dieser Tatbestände fällt zweierlei auf: Gewalt ist nie Qualifikationsmerkmal einer Erfolgsqualifikation, sondern lediglich Qualifikationsmerkmal einer Handlungsqualifikation. Weiter zeigt sich: Gewalt *als Handlung* kommt nie beim *Fahrlässigkeitsdelikt* vor. Umgekehrt gesagt: Die explizite

³² Bei 320 Straftatbeständen im StGB (Stand: 18.6.24).

³³ Delikte mit einer Gewalthandlung: § 81 Hochverrat gegen den Bund, § 82 Hochverrat gegen ein Land, § 89a Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 89b Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 105 Nötigung von Verfassungsorganen, § 106 Nötigung des Bundespräsidenten und von Mitgliedern eines Verfassungsorgans, § 107 Wahlbehinderung, § 108 Wählernötigung, § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 115 Widerstand gegen oder tätlicher Angriff auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen, § 121 Gefangenenmeuterei, § 129a Bildung terroristischer Vereinigungen, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, § 232 Menschenhandel, § 232a Zwangsprostitution, § 232b Zwangsarbeit, § 234 Menschenraub, § 234a Verschleppung, § 235 Entziehung Minderjähriger, § 237 Zwangsheirat, § 240 Nötigung, § 244 Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchdiebstahl, § 249 Raub, § 250 Schwerer Raub, § 252 Räuberischer Diebstahl, § 253 Erpressung, § 255 Räuberische Erpressung, § 316c Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr, § 343 Aussageerpressung.

³⁴ Delikte mit expliziter Gewalt, ohne Tatmittel zu sein: § 89a Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 89b Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 89c Terrorismusfinanzierung, § 91 Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 124 Schwerer Hausfriedensbruch, § 125 Landfriedensbruch, § 125a Besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs, § 130 Volksverhetzung § 131 Gewaltdarstellung, § 184a Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Inhalte, § 225 Mißhandlung von Schutzbefohlenen, § 241a Politische Verdächtigung.

Gewalthandlung hat immer ein doloses Element, obwohl es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt.

Betrachtet man die Rechtsgüter, die von den Delikten geschützt werden, bei denen Gewalt explizit im Tatbestand vorkommt, so wird deutlich, dass diese relativ breit gestreut sind. Recht zentral sind Ausprägungen der persönlichen Freiheit, aber auch Rechtsgüter aus den Eigentums- und Vermögensdelikten sind häufiger vertreten.

2. Implizite phänomenologische Gewalt, auch als Erfolg

Kommen wir zur impliziten Gewalt: Darunter sind hier solche Delikte gefasst, die in einem phänomenologischen Sinne Gewalt voraussetzen, *ohne* dass das Gesetz diese Gewalt als explizites Tatbestandsmerkmal oder gar als Handlung verwendet. Die Körperverletzung bildet gewissermaßen den *phänomenologischen* Kern der Gewalt, denn zweifelsohne stufen wir z.B. einen Faustschlag begrifflich als Gewaltstraftat ein, Tatbestandsvoraussetzung ist aber die körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung. Die Grenzen sind hier freilich äußerst fließend, was mit dem vagen phänomenologischen Begriff der Gewalt zusammenhängt. Ist auch die Beleidigung als „gewaltsame“ Symbolik „Gewalt“straftat in diesem weiteren Sinne? Pönalisiert die Nachstellung gem. § 239 StGB Gewalt im Sinne einer psychischen Gewalt, die zudem wohl nicht selten auf struktureller(n) (wohl auch patriarchalen) Gewalt(ursachen) beruht?

Schaut man von da aus mit einem eher „weiten Blick“ ins StGB, fokussiert also nicht auf das körperliche Element, so könnte man zumindest weitere 67 Strafnormen zählen (dies entspricht 21% aller Strafnormen; insgesamt, zusammen mit den expliziten und impliziten Gewalt-Delikten, also einem Drittel aller Normen).³⁵

³⁵ Delikte mit impliziter Gewalt: § 80a Aufstacheln zum Verbrechen der Aggression, § 83 Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens, § 87 Agententätigkeit zu Sabotagezwecken, § 100 Friedensgefährdende Beziehungen, § 102 Angriff gegen Organe und Vertreter ausländischer Staaten, § 104 Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten, § 109 Wehrpflichtentziehung durch Verstümmelung, § 109e Sabotagehandlungen an Verteidigungsmitteln, § 114 Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte, § 126 Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten, § 129b Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland; Einziehung, § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen, § 174a Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen, § 174b Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung, § 174c Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses, § 176 Sexueller Mißbrauch von Kindern, § 176c Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern, § 176d Sexueller Mißbrauch von Kindern mit Todesfolge, § 178 Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge, § 181a

Diese Zählung ist jedoch nicht so entscheidend, es ist sehr gut denkbar, hier auch im Einzelnen andere Grenzen zu ziehen³⁶. Wichtiger ist vielmehr ein analytischer Befund, der sich gleichsam aufdrängt: Implizit pönalisierte Gewalt im phänomenologischen Sinne kann als solche nur abhängig von der Rechtsgutsverletzung bzw. einer bestimmten Schädigung definiert werden. In strafrechtlichen Kategorien ausgedrückt kann die implizite, kriminalisierte phänomenologische Gewalt also nur im Zusammenspiel von Handlung *und* Erfolg rekonstruiert werden.

Dies wird unterstrichen durch eine systematisierende Analyse der Rechtsgüter bei den Tatbeständen „impliziter“ Gewalt: Hier zeigt sich, dass eine stärkere Individualisierung vorherrscht, wir offenbar noch von diesen typischerweise von Gewalt betroffenen Einzelrechtsgütern her denken – die Grenzziehung („was ist implizite Gewalt?“) fällt deutlich leichter. Hier stehen nämlich die Körperlichkeit, das Leben, aber auch das Eigentum (wenn man von Gewalt gegen Sachen sprechen möchte) im Vordergrund. Es scheint so, dass unser Denken im ersten Zugriff eben an diese tradierten, auch besser greifbaren Rechtsgüter anknüpft; umso weiter wir uns davon entfernen, desto schwieriger fällt die Entscheidung.

Ein Unterschied zur expliziten Gewalt(handlung) zeigt sich auch bei der Dichotomie Vorsatz vs. Fahrlässigkeit: Denn bei der impliziten Gewalt entscheidet der Vorsatz nicht zwingend über das Vorliegen der Gewalt, sondern ggf. nur über deren Intensität. Deutlich wird dies an einem leicht zugänglichen Beispiel: Es gibt etwa auch eine fahrlässige

Zuhälterei, § 182 Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen, § 184i Sexuelle Belästigung, § 185 Beleidigung, § 211 Mord, § 212 Totschlag, § 216 Tötung auf Verlangen, § 218 Schwangerschaftsabbruch, § 221 Aussetzung, § 222 Fahrlässige Tötung, § 223 Körperverletzung, § 224 Gefährliche Körperverletzung, § 226 Schwere Körperverletzung, § 226a Verstümmelung weiblicher Genitalien, § 227 Körperverletzung mit Todesfolge, § 229 Fahrlässige Körperverletzung, § 231 Beteiligung an einer Schlägerei, § 233a Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung, § 238 Nachstellung, § 239 Freiheitsberaubung, § 239a Erpresserischer Menschenraub, § 239b Geiselnahme, § 251 Raub mit Todesfolge, § 303 Sachbeschädigung, § 304 Gemeinschädliche Sachbeschädigung, § 305 Zerstörung von Bauwerken, § 305a Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel, § 306 Brandstiftung, § 306a Schwere Brandstiftung, § 306b Besonders schwere Brandstiftung, § 306c Brandstiftung mit Todesfolge, § 306d Fahrlässige Brandstiftung, § 307 Herbeiführen einer Explosion durch Kernenergie, § 308 Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion, § 309 Mißbrauch ionisierender Strahlen, § 313 Herbeiführen einer Überschwemmung, § 315 Gefährliche Eingriffe in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr, § 315b Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, § 315d Verbotene Kraftfahrzeugrennen, § 316a Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316b Störung öffentlicher Betriebe, § 317 Störung von Telekommunikationsanlagen, § 318 Beschädigung wichtiger Anlagen, § 324 Gewässerverunreinigung, § 324a Bodenverunreinigung, § 325 Luftverunreinigung, § 330 Besonders schwerer Fall einer Umweltstraftat, § 340 Körperverletzung im Amt.

³⁶ Denkbar wäre – entgegengesetzt - auch eine engere Fassung, orientiert bspw. an der Einordnung der Polizeilichen Kriminalstatistik (Summenschlüssel 892000 in der PKS), die nur schwere Formen körperlicher Gewalt erfasst.

Körperverletzung, die man phänomenologisch ganz unschwer als körperliche Gewalt bezeichnen kann.

II. Völkerstrafrecht

Vor dem Versuch, eine Art Synthese zwischen der expliziten und impliziten Ebene vorzunehmen, lohnt es sich, noch einen kurzen Seitenblick ins Völkerstrafrecht zu machen.

Das Völkerstrafrecht ist insofern besonders interessant, als es die Phänomenologie der Gewalt in gewisser Weise komplettiert, indem es uns nämlich daran erinnert, dass auch staatliche Akte „Gewalt“ in einem strafrechtlich relevanten Sinne sein können. Das Völkerstrafrecht richtet sich seiner historischen Wurzel nach primär gerade gegen die – auch von Walter Benjamin in den Blick genommene – *Staatsgewalt*.³⁷ Es werden hier Akte scheinbar legitimer potestas als das entlarvt, was sie auch sein können: strafbare Handlungen.³⁸

Zugleich kann hier die semantische Analyse wieder aufgegriffen werden. Denn im Gegensatz zum StGB kommen im Völkerstrafrecht verschiedene Gewaltbegriffe³⁹ mit jeweils unterschiedlich gelagerten Bedeutunggehalten zum Einsatz. Für Gewalt im Sinne von Herrschaftsgewalt werden vor allem „power“ und „capacity“ eingesetzt.⁴⁰ Körperliche Gewaltanwendungen werden vor allem als „violence“ und „force“ bezeichnet,⁴¹ wobei „force“ daneben oft auch für die vis compulsiva verwendet wird. Eine Parallele zur expliziten Gewalthandlung im nationalen Strafrecht ergibt sich insoweit als „violence“ und „force“ ein doloses Element voraussetzen.⁴² Sie sind also, wie die explizite Gewalthandlung im StGB, nicht mit Fahrlässigkeit kombinierbar,⁴³ was freilich auch der auf

³⁷ Vgl. nur Werle ZStW 109 (1997), 808, 828 f.

³⁸ Zur „Impunidad“ s. nur Ambos Neue Kriminalpolitik, 3/1997, 9, 9.

³⁹ Power, force, violence, capacity, coercion, control.

⁴⁰ Vgl. Römisches Statut des IStGH, Artikel 27 (Irrelevance of official capacity); IStGH, Elements of Crimes, Artikel 8 (2) (b) (x)-1 (War crime of mutilation).

⁴¹ Vgl. Römisches Statut des IStGH, Artikel 8bis (Crime of aggression); Römisches Statut des IStGH, Artikel 8 (War crimes).

⁴² Vgl. Römisches Statut des IStGH, Artikel 30 (Mental element).

⁴³ Vgl. IStGH, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29.1.2007, Rn. 355 Fn. 438; IStGH, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15.6.2009, Rn. 360, 363.

den Vorsatz ausgerichteten Natur des Völkerstrafrechts an sich entspricht.⁴⁴

Nicht immer lässt sich dabei das geschützte Rechtsgut der Norm unmittelbar konkretisieren. Gerade im Völkerstrafrecht beziehen sich Gewaltbegriffe oft (auch) auf das Kontextelement⁴⁵ der Verbrechen. Das geschützte Rechtsgut ist dann nur in der Zusammenschau der jeweiligen Einzeltat mit dem Kontextelement bestimmbar.⁴⁶

Daneben werden Formulierungen verwendet, die eine körperliche Gewaltanwendung umschreiben, ohne jedoch einen klaren Gewaltbegriff zu beinhalten.⁴⁷ Diese Tatbestände setzen ihrerseits zwar phänomenologisch körperliche Gewalt voraus oder umfassen diese zumindest, ohne dies jedoch explizit zum Tatbestandsmerkmal zu erheben.

Dass mit der größeren Begriffsvielfalt – plastisch in der folgenden Abbildung ablesbar – im Völkerstrafrecht aber die rechtlichen Streitfragen um die Gewalt geklärt sind, lässt sich freilich nicht behaupten. So finden etwa Diskussionen um den konkreten Bedeutungsgehalt von „*violence*“ und „*force*“ statt, in denen jeweils nicht nur körperliche Gewaltanwendung i.e.S. als erfasst angesehen wird, sondern neben zwangsbegründenden Umständen insbesondere auch auf die Gleichwertigkeit psychischer Gewalt hingewiesen wird.⁴⁸

⁴⁴ Vgl. Römisches Statut des IStGH, Artikel 30 (Mental element); *IStGH*, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29.01.2007, Rn. 356; *IStGH*, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15.6.2009, Rn. 353; zur Erfassung von *dolus eventualis* s. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 559 ff., zu Strafbarkeitserweiterungen s. *ebd.* Rn. 563 ff. sowie *Ambos*, Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl. 2002, S. 368 f.

⁴⁵ Vgl. hierzu die Behandlung der unterschiedlichen Ausformungen des Kontextelements völkerstrafrechtlicher Verbrechen bei *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 118 ff.

⁴⁶ So schützt das Einzelverbrechen „sexual violence“ nur im Rahmen eines Kriegsverbrechens nach Art. 8 des Römischen Statuts primär die sexuelle Selbstbestimmung, während dieselbe Handlung im Rahmen des Genozids nach Art. 6 primär die Existenz einer bestimmten Gruppe und im Rahmen der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Art. 7 primär die Menschheit als solche schützt (*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2022, § 16 Rn. 7, 32, 57).

⁴⁷ Dies sind: causing harm, causing / inflicting suffering, causing / inflicting injury, inflicting pain, (armed) attack, assault, mutilation, aggression, atrocity.

⁴⁸ Vgl. hierzu *ICTY*, The Prosecutor v. Blagojević/Jokić, Trial Chamber I, Judgement, 17.1.2005, Rn. 596; *ICTY*, The Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement, 10.12.1998, Rn. 180 m.w.N.; *EGMR*, CASE OF VOLODINA v. RUSSIA (Application no. 41261/17), Judgement, 9.7.2019, Rn. 74.

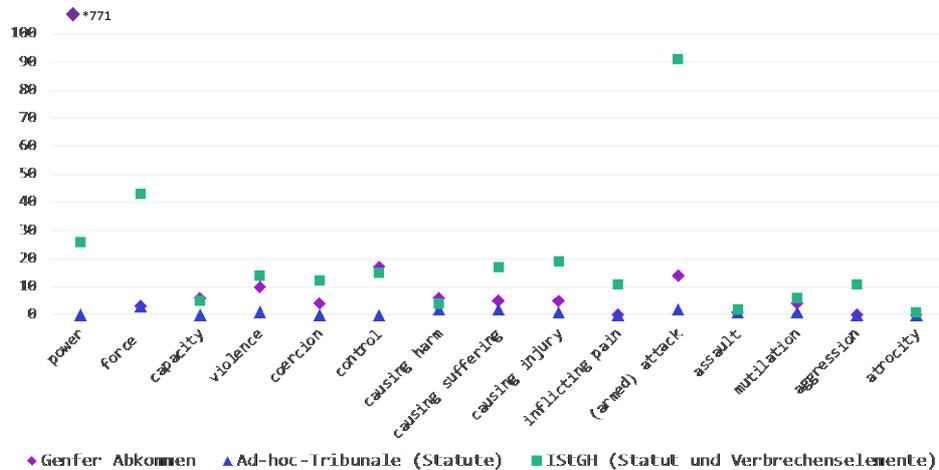


Abbildung 1: Häufigkeit der "Gewalt"begriffe im Völkerstrafrecht

D. Neuer Anlauf: Kritik der Gewalt im Strafrecht

Vor diesem Hintergrund soll zum Ausgangspunkt und zur Frage, ob und inwieweit wir durch das und im Strafrecht selbst eine „Kritik der Gewalt“ brauchen, zurückgekehrt werden.

I. Rechtsanwendungsebene („im Strafrecht“)

Begonnen werden soll diese Synthese zwischen phänomenologischer impliziter und expliziter Gewalt auf der Rechtsanwendungsebene, am Beispiel der Gewalt im Tatbestand der Nötigung.

Auf den ersten Blick könnte man fragen, ob nicht eigentlich ein psychischer, vergeistigter Gewaltbegriff⁴⁹ eher dem in Bezug auf phänomenologische Gewalt in sympathischer Weise⁵⁰ sensiblen Zeitgeist entspricht? Dieser vergeistigte Gewaltbegriff findet seinen Grund gerade „in dem Bestreben, die Willensfreiheit in wirksamer Weise auch gegenüber solchen strafwürdigen Einwirkungen zu schützen, die zwar sublimier, aber ähnlich wirksam wie körperlicher Kraftaufwand sind“.⁵¹

Ggf. drängt die oben gemachte Unterscheidung aber auch in eine ganz umgekehrte Richtung, indem sich die Frage aufdrängt: Wie weit darf sich

⁴⁹ BGHSt 23, 46, 53 f.; BGHSt 37, 350, 353.

⁵⁰ Freilich umstritten; aA wohl – jedenfalls für die Folgen – Rostalski, Die vulnerable Gesellschaft, 2024.

⁵¹ BVerfGE 92, 1, 15

in einem Strafrecht, das sich auf die Bestimmtheit und Konturiertheit seiner Begriffe verlassen können muss, Gewalt als Handlung eigentlich vom phänomenologischen Kern der Gewalt als Körperverletzung entfernen?

Die damit angesprochene Diskussion um ein physisches Element der Gewalt⁵² hat sich interessanterweise nicht unerheblich anhand der Frage entwickelt, in welchem Umfang ziviler Ungehorsam als Protest gegen die Staatsgewalt „Gewalt“ darstellt.⁵³ In diesem Zusammenhang hat das BVerfG in seiner zweiten Sitzblockadenentscheidung den vergeistigten Gewaltbegriff ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt.⁵⁴ Es hat zu Recht hervorgehoben, dass sich dieser von der strafrechtlichen Codierung von Gewalt als *Handlung* eigentlich entfernt.⁵⁵ Vergeistigte Gewalt ist nämlich *rein* vom *Erfolg* her gedacht, wobei es auch nicht um einen körperbezogenen Erfolg, sondern allein um die Zwangswirkung, die Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit geht. Das BVerfG wendete sich gegen diese Entgrenzung bekanntlich mit einem Argument, das man heute als Ausprägung des sog. Verschleifungsverbotes deuten würde. „Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 II StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muß über diesen hinausgehen“.⁵⁶ Man könnte dies noch etwas schärfer und weitergehend formulieren: wenn Gewalt Handlung ist, muss die Grenzziehung eben auch strikt handlungsbezogen erfolgen.

Ob freilich der durch die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH⁵⁷ heute erreichte Stand diesem ursprünglich scharf formulierten verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbot wirklich standhält, muss durchaus bezweifelt werden.⁵⁸ Die Rechtsprechung, die es als entscheidend

⁵² Statt vieler *Sinn*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 31 ff. mwN.

⁵³ *Magnus* NSTZ 2012, 538, 540 f.; *MüKo/StGB-Sinn*, § 240 Rn. 139 ff.

⁵⁴ BVerfGE 92, 1.

⁵⁵ BVerfGE 92, 1, 17.

⁵⁶ BVerfGE 92, 1, 17.

⁵⁷ BGHSt 41, 182, 185 f.; s.a. BVerfGE 104, 92, 101 ff.

⁵⁸ Krit. ggü der Zweite-Reihe-Rechtsprechung s. exemplarisch etwa *Zöller* GA 2004, 155; *Herzberg* GA 1996, 557; *Lesch* StV 1996, 152. Vgl. zur aktuellen Diskussion um den Gewaltbegriff auch einige Beiträge im Rahmen der lebendigen *Current Debate* „Kleben und Hafteln“ auf dem Verfassungsblog, so u.a. von *Groß, Lund, Lengauer* (österreichische Perspektive), abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/category/debates/kleben-und-hafteln-ziviler-ungehorsam-in-der-klimakrise/>.

ansieht, dass Demonstrierende zwar – der physischen Möglichkeit nach betrachtet – einfach überfahren werden könnten, nicht aber die erste aufgestaute Reihe von Fahrzeugen,⁵⁹ setzt wieder an der falschen Stelle an, nämlich immer noch an der Stärke der Zwangswirkung, der Willensbeeinträchtigung, also auf der Erfolgsseite.

Nimmt man demgegenüber den *handlungsbezogenen* Kern der Gewalt ernst, so kann die Zweite-Reihe-Rechtsprechung auch nicht über die Dogmatik der mittelbaren Täterschaft gerechtfertigt werden: Vielmehr liegt es nahe, dass dem täterseitigen Handlungselement der Gewalt ein Momentum der Eigenhändigkeit innewohnt, das den Regeln der mittelbaren Täterschaft insoweit vorgeht.⁶⁰ Die zweite Sitzblockadenentscheidung des BVerfG deutete denn auch eigentlich in Richtung des sog. klassischen Gewaltbegriffs, in dem sie darauf verwiesen hat, dass sich „mit dem Mittel der Gewalt im Unterschied zur Drohung von Anfang an die Vorstellung einer körperlichen Kraftentfaltung auf Seiten des Täters“⁶¹ verbinde. Heute müssen wir dieses spezielle Handlungserfordernis der körperlichen Kraftentfaltung in einer zunehmend technisierten Welt freilich moderner begreifen: es kann auch durch einschlägige Techniken perpetuiert werden (Revolver, Drohne etc.), aber handlungsbezogen und wohl auch körperbezogen müsste es bleiben.

Bei sezierender Analyse des Nötigungstatbestands zeigt sich nämlich, dass die Frage der Willensbeugung an sich gar keine Frage der Gewalt, sondern vielmehr des Nötigungserfolgs, bzw. jedenfalls die *Brücke*⁶² zu diesem markiert. Das willensbeugende bzw. zwingende Element geht im Abnötigen auf, und dieses Abnötigen manifestiert sich dann weiter in der abgenötigten Handlung, Duldung oder Unterlassung, das ist die Manifestation der Willensbeugung bzw. Willensausschließung: In diesem Sinne wäre auch der Streit um *vis absoluta* und *vis compulsiva*⁶³ an sich bei diesem Merkmal, dem Abnötigen, und nicht bei der Frage der Gewalt zu führen, dies ist mE eine davon zu trennende Frage.

⁵⁹ BGH NJW 1995, 2643, 2643 f.

⁶⁰ Freilich ist eine mittelbare Täterschaft auch nach den hiesigen Ausführungen bei der Nötigung möglich, aber mit der Anforderung, dass dann der Vordermann eben die Gewalt als Handlung verwirklichen muss, nicht ausreichend ist nach der hier vertretenen Auffassung die Konstellation der Zweiten-Reihe-Rechtsprechung.

⁶¹ BVerfGE 92, 1, Rn. 59.

⁶² Also zwischen Handlung und Erfolg.

⁶³ S. z.B. Heger in Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, StGB § 240 Rn. 5; MüKo/StGB-Sinn, § 240 Rn. 29 f. mwN.

II. Kriminalisierungsebene („durch das Strafrecht“)

Auf der Kriminalisierungsebene ist die Frage zu stellen: Wie soll das Strafrecht mit einem möglicherweise expansiven soziologisch-phänomenologischen Gewaltverständnis umgehen?

Insbesondere ein strukturelles Gewaltverständnis, das vielen modernen gesellschaftlichen Debatten zugrunde liegt, ist in gewisser Hinsicht zunächst unvereinbar mit strafrechtlichen Kriminalisierungskategorien. Zwar wird in diesen Debatten durchaus vom Erfolg her gedacht, phänomenologische Gewalt ist ja als bestimmte Form der Schädigung definiert, was auch der Grammatik etwa der Rechtsgutslehre oder dem sog. harm principle⁶⁴ etc. entspricht. Aber Bezugspunkt ist nicht ohne Weiteres ein strafrechtliches Verständnis des Erfolges im Sinne einer Rechtsgutverletzung oder -gefährdung, sondern man geht häufig schlicht von einem unerwünschten Zustand oder gesellschaftlichem Problem aus. Von diesem Endpunkt ausgehend werden „rückwärts“ die Handlungen, die zu diesem geführt haben, als „Gewalt“ bezeichnet. Das läuft einer direkten Fruchtbarmachung für das Tatstrafrecht insofern zuwider, als dieses eben zwingend zuerst an die individuelle Handlungsweise anknüpfen und von dort zum schädigenden Erfolg gelangen muss. Deswegen ist im Strafrecht de lege lata phänomenologische Gewalt immer spezifiziert als eine bestimmte Handlung verbunden mit einem bestimmten Erfolg. Dies darf sich freilich auch bei Fragen nach Neukriminalisierungen nicht ändern.

Die Analyse zeigt also gewissermaßen ein Kommunikationsproblem auf, das daraus resultiert, dass man sich beiderseits des gleichen Instrumentariums bedient, des Begriffs „Gewalt“, der in beiden Sphären jedoch vollständig anders codiert ist. Sich einer Kriminalisierung zu verweigern, bedeutet dabei nicht zwingend mangelnde Sensibilität gegenüber den gesellschaftlichen Problemen, sondern ist bisweilen schlicht positiv Ausdruck eines „humanen Umgangs mit Abweichung“⁶⁵ in Anlehnung an *Hassemer*, bzw. eben einer Zurückdrängung *punitiver strafender Staatsgewalt*.

Natürlich ist umgekehrt aber nicht jede phänomenologische Verwendung des Gewaltbegriffs in diesem Sinne problematisch für eine

⁶⁴ S. insb. *Feinberg*, Harm to others, 1987.

⁶⁵ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage 1990, 326.

Neukriminalisierung. Erwähnt sei an dieser Stelle einer der aktuell meistdiskutiertesten Kandidaten phänomenologischer Gewalt, der (bei uns) noch nicht vollständig kriminalisiert ist: die ökologische Gewalt⁶⁶. Auch hier zeigt sich im Ausgangspunkt, dass der Begriff der Gewalt soziologisch vom Erfolg her bejaht wird: der Schaden, der verursacht wurde, ist in der ökologischen Sphäre (Umwelt) bzw. dann vermittelt auch am Menschen selbst festzustellen, und daraus wird auf die Handlung geschlossen – „das muss Gewalt sein!“. So bezeichnen Studien der sog. *green criminology* Wirtschaftsumweltstraftaten als „corporate violence“⁶⁷. Diese hätten mehr Tote zur Folge als die übrige Gewaltkriminalität. Tombs & Whyte werteten aus, dass infolge wirtschaftsbedingter Luftverschmutzungen etwa 800.000 Menschen pro Jahr vorzeitig sterben.⁶⁸ Das Problem bleibt aber die Handlung; sie ist – vor dem Hintergrund der globalisierten Verantwortungsdiffusion – schwer zu greifen: Wer hat was genau getan, wer hat inwiefern auf unerlaubt gefährliche Weise zur Schädigung (ggf. auch nur kumulativ) beigetragen. In einem vielleicht ganz neu zu konzipierenden Klimastrafrecht⁶⁹ müsste es dann darum gehen, nicht auf den (rechts-)politisch womöglich hilfreichen, im strafgesetzlichen Kontext aber nicht unmittelbar zielführenden Begriff der (ökologischen) „Gewalt“ zu setzen, sondern die pönalisierten Handlungen anhand ihrer konkreten Schädlichkeit für hinreichend präzise definierte Rechtsgüter klar zu benennen.

E. Fazit

Man sollte also juristisch bei einem restriktiven Verständnis von Gewalt als Handlung bleiben. Orientiert man sich daran, ergibt sich daraus auf der Rechtsanwendungsebene ein Nebenprodukt, das Walter Benjamin, dem Pionier der handlungsbezogenen Problematisierung der Gewalt, an sich gefallen hätte: Ziviler Widerstand gegen Staatsgewalt ist nicht

⁶⁶ Dazu aus soziologischer Sicht *Lindemann*, Die ökologische Gewalt fordert längst Opfer, *Zeit Online* 11.11.2022, online unter: <https://www.zeit.de/kultur/2022-11/klimawandel-oekologische-gewalt-aktivismus-klimaschutz/komplettansicht>; grundlegend auch *Horstmann*, Unwriting Nature. Zur Kritik der ökologischen Gewalt, 2023; *Galtung Journal of Peace Research*, 6 (1969), 168. Zu Überlegungen betreffend (Neu-)Kriminalisierung s. nur die Beiträge im Band von *Satzger/von Maltitz* (Hrsg.), *Klimastrafrecht*, 2024.

⁶⁷ *Forti/Visconti* in *Rorie* (Hrsg.), *The Handbook of White-Collar Crime*, 2019, 70, dazu *Werkmeister KrimOJ* 2021, 293, 296.

⁶⁸ *Tombs/Whyte*, *The Corporate Criminal*, 2015, 47 f.

⁶⁹ S. dazu exemplarisch die Beiträge im Band von *Satzger/von Maltitz* (Hrsg.), *Klimastrafrecht*, 2024; s. auch *Heger*, *NK* 2024, 22 ff.; *Coester-Kauhl*, *Strafbarkeit klimaschädlicher Verhaltensweisen*, *Diss.* 2023 (im Druck).

zwingend Gewalt im strafrechtlichen Sinne, wenn man konsequent das Element der Willensbeugung von der Gewalt als Handlung trennt⁷⁰. Für die Frage, wann Gewalt im phänomenologischen Sinne zu kriminalisieren ist, kann die Bezeichnung als Gewalt zwar (rechts-)politisch wirksam sein, sie darf aber nicht deshalb reflexartig bejaht werden, sondern muss sich den strengen Legitimationsanforderungen des Strafrechts als schärfstem Schwert des Staates, das immer nur letztes Mittel sein darf, stellen. Wird sie bejaht, so muss die phänomenologische Gewalt anhand gängiger Kriminalisierungskriterien hinreichend bestimmt in Straftatbestände „übersetzt“ werden.

⁷⁰ S.o. unter IV.1.

Der neue Tatbestand des Verschwindenlassens von Personen (§ 234b StGB)

Julia Geneuss, Potsdam, und Florian Jeßberger, Berlin*

ABSTRACT

Seit Anfang August 2024 ist das Verschwindenlassen von Personen gemäß § 234b StGB unter Strafe gestellt. Der vorliegende Beitrag skizziert knapp die völkerrechtlichen Hintergründe der Norm und befasst sich sodann ausführlich mit der dogmatischen Einordnung, den geschützten Rechtsgütern und den Voraussetzungen dieses neuen Tatbestands. Anschließend wird auf die Rechtsfolgen eingegangen, sowie auf Fragen der Verjährung und des Strafanwendungsrechts. Es zeigt sich, dass der Tatbestand aufgrund der Komplexität des Phänomens des Verschwindenlassens schwierige Auslegungsfragen aufwirft. Gleichwohl, und auch wenn zu erwarten ist, dass die Norm nur selten zur Anwendung kommen wird, ist sie als kriminalpolitisches Signal zu begrüßen.

A. Einführung

Am 6.6.2024 hat der Bundestag das Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts¹ in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung²

* Julia Geneuss ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Potsdam, Kontakt: julia.geneuss.1@uni-potsdam.de; Florian Jeßberger ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin, Kontakt: florian.jessberger@hu-berlin.de.

Grundlage des vorliegenden Beitrages ist ein Gutachten, welches die Verfasserin und der Verfasser im November 2023 im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) erstattet haben. Das Gutachten ist abrufbar unter <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/ein-tatbestand-des-gewaltsamen-verschwindenlassens-im-deutschen-strafrecht-1>. Der vorliegende Beitrag knüpft an *Jeßberger/Geneuss*, KriPoZ 2024, 95 ff. an.

Alle zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 15.9.2024 aufgerufen.

Die Verfasserin und der Verfasser danken Dr. *Nella Sayatz*, Dr. *Inga Schuchmann* und *Sophie Konrad* für ihre Anmerkungen zu einer früheren Fassung des Textes.

¹ BT-Drs. 20/9471, 20/10015, 20/10131 Nr. 1.21. Zuvor hatte der Bundestag einen Änderungsantrag der Unionsfraktion (BT-Drs. 20/11668) zum Gesetzentwurf abgelehnt.

² BT-Drs. 20/11661.



beschlossen. Das Gesetz ist am 3.8.2024 in Kraft getreten.³ Im Windschatten einer Vielzahl von völkerstrafrechtsbezogenen Änderungen⁴ wurde der neue Tatbestand des „Verschwindenlassens von Personen“ als § 234b StGB in das Strafgesetzbuch eingefügt. Die Einführung des § 234b StGB zieht zudem weitere Folgeänderungen des Strafgesetzbuches (§§ 126 I Nr. 5 und 138 I Nr. 6 StGB) sowie der Strafprozessordnung (§ 100a II Nr. 1 lit. i) StPO) und des Gerichtsverfassungsgesetzes (§ 74a I Nr. 6 GVG) nach sich.

Der vorliegende Beitrag stellt den neuen Tatbestand des Verschwindenlassens von Personen vor und setzt sich mit den von ihm geschützten Rechtsgütern, seiner Struktur und dogmatischen Einordnung auseinander (unter D.). Ausführlich werden sodann die Tatbestandsvoraussetzungen erörtert und es wird auf komplexe Auslegungsfragen hingewiesen (unter E.). Anschließend wird auf die Rechtsfolgen eingegangen, sowie auf Fragen der Verjährung und des Strafanwendungsrechts (unter F.). Zunächst sind jedoch Begriff und Erscheinungsformen des Verschwindenlassens (unter B.) sowie der völkerrechtliche Hintergrund und die Entstehungsgeschichte der Norm (unter C.) näher zu skizzieren.

B. Begriff und Erscheinungsformen des Verschwindenlassens

Der Begriff des (zwangsweisen) Verschwindenlassens von Personen (*forced* oder *enforced disappearance of persons*) markiert Sachverhalte, bei denen Menschen andere Personen in ihre Gewalt bringen und diesen Umstand ebenso wie den Aufenthaltsort dieser Personen und deren weiteres Schicksal gegenüber Dritten, auch auf Nachfrage, verschweigen, verheimlichen oder verschleiern.⁵ Die unmittelbar betroffenen Personen „verschwinden“ so und sind damit jeglichem Schutz durch Dritte und auch dem Schutz der Rechtsordnung entzogen.⁶ In der Regel ist in die Praxis des Verschwindenlassens der Staat unmittelbar oder mittelbar involviert.⁷ Häufig, aber nicht zwingend, werden die verschwunden gelassenen Personen im Zustand des schutzlos Ausgeliefertseins

³ BGBl. 2024 I Nr. 255 v. 2.8.2024.

⁴ Hierzu *Epik/Jeßberger* JZ 2024, 801 ff. sowie *Raube* KriPoZ 2024, 278 ff.

⁵ Instruktiv hierzu und zum Folgenden *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, 2005 sowie *Cornelius*, Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen, 2006.

⁶ *Grammer*, S. 24 („Parallelwelt‘ der Repression“).

⁷ *Grammer*, S. 36 ff.

misshandelt, gefoltert und mitunter auch getötet.⁸ Hinzu kommt, dass die Angehörigen und das nahe soziale Umfeld der verschwundenen Person über einen gewissen Zeitraum, zum Teil für Jahre oder Jahrzehnte, in Unkenntnis über deren Verbleib und ihr Schicksal bleiben. Dies führt nicht nur zu erheblichen psychischen Belastungen, sondern kann auch familienrechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen (z.B. wenn keine Todeszertifikate ausgestellt werden). Die Praxis des Verschwindenlassens betrifft damit nicht nur die verschwundene Person selbst, sondern auch ihr familiäres und nahestehendes soziales Umfeld. Darüber hinaus kann auch das (gesellschaftliche) Vertrauen in staatliche Institutionen erodieren, sei es, weil staatliche Behörden selbst in das Verschwindenlassen verstrickt sind oder aber wenn sie den Aufenthalt und das weitere Schicksal der verschwundenen Person nicht ermitteln (können).⁹

Die Praxis des Verschwindenlassens tritt in zwei Erscheinungsformen auf. Entsprechend werden auch im (straf-)rechtlichen Kontext üblicherweise eine „systematische“ und eine „sporadische“ Begehungsweise unterschieden.¹⁰ Die systematische Begehungsweise erfasst Fälle, in denen die Praxis des Verschwindenlassens massenhaft auftritt und sich typischerweise im Sinne staatlich koordinierter Repression gegen eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe richtet. Diese Praxis wird vor allem unter dem Stichwort der „Desaparecidos“ mit den lateinamerikanischen Militärdiktaturen der 1970er und 1980er Jahre in Verbindung gebracht,¹¹ wurde aber auch in anderen Kontexten praktiziert, namentlich auf Grundlage des sog. „Nacht-und-Nebel“-Erlasses unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft.¹² Diese systematische Praxis wird in der Regel über den völkerrechtlichen Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu erfassen sein. Im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) findet sich das Menschlichkeitsverbrechen des „zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen“ in Art. 7 I lit. i), II lit. i), im deutschen (Völkerstraf-)Recht in § 7 I Nr. 7 VStGB.

Die sporadische Begehungsweise des Verschwindenlassens erfasst demgegenüber Einzeltaten, die nicht in einem systematischen Zusammenhang verwirklicht werden. Weil es entsprechend am Merkmal des

⁸ Grammer, S. 25 ff.

⁹ Vgl. von Braun/Diehl ZIS 2011, 214 ff. sowie Grammer, S. 43.

¹⁰ Hierzu und zum Folgenden Grammer, S. 13 ff.

¹¹ Ausführlich Grammer, S. 9 ff. m.w.N.

¹² Cornelius, S. 85 ff.

„ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung“ fehlt, greift hier der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht. Eine strafrechtliche Verarbeitung dieser Erscheinungsform des Verschwindenlassens kann nur über Straftatbestände jenseits des Völkerstrafrechts erfolgen. Der nun neu ins Strafgesetzbuch eingefügte Tatbestand des einfachen „Verschwindenlassens von Personen“ dient gerade dem Zweck der Erfassung dieser sporadischen Praxis.

C. Völkerrechtlicher Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Norm

Die nunmehr erfolgte Schaffung eines selbstständigen Straftatbestandes des Verschwindenlassens war überfällig. Die Regelung dient der Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen (*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*; im Folgenden CED oder Übereinkommen) vom 20.12.2006.¹³ Deutschland hat das Übereinkommen am 26.9.2007 unterzeichnet und am 24.9.2009 ratifiziert.¹⁴ In Kraft trat das Übereinkommen am 23.12.2010.

Die Bundesregierung hatte lange die Position vertreten, dass eine Umsetzung des Übereinkommens durch Schaffung eines selbstständigen Tatbestands des Verschwindenlassens nicht erforderlich sei, da das inkriminierte Verhalten bereits umfassend über existierende Tatbestände des Strafgesetzbuchs – namentlich §§ 239, 234a, 257, 258 StGB, bestimmte Straftaten im Amt, ggf. Körperverletzungs- und Tötungsdelikte – erfasst werde.¹⁵ Diese Position war vom Vertragsausschuss, der die Umsetzung des Übereinkommens in den Vertragsstaaten überwacht, der Zivilgesellschaft und in der Wissenschaft kritisiert worden: Vor allem werde der spezifische Unrechtsgehalt des Verschwindenlassens so im deutschen Strafrecht nicht abgebildet, da dieser mehr erfasse als die Summe des Unrechts einzelner verwirklichter Straftatbestände.¹⁶ Zudem sprächen auch kriminalpolitische Erwägungen – historische Bezüge zur Praxis des Verschwindenlassens unter dem „Nacht-und-Nebel“-Erlass,

¹³ Ausführlicher zur Verrechtlichung der Praxis des Verschwindenlassens in Völkerrecht und Völkerstrafrecht *Jeßberger/Geneuss* KriPoZ 2024, 95 ff.

¹⁴ Zustimmungsgesetz BGBl. 2009 II, S. 932.

¹⁵ Ausführlicher hierzu *Jeßberger/Geneuss* KriPoZ 2024, 95 ff., 100 f.

¹⁶ Vgl. nur *von Braun/Diehl* ZIS 2011, 214 ff.; ECCHR, Contribution to the Report on Additional Information Submitted by the Federal Republic of Germany on 3 July 2020, 6.2.2023. Die Position des Vertragsausschusses zusammenfassend *Jeßberger/Geneuss* KriPoZ 2024, 95 ff., 99.

Deutschlands selbstproklamierte „Vorreiterrolle“ im Bereich des Menschenrechtsschutzes – für die Schaffung eines selbständigen Straftatbestands.¹⁷

Der Widerstand der Bundesregierung gegen die Schaffung eines solchen Straftatbestandes wurde letztlich aufgegeben. Im Referentenentwurf des „Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts“ vom 17.7.2023 war die Einführung eines Tatbestands des Verschwindenlassens zwar noch nicht vorgesehen.¹⁸ In dem am 3.11.2023 veröffentlichten Regierungsentwurf fand sich dann aber erstmals § 234b StGB-E.¹⁹ Im Rechtsausschuss ist der Entwurfstext nochmals zu der schließlich beschlossenen Fassung geändert worden.²⁰

D. Schutzgüter, Deliktsstruktur und dogmatische Einordnung

Der neue Straftatbestand lautet:

§ 234b – Verschwindenlassen von Personen

(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer als Amtsträger oder im Auftrag oder mit Billigung eines Staates

1. eine Person entführt oder sonst ihrer körperlichen Freiheit beraubt, wobei im Weiteren die Auskunft über ihr Schicksal oder ihren Verbleib verweigert wird, oder

2. das Schicksal oder den Verbleib einer Person verschleiert, die von einem Amtsträger oder im Auftrag oder mit Billigung eines Staates entführt oder sonst ihrer körperlichen Freiheit beraubt worden ist, oder die Auskunft darüber verweigert,

und sie dadurch dem Schutz des Gesetzes entzieht.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

¹⁷ Diese Vorreiterrolle wird auch in der Denkschrift zum Zustimmungsgesetz zum Übereinkommen betont, BT-Drs. 16/12592, S. 31: „Die Bundesrepublik Deutschland will durch die Ratifikation der von ihr gemeinsam mit den anderen europäischen Staaten beanspruchten Vorreiterrolle im Rahmen des Menschenrechtsschutzes gerecht werden. Damit die Bundesrepublik Deutschland glaubhaft den Schutz vor dem Verschwindenlassen von Personen von anderen Staaten einfordern kann, muss sie selbst die internationalen Vorgaben erfüllen“.

¹⁸ Vgl. Referentenentwurf des BMJ vom 17.7.2023. Nähere Informationen zum gesamten Verfahren finden sich auf der Website des Bundesministeriums der Justiz: https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Fortentwicklung_Voelkerstrafrecht.html.

¹⁹ Regierungsentwurf BR-Drs. 568/23; BT-Drs. 20/9471.

²⁰ Rechtsausschuss BT-Drs. 20/11661.

Die Norm orientiert sich ersichtlich an drei Bestimmungen: Was die *Voraussetzungen* der Strafbarkeit betrifft, folgt der Tatbestand im Wesentlichen der Definition des Verschwindenlassens aus Art. 2 des Übereinkommens.²¹ Seiner tatbestandlichen *Struktur* nach ist § 234b StGB in erster Linie an § 7 I Nr. 7 VStGB und den diesen zugrundeliegenden Bestimmungen des IStGH-Statuts einschließlich der dazu gehörigen Verbrechenselemente orientiert. Was schließlich die *Rechtsfolgen* und die allgemeine Einordnung in die deutsche Strafrechtsordnung sowie den Unrechtsgehalt betrifft, ist § 234b vor allem an § 234a StGB, den Tatbestand der Verschleppung, angelehnt.

I. Schutzgüter

Der Tatbestand weist multiple Rechtsgutsdimensionen auf, das heißt er schützt verschiedene Rechtsgüter unterschiedlicher Träger. Geschützt werden zum einen die Individualrechtsgüter der verschwundenen Person, namentlich deren persönliche Freiheit, die ihr vom Staat gewährten und zu gewährenden (Rechts-)Schutzmöglichkeiten, ihre Menschenwürde, sowie ihre seelische und ggf. körperliche Integrität. In Anlehnung an § 234a StGB lässt sich annehmen, dass der Tatbestand nicht eines dieser Schutzgüter alleine, sondern gerade deren Zusammenspiel als Gesamtheit schützt.²²

Zudem schützt § 234b StGB Rechtsgüter – namentlich die seelische Integrität – dritter Personen, die über das Schicksal der verschwundenen Person im Ungewissen bleiben.²³ Dies ergibt sich aus einer völkerrechtskonformen, an der „Mutternorm“ orientierten Auslegung: Art. 24 I des Übereinkommens beinhaltet einen erweiterten Opferbegriff, wonach als Opfer auch alle jene natürlichen Personen erfasst werden, die als unmittelbare Folge eines Verschwindenlassens geschädigt worden sind. Auch in der Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe ist die

²¹ Art. 2 CED lautet: „Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet „Verschwindenlassen“ die Festnahme, den Entzug der Freiheit, die Entführung oder jede andere Form der Freiheitsberaubung durch Bedienstete des Staates oder durch Personen oder Personengruppen, die mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates handeln, gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen, oder der Verschleierung des Schicksals oder des Verbleibs der verschwundenen Person, wodurch sie dem Schutz des Gesetzes entzogen wird“.

²² Zu § 234a StGB *Sonnen*, in Nomos-Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 234a Rn. 3; *Eisele*, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 234a Rn. 1.

²³ So auch für den schweizerischen Straftatbestand des Verschwindenlassens (Art. 185bis CH-StGB), Schweizer Eidgenossenschaft, Bericht der Schweiz zur nationalen Umsetzung des Internationalen Übereinkommens von 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, 19.12.2018, Rn. 140. Vgl. auch *Valerius*, in BeckOK StGB, 62. Ed. 3.8.2024, § 234b Rn. 1.

Verletzung eigener Rechte Dritter und damit deren Opfereigenschaft anerkannt, obschon die Rechtsfrage hier anders gelagert ist.²⁴

Auf welchen Personenkreis dieser Rechtsgüterschutz erstreckt werden soll, wer also solche „Dritten“ sein können, deren Interessen (mit-)geschützt werden, ist näher zu konkretisieren. Obwohl die Rechtsprechung der Menschenrechtsgerichtshöfe wenig einheitlich ist und gerade in jüngerer Zeit einzelfallbezogene Entscheidungen dominieren, lässt sich ihr ein Fokus auf enge *familiäre Beziehungen*, insbesondere auf die Eltern der verschwundenen Person, entnehmen. Das CED ist seinem Wortlaut nach jedoch weiter zu verstehen und nicht auf Familienangehörige beschränkt.²⁵ Im deutschen Strafrecht könnte § 373b StPO, der den Begriff des Verletzten im Verfahrensrecht definiert, als Anhaltspunkt für die Eingrenzung des geschützten Personenkreises dienen. Nach dessen Absatz 2 sind für den Fall, dass durch die Tat der Tod der unmittelbar verletzten Person eintritt, folgende Personen als Verletzte gleichgestellt: Ehegatten oder Lebenspartner, in einem gemeinsamen Haushalt lebende Lebensgefährten, Verwandte in gerader Linie, Geschwister und Unterhaltsberechtigten. Die Einbeziehung weiterer enger persönlicher Bindungen über den familiären Zusammenhang hinaus entspricht der Ratio auch des § 234b StGB. Im Fall des Verschwindenlassens sind diese Personen freilich als *unmittelbar* Verletzte anzusehen. Im Einzelfall, z.B. bzgl. einer Nebenklageberechtigung gemäß § 395 I Nr. 4 StPO, wäre zu prüfen, ob eine Rechtsgutsverletzung tatsächlich vorliegt.

II. Struktur

Was die innere Struktur des Tatbestands angeht, folgt § 234b StGB statt dem menschenrechtlichen Einheitstatbestand des Übereinkommens dem dualistischen Tatbestandstypus, wie er bereits in § 7 I Nr. 7 VStGB verwirklicht ist.²⁶ Dabei unterscheidet § 234b StGB zwei Tatvarianten:

²⁴ Zur Opfereigenschaft von Angehörigen in der Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe instruktiv *Schniederjahn*, Das Verschwindenlassen von Personen in der Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe, 2017, S. 146 ff.

²⁵ So verstanden auch von *von Braun/Diehl* ZIS 2011, 214 ff., 220.

²⁶ Zu den Tatbestandstypen ausführlich *Jeßberger/Geneuss* KriPoZ 2024, 95 ff., 97 ff. In den völkerrechtlichen Instrumenten lassen sich zwei Typen von Tatbeständen des Verschwindenlassens unterscheiden, die jeweils eine eigene Struktur aufweisen: Der hier sog. menschenrechtliche Einheitstatbestand, der insbesondere im Übereinkommen und ähnlich auch in der Interamerikanischen Konvention über den Schutz aller Personen vor dem zwangsweisen Verschwindenlassen (*Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons*) geregelt ist, begreift das Verschwindenlassen als zwar mehraktiges, aber doch einheitliches Gesamtgeschehen und ordnet die Merkmale des Tatbestandes entsprechend. Demgegenüber unterscheidet der hier sog.

Nr. 1 knüpft an die Freiheitsberaubung an, an welche sich „im Weiteren“ eine Auskunftsverweigerung anschließen muss (*Freiheitsentziehungstatbestand*). Die Verweigerung der Auskunft muss nicht durch den Täter der Freiheitsberaubung selbst erfolgen, ist aber ein echtes objektives Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz des Täters, das heißt mindestens *dolus eventualis*, umfasst sein muss. Tatvariante Nr. 2 stellt – gewissermaßen spiegelbildlich zur ersten Tatvariante – die Verschleierung von Schicksal oder Verbleib einer Person, der (wohl: zuvor) die Freiheit geraubt worden ist, unter Strafe bzw. die Verweigerung einer entsprechenden Auskunft (*Verschleierungs- und Auskunftsverweigerungstatbestand*). Hier muss nicht nur das Verschleiern bzw. die Auskunftsverweigerung vorsätzlich erfolgen, der mindestens bedingte Vorsatz des Täters muss auch umfassen, dass die Person (zuvor) ihrer Freiheit beraubt worden ist. Auch in dieser Tatvariante müssen Täter von Verschleierung bzw. Auskunftsverweigerung und (vorangegangener) Freiheitsberaubung nicht identisch sein. In beiden Tatvarianten ist zudem als tatbestandlicher Erfolg erforderlich, dass die verschwundene Person – durch die Freiheitsberaubung mit anschließender Auskunftsverweigerung bzw. die Verschleierung oder Auskunftsverweigerung mit vorangegangener Freiheitsberaubung – dem Schutz des Gesetzes entzogen ist.

Mit dieser dualistischen Struktur bildet der Tatbestand das Phänomen des Verschwindenlassens als mehraktiges Geschehen ab. Die Verwirklichung der Teilakte erfolgt typischerweise zeitlich gestreckt und durch verschiedene Personen. Kennzeichnend ist die Begehungsweise in einem kollektiven Zusammenhang, der jedoch in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sehr unterschiedlich ausgeprägt sein kann. Erst indem beide Tatakte – in je beiden Tatvarianten – zu einer rechtlichen Bewertungseinheit verbunden werden und zudem als übergreifender tatbestandlicher Erfolg der Entzug aus dem Schutz des Gesetzes verlangt wird, wird das spezifische Unrecht des Verschwindenlassens adäquat konstituiert.

(völkerstrafrechtlich-)dualistische Tatbestand des Verschwindenlassens, der dem IStGH-Statut und hier insbesondere den sog. Verbrechenselementen zugrunde liegt, zwei, zwar aufeinander bezogene, aber doch jeweils selbstständige Tatbestandsvarianten. Im Zuge der Schaffung des Völkerstrafgesetzbuchs wurde dieser dualistisch strukturierte Tatbestand des Menschlichkeitsverbrechens des Verschwindenlassens im Völkerstrafgesetzbuch übernommen.

III. Dogmatische Einordnung

Der Tatbestand ist als mehraktiges Dauerdelikt konzipiert. Unterscheiden lassen sich zwei Zustände mit jeweils eigener Dauerkomponente. Zum einen beschreibt der Freiheitsentzug *per se* einen dauerhaften Zustand: Dieser Zustand beginnt mit der Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit und endet erst, wenn diese Einschränkung nicht länger besteht, z.B. wenn das Opfer wieder in Freiheit gelangt oder auch wenn es verstirbt. Zum anderen lässt sich annehmen, dass eine zeitliche Dauerkomponente auch in der Verschleierung des Schicksals oder Verbleibs der betroffenen Person bzw. der entsprechenden Auskunftsverweigerung liegt. Hier wird ein Zustand der Unkenntnis geschaffen bzw. aufrecht erhalten und – ähnlich wie beim Tatbestand des Bankrotts gemäß § 283 StGB vom Bundesgerichtshof für das Verheimlichen angenommen – es bestehen Benachrichtigungspflichten und eine Gefährdungslage fort.²⁷ Beendet ist dieser Zustand erst mit der Auskunftserteilung und „Entschleierung“ des Verbleibs bzw. Schicksals der betroffenen Person, das heißt mit der wahrheitsgemäßen Information über den letzten Aufenthaltsort und Zustand der betroffenen Person.²⁸ In der praktischen Anwendung stellen sich hier freilich schwierige Abgrenzungsfragen, vor allem, wenn die Informationen nicht (mehr) überprüfbar sind. Anders als bei der Freiheitsentziehungsvariante ist der Tod des Opfers bei der Verschleierungs- und Auskunftsverweigerungsvariante für den Beendigungszeitpunkt jedoch nicht relevant.

Weiter ist der Tatbestand teilweise als Sonderdelikt zu qualifizieren, wengleich es sich nicht um ein reines Amtsträgerdelikt handelt. In beiden Tatvarianten können neben Amtsträgern (§ 11 I Nr. 2 StGB) auch „Privatpersonen“, die „im Auftrag oder mit Billigung eines Staates“ handeln, Täter sein. Bei Nr. 1 muss die Tathandlung der Freiheitsberaubung durch einen derart qualifizierten Täter begangen werden. Dem Wortlaut nach ist dies hingegen keine Voraussetzung des sich zeitlich anschließenden objektiven Merkmals der Auskunftsverweigerung. Tatsächlich wird es sich aber auch hier typischerweise um einen Amtsträger oder eine entsprechend qualifizierte Privatperson handeln. Bei Tatvariante Nr. 2 ist diese Täterqualifikation dagegen schon dem Gesetzeswortlaut nach doppelt: Sowohl der Täter der Verschleierung bzw.

²⁷ Zum Bankrott vgl. BGHSt 61, 180 ff., Rn. 23.

²⁸ Zum Beendigungszeitpunkt instruktiv auch *Grammer*, S. 220 ff.

Auskunftsverweigerung als auch der Täter der (zuvor) begangenen Freiheitsberaubung müssen entweder Amtsträger sein oder aber im Auftrag oder mit Billigung des Staates handeln.²⁹

Schließlich handelt es sich bei der Tat vom Deliktstypus um ein Anschlussdelikt, sofern die Verschleierungs- bzw. Auskunftsverweigerungsvariante (Nr. 2) an eine *rechtswidrige* Freiheitsberaubung anknüpft. In diesem Fall wird der schon durch die Freiheitsberaubung begründete Rechtsgutseingriff durch die Verschleierung bzw. Auskunftsverweigerung weiter vertieft und zudem um eine zusätzliche Rechtsgutsdimension erweitert. Allerdings ist die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung tatbestandlich nicht zwingend vorausgesetzt. Ist der Freiheitsentzug *rechtmäßig*, ist § 234b I Nr. 2 StGB kein Anschlussdelikt. Der Rechtsgutsangriff und das spezifische Unrecht sind in diesem Fall anders gelagert als in den Konstellationen einer rechtswidrigen Freiheitsberaubung.

E. Tatbestand

Im Folgenden werden zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen der beiden Tatvarianten näher erläutert. Sodann wird auf übergreifende Tatbestandsmerkmale und -voraussetzungen und Überlegungen zur Rechtswidrigkeit eingegangen.

I. Freiheitsentziehungstatbestand (Abs. 1 Nr. 1)

Tathandlungen der ersten Tatvariante des Verschwindenlassens sind das Entführen einer Person oder das sonstige Berauben der körperlichen Freiheit einer Person. Das Merkmal Entführen greift die Tathandlung des § 239a StGB, dem Tatbestand des erpresserischen Menschenraubs, auf und meint das Verbringen einer Person an einen Ort, an dem ihre Verteidigungsmöglichkeiten in einem Maße eingeschränkt sind, dass sie dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist; erforderlich ist mithin eine Ortsveränderung.³⁰

²⁹ Diese Doppelung ergibt sich nicht ohne Weiteres aus dem Übereinkommen. Jedenfalls dem Wortlaut nach wäre ein Verschwindenlassen danach auch anzunehmen, wenn die von einem Amtsträger vorgenommene Freiheitsentziehung im Anschluss von einem Nicht-Amtsträger bzw. einer Privatperson ohne Staatsbezug verschleiert wird.

³⁰ *Eidam*, in *Matt/Renzikowski StGB*, 2. Aufl. 2020, StGB § 239a Rn. 7.

Die Wendung „eine Person ihrer Freiheit beraubt“ setzt bei § 239 StGB an. Erfasst werden sollen ausweislich der Gesetzesbegründung alle Verhaltensweisen, die unter den Tatbestand der Freiheitsberaubung fallen, mithin jedes Tun oder Unterlassen, das einem anderen Menschen die Möglichkeit der Fortbewegung vollständig nimmt.³¹ Das Merkmal der sonstigen Freiheitsberaubung wird damit weit ausgelegt und erfasst neben z.B. der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, der Festnahme durch Polizeibeamte oder dem Versperren von Ausgängen eines Gebäudes auch (gewaltsames) Festhalten, Einkesseln oder das schnelle Fahren, um einen Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens zu hindern.³² Handlungen wie die zuletzt genannten entsprechen freilich nicht dem Tatbild des Verschwindenlassens. Gleichwohl ist die weite, in gewisser Weise „überinklusive“ Tatbestandsfassung zu begrüßen, da jedenfalls kein Umgehungsverhalten tatbestandlich ausgeschlossen wird.³³ Als Korrektiv dienen in diesen Konstellationen der zweite Tatakt der Verweigerung der Auskunft über Schicksal oder Verbleib der freiheitsentzogenen Person sowie das Erfolgserfordernis des Entzugs aus dem Schutz des Gesetzes.

Täter des Freiheitsentziehungstatbestands kann nur ein Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 StGB sein oder eine Person, die im Auftrag oder mit Billigung eines Staates handelt. Ein zumindest indirekter Staatsbezug muss also in jedem Fall gegeben sein. Wie das Handeln „im Auftrag“ insbesondere aber „mit Billigung“ eines Staates zu verstehen ist, ist unklar. Hier stellt sich die praktisch durchaus bedeutsame Frage, ob jedenfalls wiederholte Entführungen durch Mitglieder nicht-staatlicher Gruppierungen, beispielsweise Drogenkartelle, bereits dann mit Billigung des Staates erfolgen, wenn staatliche Behörden sich nicht um Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts bemühen, es sich sozusagen um eine konkludente „Billigung durch Unterlassen“ handelt. Für eine solch weite Auslegung sprechen gute Gründe: Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber eine möglichst lückenlose Umsetzung des Übereinkommens angestrebt hat, so ist bei einer völkerrechtskonformen Auslegung der Text des Übereinkommens in Bezug zu nehmen. Hier wird in Art. 2 unter anderem die „Ermächtigung, Unterstützung oder *Duldung*“ des Staates vorausgesetzt. In allen diesen Fällen verletzt der Staat seine Schutzpflichten, der konkrete Täter braucht eine Behelligung durch staatliche Behörden nicht zu

³¹ Matt/Renzikowski/*Eidam*, StGB § 239 Rn. 10. Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 35.

³² MüKoStGB/*Wieck-Noodt*, § 239 Rn. 27.

³³ Zu Umgehungsverhalten *Grammer*, S. 188.

fürchten.³⁴ Der Begriff der Billigung in § 234b StGB scheint weit genug, um ein duldendes Verhalten seitens des Staates mit einzuschließen.³⁵

An die Freiheitsberaubung muss sich als zweiter Akt die Verweigerung der Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib der entführten oder freiheitsentzogenen Person anschließen. Dabei muss die Auskunftsverweigerung nicht notwendigerweise durch den Täter des ersten Aktes verwirklicht werden. Sie muss als echtes Tatbestandsmerkmal aber objektiv vorliegen und bereits zum Zeitpunkt der Tathandlung der ersten Tatvariante, also der Entführung oder Freiheitsberaubung, vom Vorsatz des Täters umfasst sein.³⁶ Während der Staatsbezug beim Tatakt der Freiheitsberaubung ausdrücklich normiert ist, wird er bei der Auskunftsverweigerung in Nr. 1 nicht genannt. Dem Wortlaut nach kann die Auskunft mithin von jeder Privatperson verweigert werden.

II. Verschleierungs- und Auskunftsverweigerungstatbestand (Abs. 1 Nr. 2)

Tathandlungen der zweiten Tatvariante sind das Verschleiern des Schicksals oder des Verbleibs einer Person und die Verweigerung der Auskunft darüber.

1. Verschleiern

Welche Tathandlungen in der zweiten Tatvariante aufgenommen werden sollen, war im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens umstritten. In dem ursprünglichen Referentenentwurf war zunächst nur das Verschleiern normiert. Im Regierungsentwurf heißt es hierzu: „Eine Verschleierung setzt ähnlich wie bei § 261 Absatz 2 StGB voraus, dass der Täter unzutreffende oder irreführende Angaben macht, die darauf abzielen, den Verbleib oder das Schicksal des Opfers zu verbergen“.³⁷ In Anlehnung an den Geldwäschetatbestand wird man hierunter also „konkret

³⁴ Grammer, S. 203 ff.

³⁵ So für den schweizerischen Straftatbestand des Verschwindenlassens (Art. 185bis CH-StGB), Schweizer Eidgenossenschaft, Bericht der Schweiz zur nationalen Umsetzung des Internationalen Übereinkommens von 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, 19.12.2018, Rn. 27.

³⁶ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 35.

³⁷ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 36.

irreführende Machenschaften“ verstehen können.³⁸ Zieht man ferner § 283 I Nr. 8 StGB heran, so ergibt sich, dass Verschleiern nicht gleich Verheimlichen ist. Im Ergebnis wird man daher davon ausgehen müssen, dass das Verschleiern ein Element der Irreführung enthält. Das bloße aktive Leugnen („Ich weiß nicht, wo die Person ist, mir liegen keine Informationen vor.“) oder das bloße Unterlassen (bspw. das schlichte Nichtreagieren auf Anfragen) ist danach nicht als Verschleiern erfasst.

Entsprechend wurde in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss kritisiert, dass die Tatvariante mit der Fokussierung auf die Tathandlung des Verschleierns zu eng sei und sowohl hinter dem Übereinkommen als auch hinter dem Menschlichkeitsverbrechen des Verschwindenlassens im Völkerstrafgesetzbuch zurückbleibe, weshalb Deckungslücken in der Umsetzung entstünden.³⁹

2. Auskunftsverweigerung

Der Rechtsausschuss ist dieser Auffassung gefolgt. Zur umfassenden Umsetzung des Übereinkommens, in dessen Art. 2 auch die Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen, als Tathandlung genannt ist, müsse die Tatvariante daher um die Handlungsvariante der Verweigerung der Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib der freiheitsentzogenen Person erweitert werden.⁴⁰

Fraglich ist, wie die Auskunftsverweigerung zu verstehen ist, insbesondere, ob ein vorheriges Ersuchen um Auskunft oder eine Nachfrage erforderlich ist. Die Formulierung „Verweigerung“ mag *prima vista* eine solche aktive Intervention von außen nahelegen. Der Sache nach war dies auch seinerzeit bei der Formulierung des Menschlichkeitsverbrechens des Verschwindenlassens in § 7 I Nr. 7 VStGB so gesehen worden, weshalb – in der bis 2024 geltenden Gesetzesfassung – die Auskunftsverweigerung dem Wortlaut nach explizit „auf Nachfrage“ erfolgen musste.⁴¹ Dieses Nachfrageerfordernis wurde mit der vorliegenden

³⁸ Krause, in Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2022, § 261 Rn. 22; Schönke/Schröder/Hecker, § 261 Rn 14; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 74, stellt ausdrücklich fest, dass, „[a]nders als beim Verbergen [...] nicht die Existenz des Vermögenswertes an sich geleugnet“ werde.

³⁹ Vgl. das Gutachten der Sachverständigen Geneuss, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw23-de-fortentwicklung-voelkerstrafrecht-1005822>.

⁴⁰ BT-Drs. 20/11661.

⁴¹ Bei Schaffung des Völkerstrafgesetzbuchs im Jahr 2002 wurde das Nachfrageerfordernis vom Gesetzgeber eingefügt, um den deutschen Straftatbestand zu konkretisieren. In der

Reform des Völkerstrafgesetzbuches nun jedoch gestrichen. Zur Begründung wurde auf Strafbarkeitslücken verwiesen – die völkerrechtlichen Mutternormen des IStGH-Statuts als auch des Übereinkommens sehen ein solches Nachfrageerfordernis nicht vor – als auch auf die Risiken für nachfragende Angehörige.⁴² In der Gesetzesbegründung zum Reformgesetz wird nun ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verwendung des Wortes „verweigert“ gerade *nicht* indiziere, dass eine vorherige Nachfrage erforderlich wäre.⁴³ Damit ist die Nichterteilung einer entsprechenden Auskunft auch ohne Nachfrage ausreichend zur Annahme einer Auskunftsverweigerung im Sinne von § 7 I Nr. 7 VStGB. Nichts anderes kann nach systematischer Auslegung für das einfache Verschwindenlassen gemäß § 234b StGB gelten.

Jedenfalls unter die Auskunftsverweigerung fallen wird die Abgabe einer unrichtigen oder unvollständigen Auskunft.⁴⁴ Genauso wird eine Weigerung anzunehmen sein, wenn der Täter angibt, nichts sagen zu können oder nur sein präsenten Wissen mitteilt, obwohl ihm (weitere) Nachforschungen zumutbar sind bzw. er zu solchen verpflichtet ist.

3. Unterlassen

Offen bleibt, ob das bloße Unterlassen einer Benachrichtigung auch unter die Tathandlung der Auskunftsverweigerung fällt. Dies wird man allenfalls in Fällen annehmen können, in denen eine Benachrichtigungspflicht und damit ein verrechtliches Interesse an einer Information vorliegt und diese Benachrichtigungspflicht auch gerade dem Täter obliegt, so dass von einer Garantenstellung ausgegangen werden kann. Derartige Pflichten sind, in Ausprägung von Art. 104 IV GG, einfachgesetzlich normiert, z.B. in § 114c StPO oder § 339 FamFG, sowie auch bei nicht-richterlichen Entscheidungen nach den Polizeigesetzen der Länder.⁴⁵ Art. 104 IV GG verankert Benachrichtigungspflichten als subjektives Recht der Festgenommenen, deren Zweck es gerade ist, das spurlose

Gesetzesbegründung heißt es, dass eine Weigerung ohne eine vorherige Nachfrage nicht denkbar sei, BT-Drs. 14/8524, S. 22.

⁴² Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 16, 29.

⁴³ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 29.

⁴⁴ Vgl. auch BeckOK-StGB/*Valerius*, § 234b Rn. 13 (Auskunft als in den wesentlichen Umständen vollständige und wahrheitsgemäße Information).

⁴⁵ Das Unterlassen der Benachrichtigung, d.h. die Verletzung einer Benachrichtigungspflicht, führt freilich nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Freiheitentziehung selbst; vgl. *Gusy*, in von Mangoldt/Klein/Starck GG, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 72.

Verschwindenlassen von Personen zu verhindern.⁴⁶ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich ein entsprechender Vorschlag der Mitglieder der Unionsfraktion, wonach Nr. 2 um die Formulierung „oder die Freiheitsentziehung nicht anerkennt, es unterlässt sie anzuerkennen oder im Sinne des Artikels 104 IV GG zu unterrichten“ ergänzt werden sollte,⁴⁷ im Rechtsausschuss nicht die erforderliche Mehrheit fand.

III. Übergreifende Voraussetzung

1. Erfolg: Entzug aus dem Schutz des Gesetzes

§ 234b StGB verlangt für beide Tatvarianten, dass der Täter die Person, die ihrer Freiheit beraubt und deren Schicksal oder Verbleib verschleiert bzw. hierüber die Auskunft verweigert wurde, „dadurch dem Schutz des Gesetzes entzieht“. Hierbei handelt es sich um einen tatbestandlichen Erfolg, der entsprechend vom Vorsatz umfasst sein muss.⁴⁸ Dieser tatbestandliche Erfolg tritt neben den in den beiden Varianten jeweils bereits vorgesehenen Erfolg (Entzug der Freiheit bzw. Unkenntnis von Aufenthalt und Schicksal der verschwundenen Person).

Nach der Gesetzesbegründung soll dieses Merkmal „regelmäßig“ erfüllt sein.⁴⁹ Eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn es sich um eine sehr kurzfristige Beraubung der körperlichen Freiheit oder Auskunftsverweigerung handelt oder wenn dem Opfer selbst Zugang zu Rechtsbehelfen oder einem Rechtsbeistand gewährt wird.⁵⁰ So verstanden wäre das Merkmal des Entzugs aus dem Schutz des Gesetzes als tatbestandlicher Erfolg wenig voraussetzungsvoll und damit ein nur geringes Korrektiv. Angesichts der großen Bandbreite des vom Tatbestand erfassten Verhaltens, z.B. bei der sonstigen Freiheitsberaubung, und den geringen subjektiven Voraussetzungen, die Eventualvorsatz ausreichen lassen, scheint es jedoch sinnvoll, den tatbestandlichen Erfolg aufzuwerten und als echte Erheblichkeitsschwelle anzusehen. Ausgefiltert werden

⁴⁶ Vgl. nur *Mehde*, in Dürig/Herzog/Scholz GG, 101. EL Mai 2023, Art. 104 Rn. 165, 167, 174; *Degenhart* in Sachs GG, 9. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 25.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 20/11668.

⁴⁸ In § 7 I Nr. 7 VStGB ist die Entziehung aus dem Schutz des Gesetzes nicht als objektives Tatbestandsmerkmal, sondern als Absichtserfordernis formuliert („in der Absicht, ihn nicht nur kurzzeitig dem Schutz des Gesetzes zu entziehen“). Dies entspricht der völkerstrafrechtlichen Mutternorm des Art. 7 I lit. i, II lit. i IStGH Statut.

⁴⁹ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 35.

⁵⁰ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 35.

können so Sachverhalte, die dem Tatbild des Verschwindenlassens nicht entsprechen.

2. Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung

Fraglich ist, wie mit Konstellationen umzugehen ist, in denen die Freiheitsberaubung gerechtfertigt ist, beispielsweise auf Grundlage amtlicher Befugnisse. Hier ist zwischen den beiden Tatvarianten zu unterscheiden.

In Tatvariante Nr. 1 kann der Freiheitsentzug gerechtfertigt sein, sich aber gleichwohl eine Verschleierung oder Auskunftsverweigerung anschließen und diese auch vom (Eventual-)Vorsatz des Täters des (gerechtfertigten) Freiheitsentzugs erfasst sein. Wenngleich hier über einen Erlaubnissatz Handlungs- und Erfolgsunrecht der Freiheitsberaubung beseitigt sind, bleibt über den auf die Auskunftsverweigerung bezogenen Vorsatz ein „Restunrecht“ des Verschwindenlassens bestehen. Ob dieses Restunrecht allerdings für eine Strafbarkeit des Täters der Freiheitsentziehungsvariante im Sinne der Nr. 1 ausreicht, selbst bei Annahme eines minder schweren Falls nach § 234b II StGB, ist zweifelhaft.⁵¹

Anders bei Tatvariante Nr. 2: Auch hier stellt sich die Frage, wie die Konstellation zu bewerten ist, in der die Freiheitsberaubung durch einen Erlaubnissatz gerechtfertigt ist. Bereits der Grundgedanke der Norm, der auf den umfassenden Schutz der Betroffenen abzielt, legt nahe, dass auch nach innerstaatlichem Recht rechtmäßige Freiheitsentziehungen Ausgangspunkt einer Strafbarkeit in der Verschleierungs- bzw. Auskunftsverweigerungsvariante sein können. Das spezifische Unrecht der „Spurlosigkeit“ des Verbleibs der freiheitsentzogenen Person kann auch dann verwirklicht sein, wenn der Freiheitsentzug selbst gerechtfertigt ist. Diese Wertung lässt sich auch der Ratio von Art. 104 IV GG und dessen einfachgesetzlichen Ausprägungen entnehmen.

Dass der Tatbestand des Verschwindenlassens auch bei rechtmäßigem Freiheitsentzug vorliegen kann, wurde auch im parlamentarischen Verfahren klargestellt.⁵²

⁵¹ So aber wohl BeckOK-StGB/Valerius, § 234b Rn. 10.

⁵² Rechtsausschuss BT-Drs. 20/11661, S. 17 („Gegenstand der Verschleierung oder Auskunftsverweigerung kann auch eine für sich genommen nicht rechtswidrige Freiheitsentziehung sein“).

F. Rechtsfolgen, Verjährung, Geltungsbereich

I. Rechtsfolgen

Der nach § 234b StGB vorgesehene Strafraumen – ein Jahr bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe, in minder schweren Fällen drei Monate bis zu fünf Jahren – ist breit, erscheint aber sowohl im Blick auf die Vorgaben des Übereinkommens als auch im Kontext der Binnensystematik des deutschen Rechtsfolgensystems angemessen.

Das CED-Übereinkommen schreibt keine bestimmte Strafhöhe und keinen bestimmten Strafraumen vor, verpflichtet die Vertragsstaaten jedoch dazu, „angemessene Strafen“ vorzusehen, die die „außerordentliche Schwere“ des Verschwindenlassens berücksichtigen. „Angemessen“ im Sinne einer solchen sog. *Suppression Convention*⁵³ bedeutet, dass die vorgesehene Strafe bzw. der vorgesehene Strafraumen sich mit Blick auf die Schwere des verwirklichten Unrechts bruchlos in das staatliche Rechtsfolgensystem einfügt. Maßstab für die Frage der Angemessenheit ist also nicht ein objektiv feststellbares Strafmaßquantum, sondern die individuelle Architektur der betreffenden innerstaatlichen Rechtsfolgenordnung.

Für die Einordnung in das deutsche Rechtsfolgensystem sind vor allem zwei Eckpunkte relevant, die auch in der Gesetzesbegründung aufgegriffen werden. Ein erster Ansatz bildet angesichts eines ähnlichen Tatbildes das Verbrechen der Verschleppung gemäß § 234a StGB, das ebenfalls einen Strafraumen von einem bis 15 Jahren Freiheitsstrafe aufweist. In der Gesetzesbegründung werden beide Straftaten ihrem Unrechtsgehalt nach gleichgestellt.⁵⁴ Dies erscheint vertretbar, auch wenn es sich bei § 234a StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, bei § 234b StGB hingegen um ein Verletzungsdelikt. Ein zweiter Ansatzpunkt ist das Menschlichkeitsverbrechen des Verschwindenlassens nach § 7 I Nr. 7 VStGB, mit einem Strafraumen von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Die im Vergleich dazu abgesenkte Strafraumenuntergrenze bei § 234b StGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die Einbindung der Tat in den systematischen Kontext, wie er bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit

⁵³ Zu dem aus dem Transnationalen Strafrecht herrührenden Begriff der *Suppression Conventions* vgl. nur *Boister*, *Transnational Criminal Law*, 2. Aufl. 2018.

⁵⁴ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 34.

im Merkmal des ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung vorausgesetzt ist, fehlt.

Erfolgsqualifikationen mit erhöhtem Strafraumen, wie sie etwa § 239 StGB kennt (z.B. Verursachung des Todes des Opfers), sind bei § 234b StGB nicht vorgesehen. Ob der Verzicht auf Erfolgsqualifikationen tatsächlich sachgerecht ist, erscheint zweifelhaft, allerdings erlaubt der breite Strafraumen in der Praxis eine angemessene Bestrafung.

Überlegenswert erscheint zudem, hinsichtlich des Strafraumens zwischen den beiden Tatvarianten zu differenzieren. *Prima facie* scheint der Unrechtsgehalt der Nr. 1 mit der täterschaftlichen Freiheitsberaubung schwerer zu wiegen als derjenige der Verschleierung bzw. Auskunftsverweigerung nach Nr. 2. Mit dieser Überlegung käme bei der zweiten Tatvariante eine Absenkung der Strafraumenuntergrenze in Betracht, was der Tat allerdings den Charakter als Verbrechen nähme. Andererseits lässt sich argumentieren, dass es gerade die Informationsverschleierung bzw. -unterdrückung ist, die die Angehörigen der freiheitsentzogenen Person in Unkenntnis über deren Verbleib und Schicksal setzt, und damit diese Individualrechtsgutsdimension primär von der zweiten Tatvariante strafrechtlich abgebildet wird.

II. Verjährung

Gemäß § 78 III Nr. 2 StGB beträgt die Frist der Verfolgungsverjährung des Tatbestands des Verschwindenlassens von Personen 20 Jahre. Die Frist beginnt gemäß § 78a 1 StGB, „sobald die Tat beendet ist“. Das heißt für den Freiheitsberaubungstatbestand: Erst wenn die entführte Person wieder frei (oder tot) ist, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Für den Verschleierungs- bzw. Auskunftsverweigerungstatbestand gilt: Erst wenn der rechtswidrige Zustand beendet ist und tatsächliche Informationen vom Aufenthalt bzw. Schicksal der verschwundenen Person bekannt werden, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Ob und wann die Vortat verjährt (etwa bei Verjährungsbeginn mit dem Tod des Opfers) bzw. ob deren Verfolgung bereits verjährt ist, hat auf die Verjährung der Verschleierungstat keinen Einfluss.

III. Geltungsbereich

Nach den Grundsätzen des Strafanwendungsrechts gilt das deutsche Strafrecht für das „Verschwindenlassen von Personen“, wenn die Tat im

Inland begangen wurde (§ 3 StGB), wobei es ausreicht, dass einer der Teilakte in Deutschland verwirklicht wird (§ 9 StGB).

Handelt es sich nach diesen Maßgaben nicht um eine Inlands-, sondern um eine Auslandstat, gilt deutsches Strafrecht nach den allgemeinen Regeln nur, wenn die Tat auch am ausländischen Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen (§ 7 StGB). Danach muss entweder der Täter deutscher Staatsangehöriger sein oder ein Ausländer, der sich in Deutschland befindet und nicht ausgeliefert werden kann, oder aber die Tat muss „gegen einen Deutschen begangen“ sein. Im Lichte des erweiterten Opferbegriffs wird anzunehmen sein, dass auch die deutsche Staatsangehörigkeit eines Angehörigen oder einer sonst persönlich nahestehenden Person i.S.d. § 373b II StPO geltungsbereichsbegründend ist.

Hingegen hat der Gesetzgeber ausdrücklich davon abgesehen, den Tatbestand des Verschwindenlassens – wie bei § 234a StGB⁵⁵ – in § 5 StGB aufzunehmen und das nicht durch das Erfordernis der identischen Tatortnorm eingeschränkte aktive Staatsangehörigkeits-/Domizilprinzip vorzusehen.⁵⁶ Allerdings ist über § 6 Nr. 9 StGB eine Umsetzung aller Vorgaben des Übereinkommens sichergestellt.⁵⁷

G. Fazit

Die Schaffung eines selbstständigen Tatbestandes des Verschwindenlassens von Personen ist aus völker- wie aus kriminalpolitischer Sicht zu begrüßen. Auch wenn nicht zu erwarten ist, dass die Norm einen größeren Anwendungsbereich haben wird, sendet sie doch ein rechtspolitisch wichtiges Signal.

In den Einzelheiten zeigen sich die Schwierigkeiten der Rechtssetzung an der Schnittstelle von Transnationalem Strafrecht, Völkerstrafrecht, allgemeinen Lehren des deutschen Strafrechts und Verfassungsrecht. Hierbei gilt: Maßgeblich für eine gelungene Implementierung völkervertraglicher Pönalisierungspflichten ist die Deckungsgenauigkeit der

⁵⁵ § 5 Nr. 6 a) StGB bestimmt für § 234a StGB die Geltung des deutschen Strafrechts bei ausländischem Tatort und ausländischem Täter unabhängig vom Recht des Tatorts, „wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat Deutsche ist und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat“.

⁵⁶ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 35.

⁵⁷ Regierungsentwurf BT-Drs. 20/9471, S. 36.

Bestimmung gemessen an der völkervertraglichen Mutternorm bei gleichzeitiger Einpassung in den durch das nationale Verfassungsrecht einerseits und die Prinzipien und allgemeinen Lehren des nationalen Strafrechts andererseits gezogenen Rahmen. Angesichts der Komplexität der Praxis des Verschwindenlassens – Beteiligung einer Mehrzahl von Personen in vertikalen und horizontalen Zusammenhängen, zeitlich und geographisch gestreckte Abläufe –, die sich entsprechend in der strafrechtlichen Erfassung fortsetzt, treten diese Schwierigkeiten vorliegend verschärft zu Tage.

Insgesamt ist § 234b StGB danach im Wesentlichen als gelungen zu betrachten. Insbesondere die Umsetzung im dualistischen Tatbestandsmodell, wie es bereits im völkerstrafrechtlichen Kontext in § 7 I Nr. 7 VStGB zu finden ist, überzeugt. Gleichwohl wirft § 234b StGB eine Reihe von Auslegungs- und Anwendungsfragen auf, deren abschließende Klärung durch Rechtsprechung und Wissenschaft noch aussteht.

Strafrechtsmärchen und Strafrechtserzählungen

Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Saarbrücken*

ABSTRACT

Tradierte Lehren, Auslegungsleitlinien und gefestigte Rechtsprechung im Strafrecht lassen sich als dogmatische Mikroerzählungen betrachten, die immer wieder auf den Prüfstand gehören. Hierfür muss die „Erzählung“ als solches erkannt (und benannt) werden, um im Anschluss überprüfen zu können, ob sie noch zutrifft, ggf. einer Ergänzung bedarf oder ersetzt werden sollte. Der folgende Beitrag führt dies anhand zweier Mikroerzählungen, einmal aus dem Allgemeinen, einmal aus dem Besonderen Teil, vor. Er basiert auf der im Juli 2024 gehaltenen Antrittsvorlesung des Verfassers, bei der (Grimms) Märchen als Einstieg in diverse Strafrecht-narrative dienten. Der Stil wurde weitestgehend beibehalten, das Manuskript insofern nur um einige Anmerkungen und (überwiegend knapp gehaltene) Fußnoten ergänzt. Den Herausgeber*innen danke ich für die Möglichkeit, die mittels DALL-E erstellten Illustrationen auch in die publizierte Version aufzunehmen.



Abbildung 1: Grimms Märchen und ihre straffälligen Protagonisten

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität des Saarlandes und Richter am Saarländischen Oberlandesgericht. Kontakt: Mustafa.oglakcioglu@uni-saarland.de.

A. Es war einmal ein Märchen, ein Narrativ, ein Diskurs...

Der gestiefelte Kater, das tapfere Schneiderlein und Rotkäppchen: Grimms Märchen stellen eine wahre Fundgrube für die Strafrechtsdogmatik dar. Sie haben allesamt moralische Fragestellungen und komplexe zwischenmenschliche Konflikte zum Gegenstand,¹ wobei die narrative Struktur und das damit verbundene Gut-Böse-Schema realen Strafrechts-Sachverhalten oftmals in nichts nachsteht. Märchen ermöglichen es, das geltende Recht in einem fiktiven (und insofern auch fremden) Umfeld auf unterhaltsame Weise auf den Prüfstand zu stellen. Oftmals führt die (u.U. herausfordernde) strafrechtliche Einordnung und Bewertung des Verhaltens der Protagonisten, z.B. von Hänsel und Gretel, zu Grundsatzzfragen der Strafrechtsdogmatik. Märchen triggern Emotionen und wecken Assoziationen, was wiederum dabei helfen kann, die Aufmerksamkeit der Zuhörenden aufrechtzuerhalten.²

Doch soll es im Folgenden nicht um den pädagogischen bzw. rechtsdidaktischen Wert der Hinzuziehung von Märchenerzählungen gehen. Vielmehr dient das Märchen als Kontrast zu den durchaus realen – das Recht prägenden und formenden – *Erzählungen*, die bei der nüchternen Begutachtung der fiktiven Sachverhalte zutage treten. Angesprochen ist das Narrativ, ein zugegebenermaßen feuilletonistisch ausgeschlachteter, an den Rändern unscharfer und nicht einheitlich verwendeter Begriff:³ Narrative beschreiben bestimmte Sachverhalte mit dem Ziel, eine Entwicklung oder einen Zustand zu erklären. Sie gehen mit einem Wahrheitsanspruch einher, beziehen sich aber nicht auf einen konkreten Sachverhalt. Das hat eine negative Konnotation zur Folge: Stets schwingt da die Relativierung, Moralisierung und „die andere Version der Geschichte“ mit. In der Soziologie und Kulturanthropologie nimmt die Analyse von Narrativen – sei es im Kontext der Konstruktion von Realität,⁴

¹ Eine interdisziplinäre Zusammenstellung an wissenschaftlichen Beiträgen, die sich mit der Gattung „Märchen“ beschäftigen, findet sich bei Bluhm/Neuhaus (Hrsg.), Handbuch Märchen, 2023.

² In den Erziehungswissenschaften und in der Pädagogik ist die Literatur zur Märchenforschung und -didaktik aus Sicht eines Fachfremden kaum überschaubar. Einen ersten Überblick sowie eine Literatursammlung findet sich bei *Ladenthin* in Bluhm/Neuhaus (Fn. 1), § 21.

³ Vgl. auch *Baier* Diegesis 2023 (12.1), 89 ff.

⁴ Zur wechselbezüglichen Beziehung zwischen Kultur und Narrativen allen voran *Bruner* Critical Inquiry, 18 (1), 1 ff.

sei es im Rahmen des Machtdiskurses – eine zentrale Rolle ein.⁵ Der Diskurs um das Narrativ gibt Einblicke in die Art und Weise der Bedeutungskonstruktion, der Identitätsformung und der Entstehung sowie Aufrechterhaltung sozialer Ordnungen.⁶ Die Betrachtung bestimmter Ausformungen des Rechts sowie die Dokumentation der Entstehung und Entwicklung von Rechtsnormen und Rechtssätzen als Narrativ kann dabei helfen, tiefere Einblicke in die Struktur, die Wahrnehmung und die Entwicklung des Rechts (im Speziellen: des Strafrechts) zu erhalten.

Hierfür muss – was auch etwas ungemütlich sein kann – das Narrativ überhaupt erst einmal aufgedeckt und beim Namen genannt werden. Den Anfang machte man mit der bis heute noch verbreiteten Gegenüberstellung eines „klassisch-liberalen Strafrechts“ und dem „modernen Präventionsstrafrecht“, die als bipolare, letztlich unterkomplexe „Verfallserzählung“ entlarvt wurde.⁷ Dabei geht es bei der Dekonstruktion einer Erzählung nicht darum, die bisherige Version der Geschichte als „Lüge“ bzw. als Märchen hinzustellen und sie auf diese Weise gänzlich zu entwerten.⁸ Vielmehr kann der Narrativ-Diskurs dazu dienen, bestimmte Aspekte, welche die „Erzählung“ angreifbar machen, konkret zu adressieren, sich über diese auszutauschen und sich zu einigen; so lässt sich ein inzwischen ideologisch überhitztes Narrativ wieder abkühlen, um einer konsensfähigen Erzählung näherzukommen oder Raum für neue, bessere Narrative zu schaffen.

Dabei lassen sich verschiedene Anknüpfungspunkte für solch einen „Narrativ-Diskurs“ ausmachen. Das eingangs genannte Beispiel betrifft die Entwicklung des Strafrechts vom „Guten zum Schlechten“.⁹ Das Beispiel ist allerdings nicht repräsentativ: Selten sieht sich die (gut dokumentierte) Strafrechtsgeschichte den Gefahren bewusst unwahrer Alternativerzählungen ausgesetzt. Es genügt für die verfälschende Wirkung

⁵ Gewissen Bekanntheitsgrad hat die von Eliaz/Spiegler (American Economic Review 110 (2020), 3786) verwendete Wendung eines „Zusammenpralls der Narrative“ erlangt, wobei dort v.a. die ideologisch eingefärbten und gerade nicht „diskursiv“ entstandenen Narrative im Mittelpunkt stehen.

⁶ <https://userwikis.fu-berlin.de/display/sozkultanthro/Narrativ> (Angelegt von Roehl) (letzter Abruf: 10.8.2024).

⁷ Hörnle in Engelhart/Kudlich/Vogel (Hrsg.), FS-Sieber, 2023, 45 ff. sowie Stuckenberg ZStW 2023 (135), 904, 905 f.

⁸ Ob dies überhaupt geht, hängt auch vom Verständnis des Narrativs ab: Versteht man das Narrativ als abstraktes Erklärungsmodell lässt es sich nicht mit der wahren Geschichte abgleichen. Die Realität kann aber den Aussagegehalt bzw. die Richtigkeit des Erklärungsansatzes infrage stellen.

⁹ Stuckenberg ZStW 2023 (135), 904, 905 f.

eine Mixtur aus Zeitablauf und Desinteresse. Die übriggebliebenen Normen, Schlagworte, Aphorismen und Leitsätze (oftmals vertreten durch den Titel eines Präzedenzfalls wie z.B. „Jauchegrube“, „Katzenkönig“ oder „Gubener Hetzjagd“) begraben ihre dazugehörige Geschichte unter sich; ausgegraben werden diese nur, wenn man infrage stellen will, wofür der jeweilige Begriff steht (z.B. den Maßstab für eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf).

Damit ist zugleich ein weiterer (und im Folgenden im Mittelpunkt stehender) Anknüpfungspunkt für einen Narrativediskurs angesprochen:¹⁰ Soweit nicht die Entwicklung des Rechts als solches „erzählt“ wird, sondern bestimmte Begriffe oder Schlagworte bereits eine ganze Lehre (und insoweit auch Entwicklung) in sich zusammenfassen, könnten auch diese als Narrative durchgehen, je nachdem wie stark die Verwendung des Begriffs konventionalisiert ist.¹¹ Bei solch einem weiten Verständnis lässt sich freilich jede herrschende Auslegungspraxis, die in ein geflügeltes Wort gepresst wird, und jedes tradierte dogmatische Konstrukt – oftmals als „XY-Theorie“ oder „...-Lehre“ bezeichnet – als Narrativ betrachten; freilich weist nicht jede dogmatische Figur die erzählerische Struktur auf, die es für ein Narrativ im engeren Sinne braucht; dennoch lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die Aphorismen und Figuren oftmals bestimmte Prinzipien und Leitsätze inhärent sind, die durch deren Verwendung „weitererzählt“ werden, sodass zumindest von „Mikro-Erzählungen“ gesprochen werden kann.¹²

Legitim erscheint der Rückgriff auf solch einen (aus soziologischer Perspektive anspruchslosen) Begriff des Mikro-Narrativs vor dem Hintergrund, dass die herrschenden Lehren, Praktiken und Prinzipien im Recht offensichtlich nicht ausschließlich aufgrund ihrer argumentativen Überlegenheit Bestand haben; vielmehr dürften diese von ihrer Umwandlung in ein überliefertes Schlagwort profitieren: Einher geht damit nämlich

¹⁰ Es geht hier nicht um eine abschließende Systematisierung und Verortung des Narrativ-Diskurses im Strafrecht. Zahlreiche weitere Anknüpfungspunkte – „Anklage als Narrativ“, „Strafverfahren und Rollenbilder“ (vgl. hier exemplarisch *Rückert* StV 2019, 585) – werden hier nicht aufgegriffen. Hauptsächlich dürften Narrative kriminalpolitische Wirkung entfalten (wobei sich dann die Frage auftut, ob es sich noch um Narrative oder eben um Ideologien handelt (vgl. bereits Fn. 9)).

¹¹ Gemeint ist in diesem Zusammenhang, was die Wendung impliziert.

¹² Damit dürfte deutlich geworden sein, dass der Begriff der Erzählung bzw. des Narrativs v.a. im Hinblick auf den Umstand verwendet wird, dass Auslegungsleitlinien weitererzählt werden und auf diese Weise ein Legitimationspolster aufbauen.

der sozialpsychologische Effekt der „narrativen Verzerrung“,¹³ die eine Konservierung begünstigt (insb. Heuristiken wie Autoritäts-Bias, Vereinfachung durch Zuschnitt auf einen konkreten Fall, Simplifizierung durch Verschlagwortung usw.). Die großen Abhandlungen der Strafrechtswissenschaft unserer Zeit nehmen dementsprechend v.a. „große Erzählungen“ in den Blick, um diese zu dekonstruieren.

Vorliegend ist für solch ein ambitioniertes Unterfangen kein Platz, was aber unschädlich ist, da es in Anbetracht der geschilderten Wirkmacht der Narrative zweckmäßig scheint, kleine Brötchen zu backen, sich also „Mikro-Erzählungen“ der Strafrechtsdogmatik zu widmen. Jede einzelne Geschichte der Kinder- und Hausmärchen eröffnet (übrigens meist gleich zu Beginn der Geschichte) die Möglichkeit, den Bezug zu Strafrechtsgeschichten herzustellen, diese zu beleuchten und kritisch zu hinterfragen.¹⁴ Dass es im ersten Teil um Fragen des Allgemeinen Teils, im zweiten hingegen um eine Erzählung aus dem Besonderen Teil geht, ist – gliederungstechnisch gesehen – eine glückliche Fügung, die sich gut mit einem weiteren Narrativ, nämlich der Trennung von Allgemeinem und Besonderen Teil¹⁵ sowie der Übung, diese getrennt darzustellen, verträgt.

B. Der Wolf und die sieben Geißlein

Das erste Märchen, das hier als Inspirationsquelle dienen soll, steht an Stelle Fünf der Kinder- und Hausmärchen der Brüder Grimm und kommt wie eine groteske Horrorstory daher: Es geht um „Der Wolf und die sieben Geißlein“.

Zunächst der Sachverhalt (stark verkürzt und vereinfacht): Die Geißmutter muss das Haus verlassen und gibt ihren sieben Geißlein auf, während ihrer Abwesenheit niemanden ins Haus zu lassen.¹⁶ Nachdem sie gegangen ist, kommt der böse Wolf vorbei und begehrt Einlass. Die Geißlein erkennen jedoch an der rauen Stimme, dass der Wolf und nicht ihre Mutter vor der Türe steht, und lassen ihn nicht herein. Der Wolf muss

¹³ Kahnemann, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, 247 unter Verweis auf Taleb, Der Schwarze Schwan, 2008.

¹⁴ Es handelt sich jeweils um die ersten Assoziationen des Verfassers, sodass die Auswahl der „Erzählungen“ zufällig anmuten kann.

¹⁵ Vgl. hierzu Schuhr in Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), FS-Streng, 2017, 151.

¹⁶ Sie überträgt sozusagen das Hausrecht auf die sieben Geißlein.

sich mehrmals anpassen: Kreide fressen, um seine Stimme zarter zu machen, seine Pfoten beim zweiten Versuch mit Teig bestreichen und schließlich sein Fell mit Mehl bestäuben. Erst dann gelingt es, die Geißlein zu täuschen, die daraufhin die Tür öffnen. So kann er hineinstürmen und sich sechs der sieben Geißlein einverleiben.

Sicherlich ließe sich tiefenpsychologisch und insofern auch kriminologisch einiges aus dieser Geschichte herausholen: Prävention durch Aufklärung, Erziehung und Eigenverantwortung; auch die Rettungsaktion und anschließende Sanktionshandlung der Mutter (das Austauschen der Geißlein durch Steine im Bauchraum des Wolfs) steht Strafzweckdeutungen offen. Die hiesige Assoziation indessen ist wesentlich trivialer und knüpft an die Dogmatik des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) an. Der Wolf steht vor der Tür und verschafft sich Eintritt durch List und Tücke. Damit dringt er nicht – wie § 123 I 1. Alt. StGB verlangt – widerrechtlich in die Wohnung der Geißlein ein. Und das führt zu gleich mehreren, miteinander zusammenhängenden Erzählungen der Strafrechtsdogmatik, zuallererst zur Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung.¹⁷



Abbildung 2: „Hereinspaziert!“ sagte das Geißlein zum Wolf... und erteilte somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.

I. Hereinspaziert! Zustimmung, Einverständnis, Einwilligung...

Für den Laien wäre womöglich nicht unbedingt nachvollziehbar, dass in solch einer Konstellation ein Hausfriedensbruch ausscheiden soll:

¹⁷ Zu dieser überwiegend anerkannten Gegenüberstellung vgl. Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl. 2023, § 23 Rn. 1 ff.

Schließlich hat die Wohnung ein „Ungeheuer“ betreten, das man nie hereingelassen hätte, wenn man dessen wahren Absichten gekannt hätte. Das ändert aber erst einmal nichts daran, dass man ihn hereingelassen hat. Jedenfalls nach herrschender Auffassung ließe die Fehlvorstellung der kleinen Geißlein die Wirksamkeit der Zustimmung unberührt, was bekanntermaßen dazu führt, dass die Strafbarkeit in Konstellationen der Anwendung von Täuschung und List zur Erlangung einer Zustimmung davon abhängig ist, ob diese bereits einer Tatbestandsverwirklichung entgegensteht oder erst als rechtfertigende Einwilligung zu berücksichtigen wäre.¹⁸ Obwohl die damit verbundenen Ergebnisse (v.a. kriminalpolitisch) nicht immer überzeugen,¹⁹ ist diese überlieferte Gegenüberstellung noch weit verbreitet. Handelt es sich also um eine „Erzählung“, die ihre Wirkmacht v.a. aus dem Faible der Rechtswissenschaft speist, kleinteilig zu systematisieren, Begriffe zu bilden und schließlich möglichst lange am Leben zu halten?

Sie muss jedenfalls stark sein, da sich das tatsächliche Meinungsbild differenzierter zeigt und mehr als nur eine Handvoll Stimmen von dieser „traditionellen Unterscheidung“ zwischen tatbestandsrelevanten Mitwirkungshandlungen und lediglich das „Gesamtunrecht“ ausschließenden Einwilligungen nichts hält.²⁰ So weist bspw. Schlehofer darauf hin, dass auch das „Von-der-Stelle-nehmen“ ein Wegnehmen, ähnlich wie das „Hineingelangen“ als „Eindringen“ betrachtet werden könne.²¹ In der Sache verdient er Zustimmung, da bei den allermeisten Delikten, deren Tathandlung das Nichtvorliegen eines Zustimmungsakts impliziert, der einer Einwilligung zugrundeliegende Gedanke – „volenti non fit iniuria“ – bereits in der tatbestandlichen Umschreibung Ausdruck gefunden hat: Eigenverantwortung bzw. Mitwirkungsakte sollen eben zum Ausschluss des Unrechts führen. Derlei betrachtet leuchtet es ein, beide Institutionen als Verfügung über die „Freiheitssphärenbeeinträchtigung“ einheitlich zu behandeln. Aber hätte man im Rahmen einer Szenerie, in der jemand einer anderen Person die Tür aufhält und laut ausruft: „Hereinspa-

¹⁸ Instruktiv und umfassend *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 4-10.

¹⁹ Freilich muss man einräumen, dass die Rechtsprechung in bestimmten Fällen nicht immer an den mit der Gegenüberstellung verbundenen Konsequenzen festhält, Stichwort: Pseudobeschlagnahme, vgl. BGH NJW 1952, 796; BGHSt 18, 221, 223, konsequent dagegen *Kindhäuser*, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 54.

²⁰ Exemplarisch *Schlehofer*, in *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vorb § 32 Rn. 144 ff.; zahlreiche weitere Nachweise bei *Roxin/Greco* (Fn. 18), § 13 Rn. 11 Fn. 19.

²¹ *MüKo/StGB-Schlehofer* (Fn. 20), Vorb § 32 Rn. 146.

ziert!“, keine Bauchschmerzen, den Betretenden als Eindringling zu bezeichnen? Würde es einen nicht stören, jemandem vorzuwerfen, er habe einem etwas weggenommen, kurz nachdem man ihm das jeweilige Objekt in die Hand gedrückt hat?

Es handelt sich damit keineswegs um eine Unterscheidung, die sich durch Selbstreferenz am Leben hält. Vielmehr ist es gerade etwas durch und durch Dynamisches, das die Gegenüberstellung jener beiden Rechtsinstitute legitimiert, nämlich die Sprache (und damit verbunden: der Normtext). Eine sachlich gerechtfertigte Gleichbehandlung ändert nichts an der divergierenden Struktur und am unterschiedlichen Wortlaut zwischen Delikten, bei denen die herrschende Auffassung die Zustimmung als tatbestandsausschließendes Einverständnis versteht, und Delikten, bei denen die Tatbestandsverwirklichung vom Eintritt eines Außenweltereignisses abhängig ist: Hier kann die Zustimmung als Einwilligung die „Zuständigkeit“ des Täters für den Außenwelterfolg ausschließen. Die Wirkmacht dieser Erzählung hängt also vor allem davon ab, wie sehr man an eine semantisch rekonstruierbare Wortlautgrenze glaubt,²² welchen Wert man bestimmten Bedeutungsvarianten eines Begriffs innerhalb der Auslegung überhaupt beimisst und wie stark das semantisch-pragmatische Erfahrungswissen im Hinblick auf den konkreten „Tathandlungs-Kandidaten“ ausgeprägt ist.

Oftmals (nicht: immer!) gibt es syntaktische oder semantische Indikatoren für die Unterscheidung: Insofern lässt sich (Studierenden) der Unterschied zwischen rechtfertigender Einwilligung und tatbestandsausschließendem Einverständnis unter Verweis auf Verben und Attribute vorführen: Eine Person betritt den Raum und es liegen Scherben auf dem Boden, daneben ein bewusstloser und blutender Mensch. Die Ereignisse lassen sich als gegeben, als eingetreten ansehen, unabhängig davon, ob jemand seine Zustimmung hierin erteilt hat. So würde jemand, der die Szenerie beschreibt, die entsprechenden Attribute („kaputt“, „blutend“ oder „verletzt“) verwenden können, ohne Kenntnis über eine entsprechende Mitverantwortlichkeit des Eigentümers der Vase bzw. des am Boden Liegenden zu haben.

²² Hierzu einerseits *Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2004, 225 f.; andererseits *Kudlich/Christensen* ARSP 2007, 138, 141; *Becker/Martenson* JZ 2016, 779; zum Begriff des Wortsinns *Simon*, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, 44.



Abbildung 3: „Die Vase ist kaputt“ seufzte Gretel. „Sei nicht traurig, Schwesterchen, ich wollte das so“ teilte Hänsel tröstend mit, woraufhin Gretel entgegnete: „Aber sie ist immer noch KAPUTT!“

Die Vase ist zerstört, der Mensch an der Gesundheit geschädigt; derjenige Erfolg eingetreten, den der Tatbestand (§§ 303, 223 StGB) voraussetzt. Hier lässt die Struktur des Tatbestands eine normative Handhabe der Zustimmungshandlung (und insofern auch eine Konkretisierung der Anforderungen an deren „Rechtswirksamkeit“) zu, weil das Fehlen des „Realakts“ gerade nicht Gegenstand des Normbefehls ist. Der Wortlaut (und damit verbunden: der Deliktstyp) zeichnet damit nicht nur die grundsätzliche Möglichkeit der Berücksichtigung einer Mitwirkungshandlung vor, sondern eben auch die Frage, ob das bloß faktische Vorliegen einer Zustimmung oder eine „materielle Rechtsgutsdisposition“ maßgeblich ist.

II. Eine Blume, ein Blumenstrauß und das Blumenbeet...

Erst diese Überlegungen führen zur Erzählung, welche die Überschrift dieses Abschnitts ankündigt: Schließlich könnte man nun, basierend auf den bisherigen Überlegungen, zwischen Einverständnis- bzw. Einwilligungsdelikten und Nichteinwilligungsdelikten unterscheiden. Der Strafrechtswissenschaft ist solch eine Kategorisierung indessen fremd, so dass sich die Frage stellt, was z.B. die anerkannte Gegenüberstellung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten etc. von einer nach „Einwilligungs- und Einverständnisdelikten“ unterscheidet. Blickt man in die gängigen Lehrbücher, findet man inzwischen über sieben Kategorisierungsmöglichkeiten und mehr als das Doppelte an Deliktstypen;²³ doch der Wolf steht vor

²³ Vgl. etwa Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 53. Aufl. 2023, Rn. 31 ff.

der Tür und ist im Begriff, all diese Deliktskategorien aufzufressen: Gemeint ist die Kritik gegenüber einzelnen Deliktstypen, die immer lauter wird, und sich in die Tendenz einer generell ablehnenden Haltung gegenüber einem fortwährenden „Klein-Klein“ in der Strafrechtsdogmatik, einer kontinuierlichen Divisionalisierung der Strafrechtswissenschaft²⁴ einfügt.



Abbildung 4: „Was sollen eigentlich all diese Schubladen? Ich brauche einen neuen Schrank...“ dachte sich die Zauberin.

Der Kritik ist beizupflichten, soweit eine Ziselierung der Tatbestandslehre nur dazu dient, Strafnormen unkritisch in jene Schubladen zu stecken, und damit seinen eigentlichen Zweck verfehlt, die mit bestimmten Deliktstypen einhergehenden Friktionen zu adressieren, deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip bzw. Bestimmtheitsgebot infrage zu stellen, mithin strafrechtskritisches Potenzial zu entfalten. Entschlackende Erzählungen sind schon deswegen zu begrüßen, weil sie zu einem „Reset“ des Diskurses unter neuen Vorzeichen und vielleicht zu neuen (zeitgemäßen) Differenzierungen führen können, bevor man sich wieder um die Pflege der Schubladen kümmert.

Doch wie im Märchen scheint der böse Wolf am Ende zu verlieren, die Deliktskategorien kommen alle wohlbehalten wieder zurück: Trotz der beschriebenen (nicht vollkommen neuen) Tendenz sind eigenhändige

²⁴ Vgl. Rotsch ZIS 2020, 471, 475.

Delikte, uneigentliche Organisationsdelikte, Eignungsdelikte und Unternehmensdelikte quicklebendig.²⁵ Demonstrieren lässt sich dies am schlichten Tätigkeitsdelikt – von *T. Walter* explizit als „Märchen“²⁶ bezeichnet – bzw. für die kategoriale Gegenüberstellung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten. Vor einiger Zeit hat sich *Hölzel* mit der Frage („Gibt es Tätigkeitsdelikte?“) befasst und kommt – wie auch sein Doktorvater *T. Walter* – zu dem Ergebnis, dass man sich von der Gegenüberstellung von Außenwelterfolgsdelikten und schlichten Tätigkeitsdelikten verabschieden könne.²⁷

Gehör hat dieser Vorstoß, die Deliktstypenlehre zumindest insoweit zu entlasten, nicht gefunden; aber das haben auch viele andere wichtige und richtige Vorschläge nicht. Die Geschichte vom Tätigkeitsdelikt als Pendant zum Erfolgsdelikt wird weiterhin erzählt, das zeigt ein Blick in Neuauflagen zahlreicher Lehrbücher, aber auch eine Durchsicht obergerichtlicher Entscheidungen.²⁸ Sie lautet folgendermaßen: Schlichte Tätigkeitsdelikte knüpften lediglich an die Vornahme einer Handlung, während die Verwirklichung von Erfolgsdelikten (über die tatbestandlich beschriebene Handlung hinaus) eine in der Außenwelt wahrnehmbare Veränderung des Status Quo voraussetzt. Beispiel: § 212 StGB setzt voraus, dass infolge einer Tötungshandlung ein Mensch stirbt; ein Tätigkeitsdelikt hingegen würde das Zielen auf einen Menschen bestrafen.

Zu Recht weist nun *T. Walter* darauf hin, dass mit dieser Beschreibung „auf den Anfangsseiten von Lehrbüchern“²⁹ der Eindruck vermittelt werde, dass bei Tätigkeitsdelikten nur der „Handlungsteil“ des vorsätzlichen Begehungsdelikts geprüft werden müsse, also die Prüfung einer Kausalität nicht notwendig sei.³⁰ Es ist ihm recht darin zu geben, dass dies nicht zutrifft. Schließlich muss die falsche Aussage gem. § 153 StGB den Mund verlassen und beim Gehör der Richterin ankommen, der Be-

²⁵ Alle Jahre wieder gibt es Zuwachs, man denke an das Zustandsdelikt, vgl. *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001, oder an das (uneigentliche) Organisationsdelikt, hierzu *Kische*, Die Rechtsfigur des uneigentlichen Organisationsdelikts (BGHSt 49, 177), 2014.

²⁶ *T. Walter* in Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), FS-Beulke, 2015, 327 ff.

²⁷ *Hölzel*, Gibt es „Tätigkeitsdelikte“?, 2016, 221 ff.

²⁸ Vgl. etwa OLG Saarbrücken, 13.10.2023 – 1 Ws 55/23, BeckRS 2023, 48253.

²⁹ *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, 16.

³⁰ Der Kausalverlauf sei nur wesentlich kürzer und daher nicht wahrnehmbar, *T. Walter*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 63; diese Beispiele zieht auch MüKo/StGB-Freund (Fn. 20), § 13 StGB Rn. 228 heran.

trunkene gem. § 316 StGB auf das Pedal treten, um die Bewegung zu „verursachen“.³¹ Jeder Akt hat einen irgendwie gearteten Effekt;³² jede Handlung bzw. jedes Verhalten eines Menschen durchläuft Kausalverläufe, an deren Ende potenzielle „Erfolge“ stehen, wie auch immer diese aussehen mögen.³³



Abbildung 5: „Das mit dem Tätigkeitsdelikt ist ein Märchen“, sagte der Professor verärgert. „Auch die Betrunkene muss gem. § 316 StGB auf das Pedal treten, um die Bewegung zu verursachen.“

Würde sich die Gegenüberstellung in der Feststellung erschöpfen, dass schlichte Tätigkeitsdelikte ohne aufwendigen Zurechnungsapparat auskommen, könnte man tatsächlich über deren Eliminierung nachdenken. Aber steckt hinter dem Festhalten vielleicht doch mehr als bloß ein „elterlicher Schutzreflex“?³⁴ Etwas abgewinnen kann man der Kategorisierung, wenn man den Zweck der Gegenüberstellung nicht in Präjudizien im Hinblick auf etwaige Zurechnungsfragen sieht, sondern in einer Sensibilisierung im Hinblick auf die Ausgestaltung eines Normbefehls, vornehmlich im Hinblick auf die Art und Weise seiner Umgrenzung. So schließt sich der Kreis: Wie auch bei der Frage der Abgrenzung von Einwilligung und Einverständnis entscheiden der Normtext und der dazugehörige Bedeutungsdiskurs darüber, ob es sich bei der Handlung um eine Variable handelt, deren „Schnittmenge“ durch einen Außenwelterfolg begrenzt wird oder die Tathandlung zwingend ein bestimmtes nach außen manifestiertes Verhalten impliziert. Das Erfolgsdelikt kann somit als Strauß an Handlungen betrachtet werden, die durch ein gemeinsames

³¹ T. Walter (Fn. 29), 16.

³² So die Begründung bei Rotsch, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009, 436.

³³ Beispiele bei Güntge, Begehen durch Unterlassen, 1995, 37.

³⁴ Der Autor, der in seiner Dissertationsschrift für die Einführung einer weiteren Unterkategorie, nämlich des multiplen Tätigkeitsdelikts (vgl. noch im Folgenden), plädiert hat, ist zweifelsohne befangen.

Ereignis zu einem Bouquet verbunden werden; das Tätigkeitsdelikt ist (idealtypisch) eine einsame Rose.

Damit scheint noch nicht viel gewonnen, weil im Einzelfall entschieden werden muss, wie viele Handlungen der Begriff impliziert und ob es dann einen Fixpunkt gibt, der all diesen Handlungen gemeinsam ist.³⁵ Doch führt einem die Suche nach dem Fixpunkt zugleich vor Augen, dass Tatbestände nicht immer nur bunte Bündel, ein kleines Gesteck oder einzelne Blumen darstellen, sondern sich manchmal auch als überwucherte Schattenhaine charakterisieren lassen, durch die sich Dornen und Unkraut ranken.



Abbildung 6: "Was ist euch lieber?", fragte die Blumenhändlerin. "Ein großer Blumenstrauß? Oder eine einzelne, wunderschöne Blüte? Ihr könnt auch selbst die Blumen pflücken gehen... doch ich warne euch: Der Hain ist gefährlich und ihr könnt euch leicht verlaufen."

Um die Allegorie (und den Gedanken) abzuschließen: Man stelle sich Erfolgsdelikte „ohne Erfolg“ vor, mithin als Delikte, bei denen das tatbestandliche Verhalten nicht durch einen Erfolg begrenzt wird (kein Bouquet), aber auch nicht konkret umschrieben wird (keine einzelne Rose). Man denke an ein Delikt, das jede umsatzgerichtete Tätigkeit im Hinblick auf ein bestimmtes Tatobjekt erfasst, oder an ein Delikt, das jede erdenk-

³⁵ Bei bestimmten Begriffen kann man darüber streiten, ob und welche (Zwischen-)Erfolge der Begriff impliziert, man denke an die Frage, ob eine bestimmte Äußerungshandlung wahrgenommen werden muss oder bereits der Zugang der Erklärung genügt, hierzu *Oğlakcioğlu*, Strafbare Sprechakte, 2023, 328 f.

liche Beteiligung an einer Organisation unter Strafe stellt? Bekanntermaßen existiert beides: das Handeltreiben mit verbotenen Substanzen³⁶ sowie das Sich-Beteiligen an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung.³⁷ In der Literatur werden diese oftmals im Kontext der Konkurrenzen aufgegriffen, wobei von Delikten „mit pauschalisierender Handlungsbeschreibung“ die Rede ist;³⁸ diesseits wurde der Vorschlag gemacht, derartige Strafnormen als „multiple Tätigkeitsdelikte“ zu bezeichnen.³⁹ Das hat sich ebenso wenig durchgesetzt wie die Abschaffung des Tätigkeitsdelikts. Dass die Anregung an dieser Stelle nochmals aufgegriffen wird, stellt nicht den verzweifelten Versuch dar, hierfür zu werben. Vielmehr geht es hier nach wie vor darum, den Sinn der Kategorisierung scharfzustellen, die – anders als die Unterscheidung zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten – v.a. dazu dient, sowohl den Gesetzgeber als auch den Rechtsanwender hinsichtlich der Vorzüge der Suche nach einem verhaltensnormkonkretisierenden Fixpunkt und der Gefahren seines Fehlens zu sensibilisieren. Sowohl Erfolgsdelikte als auch schlichte Tätigkeitsdelikte weisen diese unterschiedlich ausgestalteten Fixpunkte idealtypisch auf: Eine Einordnung des jeweiligen Delikts zu einer der beiden Gruppen fördert die Konkretisierung des Fixpunkts und stellt Normen ohne solch einen Fixpunkt offen zur Schau. Der Gegenüberstellung kann also v.a. die Funktion eines Warnschilds zukommen, das etwas konkreter ist als der allgemeine Verweis auf das Bestimmtheitsgebot und die Wortlautgrenze. So gesehen lässt sich der Gegenüberstellung doch etwas abgewinnen.

C. Feldsalat in der Gewahrsamsenklave...

Die zweite Geschichte führt – wie angekündigt – in den Besonderen Teil. Das Märchen, das uns dort hinführt, ist geradezu dafür prädestiniert, strafrechtlich unter die Lupe genommen zu werden. Kindesentziehung (§ 235 StGB), Qualifizierte Freiheitsberaubung (§ 239 I und III StGB) sowie eine Körperverletzung durch das Abschneiden von Haaren

³⁶ Zur Kritik an der extensiven Auslegung des Handeltreibens MüKo/StGB-Oğlakcioğlu (Fn. 20), Bd. 7, 4. Aufl. 2022, § 29 BtMG, Rn. 213 ff., 321 ff.

³⁷ Vgl. Eschelbach, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, 6. Aufl. 2023, § 129 StGB Rn. 65.

³⁸ Sternberg-Lieben/Bosch, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, Vorb § 52 ff. Rn. 16.

³⁹ Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, 2013, 342 f.

(§ 223 StGB) stehen im Raum. Es geht um Rapunzel, Rapunzel, die ihr Haar herunterlassen soll.



Abbildung 7: Feldsalat versteckt im Einkaufswagen? Im Falle von Rapunzel würden sich auch die Haare hervorragend als Gewahrsamsenklave eignen.

Wie auch schon beim Wolf und den sieben Geißlein muss man aber gar nicht so weit in der Geschichte voranschreiten, um zu einem Strafrechtswort zu gelangen: Es genügt wieder der Anfang des Märchens. Man erinnere sich: Es waren einmal ein Mann und eine Frau, die erwarteten ein Kind. In ihrem Haus war ein Fenster, aus dem sie in den Garten einer Zauberin blicken konnten. Eines Tages entdeckte die Frau im Garten der Zauberin wunderschöne Rapunzeln, die sie unbedingt essen wollte. Ihr Mann machte sich große Sorgen, denn wenn seine Frau keine Rapunzeln zu essen bekam, so würde sie sterben. Also kletterte er eines Abends voller Mut in den Garten der Zauberin, die von allen gefürchtet war. Er stach eine Handvoll Rapunzeln für seine Frau, aber sie wollte immer mehr. Als der Mann den Garten noch einmal betrat, stand plötzlich die Zauberin vor ihm.

Dieser Beginn, der Diebstahl von Rapunzeln (= Feldsalat), führt zu einer der beliebtesten Erzählungen des Besonderen Teils: Eigentlich ist es nicht einfach eine Erzählung, man könnte stattdessen von einer kompletten Saga sprechen, auch wenn der betroffene Straftatbestand, § 242 StGB, doch so einfach strukturiert daherkommt. „Wer einem anderen eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, wird bestraft“. Keine Strafrechtswortkritik führt an diesem Epos vorbei, würde doch dessen Zerfall zu einer Verringerung der Kriminalität um etwa 60 % führen. Wo soll man anfangen? Beim Diebstahl geringwertiger Rapunzeln? Bei der Abschaffung des Notdiebstahls und Mundraubs im Jahre 1969 durch das 2. Straf-

rechtsreformgesetz?⁴⁰ Beim stets akzentuierten, rein formalen Eigentumsschutz, der auch in Konstellationen der Wegnahme wertloser, weggeworfener, inkriminierter, mithin nicht verkehrsfähiger Gegenstände zu einer Strafbarkeit führt?⁴¹

An dieser Stelle wird Rosinenpickerei betrieben und das ästhetischste Kapitel herausgegriffen, nämlich die Geschichte vom Gewahrsamswechsel im Tabubereich, und eng damit verknüpft: die Gewahrsamsenklave.⁴² Eine schöne und einprägsame Geschichte, die den *vollendeten* Diebstahl zum Massendelikt macht. In jeder Vermögensdelikte-Vorlesung wird dieses Konstrukt und die damit verbundene Kasuistik stolz präsentiert.

Sie kommt im Rahmen der Tathandlung des Diebstahls, mithin bei der Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams zum Tragen, wobei Gewahrsam (verknapp) als subjektiv vom Herrschaftswillen getragenes objektives Herrschaftsverhältnis über eine Sache verstanden wird.⁴³ Diese Definition scheint etwas aufwendig, wenn man sie mit der lexikalischen Umschreibung der Wegnahme in Position 1 des digitalen Wörterbuchs der deutschen Sprache (DWDS) vergleicht.⁴⁴ Dort wird Wegnahme umschrieben mit „etwas von der Stelle nehmen, an der es sich befindet“, d.h. es wird weniger auf die Sachherrschaft als vielmehr auf eine räumliche Entfernung bzw. Positionsverschiebung der körperlichen Sache abgestellt. Aber das hätte zur Folge, dass auch das bloße Umstellen von Sachen eine „Wegnahme“ darstellen könnte; indessen liegt das herrschende Verständnis von der Wegnahme näher an Position 2 des DWDS: „etw., was ein anderer hat, besitzt, (unrechtmäßig) an sich nehmen, in seine Verfügungsgewalt bringen“. Die im Begriff „Verfügungsgewalt“ ebenso anklingende Sachherrschaft wird – sehr vereinfacht – einerseits anhand tatsächlicher Indizien bestimmt, hat also ein faktisches Moment, aber auch zugeschrieben anhand normativer Kriterien („den Anschauungen des täglichen Lebens“⁴⁵). Der Herrschaftswille muss dabei nicht auf

⁴⁰ G. v. 4.7.1969 (in Kraft getreten am 1.1.1975), BGBl. 1969, Nr. 56; zur Historie ausführlich *Vogel/Brodowski*, in *Leipziger Kommentar*, Bd. 13, 13. Aufl. 2023, Vor § 242 Rn. 48.

⁴¹ Zuletzt BVerfG, 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, JZ 2020, 906 mAnm Ogorek; MüKo/StGB-*Schmitz* (Fn. 20), Bd. 4, 4. Auf. 2021, § 242 Rn. 10 f. mwN.

⁴² Dieser Begriff gehe auf *Welzel* (NJW 1961, 328) zurück, vgl. LK/StGB-*Vogel/Brodowski* (Fn. 40), § 242 Rn. 104.

⁴³ LK/StGB-*Vogel/Brodowski* (Fn. 40), § 242 Rn. 54 f.

⁴⁴ <https://www.dwds.de/wb/wegnehmen?o=Wegnehmen> (letzter Abruf: 10.8.2024).

⁴⁵ BGHSt 16, 271; 20, 194, 195 f.

einzelne Gegenstände konkretisiert sein; vielmehr genügt auch ein „genereller“ Gewahrsam innerhalb eines bestimmten Herrschaftsbereichs.⁴⁶ Das zugrunde gelegt, lässt sich annehmen, dass die böse Zauberin Gewahrsam an ihren Rapunzeln ausübt, auch wenn sie nicht stets vor Ort ist.

Der Mann bricht diesen Gewahrsam grundsätzlich dann, wenn er die Sache aus dem Machtbereich der Zauberin schafft und ihr auf diese Weise deren Sachherrschaft entzieht. Das klingt immer noch nach Position 1, wonach es auf die räumliche Entfernung ankäme. Doch setzt an dieser Stelle die Erzählung an, wonach die Neubegründung eines Gewahrsams auch innerhalb eines fremden Machtbereichs erfolgen kann: Dies sei anzunehmen, wenn der Täter die Sache in seine höchstpersönliche Sphäre verbringt,⁴⁷ z.B. in einen ihm gehörenden Beutel, in seine Hosen- bzw. Jackentasche oder in seine Stiefel.



Abbildung 8: Der Kater K sah sich um und steckte in einem unbemerkten Moment die Thunfischdose in seinen Stiefel. Er wurde dabei von einem Mäuslein beobachtet.

Die Erzählung wird ausgeschmückt mit einem überzeugenden Gedanken, wonach der alte Gewahrsamsinhaber eine „fremde Tabusphäre“ durchbrechen müsste, um den Gegenstand zurückzuerlangen.⁴⁸ Sie erhält dann noch eine verfassungsrechtliche Weihe, indem immer wieder betont wird, dass der Täter die Sache in seine höchstpersönliche Sphäre

⁴⁶ LK/StGB-Vogel/Brodowski (Fn. 40), § 242 Rn. 68.

⁴⁷ BGHSt 16, 271.

⁴⁸ Rengier, Strafrecht BT I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 47.

verbringe (wenn auch nicht ausdrücklich auf Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG abgestellt wird).⁴⁹ Gerade dieser Gedanke wirkt etwas suspekt, da Schutzsphären des potenziellen Täters dazu herhalten, eine frühere Tatbestandsvollendung zu legitimieren. Aber das ist noch kein starkes Argument gegen die Gewahrsamsenklaven-Erzählung. Ebenso wird man nicht damit gehört werden, dass bis heute nicht abschließend geklärt ist, bei welchen Tragetaschen und Behältnissen ein „Gewahrsamswechsel im Tabubereich“ bejaht werden kann.⁵⁰

Stirnrunzeln lösen eher die Konsequenzen aus, die mit der frühen Tatbestandsvollendung einhergehen: Das Einstecken der Ware ist auch dann ein Diebstahl, wenn man den Gegenstand eine Sekunde später wieder zurücklegt; ebenso lässt sich ein vollendeter Diebstahl bei Verzehr der Ware im Laden auch dann nicht verneinen, wenn man beabsichtigt, diese später an der Kasse zu bezahlen.⁵¹ Zugegeben, gerade für derartige Bagatelldfälle stellt die Strafrechtsdogmatik genügend „Korrekturmechanismen“ bereit: Bei geringwertigen Sachen hängt die Verfolgung des Diebstahls von einem Strafantrag ab, im Übrigen besteht die Möglichkeit, das Verfahren aus Opportunitätsgründen einzustellen (§§ 153, 153a StPO). Warum aber diese Konsequenzen herausfordern, statt die Geschichte neu zu schreiben, sich also vom Gewahrsamswechsel im Tabubereich zu verabschieden und unabhängig von der Größe des Gegenstands oder von der Art des Behältnisses, eine räumliche Entfernung aus dem fremden Herrschaftsbereich verlangen? So ist es übrigens in vielen anderen Ländern, zumal auch aus kriminalpolitischer Perspektive kein Anlass für solch eine Extension besteht: Der Versuch des § 242 StGB ist ja ebenso unter Strafe gestellt.

Solch eine Verschiebung des Vollendungszeitpunkts nach hinten hin zum Beendigungszeitpunkt zieht aber fast niemand mehr in Erwägung;⁵² zu stark scheint die Faszination, die vom Gewahrsamswechsel im Tabubereich ausgeht. Dabei ist bereits fraglich, ob ein „Tabu“ besteht: Es ist doch vielmehr so, dass sich der Kunde, der Mann auf fremden Grund, der

⁴⁹ OLG Düsseldorf NJW 1986, 2266.

⁵⁰ Einschränkung und instruktiv *Zopfs* ZJS 2009, 511 zu mitgebrachten Taschen „gleichsam als Einkaufskorb“.

⁵¹ OLG Köln NJW 1986, 392; NK/StGB-*Kindhäuser* (Fn. 19), § 242 Rn. 60.

⁵² Vgl. die Nachweise bei LK/StGB-*Vogel/Brodowski* (Fn. 40), § 242 Rn. 104, u.a. *Hruschka* NJW 1960, 1189 sowie *Sch/Sch/Bosch* (Fn. 38), § 242 Rn. 40, wobei hier die mit der Gewahrsamsenklave verbundene zweite Erzählung – „Diebstahl ist kein heimliches Delikt“ – infrage gestellt, aber ebenso – vgl. im Folgenden – auf die Notrechte des Ladeninhabers verwiesen wird.

Einbrecher per se rechtswidrig verhält, bspw. verbotene Eigenmacht ausübt und das Hausrecht verletzt. Der Eingriff in das „Persönlichkeitsrecht“ des Wegnehmenden ist also unabhängig von der Frage einer vollendeten Wegnahme gerechtfertigt, sei es durch possessorischen Besitzschutz oder durch Notwehr. Schon aus diesem Grund ist die Einordnung als „Tabubruch“ irreführend.

Dem könnte man sicherlich entgegenhalten, dass es weniger um die rechtliche „Unantastbarkeit“ jener Sphäre geht, sondern um das faktische Hindernis, das durch die Körpersphäre oder durch räumlich-abgegrenzte Sphären (etwa eine Tüte oder Tasche) hergestellt wird. Solch eine Körpersphäre besteht aber auch beim Festhalten größerer Gegenstände, die dann lediglich sichtbar sind (was aber keine Rolle spielen darf, da es sich – eine weitere Erzählung – beim Diebstahl nicht um ein heimliches Delikt handelt). Zudem muss bei solch einer eher faktischen Betrachtung wiederum der Umstand berücksichtigt werden, dass man sich eben noch innerhalb einer Sphäre befindet, in der die Rückerlangung durch den Berechtigten noch relativ wahrscheinlich ist. Schlussendlich dürfte die Diebstahlsdogmatik also auch sehr gut ohne die Gewahrsamsenklaue auskommen. Doch ist sie nicht gestorben, und lebt – wie auch das Tätigkeitsdelikt – noch heute.

D. Fazit

Die Beispiele und die unter dem Strich unterschiedlichen Ergebnisse (einerseits vorsichtiges „Halten“ tradierter Lehren, andererseits eine Revitalisierung vergessener Kritik) dürften durchaus das rechtskritische Potenzial einer Suche nach Mikro-Erzählungen im Strafrecht demonstriert haben. Im Übrigen ist der vorliegende Ansatz aber vor allem mit der Hoffnung verbunden, einen Anreiz für einen stärkeren Fokus bzw. erhöhte Sensibilisierung für die Mechaniken überlieferten, mithin „weitererzählten“ Rechts zu schaffen.

USA v. Donald Trump – Zur Strafbarkeit lügnerischer Wahlergebnisanfechtung

Till Zimmermann, Düsseldorf*

ABSTRACT

Donald Trump, der ehemalige und künftige US-Präsident, hat seine zwischenzeitliche Abwahl mit einer Lügenkampagne zu verhindern versucht – erst mit haltlosen Wahlanfechtungen, dann mit dem Sturm seiner Anhänger auf das Parlament. Diese Geschehnisse sind Gegenstand strafrechtlicher Aufarbeitung. Der Beitrag untersucht Stand und Aussicht der Verfahren, das Verhältnis der verschiedenen Anklagen zueinander, analysiert die vorgeworfenen Straftaten und zieht Vergleiche zum deutschen Strafrecht.

A. „It’s not the voting that’s democracy, it’s the counting“¹

Die demokratische Legitimität von Wahlentscheidungen hängt davon ab, dass die Stimmen nicht nur gültig abgegeben, sondern auch korrekt ausgezählt worden sind und dass anschließend das wahre Wahlergebnis verkündet worden ist. Daran gemessen steht die Legitimation des Gewinners der US-Präsidentschaftswahl vom 3.11.2020, Joe Biden, außer Frage. Dieser hatte die Wahl mit 7 Mio. Stimmen Vorsprung gegenüber dem sich zur Wiederwahl stellenden Amtsinhaber, dem 45. Präsidenten der USA, Donald Trump, gewonnen;² umgerechnet in die letztlich entscheidende Anzahl an Wählern im (dezentral in den Bundesstaaten

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Dank für wertvolle Hinweise gebührt Felix Segbers. Alle URL wurden zuletzt abgerufen am 8.11.2024.

¹ T. Stoppard, Jumpers, 1972, S. 35.

² Amtliches Endergebnis 3.11.2020, abzurufen unter: <https://www.fec.gov/resources/cms-content/documents/2020presgeresults.pdf>.



tagenden) Wahlgremium („Electoral College“)³ erhielt der Demokrat Biden dort 306 Stimmen gegenüber dem Republikaner Trump mit 232. Ausweislich der zuständigen Behörden handelte es sich bei der Wahl um „die sicherste in der Geschichte Amerikas“. Insbesondere gebe es auch nach gründlicher Überprüfung „keine Hinweise darauf, dass ein Wahlsystem Stimmen gelöscht oder verloren hat, Stimmen geändert hat oder in irgendeiner Weise kompromittiert wurde.“⁴

Der unterlegene Kandidat wollte sich mit dieser Niederlage nicht abfinden. Um zu verhindern, dass der Kongress am 6.1.2021 förmlich eine Mehrheit für Biden im Wahlgremium feststellt, bemühte sich Trump mithilfe von Anwälten und Beratern, dass ein anderes, ihn als Sieger ausweisendes Ergebnis sowohl der „Popular Vote“ als auch der Abstimmung im „Electoral College“ festgestellt werde. Dieses Bemühen beruhte im Kern auf bewusst unwahren Behauptungen über das massenhafte Auftreten von Wahlfälschungshandlungen in den sieben wahlentscheidenden „Swing States“, die knapp von Biden gewonnen worden waren; begleitet war es von einer massiven Social-Media-Desinformationskampagne über die Rechtmäßigkeit des Wahlergebnisses.⁵ Als „Beweise“ wurden dabei von Trumps Team, angeführt vom ehemaligen New Yorker Bürgermeister, dem Rechtsanwalt Giuliani, aber lediglich Verschwörungstheorien und manipulierte Videoschnipsel vorgebracht. Im rationalen Teil des US-amerikanischen Diskurses hat sich für diese auf vorsätzlich verbreiteten Unwahrheiten basierende Kampagne Trumps – in Anlehnung an ein Zitat aus Hitlers „Mein Kampf“ – die Bezeichnung „Big Lie“ etabliert.⁶

Im Ergebnis hatte Trump mit seinen Wahlanfechtungen keinen Erfolg. Die Gründe dafür sind vielfältig – und es ist schwer zu sagen, wie nah

³ Die mehrheitswahlrechtlichen und föderalen Verzerrungen des mittelbaren Wahlverfahrens können dazu führen, dass derjenige, der in der „Popular Vote“ insgesamt die Mehrheit an Stimmen erhalten hat, im „Electoral College“ gleichwohl weniger Stimmen erhält. Bspw. war aus den Wahlen 2000 und 2016 jeweils derjenige Kandidat als Präsident hervorgegangen, der in der „Popular Vote“ weniger Stimmen als der Herausforderer erhalten hatte (2000: Al Gore vs. George W. Bush; 2016: Hillary Clinton vs. Donald Trump). Näher *Hay/Kern*, US-Amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rn. 52.

⁴ Elections Infrastructure Government Coordinating Council/Election Infrastructure Sector Coordinating Executive Committees, Joint Statement 12.11.2020, abzurufen unter: <https://www.cisa.gov/news-events/news/joint-statement-elections-infrastructure-government-coordinating-council-election>.

⁵ Näher Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol, Final Report, 22.12.2022, S. 195 ff., abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-J6-REPORT/pdf/GPO-J6-REPORT.pdf>.

⁶ Exemplarisch *Hasen* Harvard L. Rev. (Forum) 135 (2022), 265, 266, abzurufen unter: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2022/04/135-Harv.-L.-Rev.-F.-265.pdf>.

Trump tatsächlich daran war, das Wahlergebnis in seinem Sinne zu kippen.⁷ Fest steht aber, dass seine Kampagne am 6.1.2021 in dem gewaltvollen Sturm seiner Anhänger auf das Kapitol gipfelte. Neben dem (politischen) Normgeltungsschaden hatte der Kapitolsturm zahlreiche Verletzte und mehrere Todesopfer zur Folge.⁸ In den USA ist derzeit die juristische Aufarbeitung seiner Lügenkampagne in Gestalt zweier Strafverfahren gegen Trump im Gange. Der Angeklagte hat diese mit den Worten kommentiert, es handele sich um „Gestapo-Methoden“, die ihn „an Nazi-Deutschland in den 1930er Jahren erinnern“.⁹

Nachfolgend sollen zunächst die Strafverfahren gegen Trump näher dargestellt und einer vorsichtigen ferndiagnostischen Bewertung unterzogen werden. Anlässlich des von Trump in den Raum gestellten Vergleichs mit der Rechtslage in Deutschland wird sodann der Frage nachgegangen, welche Antworten das deutsche Strafrecht auf eine vergleichbare Kampagne lügnerischer Wahlanfechtungen hätte.

B. Die „Election Interference Cases“

I. Überblick

Im Hinblick auf die Versuche der Wahlergebnismanipulation sowie seine Verstrickung in den Kapitolsturm war kurz vor dem Ende seiner ersten Amtszeit gegen den Noch-Präsidenten Trump ein strafprozessartiges, aber genuin politisches Amtsenthebungsverfahren initiiert worden, gestützt auf den Vorwurf des Aufrufens zum Umsturz („Incitement of Insurrection“).¹⁰ Aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Senat wurde Trump allerdings im Februar 2021 „freigesprochen“.

⁷ Hamilton Yale L. J. (Forum) 133 (2023/24), 249, 253, abzurufen unter: <https://www.yalelawjournal.org/forum/state-implementation-of-the-electoral-count-reform-act-and-the-mitigation-of-election-subversion-risk-in-2024-and-beyond>, meint, „[t]he plan came perilously close to working“.

⁸ Nachw. bei Hasen Harvard L. Rev. (Forum) 135 (2022), 265, 276.

⁹ Nachw. bei Mascaro PBS-News 6.5.2024, abzurufen unter: <https://www.pbs.org/newshour/politics/with-gestapo-comment-trump-adds-to-numerous-past-nazi-germany-references>; Pequeño Forbes-Online 1.8.2023, abzurufen unter: <https://www.forbes.com/sites/antoniopequenoi/2023/08/01/trump-reacts-to-indictment-says-jan-6-charges-reminiscent-of-nazi-persecution>.

¹⁰ 117th Congress, 1st Session, H. Res. 24 (Impeachment), 25.1.2021, abzurufen unter: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-resolution/24/text>. Wiewohl dieser Vorwurf an den (Bundes-)Straftatbestand des Aufrufens zum Umsturz der Regierung erinnert (Advocating overthrow of Government, 18 U.S.C. § 2385, Norm abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title18/html/USCODE-2023-title18-partI-chap115-sec2385.htm>), stützte sich die Amtsenthebungsanklage nicht hierauf, sondern auf Zusatzart. XIV Abschn. 3 US-Verf., Norm

In strafrechtlicher Hinsicht hat Trump es seit 2023 mit zwei Anklagen zu tun; einer bundesrechtlichen¹¹ und einer im Bundesstaat Georgia¹² anhängigen. Beide beziehen sich im Kern auf dasselbe Tatgeschehen im Zeitraum zwischen dem Vorabend der Wahl und dem Kapitolsturm. Ein Konflikt mit dem Doppelverfolgungsverbot besteht dabei nach h.M. nicht. Gemäß der „Dual-Sovereignty Doctrine“ gilt der in Zusatzart. V S. 3 US-Verf. enthaltene „Ne-bis-in-idem“-Grundsatz nicht im Verhältnis von Bundes- und Landesstrafrecht.¹³

Die Erfolgsaussichten beider Klagen sind gegenwärtig ungewiss. Zum einen hat der Supreme Court anlässlich der Bundes-Anklage im Juli 2024 entschieden, dass ein (ehemaliger) US-Präsident über weitreichende Immunität verfügt, sofern es um Handlungen geht, die i.w.S. als zu seinen Amtsgeschäften gehörend betrachtet werden können.¹⁴ Im Bundes-Verfahren hat dies bereits dazu geführt, dass der Ankläger, Sonderermittler Smith, die ursprüngliche Anklage¹⁵ zurückgezogen und durch eine neue, schlankere Version¹⁶ ersetzt hat, in der auf einige Tatvorwürfe verzichtet und der Versuch unternommen wird, die nicht-amtliche Natur der Lügen und Wahlanfechtungen herauszustreichen.¹⁷ Letzteres wird überdies in einem umfangreichen Schriftsatz näher begründet.¹⁸ In Georgia hat Richter McAfee im Zwischenverfahren zudem mehrere Anklagepunkte für unzulässig erklärt, da diese entweder nicht hinreichend substantiiert vorgebracht seien¹⁹ oder nicht der Jurisdiktion eines einzelnen

abzurufen unter: <https://usa.usembassy.de/etexts/gov/gov-constitutiond.pdf> (missverständlich insoweit *Fahl* JA 2021, 373).

¹¹ United States v. Trump, Indictment, 1.8.2023, abzurufen unter: https://www.justice.gov/storage/US_v_Trump_23_cr_257.pdf.

¹² Georgia v. Trump et al., Indictment, 14.8.2023, abzurufen unter: <https://www.fulton-clerk.org/DocumentCenter/View/2108/CRIMINAL-INDICTMENT>.

¹³ *Abbate v. United States*, S.Ct., 359 U.S. 187 (1959), abzurufen unter: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/359/187>; *Gamble v. United States*, 139 S.Ct. 1960 (2019), abzurufen unter: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-646_d18e.pdf.

¹⁴ *Trump v. United States*, S.Ct., 603 U.S. 593 (2024), abzurufen unter: https://www.supremecourt.gov/opinions/23pdf/23-939_e2pg.pdf, m. Bespr. *Stein* Verfblog vom 3.7.2024, abzurufen unter <https://verfassungsblog.de/ein-konig-zum-unabhangigkeitstag>.

¹⁵ Siehe oben Fn. 11.

¹⁶ *United States v. Trump*, Superseding Indictment, 27.8.2024, abzurufen unter: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.258149/gov.uscourts.dcd.258149.226.0_35.pdf.

¹⁷ Skeptisch zu den Erfolgsaussichten dieser Umgehungsstrategie *Germain* Syracuse University News 10.9.2024, abzurufen unter: <https://news.syr.edu/blog/2024/09/10/donald-trump-has-survived-the-legal-cases-that-threatened-his-campaign>.

¹⁸ *United States v. Trump*, Government's Motion for Immunity Determinations, 2.10.2024, abzurufen unter: <https://s3.documentcloud.org/documents/25182544/immunity-document.pdf>.

¹⁹ Siehe *Brumback/Richer* AP 13.3.2024, abzurufen unter: <https://apnews.com/article/georgia-election-interference-2020-trump-46e0b68c25719c404130f7e6eab69dcd>.

Bundesstaates unterfielen.²⁰ Zum anderen sind beide Verfahren derzeit durch (angefochtene) Zwischenentscheidungen blockiert, die Kompetenzstreitigkeiten bezüglich der jeweiligen Ankläger betreffen.²¹ Im Bundes-Verfahren geht es dabei um die Verfassungsrechtmäßigkeit der Einsetzung des Sonderermittlers; in Georgia wird über die Befangenheit der Chefanklägerin Willis gestritten, da diese eine nicht-offengelegte Liebesbeziehung zu einem ebenfalls für die Anklage arbeitenden Anwalt unterhalten hatte.

Unklar ist zudem noch, welche Auswirkungen die Wiederwahl Trumps als 47. US-Präsident am 5.11.2024 auf die beiden Strafverfahren haben wird. In Bezug auf die Bundes-Anklage könnte Trump sowohl auf die Abberufung des Sonderermittlers hinwirken²² als auch von dem rechtlich umstrittenen Instrument einer Selbstbegnadigung Gebrauch machen.²³ Zudem darf nach vorherrschender Ansicht ein amtierender US-Präsident bis zum Ende seiner Amtszeit aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht strafrechtlich verfolgt werden²⁴ – woraus sich für bereits erhobene Anklagen ein zumindest vorübergehendes Verfahrenshindernis ergebe.²⁵

II. Das angeklagte Tatgeschehen

Beide Anklagen beziehen sich im Wesentlichen auf dasselbe Geschehen. Grob zusammengefasst lag Trumps „Big-Lie“-Kampagne zwischen dem Wahlabend und dem Kapitolsturm ein dreistufiges Vorgehen zugrunde:

²⁰ Näher *Hakim/Fausset* New York Times-Online 12.9.2024, abzurufen unter: <https://www.ny-times.com/2024/09/12/us/trump-georgia-election-interference-case.html>.

²¹ Näher *Germain* Syracuse University News 10.9.2024; *Darnell* Atlanta News First 6.11.2024, abzurufen unter: <https://www.atlantaneWSfirst.com/2024/11/06/what-happens-fani-willis-indictment-trump-after-his-reelection>.

²² Näher *Musumeci/Italiano/Nelken-Zitser* Business Insider 6.11.2024, abzurufen unter: <https://www.businessinsider.com/donald-trump-election-criminal-cases-presidency-2024-11>.

²³ Dazu *Uphues* ZRP 2024, 220.

²⁴ Ausf. *Moss* Opinions of the Office of Legal Counsel 24 (2000) 222, abzurufen unter: <https://www.justice.gov/file/146241-0/dl?inline>.

²⁵ *Germain* Syracuse University News 6.11.2024, abzurufen unter: <https://news.syr.edu/blog/2024/11/06/what-happens-to-the-pending-criminal-and-civil-cases-against-trump-following-his-election/>; *Fellmann* SZ 7.11.2024, abzurufen unter: https://www.sued-deutsche.de/politik/us-wahl-2024-donald-trump-strafverfahren-freibrief-stoppen-lux_GcXq6qCrN9nTvEjeqTL3Ta.

1. Manipulation der „Popular-Vote“-Ergebnisse

Die erste Stufe bestand darin, die knappen Wahlergebnisse (zugunsten Bidens) in den wahlentscheidenden „Swing States“²⁶ mit juristischen Mitteln anzufechten. Wiewohl das Vorgehen im Detail unterschiedlich ausfiel, war das Grundgerüst stets dasselbe: Gestützt auf die Behauptung, es seien zu Unrecht pro „Swing State“ Zehn- bis Hunderttausende Phantom-Wahlstimmen für Biden gezählt worden – durch irreguläre Briefwahlstimmen, Stimmen von in einem anderen Bundesstaat beheimateten oder bereits verstorbenen Wählern sowie durch manipulierte Wahlautomaten –, reichte das Trump-Team an die Wahlprüfungsinstitutionen (teils parlamentarische Ausschüsse, teils Wahlbehörden, teils ordentliche Gerichte) Anträge auf die Feststellung von Wahlergebnissen, die Trump als Sieger auswiesen. Für die angeblichen Unregelmäßigkeiten wurden aber keine oder nur offenkundig manipulierte Beweismittel vorgelegt, sodass sich sämtliche Behauptungen rasch als haltlos erwiesen. Plastisch heißt es dazu in der frustrierten E-Mail eines Anwalts aus dem Trump-Team:

„Wenn unser Recherche- und Kampagnen-Rechtsteam keine der Behauptungen unseres Elite-Strike-Force-Rechtsteams untermauern kann, ist klar, warum wir bei unseren Fällen 0:32 zurückliegen. Ich werde mich natürlich anstrengen, um an allen Fronten zu helfen, aber es ist schwer, irgendetwas davon zu vertreten, wenn alles nur Verschwörungsscheiße ist, die vom Mutterschiff heruntergebeamt wird.“²⁷

Soweit die Kompetenz zur Wahlergebnisüberprüfung bei parlamentarischen oder gubernativen, d.h. politisch besetzten Institutionen lag, soll Trump es auch mit politischer Einflussnahme versucht haben, eine Abänderung des Wahlergebnisses zu erreichen. Exemplarisch bedrängte Trump den (republikanischen) Secretary of State (≈ Innenminister) des Staates Georgia, 11.780 Wahlstimmen für ihn zu „finden“.²⁸ Zudem wird Trump vorgeworfen, in Arizona und Michigan die (republikanischen) House Speaker (≈ Parlamentspräsidenten) dazu gedrängt zu haben, das Wahlergebnis unter Hinweis auf den angeblichen Wahlbetrug für

²⁶ Arizona, Georgia, Michigan, Nevada, New Mexico, Pennsylvania und Wisconsin; zur Bedeutung der „Swing States“ *Bierling*, Die Unvereinigten Staaten, 2024, S. 118 ff.

²⁷ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 30 [Übersetzung d. Verf.].

²⁸ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 33 lit. f.; s.a. Georgia-Anklage (Fn. 12), S. 50 (Act 112); insoweit wurde der Anklagepunkt allerdings im Zwischenverfahren für unzulässig erklärt.

ungültig zu erklären und durch eine parlamentarische Entscheidung zugunsten Trumps zu überspielen; verfassungsrechtlich galt dieses auf Art. II Abschn. 1 S. 2 US-Verf. i.V.m. einem (inzwischen getilgten) Passus im Wahlgesetz (3 U.S.C. § 2 a.F.²⁹) gestützte Vorgehen als höchst dubios.³⁰ Im Ergebnis hatte keiner von Trumps Beeinflussungsversuchen Erfolg.

2. Manipulation der Ergebnisse des „Electoral College“

Die zweite Stufe der „Big-Lie“-Kampagne ist nur vor dem Hintergrund des eigentümlichen US-Wahlsystems zu verstehen. Der Plan des Trump-Teams bestand insoweit darin, am 6.1.2021 bei der förmlichen Feststellung und Auszählung der Wahlleute-Stimmen im Kongress Verwirrung über das dort eingegangene Stimmmaterial zu stiften und diese Konfusion mithilfe des verfahrensleitenden Vize-Präsidenten Mike Pence für eine Auszählung in Trumps Sinne auszunutzen.

Für die Unklarheit über das auszählende Stimmmaterial sollte dabei der Umstand sorgen, dass das Trump-Team in den „Swing States“, obwohl es die dortigen Wahlen und damit auch die Wahlleutestimmen verloren hatte, (teilweise gutgläubige) Pseudo-Wahlleute bestimmt und deren „Stimmen“ zusammen mit offiziösen Bescheinigungen an den Kongress übersandt hatte. Entsprechend lagen im Kongress aus den fraglichen Staaten divergierende Listen mit Wahlleuten bzw. deren Abstimmungsergebnissen vor.³¹ Übertragen auf deutsche Verhältnisse wäre dies in etwa so, als ob im Vorfeld der Bundesversammlung beim Bundestagspräsidenten aus einem Bundesland konträre Wahllisten nach § 4 VI BVerslG eingingen und bei der BV dann entsprechend rivalisierende Mitgliedergruppen erschienen.

Gescheitert ist dieses Vorhaben daran, dass Vize-Präsident Pence am Vorabend der Auszählung sich dem Ansinnen von Trump widersetzte, die regulären Wahlleute-Stimmen durch diejenigen der Fake-Elektoren

²⁹ Nach dieser Vorschrift aus dem Jahr 1948, abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-62/pdf/STATUTE-62-Pg672.pdf>, konnte das Parlament im Falle einer gescheiterten („failed“) Wahlmännerbestimmung stellvertretend für das Volk einspringen; zum Hintergrund der Reform *Hamilton* Yale L. J. (Forum) 133 (2023/24), 249 ff.

³⁰ Näher *Hasen* Harvard L. Rev. (Forum) 135 (2022), 265, 285 ff.; *Pildes/Parsons* California L. Rev. 109 (2021), 1773, 1828 ff., abzurufen unter: <https://static1.squarespace.com/static/640d6616cc8bbb354ff6ba65/t/64484535655e650d2df41349/1682457909607/3+Pildes+Parsons+35+postEIC.pdf>.

³¹ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 50 ff.; Georgia-Anklage (Fn. 12), S. 60 f. (Acts 128–140).

zu ersetzen; eine solche Autorität, so Pence, komme nach der Verfassung nicht dem Vize-Präsidenten, sondern nur dem Senat zu.³²

3. Sturm auf das Kapitol

Am 6.1.2021 wiederholte Trump bei einer Kundgebung in Washington vor Tausenden aufgeregter Anhänger die Behauptung von der „gestohlenen Wahl“; dabei erklärte er das unter 2. skizzierte Szenario des Für-gültig-Erklärens der Fake-Elektoren-Stimmen als rechtlich zulässig und – Pences Willen vorausgesetzt – auch für faktisch durchsetzbar. Sodann forderte Trump die Zuhörer auf, zum Kapitol zu marschieren und „unser Land zurückzuerobern“. Die anschließende Gewaltorgie führte zu einer stundenlangen Verzögerung der Auszählungszeremonie, an deren Ende Biden als Gewinner der Präsidentschaftswahl festgestellt wurde.³³

III. Das Bundes-Verfahren

Die Bundes-Anklage bezieht sich auf alle drei Phasen der „Big-Lie“-Kampagne und richtet sich nur gegen Trump. Ihm wird vorgeworfen, drei verschiedene Delikte verwirklicht zu haben, die sich alle durch eine pauschalierende Handlungsbeschreibung auszeichnen. Infolgedessen ist die Anklage primär auf eine Gesamtbetrachtung der Geschehnisse angelegt, ohne dass es auf eine rechtliche Würdigung konkreter Einzelhandlungen ankäme.

1. Verschwörung zum Betrug der USA

Als Erstes wird Trump vorgeworfen, eine mit bis zu fünf Jahren Haft bedrohte Verschwörung zum Betrug der Vereinigten Staaten gem. 18 U.S.C. § 371 („Conspiracy to defraud United States“), begangen zu haben.³⁴

Das Konzept der Verschwörung verweist auf eine weitreichende Zurechnungsfigur, die inhaltlich angesiedelt ist zwischen § 129 StGB und dem

³² Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 78–85; vgl. auch die Schilderung in der Georgia-Anklage (Fn. 12), S. 63 (Act 140), wonach Trump am Morgen des 6. Januars am Telefon zu Pence gesagt habe, dieser werde als „Weichei“ in die Geschichte eingehen („go down as wimp“).

³³ Vgl. Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 86–100.

³⁴ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 6–100; Norm abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title18/html/USCODE-2023-title18-partI-chap19-sec371.htm>.

Joint Criminal Enterprise (JCE) völkerstrafrechtlicher Provenienz.³⁵ Entsprechend werden Trump sämtliche Machenschaften seines Teams als Tatbeiträge von Mitverschwörern zugerechnet. Zudem geht mit dem Vorwurf der Verschwörung eine mit der Verabredung zu einem Verbrechen gem. § 30 II StGB vergleichbare³⁶ Vorverlagerung der Strafbarkeit einher, sodass es allein auf den Abschluss und ggf. die Förderung des gemeinsamen Unrechtspakts ankommt, nicht aber auf den (Betrugs-)Erfolgseintritt.

Unklar ist, was den tatbestandlichen Betrug zulasten der USA inhaltlich ausmacht. Primär wird die Betrugskomponente im vermögensstrafrechtlichen Sinne, also als Bereicherungsdelikt interpretiert.³⁷ Allerdings ist anerkannt, dass die USA zu betrügen auch bedeuten kann, „eine ihrer rechtmäßigen Regierungsfunktionen durch Täuschung, List oder Trickseriei oder zumindest durch unehrliche Mittel zu stören oder zu behindern“.³⁸ Auf diese Art der (beabsichtigten) Schädigung der Staatsfunktionalität stellt die Anklage ab; sie hält das Betrugs-Merkmal für erfüllt, weil die Verschwörung darauf gerichtet war, „die rechtmäßigen Ergebnisse der Präsidentschaftswahlen 2020 zu kippen, indem wissentlich falsche Behauptungen über Wahlbetrug aufgestellt wurden, um die Bundes-Regierungsfunktion der Wahlergebnisfeststellung zu behindern.“³⁹

2. Behinderung eines offiziellen Verfahrens

Zudem wird Trump vorgeworfen, die „korrupte“ (i.S.v. maliziöse)⁴⁰ Behinderung eines offiziellen Verfahrens („Obstruction of Official Proceeding“) begangen zu haben, nämlich der förmlichen Feststellung des

³⁵ Zimmermann, Unrecht der Korruption, 2018, S. 470 Fn. 2151. Einzelheiten zur „Conspiracy“ bei N.N. Harvard L. Rev. 72 (1959), 920 ff., abzurufen unter: <https://www.jstor.org/stable/1338326>; *Momsen/Washington* ZIS 2019, 182 ff.; 243 ff., abzurufen unter: https://zis-online.com/dat/artikel/2019_3_1275.pdf; https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_4_1283.pdf; zum JCE Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 15 Rn. 55 ff.

³⁶ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1991, 2225.

³⁷ Die Norm kam daher etwa im Zusammenhang mit dem VW-Dieselskandal zum Einsatz, vgl. DoJ, *United States v. Volkswagen*, abzurufen unter: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-vns/case/united-states-v-volkswagen>.

³⁸ *Hammerschmidt v. United States*, S.Ct., 265 U.S. 182 (1924), abzurufen unter: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/265/182/>; DoJ, Criminal Resource Manual, Nr. 923, abzurufen unter: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-923-18-usc-371-conspiracy-defraud-us> [Übersetzung d. Verf.].

³⁹ Bundes-Anklage (Fn. 16) Tz. 8 i.V.m. 10.

⁴⁰ Siehe dazu *Portis* Stanford L. Rev. Online Vol. 76 (Januar 2024), 89, 90 Fn. 8, abzurufen unter: <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2024/01/Portis-76-Stan.-L.-Rev.-Online-89.pdf>.

Abstimmungsergebnisses im Wahlgremium.⁴¹ Gemeint sein dürfte damit die Behinderung der Auszählungszeremonie am 6.1.2021, die durch den Kapitolsturm für Stunden unterbrochen werden musste. Aus deutscher Perspektive ungewohnt ist, dass Trump nebeneinander verschiedene Verwirklichungsstadien der Tat vorgeworfen werden, nämlich die (jeweils mit bis zu 20 Jahren Haft bedrohte) Verschwörung dazu (18 U.S.C. § 1512(k)), ihr Versuch (18 U.S.C. § 1512(c)(2)) sowie ihre täterschaftliche Vollendung (18 U.S.C. §§ 1512(c)(2), 2).⁴² Als eigentliche Behinderungshandlung wird der Kapitolsturm anzusehen sein, zu dem Trump die Eindringlinge aufgestachelt oder zumindest verleitet haben dürfte.⁴³

3. Verschwörung gegen die Bürgerrechte

Zuletzt wird Trump eine Verschwörung gegen die Bürgerrechte („Conspiracy Against Rights“ gem. 18 U.S.C. § 241)⁴⁴ vorgeworfen, die im Grunddelikt mit bis zu zehn Jahren Haft geahndet werden kann. Der Tatbestand setzt eine Konspiration voraus, die darauf gerichtet ist, eine Person an der Ausübung eines gesetzlich garantierten Rechts zu hindern. Dieses aus seinem bloßen Wortlaut heraus kaum verständliche Delikt findet sich in einem Gesetzesabschnitt, der Hass- und Diskriminierungsverbrechen enthält. Auf den ersten Blick passen daher das Trump zur Last gelegte Verhalten und dieser Straftatbestand nur schwer zusammen.

Allerdings ist die Indienstnahme besagter Norm zur Ahndung von Wahlmanipulationen üblich. Bereits ihrer ursprünglichen Konzeption nach sollte die Vorschrift gegen die Bestrebungen des Ku-Klux-Klan zum Einsatz kommen, dunkelhäutige Amerikaner vom Gebrauchmachen ihres Wahlrechts abzuhalten.⁴⁵ Insoweit stand der Anwendungsbereich der Norm von Anfang an mit undemokratischer Wahlbeeinflussung in Verbindung. In der Folgezeit wurde die Norm regelmäßig in diese Richtung

⁴¹ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 101–104 (Anklagepunkte zwei und drei).

⁴² Norm abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title18/html/USCODE-2023-title18-part1-chap73-sec1512.htm>.

⁴³ Als (Einheits-)Täter („Principal“) wird gem. 18 U.S.C. § 2, Norm abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title18/html/USCODE-2023-title18-part1-chap1-sec2.htm>, neben dem eigenhändigen und dem mittelbaren Täter auch derjenige definiert, der dem Haupttäter Beihilfe geleistet oder diesen angestiftet oder verleitet hat. Näher zur einschlägigen Zurechnungsfähigkeit im Trump-Fall *Portis* Stanford L. Rev.-Online Vol. 76 (Januar 2024), 89, 100 ff.

⁴⁴ Norm abzurufen unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2023-title18/html/USCODE-2023-title18-part1-chap13-sec241.htm>.

⁴⁵ Näher *Salch* SMU L. Rev. Vol. 20 (January 1966), 913 ff., abzurufen unter: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3653&context=smulr>.

interpretiert und gegen Wahlbetrug zum Einsatz gebracht.⁴⁶ Daher erscheint es nachvollziehbar, Trumps Bestrebungen, das Wahlergebnis zu kippen, als Verschwörung gegen die Bürgerrechte zu interpretieren – genauer: gegen das Bürgerrecht „zu wählen und dass die eigene Stimme gezählt wird“.

Nicht näher erläutert wird in der Anklage, welcher (angestrebte) Erfolg der Trump-Kampagne als tatbestandliche Behinderung der Rechtsausübung zu betrachten ist. Prima facie kann man hierunter sowohl die Manipulationen der Ergebnisse der „Popular Vote“ und des „Electoral College“ fassen, als auch die gewalttätige Behinderung der Auszählungszeremonie durch den Kapitolsturm. Dies ist kein unwichtiges Detail, weil der Tatbestand eine – allein in Bezug auf den Kapitolsturm potenziell einschlägige – Todeserfolgsqualifikation enthält, die mit der Todesstrafe geahndet werden kann. Ob Trump auf der Basis der Bundes-Anklage deshalb die Todesstrafe droht, wird allerdings kontrovers beurteilt.⁴⁷ Die Frage wird überwiegend verneint, da die Anklage keine Ausführungen zu bestimmten Schuldmerkmalen enthalte; dies sei aber eine (ungeschriebene) Voraussetzung für die Verhängung der Todesstrafe.

IV. Das Georgia-Verfahren

Gegenüber der Bundes-Anklage ist diejenige in Georgia einerseits weiter, andererseits enger. Enger, weil sie lediglich die ersten beiden Stufen der „Big-Lie“-Kampagne abdeckt (der Kapitolsturm spielt darin keine Rolle). Weiter, weil sie detaillierter auf das angeklagte Geschehen eingeht und neben Trump auch gegen 18 weitere Personen (Anwälte und politische Berater) gerichtet ist. Inhaltlich unterscheiden sich beide Anklagen fundamental. Im Gegensatz zum Gesamtwürdigungs-Ansatz der Bundes-Anklage, die sich auf drei weitreichende „Catch-all“-Delikte stützt, ist die Georgia-Anklage kleinteiliger konstruiert. Sie beinhaltet 41

⁴⁶ Dazu *Margie* University of Chicago Legal Forum Vol. 1995, Issue 1, 483 ff, abzurufen unter: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1193&context=ulcf>.

⁴⁷ Siehe einerseits *Impelli* Newsweek 2.8.2023, abzurufen unter: <https://www.newsweek.com/donald-trump-conviction-could-death-sentence-1817056>; andererseits *Frank* USA Today 4.8.2023, abzurufen unter: <https://eu.usatoday.com/story/news/factcheck/2023/08/04/false-claim-trump-punishment-could-include-death-penalty-fact-check/70531265007>; *Goldin* AP 4.8.2023, abzurufen unter: <https://apnews.com/article/fact-check-donald-trump-indictment-sentence-death-penalty-549518347955>.

Anklagepunkte,⁴⁸ von denen sich fast alle auf konkrete Teilaspekte der „Big-Lie“-Kampagne beziehen.

In Bezug auf deren erste Stufe, die lügnerische Anfechtung der „Popular-Vote“-Ergebnisse in den „Swing States“, sieht die Anklage darin die Verwirklichung (bzw. darauf gerichtete Verschwörungen⁴⁹) von Tatbeständen zum Schutz der öffentlichen Verwaltung. Dabei geht es vor allem um das Delikt der mündlichen oder schriftlichen Lüge gegenüber einer Behörde gem. § 16-10-20 Georgia Code (GA Code),⁵⁰ das durch die unwahre Behauptung gegenüber den Wahlbehörden, es lägen Beweise für Wahlmanipulation vor, verwirklicht sei.⁵¹ Soweit Trump gegenüber bösgläubigen Vorstehern administrativer oder parlamentarischer Wahlprüfungsorgane auf eine Veränderung der Wahlergebnisse gedrungen hat, wird dies als Anstiftung zum Eidbruch durch Amtsträger gem. § 16-10-1 GA Code (≈ Amtsmisbrauch)⁵² betrachtet. In Bezug auf die zweite Stufe der Kampagne, die Aufstellung und Meldung der Fake-Elektoren, subsumiert die Anklage dies vornehmlich als (Verschwörung zur) Amtsanmaßung i.S.v. § 16-10-23 GA Code.⁵³

Das Herzstück der Georgia-Anklage bildet allerdings ebenfalls ein Delikt, das praktisch alle auf die Wahlergebnisbeeinflussung gerichteten Einzelakte zu einer übergreifenden Straftat zusammenfasst. So wird Trump und allen Mitangeklagten die Verschwörung zur Beteiligung an einer „Racketeer Influenced and Corrupt Organization“ („RICO“) gem. § 16-14-4(c) GA Code,⁵⁴ vorgeworfen (Strafmaß bis zu 20 Jahre Haft). Der Sache nach handelt es sich um ein Organisationsdelikt, das Parallelen zu § 129 StGB aufweist.⁵⁵ In der Anklage wird der kriminelle Charakter der „Big-Lie“-Kampagne sowohl mit einem Hinweis auf die weiteren angeklagten

⁴⁸ 13 davon betreffen Trump (von denen im Zwischenverfahren inzwischen noch acht übriggeblieben sind).

⁴⁹ Die Verschwörung ist nach dem AT des Landesstrafrechts von Georgia als eine Form der Beteiligung ausgestaltet, § 16-4-8 GA Code, Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-4/section-16-4-8>.

⁵⁰ Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-10/article-2/section-16-10-20>.

⁵¹ Spezifische Verästelungen des Geschehens werden zudem als Urkundenfälschung, Verleitung von Zeugen zur Falschaussage, Falsche Verdächtigung, Meineid sowie als unrechtmäßige Entwendung und Manipulation eines Wahlautomaten gewürdigt.

⁵² Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-10/article-1/section-16-10-1>.

⁵³ Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-10/article-2/section-16-10-23>.

⁵⁴ Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-14/section-16-14-4>.

⁵⁵ Ausführlich zum RICO-Konzept *Federle* ZStW 110 (1998), 767 ff.

Einzelaten begründet,⁵⁶ als auch mit einem indirekten Verweis auf die Bundes-Anklage (etwa in Bezug auf den Versuch Trumps, Vize-Präsident Pence zur Verkündung eines falschen Wahlergebnisses anzustiften).⁵⁷

C. Betrachtung aus deutscher Perspektive

I. Bewertung der Anklagen

Bei der Bundes-Anklage springt die Vagheit der Straftatbestände ins Auge. Alle drei Delikte erscheinen hochgradig unbestimmt und sind ohne Kenntnis des Rechtssystems, in das sie eingebettet sind, kaum verständlich. Vor der Folie des deutschen Bestimmtheitsgebots wirken diese Tatbestände wie Gummiparagrafen, gegen die sich zu verteidigen Beschuldigte Schwierigkeiten haben dürften. Bezeichnenderweise bemüht sich die Anklage nicht im Ansatz darum, die in ihrer Einleitung angedeutete⁵⁸ Unterscheidung zwischen zulässigem öffentlichem Lügen über angeblichen Wahlbetrug und dem Beschreiten des Rechtswegs zur Anfechtung des Wahlergebnisses einerseits und der kriminellen Untergrabung des Wahlergebnisses andererseits näher zu konturieren; stattdessen geht das Gesamtgeschehen in einer Verschwörung zum Betrug der USA bzw. gegen das Wahlrecht auf. Das deutsche Recht enthält keine vergleichbaren Straftatbestände – und es ist nicht vorstellbar, dass solche ohne Konflikt mit dem Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafrecht implementiert werden könnten.

Gleichwohl ist der in der Bundes-Anklage gewählte Gesamtwürdigungsansatz nicht unplausibel. Schließlich liegt das Unrecht der „Big-Lie“-Kampagne vornehmlich darin, es mithilfe einer von aufrührerischen Fake News begleiteten Instrumentalisierung staatlicher Entscheidungsträger unternommen zu haben, das Ergebnis der Präsidentschaftswahl zu verfälschen und somit das Prinzip der Volkssouveränität auszuhebeln. M.a.W., sämtliche Einzelhandlungen waren jedenfalls auf ein einziges großes Unrechtsziel gerichtet.

⁵⁶ Der sogenannte Georgia RICO Act, abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-14/section-16-14-1>, folgt insoweit einem breit angelegten Katalogtatmodell, § 16-14-3(5) GA Code, Norm abzurufen unter: <https://law.justia.com/codes/georgia/title-16/chapter-14/section-16-14-3>.

⁵⁷ Georgia-Anklage (Fn. 12), S. 18.

⁵⁸ Bundes-Anklage (Fn. 16), Tz. 3 f.

Besser nachvollziehbar erscheint jedoch die Georgia-Anklage, die infolge ihres atomistischen Ansatzes mit greifbareren Straftatbeständen operiert. Allerdings wird auch hier die Strafbarkeit der auf Wahlergebniseinflussung abzielenden Einzelakte überwiegend mit Tatbeständen begründet, die dem deutschen Recht in dieser Allgemeinheit fremd sind. Weder existiert hierzulande ein allgemeines Verbot, Behörden zu belügen,⁵⁹ noch ein genereller Amtsmisbrauchstatbestand.⁶⁰ Striche man in der Georgia-Anklage alle Anklagepunkte, die im deutschen Strafrecht keine Entsprechung finden, bliebe jedenfalls in Bezug auf den Angeklagten Trump nicht viel übrig – womit sich zugleich auch der Hauptanklagepunkt der RICO-Verschwörung (≈ Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung) erledigt hätte.

II. Strafbarkeit nach deutschem Recht

1. Parlamentssturm

Nicht gesagt ist damit, dass das Gedankenexperiment einer sinngemäßen Sachverhaltsumstellung (i.S.v. § 3 I IRG) zur Strafflosigkeit nach deutschem Recht führt. Mit Blick auf den Sturm auf das Kapitol hat *Fahl* dargelegt,⁶¹ dass in Bezug auf Trump wohl die öffentliche Aufforderung (§ 111 StGB) zu Gewaltdelikten verwirklicht worden ist (namentlich zu Verfassungsorgannötigungen nach §§ 105 f. StGB sowie zur Behinderung einer Wahlergebnisfeststellung gem. § 107 StGB); möglicherweise liegt auch ein Verfassungshochverrat i.S.v. § 81 I Nr. 2 i.V.m. § 92 II Nr. 1 StGB oder jedenfalls die Vorbereitung eines solchen Unternehmens nach § 83 StGB vor. Insoweit wäre also die Behinderung der Wahl des Bundeskanzlers infolge eines Sturms auf den Reichstag strafbewehrt.

Weniger klar ist die Rechtslage in Bezug auf die erste Phase der Trump-Kampagne,⁶² scil. die massenhafte Anfechtung der Wahlergebnisse unter lügnerischem Hinweis auf Wahlfehler bzw. die Bedrängung von Wahlleitern zur Verkündung falscher Wahlergebnisse. Einen Tatbestand der

⁵⁹ Vgl. zu dieser Möglichkeit v. *Liszt*, Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde, 1877, S. 17 ff.

⁶⁰ Zur Möglichkeit eines solchen *El-Ghazi/Wegner/Zimmermann* wistra 2023, 353, 359 f.

⁶¹ *Fahl* JA 2021, 273 ff.

⁶² Im Hinblick auf die zweite Phase (scil. die Abstimmung durch die Fake-Elektoren) ist ein solches Geschehen vor dem Hintergrund des von den USA grundlegend abweichenden Systems zur Wahl der Regierungsspitze hierzulande nicht möglich; der Bundeskanzler wird nicht durch in den Bundesländern bestimmte Wahlleute gewählt. Vergleichbares wäre allenfalls im Hinblick auf die Bundespräsidentenwahl denkbar.

Verbreitung von Fake News kennt auch das deutsche Recht nicht;⁶³ inhaltlich absurde Klagen auf Änderung von Wahlergebnissen wurden rechtspraktisch bislang eher mit Missbrauchsgebühren als mithilfe des Strafrechts sanktioniert.⁶⁴ Jedoch gelangt man im Fall einer ernsthaft gefährlichen Lügenkampagne à la Trump auf der Basis eines strukturell mit der Georgia-Anklage vergleichbaren kleinteiligen Ansatzes gleichwohl zu ihrer potenziellen Strafbarkeit.

2. Aussagedelikte

Zunächst können Wahlanfechtungen,⁶⁵ die mit bewusst unwahren Behauptungen über Wahlfehler begründet werden, als Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB) bzw. als Verleitung (§ 160 StGB) oder versuchte Anstiftung dazu (§ 159 i.V.m. § 30 StGB) strafbar sein, wenn es sich bei der Wahlüberprüfung um ein Verfahren handelt, dass die Möglichkeit einer eidlichen Zeugenvernehmung oder einer eidesstattlichen Versicherung vorsieht (und die entsprechende Unwahrheit in dieser Form bekräftigt wird). Diese Voraussetzungen können bei gerichtlichen Wahlprüfungen gegeben sein.⁶⁶ Aber auch parlamentarische Wahlprüfungsausschüsse sind vielfach mit der Befugnis zur eidlichen Vernehmung von Zeugen ausgestattet⁶⁷ und insoweit als taugliche Stelle i.S.d. §§ 153 f. StGB anzusehen.

3. Urkundendelikte

Lässt sich eine Wahlprüfungsstelle tatsächlich täuschen und stellt in ihrer förmlichen Entscheidung irrtumsbedingt ein falsches Wahlergebnis fest, ist zudem an eine mittelbare Falschbeurkundung zu denken. Indes scheitert die Verwirklichung des Delikts daran, dass sich die von § 271 StGB geschützte Richtigkeitsgewähr bei Gerichtsurteilen und vergleichbaren Entscheidungen nicht auf die den Feststellungen zugrunde liegenden Tatsachen bezieht – mögen diese auch durch bewusste

⁶³ Zur Diskussion siehe nur *Rostalski* RW 2017, 436 ff.; *Weigend* NSW 2024, 67 ff., abzurufen unter: <https://nsw-online.com/article/strafrechtliche-sanktionen-gegen-fake-news>.

⁶⁴ Vgl. exemplarisch BVerfG Beschl. v. 7.4.2020 – 2 BvQ 19/20, Rn. 4, abzurufen unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200407_2bvq001920.html (zum Antrag „Deutschland zu verpflichten [...] Sara [sic!] Wagenknecht zur neuen Bundeskanzlerin zu ernennen“).

⁶⁵ Instruktiv zum Wahlanfechtungsrecht *Schemmel* JuS 2023, 212 ff.

⁶⁶ Zur Möglichkeit eidesstattlicher Versicherungen vor einem Wahlprüfungsgericht vgl. die auf ebensolche Versicherungen gestützte Entscheidung VerfGH Berlin NVwZ 2023, 70.

⁶⁷ Vgl. § 7 II 1 BWahlprüfG.

Falschangaben materiell unrichtig sein.⁶⁸ Würde nämlich jedes Anlügen eines Amtsträgers, das einen inhaltlich falschen VA oder ein unrichtiges Urteil bewirkt, zur Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung führen, ginge dies am Schutzzweck der Norm vorbei.

4. Wahlfälschung

Gelingt es dem Wahlanfechter, die für die (Neu-)Feststellung des Wahlergebnisses kompetente Instanz – sei diese ein Wahlleiter, ein Gericht oder ein Parlamentsausschuss⁶⁹ – dazu zu bringen, ein unrichtiges Wahlergebnis⁷⁰ zu verkünden, kommt überdies eine Strafbarkeit aus § 107a II StGB in Betracht. Die dogmatischen Einzelheiten, von denen die Reichweite der Vorschrift in den hier interessierenden Konstellationen abhängt, sind allerdings umstritten.

Abs. 2 enthält zwei Varianten: das „Verkünden“ und das „Verkündenlassen“ eines unrichtigen Wahlergebnisses. Die h.M. geht (ohne Begründung) davon aus, dass es sich in beiden Varianten um ein Sonderdelikt handelt, das nur für Personen gilt, die zur Bekanntgabe des amtlichen Wahlergebnisses befugt sind.⁷¹ Daraus folgt, dass eine nicht zur Ergebnisverkündung befugte Person (z.B. der unterlegene Wahlkandidat) als Extraneus den Tatbestand nicht täterschaftlich verwirklichen kann. Eine mittelbare Täterschaft – etwa, wenn der Wahlleiter sich von den unwahren Behauptungen über Wahlbetrug täuschen lässt und infolgedessen gutgläubig ein falsches Ergebnis verkündet oder über Dritte verkünden lässt – kommt nach dieser Ansicht nicht in Betracht. Möglich wäre lediglich eine Teilnahme des Extraneus, etwa wenn er den (bösgläubigen) Vorsitzenden der Wahlprüfungskommission zur Verkündung eines unrichtigen Ergebnisses anstiftet. Misslingt der Anstiftungsversuch indes (bspw. weil der Wahlleiter, wie im Trump-Fall Georgias Innenminister Raffensberger, sich dem Ansinnen verweigert), bleibt dieser jedoch straflos, da

⁶⁸ BGH NSTz 2007, 471 f.; *Erb*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 271 Rn. 18 f.; *Puppe/Schumann*, in Nomos-Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 271 Rn. 23; *Heine/Schuster*, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 271 Rn. 23.

⁶⁹ Siehe § 7 II 2 WahlprüfG NRW (zur Kompetenz des Landtags, „das Wahlergebnis neu festzustellen“); *Winkelmann*, WahlprüfG, 2012, § 11 Rn. 3 (zur Kompetenz des BT-Wahlprüfungsausschusses, eine „Neufeststellung des Wahlergebnisses“ vorzunehmen).

⁷⁰ Unrichtig ist ein Wahlergebnis, wenn bei seiner Feststellung Stimmen zu Unrecht gezählt, falsch gezählt oder zu Unrecht nicht gezählt werden, *Zimmermann* ZIS 2011, 982, 993, abzurufen unter: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_12_639.pdf (Details str.).

⁷¹ MüKo/StGB-Müller, 4. Aufl. 2021, § 107a Rn. 20; Schönke/Schröder-Eser, § 107a Rn. 7; *Weidemann*, in BeckOK-StGB, 62. Ed. 1.8.2024, § 107a Rn. 11.

es sich bei § 107a StGB um ein Vergehen handelt, für das § 30 StGB nicht greift.

Die vorzugswürdige Gegenansicht nimmt demgegenüber an, dass die Variante des „Verkündenlassens“ kein Sonderdelikt ist; vielmehr erfasse die Vorschrift – strukturanalog zu § 271 StGB – gerade diejenigen Fälle, in denen der Sonderpflichtige (z.B. mittels Täuschung) durch den Extraneus zur Verkündung eines unrichtigen Ergebnisses instrumentalisiert wird.⁷² Diese Ansicht hat zwei Argumente für sich. Zuerst ein gesetzzystematisches: Die h.M. kann nicht erklären, weshalb es überhaupt der Variante des Verkündenlassens bedarf; denn lässt ein bösgläubiger Wahlleiter das unrichtige Ergebnis durch einen Extraneus (z.B. eine Journalistin) verkünden, könnte dies ohne Weiteres als Form des Verkündens in mittelbarer Täterschaft subsumiert werden (Fall des qualifikationslosen Werkzeugs).⁷³ Das zweite Argument ist ein kriminalpolitisches: Während die Gegenauffassung, wie im Trump-Fall, eine schmerzhaft Strafbareitslücke bei erfolglosen Anstiftungsversuchen hinterlässt, greift nach der hier befürworteten Sichtweise die Versuchsstrafbarkeit nach Abs. 3. Entsprechend sind gescheiterte Beeinflussungsversuche durch lügnerische Wahlanfechtungen als Versuch des Verkündenlassens eines unrichtigen Ergebnisses durch einen gutgläubigen Wahlleiter und damit als (versuchte) Wahlfälschung strafbar.⁷⁴

Fraglich ist allerdings, wie der Fall einer misslungenen Anstiftung eines bösgläubigen Sonderpflichtigen (wie im Fall der Einwirkung auf „Sec-State“ Raffensberger) zu beurteilen ist. Analog zum Meinungsspektrum bei § 271 StGB gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder könnte man darin ebenfalls ein versuchtes Verkündenlassen erblicken;⁷⁵ oder aber man beschränkt die Var. 2 auf Konstellationen tatherrschaftlichen Verursachens,⁷⁶ sodass in diesen Fällen lediglich ein (strafloser) Versuch der Anstiftung zum Verkünden eines unrichtigen Wahlergebnisses vorliegt. Da

⁷² Vgl. Zimmermann ZIS 2011, 982, 994.

⁷³ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 53. Aufl. 2023, Rn. 847; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT, 11. Aufl 2024, § 39 Rn. 19.

⁷⁴ I.E. ebenso Fahl JA 2021, 273.

⁷⁵ Dies setzt voraus, dass § 107a II Var. 2 StGB als Lex generalis auch die Beteiligungsformen der Var. 1 (hier: die Anstiftung) mitumfasst; für eine entsprechende Interpretation des § 271 StGB siehe MüKo/StGB-Erb, § 271 Rn. 50.

⁷⁶ Zu einer entsprechenden Interpretation des § 271 StGB siehe NK/StGB-Puppe/Schumann, § 271 Rn. 31.

der Normwortlaut insoweit keine Anhaltspunkte für eine restriktive Interpretation bietet, ist die zuerst genannte Option vorzugswürdig.

5. Organisierte Wahlfälschung als kriminelle Vereinigung?

Der Clou der Georgia-Anklage gegen Trump und seine 18 Mitverschwörer besteht darin, die über Monate hinweg begangenen strafbaren Einzelhandlungen unter dem Dach des RICO-Organisationsdelikts zu einer kriminellen Wahlfälschungsoperation zusammenzufassen. Es ist eine interessante Frage, ob dies auch nach deutschem Recht möglich wäre. Sedes materiae ist § 129 StGB. Eine Diskussion über den Anwendungsbereich dieser Vorschrift würde den Rahmen sprengen. Berücksichtigt man allerdings, dass die Rechtsprechung es für möglich hält, gewaltlose wirtschaftskriminelle Vereinigungen⁷⁷ und sogar auf friedliche Bagatelldelinquenz spezialisierte Klimaprotest-Gruppen wie die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 II StGB zu qualifizieren,⁷⁸ liegt es nicht fern, die Norm auch gegenüber großangelegten Wahlbetrugskampagnen anzuwenden. Zumindest solange im Einzelfall nicht das Parteienprivileg des § 129 III Nr. 1 StGB greift, scheitert die Verwirklichung des Organisationsdelikts bei Wahlbetrugsprojekten nach Art der „Big-Lie“-Kampagne jedenfalls weder an der vorausgesetzten Mindestschwere der ins Auge gefassten Straftaten⁷⁹ noch an dem zeitlichen Element der längeren Dauer.⁸⁰ Auch würde es durchaus dem Unrechtsgehalt eines solchen Unterfangens und dem staatsschutzstrafrechtlichen Charakter des Delikts der Wahlfälschung gerecht werden, Verschwörungen, die auf einen friedlichen, aber in seiner Dimension gewaltigen

⁷⁷ Vgl. BGHSt 66, 137, 140; zur Diskussion *Bock/Fülscher* HRRS 2024, 11, abzurufen unter: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/24-01/index.php?sz=6>; *Eberz* WiJ 2023, 83 ff., abzurufen unter: https://wistev.de/app/uploads/2024/01/WiJ_Journal_02.2023.pdf.

⁷⁸ LG Potsdam openJur 2023, 8418, abzurufen unter: <https://openjur.de/u/2473735.html>; LG München bei *Sehl* LTO 23.11.2023, abzurufen unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-letzte-generation-klimakleber-durchsuchung-protest-kriminell-vereinigung>; zur Debatte *Schumacher* JuS 2023, 820; *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 71, abzurufen unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/kuhli-papenfuss-warum-die-letzte-generation-noch-keine-kriminelle-vereinigung-ist.pdf>; *Schönberger/Naujoks* VerfBlog 8.11.2023, abzurufen unter: <https://verfassungsblog.de/%c2%a7-129-stgb-und-die-erheblichkeit-der-erheblichkeit>; *Gärditz* VerfBlog 25.5.2023, abzurufen unter: <https://verfassungsblog.de/organisierte-klimakleber-als-kriminelle-vereinigung>; *Wenglarczyk* VerfBlog 24.5.2023, abzurufen unter: <https://verfassungsblog.de/wie-man-eine-kriminelle-vereinigung-macht>.

⁷⁹ Hierzu *Singelstein/Winkler* NJW 2023, 2815 Rn. 9 ff.; NK/StGB-*Eschelbach*, § 129 Rn. 48 ff.

⁸⁰ Zu diesem *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 129 Rn. 9 f.; MüKo/StGB-*Schäfer/Anstötz*, § 129 Rn. 27; BeckOK/StGB-*Kulhanek*, 62. Ed., § 129 Rn. 23.

Streich gegen die Volkssouveränität abzielen, bereits im Vorfeld über das Organisationsdelikt des § 129 StGB zu erfassen.

D. Fazit

Das vom US-Präsidenten Donald Trump nach seiner Wahlniederlage im Herbst 2020 auf eine beispiellose Lügenkampagne gegründete Unternehmen Machterhalt war in seiner Planung perfide, in der Durchführung markant dreist und in seiner anti-demokratischen Dimension gewaltig. Nachvollziehbarerweise hat das – letztlich an der Standhaftigkeit des Vize-Präsidenten gescheiterte – Unterfangen Staatsanwaltschaften auf den Plan gerufen und ist in zwei Anklagen gegipfelt. Deren jeweilige Konzeptionen weisen starke Unterschiede auf. Während sich die Anklage auf Bundesebene auf drei elastische Verschwörungsdelikte stützt, ist diejenige im Bundesstaat Georgia einem kleinteiligen Ansatz verhaftet, der zunächst zahlreiche Einzeltaten ausmacht und diese anschließend zu einem Organisationsdelikt zusammenfasst.

Aus deutscher Sicht erscheint die Bundes-Anklage fremdartig und rechtsstaatlich heikel; demgegenüber ließe sich der Ansatz aus Georgia im Großen und Ganzen auf die deutsche Strafrechtslandschaft übertragen. Demnach könnten lügnerische Wahlanfechtungskampagnen zunächst atomistisch über die Aussagedelikte und vor allem den Tatbestand der Wahlfälschung erfasst werden, in einem weiteren Schritt u.U. auch vom Tatbestand der Bildung einer kriminellen Vereinigung. Gesetzesänderungen im nationalen Strafrecht als Vorsichtsmaßnahme gegenüber dem sich ausbreitenden Trumpismus erscheinen nicht veranlasst.