

NSW

Neue Strafrechtswissenschaft

HERAUSGEGEBEN VON

Victoria Ibold

Kristina Peters

Nina Schrott

Thomas Steenbreker

AUFSÄTZE

Das Ende der Konkurrenzlehre
MOHAMAD EL-GHAZI

Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte und Art. 103 Abs. 2 GG
– Teil 1 –
WOLFGANG MITSCH

Unbewusste Fahrlässigkeit: Eine Neubetrachtung aus psychologischer Perspektive
JOHANNES S. WEIGEL & JAN RUMMEL

Die triadische Mutterschaft
– Teil 1 –
LIANE WÖRNER

URTEILSANMERKUNGEN

Beihilfe in staatlich organisierten Kriminalitätsstrukturen
BGH, Urteil vom 20.8.2024 – 5 StR 326/23
DARIA BAYER

Die befangene Staatsanwältin
BGH, Beschluss vom 18.1.2024 – 5 StR 473/23
MONIKA FROMMEL

TAGUNGSBERICHT

Digitales im Strafprozess. Wissenschaft und Praxis im Dialog – Tagungsbericht
zur Veranstaltung vom 20. bis 21.2.2025 in München
LAUREEN BALZ

Das Ende der Konkurrenzlehre

Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Universität Trier*

ABSTRACT

Die strafrechtliche Konkurrenzfrage ist in den letzten Jahrzehnten immer mehr in den Hintergrund getreten. Schuld daran ist auch der Bundesgerichtshof, der nicht nur die Unterschiede zwischen Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit, sondern auch die Unterschiede zwischen Tateinheit und Tatmehrheit immer weiter nivelliert hat. Diese Entwicklung findet ihren Kulminationspunkt darin, dass der konkurrenzrechtlichen Einordnung immer häufiger die Bedeutung für den Unrechts- und Schuldgehalt des strafrechtlichen Geschehens abgesprochen wird. Damit setzt sich der Bundesgerichtshof über die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers hinweg.

A. Einleitung

Tateinheit oder Tatmehrheit? Die Unterscheidung zwischen idealiter und realiter Tatbegehung ist in Deutschland seit Jahrhunderten tradiert. Die Regeln zur Zusammenführung der Strafen sind bei tatmehrheitlicher Tatbegehung ungünstiger als bei tateinheitlicher Deliktsverwirklichung. Im Falle von Tateinheit kommt nur die schwerere Strafandrohung auf der Rechtsfolgenebene zur Anwendung (Absorptionsprinzip); bei Tatmehrheit gilt hingegen das Asperationsprinzip, wonach bei der Bildung der Gesamtstrafe jede Einzeltat schärfend zu berücksichtigen ist.

Der differenzierende Umgang zwischen Tateinheit und Tatmehrheit steht auch 150 Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches auf „tönernen

* Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht und ebenfalls Direktor des Trierer Instituts für Geldwäsche und Korruptions-Strafrecht (TriGeko). Kontakt: elghazi@uni-trier.de.



Füßen“. Der Gesetzgeber hat sich im Zusammenhang mit dem 1. StrRG das (fragile) Feuerprobenargument zu eigen gemacht: Bei Tatmehrheit offenbare sich eine „größere verbrecherische Intensität“ als dies bei der Tateinheit der Fall sei.¹

In den letzten zwei Jahrzehnten wurde diese konkurrenzrechtliche Grundprämisse durch die Rechtsprechung der Strafsenate am Bundesgerichtshof nicht nur mehr und mehr in Frage gestellt – bei genauem Hinsehen wird sie sogar negiert. Dieser Befund zeugt vom insuffizienten Zustand der Konkurrenzlehre: Sie ist am Ende, wenn sogar die Rechtsprechung die gesetzgeberische Ausgangsprämisse ignoriert.

B. Tateinheit oder Tatmehrheit und die Folgen für die Strafe

Wird ein Angeklagter im Strafprozess wegen mehr als einer (materiellen) Straftat verurteilt, so muss das Gericht eine Entscheidung über die Konkurrenzfrage treffen. Das deutsche Strafrecht differenziert nämlich danach, ob die Sanktionsnormverletzungen durch „dieselbe“ oder durch unterschiedliche Handlungen verwirklicht worden sind und knüpft daran unterschiedliche Rechtsfolgen bei der Bestimmung der Strafe. Bei Tateinheit (Idealkonkurrenz) i. S. v. § 52 StGB wird die Rechtsfolge „nur“ dem Straftatbestand mit der schweren Rechtsfolge entnommen, vgl. § 52 I StGB. Der Strafraum des milderen Delikts wird absorbiert (Absorptionsprinzip).² Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen nach § 11 I Nr. 8 StGB (insb. Einziehung) können auch dann „verhängt“ werden, wenn nur das mildere Delikt diese vorsieht (§ 52 IV StGB). Daher ist bei Tateinheit auch die Rede vom Kombinationsprinzip.³

Tatmehrheit liegt vor, wenn *mehrere* Straftaten gleichzeitig abgeurteilt werden (§ 53 I StGB) oder sie gleichzeitig hätten abgeurteilt werden können (nachträgliche Gesamtstrafe, § 55 StGB). Im Falle von Tatmehrheit (Realkonkurrenz) gelangen die Rechtsfolgenanordnungen aller verwirklichten Tatbestände zur Anwendung (§ 53 StGB), wobei sie nach den in § 54 StGB niedergeschriebenen Regeln zu einer Gesamtstrafe (Asperationsprinzip) zusammenzuführen sind. Das bedeutet: Für jede materielle

¹ BT-Drs. IV/650, 190.

² Näher *Reinbacher*, in Hdb. des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 61 Rn. 82; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 52 Rn. 8.

³ *Rissing-van Saan*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, § 52 Rn. 47; *Roxin*, AT II, 2003, § 33 Rn. 113.

Tat ist eine Einzelstrafe zu bilden. Die höchste Einzelstrafe bildet die Grundlage für die Bestimmung der Gesamtstrafe. Diese Einsatzstrafe verschärft sich durch die übrigen Einzelstrafen, dabei darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreicht werden.⁴ Die Festlegung der Einzelstrafen und ihre Zusammenführung zu einer Gesamtstrafe zählt zum Akt der Strafzumessung, der in die ureigene Aufgabe des Tatrichters fällt.⁵ Ebenso wie der einzelne Strafzumessungsakt i. S. d. § 46 StGB ist dieser Akt der Gesamtstrafenbildung nur eingeschränkt überprüfbar.⁶

Im Gesetz sind nur die Regeln für die „echte Konkurrenz“ positivrechtlich niedergeschrieben. Der Gesetzgeber hat sich an die unechte Konkurrenz (auch Gesetzeskonkurrenz) nicht „herangetraut“ und ihre Ausbuchstabierung der Strafrechtswissenschaft anvertraut.⁷ Bei der unechten Konkurrenz geht es nicht erst um eine Konkurrenz auf der Ebene der Rechtsfolge, sondern bereits um das Verhältnis der Tatbestände auf der Ebene des Schuldspruchs. Stehen die Sanktionsnormübertretungen in einer solchen Beziehung zueinander, dass es gerechtfertigt ist, dem Täter im Schuldspruch nur noch eine einzige Straftat vorzuwerfen und andere Tatbestandsverwirklichungen aus dem Schuldspruch zu eliminieren? Der schwächere Tatbestand taucht im Schuldspruch nicht mehr auf. Sein Unrechtsgehalt ist vom vorrangigen Delikt mitumfasst. Anerkannt sind neben der Figur der Spezialität auch die (formelle und materielle) Subsidiarität und die Konsumtion. Auf weitere Einzelheiten der Gesetzeskonkurrenz kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Tateinheit liegt vor, wenn, so beschreibt es das Gesetz, dieselbe Handlung des Täters mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt. Der konkurrenzrechtliche Handlungsbegriff⁸ ist seit jeher umstritten, so wie seine Extension jenseits der Handlung im natürlichen Sinne. Der Gesetzgeber hat den Begriff nicht definiert, er hat ihn vielmehr – quasi als naturgegeben – vorausgesetzt.⁹ Insgesamt projizieren sich alle Friktionen, die sich bei der Bestimmung des konkurrenzrechtlichen

⁴ Jäger, in Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 54 Rn. 3 ff.; v. Heintschel-Heinegg, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 5 ff.

⁵ Vgl. nur BGH NJW 1987, 3014, 3015; wistra 1990, 98.

⁶ Vgl. BGH NSTz 2019, 601, 620; Beulke, in Hdb. des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 60 Rn. 81.

⁷ BT-Drs. IV/650, 191; vgl. auch Schneidewin in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, 221, 229.

⁸ Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, 253 f.; Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, 243 ff.; dies. GA 1982, 143, 146.

⁹ Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, 59.

Handlungsbegriffs stellen, auf die gesamte Konkurrenzlehre.¹⁰ Solange der Handlungsbegriff nicht befriedigend geklärt ist,¹¹ kann der „Zustand der Konkurrenzlehre“ nicht als rechtlich „zureichend“ angesehen werden. Über den Begriff der Handlung besteht aber keineswegs Klarheit.¹² Neben der Handlung im natürlichen Sinne werden die deutlich friktionsbelasteten Figuren der tatbestandlichen und natürlichen Handlungseinheiten als juristische bzw. normative Handlungsbegriffe anerkannt. Bei beiden Figuren geht es letztlich darum, mehrere Handlungen im natürlichen Sinne wertungsmäßig zu einer singulären, normativen Handlung zusammenzufassen – die Rechtfertigung für diese konkurrenzrechtliche Kohäsion soll sich mehr oder weniger aus dem Gesetz ergeben. Die Voraussetzungen hierfür sind unbestimmt und daher undurchsichtig, weil sie sehr stark tatbestands- und zugleich wertungsabhängig sind. Die Kasuistik zur natürlichen und zur tatbestandlichen Handlungseinheit ist mannigfaltig, gleichfalls unüberschaubar und zum Teil flagrant inkonsistent. Der Dogmatik gelingt es nur sehr schwer, die Auswüchse der Konkurrenzlehre in den Griff zu bekommen und sie zu ordnen. Es soll vielmehr um die Gründe gehen, die einen differenzierenden Umgang zwischen Tateinheit und Tatmehrheit rechtfertigen können. Zur Exemplifizierung möchte ich hier einen Fall anführen, der in der Literatur schon mehrfach zur Einführung in den Diskurs über die Legitimation des dualen Konkurrenzmodells bemüht worden ist.¹³ Ein verzweifelter Vater stößt seine beiden im Zwillingskinderwagen sitzenden Säuglinge mit einem Schubs in die Mosel, wo die beiden Kinder ertrinken. Ist es gerechtfertigt, diesen idealiter handelnden Vater gegenüber einem Vater konkurrenzrechtlich zu begünstigen, der seine Kinder nacheinander aus dem Kinderwagen hebt und einzeln in den Fluss wirft (Tatmehrheit)? In einem am Schuldprinzip ausgerichteten Strafrechtssystem kann dies nur zu rechtfertigen sein, wenn zwischen idealer und realer Tatbegehung auch eine Diskrepanz hinsichtlich des Schuldvorwurfs festzustellen ist. Hier- von zu unterscheiden ist freilich die (ganz andere) metapositivistische Frage, ob im Falle von handlungseinheitlicher Tatbegehung immer nur

¹⁰ *El-Ghazi*, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, 316 f.

¹¹ *Roxin*, AT II, 2003, § 33 Rn. 10; *Deiters*, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, 94.

¹² *Schmidhäuser* in *Frisch/Pötz/Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre GA, 1993, 191, 195; *Deiters*, Strafzumessung, 94 f.

¹³ Vgl. schon *Schönke/Schröder*, StGB, 11. Aufl. 1963, Vorb. §§ 73 Rn. 4; *Erb* ZStW 117 (2005), 37, 42; *Geppert* in *Geisler* (Hrsg.), Zur Rechtswirklichkeit nach Wegfall der „fortgesetzten Tat“, 1998, 117, 131 ff.; *Brähler*, Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten, 2000, 455 Anm. 36.

eine singuläre Tat (eine Handlung = ein Verbrechen)¹⁴ ausgemacht werden könne, so dass nach dem Verständnis der Vertreter der Einheitslehre¹⁵ auch nur eine Strafe ausgesprochen werden dürfe (eine Handlung → ein Verbrechen → eine Strafe). Soweit ersichtlich beharren die Vertreter der Einheitstheorie aber keineswegs auf eine mildere Bestrafung des Idealiter- gegenüber dem Realitertäter. Weit überwiegend wird der Streit zwischen der konkurrenzrechtlichen Einheits- und der Mehrheitstheorie heute als rein akademischer Natur eingestuft.¹⁶

C. Das Feuerprobenargument – Legitimation der Unterscheidung

Die Vertreter des Feuerprobenarguments halten eine Privilegierung der Tateinheit gegenüber der Tatmehrheit grundsätzlich für gerechtfertigt.¹⁷ Eine ausführliche Ausarbeitung hat das Feuerprobenargument vor allem bei Werle erfahren, der dabei auf Gedanken von von Hippel und anderen rekurriert. Den Realitertäter treffe deshalb ein größerer Schuldvorwurf, weil er die „Feuerprobe der kritischen Situation“ mehrmals zu überstehen hatte. Die staatlichen Normbefehle, also die Verbote, würden durch den realiter handelnden Täter mehrfach missachtet. Dieser hätte bei jeder Handlung die Gelegenheit gehabt, sich umzuorientieren,¹⁸ sich also gegen den (wiederholten) Normbruch zu entscheiden. Aus diesem Grund, so meint Werle, sei seine kriminelle Energie im Vergleich höher zu veranschlagen und die Strafe dürfe im Ergebnis auch höher ausfallen.¹⁹ So argumentierte bereits von Hippel. Nach ihm falle es dem Täter leichter, mehrere Rechtsverletzungen in einem Akt als sie hintereinander zu verüben.²⁰ Der Idealitertäter lade daher im Vergleich auch weniger Schuld auf sich, da er weniger verbrecherische Energie aufwenden

¹⁴ v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl. 1914 = unveränderter Nachdruck 2018, 121 ff.

¹⁵ Beispielsweise: *Höpfner*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. 1, 1901, 101 ff.; v. *Liszt* ZStW 30 (1910), 250, 276; *Jescheck* ZStW 67 (1955), 529, 533 f.; *Baumgarten*, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz, 1909, 25 ff.

¹⁶ SK/StGB-Jäger, Vor § 52 Rn. 6; *Maiwald*, Handlungseinheit, 64.

¹⁷ v. *Hippel* ZStW 42 (1921), 525, 541; *Waldowski*, Ist eine klare Abgrenzung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit möglich und gerecht?, 1956, 102; *H. Mayer*, AT, 1967, 407 ff.; *Baumgarten* in *Hegler* (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. 2, 1969, 188 ff.; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, 1981, 146 ff.; *Brähler*, Serienstraftaten, 35, 454 f.; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in *Schönke/Schröder* StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 52 Rn. 8, 9; SK/StGB-Jäger, Vor § 52 Rn. 3; *Samson/Günther*, in *Systematischer Kommentar StGB*, 24. Lfg. 1995, Vor § 52 Rn. 9; *Erb* ZStW 117 (2005), 37, 42 f.

¹⁸ *Werle*, Konkurrenz bei Dauerdelikt, 148.

¹⁹ *Werle*, Konkurrenz bei Dauerdelikt, 148.

²⁰ v. *Hippel*, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, 171.

müsse.²¹ Ähnlich argumentiert später H. Mayer in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil: Die Anzahl der Handlungen mache einen Unterschied bei der „Bewertung der Schuld“.²²

Unter Berufung auf das Feuerprobenargument wird der Realitertäter teilweise auch als „sozial gefährlicher“ angesehen, weil er sich eben mehrfach über das Gesetz hinwegsetze.²³ Exemplifiziert wurde dies auch anhand des Kinderwagenfalls: Der Täter, der die Kinder nacheinander ins Wasser werfe, dessen Handeln sei auf zwei verschiedene Entschlüsse zurückzuführen. Dies offenbare eben die größere kriminelle und strafwürdigere Energie.²⁴ Entscheidend sei dabei auch, dass der Täter zwischen den Handlungen die Möglichkeit zur kritischen Reflexion der Ergebnisse seiner vorherigen Handlung habe. Bevor der Täter das zweite Kind ins Wasser wirft, müsse er noch einmal die Schwelle zur Begehung einer neuen Straftat „innerlich durchbrechen“ und einen neuen Entschluss fassen. Er entscheidet sich, wenn er denn auch die zweite Handlung ausführt, erneut für die Verletzung des Rechts und damit für das Unrecht.²⁵

Bereits an anderer Stelle habe ich das Feuerprobenargument in Zweifel gezogen.²⁶ Mich überzeugt dieses Argument nicht. Zusammengefasst: Richtig ist, dass der Realitertäter die metaphorische Feuerprobe mehrfach zu überstehen hat. Der Idealitertäter übersteht aber eben auf einen Schlag eine größere Feuerprobe. Hat dies keinen Einfluss auf den Unrechts- und Schuldvorwurf? Außerdem hat der Täter in der Regel Einfluss darauf, ob er sich nur einer oder mehreren Feuerproben stellen möchte. Auch hierfür bietet der bereits bemühte Kinderwagenfall ein gutes Beispiel. Ob der Vater seine Kinder durch eine oder mehrere Handlungen (und damit durch Bestehen einer oder zweiter Feuerproben) tötet, entscheidet er selbst. Wer eine zweite Feuerprobe vermeidet, weil er eben befürchtet, diese aus Skrupel nicht bestehen zu können, dem kann kalkultiertes Vorgehen schulderschwerend zu Last gelegt werden.²⁷ Ein solcher Täter beraubt sich nämlich selbst der Möglichkeit, im Angesicht

²¹ v. Hippel, StR, 171.

²² H. Mayer, AT, 407 ff.

²³ Brähler, Serienstraftaten, 454.

²⁴ Brähler, Serienstraftaten, 454 f.

²⁵ Brähler, Serienstraftaten, 455.

²⁶ El-Ghazi, Konkurrenzlehre, 591 ff.

²⁷ Dazu El-Ghazi, Konkurrenzlehre, 596 ff.

der zweiten Feuerprobe einen Rückzieher zu machen. Er schützt sich vor seinem eigenen Skrupel.

Das Feuerprobenargument ist meines Erachtens nicht bis zum Ende gedacht. Nichtsdestotrotz muss anerkannt werden, dass (auch) der bundesrepublikanische Reformgesetzgeber zur Rationalisierung des divergierenden Umgangs zwischen Tateinheit und Tatmehrheit auf ein Begründungstopos abgestellt hat, das stark an das Argument der Feuerprobe erinnert.

D. Die Begründung in 1. StrRG

Die Begründung zum Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG)²⁸ geht auch darauf ein, warum das Gesetz bei der Bildung der Strafe unterschiedlich mit den Fällen von Tateinheit und Tatmehrheit umgeht. Diese Begründung wurde bereits im Entwurf von 1962 verlautbart.²⁹ Hierin heißt es:

„Für die grundsätzliche Beibehaltung des geltenden Rechts spricht schließlich die Tatsache, daß zwischen Tateinheit und Tatmehrheit ein naturgegebener Unterschied besteht, der zwar in einer beachtlichen Zahl von Grenzfällen nicht deutlich in Erscheinung tritt, der aber in der großen Masse der Lebenssachverhalte offen zutage liegt und auch von dem juristisch nicht Vorgebildeten unmittelbar empfunden wird. [...]. Geht man aber von den typischen Fällen der Tateinheit und der Tatmehrheit aus, so ist nicht zu begründen, warum der Strafraumen für die Begehung nur einer Handlung grundsätzlich dem für die Begehung mehrerer Handlungen entsprechen soll. *Es ist eine Erfahrungstatsache, daß eine Vielzahl von selbständigen Handlungen, die zugleich auf einer Vielzahl von Willensbetätigungen beruht, in der Regel eine größere verbrecherische Intensität offenbart und in größerem Maße Strafe verdient, als eine einzige Tat, die jemand unter Verletzung mehrerer Gesetze begeht.* Die gerechte und kriminalpolitisch zutreffende Erfassung der Tatmehrheit erfordert deshalb einen wesentlich elastischeren Strafraumen, als er bei Tateinheit geboten ist. [...].“³⁰

Es ist bemerkenswert, dass bereits in der Gesetzesbegründung anerkannt wird, dass der (vermeintlich) „naturgegebene“ Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit in vielen Fällen auch in Frage gestellt werden muss. Diese Relativierungen kommen nicht ohne Grund. Schon früh wurden die Begründungsversuche, die auf ein unterschiedliches

²⁸ BGBl. I 1969, 645 ff.

²⁹ BT-Drs. IV/650, 190 ff.

³⁰ BT-Drs. IV/650, 190; Hervorhebungen nicht im Original.

Maß der verbrecherischen Intensität (also Schuld) zwischen Tateinheit und Tatmehrheit abgestellt haben, kritisiert und das auch von den ganz Großen der Strafrechtzunft.³¹ Auch konnte der Gesetzgeber nicht ignorieren, dass die Partikularstrafrechtsordnungen teilweise eine kongruente, teilweise eine inkongruente Behandlung vorsahen.³² Schon die Arbeiten zum Bayrischen Strafgesetzbuch sind Zeugnis für das ambivalente Bild, das noch im 19. Jahrhundert vorherrschte: So befürwortete Feuerbach in seinem Entwurf für ein Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern von 1810 einen einheitlichen Umgang.³³ Nach der Berufung Feuerbachs Widersacher in die Kommission sah das Bay-StGB 1813 hingegen die Anwendung des Absorptionsprinzips für die Fälle der Tateinheit vor; während bei Tatmehrheit das Kumulationsprinzip Geltung beanspruchen sollte.³⁴ Die Ungleichbehandlung wurde aber schnell wieder in Frage gestellt. Das Bay-StGB 1861 sah wieder eine Gleichbehandlung von Tateinheit und Tatmehrheit vor, diesmal sollten beide Konstellationen einheitlich nach dem Absorptionsprinzip behandelt werden.³⁵

Trotz des ambivalenten, teilweise sogar erratisch erscheinenden Bildes von der deutschen Konkurrenzlehre: Der Gesetzgeber des RStGB hat sich für eine differenzierende Lösung entschieden (und sich damit vor allem die Regelungen im Königreich Preußen³⁶ zum Vorbild genommen). Diese Entscheidung hat der bundesrepublikanische Gesetzgeber spätestens mit der 1. Strafrechtsreformgesetzgebung ausdrücklich bestätigt und dabei die Entscheidung mit dem Argument rationalisiert, der Realitertäter lade wegen seines Handelns durch mehrere Willensbetätigungen mehr

³¹ *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, 340, § 102; *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, 576; *zu Dohna* in Aschrott/v. Liszt (Hrsg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910, 401, 413; *Niese* in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 2, 1954, 155 ff.

³² Übersicht *El-Ghazi*, Konkurrenzlehre, 28 ff.

³³ Art. 112 Bay-StGB-E 1810: „Ist ein und dasselbe Verbrechen an verschiedenen Personen oder Gegenständen wiederholt worden, oder hat der Uebelthäter in mehreren Handlungen, oder in einer und derselben Handlung Verbrechen verschiedener Art begangenen, so ist die ordentliche Strafe des einen Verbrechens mit der ordentlichen Strafe des anderen zu verbinden, [...]“.

³⁴ Art. 110 Bay-StGB 1813: „Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat, so soll nur die Strafe der schwersten Uebertretung in Anwendung gebracht werden, [...]“.

³⁵ Art. 84 Bay-StGB 1861: „Hat Jemand 1. in verschiedenen Handlungen mehrere Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen begangen, oder 2. in einer und derselben Handlung mehrere Strafgesetze zugleich oder ein und dasselbe Strafgesetz in mehrfacher Richtung übertreten, so soll nur dasjenige Strafgesetz, welches die schwerste Strafausmessung zuläßt, in Anwendung gebracht werden.“.

³⁶ §§ 56, 57 PreußStGB 1851 und 1853.

Schuld auf sich als der Idealtäter. Die gesetzgeberische Entscheidung spiegelt sich auch eindeutig im Gesetzeswortlaut wider.

Natürlich kann man, was ich auch getan habe, diese Prämisse inhaltlich in Frage stellen und versuchen zu begründen, warum das Differenzierungsmodell verfassungsrechtlich unhaltbar oder zumindest aus kriminalpolitischen Gründen einer Revision bedarf. Wer aber auf Grundlage des geltenden Rechts der „Handlungszahl“ ihre (schuldsteigernde) Bedeutung abspricht, der ignoriert die unmissverständliche Entscheidung des Gesetzgebers und überschreitet damit die Grenzen der Rechtsauslegung – damit handelt er *ultra vires*. Bei genauem Hinsehen tut dies der Bundesgerichtshof seit Jahrzehnten.

E. Rechtsprechung des BGH zur (fehlenden) Relevanz der Handlungszahl für das Ausmaß von Unrecht und Schuld

I. Die Rechtsprechung des BGH

In der Rechtsprechung der Strafsenate am Bundesgerichtshof tauchen seit der Jahrtausendwende immer häufiger Entscheidungen auf, in denen die den gesetzlichen Konkurrenzregelungen zugrundeliegende Wertung (kurzum: größerer Schuldvorwurf bei Tatmehrheit) mehr oder weniger explizit in Abrede gestellt wird. In der Hauptsache geht es um Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof im Wege einer Schuld-spruchberichtigung (§ 354 I StPO analog)³⁷ eine Konkurrenzkorrektur von Tatmehrheit zur Tateinheit vornahm und gleichzeitig begründete, warum der Strafausspruch trotz veränderter Konkurrenzbedingungen aufrechterhalten werden konnte.

Erste Vorboten dieser Rechtsprechungslinie zeichneten sich schon in den 1980er Jahren ab:

„Deshalb stehen die drei Gesetzesverletzungen in Tateinheit – und nicht in Tatmehrheit, [...]. Die von der Strafkammer festgesetzte Gesamtstrafe kann aber als Einzelstrafe bestehen bleiben, weil die

³⁷ *Knauer/Kudlich*, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 354 Rn. 48 ff.; *Wohlers*, in Systematischer Kommentar StPO, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 354 Rn. 21 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Kommentar zur StPO, 67. Aufl. 2024, § 354 Rn. 19; *Ignor* in Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), FS Dachs, 2005, 281, 297 f.; *Schuhr* in Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), FS Stöckel, 2010, 323, 330 ff., 339; aus der Rechtsprechung: z. B. BGH NStZ 2020, 43; NStZ-RR 2024, 76; BeckRS 2024, 18927.

geänderte rechtliche Bewertung ohne Einfluß auf das Maß der Schuld ist.“³⁸

In einer Entscheidung des 1. Strafsenats von 1996 heißt es:

„Schuldumfang und Unrecht des gesamten Tatgeschehens bleiben von dieser Änderung unberührt.“³⁹

Und der 5. Strafsenat am Bundesgerichtshof meinte schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994, dass eine

„unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei unverändertem Schuldumfang [...] hier kein maßgebliches Kriterium für die Strafbemessung sein [kann].“⁴⁰

Leicht abgewandelte Formulierungen finden sich in Entscheidungen des 2. und des 4. Strafsenats.⁴¹

Deutlicher wurde der 1. Strafsenat in einer Entscheidung von 1999, wonach eine „Konkurrenzkorrektur“ in aller Regel keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts“ bedeute.⁴² Der 1. Senat hat in der Folge von dieser oder auch ähnlichen Formulierungen Gebrauch gemacht.⁴³ Ganz ähnliche Formulierungen finden sich auch beim 2.⁴⁴, 3.⁴⁵ und 4.⁴⁶ Strafsenat. So heißt es exemplarisch beim 2. Strafsenat:

„Eine ‚Konkurrenzkorrektur‘ bedeutet in aller Regel – so auch hier – keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts; denn es kommen keine Delikte in Wegfall.“⁴⁷

Als flagrant muss auch eine weitere Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahr 1998 bewertet werden. Diese betraf das konkurrenzrechtliche Verhältnis von versuchtem Totschlag und vollendeter Körperverletzung.⁴⁸ Die Annahme von Tateinheit zwischen versuchtem Tötungs- und

³⁸ BGH 21.9.1984, 3 StR 399/84, Rn. 3 f., juris.

³⁹ BGH 7.3.1996, 1 StR 707/95, Rn. 28, juris.

⁴⁰ BGH NJW 1994, 2703, 2707.

⁴¹ BGH BeckRS 2015, 389, Rn. 5: „(...), weil eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei – wie hier – unverändertem Schuldumfang kein maßgebliches Kriterium für die Strafbemessung ist“. Der 4. Senat verweist hier ausdrücklich auf eine ständige Rechtsprechung (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2004, 2840, 184; NStZ-RR 2005, 199, 200; BeckRS 2013, 104; vgl. auch BGH BeckRS 2013, 104; NStZ-RR 2005, 199, 200; NStZ 2004, 505; NStZ-RR 2004, 108; BeckRS 2003, 5633; BeckRS 2001, 4330; NStZ 1997, 233; BGH NJW 1994, 2703).

⁴² So BGH NStZ 1999, 513, 514.

⁴³ BGH NStZ-RR 2014, 251; vgl. auch BGH NStZ 2014, 465; wistra 2007, 100.

⁴⁴ BGH BeckRS 2009, 7339, Rn. 10.

⁴⁵ BGH BeckRS 2020, 15331, Rn. 7.

⁴⁶ BGH BeckRS 2011, 3961, Rn. 6.

⁴⁷ BGH BeckRS 2009, 7339 Rn. 10.

⁴⁸ BGH NJW 1999, 69 ff.

vollendetem Körperverletzungsdelikt lasse „den Schuldgehalt unberührt, weil sich dieser unabhängig von der Entscheidung des Konkurrenzverhältnisses“ bemesse.⁴⁹

Eine ähnliche Sprache sprechen Entscheidungen, die immer wieder in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgetaucht sind. Dies gilt z. B. für Entscheidungen des 5. Strafsenats, wenn es dort zur „Rettung“ des Strafausspruchs trotz veränderter konkurrenzrechtlicher Bewertung durch das Revisionsgericht heißt, dass „der Unrechtsgehalt der Tat von der abweichenden Bewertung der Konkurrenzen unberührt bleibt“.⁵⁰ Eine andere Diktion findet sich teilweise beim 4. Senat, wonach „die bloße Korrektur des Konkurrenzverhältnisses keine Verringerung des Tatunrechts und des Schuldgehalts in seiner Gesamtheit zur Folge (...)“ hat.⁵¹

Ganz ähnlich die Formulierung, die z. B. in einer Entscheidung des 5. Strafsenats aus dem Jahr 2015 gebraucht wird. Trotz Änderung des Schuldspruchs von Tatmehrheit zur Tateinheit meinte der Senat, den Strafausspruch aufrechterhalten zu können. Gesamtfreiheitsstrafe bleibe

„[...] vom Entfallen der Einzelstrafe im Fall 19 unberührt. Der Senat kann angesichts der Höhe der Einsatzstrafe und der daneben verbleibenden 20 Einzelstrafen (zehn Einzelgeldstrafen von jeweils 30 Tagessätzen; neun Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten und eine Einzelfreiheitsstrafe von zwei Monaten) ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender Bewertung des Konkurrenzverhältnisses, die den Unrechts- und Schuldgehalt des Tuns des Angeklagten unberührt lässt (...), auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.“⁵²

Diese Formulierung war in der BGH-Rechtsprechung schon damals keineswegs neu.⁵³ Erstmals findet sie – soweit ersichtlich – ebenfalls in einer Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem Jahr 2010 Gebrauch.⁵⁴ Inzwischen hat sich diese Diktion vom „Unberührt-Lassen des Unrechts- und Schuldgehalts“ durchweg in der Rechtsprechung aller Strafsenate des

⁴⁹ BGH NJW 1999, 69, 71.

⁵⁰ BGH BeckRS 2014, 5305, Rn. 2.

⁵¹ BGH BeckRS 2014, 23273; BeckRS 2014, 18040; NStZ 2014, 702; NStZ-RR 2014, 291; NStZ 2014, 579; NStZ-RR 2007, 89; wistra 2004, 417.

⁵² BGH BeckRS 2015, 5417 Rn. 6.

⁵³ BGH BeckRS 2015, 1259; NStZ 2013, 641; BeckRS 2012, 8603; wistra 2012, 146; NStZ-RR 2011, 79.

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2011, 79.

Bundesgerichtshofs fest etabliert.⁵⁵ Die Anzahl der Entscheidungen, die unter Verwendung dieses Topos die Aufhebung des Strafausspruchs vermeiden, nimmt – nicht nur gefühlt – von Jahr zu Jahr zu.

Das mag auch daran liegen, dass die Karlsruher und Leipziger BGH-Senate schon früh (vermeintlich) Rückendeckung für diese Rechtsprechung vom Bundesverfassungsgericht bekommen haben. Schon im Jahre 2004 bescheinigte das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung des OLG Stuttgarts⁵⁶ die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit. So meint das Bundesverfassungsgericht,

„[d]ie Begründung des Senats, die richtige Bestimmung der Konkurrenzen führe zu keiner Veränderung des Unrechts- und Schuldumfangs, ist nachvollziehbar und steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine ‚Konkurrenzkorrektur‘ in aller Regel keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts bedeutet (...).“⁵⁷

Unter diesen Vorzeichen ist es nicht verwunderlich, dass die BGH-Senate im Anschluss an diesen „verfassungsrechtlichen Segen“ immer häufiger vom Mittel der Konkurrenzkorrektur unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Strafausspruchs Gebrauch machten.

II. Unvereinbarkeit mit der konkurrenzrechtlichen Grundentscheidung in den §§ 52 f. StGB

Diese Rechtsprechung konfligiert offensichtlich mit der Grundentscheidung, auf der die deutsche Konkurrenzlehre ihr Fundament errichtet hat. Sie bestreitet – mehr oder weniger – explizit einen Zusammenhang zwischen Handlungszahl und dem Ausmaß von Unrechts- und Schuldvorwurf. Dabei ist die Aussage, die konkurrenzrechtliche *Bewertung* eines Sachverhaltes habe (in der Regel) keinen Einfluss auf den Unrechts- oder Schuldgehalt in seiner Gesamtheit, gleichfalls offensichtlich zutreffend. Diese scheinbare Antinomie bedarf der Auflösung.

⁵⁵ BGH BeckRS 2024, 30378, Rn. 11; BeckRS 2024, 21867, Rn. 9; BeckRS 2024, 21328, Rn. 7; BeckRS 2024, 24793, Rn. 8; BeckRS 2024, 2631, Rn. 4; BeckRS 2024, 7611, Rn. 8; BeckRS 2023, 43885, Rn. 31; BeckRS 2023, 36424, Rn. 6; BeckRS 2023, 33044, Rn. 17; BeckRS 2023, 21336, Rn. 28; BeckRS 2023, 8786, Rn. 3 f.; BeckRS 2023, 8335, Rn. 10.

⁵⁶ OLG Stuttgart, BeckRS 2005, 13448, Rn. 20: „Die richtige Bestimmung der Konkurrenzen führt zu keinen Veränderungen des Unrechts- bzw. des Schuldumfangs, [...]“.

⁵⁷ BVerfG, BeckRS 2004, 21354, Rn. 5.

Der Unrechts- und Schuldgehalt steht spätestens zum Zeitpunkt der Deliktsbeendigung (weitgehend) fest.⁵⁸ Ob der mit der Bewertung des Falles (bzw. der Fälle) betraute Richter die Taten als tateinheitlich (§ 52 StGB) oder tatmehrheitlich (§ 53 f. StGB) verwirklicht ansieht, verändert das Ausmaß an Unrecht und/oder Schuld nicht mehr. Verwirklicht A die Tatbestände x und y in Tateinheit, so ändert sich weder der Unrechts- noch der Schuldgehalt des Vorwurfs dadurch, dass der Tatrichter die Taten fälschlicherweise als in Tatmehrheit verwirklicht ansieht. Dies gilt auch umgekehrt. 100 + 100 bleibt 200, auch wenn der Tatrichter fälschlicherweise die Summe mit 300 berechnet hat. Die Summe war immer 200. Der Rechenfehler hat sich auf die *wahre* Summe nicht ausgewirkt. Diese Erkenntnis ist banal. Ich denke nicht, dass sich die im vorherigen Abschnitt skizzierte Rechtsprechung in eine ebenso unverfängliche Botschaft übersetzen lässt. Freilich lässt die konkurrenzrechtliche Einordnung der Taten durch den Richter deren Unrechts- und Schuldgehalt unverändert. Aber: *Aufgrund* der fehlerhaften konkurrenzrechtlichen Einordnung hat der Richter das *wahre* Ausmaß von Unrecht und Schuld verkannt – selbstverständlich gilt dies nur dann, wenn man die hinter den §§ 52 ff. StGB stehende gesetzgeberische Grundprämisse anerkennt, nach der mehr Handlungen auch einen größeren Vorwurf begründen (und daher eine schwere Bestrafung verlangen). Für die hiesigen Zwecke muss ich diese Prämisse akzeptieren, obwohl ich sie – wie sich oben angedeutet hat – als nicht überzeugend erachte. Unter Zugrundelegung dieser Grundprämisse gilt aber: Die konkurrenzrechtliche Fehlallokation durch den Tatrichter hat dazu geführt, dass dieser die Bandbreite der von Gesetzeswegen zulässigen (Gesamt-)Strafe verkannt hat. Damit hat er den Rahmen verlassen, den der Gesetzgeber ihm für die Festlegung der schuldangemessenen Strafe bereitet hat. Bei fälschlicher Annahme von Tateinheit nimmt der Tatrichter an, der Gesetzgeber habe ihm für die Festlegung der Strafe einen Strafraum eingeräumt, der dem des schweren Delikts entspricht (Stichwort: Absorptionsprinzip), obwohl nach den Regeln der Gesamtstrafe ein (deutlich) schwererer Strafraum zur Verfügung stünde. Umgekehrt, also bei fälschlicher Annahme von Tatmehrheit statt Tateinheit, verkennt der Tatrichter den ihm zur Verfügung gestellten (Gesamt-)Strafraum zulasten des Täters – laut

⁵⁸ Nach überwiegender Auffassung kann die Schuld noch durch das Verhalten des Täters nach der Tat beeinflusst werden, vgl. BGH NSTZ 2002, 364; StV 2003, 18; insgesamt *Theune*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 197 ff.

der Entscheidung des Gesetzgebers muss sich die Strafe innerhalb des Strafraumens allein des schweren Delikts bewegen.

Kurzum: Bei einer konkurrenzrechtlichen Fehlbewertung hat der Tatrichter den ihm zur Verfügung stehenden Rahmen für die angemessene Pönalisierung verkannt. Wer aber vor diesem Hintergrund propagiert, die zutreffende konkurrenzrechtliche Bewertung habe keinen Einfluss auf das Ausmaß von Unrecht und Schuld (und daher auch keinen Einfluss auf die Bestimmung der tat- und schuldangemessenen Strafe), der ignoriert schlicht und ergreifend die gesetzlichen Vorgaben, in denen sich die gesetzgeberische Grundentscheidung für eine dichotome und strafmaßrelevante Konkurrenzlehre widerspiegelt.

F. Fazit: Ein unerträglicher Zustand

Die besagte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bisher nicht die Aufmerksamkeit erfahren, die ihr bei genauem Hinsehen gebührt. In Wahrheit verweigert sogar der Bundesgerichtshof dem Gesetz(-geber) in Sachen Konkurrenzen die Gefolgschaft – und das schon seit mehreren Jahrzehnten. Auch dies beweist, in welchem „schlechtem“ Zustand sich die deutsche Konkurrenzlehre derzeit (oder schon immer) befindet.

Der Bundesgerichtshof muss diese Rechtsprechung, die sich als *contra legem* darstellt, unverzüglich aufgeben. Wenn die Richter am höchsten deutschen Strafgericht die Berechtigung der konkurrenzrechtlichen Dichotomie zwischen Tateinheit und Tatmehrheit und die damit einhergehenden Folgen für die Strafe in Frage stellen wollen, dann müssen sie dafür den verfassungsrechtlich vorgegebenen Weg bestreiten – nämlich die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG. Andernfalls haben sie das Gesetz (und die dahinterstehenden gesetzgeberischen Entscheidungen) zu akzeptieren und gesetzesgetreu zu exekutieren.

Wichtiger ist aber die Lektion, die der Gesetzgeber aus diesem unbefriedigenden Zustand der deutschen Konkurrenzlehre zu ziehen hat: Der unterschiedliche Umgang mit tateinheitlicher und tatmehrheitlicher Tatbegehung auf der Rechtsfolgenebene (Absorption vs. Asperation) muss dringend überdacht werden. Der legitimatorische Ausgangspunkt für diese Differenzierung ist mit Blick auf den Grundsatz schuldangemessener Bestrafung äußerst zweifelhaft. Nicht ohne Grund herrscht in der Rechtsprechung insgesamt der Trend vor, die Unterschiede zwischen Gesetzeskonkurrenz, Tateinheit und Tatmehrheit zu nivellieren. An

anderer Stelle habe ich ausführlich dargelegt, dass für die echte Konkurrenz ein monistisches Modell, das sich von der Grundidee an den Regeln der Asperation orientiert, deutlich besser geeignet wäre, eine schuldangemessene Bestrafung zu gewährleisten.⁵⁹

⁵⁹ Ausführlich *El-Ghazi*, Konkurrenzlehre, 625 ff.

**Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte und
Art. 103 II GG – Teil 1
Der Konflikt des § 13 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot
und dem Analogieverbot**

Wolfgang Mitsch, Potsdam*

ABSTRACT

Der wichtigste Maßstab für die Richtigkeit von Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung ist Art. 103 II GG. Strafgesetze müssen hinreichend bestimmt sein und dürfen nicht zum Nachteil eines Beschuldigten analog angewendet werden. Dass vor allem dem Bestimmtheitsgrundsatz im Strafgesetzbuch an manchen Stellen nicht oder nicht optimal Rechnung getragen wird, ist jedenfalls in der Strafrechtswissenschaft einhellige Auffassung. Bei Bemühungen um Korrektur verfassungswidriger oder zumindest verfassungsrechtlich bedenklicher Bestimmtheitsmängel kann man vom Bundesverfassungsgericht leider wenig Unterstützung erwarten.¹ Wiederholt hat das höchste deutsche Gericht fragwürdige Bestimmtheits-Atteste erteilt. Dem Engagement für mehr Gesetzesbestimmtheit wird dadurch ein Dämpfer verpasst, der regelmäßig zu Resignation und Sichabfinden mit der unbefriedigenden Gesetzeslage führt. Diese Situation haben wir in Bezug auf die in § 13 StGB angeordnete Strafbarkeit der sogenannten „unechten Unterlassungsdelikte“ und deren Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG.² Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundgesetzkonformität des § 13 StGB bejaht und dies auf Begründungen gestützt, die schon zum Entscheidungszeitpunkt nicht tragfähig waren (näher dazu unter B. I.). Sie sind es jetzt, nachdem 27 bzw. 22 Jahre seit den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen vergangen sind, erst recht

* Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, em. Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 54 ff.

² *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, 277; *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 61.



nicht. Die gesetzlich angeordnete und von der Justiz praktizierte Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte verstößt in weiten Teilen gegen Art. 103 II GG. Die Art und Weise, wie von Rechtsprechung und Literatur § 13 StGB und das zentrale Tatbestandsmerkmal „Garantenstellung“ behandelt werden, stehen in Widerspruch zu Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot.

A. Das unechte Unterlassungsdelikt vor Einführung des § 13 StGB

Die Möglichkeit der Erfüllung von Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB durch Unterlassen war – nicht unumstritten – anerkannt, bevor der Gesetzgeber mit der Einführung des § 13 StGB die Bestrafung von Unterlassungen auf der Grundlage von Begehungsdeliktstatbeständen für zulässig erklärte. Auch wenn das viele nicht wahrhaben wollten oder wollen, war die Justizpraxis eine Missachtung von § 2 StGB a.F., Art. 116 WRV und Art. 103 II GG.³ Die Gesetzestexte, mit denen im Besonderen Teil das strafbare Verhalten beschrieben wird, sind an Tatbegehung durch aktives Tun ausgerichtet.⁴ Durch § 13 StGB – vor allem seine „Entsprechungsklausel“ – wird das auch vom Gesetzgeber nachträglich bestätigt.⁵ Zwar mag eine sehr weite Auslegung die Aussage tragen, dass einen Menschen auch „tötet“, wer ihn „sterben lässt“, obwohl er den Tod abwenden könnte.⁶ Sofern dieses Auslegungsergebnis – was ich verneinen würde⁷ – richtig ist, wird die Wortlautgrenze des § 212 I StGB nicht durchbrochen. Jedoch lässt sich die Begrenzung des Täterkreises auf Träger einer „Garantenstellung“ weder dem § 212 I StGB noch allen anderen BT-Vorschriften entnehmen. Die meisten Begehungsdeliktstatbestände können von jedermann verwirklicht werden, weshalb der Gesetzestext das einschränkende Merkmal „Garantenstellung“ nicht enthält.⁸ Ein Nachbar, der sieht, wie die alleinerziehende Mutter im Haus

³ Kaufmann JuS 1961, 173, 175.

⁴ Grünwald ZStW 70 (1958), 412; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 608; Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 143. Vgl. auch Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht, 2001, 14: „dogmatische Vorrangstellung des Handlungsdelikts“.

⁵ Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 335.

⁶ Ordeig ZStW 111 (1999), 307, 315; Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 47: Mutter, die ihren Säugling verhungern lässt. Ablehnend Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 143.

⁷ Insbesondere wird aus einem Unterlassen nicht ein aktives Tun, weil der Unterlassende eine Garantenstellung hat, Kuhlen in Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), FS Puppe, 2011, 669, 680.

⁸ Kaufmann JuS 1961, 173, 175.

nebenan ihr Kleinkind verhungern lässt, erfährt aus dem Wortlaut des § 212 I StGB nicht,⁹ ob er auf Grund seiner Untätigkeit gerade dabei ist, das fremde Kind zu töten oder nicht.¹⁰ Streng genommen sagt ihm die extensiv ausgelegte Norm, dass er durch Unterlassen tötet.¹¹ Wenn die Vorenthaltung von Nahrung oder lebenswichtiger Medikamente eine Tötung ist, erfüllt dieses Tatbestandsmerkmal jeder, der die Zurverfügungstellung von Nahrungsmittel oder Medikament unterlässt, obwohl er es könnte.¹² Dieses Ergebnis akzeptiert aber niemand. Der Kreis tauglicher Unterlassungstäter ist begrenzt.¹³ Nur ist die Grenze nicht sichtbar, jedenfalls nicht im Text des § 212 I StGB. Dieser Bestimmtheitsmangel ist evident und nicht zu bestreiten. Inwieweit § 13 StGB ausreichend Abhilfe geschaffen hat,¹⁴ wird unten zu erörtern sein. Bemerkenswert ist aus heutiger Sicht¹⁵ der Mangel an Respekt der Rechtsprechung gegenüber dem verfassungsrechtlichen Appell „nullum crimen sine lege“.¹⁶ In der letzten Auflage des Lehrbuches von Jescheck/Weigend wird uns mitgeteilt, dass die Rechtsprechung die Vereinbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte mit dem Gesetzlichkeitsprinzip „nie in Zweifel gezogen“

⁹ Aus dem Wortlaut des § 13 StGB auch nicht.

¹⁰ *Ordeig* ZStW 111 (1999), 307, 315 beschränkt sich auf das Beispiel der Mutter, die ihr Kind verhungern lässt, äußert sich aber nicht zur Tatbestandsmäßigkeit der Untätigkeit sonstiger Personen.

¹¹ Deswegen wird das Erfordernis einer Garantenstellung bei *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 8. Aufl. 2014, § 46 Rn. 19, 28 für eine Strafbarkeitsvoraussetzung gehalten, die in Bezug auf den Tatbestand des StGB-BT strafbarkeitseinschränkende Wirkung („in bonam partem“) habe und deshalb nicht den strengen Anforderungen des Art. 103 II GG unterliege. Dagegen zutreffend *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, § 29 Rn. 4; *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 140.

¹² *S. v. Coelln*, Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt, 2008, 37; *Kaufmann* JuS 1961, 173, 175.

¹³ *Grünwald* ZStW 70 (1958), 412, 413; *Kuhlen* in *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), FS Puppe, 2011, 669, 676.

¹⁴ Dies zu Recht verneinend *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, 30; *Grünwald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht, 2001, 14. Bereits kurz vor Inkrafttreten des § 13 StGB stellte Claus Roxin fest, dass schon heute freilich sehr umstritten sei, ob es gelungen ist, die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Bestrafung unechter Unterlassungen zu beseitigen; *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 1974, 2. In seinem Lehrbuch *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 31 Rn. 32 erklärt Roxin später, hinsichtlich des Analogieverbotes sei dem Gesetzgeber die Beseitigung der Bedenken „unbestreitbar gelungen“.

¹⁵ Zur Situation nach Einführung des § 13 StGB konstatiert *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 328 treffend einen „Gipfel in der Mißachtung der Verfassungsgebote gesetzlicher Straf begründung (lex scripta) und hinreichender Tatbestandsbestimmtheit (lex certa)“. *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 126 stellt fest, dass „die Rechtsprechung zu § 13 die verfassungsrechtliche Problematik der Vorschrift [...] ausnahmslos übergeht“; ebenso *Albrecht*, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, 138.

¹⁶ *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, 29: mit dem Hinweis auf „Gewohnheitsrecht“ schnitt das Reichsgericht „kritischen Nachfragen nach Sinn und Zweck einer solchen Haftung [...] das Wort ab“; *Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, 49: zu der gerichtlichen Praxis nach Ende des 2. Weltkriegs, die ungeachtet erhobener Bedenken „weiterhin unbeirrt ohne gesetzliche Grundlage unechte Unterlassungsdelikte aburteilte“.

habe.¹⁷ Das habe schon in einer frühen Reichsgerichtsentscheidung – die freilich nicht an der noch nicht existierenden Weimarer Reichsverfassung und erst recht nicht an Art. 103 II GG, wohl aber an § 2 RStGB gemessen werden kann – Ausdruck gefunden.¹⁸ Dazu werden in einer erschöpfend kritischen Monographie folgende treffende Bemerkungen gemacht:

„Es ist ein im deutschen Strafrecht sehr seltener Vorgang, dass die Rechtsprechung seit Jahrzehnten fast ohne gesetzliche Begrenzung zu einer strafrechtlichen Kernfrage faktisch Recht setzen konnte.“¹⁹

Vielleicht erklärt dies auch, warum heute überwiegend die Bestrafung auf Grundlage des die Gesetzlichkeitssituation nicht verbessert habenden § 13 StGB²⁰ als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet wird. Fragwürdige Kontinuitäten im Justizwesen der Bundesrepublik hat es ja gerade in den ersten Jahrzehnten ihres Bestehens gegeben.²¹ Ein „weiter so!“ könnte also auch die Einführung des § 13 StGB begleitet haben.²²

B. § 13 StGB und Bestimmtheit

I. Bundesverfassungsgericht

Starke Schutzschilde gegen den Einwand der Verfassungswidrigkeit sind seit langem eine Plenar- und eine Kammerentscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 1997 und 2002. In seinem Beschluss vom 10.6.1997 erklärte der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts die Strafbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte nach § 13 StGB und insbesondere das die Garantenstellung umschreibende Merkmal „rechtlich dafür einzustehen hat“ für mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG vereinbar.²³

¹⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 609.

¹⁸ RGSt 10, 100, 101. Der Entscheidung lag ein Fall vertraglich begründeter Schutzpflicht zugrunde, eine Garantenstellung, deren Anerkennung nach Ansicht des Verfassers mit Art. 103 II GG in Einklang steht, Mitsch in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 64 ff.

¹⁹ Berster, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, 30.

²⁰ Berster, Das unechte Unterlassungsdelikt, 2014, 54; Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht, 2001, 14.

²¹ Wolf JuS 1996, 189, 194: „Der Satz nulla poena sine lege wurde gleichlautend in § 1 StGB und in Art. 103 II GG aufgenommen. Beachtet wird er bis heute nicht.“ (Hervorh. im zitierten Text).

²² Seebode in Seebode (Hrsg.), FS Spendel, 1992, 317, 332.

²³ Mit Beschluss vom 21.11.2002 (2 BvR 2202/01) nahm die 3. Kammer des 2. Senats daher eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, BVerfG NJW 2003, 1030.

1. Vorhersehbarkeit verbotenen Verhaltens

In seiner Begründung geht das Gericht bereits von einer in Bezug auf das Thema „unechtes Unterlassungsdelikt“ unpräzise umrissenen Schutzfunktion des Bestimmtheitsgebotes aus:

„Der einzelne Normadressat soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist“.²⁴

Diese Funktionsbeschreibung passt gewiss zu den Anforderungen, denen der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Strafvorschriften für Begehungsdelikte – im Besonderen Teil des StGB – zu entsprechen hat. Darauf beschränkt das Gericht selbst seine Aussage, indem es die Vorhersehbarkeit mit dem Thema, „welches Verhalten *verboten* ist“²⁵, verknüpft. Dass es verboten ist, einen anderen Menschen aktiv zu töten, erfährt jedermann tatsächlich aus dem Text des § 212 I StGB. Mit § 13 StGB hat das nichts zu tun. Aus § 212 I StGB in Verbindung mit § 13 I StGB sollte „der Normadressat“ (dazu sogleich unter 2.) hingegen erfahren, welches Verhalten „*geboten*“ ist, welche aktiven Handlungen ausgeführt werden müssen, um eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen zu vermeiden. Der Unterschied zwischen Verbot und Gebot ist den Richtern des Bundesverfassungsgerichts gewiss bekannt. Warum also finden sie im vorliegenden Zusammenhang nicht die richtigen Worte? Vielleicht glaubten sie, „verbotenes Verhalten“ (Begehungsdelikt) und „gebotes Verhalten“ (Unterlassungsdelikt) sei dasselbe, denn „verboten“ – so könnte man sagen – ist im Fall eines Unterlassungsdelikts ja schließlich das „Unterlassen“ (der gebotenen Handlung).²⁶ Aber verschleiert wird damit, dass die Vorhersehbarkeit des „richtigen“ – d.h. die Strafbarkeit vermeidenden – Verhaltens herzustellen bei Unterlassungen erheblich schwieriger ist als bei aktivem Tun. Der Mensch mit der geladenen Pistole in der Hand erfährt aus § 212 I StGB mit hinreichender Deutlichkeit, dass er mit der Schusswaffe nicht auf einen anderen Menschen in seiner Nähe schießen darf. Der Mensch, der sich zufällig an einem Ort aufhält, wo gerade ein schwerer Verkehrsunfall mit mehreren Schwerverletzten passiert ist, erfährt weder aus § 212 I StGB noch aus

²⁴ BVerfG NJW 1998, 50, 56.

²⁵ Kursiv-Hervorhebung hier.

²⁶ Kaufmann JuS 1961, 173, 174; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1102: „Das unechte Unterlassungsdelikt verletzt dasselbe Verbot wie das entsprechende Begehungsdelikt.“

§ 13 I StGB und auch nicht aus der „Zusammenschau“ beider Vorschriften, wie er sich zu verhalten hat, um bei den Unfallopfern Todeserfolge zu verhindern. Dieser Mangel an gesetzlicher Klarheit belastet den rechtlichen Status des potentiellen Normadressaten beim Unterlassungsdelikt besonders einschneidend und stärker als bei Begehungsdelikten. Denn der Pflicht zur Ausführung einer bestimmten (Erfolgsabwendungs-)Handlung korrespondiert der Zwang zur Unterlassung sämtlicher (konkurrierender) Möglichkeiten aktiver Persönlichkeitsentfaltung, deren Wahrnehmung mit der pflichterfüllenden Handlung kollidieren würde. Das Verbot der aktiven Tötung eines Menschen verlangt vom Normadressaten nicht mehr als die Unterlassung der Tötungshandlung.²⁷ Die Befolgung dieses Verbots hindert den Adressaten nicht an der Beschäftigung mit beliebigen Tätigkeiten, auf die er verzichten müsste, wenn er sich lebensrettenden Maßnahmen zu widmen hätte.²⁸ Die Verunsicherung wird zusätzlich dadurch gesteigert, dass die Strafbarkeit von Unterlassungen unter einem Zumutbarkeitsvorbehalt steht. Die Unterlassung unzumutbarer Handlungen ist nicht strafbar, nach wohl noch herrschender Meinung entschuldigt, nach vordringender Ansicht nicht einmal tatbestandsmäßig.²⁹ Zu den Einzelheiten von Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit erfährt jedoch niemand etwas aus dem Strafgesetzbuch oder sonstigen Gesetzen.

2. Normadressat

Der oben referierte Satz aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts offenbart noch eine zweite – viel gravierendere – Unsauberkeit in der Wortwahl der Entscheidung. Der 2. Senat spricht ganz unbefangen vom „Normadressat“, für den das verbotene Verhalten vorhersehbar sein muss. Dabei wird verkannt, dass genau dies das Bestimmtheitsproblem der unechten Unterlassungsdelikte kennzeichnet: Wer ist überhaupt „Normadressat“ – z. B. Adressat des § 212 I StGB – im Falle eines unechten Unterlassungsdelikts?³⁰ Totschlag durch Unterlassen ist anders als Totschlag durch aktives Tun kein „Jedermannsdelikt“.

²⁷ *Kühl* in Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), FS Herzberg, 2008, 177, 180: „Das ist nicht zu viel verlangt“; ebenso *Engisch* in Lackner/Lefereenz/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), FS Gallas, 1973, 163, 189.

²⁸ Man könnte sogar sagen, dass das Tötungsverbot den Handlungsspielraum erweitert: Durch Befolgung des Verbots verschafft der Normadressat sich die Freiheit zur Ausführung legaler Aktivitäten, die er während der Tötungshandlung zurückstellen oder ganz aufgeben müsste.

²⁹ *Bosch*, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 155.

³⁰ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 209.

Normadressat ist nicht jeder Mensch („Wer“ in § 212 I StGB), sondern nur der Inhaber einer Garantenstellung. Die Garantenstellung begrenzt den Kreis tauglicher Täter und definiert nicht das „Verhalten“, mit dem der Täter (Garant) den objektiven Tatbestand erfüllt.³¹ Im Beispiel des Verkehrsunfalls wird der Durchschnittsbürger wahrscheinlich wissen, dass bestimmte Erste-Hilfe-Maßnahmen rechtlich relevant sind und ihre Nichtvornahme Strafbarkeit (aus § 323c I StGB) begründen könnte. Hinsichtlich des „Verhaltens“ wird man daher von hinreichender Vorhersehbarkeit ausgehen können. Stünde also fest, wer in der konkreten Unfallsituation Normadressat ist, gäbe es kein Bestimmtheits-Problem. Welcher der Unfallzeugen jedoch von der Staatsanwaltschaft als „Totschläger“ oder gar „Mörder“ angeklagt werden wird, wenn er untätig bleibt, teilt den meisten Personen – ausgenommen sind z. B. Eltern eines unter den Verletzten befindlichen minderjährigen Kindes oder der pflichtwidrige Unfallverursacher (Ingerenz) – kein Gesetz mit.³² Nicht die Unvorhersehbarkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens, sondern die Unvorhersehbarkeit des Normadressatenkreises ist die Crux der unechten Unterlassungsdelikte. Das Bundesverfassungsgericht hat also schon im Ausgangspunkt „das Thema verfehlt“.

3. Gesetzgeberisches Antizipationsunvermögen

Gesetze sind in der Regel nicht befristet, ihre Geltung ist auf unbestimmte Zeit gerichtet. Es trifft daher durchaus zu, dass Gesetze

„nicht alle zukünftigen Fälle im Detail voraussehen“

können. Ob sie auch die volatile Zukunft vorwegnehmen und den

„Wandel der Verhältnisse aufnehmen und der Besonderheit des Einzelfalls in ihrer Allgemeinheit gerecht werden“

müssen,³³ ist hingegen zu bestreiten.³⁴ Das Strafrecht ist anerkanntermaßen „fragmentarisch“, eine Feststellung, die üblicherweise nicht negativ konnotiert ist, sondern vielmehr als ein Gütesiegel des liberalen

³¹ Daher wird die Garantenstellung als „besonderes persönliches Merkmal“ iSd § 28 I StGB anerkannt, BGH NStZ 2022, 220, 222; *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 971.

³² *Kaufmann* JuS 1961, 173, 176; *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 157.

³³ BVerfG NJW 1998, 50, 56; NJW 2003, 1030 („Vielgestaltigkeit des Lebens“).

³⁴ *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 130; *Seebode* in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 339.

deutschen Strafrechts (keine „Vielstraferei“) ausgewiesen wird.³⁵ Strafgesetze müssen also nicht komplett und lückenlos sein. Insbesondere wenn es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, in der Vorausschau künftige Strafbarkeitslücken durch eine entsprechend dichte Normgestaltung zu vermeiden, erwächst ihm daraus kein Vorwurf. Wenn Straflosigkeit irgendwann inakzeptabel wird, hat der Gesetzgeber darauf zu reagieren und das geltende Strafrecht zu ergänzen.³⁶ Das Phänomen „Computerbetrug“ war 1871 nicht vorhersehbar und konnte somit keinen Einfluss nehmen auf die sprachliche Gestaltung des § 263 StGB, mit dem man später vergeblich den Computerbetrug in den Griff zu bekommen versuchte. Konsequenz war die Einführung des § 263a StGB im Jahr 1986. Unmöglichkeit der Vermeidung von Strafbarkeitslücken ist also kein Rechtfertigungsgrund für die Nichtbefolgung des Bestimmtheitsgebots oder – was im Fall der Anwendung des § 263 StGB auf den Computerbetrug in Rede stünde – des Analogieverbots. Wenn es nicht möglich ist, der gewünschten Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen in einer hinreichend bestimmten Strafnorm Ausdruck zu verleihen, dann muss von dem Pönalisierungsvorhaben Abstand genommen werden.³⁷ Unvermögen ist kein Erlaubnistatbestand für verfassungswidrige Gesetzgebung.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht schlägt also eine um 180 Grad falsche Marschrichtung ein: Wenn Bestimmtheit nicht möglich ist, ist auch Unbestimmtheit erlaubt. Unbestimmtheit ist in der Strafrechtsgesetzgebung immer unerlaubt.³⁹

Eine grobe Fehleinschätzung verbunden mit einer unrichtigen Folgenableitung und einem Selbstwiderspruch unterläuft dem Senat in den folgenden Sätzen seiner Begründung. Reichlich vage erklärt er, dass sich eine

„gesetzliche Regelung jedes einzelnen unechten Unterlassungsdelikts wegen der Vielzahl der denkbaren Tatbestände praktisch kaum verwirklichen“

³⁵ *Albrecht*, Begründung von Garantstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, 141.

³⁶ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 192; *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 346.

³⁷ *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, 128, 188.

³⁸ Inakzeptabel *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, 2015, 90: „Ein Gesetz ist demnach nur dann als zu unbestimmt und damit als verfassungswidrig zu verwerfen, wenn dem Gesetzgeber eine bestimmtere Gesetzesformulierung möglich gewesen ist, er sich aber für eine unbestimmte Variante entschieden hat.“ Ebenfalls abzulehnen *Utz*, Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016, 37.

³⁹ *Seebode* in *Seebode* (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 338.

lasse. Selbst wenn dem so wäre, stellt sich die Frage, wieso nicht wenigstens die nicht bloß „denkbaren“, sondern bekannten Garantenstellungen in eine gesetzliche Regelung gefasst werden. Hinsichtlich der nicht vermeidbaren „Lücken“ ist dann wieder auf die Fragmentarität des Strafrechts zu verweisen. Diese ist hinzunehmen und gegebenenfalls durch spätere Gesetzesergänzungen zu lindern.⁴⁰ „Lieber eine unvollständige Normkonkretisierung als gar keine“ lautet der verfassungsrechtliche Leitsatz, dem der Gesetzgeber zu folgen hat. Geradezu blamabel erscheint die Behauptung von der Regelungsunmöglichkeit, wenn man sie einem „Faktencheck“ unterzieht. Tatsächlich hat es schon zur Zeit der Entscheidung verschiedene Regelungsvorschläge gegeben,⁴¹ die zwar vielleicht nicht perfekt sind, aber allemal besser als der Zustand völliger Ungeregeltheit, an dem sich auch mit der Einführung des § 13 StGB nichts substantiell geändert hat.⁴² Im Jahr 2025 – also über ein Vierteljahrhundert nach der Entscheidung des 2. Senats – kann das, was das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1997 diagnostizierte, nicht mehr ernsthaft behauptet werden.⁴³ Sollte es tatsächlich sein, dass die Gesetzgebung nicht in der Lage ist, aus dem immensen Material, das Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft inzwischen zusammengetragen haben,⁴⁴ eine passable Vorschrift zu den anerkannten Garantenstellungen zu produzieren, wäre das ein Armutszeugnis für den deutschen Rechtsstaat. Eine Arbeitsgruppe von Strafrechtswissenschaftlern aus der Vereinigung „Kriminalpolitischer Kreis“ hat im Jahr 2023 einen bislang unveröffentlichten Entwurf eines neuen § 13 StGB verfasst, der den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft verarbeitet und ein nahezu lückenloses Netz an Garantenstellungen ausbreitet, das in puncto Bestimmtheit nichts zu wünschen übrig lässt. Gäbe es zwischen Politik und Wissenschaft noch eine Zusammenarbeit wie es sie in den 1950er- und 1960er-Jahren gegeben hat, würde auch der Gesetzgebung die

⁴⁰ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 193.

⁴¹ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 188.

⁴² *Kühl* in Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), FS Herzberg, 2008, 177, 190.

⁴³ Nicht erst aus heutiger Sicht, sondern schon in der 2015 veröffentlichten Arbeit von *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, 2015, 91 wird die Leistungsfähigkeit der Strafrechtswissenschaft unterschätzt, wenn behauptet wird, eine hinreichend bestimmte Gesetzesformulierung sei „dem Gesetzgeber zum Stand der damaligen und auch heutigen Dogmatik nicht möglich“. Richtig ist hingegen, dass – entgegen dem BVerfG – „die bis 1969/1975 ergangene Rechtsprechung jedoch in vieler Hinsicht noch nicht ausgereift“ war, *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 185.

⁴⁴ Bei *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 192 ist anschaulich von einem „ganzen Blumenstrauß an Legitimationsmöglichkeiten“ die Rede.

Schaffung zufriedenstellender Gesetzlichkeit gelingen. Freilich hatte diese Zusammenarbeit beim Thema „Normierung der unechten Unterlassungsdelikte“ leider keine Früchte getragen.

Vollends unverständlich werden die Ausführungen in der Entscheidungsbegründung des Bundesverfassungsgerichts, wenn man sie in Beziehung setzt zu dem Erkenntnisstand, der angeblich von Rechtsprechung und Lehre sogar schon vor der Einführung des § 13 StGB generiert worden sei:

„Rechtsprechung und Lehre haben aber die Strafbarkeit der traditionell anerkannten unechten Unterlassungsdelikte bereits vor einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung dahingehend eingegrenzt, daß nur eine Rechtspflicht, die einem durch besondere Umstände begründeten Schutzverhältnis zum gefährdeten Rechtsgut entspringt, eine Garantenstellung begründen kann, eine sittliche Pflicht oder nur die faktische Möglichkeit zur Schadensverhinderung aber nicht genügen. Mit dem durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 30.7.1973 zum 1.1.1975 eingeführten § 13 StGB fand diese jahrzehntelange Rechtsprechung ihre gesetzliche Form. Die auf sie zurückgehenden Merkmale der Garantenstellung wurden in der Folgezeit kontinuierlich weiterentwickelt.“⁴⁵

In der Kammerentscheidung vom 21.11.2002 wird dies wiederholt:

„Die Anbindung an das Erfordernis normativ begründeter Pflichten und eine auf langjährige Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung möglicher Garantenstellungen gewährleisten aber, dass das Risiko einer Bestrafung für den Normadressaten voraussehbar wird.“⁴⁶

Tatsächlich kann aber keine Rede davon sein, dass § 13 StGB die „jahrzehntelange Rechtsprechung“ in eine „gesetzliche Form“ übergeführt habe. Plausibel wäre eine solche Behauptung vielleicht, wenn der Text des § 13 StGB nach Art eines Blankettgesetzes eine Verweisung auf den „Output“ der Rechtsprechung enthielte:

„Die Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges richtet sich nach den Erkenntnissen der Rechtsprechung.“

Darin läge keine unzulässige Übertragung legislativer Gewalt auf die Judikative, jedenfalls sofern es sich nicht um eine dynamische, sondern eine auf einen bestimmten Stichtag vor Inkrafttreten des § 13 StGB

⁴⁵ BVerfG NJW 1998, 50, 56; NJW 2003, 1030 („auf langjähriger Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung möglicher Garantenstellungen“).

⁴⁶ BVerfG NJW 2003, 1030.

bezogene statische Verweisung handelte. Mit einem derartigen Text hätte der Gesetzgeber sich Rechtsinhalte, für die Gerichte Urheberschaft geltend machen können, zu eigen gemacht. Aber abgesehen davon, dass § 13 StGB einen solchen Verweisungs-Satz nicht enthält, wäre ein Pauschalverweis auf Kasuistik nicht ausreichend, um die Pflicht des Gesetzgebers zur Information potentieller Normadressaten über das gelten sollende Recht zu erfüllen. Merkwürdig ist indessen, dass nach Ansicht der Bundesverfassungsrichter der „Stoff“ einer gesetzlichen Regelung der Garantenstellungen schon bei Einführung des § 13 StGB existierte und „in der Folgezeit kontinuierlich fortentwickelt“ worden sei, gleichwohl aber

„eine gesetzliche Regelung jedes einzelnen unechten Unterlassungsdelikts wegen der Vielzahl der denkbaren Tatbestände praktisch kaum“

zu verwirklichen sei. Das Bundesjustizministerium mit seinen zahlreichen hochqualifizierten Mitarbeitern ist demnach mit der Erfüllung der Herkulesaufgabe, die „Vielgestaltigkeit des Lebens“ grundgesetzkonform gesetzlich abzubilden, überfordert. Den – überwiegend nicht juristisch gebildeten – Bürgern soll es hingegen zumutbar sein, sich die von Art. 103 II GG garantierte „Vorhersehbarkeit“ durch Recherche über eine „jahrzehntelange Rechtsprechung“ zu verschaffen.⁴⁷ Es fällt schwer, dies nicht satirisch zu kommentieren. Art. 103 II GG verpflichtet den Gesetzgeber, dem Bürger diese untragbare Last abzunehmen und ihm in Gestalt eines lesbaren und im Wesentlichen auch für Laien verständlichen Gesetzestextes das für die Steuerung des eigenen Verhaltens erforderliche Wissen zu vermitteln. Dazu müsste die große Fülle an Textmaterial in veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Abhandlungen systematisch gesichtet, ausgewertet, gegebenenfalls korrigiert und schließlich redaktionell auf das Format von StGB-Paragraphen zugeschnitten werden. Das ist sicher eine mühevollere und zeitaufwändigere Aufgabe, die aber erfüllbar ist.⁴⁸ Fehlender politischer Wille ist kein Entschuldigungsgrund. Der Gesetzgeber sei daran erinnert, dass

⁴⁷ *Albrecht*, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, 147; *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 195; *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, 2015, 92; *Schmitz*, in Münchener Kommentar StGB, Bd.1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 55; *Seebode* in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 338.

⁴⁸ Zutr. *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 188; *Seebode* in Seebode (Hrsg.), FS Spindel, 1992, 317, 339. An dem oben erwähnten Gesetzesentwurf aus dem „Kriminalpolitischen Kreis“ haben durchschnittlich 8 bis 10 Strafrechtslehrer in deutlich weniger als 10 ca. 3-stündigen Sitzungen gearbeitet.

nach seinem eigenen explizit zum Ausdruck gebrachten Willen, § 13 StGB eine Übergangslösung sein soll, weil damals die Zeit für eine konkretere Normierung „noch nicht reif“ gewesen sei.⁴⁹ Das liegt mehr als ein halbes Jahrhundert zurück. Wahrscheinlich würde Thomas Weigend – Mitglied der oben erwähnten Arbeitsgruppe – in eine Neuauflage des Leipziger Kommentars einen Satz wie folgenden nicht mehr aufnehmen:

„Man wird sich deshalb trotz der berechtigten Bedenken unter dem Aspekt von Art. 103 II GG mit dem derzeitigen Rechtszustand abfinden müssen.“⁵⁰

4. Jahrzehntelange Rechtsprechung als Gesetz

Ein gesetzliches Vakuum kann tatsächlich durch Rechtsprechung gefüllt werden. Reichsgericht und Bundesgerichtshof haben das gezeigt. Diese Rechtsprechung ist aber kein Gesetz im Sinne des Staatsrechts⁵¹ und aus ihr wird auch durch Zeitablauf und Vermehrung des Bestands an Entscheidungen kein Gesetz. Ein gegen Art. 103 II GG verstoßendes Gesetz kann nicht durch konkretisierende Rechtsprechung „geheilt“ werden.⁵² Rechtsprechung bleibt Rechtsprechung, mehr nicht. Das Bundesverfassungsgericht „missachtet die Gewaltenteilung, lässt die Justiz zum Gesetzgeber werden“.⁵³ Aber selbst, wenn es zuträfe, dass irgendwann – „nach Jahrzehnten“ – die Menge, der sich in der Vergangenheit angesammelten Gerichtsentscheidungen, die rechtliche Wirkung hat, aus Jurisdiktion Legislative werden zu lassen, blieben unbeantwortbare Fragen, an denen das richterrechtliche Konstrukt zerbrechen muss. Wenn es laut Bundesverfassungsgericht eine „jahrzehntelange“ Rechtsprechung ist, mit deren Output die gesetzliche Lücke geschlossen worden ist, muss es dafür einen Mindestzeitraum geben. Vor Erreichen dieses Zeitraums war noch nicht genügend Rechtsprechung vorhanden, um das Fehlen einer vom Gesetzgeber selbst geschaffenen Bestrafungsgrundlage zu

⁴⁹ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 192.

⁵⁰ *Weigend*, in Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 19.

⁵¹ Es wäre interessant zu erfahren, wie der Antrag einer abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 94 I Nr. 2 GG gegen „jahrzehntelange Rechtsprechung“ formuliert werden soll. Wahrscheinlich würde das BVerfG ihn wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung annehmen.

⁵² *Kuhlen* in Dannecker (Hrsg.), FS Otto, 2007, 89, 104; *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, 2015, 96; *Seebode* JZ 2004, 305, 307; *Sternberg-Lieben*, Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2002, 289, 301.

⁵³ So *Seebode* JZ 2004, 305, 307; ebenso *Geerds* in Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), FS Engisch, 1969, 406, 411; *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1, 14.

kompensieren.⁵⁴ Ab und seit wann es die gesetzgleiche „jahrzehntelange“ Judikatur gibt, kann niemand beantworten, auch das Bundesverfassungsgericht nicht. Klar ist hingegen, dass vor der ersten Gerichtsentcheidung, die jemals einen Angeklagten wegen eines unechten Unterlassungsdelikts schuldig gesprochen hat, eine „auf langjähriger Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung möglicher Garantstellungen“⁵⁵ nicht existierte. Dieses erste Urteil und zahlreiche weitere Urteile danach ergingen also zweifellos ohne tragfähige gesetzliche Grundlage – auch ohne Basis einer „jahrzehntelangen Rechtsprechung“ – und verletzen Verfassungsrecht. Auf der anderen Seite ist es selbstverständlich, dass rechtsstaatliche Garantien wie die des Art. 116 WRV und Art. 103 II GG „von Anfang an“ gelten und nicht erst nach einer mehr oder weniger langen „Anlaufphase“ der Rechtsprechung. Schon das erste Urteil, mit dem ein Angeklagter schuldig gesprochen wird, muss sich auf ein Strafgesetz zurückführen lassen, das hinreichend bestimmt ist und nicht im Wege von Analogie auf den konkreten Fall angewendet wird. Daher war die sich allmählich entwickelnde Rechtsprechung, die nach dem Bundesverfassungsgericht irgendwann eine Dichte und Stabilität erlangt hatte, dass sie ein fehlendes Gesetz ersetzen konnte, zumindest vor Erreichen dieses Status verfassungswidrig. Verfassungswidrige Rechtsprechung ist kein zulässiges „Füllmaterial“ für eine inhaltlose Vorschrift wie § 13 I StGB.⁵⁶

Unbeantwortet bleibt zudem die Frage nach der Zulässigkeit zukunftsgerichteter judikativer Kreativität in Gestalt der „Erfindung“ neuer Garantstellungen. Das Bundesverfassungsgericht sieht es offenbar als ein die Grundgesetzkonformität des § 13 I StGB stärkendes Ereignis, dass die Merkmale der Garantstellung „in der Folgezeit kontinuierlich weiterentwickelt“ wurden. Danach darf also die Judikative, am Gesetzgeber vorbei, aus dem seit Jahrzehnten verdichteten Gedankengut Impulse zur Begründung neuer Garantstellungen empfangen. Die leitenden Grundgedanken, denen die bereits anerkannten Garantstellungen ihre Entstehung verdanken, erzeugen im Zusammenwirken mit neuartigen Sachverhalten sowie eventuellem „Zuarbeiten“ aus der

⁵⁴ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 185; *Kuhlen* in Dannecker (Hrsg.), FS Otto, 2007, 89, 104 Fn. 121; *Paradissis*, Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, 2015, 108.

⁵⁵ BVerfG NJW 2003, 1030.

⁵⁶ *Herbertz*, Die Ingerenz, 2020, 185.

Strafrechtswissenschaft die passenden Garantenstellungen für diese neuen Falltypen.⁵⁷ So sieht es das Bundesverfassungsgericht. Gäbe es ein positives Gesetz, dem im Wege eines Ähnlichkeitsvergleichs ein Sachverhalt untergeordnet wird, der vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfasst wird, unterfiele dieser rechtsschöpferische Akt dem Verdikt des Analogieverbots. Hier nun ist es eine gefestigte Rechtsprechung, die den Gerichten eine Lizenz zur „kontinuierlichen Weiterentwicklung“ verleihen soll. Etwas anderes als Analogie kann diese gerichtliche Rechtsfortbildung nicht sein.⁵⁸

Fortsetzung des Beitrags in Heft 3/2025

⁵⁷ Utz, Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016, 37: „Durch enge Anlehnung an bereits anerkannte Pflichtenstellungen [...]“.

⁵⁸ Offenbar keinen Konflikt mit Art. 103 II GG sieht darin Bosch, in Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 5/6: „Ganz im Gegenteil gewährleistet gerade die Ableitung von Garantenpflichten im Wege des Analogieschlusses zu bereits anerkannten Pflichtenstellungen die hinreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung.“

Unbewusste Fahrlässigkeit: Eine Neubetrachtung aus psychologischer Perspektive

Johannes S. Weigel, Freiburg/Göttingen, und Jan Rummel, Heidelberg*

ABSTRACT

Die Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit ist zwar seit langem in der Diskussion, ihre Begründung scheint jedoch gefunden. Der Beitrag zeigt auf, dass vorherrschende Annahmen jedoch auf zweifelhaften psychologischen Prämissen beruhen und begriffliche Unschärfen aufweisen. Dafür wurde die Problematik erstmalig im Rahmen einer Zusammenarbeit zwischen Rechtswissenschaft und Psychologie untersucht, wodurch sich neue Perspektiven auf eine alte Frage eröffnen.

Dass wir Reize in unserer Umwelt wahrnehmen, also sie sehen, hören, riechen, schmecken oder ertasten können, ist ebenso notwendig wie selbstverständlich. Ist ein Reiz so beschaffen, dass er von dem entsprechenden menschlichen Sinnesorgan prinzipiell wahrnehmbar ist, dann wird er in der Regel auch wahrgenommen werden. Wir verlassen uns also bei ausreichend guten Lichtverhältnissen zu Recht darauf, dass wir die letzte Stufe beim Treppensteigen, die Fahrradfahrerin beim Ausparken oder das heranfahrende Auto beim Überqueren der Straße bemerken werden.

* Johannes Weigel ist Mitglied der unabhängigen Forschungsgruppe „Strafrechtstheorie“ am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht unter der Leitung von Philipp-Alexander Hirsch und Doktorand am Lehrstuhl von Uwe Murmann an der Universität Göttingen. Kontakt: j.weigel@cs1.mpg.de.

Jan Rummel ist Professor für Allgemeine Psychologie und Kognitive Selbstregulation an der Universität Heidelberg und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der menschlichen Aufmerksamkeits- und Gedächtnisleistung.

Die in diesem Beitrag entwickelten Ideen und Konzepte wurden teilweise von den Autoren auf der Tagung „Criminalising Carelessness“ am MPI-CSL im August 2024 präsentiert.



Allerdings reicht das bloße Sehen der relevanten Reize (Treppenstufe, Radfahlerin, Auto) in diesen Beispielen nicht aus, um Unfälle vermeiden zu können. Die Reize müssen zusätzlich korrekt weiterverarbeitet, das heißt zunächst *interpretiert* werden. Im nächsten Schritt muss dann korrekt auf sie *reagiert* werden – und beides in angemessener Zeit. Die letzte Treppenstufe muss als Treppende interpretiert und es muss reaktiv daraufhin vom „Treppensteigen“ in die normale Gangart gewechselt werden. Radfahlerin und Auto müssen als Hindernis bzw. Gefahrenquelle erkannt werden und zum Bremsen führen. Auch diese Weiterverarbeitung kann automatisiert ablaufen. Manchmal verlangt die korrekte Verarbeitung eines Reizes jedoch ein gewisses Maß an Konzentration, das nicht in jeder Situation und von jeder Person aufgebracht werden kann. Dass diese Reiz-Reaktions-Verarbeitung fehleranfällig ist, lässt sich auch daran erkennen, dass in Autos mittlerweile modernste Fahrerassistenz bei der vollständigen Erfassung der Umwelt helfen.

Fehler der Reiz-Reaktions-Verarbeitung sind zwar oft mit einem gehörigen Schrecken verbunden, aber zum Glück meistens harmlos. Dennoch liegt der Vorwurf auf der Hand: „Pass besser auf“, „guck halt richtig“, „schau, wo du hingehst“.

Und das ist wohl folgerichtig: Wir halten es für selbstverständlich, dass andere bei hinreichender Konzentration und entsprechender Motivation wichtige Reize wahrnehmen und rechtzeitig darauf reagieren. Zudem verlassen wir uns darauf, dass wir dazu ebenfalls in der Lage sind. Das gilt nicht nur für harmlose Situationen, sondern auch in anspruchsvollen und gefährlichen Kontexten, insbesondere im Straßenverkehr, wo schnell und unmittelbar auf sich wiederum oft schnell bewegende Reize reagiert werden muss. Wir müssen uns darauf verlassen, dass unsere Reiz-Reaktions-Verarbeitung grundsätzlich funktioniert. Könnten wir dies nicht, sähe unser Alltag gänzlich anders aus. So müsste etwa der Straßenverkehr in Schrittgeschwindigkeit erfolgen oder ganz eingestellt werden,¹ erst recht, wenn man ohnehin das regelgerechte Autofahren als „erlaubtes Risiko“ ansieht.²

Grundannahmen wie diese prägen jedoch nicht nur unseren Umgang mit unserer Reiz-Reaktions-Verarbeitung. Auch in anders gelagerten Fällen muss sich der Mensch auf grundsätzlich vorhandene „Fähigkeiten“ bzw.

¹ So auch *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 69.

² So u.a. *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 11 Rn. 66.

darauf verlassen, dass ihm bestimmte Reize in seiner Umwelt rechtzeitig bewusst werden, ohne dass er fortwährend seine Aufmerksamkeit darauf richtet. So vertrauen wir bspw. auch darauf, dass wir uns an wichtige unerledigte Dinge, etwa einen Termin bei der Chefin, zum richtigen Zeitpunkt erinnern können.

Derlei Grundannahmen bestimmen dabei nicht nur unser Gefühl von Verantwortlichkeit im sozialen Miteinander, sondern auch unsere Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unbewusster Fahrlässigkeit. Doch obgleich diese Annahmen einen erkennbaren (zumindest laien-)psychologischen Kern haben, wird der Psychologie hinter der Unbewusstheit kaum Beachtung zuteil.³ Dem Charakteristikum unbewusster Fahrlässigkeit, der namensgebenden Unbewusstheit, wird darüber hinaus im deutschen Strafrecht kaum bis keine Bedeutung zugemessen.⁴ In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist die Ansicht vorherrschend, das „Problem unbewusster Fahrlässigkeit“ sei, nach mehr als zweihundertjähriger Diskussion,⁵ gelöst. Zwar kann die Schuld unbewusster Fahrlässigkeit nicht, wie lange versucht wurde, mit einem positiven Willensentschluss als klassische „Willensschuld“ erklärt werden. Nach der Ablösung des „psychologischen“ durch den „normativen“ Schuldbegriff könne indes auch problemlos die unbewusste Fahrlässigkeit begründet werden:

„Damit war die Frage der ‚Willensschuld‘ für vorsätzliche und fahrlässige Straftaten im grundsätzlich gleichen Sinne gelöst: Schuld ist *nicht* das *Wollen* der sorgfaltswidrigen Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern das Urteil, dass der Täter *vorwerfbar sorgfaltswidrig gehandelt* hat, eine Feststellung, die auch für die unbewusste Fahrlässigkeit zutrifft“⁶ (Herv. i. Orig.)

Im vorliegenden Aufsatz soll aufgezeigt werden, dass indes auch unter dem normativen Schuldbegriff eine psychologische Perspektive für die Begründung der Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit überaus relevant ist. Dafür ist zunächst diese Behauptung zu plausibilisieren (A.). Im nächsten Schritt muss demonstriert werden, welche Konsequenzen aus

³ Ausnahmen stellen insbesondere historisch *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910 und modern *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, 389 ff. dar.

⁴ Siehe nur *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 24 Rn. 68; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, Rn. 1110; *Freund/Rostalski*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 9; für das Gutachten *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 30 Rn. 5 m.w.N.

⁵ Siehe für einen Überblick über diese Diskussion u.a. *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, insb. ab S. 47; *Koch* ZIS 2010, 175; kritisch dazu *Spilgies* ZIS 2010, 490.

⁶ *Gössel* in *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT 2, 8. Aufl. 2014, § 42 Rn. 60 ff.

dieser Perspektive folgen (B.). Zuletzt werden kurz allgemeinere Schlüsse daraus gezogen und der weitere Forschungsbedarf aufgezeigt (C.). Durch die hier erfolgte psychologisch-juristische Zusammenarbeit wird, nach dem Kenntnisstand der Autoren, erstmals die unbewusste Fahrlässigkeit interdisziplinär in den Blick genommen.

A. Die Relevanz psychologischer Forschung im Rahmen unbewusster Fahrlässigkeit

Die Relevanz psychologischer Forschung für die Begründung der Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit ergibt sich insbesondere aus zwei Aspekten. Auf diese soll der Verständlichkeit halber getrennt eingegangen werden; sie weisen jedoch durchaus verwandte Elemente auf.

I. Schuld trotz Unbewusstheit

Der erste Aspekt besteht darin, dass auch die Schuldbegründung anhand des „normativen Schuldbegriffs“ bzw. eine erhebliche Anzahl von konkreten Varianten eine „empirische“ Seite aufweist, deren Substantiierung nicht allein eine juristische Frage darstellt. Exemplarisch sollen vorliegend einige herausgegriffen werden.

Wohl am deutlichsten sieht man dies bei jenen Theorien, die auf eine fehlerhafte Einstellung zur Begründung der Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit rekurrieren.⁷ Ihnen liegt die Vorstellung eines akteurinternen Umstandes zugrunde, der zur Unbewusstheit und damit zum sorgfaltswidrigen Verhalten geführt hat.

Meist ist dies ein „Defizit“: Stratenwerth beschreibt eine „Indifferenz gegenüber fremden Rechtsgütern“⁸, weswegen der Akteur die Gefahr nicht als solche interpretiert hätte. Duttge will auf ein „mangelndes Vermeidungsinteresse“⁹ abstellen. Sowohl Murmann als auch Beck führen die mangelnde Bewusstheit auf die „Geringachtung der gefährdeten Rechtsgüter“¹⁰ zurück. Ein „Motivationsunrecht“ sieht Frister, da es für die

⁷ Es scheint, dass dies derzeit sogar die Mehrheit im deutschen Strafrecht darstellt.

⁸ *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1981, Rn. 1106. Siehe in der Neuauflage ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 31. Wobei „Indifferenz“ auch als positiv vorhandene Einstellung verstanden werden könnte.

⁹ *Duttge*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 88. Siehe allerdings zu weiteren, insbesondere einschränkenden, Aspekten in seiner Theorie, u.a. *MüKo/StGB-Duttge*, § 15 Rn. 121 ff.

¹⁰ *Murmann* (Fn. 4), § 30 Rn. 5; *Beck*, in Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 36 Rn. 6.

korrekte Interpretation einer Situation für Menschen ausschlaggebend sei, „wie wichtig ihnen die betreffende Angelegenheit ist“. Interessanterweise beruft sich Frister dabei auf psychologische Annahmen von Velten, welche noch kurz Erwähnung finden werden.

Für Schlüchter muss hingegen mehr etwas „Positives“ iSe. „Gleichgültigkeit“ der Fehlinterpretation der Gefahr zugrunde liegen. Als eine der wenigen sieht sie dies als Kriterium, das im Einzelfall festgestellt werden muss,¹¹ ohne jedoch täterbezogene Indikatoren zur Beurteilung zu nennen.¹²

(Unbewusst) fahrlässiges Verhalten auf eine fehlerhafte Einstellung zurückzuführen, scheint *prima facie* plausibel zu sein. Zu berücksichtigen sind dabei jedoch zwei Punkte: Erstens verstehen die hier angesprochenen Theorien diese Einstellung grds. als eine reale Entität, als ein reales Substrat.¹³ Zweitens wird automatisch von der als möglich deklarierten fehlenden Einsicht auf eine dieser zugrunde liegenden Einstellung geschlossen. Erfüllt ein Verhalten die an Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gestellten Kriterien, wird der Zusammenhang zwischen Unbewusstheit und fehlerhafter Einstellung somit als immer gegeben angesehen.¹⁴

Versteht man die Einstellung jedoch als eine reale Entität, bedarf es trotz der „Normativität“ des Schuldbegriffs ihrer Feststellung, unabhängig vom gezeigten oder nicht gezeigten Verhalten. Auch eine Vermutung wäre erst dann legitim, wenn zumindest in einer hinreichenden Mehrheit der Fälle ein entsprechender Rückschluss möglich wäre. Bislang fehlt es jedoch an einer empirischen Untermauerung des angenommenen Zusammenhangs zwischen Einstellung und tatbestandsmäßiger Unbewusstheit überhaupt.

¹¹ Siehe *Schlüchter* (Fn. 5), 85 f.

¹² Siehe *Schlüchter* (Fn. 5), 86.

¹³ Anders wohl *Koch*, zumindest in Bezug auf *Jescheck/Weigend*, siehe *Koch*, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998, 120 mit Fn. 59.

U.a. bei *Duttge* wird letztlich nicht ganz klar, wie er die Natur des (fehlenden) Vermeidens versteht. Die Relevanz, die er der Psychologie beimisst (siehe nur *Duttge*, Zur Bestimmtheit, 409), gerade bei der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, deutet wohl auf ein Verständnis als reale Entität hin. Allerdings verweist er dabei u.a. auch auf *Jakobs* (MüKo/StGB-Duttge, § 15 Rn. 89). Für *Jakobs* ist das „Erfolgsvermeidemotiv“ jedoch etwas normativ Verlangtes und meint keine „reale“ Motivation (vgl. *ders.*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, 64 ff.), was wiederum für ein eher normatives Verständnis sprechen könnte.

¹⁴ Nur *Murmann* sieht das als problematisch an, siehe *ders.* (Fn. 4), § 30 Rn. 5 Fn. 8. Insbesondere in *Duttges* Theorie finden sich indes andere die Strafbarkeitsbegründung begrenzende Kriterien, siehe MüKo/StGB-Duttge, § 15 Rn. 122 ff.; *ders.*, Zur Bestimmtheit, 3. Teil.

Der Einbezug empirischer Forschung ist jedoch nicht nur im Rahmen der genannten Einstellungstheorien angezeigt. Erforderlich ist er unseres Erachtens auch (schon) dann, wenn Schuld überhaupt als „normative Ansprechbarkeit“ verstanden wird, zumindest in der Konzeption, wie sie von Roxin (weiter)entwickelt wurde.¹⁵ Im Vorsatz und wohl auch in der bewussten Fahrlässigkeit kann, angesichts des vorhandenen Wissens des Akteurs, von der grundsätzlichen psychischen Zugänglichkeit der normgemäßen Verhaltensalternativen¹⁶ ausgegangen werden. Dies gilt jedoch nicht ohne Weiteres auch für die unbewusste Fahrlässigkeit. Angesichts des erheblichen Unterschieds zwischen dem Akteur, der um die (möglichen) Folgen seines Verhaltens weiß, und dem, dessen Verhalten gerade von Unbewusstheit geprägt ist, erscheint es umgekehrt naheliegend zu fragen, inwiefern sich Unbewusstheit auf diese psychische Zugänglichkeit auswirkt. Die „empirische Seite“ der normativen Ansprechbarkeit ist zu substantiieren.

Damit ist freilich wenig über die Theorien gesagt, die Schuld ohne entsprechende reale Bezüge zu begründen suchen.¹⁷ Vorliegend soll es jedoch nicht um die Richtigkeit bestimmter Schuldverständnisse gehen, sondern nur um die Notwendigkeit empirischer Fundierung der hier ausgewählten Schuldbegründungen. Darüber hinaus ist entscheidend, welches Verständnis von „Unbewusstheit“ die Autorinnen und Autoren jeweils zugrunde legen. Angesichts der erheblichen Bedeutung dieses Begriffs ist es durchaus überraschend, dass sich in der deutschen Strafrechtsdogmatik kaum Ausführungen zum (Un-)Bewusstheitsverständnis im Kontext unbewusster Fahrlässigkeit finden lassen.¹⁸

¹⁵ Siehe konzis zur Herkunft der Theorie *Montenegro*, *Die Schuld des Menschen*, 2023, 46.

¹⁶ So die „empirische“ Seite der normativen Ansprechbarkeit nach *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 19 Rn. 36 ff.

¹⁷ Obwohl es fraglich erscheint, ob selbst Theorien wie bspw. von *Schmidhäuser* nicht doch auf bestimmten empirischen Vorannahmen beruhen, wenn er u.a. darauf abstellt, ob dem Täter das Rechtsgut unbewusst „verfügbar war“, *ders* in Vogler (Hrsg.), FS Jescheck, 1985, 285, 492; *ders*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1975, 440 ff. Und selbst im Funktionalismus werden die individuellen Fähigkeiten zur Erkennbarkeit der Sorgfaltslosigkeit berücksichtigt, siehe *Jakobs*, Studien, 67 f. Vermeidbarkeit meint bei *Jakobs* nach *Burkhardt* zwar keine ontologische aber eine epistemische Möglichkeit, vgl. *Burkhardt* in Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, S. 441, 478.

¹⁸ Siehe zu einem ähnlichen, wenn auch nicht so stark ausgeprägten, Problem im anglo-amerikanischen Raum *Husak Criminal Law and Philosophy* 2011, 199, 207. Ähnlich *Stark*, *Culpable Carelessness*, 2016, 5, 90 f. Eine vertiefte Auseinandersetzung damit ist daher lohnenswert und aktuell Gegenstand weiterer Forschung von *J. Weigel* zu diesem Themenbereich.

II. Unbewusste Fahrlässigkeit als Problem von „Vermeidbarkeit“

Daneben ist jedoch noch ein zweiter Aspekt relevant, der mit dem ersten zwar verbunden ist, indes auch einen eigenen Aussagegehalt aufweist.

Dieser ergibt sich daraus, dass die „Sorgfaltswidrigkeit“ der Fahrlässigkeit nach ganz herrschender Ansicht letztlich nicht rein objektiv zu verstehen ist:

„Denn nach dem Schuldprinzip genügt für eine Strafbarkeit nicht schon das Zurückbleiben hinter objektiven Anforderungen, sondern der Täter muss auch nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten dazu in der Lage gewesen sein, den Pflichtverstoß zu vermeiden.“¹⁹

Diesem anerkannten Grundsatz von „Vermeidbarkeit“, als tatsächliche Erfüllbarkeit des objektiven Maßstabs, kommt jedoch im Rahmen unbewusster Fahrlässigkeit eine besondere Brisanz zu. Ist das normwidrige Verhalten für den Akteur unvermeidbar, basiert es grundsätzlich auch nicht auf einer fehlerhaften Einstellung seinerseits. Zumindest fehlt es an einer Form von „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“, wenn der Erfolg auch trotz „korrekter“ Einstellung eingetreten wäre. So oder so bedarf diese „Vermeidbarkeit“, d.h. die Feststellung der allgemein so bezeichneten „subjektiven Fahrlässigkeit“, grundsätzlich ebenfalls empirischer Fundierung.²⁰

Richtet man indes den Blick auf die tatsächlichen Fähigkeiten des Akteurs, zeigt sich ein erhebliches Problem darin, dass „Vermeidbarkeit“ im Kontext unbewusster Fahrlässigkeit mehrdeutig ist.

So kann mit Vermeidbarkeit einerseits lediglich gemeint sein, dass der Akteur die „generellen Fähigkeiten“ zum normgemäßen Verhalten aufwies. So sind wohl Roxin/Greco zu verstehen:

„Die Annahme, es stehe in niemandes Macht, die Umstände zu bedenken, die einem nicht einfallen, ist irrig“²¹

Dies kann sich allerdings nur auf eine abstrakte Möglichkeit beziehen. „Abstrakt“ oder „generell“ ist diese Möglichkeit nicht aufgrund mangelnder Beweisbarkeit von Willensfreiheit. Verständlicher wird dies, wenn

¹⁹ *Murmann* (Fn. 4), § 30 Rn. 12 m.w.N.; ebenso *Vogel(t)/Bülte*, in *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 155.; *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 24 Rn. 114.

²⁰ So schon eindrücklich *Duttge*, *Zur Bestimmtheit*, 409.

²¹ *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 24 Rn. 69.

man ein alternatives Verständnis von „Vermeidbarkeit“ miteinbezieht. So wäre es möglich, neben den „generellen Fähigkeiten“ zu normgemäßem Verhalten, auch zu fordern, dass der Akteur diese Fähigkeiten in der kritischen Situation tatsächlich hätte einsetzen können – also die reale Möglichkeit hatte, den Nichteintritt des konkreten Erfolgs in seiner konkreten Gestalt herbeizuführen. „Möglichkeit“ ist wiederum nicht i.S.e. realen „Andershandelnkönnens“ gemeint, sondern bezieht sich letztlich auf die auch von Roxin/Greco vorausgesetzte (potenzielle) psychische Zugänglichkeit. Dies läuft mithin auf die oben bereits angesprochene Frage hinaus: Welche Auswirkungen hat Unbewusstheit, je nach Definition, auf diese psychische Zugänglichkeit? Schließt Unbewusstheit diese Zugänglichkeit aus, behält der Akteur zwar die „generellen“ Fähigkeiten zum normgemäßen Verhalten, hat jedoch keine Möglichkeit, „aus sich heraus“ diese in der konkreten Situation einzusetzen. Die bloße theoretische Chance, dass sich die Unbewusstheit „von selbst“ auflöst, ist keine „Möglichkeit“ des Akteurs, wenn dies nicht eintritt.

Fragwürdig erscheint es anzunehmen, dass diese psychische Zugänglichkeit und damit die grundsätzliche „Möglichkeit“, nur dann vorliegt, wenn Umstände „aktiv bedacht“ werden. Damit ist die Frage nach dem Einfluss von Unbewusstheit auf die psychische Zugänglichkeit indes noch nicht beantwortet. Eine Annäherung bedarf jedoch des Einbezugs empirischer Erkenntnisse, um diese Zugänglichkeit auszuloten.

Dies heißt im Übrigen nicht, dass „Vermeidbarkeit“ zwangsläufig so verstanden werden sollte. Der Erkenntnisgewinn liegt bereits in der konkreten Bestimmung der Voraussetzungen von Vermeidbarkeit und der Folgen einer möglichen Festlegung.

Versucht werden sollte bis hierhin, den Einbezug empirischer Forschung, primär der Kognitions- und Sozialpsychologie, plausibel zu machen. Dies folgt aus zwei verbundenen Aspekten: Erstens: Ist der Fahrlässigkeitsvorwurf auf eine als real verstandene Einstellung bezogen, bedarf dies der tatsächlichen Feststellung eines solchen Zusammenhangs. Sollte es an einem solchen Zusammenhang fehlen, würde der Vorwurf ins Leere gehen. Zweitens: Je nach Verständnis von Vermeidbarkeit ist ebenfalls eine empirische Fundierung notwendig, insbesondere um zu klären, inwiefern von der „Zugänglichkeit“ „unbewusster“ Umstände ausgegangen werden kann. Davon ist auch gleichzeitig die „normative Ansprechbarkeit“ des Akteurs überhaupt betroffen.

B. Eine Annäherung aus psychologischer Perspektive

I. Kategorisierung

Bislang stellt die psychologische Untersuchung dieser Fragestellung indes im Wesentlichen ein Desiderat dar. Angesichts dessen und der Komplexität der zugrunde liegenden Prozesse, kann an dieser Stelle nur eine Annäherung als erster Stein des Anstoßes für weitere Untersuchungen erfolgen.

Auf den ersten Blick scheint allerdings selbst eine Annäherung kaum realisierbar, wenn man die Vielzahl denkbarer Szenarien unbewusster Fahrlässigkeit bedenkt. Während jedoch die situativen Kontexte kaum fassbar sind, erscheint es möglich, Unbewusstheit auf ihre *Ursachen* zurückzuführen, die deutlich weniger zahlreich sind. Abhängig von der zugrunde gelegten Definition von „Bewusstheit“ erscheint es plausibel, dass zumindest eine große Mehrheit der Fälle auf drei dieser *Ursachen* zurückgeführt werden kann.

a) Von vornherein bestehendes Nichtwissen

Dies meint solche Fälle, in denen der Akteur noch nie um einen gefahr-begründenden Fakt wusste. Primär ist dies ein Wissen um naturgesetzliche Umstände, bspw. dass zwei Chemikalien in einer bestimmten Weise miteinander gefährlich reagieren.²²

b) Fehlerhafte oder ausgebliebene Reizverarbeitung

Hier hat der Akteur einen relevanten Umstand nicht oder nicht rechtzeitig bemerkt und als solchen interpretiert. Die Mehrheit dieser Fälle werden Fälle eines „Übersehens“ oder „Überhörens“ sein, theoretisch wäre auch ein „Überriechen“ oder „Übertasten“ denkbar. Ein typisches Beispiel ist das zu spät bemerkte Bremsen des vorausfahrenden Autos auf der Autobahn.

c) Vergessen

Die dritte Kategorie stellt Fälle des Vergessens dar. Hier wird der relevante Reiz zwar korrekt verarbeitet, die Person denkt aber im Moment der Reizverarbeitung nicht daran, dass sie sich vorgenommen hatte, auf diesen Reiz in bestimmter Weise zu reagieren. Etwa wenn eine Person

²² Ein reales Beispiel: Das Wissen um die Gefahr einer Kochsalzintoxikation, siehe BGHSt 51, 18.

vergisst, beim Verlassen des Autos das Fenster einen Spalt für den darin befindlichen Hund zu öffnen, weil sie das Fenster üblicherweise (wenn kein Hund im Auto ist) auch geschlossen lässt.

Aufgrund der Platzbeschränkung müssen wir uns hier auf einen Aspekt fokussieren. Während Fälle eines *a priori* Nichtwissens zügig erklärt sein dürften, kommen die beiden übrigen Fallgruppen nicht ohne eine weit- aus gründlichere Bearbeitung aus. Von diesen stellt „Übersehen“ ein überaus interessantes Problem dar, welchem mit dem Straßenverkehr eine praktisch erhebliche Relevanz zukommt. Darüber hinaus scheint die Annahme im deutschen Strafrecht verbreitet, dass bei hinreichender Anstrengung, sich zu konzentrieren, und adäquater Motivation eine korrekte Reiz-Reaktions-Verarbeitung gesichert sei.²³ Deswegen soll sich an dieser Stelle auf diesen Aspekt fokussiert werden und Fälle des Vergessens späterer Betrachtung vorbehalten bleiben.

II. Empirische Konkretisierung

1. A-priori-Nichtwissen

Derlei Fälle dürften die offensichtlichsten sein. Wenn der Akteur nie von dem relevanten Fakt wusste, besteht im Tatzeitpunkt weder ein Zusammenhang zwischen seiner Einstellung und seiner Unbewusstheit, noch ist ihm das Wissen um diesen Fakt in irgendeiner Weise psychisch zugänglich, solange er nicht weiß, dass er es nicht weiß.

Eine Verlagerung auf einen Zeitpunkt, indem er sich das entsprechende Wissen hätte aneignen können, ist freilich möglich, allerdings bedürfte es eines hinreichenden Zusammenhangs zum tatbestandsmäßigen Erfolg, der gerade bei wohlmöglich erheblichen zeitlichen Abständen schwer nachvollziehbar sein dürfte.

2. Fehler der Reiz-Reaktions-Verarbeitung – „Übersehen“

Menschen gelingt es in der Regel sehr gut, handlungsrelevante Reize in der Umwelt wahrzunehmen, diese korrekt zu interpretieren und dann angemessen darauf zu reagieren. Trotzdem kommt es auch immer wieder zu Fehlern in der Reiz-Reaktion-Verarbeitung, die rechtlich relevante

²³ Siehe dazu bereits oben und insbesondere nochmal *Frister*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2023, Kp. 12 Rn. 4; *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, 26 ff. und die allgemeine Aussage bei *Roxin/Greco* (Fn. 1), § 24 Rn. 69.

Folgen nach sich ziehen können. Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass diese Fehler, nach dem gegenwärtigen Forschungsstand, oft *nicht* auf eine problematische Einstellung im Sinne einer fehlenden Motivation oder eines mangelnden Interesses zurückzuführen sind.²⁴ Für die jeweilige Person stellt es ein „punktuell kognitives Versagen“ dar, das selbst bei optimaler Motivationslage kaum vermeidbar ist. Die Wahrscheinlichkeit eines kognitiven Versagens hängt mit der jeweiligen Situation und den kognitiven Fähigkeiten der Person zusammen, die sich teilweise sogar im Myelinisierungsgrad des Gehirns widerspiegeln.²⁵

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass Menschen unterschiedlich gut darin sind, Reize überhaupt wahrzunehmen. Die Wahrnehmungsfähigkeit nimmt mit zunehmendem Alter ab, sodass gerade ältere Menschen häufig Schwierigkeiten haben, bestimmte Reize überhaupt wahrzunehmen.²⁶ Aber auch bei eigentlich ausreichend guten Fähigkeiten und Umweltbedingungen kann es situativ zu einem punktuellen Wahrnehmungsversagen kommen. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass dem Autofahrer selbst im Nachhinein nicht bewusst wird, dass seine Wahrnehmungsfähigkeit durch die äußeren Umstände vorübergehend eingeschränkt war. Es ist plausibel, dass äußere oder auch innere Umstände dazu führen, dass ein Reiz vorübergehend schlechter verarbeitet werden kann, als es in der Situation und von dieser Person erwartbar wäre, ohne dass dies der betroffenen Person in irgendeiner Weise bewusst ist. Hier sind medizinische Gründe (Störung des Augeninnendrucks, Verlegung des Gehörgangs) denkbar, aber unter Umständen auch schon lediglich ein längeres Blinzeln zur falschen Zeit. Hinzu kommt, dass selbst prinzipiell wahrnehmbare Reize oft gar nicht so eindeutig interpretierbar sind, wie man denken könnte.²⁷ In der Dämmerung mag die dunkel gekleidete Radfahlerin vom Autofahrer, der gerade von einem Witz des Nachrichtensprechers im Radio einen Sekundenbruchteil leicht abgelenkt wird, wenn überhaupt, nur als Schatten und nicht als reale Person „interpretiert“ werden. Dies könnte wiederum zur Folge haben, dass der Autofahrer nicht aufs Bremspedal tritt, obwohl er nur Sekunden später die Radfahlerin trotz der schlechten Sichtverhältnisse

²⁴ Im Unterschied zur Ansicht von *Velten*, siehe *dies.* (Fn. 23), 26 ff.

²⁵ *Kanai/Rees* *Nat Rev Neurosci* 12 (2011), 235, 239.

²⁶ *Scialfa* *Can. J. Exp. Psychol.* 56(3) (2002), 153, 156.

²⁷ *Paulun/Schütz/Michel/Geisler/Gegenfurtner* *Vis. Res.* 113 (2015), 155, 155.

noch als solche erkannt hätte. Ein solches, durch einen (unvermeidbaren) ablenkenden Reiz verursachtes „Aufmerksamkeitsblinzeln“, ist gemeinhin bei allen Menschen zu beobachten und wird auch als psychologische Refraktärperiode bezeichnet.²⁸ Da wir den Zeitpunkt und die Intensität potenziell ablenkender Reize, wie bereits aus dem Radiobeispiel ersichtlich, nicht selbst bestimmen, ist das Auftreten einer psychologischen Refraktärperiode für uns nicht kontrollierbar. Oft sind die ablenkenden Reize, die diese Refraktärperiode nach sich ziehen, zudem so subtil, dass sie der betroffenen Person gar nicht bewusst werden.

Selbst wenn ein Reiz korrekt wahrgenommen und interpretiert wird, ist jedoch immer noch nicht gesichert, dass auf ihn ausreichend schnell und akkurat reagiert werden kann. Die Verarbeitungsgeschwindigkeit hängt nun stark davon ab, *wie viel* Aufmerksamkeit dem Reiz gewidmet wird.²⁹ Menschen sind (natürlich) grundsätzlich in der Lage, ihren Aufmerksamkeitsfokus bewusst auf eine bestimmte Situation, etwa den Verkehr beim Autofahren, zu richten und gegen Störungen abzuschirmen. In der Kognitionspsychologie wird diese Fähigkeit als Aufmerksamkeitskontrolle bezeichnet.³⁰ Allerdings ist es nicht möglich, einen solchen Aufmerksamkeitsfokus dauerhaft aufrechtzuerhalten. Die Aufmerksamkeit wird bei allen Menschen über die Zeit immer wieder „gelockert“, sodass zwangsläufig *per se* unvermeidbare Momente der Unaufmerksamkeit entstehen. Zudem treten in Alltagssituationen immer wieder ablenkende Reize auf, wie etwa ein Anruf auf dem Handy während des Autofahrens, aber auch eigene Gedanken, die einem plötzlich in den Sinn kommen, etwa die Erinnerung, dass man noch Brot kaufen müsste.³¹ Tritt nun ein kritisches Ereignis (Bremsen des vorausfahrenden Autos) in einem solchen Moment der Unaufmerksamkeit auf, wird man langsamer reagieren als in Momenten, in denen der Aufmerksamkeitsfokus gänzlich auf den gegenwärtigen Moment gerichtet ist.³² Empirische Studien zeigen, dass bei 30% bis 50% aller alltäglichen Tätigkeiten Momente der Unaufmerksamkeit auftreten.³³

²⁸ Welford Br. J. Psychol. General section 42(1) (1952), 2, 2.

²⁹ Pashler J. Exp. Psychol. Hum. Percept. Perform. 17(4) (1991), 1023, 1023.

³⁰ Braver Trends Cogn. Sci. 16(2) (2012), 106, 106.

³¹ Rummel/Wöstenfeld/Steindorf/Röer J. Cogn. Psychol. 36(1) (2024), 165.

³² Unsworth/McMillan/Brewer/Spillers J. Exp. Psychol. Learn. Mem. Cogn. 38(6) (2012), 1765, 1770.

³³ Killingsworth/Gilbert Science 330(6006) (2012), 932, 932.

Schließlich hat der Grad an Aufmerksamkeit, der im entscheidenden Moment auf die Situation gerichtet ist, einen entscheidenden Einfluss darauf, wie schnell nach der korrekten Interpretation des Reizes dann auch tatsächlich reagiert werden kann.³⁴ Generell gilt: Je besser eine bestimmte Reiz-Reaktions-Verbindung eingeübt ist, desto schneller und akkurater kann diese Handlung prinzipiell auch ausgeführt werden. Trotzdem wird für die meisten Handlungen, wenn man von einfachen Reflexen einmal absieht, ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit für deren schnelle und korrekte motorische Ausführung benötigt. Somit kann es selbst bei Routinetätigkeiten zu Fehlern aufgrund kurzer (unvermeidbarer) Aufmerksamkeitslücken kommen. Hierbei ist festzuhalten, dass gerade bei als einfach empfundenen Tätigkeiten die Neigung, gedanklich hin und wieder abzuschweifen, selbst bei Menschen mit guter Konzentrationsfähigkeit höher ist als bei schwierig empfundenen Tätigkeiten.³⁵ In solchen Fällen wäre ein mangelndes „Vermeideinteresse“ im Vorfeld nicht festzustellen. Auch an einer tatsächlichen Vermeidbarkeit fehlte es, da sich die betroffenen Personen in dem Moment des Abschweifens gar nicht bewusst sind, dass ihre Aufmerksamkeit nicht (mehr) auf das aktuelle Geschehen gerichtet ist.³⁶ Besonders herausfordernd sind Situationen, für die in der Vergangenheit bereits eine bestimmte Reaktion eingeübt wurde, die aber im aktuellen Fall durch eine alternative Reaktion „überschrieben“ werden muss. Solche Situationen sind besonders aufmerksamkeitsfordernd. Hier kann es leicht dazu kommen, dass im Zustand der minimal reduzierten Aufmerksamkeit statt der neuen angemessenen Reaktion spontan die früher erlernte Reaktion ausgeführt wird. Viele Menschen, die beim Umstieg vom Schaltwagen auf ein Fahrzeug mit Automatikgetriebe schon einmal zum „Schaltversuch“ ungewollt das Bremspedal des Automatikautos betätigt haben, kennen dieses Phänomen. Paradoxerweise wird dies gerade bei geübten Personen, also dem langjährigen Schaltwagenfahrer im Beispiel, in besonderem Maße der Fall sein.

Die menschliche Reiz-Reaktions-Verarbeitung unterliegt damit diversen Einflüssen und läuft vielfach automatisiert ab. Dass die persönliche

³⁴ Pashler J. Exp. Psychol. Hum. Percept. Perform. 17(4) (1991), 1023, 1023.

³⁵ Rummel/Boywitt Psychon. Bull. Rev. 21(5) (2014), 1309, 1309.

³⁶ Siehe hierzu die folgenden Artikel: Rummel/Hagemann/Steindorf/Schubert J. Exp. Psychol. Learn. Mem. Cogn. 48(10) (2022), 1385, 1385 sowie Seli/Carriere/Smilek Psychol. Res. 79 (2015), 750, 750 sowie Zell/Strickhouser/Sedikides/Alicke Psychol. Bull. 146(2) (2020), 118, 118.

Einstellung, bspw. im Sinne einer mangelhaften „Motivation“ dabei ein potenzieller Faktor sein kann, wird nicht bestritten. Angesichts der Komplexität der beteiligten Vorgänge verbietet sich jedoch ein pauschaler Rückschluss von einem Reizverarbeitungsfehler auf eine ebendiesem kausal zugrunde liegende fehlerhafte Einstellung.

C. Schlussfolgerungen und Fazit

Obgleich in diesem Rahmen lediglich eine Annäherung an die Thematik erfolgen konnte, wurde gezeigt, dass die „empirische Seite“ der Begründung der Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit an einem Mangel leidet. Soll sich der Schuldvorwurf auch in der unbewussten Fahrlässigkeit auf ein reales Substrat beziehen, kann dies nicht pauschal laienpsychologisch durch die Annahme einer fehlerhaften Einstellung erklärt werden.

Berücksichtigt man die reale Möglichkeit, dass Unbewusstheit, zumindest im Rahmen der hier untersuchten Reiz-Reaktions-Verarbeitungsfehler, in keinem Zusammenhang mit einer motivationalen Fehleinstellung des Akteurs stehen muss, sollte eine entsprechende Schuldbegründung zumindest eine Exkulpationsmöglichkeit bieten. Ohne eine solche läuft eine derartige Begründung Gefahr, zirkelschlüssig zu werden.

Der Einbezug einer psychologischen Perspektive ermöglicht auch eine Ausdifferenzierung von „Vermeidbarkeit“ im Rahmen unbewusster Fahrlässigkeit. Die Existenz von Fehlern bei der Reiz-Reaktions-Verarbeitung ändert zunächst einmal nichts daran, dass der Akteur in der konkreten Situation die generellen Fähigkeiten zum normgemäßen Verhalten behält. Allerdings schließt im Einzelfall das Vorliegen eines Reiz-Reaktions-Verarbeitungsfehlers die normgemäße Verhaltensalternative regelmäßig dann aus, wenn diese dem Akteur dadurch nicht „psychisch zugänglich“ ist.³⁷

Erforderlich ist mithin eine Festlegung, wie „Vermeidbarkeit“ im Rahmen unbewusster Fahrlässigkeit zu verstehen ist.

Entscheidend ist bei alledem freilich zeitliche und gegenständliche Präzision. Führt ein Reiz-Reaktions-Verarbeitungsfehler zu der

³⁷ Es wäre allerdings auch möglich, dass *Roxin/Greco* die bloße Chance, dass sich der Akteur des Umstandes erinnert, als „psychisch zugänglich“ genügen. Falls das der Fall ist, unterscheidet sich die normative Ansprechbarkeit des unbewusst fahrlässigen erheblich vom vorsätzlichen und wohl auch vom bewusst fahrlässigen Akteur.

Nichtverfügbarkeit des entsprechenden Umstandes, heißt dies nicht, dass nicht an einen früheren Zeitpunkt angeknüpft werden könnte. Die Natur dieser Fehler bedingt jedoch, dass auch diese Vermeidbarkeit durchaus zweifelhaft sein kann. Auch zu einem früheren Zeitpunkt muss der Vermeidbarkeit ermöglichende Umstand selbst psychisch zugänglich sein. Wird bspw. ein Autofahrer davon abgelenkt, dass ein Apfel vom Beifahrersitz plötzlich in den Fußraum rollt und verursacht deswegen einen Unfall, kann man annehmen, dass die Ablenkung in der Situation nicht vermeidbar war. Allerdings hätte der Fahrer dies wiederum durch ein Verstauen des Apfels vor Fahrtbeginn vermeiden können. Dafür muss er den Apfel allerdings wiederum überhaupt wahrnehmen, was sich im Rahmen eines Regresses weiter problematisieren ließe.

Die hier erfolgte Ausführung kann daher lediglich den Auftakt für die weitergehende Untersuchung der Thematik bilden. Dass hier erstmalig die unbewusste Fahrlässigkeit aus einer juristischen und einer (kognitions-)psychologischen Perspektive beleuchtet wurde, sollte somit Anlass für die weitere interdisziplinäre Zusammenarbeit sein.

Author Contribution Statement:

Kapitel A. und B. I. wurden primär von Weigel verfasst, während Rummel Kapitel B. II. beigetragen hat. Einleitung und Fazit wurden von Weigel verfasst und von Rummel aus psychologischer Fachperspektive heraus kommentiert. Die Entwicklung der Forschungsfrage und die Konzeption des Beitrags stammen von Weigel.

Die triadische Mutterschaft
– Nicht „Leihe der“, sondern „Hilfe zur Mutterschaft“ –
Teil 1

Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison), Konstanz *

ABSTRACT

Die „Leihmutterschaft“ ist in Deutschland nach § 1 I Nr. 7 ESchG als „Ersatzmutterschaft“ strafbar. Das ist nicht weiter haltbar. Gerade hier, bei der Leihmutterschaft, wirken sich die derzeit noch weiträumig fehlende Koordination der Rechtsordnungen und die fehlende Kooperation zwischen den Staaten zu Lasten des Kindeswohls aus. Die Vorschriftenlagen reichen vom vollständigen Verbot bis zur regulierungsfreien Zulassung. Doch das Austragen eines Kindes durch eine andere Frau wird seit jeher praktiziert. Familie ist, wenn Eltern sich sozial für Kinder verantwortlich zeigen. Rechtliche Regelungen dürfen präventiv, auch mit Mitteln des Strafrechts, das Entstehen von Familienkonzepten unterbinden, die dem Schutz der Familie zuwiderlaufen. Für das Konzept des „Austragens eines Kindes durch eine andere Frau bzw. gebärfähige Person“, das bestätigt nun auch der Bericht der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ (2024), ist ein solches strafbewehrtes Verbot nicht angezeigt. In zwei Teilen befasst sich der Beitrag mit dem Konzept sog. „Leihmutterschaft“ und stellt die vom aktuellen Recht gewählte Konzeption grundlegend in Frage (Teil 1), um anschließend zu

* Die Autorin ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz sowie dort auch Direktorin des Zentrums für Human | Data | Society. 2023/24 war sie wissenschaftliche Koordinatorin der Arbeitsgruppe 1 (Schwangerschaftsabbruch) der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin. Gegenstand dieses Beitrags ist ausschließlich die persönliche Sicht der Verfasserin. Kontakt: liane.woerner@uni-konstanz.de.

Die Autorin dankt Alexandra Windsberger, Anna Renda und Laila Haug für die Diskussionen in Konstanz zu diesem Papier.



erfragen, ob die hier für erforderlich gehaltene Neugestaltung der strafrechtlichen Absicherung bedarf (Teil 2 in NSW 3/2025). Das wird verneint.

Teil 1: „Leihmutterschaft“ – oder worum geht es?

Unter „Leihmutterschaft“ wird zunächst der Sachverhalt gefasst, dass eine gebärfähige Person mit einer eigenen oder einer fremden, erfolgreich befruchteten Eizelle schwangergeht¹ und ein Kind gebärt, ohne für dieses Kind im Anschluss an die Geburt die weitere elterliche Sorge zu tragen, sondern vielmehr mit der bereits vorab (zumeist vertraglich) eingegangenen Vereinbarung,² das Kind ausschließlich für Dritte, die sog. Wunscheltern, auszutragen.³ Zivilrechtlich geht diese sog. „Leihmutterschaft“ zumeist mit einer Adoption einher oder erfordert zur Übernahme der elterlichen Sorge unmittelbar mit der Geburt des Kindes zivilrechtliche Vorschriften zur Festlegung der Elternschaft, die den Adoptionsregelungen ähneln dürften oder ihnen unterstellt werden.⁴ Neben vertraglich regulierbaren Fragen stehen solche der familienrechtlichen Zulässigkeit bzw. familienrechtlichen Begründung.⁵ Sie stellen sich mit wandelnden Familienmodellen in der ganzen Bandbreite. Die Vorlage des OLG Celle 2021 an das BVerfG zur Anerkennung zweier Mütter zeigt dies eindringlich.⁶ Im Strafrecht wiederum interessiert, ob sich jene „soziale“ Schwangerschaft allein zivilrechtlich gestalten lässt oder strafrechtlich abgesichert, ja verboten sein muss. Damit hatte sich – am Rande – auch

¹ Zum Begriff vertiefend: *B. Duden*, 1991, S. 20; *B. Duden* in: *Duden/Schlumbohm/Veit* (Hrsg.), S. 11 (12, 45 ff.) Bewusst wird hier der Begriff des „Schwangergehens“ nach Barbara Duden wieder eingeführt. Ihr ist zuzugestehen, dass mit der heute überwiegenden Rede von der Schwangerschaft oder vom Schwangersein vordringlich Zustandsbeschreibungen stattfinden, während es sich bei dem Eintreten und Entwickeln von schwangeren „Zuständen“ viel eher um Entwicklungsprozesse handelt. Das will der Begriff des Schwangergehens betonen.

² Teils ist die Rede von „Verpflichtung“, teils von „Bereitschaft“.

³ Ähnlich *Schramm* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 61 (63 f.); *Voss*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 25 f. Zu den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen ausführend *Wapler* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.): *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 107–147.

⁴ Die genaue zivilrechtliche Konstellation ist nicht zuletzt davon abhängig, welche Form der Leihmutterschaft gewählt wurde und ob etwa ggf. für den Vater als Samenspender ein Verfahren zur Anerkennung der Vaterschaft genügt. Vgl. vertiefend nur *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 13 ff.; *Thomale*, 2015, S. 19 ff. (36), 38 ff.; *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, S. 17 ff.; *Voss*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 27 ff. Die zivilrechtlichen Grund- und Folgefragen können hier nicht vertieft werden.

⁵ Vgl. nur *Dethloff* JZ 2014, 922; *Dethloff* in *FS-Coester-Waltjen*, S. 41; *Dethloff* in: *Ditzen/Weller* (Hrsg.), S. 55; *Dethloff* BRJ 2019, 12; *Diel*, *Leihmutterschaft*, 2014; *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, 2015; *Ditzen/Weller* (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterschaft*, 2018.

⁶ OLG Celle Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 zur Überprüfung der Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Regelung des Abstammungsrechts in § 1592 BGB, wonach die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerin erst bzw. allenfalls mit Adoption die Rechte einer Mutter erlangen kann. Vgl. auch bereits BGH Beschluss v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18.

die 2023 eingesetzte Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin zu befassen, wenn sie in der Arbeitsgruppe 2 erfragte, ob eine sog. „Leihmutterschaft“ – nach aktuellem ESchG in Deutschland auch „Ersatzmutterschaft“ – in Deutschland zugelassen werden könne. Die Arbeitsgruppe hatte sich ohne konkrete Beteiligung des Strafrechts dabei allein mit der Frage der ethischen, medizinischen, verfassungs- und zivilrechtlichen Zulässigkeit befasst,⁷ nicht aber mit der Zulässigkeit und Begründung eines strafrechtlichen Verbots. Dem sei hier in Ergänzung des Kommissionsberichts im Folgenden nachgegangen.

Woher kommt also das (strafbewehrte) Verbot der sog. „Leihmutterschaft“? Was ist verboten und warum? – In drei Schlaglichtern: andere Mutterschaftsformen (I.), strafrechtliche Verbote in Deutschland (II.), Begriffsfragen (III.). Erst im Anschluss an die Begriffsklärung lässt sich fragen, ob Gesundheit und Kindeswohl hier so gefährdet sind, dass dies des Strafrechtsschutzes bedarf (dazu dann Teil 2). Nicht zu unterschätzen ist freilich, dass gerade die Übernahme einer Schwangerschaft vor konkreten Herausforderungen in der globalisierenden Welt steht. Doch für eine zwingend strafbewehrte Regulierung spricht das in der Gänze eben nicht; vielmehr sind die Konzepte außerhalb des Strafrechts mit den konkreten Vorgaben der Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin vom 15.4.2024 zivilrechtlich so einzufassen, dass sie einen diskriminierungsfreien Schutz aller Beteiligten vorsehen und ausreichende Kindeswohlrechte gewähren.

I. Ursprünge anderer Mutterschaftsformen

Mater semper certa est, lautet der dem römischen Recht der Zeugnisverweigerung entstammende,⁸ bis heute vorgeblich geltende⁹ und seit 1998 klarstellende § 1591 BGB zugrunde gelegte Rechtsgedanke: Die Mutter ist immer sicher und ist die Frau, die das Kind geboren hat.¹⁰ Das ist nicht

⁷ Vgl. Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin (KOMrSF), Abschlussbericht, Teil 2, Kap. 2, S. 437 ff.

⁸ Digesten (Corpus Iuris Civilis), Nr. 2.4.5 (Julius Paulus).

⁹ In der zivilrechtlichen Literatur wurde, teils wird bis heute, gestritten, ob über die Mutter überhaupt diskutiert werden darf oder ob das nicht naturgemäß stets die gebärende Frau sein muss, es einer gesetzlichen Regelung darüber also nicht bedarf, siehe nur *Deutsch* NJW 1986, 1971, 1974; *Bernat* MedR 1986, 245, 252.

¹⁰ Die Regelung war im Zuge des möglichen Auseinanderfallens von gebärender und genetischer Mutter mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 eingeführt worden, siehe nur BT-Drs. 13/8511 (1997), S. 69, 83; vgl. auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.4.3.2.1., S. 423. In der Literatur werden

anfechtbar, der Erwerb der Mutterschaft nur über eine Adoption möglich.¹¹ Wer den Grundsatz für unumstößlich und naturgemäß vorgegeben hält, sieht deshalb in jeder Art vorwegnehmender adoptiver oder adoptionsähnlicher Vereinbarung einen Menschenwürdeverstoß.¹² Dem deutschen Zivilgesetzgeber kam es maßgeblich auf die mit der ausdrücklichen Normierung des § 1591 BGB einhergehende Rechtssicherheit und Rechtsklarheit an, die deshalb weder Anfechtung noch Korrektur erlaubt.¹³

Ob ein Kind auch von einer anderen Frau ausgetragen werden darf¹⁴ oder „wer Mutter“ ist, sind aber eben nicht erst Fragen des 20./21. Jahrhunderts und der Möglichkeiten der assistierten Fortpflanzungsmedizin. Das „Problem“ der Unfruchtbarkeit wird seit jeher beschrieben, eigentlich immer als Unglück empfunden und nach Auswegen, freilich zunächst auf natürlichen Wegen, gesucht. Im Alten Testament war es die Dienerin Hagar, die als Leihmutter das „Kind von Abraham“ austragen sollte.¹⁵ Salomon seinerseits hatte den Streit zweier Frauen über ein Kind zu richten und zu entscheiden, „wer Mutter“ ist.¹⁶ Die Geschichte kennt zahlreiche weitere Fälle. In großen Schritten, nicht zuletzt, weil der natürliche Zeugungsakt auf Seiten des Mannes und der Frau auf Erfolg angewiesen war, erklärt sich der Bedarf an assistierter Fortpflanzungsmedizin.¹⁷ Mit ihrer Entwicklung geht die Erkenntnis einher, dass natürliche Kinderlosigkeit meist körperliche Ursachen hat.¹⁸ Künstlich assistierte Formen vermögen heute mittels heterologer Samenspenden bei Unfruchtbarkeit des

dagegen schon lange eine Anfechtungsmöglichkeit auch der Mutterschaft, eine Mutterschaftsanerkennung oder eine widerlegbare Mutterschaftsvermutung vorgeschlagen, siehe nur Beschlüsse des 59. DJT NJW 1992, 3016, 3017; *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 13 ff.; *K. Duden*, Leihmutterchaft, S. 22 f.; schon *Kollhoser* JA 1985, 553, 556.

¹¹ *Wellenhofer*, in *Münchener Kommentar BGB*, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1591 Rn. 3.; *K. Duden*, Leihmutterchaft, S. 23 (vertiefend bei Leihmutterchaft).

¹² Deutlich: *Deutsch* NJW 1986, 1971, 1973.

¹³ BT-Drs. 13/4899 (1997), S. 82; BT-Drs. 13/8511 (1997), S. 69; *Coester-Waltjen*, DJT Gutachten B 113; *MüKoBGB/Wellenhofer*, § 1591 Rn. 14.

¹⁴ Erst später freilich auch, ob eine Eizelle künstlich befruchtet und auf eine andere Frau übertragen werden darf, als die Frau, von der sie stammt.

¹⁵ Bibel, 1 Mose 16 (Genesis 16).

¹⁶ Bibel, 1 Könige 3, 16–28.

¹⁷ Die Unfruchtbarkeit des Mannes selbst lässt sich nur mit der Verwendung von Spendersamen überwinden. Als Pionier gilt insoweit Berthold P. Wiesner, der zwischen 1940 und 1960 in London mit Mary Barton in London (GB) eine „Fruchtbarkeitsklinik“ betrieb, *Barton/Walker/Wiesner*, Artificial Insemination, *British Medical Journal* (Br Med J) 1945 (1), 40 sowie Br Med J 1945 (3), 346 f.

¹⁸ Vgl. hierzu KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.1., S. 359 ff. Die Ursachen sind auf Männer und Frauen etwa gleich verteilt, s.n. https://archive.ph/20120801013201/http://www.fertinet.de/german/warum_wir/ursachen/index.jsp (10.1.2025).

Mannes, mittels In-vitro-Fertilisation und ggf. einer Eizell- oder Embryonenspende bei Unfruchtbarkeit der Frau abzuhelpfen.¹⁹

Kann die Frau aber, auch mittels künstlich assistierter Fortpflanzungstechniken, eine Schwangerschaft nicht austragen,²⁰ bleibt allein der „Ersatz“ der Frau selbst, die Begriffsbezeichnung in § 1 I Nr. 7 ESchG der „Ersatzmutter“ von daher naheliegend. Das seit jeher bekannte „Modell“ wird dabei bis heute als besonders problematisch empfunden, weil es für eine elterliche Partnerschaft das Hinzutreten einer dritten Person für den entscheidenden Zeitraum einer Schwangerschaft bedeutet und weil mit sich verändernden Familienkonstellationen sogar die Auflösung gemeinsamer Elternverantwortung und Alleinerziehungsmodelle „drohen“. Gerade letzteres ist aber kein spezifisches Problem des „Ersatzes“ der Mutterschaft.²¹ Doch die „Leihmutterschaft“ stellt einen Grundsatz in Frage, der gleichsam als Tabugrenze das gesamte Elternrecht untermauert: „mater semper certa est“. Mutter ist, wer das Kind gebärt (so nun eben auch § 1591 BGB). Denn wer gebärt, will hier gerade das Kind abgeben.

II. Das strafrechtliche Verbot in Deutschland

Ausgehend von der Unumstößlichkeit der Zuschreibung der Mutterrolle erscheint deren „Spaltung“ freilich wegen der damit einhergehenden Rechtsunsicherheiten für die gebärende Frau, für die soziale Mutter (auch Wunschmutter) und für das noch ungeborene Kind untragbar. Gerne wird das mit Argumenten des vor- und nachgeburtlich jeweils anderen Empfindens des Kindes und hieraus folgender Eingriffe in seine Persönlichkeitsrechte unterstrichen.²² Auch das Risiko einer

¹⁹ Vgl. hierzu KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.2., S. 362 f.

²⁰ Vgl. darüber hinaus KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.1.2., S. 363 f.

²¹ Weil die Samenspende zusammen mit assistierten Fortpflanzungstechniken eine Schwangerschaft auch alleine ermöglicht, sei es durch die Frau oder iVm einer „Leihmutterschaft“ durch den Mann, trifft der idR ethisch-religiöse Vorwurf der Gefahr der Auflösung von Familienstrukturen alle Formen assistierter Befruchtung. Aus Platzgründen kann ich das hier nicht vertiefen. Aufschlussreich dazu die Diskussion mit öffentlicher Befragung des deutschen Ethikrates im Zuge der Jahrestagung 2014, dazu *Amunts*, Ergebnisse der öffentlichen Befragung 2014, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-amunts.pdf> (10.1.2025). Damals sprachen sich 43% der Befragten gegen und 39% für die Zulassung der Leihmutterschaft aus; vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags WD 9 Nr. 3000 - 039/18 (S. 7).

²² Zur Herkunft oben I. Infolge der ungewissen maternalen Zuordnung könne es so zu einer Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes kommen, was dem verfassungsrechtlich fundierten Kindeswohl (Art. 2 I iVm Art. 1 I sowie Art. 6 II GG) widerspreche, so BGH NJW 2017, 2348, 2350, Rn. 22; dazu Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 I Nr. 1 Rn. 5 f.; *Lehmann*, In-vitro-Fertilisation, S. 189 ff.; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit, S. 151 ff.

kommerziellen Ausbeutung der potenziellen Eizellspenderinnen und „austragenden“ Frau²³ sowie bis heute noch bestehende medizinische Risiken durch die Eizellentnahme tauchen immer wieder als Argumente auf.²⁴

Die Leihmutterschaft ist, auch im europäischen Vergleich, bis heute weiträumig (noch) verboten.²⁵ In Deutschland ist sie vollständig untersagt. Das Verbot bei Strafe folgt grundsätzlich aus dem Embryonenschutzgesetz (ESchG).²⁶ Es gilt für den Arzt bzw. die Ärztin²⁷ und wird durch zusätzliche Werbe- und Vermittlungsverbote im Adoptionsvermittlungsgesetz (AdoptVermG) abgesichert. § 1 I Nr. 7 ESchG verbietet im Kern bei Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe die künstliche Befruchtung der (Var. 1) und die Übertragung eines menschlichen Embryos auf die Frau (Var. 2), die bereit ist, „ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter)“. Das deutsche Strafrecht gilt für Ärzt*innen iVm §§ 3, 9 II S. 2 StGB auch, wenn die Handlungen zur Herbeiführung und Durchführung der „Leihmutterschaft“ im Ausland straffrei durchgeführt werden, der Arzt bzw. die Ärztin hierzu aber, etwa durch Vermittlung und Vorbereitung, Beihilfe geleistet hat.²⁸

Ausgehend vom Unumstößlichkeitsdogma der Geburtsmutter wird konkret nur die medizinisch assistierte Befruchtung einer eigenen Eizelle und die Übertragung einer fremden, zuvor befruchteten Eizelle bestraft, soll, wie vorher vereinbart, das Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer überlassen werden. Solange also die Geburtsmutter Mutter bleibt, ist alles gut. So stellt die pränatale Adoption die Geburtsmutterschaft nicht in

²³ Vgl. etwa *Flügge* in: Baer/Sacksofsky, *Autonomie im Recht*, 2018, S. 239 (247) mwN.

²⁴ Vgl. insoweit nur EGMR BeckRS 2010, 13057 Rn. 77 f. – S. H. et al./Österreich.

²⁵ Vgl. nur *K. Duden*, *Leihmutterschaft*, 2015, S. 8 f. mit zahlreichen Hinweisen und Ausführungen zum Stand der Gesetzgebung in einzelnen Staaten. Einen bis heute weitgehend noch aktuellen Überblick zu den rechtlichen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern liefert *Koch* (MPI Freiburg, 2001/03), bis heute veröffentlicht von der IVF-Gesellschaft Österreich, http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (10.1.2025); siehe auch *Koch*, *Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2001, S. 44 ff.

²⁶ Embryonenschutzgesetz vom 13.12.1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.11.2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist. Normzweck des Verbots ist es, eine „gespaltene Mutterschaft“ zu verhindern (vgl. BT-Drs. 11/ 5460, 7; s. ferner BT-Drs. 14/9020, 35 ff.); s. hierzu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.3.1., S. 381 ff., Kap. 1.4.3.1., S. 421 f.

²⁷ Die „Ersatzmutter“ und „die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will“ werden gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG nicht bestraft. § 9 ESchG stellt sicher, dass nur Ärzt*innen die künstliche Befruchtung und die Übertragung vornehmen dürfen.

²⁸ Im Detail umstritten, vgl. nur *Schramm* in: *Schramm/Wermke* (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, S. 61 (67 ff.); *Magnus* NSTZ 2015, 57 ff.; KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.3.1.2., S. 383 f. sowie siehe unten C.

Frage und ist vom strafbewehrten Verbot des § 1 I Nr. 7 Var. 2 ESchG auch nicht erfasst.²⁹ Auch die Schwangerschaft iVm einer nach § 1 I Nr. 1, 3 ESchG unerlaubten Eizellenbefruchtung bleibt straffrei.³⁰ Ebenso wenig stellen heterologe Insemination und In-vitro-Fertilisation die Geburtsmutterschaft in Frage und sind nicht strafbar.³¹

Doch genau betrachtet, steht bereits das Verbot der heterologen Eizellspende auf verfassungsrechtlich dünnem Eis.³² Die darin liegende Beschränkung des Rechts auf Fortpflanzung aus Art. 2, 6 GG³³ und die Ungleichbehandlung der Geschlechter entgegen Art. 3 II und III GG sind verfassungsrechtlich gerade nicht zwingend.³⁴ Dem Ziel der grundrechtlichen Schutzpflichten läuft es vielmehr sogar zuwider, wenn der Schutz in der Verhinderung der Entstehung selbst erfolgen soll.³⁵ Mit dem Kindeswohl selbst lässt sich da kaum argumentieren. Auch dass § 1591 BGB, ohne Rücksicht auf die genetische (!) Herkunft und ohne Möglichkeit der Anfechtung, die Mutterrolle auf die gebärende Frau reduziert, während die Vaterschaft über § 1592 BGB sowohl per Zuschreibung feststellbar, anfechtbar und anerkennungsfähig ist, ist heute weder zwingend noch weiter begründbar. Der Kommerzialisierung und möglichen Ausbeutung von Spenderinnen schließlich kann durch Gebote der Unentgeltlichkeit

²⁹ Sog. Embryooption. Im Detail besteht auch hier noch Streit, jedenfalls die Übertragung nach In-vitro-Fertilisation verbliebener, überzähliger Embryonen vermag das ESchG in seiner aktuellen Fassung nicht als strafbar zu erfassen. Damit verbundene zivilrechtliche Folgefragen, auch der Abstammung, muss der Gesetzgeber noch ausdrücklich regeln, vertieft hierzu etwa *Hübner*, 2009, S. 64 ff., 82 mwN; s. a. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.4.3.1.1., S. 421.

³⁰ Verboten iVm der heterologen Eizellspende ist allein deren Vornahme durch den Arzt/die Ärztin, § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Nur das allein soll ein Auseinanderfallen, eine Spaltung von genetischer und plazerarer Mutterschaft möglichst verhindern. Schon wegen des darin liegenden Konflikts für die Beteiligten stellt § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG die Frau, von der die Eizelle stammt sowie die Frau, auf die eine fremde Eizelle oder ein Embryo übertragen werden sollen, straffrei.

³¹ Vgl. Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 12; deutlich auch *Frommel et. al.*, J Reproduktionsmed Endokrinol. 2010, 96 (101 ff).

³² Deutlich mit Spickhoff/Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 6 f. Dagegen Verfassungskonformität bejahen Prütting/Höfling/Engels, ESchG § 1 Rn. 10; keine Bedenken auch nach BGH NJW 2017, 2348, 2350.

³³ Inwieweit ein solches Recht auf Fortpflanzung auf Art. 2 GG oder auf Art. 6 GG zu stützen ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Die besseren Argumente sprechen wohl iVm dem Recht auf Familiengründung für Art. 6 GG, jedenfalls soweit es dem Grundrechtsberechtigten nicht gezielt um außerhalb der Familiengründung liegende Anliegen geht, was wohl nur bei der rein kommerziellen Samenspende ersichtlich der Fall sein dürfte und schon auf eine Eizellspende (schon wegen des damit verbundenen Eingriffs) nicht mehr zuträfe, auch insoweit prägnant Spickhoff/Müller-Terpitz, GG Art. 2 Rn. 10; vgl. hierzu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.1.1., S. 440 ff.

³⁴ Deutlich idS nun auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.1.1., S. 443, Kap. 2.1.2.2., S. 448 ff., Kap. 2.1.2.2.5.5., S. 454 ff., Kap. 2.1.2.3.2.2., S. 460.

³⁵ Müller-Terpitz in Frister (Hrsg.), S. 9 (16); *ders.* ZRP 2016, 51, 53; aA Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 I Nr. 1 Rn. 8; vgl. deutlich zur Schutzpflichtkonstruktion und Prüfungsfolge auch *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.): Autonomie im Recht- Geschlechtertheoretisch Vermessen, 2018, S. 185, 190; s.a. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.1.3., S. 445.

und Überwachung in reproduktionsmedizinischen Einrichtungen entgegengewirkt werden.³⁶ Medizinischen Gefährdungen lässt sich mittels umfassender Risikoaufklärung sowie der Einhaltung, Überwachung und Kontrolle medizinischer Standards begegnen, zumal sie gleichermaßen bei homologen Entnahmen bestehen.³⁷

Zu begrüßen war damit letztlich bereits die Entscheidung der I. Sektion des EGMR zur Unvereinbarkeit des Verbots heterologer Eizellspenden nach österreichischem Recht mit Art. 14 iVm Art. 8 I EMRK, die u.a. wegen noch bestehender Diversität in den Mitgliedstaaten von der Großen Kammer des EGMR nicht bestätigt worden war³⁸ und dem deutschen Gesetzgeber damals dazu eine Anpassung erspart hatte. Währenddessen ist heute die heterologe (unentgeltliche) Eizellspende (zunehmend) und schon jetzt in zahlreichen europäischen Staaten – etwa in Belgien,³⁹ Dänemark,⁴⁰ Finnland,⁴¹ Großbritannien,⁴² Schweden,⁴³

³⁶ *Klopstock ZRP* 2017, 165, 166 zur Eizellspende. Dazu auch KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 2.1.2.2.5.3., S. 452, Kap. 2.1.2.2.5.4., S. 454.

³⁷ Ähnlich: *Coester-Waltjen*, *Reproduktionsmedizin* 4/2002, 183 (193 f.); Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7; Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion*, S. 250 ff., 283 ff.; *Klopstock ZRP* 2017, 165, 166. Der interdisziplinäre Forschungsansatz der KOMrSF ermöglichte auch eine konkrete Untersuchung bestehender Risiken einer Übernahme von Schwangerschaften für Dritte mit Zellen Dritter, vgl. KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.1.2.1., S. 367 f., Kap. 1.3.2.2., S. 371 ff., Kap. 1.3.2.5., S. 376 ff.

³⁸ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 3. 11. 2011 – 57813/00 (S. H. u. a. / Österreich) = NJW 2012, 207 ff., 210 mit Rn. 97.

³⁹ Erlaubt seit 2007 mit dem „Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes“ (Gesetz v. 6.7.2007 über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Bestimmung von überzähligen Embryonen und Gameten), in Kraft seit 27.7.2007, idF v. 26.3.2018, Dossier n° 2007-07-06/32, dazu auch Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018, S. 5.

⁴⁰ Zulässig seit 1997 nach dem „Lov om assisteret reproduktion“ idF no. 93 v. 19.1.2015), vgl. weiterführend *Rothmar Herrmann*, *Assisted Reproduction in Denmark* (June 19, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3198538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198538> (19.2.2025).

⁴¹ Zulässig nach Act on Assisted Fertility Treatments (1237/2006) mit Zusatzprotokollen (376/2009) und (254/2018); dazu Heino/Gissler 2022, *Hedelmöityshoidot 2020–2021* (Tilastoraportti, 25/2022), https://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/144572/Hedelmöityshoidot_2020_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y (19.2.2025), S. 4 mwN.

⁴² Zulässig nach Human Fertilization and Embryology Act 1990 (HFEAct) iVm dem Code of Practice der Human Fertilization and Embryology Authority (HFEA) und den klinischen Richtlinien des National Institute for Health Care Excellence (NICE). Vgl. dazu auch *Scherpe*, *Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales*, in: Dutta/ Schwab/ Henrich/ Gottwald/ Löhnig (Hrsg.), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*, Berlin 2015, S. 295-325; Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018, S. 8 f.

⁴³ Zulässig seit 2003 nach Möllers, *Kinderland Schweden? Regulierung, Zugang und Debatten zur medizinisch assistierten Reproduktion in Schweden und den Nordischen Ländern*, Friedrich-Ebert-Stiftung, S. 6 f.; auch *Thorn, Wischman*, *Leitlinien für die psychosoziale Beratung bei Gametenspende*. *Reproduktionsmed Endokrinol* 3, 2008, 147–152.

Italien,⁴⁴ Spanien⁴⁵ und Tschechien⁴⁶ – erlaubt.⁴⁷ Dass biologische und genetische, gebärende und sorgende Mutter auseinanderfallen können, wird zunehmend erkannt und zunehmend auch akzeptiert,⁴⁸ dass dies einer Familiengründung, einer Sorge um das Kind und dem Kindeswohl nicht zwangsläufig entgegenstehen. Die Herausforderung besteht doch vielmehr darin, die Chancen, die sich in den Umbruchstendenzen abzeichnen, zu erkennen und die erkennbare und „stabil“ gebliebene Orientierung, etwa an einem sozial-gelebten Leitbild einer „ehebezogenen“ Familie mit Ausrichtung auf Familiengründung,⁴⁹ weiter zu ermöglichen und zu unterstützen. Richtig besehen ließe sich eine Differenzierung der Zu- bzw. Unzulässigkeit heterologer Eizellspende einerseits und der Übernahme einer Schwangerschaft für andere zu deren Gunsten – ich will das hier sogleich triadische Mutterschaft nennen (III.) – andererseits damit aber nur noch mit der vor diesem Hintergrund gar nicht mehr haltbaren Vorschrift des § 1591 BGB überhaupt begründen. Der strafbewehrte Verbotsground der Spaltung ist damit vielmehr nur ein

⁴⁴ Zulässig seit 2014 aufgrund einer Entscheidung des italienischen Verfassungsgerichts mit dem Gesetz Nr. 40/2004 v. 19.2.2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004G0062/sg> (18.3.2025), dazu *Diurni*, Künstliche Fortpflanzung im italienischen Recht, in: Dutta/ Schwab/ Henrich/ Gottwald/ Löhnig (Hrsg.), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, 2015, S. 81-104.

⁴⁵ Zulässig seit 1988, wobei die Eizellspende nicht in öffentlichen, sondern nur in privaten Einrichtungen angeboten wird, vgl. Perler 2022, S. 59 f. Rechtsgrundlage: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (Gesetz 14/2006 v. 26.5.2006 über die Techniken der Humanen Assistierte Reproduktion – LTRHA), BOE Nr. 126 v. 27.5.2006, BOEA-A-2006-9292, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> (19.2.2025); teilweise übersetzt ins Deutsche in: *Daum*, Länderteil Spanien, Stand: 12.10.2016, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, S. 100 f.

⁴⁶ Zulässig seit 2013, anonym mit Aufwandsentschädigung, vgl. nur Bergmann 2014, S. 77-78. Hier wird gerade auch um deutsche Paare geworben, vgl. nur <https://europeivf.com/de/> (19.2.2025).

⁴⁷ Vgl. weiterführend auch zu weiteren Staaten und im Überblick zu den Folgen der Teilnahme am Verfahren im Ausland wegen des Inlandsverbots: KOMrSF-Bericht (Fn. 7), Teil 2, Kap. 1.3.4., S. 388 ff. Siehe auch Bundestag, WD 9 - 3000 - 035/18, v. 12.10.2018.

Zu den strafkollisionsrechtlichen Fragen, welche aus dem dadurch verursachten „Reproduktions-tourismus“ ins Ausland resultieren, vgl. mwN Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Strafbarkeit bei der Eizellen- und Embryonenspende, Az. WD 7-3000-073/15; dazu auch Spickhoff/Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 6, 7. Zuletzt hat die Nationale Ethikkommission (NEK) in der Schweiz in einer Empfehlung ausdrücklich die Legalisierung befürwortet, Stellungnahme Nr. 41/2022, Bern, 16.5.2022, S. 27.

⁴⁸ *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 sprach bereits von Umbruchstendenzen. Zum gewandelten Familienbild unter Einschluss von „Patchworkfamilien“, „Fortsetzungsfamilien“, „Regenbogenfamilien“ und „Stieffamilien“ auch *Lederer*, Grenzenloser Kinderwunsch, S. 279 ff.; *Balloff* FPR 2004, 50, 51; *Konietzka/Kreyenfeld* NZFam 2015, 1100 ff.; *Buschner* NZFam 2015, 1103 ff. jeweils mwN. Deutlich mit einer „gespaltenen Mutterschaft“ vorgetragene Befürchtungen für überholt, gerade auch wegen der Zulassung „gespalteiner Vaterschaft“ hält *Wapler*, in: Dreier/Brosius-Gersdorf 2023, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 1 IRn. 137.

⁴⁹ *Schockenhoff*, Die Zukunft der Familie, 2014, S. 69 (70).

überkommenes zivilrechtliches, ehemals zur eindeutigen Klärung von Zeugnis- und Erbfragen gedachtes⁵⁰, Gewächs, das zurückgeschnitten gehört.

III. Begriffsfragen

Dass dieser Rückschnitt im Zivilrecht (und zu Lasten des Strafrechts) vielen „so unmöglich“ erscheint, wird als Glaubensfrage und mit Erwägungen des Kindeswohls ausgeführt.⁵¹ Dabei in der Diskussion bisher unterbelichtet bis fehlend ist die Sachfrage der Begriffsbestimmung: Denn, weil die Mutterschaft tradiert etwas Unumstößliches sein soll, lässt sie sich kaum vorübergehend denken. „Mutter“ ist fälschlich und fehlgehend sogar schon die Gebärfähige, die schwangergeht.⁵² Begriffe der Leih-,⁵³ der Miet-,⁵⁴ der Ersatz-,⁵⁵ aber auch der Trage-,⁵⁶ Ammen-,⁵⁷ Gestations- oder Gestationsleihmutterschaft⁵⁸ stehen wegen des (zumeist

⁵⁰ Siehe nur oben I. mit Fn. 12 ff. Ausführlich auch Voss, Leihmutterschaft, 2015, S. 64 ff. (66); deutlich Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (2020), § 52 Rn. 1 sowie § 53 Rn. 1.

⁵¹ S.o. II. sowie in Teil 2 in NSW 3/2025.

⁵² Sie erhält den „Mutterpass“ und auch das BVerfG spricht in seinen tragenden Entscheidungen zur (Nicht-)Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs von der Schwangeren durchgehend als Mutter, vgl. BVerfGE 39,1 ab Leitsatz 1; BVerfGE 88, 203 ab Leitsatz 1.

⁵³ So die ganz überwiegend gebräuchliche Bezeichnung vgl. nur Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018; Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch, 2015, ebenfalls bereits im Untertitel „Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld“; Goiddel, Leihmutterschaft, 1994; Voss, Leihmutterschaft, 2015; K. Duden, Leihmutterschaft, 2015, jeweils mwvN.

⁵⁴ Siehe nur Thomale, Mietmutterschaft, 2015 mit einem Begriffsdiskurs ab S. 7 ff., wobei der Begriff mit der Leihmutterschaft wegen der damit verbundenen Ausbeutung der Mutter abgelehnt und mittels des Begriffs „Mietmutterschaft“ noch deutlicher die Ablehnung des Konzepts eingefordert wird. Den Gefahren sei vielmehr allein mittels Verweises in das Adoptionsverfahren zu begegnen. Zum Begrifflichen weiterführend auch Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.): Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 107–147.

⁵⁵ So das ESchG (oben Fn. 26) in § 1 Abs. 1 Nr. 7: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“ Der deutsche Gesetzgeber ist bei dieser Begrifflichkeit geblieben, siehe auch § 13a AdVerMiG, das daneben die Wunscheltern als Bestelldeltern bezeichnet (§ 13b S. 1 AdVerMiG). Der Begriff ist möglicherweise dem Englischen *surrogacy* entlehnt, Schramm in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 63.

⁵⁶ Siehe nur W. Küppers, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, 1989. Schramm in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, Heidelberg 2018, S. 61 (86) verwendet den Begriff der Tragemutter bereits im Sinne der „weiteren“ Mutter als der Mutter, die biologisch das Kind „getragen“ hat und möchte Begegnungs- und Kontaktrechte einfordern.

⁵⁷ Von der Ammenmutterschaft spricht insbesondere – und teilweise synonym mit den übrigen, verwendeten Begriffen – Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, 1987, S. 99 ff. (108).

⁵⁸ Von Gestations- bzw. Gestationsleihmutterschaft spricht Schölmerich in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, S. 209. Die Differenzierung im Detail ist deshalb wichtig, weil die „genetische Leihmutterschaft“ von der American Society for Reproductive Medicine als ethisch nicht vertretbar eingestuft wird, im Unterschied dazu die Gestationsleihmutterschaft jedoch anders bewertet wird. Hier soll nämlich nur der Fall erfasst sein, dass in vitro erzeugte Embryonen

zeitlich) vorübergehenden Charakters sämtlicher Attribute mit dieser Unumstößlichkeit, die sich mit dem Stammwort verbindet, von vornherein in einem Widerstreit.⁵⁹ Die darin liegende Unvereinbarkeit von Attribut und Stammwort richtet sich so gegen das Konzept selbst. Mit anderen Worten, eine mit dem möglichen Auseinanderfallen von genetischer, sozialer und „tragender“ „Mutter“ zugleich mögliche Verteilung der Mutterrolle auf mehrere Personen wird vom Recht ignoriert. Die – im Übrigen nicht anfechtbare (§ 1591 BGB) – Zuschreibung an *nur eine* Frau unter Ausschluss der anderen ignoriert damit auch Beteiligungswünsche und verhindert eine Verantwortungsübernahme, wie sie etwa § 1592 Nr. 2 und 3 BGB für die Vaterschaft ermöglichen, oder auch eine Verantwortungsteilung.

Eine Lösung könnte nun darin liegen, die offensichtlich auf die Beteiligung mehrerer, bei notwendig auch zu verteilter Verantwortung der Sorge um das Kind und dessen Wohl, ausgerichtete Situation auch als solche anzuerkennen. Dieser Schritt wird bisher, soweit nachvollziehbar, jedoch nicht vollzogen. Auch hier gilt doch, ganz wie beim Schwangerschaftsabbruch, zum Wohle des Kindes ausräumen lässt sich ein Konflikt *nur mit der Frau*⁶⁰ (bzw. gebärfähig- und bereiten Person sowie *mit den Eltern*). Je mehr Verantwortung dabei den Beteiligten zuwächst, je eher dient dies dem Wohl des Kindes. Ein Konzept, das bereits begrifflich akzeptierte, dass die Mutterschaft viel weniger „gespalten“ als vielmehr um eine Person (die weitere mögliche Mutter) – *triadisch* – ergänzt ist, eröffnete solche Lösungen: Die Mutterschaft ist also viel weniger eine (vorübergehend, zeitlich begrenzte) nur in der Form des Tragens des Kindes (geliehene, gemietete),⁶¹ als vielmehr eine zusammen mit der nach der Geburt hinzutretenden sozialen Mutter *triadische Mutterschaft*.

Fortsetzung des Beitrags in Heft 3/2025

implantiert werden, die durch die Leihmutter ausgetragen werden. Dabei kann genetische Verwandtschaft mit der späteren („auftraggebenden“) Mutter und ggf. dem späteren („auftraggebenden“) Vater entstehen, es können aber prinzipiell auch Eizellen und Samen anderer Personen verwendet werden (deutlich S. 209).

⁵⁹ Die gebärende Mutter wird deshalb auch oft als „Geburtsmutter“ und damit als die vom Gesetz bestimmte „Mutter“ bezeichnet, siehe nur *Rauscher*, in: Staudinger, § 1591 BGB Rn. 7.

⁶⁰ Zusammenführend: *Eser*, in: FS-Hae-Mock Sonn 1993, S. 665 (667 ff.). Grundlegend insoweit *Gropp*, der darin immer den Ausgangspunkt seiner Argumentation sah, bspw. *Gropp*, in Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 219 StGB Rn. 4. (ab der 4. Aufl. *Gropp/Wörner* ebd.).

⁶¹ *Bleisch*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2012, S. 5 (17 ff.).

Beihilfe in staatlich organisierten Kriminalitätsstrukturen

BGH, Urteil vom 20.8.2024 – 5 StR 326/23

mit einer Anmerkung von Daria Bayer*

Redaktionelle Leitsätze der Verfasserin

1. Es ist für die Beurteilung der Beihilfestrafbarkeit irrelevant, ob Personen im Rahmen von staatlich organisierten Kriminalitätsstrukturen (hier: Konzentrationslager) formal fester Teil der Struktur sind (hier: der SS) oder im Rahmen eines zivilrechtlichen Verhältnisses angestellt sind. Entscheidend ist die konkret ausgeübte Funktion innerhalb der Struktur.

2. Sekretariatsarbeit im Rahmen organisierter Kriminalitätsstrukturen kann physische Beihilfe darstellen, wenn der Schriftverkehr für die Organisation der spezifisch begangenen Straftaten zentral ist. Ferner kann die Tatsache, dass Sekretäre die „fortwährende Aufrechterhaltung des Betriebs“ absichern und den Haupttätern als „zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung“ stehen, psychische Beihilfe darstellen.

3. Die eine Beihilfestrafbarkeit begrenzenden Grundsätze der sogenannten „(berufstypisch) neutralen Handlungen mit „Alltagscharakter““ können auch innerhalb systemischer Massenvernichtungslager Anwendung finden. Ihre Bejahung verlangt jedoch entweder objektiv einen nachweislich abgrenzbaren Teil der Tätigkeiten, der auch ohne Bezug zu den Tötungen sinnvoll bleibt (kein deliktischer Sinnbezug), oder die

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.
Kontakt: daria.bayer@jura.uni-halle.de.



Nichtkenntnis von den Tötungen bzw. der Förderung dieser durch den eigenen Gehilfenbeitrag.

A. Sachverhalt

Das Landgericht [Itzehoe, Urteil vom 20.12.2022 – 3 KLS 315 Js 15865/16 jug] hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum Mord in 10.505 Fällen und zum versuchten Mord in fünf Fällen zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer auf die ausgeführte Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. [...]

Das Landgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Die Angeklagte wurde, nachdem sie eine kaufmännische Handelsschule absolviert und bereits zwei Jahre bei einer Bank als Stenotypistin gearbeitet hatte, im Alter von 18 Jahren ab dem 1. Juni 1943 im Konzentrationslager Stutthof tätig und war dort bis zu ihrer Verlegung in ein anderes Konzentrationslager am 1. April 1945 als einzige Stenotypistin im Kommandaturstab beschäftigt. [...]

Das Lager war in das von der nationalsozialistischen „Rassenideologie“ geprägte KZ-System eingegliedert. Dieser lag die Vorstellung von der Vernichtung allen jüdischen sowie aus anderen, rassistischen oder sonst menschenverachtenden Gründen als „unwert“ betrachteten Lebens durch die als „Herrenrasse“ eingeordneten „arischen“ Deutschen zugrunde. [...] Spätestens nach der Ermächtigung Reinhard Heydrichs, die „Gesamtlösung der Judenfrage“ organisatorisch vorzubereiten, sowie den auf der Wannsee-Konferenz von 1942 getroffenen Entscheidungen fungierte das KZ-System als zentraler Grundstein bei der Umsetzung der Ermordung der europäischen Juden. Das Konzentrationslager Stutthof diente zu Beginn der Ausbeutung von Häftlingen, die gemäß den Vorgaben des KZ-Systems zunächst noch bis zur völligen Entkräftung zur Zwangsarbeit eingesetzt werden sollten, wobei die Lagerverantwortlichen billigend in Kauf nahmen, dass die Gefangenen durch schwere körperliche Arbeit und/oder die geschaffenen und aufrechterhaltenen schlechten Lebensbedingungen in großer Zahl eines unnatürlichen Todes starben.

Dementsprechend waren die Haftbedingungen in dem Lager spätestens ab dem 1. Juni 1943 in so hohem Maße lebensfeindlich, dass zahlreiche der Lagerinsassen hierdurch verstarben. So herrschte eine ständige Unterversorgung mit Nahrung und frischem Trinkwasser. [...] Jede Form der üblichen Körperhygiene (Zähneputzen, Waschen, die Benutzung von Toilettenpapier oder Hygieneartikeln) war den Gefangenen verwehrt. Die sanitären Anlagen standen in viel zu geringer Anzahl zur Verfügung und waren nicht hygienisch; Exkremente fanden sich stets auch in den Baracken auf den als Schlafplatz dienenden Pritschen oder auf den Böden. [...] Die Kälte, der die Gefangenen vor allem in den Wintermonaten bei oft erheblichen Minusgraden nahezu ungeschützt ausgesetzt waren, führte zu Erkältungskrankheiten bis hin zu Erfrierungen von Gliedmaßen und tödlichen Unterkühlungen, an denen die Gefangenen unter erheblichen Leiden starben.

[...] [B]is zum Sommer 1944 waren dort [im Konzentrationslager Stutthof] bis zu 60.000 Häftlinge angekommen. Angesichts der durch einen starken Anstieg der ankommenden, überwiegend jüdischen Häftlinge bedingten Überbelegung und zur „Vernichtung unwerten Lebens“ begannen regelmäßige Massentötungen. Spätestens Anfang September 1944 wurde dem Lagerkommandanten die Erlaubnis zur Ermordung aller arbeitsunfähigen Häftlinge „in eigener Verantwortlichkeit“ erteilt. Die Tötung der Häftlinge wurde im Konzentrationslager Stutthof insbesondere auf die folgende Art und Weise ins Werk gesetzt:

Mindestens 9.500 Häftlinge verstarben in der Zeit vom 1. Juni 1943 bis zum 31. März 1945 aufgrund der im Lager herrschenden, auf Befehle des Lagerkommandanten zurückgehenden lebensfeindlichen Bedingungen unter schweren körperlichen Leiden und seelischen Qualen. [...] Spätestens als im Herbst 1944 eine Fleckfieber-Epidemie ausbrach, hatten sie [die Lagerleitung und die Verantwortlichen im SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt] darüber hinaus die Absicht, jüdische Häftlinge durch Verweigerung medizinischer Hilfe zu töten. [...]

Mit drei Transporten im Jahr 1944 wurden mehrere Tausend als nur bedingt arbeitsfähig angesehene Häftlinge aufgrund von Anordnungen Verantwortlicher des SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamts und entsprechender Befehle des Lagerkommandanten mit der Eisenbahn auf „Vernichtungstransporten“ in das Konzentrationslager Auschwitz-Birkenau

gebracht, wo sie unter erheblichen körperlichen Leiden und seelischen Qualen in Gaskammern mit Zyklon B getötet werden sollten. [...]

Auch im Konzentrationslager Stutthof wurden auf Anordnung des SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamts und auf Befehl des Lagerkommandanten zwischen Oktober und Dezember 1944 mindestens 1.000 zuvor von einem Lagerarzt bestimmte, arbeitsunfähige Häftlinge mittels Zyklon B getötet, nachdem sie zuvor in einer Entwesungskammer oder in einem umgebauten Eisenbahnwaggon eingesperrt worden waren. [...]

Schließlich wurden wegen des Vormarschs der sowjetischen Streitkräfte ab Ende Januar 1945 mindestens 11.000 Häftlinge aufgrund eines mit dem SS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt abgestimmten Befehls des Lagerkommandanten dazu gezwungen, sich unter ständiger Bewachung und unter lebensfeindlichen Bedingungen zu Fuß auf einen „Todesmarsch“ in ein anderes Lager zu begeben. Dabei nahm die Lagerleitung den Tod der Häftlinge, der insbesondere durch unzureichende Nahrung, Kälte und Entkräftung verursacht wurde, billigend in Kauf; die erheblichen Leiden und Qualen der Häftlinge auf diesem Todesmarsch waren ihr bewusst und von ihrem Willen umfasst. [...]

Die Angeklagte war im Konzentrationslager Stutthof im Geschäftszimmer der Abteilung I eingesetzt und arbeitete als einzige Stenotypistin des Geschäftszimmers mit zunehmend intensiven Arbeitszeiten ohne längere Krankschreibungen oder Beurlaubung vertrauensvoll dem Lagerkommandanten und dessen Adjutanten zu. Insbesondere wurde der in großem Umfang anfallende Schriftverkehr im Geschäftszimmer abgewickelt, der zur Organisation und Durchführung der vielfachen Tötungen – die auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – innerhalb der behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems zwingend erforderlich war. [...]

Der ausgehende Schriftverkehr fiel ebenfalls in die Zuständigkeit des Geschäftszimmers und damit auch der Angeklagten als einziger Stenotypistin. Sie nahm den Großteil der die dienstliche Korrespondenz betreffenden Diktate des Lagerkommandanten in Stenografie auf und erstellte davon maschinenschriftliche Reinschriften, die – gegebenenfalls nach Anbringung etwaiger Korrekturen – durch den Lagerkommandanten unterzeichnet und alsdann auf dem jeweils vorgesehenen Weg (postalisch, per Fernschreiben oder Funk) versandt wurden. Auch die regelmäßig ergehenden Kommandanturbefehle, auf deren Grundlage die täglichen

Abläufe im Konzentrationslager Stutthof strukturiert und organisiert wurden und die der Lagerkommandant erstellte, wurden durch das Geschäftszimmer verschriftlicht, vom Kommandanten in maschinengeschriebener Form unterzeichnet und dann vom Geschäftszimmer aus im Lager bekannt gegeben.

2. Das Landgericht hat die beschriebenen Tätigkeiten als Beihilfe der Angeklagten zu den genannten Haupttaten (Mord in 10.505 Fällen und versuchter Mord in 5 Fällen) des Lagerkommandanten und der weiteren in der Lagerleitung tätigen SS-Männer sowie der befehlgebenden nationalsozialistischen Machthaber und der führenden SS-Funktionäre, namentlich Heinrich Himmler und Adolf Hitler gewertet. Die Bearbeitung des Schriftverkehrs sei aufgrund dessen zwingender Erforderlichkeit eine für die Ermöglichung der Tatausführung wesentliche Aufgabe gewesen. Dies gelte zum einen für die Kommunikation nach außen, wie etwa bei der Bestellung von Material für Tötungen mit dem Giftgas Zyklon B oder der Abfassung des im Zusammenhang mit Gefangenentransporten insbesondere den „Vernichtungstransporten“ umfangreich, kleinteilig und in hoher Frequenz geführten Schriftverkehrs mit anderen Konzentrationslagern und der Amtsgruppe D, zum anderen aber auch für lagerinterne Schreiben wie die regelmäßigen Kommandanturbefehle, die den Lageralltag regelten und auch die Tötung von Gefangenen betreffende Anweisungen enthielten.

Bei der Erstellung dieses die Haupttaten betreffenden Schriftverkehrs habe die Angeklagte den Lagerkommandanten und dessen Adjutanten unterstützt, indem sie die ihr diktieren Texte formgerecht und sauber niedergelegt habe, so dass sie anschließend an die jeweiligen Adressaten weitergegeben werden konnten. Auch wenn mangels Ab-Verfügungen oder Handzeichen nicht festgestellt werden konnte, welche der tatrelevanten Schriftstücke von der Angeklagten geschrieben wurden, ist das Landgericht davon ausgegangen, dass jedenfalls der Großteil der dienstlichen Korrespondenz von ihr bearbeitet wurde, sie mithin die Haupttäter dadurch physisch unterstützt habe.

Dadurch, dass sie der Lagerleitung während ihrer gesamten Dienstzeit als zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung gestanden und die Aufrechterhaltung des Betriebs des Konzentrationslagers und das Gefangenhalten der Inhaftierten abgesichert habe, habe sie die Haupttäter bei der Begehung der zur Verurteilung gelangten Haupttaten

bestärkt und psychisch unterstützt. Sie habe an der zentralen Schnittstelle des Lagers gearbeitet, an der alle relevanten, auch die Tötungen von Gefangenen betreffenden Entscheidungen getroffen wurden, und ein enges dienstliches Verhältnis zum Kommandanten unterhalten. So sei sie für die Lagerleitung von essenzieller Bedeutung gewesen für das Gefangenhalt von Menschen, die zwangsweise Ausnutzung von deren Arbeitskraft und für die Ermordung der aus Sicht der „Rassenideologie“ des NS-Regimes „wertlosen Volksschädlinge“.

Der Angeklagten seien die lebensfeindlichen Umstände im Konzentrationslager durchgehend schon vom Beginn ihrer Tätigkeit an bekannt gewesen. Nach den Feststellungen des Landgerichts konnte sie aus den von ihr genutzten Büroräumen auf das sogenannte Neue Lager blicken, wenn auch ein deutliches Erkennen von Personen oder deren Handlungen allenfalls im Bereich der vorderen Blockreihen möglich war. Uneingeschränkt einsehbar und aufgrund der Distanz gut zu erkennen war der Sammelplatz vor dem Eingangstor zum Neuen Lager und die sich dort abspielenden Ereignisse. [...]

Dass es der Angeklagten gelungen sein könnte, sich beinahe zwei Jahre nahezu dauerhaft im Konzentrationslager Stutthof aufzuhalten und dabei nicht auch das Tor zum Alten Lager, die dahinter liegenden Baracken und schließlich den Schornstein des wiederum hinter dem Alten Lager befindlichen Krematoriums wahrzunehmen, hat die Strafkammer für ausgeschlossen gehalten. Sie habe den katastrophalen körperlichen Zustand der Gefangenen, ihre unzureichende Versorgung mit Nahrung und angemessener Kleidung und die mangelhaften hygienischen Zustände gesehen und zudem den täglich präsenten Geruch verbrannten Menschenfleisches wahrgenommen, der aus dem Schornstein des Krematoriums kam.

Die Angeklagte habe es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass die Lagerleitung den durch die Schaffung und Aufrechterhaltung der lebensfeindlichen Umstände verursachten Tod der Häftlinge mindestens billigend in Kauf nahm. Die Angeklagte habe auch von den Umständen Kenntnis gehabt, die bei den Gefangenen zu erheblichen körperlichen und/oder seelischen Qualen führten und davon, dass diese auch der Lagerleitung bekannt waren, diese sie aber in gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung zumindest hinnahm. Spätestens ab Oktober 1944 habe die Angeklagte von den Tötungen im Lager mit Zyklon B gewusst, die mit Wissen und direktem Wollen der Lagerleitung – wiederum

unter Zufügung erheblicher Qualen – durchgeführt wurden. Die Angeklagte habe zudem gewusst, dass die Lagerleitung die im Konzentrationslager Auschwitz-Birkenau handelnden Haupttäter willentlich bei deren Morden mittels Zyklon B unterstützte, indem sie mit Vernichtungstransporten Gefangene aus Stutthof nach Auschwitz-Birkenau transportieren ließ. Schließlich sei ihr auch bewusst gewesen, dass die Lagerleitung durch die Todesmärsche den qualvollen Tod der betreffenden Gefangenen zumindest billigend in Kauf genommen habe.

Die Angeklagte habe gewusst, dass sie mit ihrer Tätigkeit den Lagerkommandanten und die weiteren in der Lagerleitung tätigen SS-Männer bei ihren Haupttaten teilweise unmittelbar physisch unterstützt habe. Soweit sie Schriftverkehr bearbeitet habe, der einen direkten Zusammenhang zu den stattfindenden Tötungen hatte, habe sie billigend in Kauf genommen, dass sie den Haupttätern konkret physisch bei der für die Begehung der Taten notwendigen Vorbereitung, Organisation und Abwicklung half. Soweit Tötungen ohne direkten Zusammenhang mit von ihr bearbeiteten Schreiben begangen wurden, sei ihr dennoch bewusst gewesen, dass zur Durchführung und Umsetzung der mit der Tötung von Gefangenen einhergehenden Befehle der Lagerleitung ein System aus jederzeit zur Verfügung stehenden, die Befehle nicht hinterfragenden Untergebenen eine wichtige Voraussetzung war. Sie habe gewusst, dass sie mit ihrer fortgesetzten Dienstätigkeit und der stetigen Bereitschaft, für den Betrieb des Konzentrationslagers unerlässliche, unterstützende Schreib- und Büroarbeiten zu übernehmen, zur Aufrechterhaltung des Lagers einschließlich der mit seinem Betrieb verfolgten Ziele beitrug. Sie habe es damit für möglich gehalten und mindestens billigend in Kauf genommen, dass sie die Lagerleitung durch ihre konkreten Tätigkeiten bei Tötungsaktionen auch psychisch unterstützte.

B. Aus den Gründen

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. [...]

Die Revision der Angeklagten ist unbegründet. [...]

2. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts tragen den Schuldspruch. [...]

Rechtsfehler bei der Feststellung und Bewertung der Haupttaten sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht vorgetragen.

Insbesondere steht der rechtsfehlerfreien Beurteilung der Handlungen der Haupttäter als täterschaftliche Tatbeiträge nicht entgegen, dass etwa der Lagerkommandant in dem gegen ihn geführten Strafverfahren vor dem Landgericht Bochum im Jahr 1957 lediglich wegen „Beihilfe zu einem Morde, begangen an mehreren hundert Menschen“ verurteilt worden ist (vgl. zur Kritik an dieser „Beihilferechtsprechung“ und ihren Folgen für die weitere Strafverfolgung Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 143 ff. mwN), denn dieses Urteil entfaltet schon keine Bindungswirkung (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 9. März 2010 – 4 StR 640/09, NStZ 2010, 529; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Einl. Rn. 170 mwN).

b) Entgegen der in der Revisionsrechtfertigung vertretenen Auffassung lässt auch die an allgemeinen Grundsätzen zu bemessende Würdigung der Strafkammer, die Angeklagte habe zu den genannten Haupttaten Beihilfe geleistet, Rechtsfehler nicht erkennen. Im Einzelnen:

aa) Hilfe im Sinne von § 27 StGB leistet – bei Erfolgsdelikten wie den hier in Rede stehenden – derjenige, der eine Handlung begeht, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert. Es ist nicht erforderlich, dass sie für den Eintritt dieses Erfolgs in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10, 31; Beschlüsse vom 21. April 2020 – 4 StR 287/19, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 37 Rn. 15; vom 28. Juli 2020 – 2 StR 64/20 Rn. 7 jeweils mwN). In zeitlicher Hinsicht kann Beihilfe schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, und zwar selbst zu einem Zeitpunkt, in dem der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist; auch noch nach Vollendung der Tat bis zu deren Beendigung ist sie möglich (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, 252, 257 f. mwN). Als physische Beihilfe kommt jede Art von Tätigkeit in Frage, die nicht ihrerseits Täterschaft ist, ohne dass es auf deren Gewicht im Verhältnis zur Haupttat ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006 – 3 StR 139/06, NJW 2007, 384, 389; LK/Schünemann/Greco, StGB, 13. Aufl., § 27 Rn. 49 mwN). In der Form der sogenannten psychischen Beihilfe kann die Tat auch dadurch objektiv gefördert werden, dass der Haupttäter ausdrücklich oder auch nur konkludent in seinem Willen zur Tatbegehung – sei es auch bereits in seinem Tatentschluss – bestärkt wird (vgl. etwa BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 – 3 StR 236/17, BGHSt 64, 10, 31 mwN).

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden. Bei ihrer Anwendung dürfen nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei einer Tatserie wie dem systematischen Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland in tatsächlicher Hinsicht daraus ergeben, dass an jeder einzelnen bei dessen Verwirklichung begangenen Mordtat einerseits eine Vielzahl von Personen in politisch, verwaltungstechnisch oder militärisch-hierarchisch verantwortlicher Position ohne eigenhändige Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt war, andererseits aber auch eine Mehrzahl von Personen in Befolgung hoheitlicher Anordnungen und im Rahmen einer hierarchischen Befehlskette unmittelbar an der Durchführung der einzelnen Tötungen mitwirkte. Dies ist bei der rechtlichen Bewertung von Handlungen eines lediglich als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten in den Blick zu nehmen und zu prüfen, ob dessen Handlungen die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben (vgl. zu alledem eingehend BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, 252, 258 f.).

Der Senat schließt sich dieser neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an; er ist an sie in ihren tragenden Entscheidungsteilen zudem gebunden (vgl. § 132 Abs. 2 GVG). Auf ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, etwa das mehrfach auch in der Hauptverhandlung erwähnte Urteil des 2. Strafsenats (Urteil vom 20. Februar 1969 – 2 StR 280/67, auszugsweise abgedruckt in NJW 1969, 2056), in dem dieser Senat ausgeführt hat, es sei „nicht angängig“, dass „jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt hat und für alles Geschehene verantwortlich“ zu machen sei, kommt es danach nicht mehr entscheidend an. Es kann deshalb auch offenbleiben, ob der zitierte Beschluss des 3. Strafsenats zu dieser älteren Entscheidung, die für die in der Folgezeit fehlgeleitete Verfolgungspraxis zumindest mitursächlich war (vgl. Rommel, NSTZ 2017, 161, 162; Kurz, ZIS 2013, 122, 124 f.; kritisch dazu Roxin, JR 2017, 88, 89 f.), in Widerspruch stand oder ob der Senat von dieser Rechtsprechung heute abweichen würde. Im Übrigen liegt ein Fall, in

dem die Angeklagte bloß „irgendwie“, also ohne konkreten Bezug zu den Haupttaten, für „alles Geschehene“ im Konzentrationslager Stutthof verantwortlich gemacht wird, ersichtlich nicht vor (vgl. dazu im Folgenden ab bb).

Nach der neueren Rechtsprechung ist auf die generell geltenden, allgemeinen Grundsätze zur Beihilfestrafbarkeit abzustellen (vgl. zu diesem Ansatz auch Rommel, NStZ 2017, 161, 162); danach kommt es in rechtlicher Hinsicht nicht darauf an, ob die festgestellte Hilfeleistung in einem „Vernichtungslager“, einem Konzentrationslager oder einem anders bezeichneten und ausgestalteten Lager erbracht wurde (vgl. zur Irrelevanz der Unterscheidung nach Lagerarten auch Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, S. 381 ff.). Ebenso wenig ist rechtlich für sich genommen von Bedeutung, ob die zu beurteilenden Handlungen – wie in früheren Entscheidungen – von Wachpersonal begangen wurden, oder – wie hier – von einer Zivilangestellten der SS. Vielmehr sind nach allgemeinen Grundsätzen die Haupttaten und die diese gegebenenfalls fördernden Handlungen des Gehilfen in jedem Einzelfall in den Blick zu nehmen, wobei freilich eine nach Tagesereignissen fragmentierte Betrachtungsweise (vgl. dazu Kurz, ZIS 2013, 122, 123) nicht geboten ist.

bb) Es begegnet keinen Bedenken, dass das Landgericht davon ausgegangen ist, die Angeklagte habe durch ihre Tätigkeit als einzige Stenotypistin im Geschäftszimmer der Abteilung I, das unmittelbar dem Lagerkommandanten und dessen Adjutanten zuarbeitete, und die insoweit erbrachte Bearbeitung des Schriftverkehrs körperliche Beihilfe zu allen Haupttaten geleistet. Diese Tätigkeiten waren für die Ermöglichung der Tatausführung relevant, weil die Bearbeitung von Schriftverkehr, welcher zur Organisation und Durchführung der zahlreichen Tötungen – die nicht auf spontanem, zufälligem oder vereinzeltem Handeln, sondern auf zahlreichen administrativen Vorgängen und umfangreicher Kommunikation der Beteiligten beruhten – in der organisierten, behördengleichen Verwaltungsstruktur des KZ-Systems zwingend erforderlich war. [...]

Dass das Landgericht mangels Ab-Verfügungen oder Handzeichen nicht hat feststellen können, welche der tatrelevanten Schriftstücke von der Angeklagten geschrieben wurden, führt zu keiner anderen Bewertung, insbesondere entfällt damit nicht die Bedeutung der die Haupttäter objektiv und körperlich unterstützenden Tätigkeit der Angeklagten im Geschäftszimmer der Abteilung I.

[...] Auch wenn eine Zuordnung zu einzelnen Schriftstücken nicht möglich sein mag, musste sich die Strafkammer angesichts des Umstands, dass die Angeklagte den Großteil der dienstlichen Korrespondenz des Lagerkommandanten bearbeitete, nicht mit der bloß theoretischen Möglichkeit befassen, dass sie kein einziges der einen solchen Bezug zu den Mordtaten aufweisenden Schriftstücke bearbeitet haben könnte. Insofern entsprach die Beweislage derjenigen in Fällen der – zulässigen – Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Mai 2022 – 5 StR 464/21, NStZ-RR 2022, 308, 309 mwN).

cc) Die Strafkammer hat zudem zu Recht ausgeführt, dass die Angeklagte die Haupttäter auch in psychischer Hinsicht bei der Durchführung sämtlicher ihr zugerechneter Taten unterstützte, indem sie der Lagerleitung, mit der sie während ihrer gesamten Dienstzeit vertrauensvoll zusammenarbeitete, in der beschriebenen Art und Weise als zuverlässige und gehorsame Untergebene zur Verfügung stand und durch ihre Tätigkeit fortwährend die Aufrechterhaltung des Betriebs des Konzentrationslagers und das Gefangenhalten der Inhaftierten absicherte. [...]

[...] Das Landgericht hat im Blick gehabt, dass zu den hier verfahrensgegenständlichen Mordtaten Mittäter auf mehreren Ebenen in unterschiedlichsten Funktionen sowie mit verschiedensten Tathandlungen zusammenwirkten. Es hat folgerichtig geprüft, ob die Handlungen der Angeklagten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben und dies – jedenfalls den Lagerkommandanten und seinen Adjutanten betreffend – bejaht; dies genügt. Deshalb ist es ohne Bedeutung, ob [...] die für die Tötungen in Auschwitz-Birkenau Verantwortlichen durch die gehorsame und untergeordnete Dienstleistung der Angeklagten in ihrem Tatentschluss bestärkt wurden. Aus dem gleichen Grund kommt es auch nicht darauf an, ob hier – anders als in der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. September 2016 (3 StR 49/16, BGHSt 61, 252 zur „Ungarn-Aktion“) – ein direkter Bezug der Tätigkeit der Angeklagten zu der Anordnung bestimmter Tötungsaktionen durch die nationalsozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre hergestellt werden kann. [...]

dd) Das Landgericht hat schließlich auf der Grundlage einer umfassenden und eingehenden Beweiswürdigung mit rechtsfehlerfreier Begründung das Vorliegen des erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatzes bei

der Angeklagten bejaht. Sie nahm die vorsätzliche und rechtswidrige Begehung der grausamen Morde durch die von ihr unterstützten Haupttäter billigend in Kauf und förderte deren Handeln – insbesondere dasjenige des Lagerkommandanten und des Adjutanten – wissentlich und willentlich. Hierzu hat die Strafkammer – wie aus den oben referierten Ausführungen ersichtlich – detaillierte Feststellungen zu dem die unterschiedlichen Tötungsarten betreffenden Kenntnisstand der Angeklagten getroffen und diese Feststellungen jeweils beweismäßig unterlegt. [...]

ee) Schließlich steht der Bewertung der Tathandlungen der Angeklagten als strafbare Beihilfe auch nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu sogenannten (berufstypisch) neutralen Handlungen mit „Alltagscharakter“ (vgl. etwa BGH, Urteile vom 8. März 2001 – 4 StR 453/00, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 22 mwN; vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178 mwN; Beschluss vom 26. Januar 2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461 f. jeweils mwN) entgegen. Danach gilt:

(1) Wird strafbares Verhalten nach den dargelegten Grundsätzen gefördert, kann dies grundsätzlich auch durch äußerlich neutrale, berufstypische Handlungen geschehen. In diesen Fällen bedarf es aber einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall (BGH, Urteil vom 18. Juni 2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996, 2999) zur Begrenzung von strafbarem Beihilfeunrecht bei Verhaltensweisen, die der Hilfeleistende jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber ebenfalls vorgenommen hätte, weil er mit seiner Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgte (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178).

Hierzu hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung folgende Grundsätze aufgestellt:

Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag in jedem Fall als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter nicht mehr als sozialadäquat anzusehen (BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178). Das Merkmal der „Ausschließlichkeit“ betrifft den sogenannten deliktischen Sinnbezug (vgl. Schmorl, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, S. 146 ff., 159 ff.) und damit in

objektiver Hinsicht die Frage, ob durch den Beitrag des Gehilfen das konkrete strafbare Verhalten des Haupttäters gefördert wurde (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178).

Hat die geförderte Handlung nicht ausschließlich deliktische, sondern auch legale Bestandteile, wird dadurch eine strafbare Beihilfe ausgeschlossen, wenn sich der Beitrag des Gehilfen auf die legalen Bestandteile beschränkt (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2001 – 4 StR 453/00, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 22). Es fehlt dann der deliktische Sinnbezug, weil der Beitrag des Gehilfen auch ohne das strafbare Handeln des Täters für diesen sinnvoll bleibt, der Gehilfe mithin zwar den Täter, nicht aber unmittelbar dessen strafbares Tun durch seinen Beitrag unterstützt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178).

Aus subjektiven Gründen kommt eine Einschränkung der Strafbarkeit der Beihilfe in Betracht, wenn der Hilfeleistende nicht weiß, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, und er es zwar für möglich hält, dass sein Handeln zur Begehung einer Straftat genutzt wird, er aber aufgrund des Alltagscharakters seines Tuns darauf vertrauen darf, dass dies nicht geschieht. Anderes gilt allerdings wiederum, wenn das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des unterstützten Haupttäters derart hoch war, dass der Gehilfe sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 – 5 StR 468/12, wistra 2014, 176, 178 mwN; Beschluss vom 26. Januar 2017 – 1 StR 636/16, NStZ 2017, 461 f. mwN).

(2) Nach diesen Maßgaben kommt – wie schon das Landgericht zutreffend angenommen hat – eine straflose Mitwirkung der Angeklagten nicht in Betracht. Die von ihr unterstützten Haupttäter handelten mit dem Betrieb der Konzentrationslager jedenfalls in der Tatzeit ausschließlich verbrecherisch, indem sie die Lagerinsassen unter menschenunwürdigen und lebensfeindlichen Bedingungen gefangen hielten, bis zu dem hierdurch bewirkten vorzeitigen Tod zwangsweise ihre Arbeitskraft ausnutzten und so aus Sicht der „Rassenideologie“ des NS-Regimes „wertlose Volksschädlinge“ ermordeten. [...]

Dabei kommt es aufgrund der festgestellten, schon zu Beginn der Tätigkeit der Angeklagten bestehenden und ihr positiv bekannten katastrophalen Lebensbedingungen für die Gefangenen in dem

Konzentrationslager Stutthof nicht darauf an, dass diese jedenfalls zu Beginn der Tatzeit noch nicht sofort getötet werden sollten, sondern zunächst ihre Arbeitskraft noch bis zur völligen Erschöpfung ausgebeutet wurde. [...] Dass die Haupttäter insoweit nach den Urteilsgründen lediglich mit bedingtem Tötungsvorsatz handelten, steht der Annahme des deliktischen Sinnbezugs der Beihilfehandlungen der Angeklagten nicht entgegen. Denn bei diesem handelt es sich um ein objektives Merkmal, für das es auf eine subjektive Zwecksetzung der Haupttäter nicht ankommt (vgl. Schmorl aaO, S. 162), insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Haupttäter mit Tötungsabsicht handelten. Gleiches gilt, soweit die Haupttäter die Häftlinge unter lebensfeindlichen Bedingungen zwangen, sich auf „Todesmärsche“ zu begeben. Die Tötungen durch die Vergiftung mit Zyklon B und durch das Verschicken auf sogenannte Vernichtungstransporte nach Auschwitz-Birkenau waren von den Haupttätern schließlich nach den Feststellungen des Landgerichts beabsichtigt.

Die Angeklagte wusste nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, dass die von ihr unterstützten Haupttäter in der aufgezeigten Weise verbrecherisch handelten und ihr war bewusst, dass sie sie durch ihre Tätigkeit unterstützte. [...] Es erschließt sich angesichts dessen entgegen dem Revisionsvorbringen auch nicht, wie die Angeklagte angenommen haben könnte, mit ihrer Tätigkeit lediglich einen von dem strafbaren Tun der Haupttäter ablösbaren Beitrag zu leisten.

(3) Im Ergebnis liegen damit die Voraussetzungen vor, unter denen nach der genannten Rechtsprechung das Handeln des Hilfeleistenden – hier der Angeklagten – den „Alltagscharakter“ verloren hatte und es als „Solidarisierung“ mit den Haupttätern zu deuten und deshalb nicht mehr als sozialadäquat anzusehen war. Der deliktische Sinnbezug zu den von den Haupttätern begangenen grausamen Morden war durchweg gegeben; die Angeklagte beschränkte sich – auch wenn sich der Schriftverkehr vereinzelt etwa auf die Bestellung unverfänglicher Güter bezogen haben mag – eben nicht auf Handlungen, die unabhängig von den Straftaten der KZ-Betreiber sinnvoll und nötig waren (vgl. dazu etwa Roxin, JR 2017, 88, 89).

Der Senat muss deshalb nicht mehr der Frage nachgehen, ob in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es um eine Tätigkeit in einem Konzentrationslager im Zusammenhang mit dem – hier – millionenfachen Mord geht, überhaupt Verhaltensweisen denkbar sind, mit denen ein Gehilfe im Sinne der aufgezeigten Grundsätze zur Beihilfestrafbarkeit neutraler

Handlungen tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich als solche nicht missbilligte Zwecke verfolgt (dagegen etwa Werle/Burghardt, Festschrift für Werner Beulke, 2015, S. 339, 349, 351 f., die davon ausgehen, neutrale Handlungen kämen für das Lagerpersonal von Konzentrationslagern nicht in Betracht; gegen einen generellen Ausschluss der Grundsätze der neutralen Handlungen auf Beihilfe zu nationalsozialistischen Gewaltverbrechen und für eine Prüfung nach allgemeinen Grundsätzen aber etwa Baun aaO, S. 383; Roxin aaO).

3. Das Landgericht hat die Schuld der Angeklagten zu Recht bejaht. Insbesondere hat es mit rechtsfehlerfreier Würdigung ausgeschlossen, dass die strafrechtliche Verantwortung der Angeklagten nach § 47 MilStGB in der Fassung vom 10. Oktober 1940 entfallen sein könnte, weil sie von Beginn ihrer Tätigkeit an erkannte, dass die ihr erteilten Befehle dazu dienten, die auch von ihr als verbrecherisch erkannten Mordtaten zu begehen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 17. Juni 2004 – 5 StR 115/03, BGHSt 49, 189, 194 f.). Einen Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB hat die Strafkammer ebenso verneint wie einen entschuldigenden Befehlsnotstand; Rechtsfehler lassen diese Würdigungen nicht erkennen.

4. Auch der Rechtsfolgenausspruch hat Bestand; Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten hat die revisionsgerichtliche Überprüfung nicht erbracht.

C. Würdigung von Daria Bayer

I. Die Entscheidung stellt mit großer Wahrscheinlichkeit die letzte¹ höchstrichterliche Möglichkeit zur strafrechtlichen Aufarbeitung nationalsozialistischen Unrechts dar.² Sie ist zeitgeschichtlich³ von besonderer Relevanz. Die mündliche Verhandlung und die Urteilsverkündung im

¹ Zwar kann es im laufenden Verfahren gegen einen mutmaßlichen Wachmann im Konzentrationslager Sachsenhausen aufgrund von OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.10.2024 – 7 Ws 169/24 nun doch noch zur zunächst durch LG Hanau, Beschluss vom 6.5.2024 – 2 Ks 501 Js 33635/22 abgelehnten Eröffnung des Hauptverfahrens kommen. Angesichts des hohen Lebensalters des Angeklagten ist es aber unwahrscheinlich, dass es noch eine Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs geben wird. Gleiches gilt für die weiteren circa 14 (beck-aktuell vom 25.7.2024, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/lg-hanau-verhandlungsunfaehig-prozess-kz-wachmann-sachsenhausen>, zuletzt abgerufen am 15.4.2025) noch laufenden Ermittlungsverfahren gegen ehemaliges Lagerpersonal.

² BGH NSTZ 2025, 31, 36 m.Anm. Kudlich/Schütz.

³ Zu zeitgeschichtlichen Aspekten s. die Beiträge in Lüttig/Lehmann (Hrsg.), Die letzten NS-Verfahren, 2017; zum spezifischen Verfahren *Özata/Bayer*, Strafbar sind auch die, die den Massenmord ermöglichten, Zeit Online v. 20.8.2024, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/2024-08/urteil-stutthof-prozess-bundesgerichtshof-irmgard-f-kz-sekretaerin>, zuletzt abgerufen am 8.4.2025.

letzten Jahr hatten dementsprechend für große öffentliche Aufmerksamkeit gesorgt. Die schriftlichen Urteilsgründe werden dagegen in der Strafrechtswissenschaft bislang wenig beachtet.⁴ Dabei enthalten diese erhellende Konkretisierungen zur Reichweite der Beihilfestrafbarkeit im Rahmen (staatlich) organisierter Kriminalitätsstrukturen,⁵ insbesondere in Bezug auf deren Begrenzung nach den Grundsätzen der „neutralen Beihilfe“ und den hierfür erforderlichen Feststellungen zur subjektiven Tatsachenseite. Das Urteil bietet auch Anlass für eine kritische Reflexion des Verhältnisses von individueller Verantwortlichkeit, kollektiver Straftatbegehung und gesellschaftlichem Bestrafungsbedürfnis.

II. Im Wesentlichen ging es bei der Entscheidung um folgende Fragen:

1. Ist die Tätigkeit der Angeklagten im Rahmen der organisierten Verbrechenstruktur des Konzentrationslagers hinreichend konkret festgestellt?
2. Inwieweit hat sich ihr Handeln auf das Handeln der Haupttäter ausgewirkt?
3. Kommt eine Begrenzung der Strafbarkeit nach den Grundsätzen der sogenannten „(berufstypisch) neutralen Handlungen mit ‚Alltagscharakter‘“ in Betracht?⁶

Diesbezüglich stellt der Senat zunächst klar, dass auch im Rahmen staatlich organisierter Kriminalitätsstrukturen, selbst in Konzentrationslagern, kein „Sonderrecht“ gilt. Es finden die allgemeinen Beihilfegrundsätze Anwendung. § 27 StGB setzt objektiv das „Fördern“ von vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttaten, das heißt eine (konkrete) strafrechtliche Risikomitschaffung oder -erhöhung⁷ und subjektiv Vorsatz sowohl in Bezug auf die Haupttaten als auch in Bezug auf die Förderung dieser voraus.

Bei systematischer Straftatbegehung durch organisierte Kriminalitätsstrukturen sind jedoch die einzelnen Tathandlungen nicht isoliert von-

⁴ Bis auf BGH NSStZ 2025, 31 m.Anm. *Kudlich/Schütz* und *Bayer/Özata*, Die Grenzen der „Neutralität“: Zur Beihilfestrafbarkeit im KZ Stutthof und darüber hinaus, VerfBlog v. 28.8.2024, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/irmgard-f-kz-stutthof-bgh-beihilfe/>, zuletzt abgerufen am 8.4.2025 (in Bezug auf die mündliche Urteilsbegründung).

⁵ Vgl. BGH NSStZ 2025, 31, 36 m.Anm. *Kudlich/Schütz*; hierauf konzentriert sich auch diese Besprechung. Zu den prozessualen Fragen in einem ähnlichen Verfahren s. *Bayer* HRRS 2024, 124, 128.

⁶ S. Schreiben der Vorsitzenden an die Verfahrensbeteiligten vom 12.6.2024.

⁷ Für eine eingehende Darstellung der umstrittenen Anforderungen an die Beihilfehandlung. *Schünemann/Greco*, in *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 1 ff. m.w.N.

einander, sondern im Gesamtkontext des Organisationsvorhabens zu betrachten. Dies erinnert an das aus dem Völkerstrafrecht bekannte Modell der systemischen Zurechnung.⁸ Hierdurch wird die strafrechtliche Zurechnung nicht unzulässig ausgeweitet: Denn nicht jede Person, die *irgendwie* in eine organisierte Kriminalitätsstruktur eingegliedert ist oder diese unterstützt, ist für *alle* von der Organisation begangenen Straftaten strafrechtlich verantwortlich.⁹ Strafbar wegen Beihilfe zu *konkreten Taten* ist nur, wer diese mindestens eventualvorsätzlich durch *konkrete Handlungen* erleichtert oder ermöglicht hat.¹⁰

Hierzu hatte das Landgericht dem Senat zufolge ausreichende Feststellungen getroffen: Die Angeklagte hatte 22 Monate lang in intensiven Arbeitszeiten im Konzentrationslager Stutthof gearbeitet. Sie war als die einzige Stenotypistin des Lagerkommandanten eine zentrale Schaltstelle der Kommunikation innerhalb des Konzentrationslagers Stutthof und der gesamten Struktur der Konzentrationslager gewesen. Sie übte damit für die bürokratische Organisation der Massenmorde eine wichtige Funktion aus. Das Landgericht hatte der Angeklagten ferner nur die genau festgestellten Taten (10.505 vollendete und 5 versuchte Morde) zugerechnet, die während ihrer Anstellung begangen worden waren und von denen sie wissen konnte.

III. Der Fall wies im Verhältnis zu anderen (nur in einem Fall höchststrichterlich entschiedenen) Verfahren gegen NS-Gehilfen der letzten Jahre¹¹ die Besonderheit auf, dass die Angeklagte weder Teil der SS noch Wärterin gewesen war und auch keinen Rampendienst versehen hatte. Vielmehr unterschied sich ihre zivilrechtliche Anstellung als Stenotypistin jedenfalls auf dem Papier nicht wesentlich von ihrer früheren Anstellung als Stenotypistin in einer Bank. Daher stellte sich die Frage einer Begrenzung der Beihilfestrafbarkeit nach den vieldiskutierten¹² Grundsätzen der „berufstypischen“ oder „neutralen“ Handlungen. Diese sah der Senat aber weder objektiv noch subjektiv als erfüllt an: Objektiv belegten die Feststellungen des Landgerichts durchweg einen ausschließlich

⁸ Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 11; Bock ZIS 2017, 410, 427.

⁹ S. BGH NJW 1969, 2056.

¹⁰ S. BGH Beschluss vom 25.5.2012 – AK 14/12.

¹¹ LG München II, Urteil vom 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08; BGH, Beschluss vom 20.9.2016 – 3 StR 49/16; LG Hamburg, Urteil vom 23.7.2020 – 617 Ks 10/19 jug.

¹² Etwa Petersen, Die „neutrale Handlung“ im Strafrecht, 2023; Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007; Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; Roxin, AT II, 2003, § 26 Rn. 218 ff.

deliktischen Sinnbezug der Tätigkeiten. Es war kein relevanter, abgrenzbar-legaler Teil der Tätigkeiten der Angeklagten erkennbar, der von den organisierten Massentötungen des Konzentrationslagers unabhängig und auch ohne Bezug zu diesen für die Haupttäter sinnvoll gewesen wäre (die möglicherweise erfolgte gelegentliche Bestellung von Gartenbedarf für den Lagerkommandanten fiel angesichts der beträchtlichen Gesamtarbeitszeit nicht ins Gewicht). Ebenso wusste die Angeklagte positiv von den innerhalb des Lagers begangenen Morden und ihrer Förderung dieser durch die Sekretariatsarbeit. Hierfür sprach neben dem Inhalt der Schriftstücke, durch die beispielsweise Zyklon B bestellt worden war, insbesondere das enge, persönliche Vertrauensverhältnis zum Lagerkommandanten, der Ausblick aus ihrem sich *innen im Konzentrationslager* befindenden Büros sowie der täglich in der Luft liegende Geruch verbrannten Menschenfleisches. Daher stellte sich ihr Handeln im Gesamten nicht als „berufstypisch“, sondern als sozialinadäquat dar.

Der Senat lies letztlich die in der Literatur umstrittene Frage, ob „berufstypische“ Handlungen in einem organisierten Massenvernichtungslager überhaupt denkbar sind, offen.¹³ Dies erscheint jedenfalls bei *innen* eines Konzentrationslagers festgestellten Personen, die am Betrieb des Lagers „funktionell mitwirken“¹⁴ und dabei nicht nur humanitäre Hilfe leisten,¹⁵ schwer vorstellbar.¹⁶

IV. Dem Urteil lassen sich drei - an sich nicht neue, aber hier pointiert formulierte - Kriterien zur Bestimmung der Grenzen der Beihilfestrafbarkeit entnehmen:

1. Welche Rolle spielt das Handeln der (potenziellen) Gehilfen für das Funktionieren des Gesamtapparates und insbesondere für die Organisation der spezifisch begangenen Straftaten?
2. Gibt es einen abgrenzbaren Tätigkeitsbereich, der nicht mit diesen Straftaten im Zusammenhang steht (deliktischer Sinnbezug)?
3. Wurden auf subjektiver Tatsachenseite ausreichende Feststellungen dazu getroffen, dass (potenzielle) Gehilfen von den kriminellen Zielen der

¹³ Überblick über den Meinungsstand bei *Baun*, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, 2019, 312 ff.

¹⁴ *Baun*, 389 ff.

¹⁵ Wie etwa Ärzte, die im Lager ausschließlich zur medizinischen Versorgung eingesetzt waren, *Schmorl*, Die Grenzen der Beihilfestrafbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2022, 120 ff., 150 f. w.m.N. Allerdings sind in der Rechtsprechung keine solchen Fälle bekannt, *Schmorl*, 123; sie dienen vielmehr nur als hypothetisches Abgrenzungsbeispiel, s. BGH NJW 1969, 2056, 2057.

¹⁶ *Baun*, 382 betont, dass dies möglich ist, nennt hierfür aber keine praktischen Beispiele, s. 389 ff.

Haupttäter und der Förderung dieser durch ihren eigenen Gehilfenbeitrag positiv wussten bzw. sich durch die Hilfeleistungen mit den Haupttätern solidarisierten?

Für die Bewertung dieser Kriterien sind die abstrakte Analyse der Struktur, die Offensichtlichkeit der begangenen Straftaten ebenso wie die Modalitäten der konkreten Tätigkeitsausübung durch (potenzielle) Gehilfen entscheidend.¹⁷ Die wohl größte Bedeutung könnte dabei dem dritten, subjektiven Kriterium zukommen. Dieses hat in dem kurzen Zeitraum seit Veröffentlichung der hiesigen Entscheidungsgründe über die Beihilfe in staatlich organisierten Kriminalitätsstrukturen hinaus in der Rechtsprechung bereits auch im Bereich der Terrorismusfinanzierung,¹⁸ der Wirtschaftskriminalität¹⁹ oder der generellen Gewaltkriminalität²⁰ Bedeutung erlangt – wohlgemerkt stets *strafbarkeitsbeschränkend*.

V. Zusammenfassend stellt das hier besprochene Urteil einen auch zeitgeschichtlich bedeutsamen Beitrag zur Reichweite der Beihilfestrafbarkeit dar. Es stellt klar, dass die allgemeinen Beihilfegrundsätze im Rahmen staatlich organisierter Kriminalitätsstrukturen und sogar in Konzentrationslagern gelten, mit der Modifikation, dass die einzelnen Taten nicht isoliert, sondern im Gesamtkontext des Organisationsvorhabens zu betrachten sind. Unerheblich für die Bewertung der Beihilfe-strafbarkeit ist, ob eine Person formal fester Bestandteil der Struktur oder im Rahmen eines zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisses angestellt ist. Unerheblich ist auch, ob ein staatlich organisiertes Tötungslager formal als Massenvernichtungslager eingestuft worden ist oder schlicht faktisch ein solches darstellt. Entscheidend sind vielmehr die Betrachtung der konkret verübten Tätigkeit innerhalb der Struktur sowie der individuelle Kenntnisstand bezüglich der konkret verübten Straftaten und der Förderung dieser durch den eigenen Gehilfenbeitrag. Hierbei kann zwar theoretisch auch eine Strafbarkeitsbegrenzung nach den Grundsätzen der „berufstypischen“ Handlungen in Betracht kommen. Dass deren Voraussetzungen bei Personen, die funktionell am Betrieb eines

¹⁷ Vgl. zu diesen Kriterien auch (in Bezug auf die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in wirtschaftlichen Organisationsstrukturen) *Schmorl* (Fn. 15), 98.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 31.10.2024 – StB 21/24, Rn. 56 ff; hier wird auch der objektive deliktische Sinnbezug verneint, BGH, Beschluss vom 31.10.2024 – StB 21/24, Rn. 55.

¹⁹ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 26.2.2025 – 12 Kls 501 Js 1658/21, Rn. 67 ff.

²⁰ BGH, Beschluss vom 5.11.2024 – 6 StR 258/24, Rn. 24 f.

Massenvernichtungslagers mitwirken, erfüllt sind, erscheint praktisch jedoch schwer vorstellbar.

Die (vermeintliche) Ausweitung der Beihilfestrafbarkeit im Rahmen von (staatlich) organisierten Kriminalitätsstrukturen auf sogenannte „low-level functionaries“²¹ kann vor dem Hintergrund eines auf individuelle Verantwortlichkeit fokussierten Strafrechts kritisch gesehen werden. Staatlich organisierte Massenverbrechen lassen sich aber nicht ohne die systematische Einbeziehung eines Kollektivbezugs sinnvoll aufarbeiten. Die untergeordnete Rolle der Funktionäre sowie die individuellen Umstände, die ggf. ein Loslösen von diesem Kollektivbezug – jenseits der Grenzen eines Schuldausschlusses –²² erschwert haben mögen, müssen auf Ebene der Strafzumessung Berücksichtigung finden.²³ Diese unterliegt jedoch nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung.

²¹ *Drumbl*, *Atrocity, Punishment and International Law*, 2007, 27.

²² Das Landgericht hatte auf Schuldebene sowohl das Vorliegen von § 47 I 1 MilStGB, eines unvermeidbaren Verbotsirrtums nach § 17 S. 1 i.V.m. § 2 III StGB als auch eines Befehlsnotstands nach § 35 I StGB (bzw. §§ 52, 54 RStGB) verneint, LG Itzehoe, Urteil vom 20.12.2022 – 3 KLS 315 Js 15865/16 jug, juris Rn. 447 ff.

²³ Hier hatte das Landgericht neben der untergeordneten Tätigkeit der Angeklagten etwa die ideologische Erziehung und die alters- und rollenbedingte Beeinflussbarkeit der Angeklagten zum Tatzeitpunkt schuld mindernd berücksichtigt (LG Itzehoe, Urteil vom 20.12.2022 – 3 KLS 315 Js 15865/16 jug, juris Rn. 527). Zur Bedeutung der Strafzumessung als „rechtliche Abbildungsfläche für die Besonderheiten organisierter Kriminalität“ s. *Hemmert-Halswick*, *Die strafrechtliche Beteiligung in Fällen organisierter Kriminalität*, 2024, 237 ff., 254.

Die befangene Staatsanwältin

BGH, Beschluss vom 18.1.2024 – 5 StR 473/23

mit einer Anmerkung von Monika Frommel*

A. Sachverhalt

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit versuchter Nötigung, und wegen Körperverletzung zu einer Gesamtgeldstrafe von 190 Tagesstrafen zu je 60 Euro verurteilt und angeordnet, dass hiervon 40 Tagesstrafen als vollstreckt gelten. Soweit dem Angeklagten ferner unter anderem zur Last lag, die Nebenklägerin mehrfach vergewaltigt zu haben, hat das Landgericht ihn aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. [...]

Hinsichtlich der behaupteten Verletzung formellen Rechts sind lediglich Ausführungen zur Verfahrensrüge veranlasst, mit der der Beschwerdeführer die „tatsächliche Befangenheit der Staatsanwältin als Sitzungsvertreter“ beanstandet und einen sich hieraus ergebenden Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren geltend macht. [...]

Dem Angeklagten lagen 17 Taten zum Nachteil der Nebenklägerin zur Last, darunter – neben den abgeurteilten Taten – unter anderem sechs Fälle der Vergewaltigung. Die Staatsanwaltschaft wurde an allen sieben Hauptverhandlungstagen von derselben Staatsanwältin vertreten. Im Rahmen ihres Schlussvortrags erklärte sie – ausweislich des in der Generalklärung der Staatsanwaltschaft unwidersprochen gebliebenen – Revisionsvortrags unter anderem: Sie sei „bei Vorwürfen sexualisierter Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen und im konkreten Fall befangen“.

* Die Verfasserin ist emeritierte Professorin an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und war Direktorin des dortigen Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie.
Kontakt: mfrommel@icloud.com.



Sie „empfinde“ es als „unerträglich“, wenn sich eine Frau „als Opfer sexualisierter Gewalt im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung kritischen Fragen des Gerichts und der Verteidigung stellen und wegen ihres Aussageverhaltens rechtfertigen müsse“. Im Hauptverhandlungsprotokoll wurde insofern vermerkt: „Die Vertreterin der Staatsanwaltschaft hält den Schlussvortrag: Sie sei in Fällen häuslicher und sexueller Gewalt als Feministin und persönlich Betroffene befangen. Das sei unproblematisch, denn sie lege es hier offen. Mehrfach habe sie überlegt, ob sie einen Befangenheitsantrag stelle, davon aber letztlich abgesehen. Das Verhalten der Kammer sei zunächst nicht zu beanstanden gewesen, weil sie der Geschädigten viel Raum für ihre Aussage gegeben habe. Im weiteren Verlauf habe die Kammer die Geschädigte aber kritischer betrachtet als ma[n]chen Zeugen. Daher möge sich die Kammer des Confirmation Bias ebenso bewusst sein, wie sie ihre Befangenheit offengelegt habe“. Die Staatsanwältin beantragte, den Angeklagten wegen Körperverletzung in fünf Fällen, der Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung in zwei Fällen und der gefährlichen Körperverletzung in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Nötigung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und elf Monaten zu verurteilen. Hinsichtlich der weitergehenden Anklagevorwürfe der Vergewaltigung in fünf Fällen beantragte sie, ihn freizusprechen. Im Anschluss an die Schlussvorträge des Nebenklägervertreters und des Verteidigers verkündete das Landgericht nach Beratung das Urteil.

Der Vorsitzende der Strafkammer gab zur Revisionsbegründung unter Bezugnahme der oben wiedergegebenen Stelle aus dem Hauptverhandlungsprotokoll folgende dienstliche Erklärung ab: „Im Übrigen war das Verhalten der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft während der Hauptverhandlung von Gesetzes wegen nicht zu beanstanden, die Begründung ihrer Schlussvorträge auf der Grundlage der Beweiserhebung [war] vertretbar und nicht offensichtlich von verfahrensfremde[n] Überlegungen bestimmt. Hätte sie sich allerdings zu einem früheren Zeitpunkt in vergleichbarer Weise erklärt, hätte das Gericht im Hinblick auf die Fairness des Verfahrens Bedenken gehabt, die Hauptverhandlung unter ihrer Beteiligung fortzusetzen.“

B. Aus den Gründen

1. Es ist mit der staatsanwaltlichen Pflicht zur Objektivität nicht in Einklang zu bringen, dass eine Staatsanwältin eine Sitzungsvertretung

wahrnimmt, obwohl sie sich in Verfahren wegen des Verdachts von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Integrität von Frauen selbst für befangen hält, weil sie jede intensive Befragung einer Opferzeugin als Ausdruck von Misstrauen missbilligt.

2. In einem solchen Fall hat sie daher ihren Vorgesetzten mitzuteilen, dass sie sich für befangen hält und um Ersetzung anzutragen.

3. Verletzt ein Staatsanwalt die Pflicht zur gebotenen Objektivität, gefährdet dies das rechtsstaatliche Strafverfahren. Wiegt die Pflichtverletzung schwer und stellt sie aus Sicht eines verständigen Angeklagten einen Missbrauch staatlicher Macht dar, so ist dessen Recht auf ein faires und justizförmiges Verfahren verletzt.

4. Das Urteil wird in einem solchen Fall regelmäßig auf der Rechtsverletzung beruhen (§ 337 I StPO), es sei denn, das erkennende Gericht bringt im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine hinreichende Kompensation zum Ausdruck.¹

C. Würdigung von Monika Frommel

Dem Beschluss ist im Ergebnis und auch der Begründung zuzustimmen. Aus guten Gründen gibt es anders als bei Richtern und Sachverständigen kein klar geregeltes Ablehnungsrecht gegen befangene oder als befangen erscheinende Staatsanwälte.

Sie vertreten die Staatsanwaltschaft als Institution und sind deswegen nicht völlig unabhängig. Die richterliche Unabhängigkeit hingegen muss gewährleistet sein, sonst ist ein rechtsstaatliches Verfahren nicht vorstellbar. Rechtspolitisch kann man allerdings – gerade auch angesichts dieses spektakulären Leipziger Falls – anderer Ansicht sein und Forderungen de lege ferenda formulieren. Beim Ausgangsfall der BGH-Entscheidung handelte es sich um ein Beziehungsdelikt. Objektive Beweismittel fehlten. Daher ist die Vermutung nicht abwegig, dass manche Staatsanwaltschaften dem populistischen Zeitgeist entgegenkommen wollen und häusliche Gewalt und eheliche Vergewaltigungen konsequent anklagen, um erst gar nicht den Verdacht aufkommen zu lassen, es handele sich um Kavaliersdelikte im schlechten Sinne. Muss man nach über 150 Jahren (die Entstehung der StPO war im Jahr 1877) die Rolle der

¹ Leitsätze nach BGH, Beschluss v. 18.1.2024 – 5 StR 473/23 (LG Leipzig), JZ 2024, 1043–1048.

Staatsanwaltschaft genauer regeln? Atmet die StPO noch den Geist des damals nicht infrage gestellten Obrigkeitsstaates? Bei genauerem Hinsehen gibt es keine guten Gründe für diese Annahme. Es spricht vieles dafür, zwischen den Organen der Strafrechtspflege zu unterscheiden. Der 5. Strafsenat bringt diese Notwendigkeit einer Unterscheidung insbesondere mit seiner Formulierung zum Ausdruck, dass befangene Staatsanwälte zwar in der Regel ausgetauscht werden müssen, dies aber ausnahmsweise unterbleiben könne, wenn das erkennende Gericht im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine hinreichende Kompensation zum Ausdruck bringe. Garant für eine rechtsstaatlich durchgeführte Hauptverhandlung ist daher in erster Linie das erkennende Gericht. Der Angeklagte hat keinen Rechtsanspruch auf Ersetzung des befangenen Staatsanwalts, wenn das Gericht dessen fehlende Objektivität kompensiert. Dem widerspricht Walter.² Auch Staatsanwälte, die befangen sind oder als solche erscheinen, müssten grundsätzlich ausgetauscht werden. Bei Sexualdelikten habe sich nämlich – verstärkt durch die „#metoo“-Bewegung – eine unangemessene feministische Sicht durchgesetzt, welche die Unschuldsvermutung in eine Schuldvermutung (man soll den Opfern glauben) verkehrt habe. Dem ist zwar zuzustimmen. Fraglich aber ist, ob die Ideologie des punitiven Feminismus auch die Gerichtspraxis in Deutschland prägt. Zwar hat die veränderte Sicht auf Opferbelange rechtspolitisch eine große Bedeutung erlangt. Doch letztlich ist sie mit den Prinzipien der Strafrechtsreform der 1970er Jahre unvereinbar³ und wird auch von der gerichtlichen Praxis nicht unangemessen verstärkt. Es könnte aber sein, dass die Gefahr von Falschanzeigen gestiegen ist und so gesehen für Männer ein unkalkulierbares Risiko entstanden ist, sozial diskriminiert und ausgegrenzt zu werden. Das Problem existiert, aber lässt es sich durch eine Änderung der StPO ändern?

Gegen eine solche Annahme spricht, dass das Anzeigeverhalten stabilen sozialen Konventionen folgt, welche sich nicht durch punktuelle Gesetzesänderungen verändern lassen. Zwar ist das Schicksal, Opfer eines Sexualdelikts zu sein, nicht mehr – wie früher – automatisch mit Scham verbunden. Dennoch ist es über die Jahre hinweg nahezu konstant geblieben, und zwar trotz entsprechender Ratschläge von Beratungsstellen.

² Walter JZ 2024, 1043.

³ Die mit liberalen Prinzipien unvereinbare strikt generalpräventive Sicht auf das Sexualstrafrecht wurde von einigen Feministinnen schon in den 1980er Jahren vertreten. Sie war auch schon damals verfehlt, vgl. hierzu *Frommel* MschrKrim 1985, 350–359; *Dies./Buchholz* NK 2018, 368–391.

Das Risiko von Falschanzeigen hat sich folglich nicht dramatisch erhöht.⁴ Entzerrt werden können die gegensätzlichen Behauptungen, wenn man zwischen absichtlichen Falschanzeigen (das sind Verleumdungen) und übertriebenen Schilderungen der Sachverhalte unterscheidet. Verleumdungen sind, folgt man den Ergebnissen von Elz, selten. Hingegen sind übertriebene Schilderungen häufig zu beobachten. Entscheidend ist aber die Tatsache, dass es bei den häufigen Beziehungsdelikten selten objektivierbare Beweise gibt, sodass Aussage gegen Aussage steht. Dann sind Einstellungen des Verfahrens und Freisprüche wahrscheinlich, wie die Studie von Elz⁵ zeigt.

Lässt sich die Qualität der Strafjustiz bei den häufigen, aber was die Beweisbarkeit betrifft, unklaren Sexualdelikten erhöhen? Wollmann⁶ zeigt die grundsätzliche Vereinbarkeit einer feministischen Sicht auf Belange des Opferschutzes auf der einen und einer normativen Kontrolle durch rechtsstaatliche Prinzipien. Praktisch befolgen die meisten Staatsanwaltschaften und Gerichte rechtsstaatliche Routinen. Dennoch verstummen die Klagen über eine angeblich unangemessene Praxis bei Sexualstraftaten seit einem halben Jahrhundert nicht. Sexuelle Gewalt ist eben seit den 1970er Jahren ein feministisches Dauerthema. Realistisch betrachtet kann das Sexualstrafrecht nur selektiv die Normen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts stabilisieren. Diese realistische Haltung wird in der medialen Öffentlichkeit oft ignoriert und es werden Forderungen nach Erweiterung und Verschärfung des Sexualstrafrechts wiederholt. Dabei wird vergessen, dass in diesem Rechtsgebiet Reformen, besser: Änderungen des Sexualstrafrechts, seit 1997 jede Legislaturperiode begleiten, also offenbar leerlaufen. Der Kreislauf der ewigen Unzufriedenheit provoziert daher die Frage, ob und wie ein liberaler und realistischer Feminismus aussehen kann.

Im eher punitiven Mainstream-Feminismus gilt das Schlagwort von der unvermeidlichen sozialen Praxis, die jeweilige Geschlechtsidentität

⁴ Dies wird zwar oft vermutet, ist aber nicht zu belegen. Vgl. hierzu die empirisch solide und differenzierte Analyse von *Kölbl* StV 2020, 340–350; *Kölbl/Lindner* StV 2024, 322 ff.; ferner die empirische Studie von *Elz* KrimZ 2022, abrufbar unter: <https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/389/file/bm-online32.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.3.2025.

⁵ *Elz* hat die polizeiliche und gerichtliche Praxis analysiert. *Walter* hingegen stützt sich in seinem Votum ausschließlich auf die Erfahrungen der Aussagepsychologie. Doch sind diese Fälle selten, sodass die von *Walter* zitierten Ergebnisse zwar zutreffend, aber nicht verallgemeinerbar sind.

⁶ *Wollmann*, Mehr Opferschutz ohne Abbau liberaler Strukturen im Verständnis der Prinzipien der Strafprozessordnung. Dargestellt am Beispiel des verbesserten Zeugenschutzes in § 255a Abs. 2 StPO, 2009.

sozial herzustellen. Diese Annahme ist zwar plausibel, aber historisch variabel und nur bedeutsam in Gesellschaften, die Männern und Frauen sehr unterschiedliche Rollen zuschreiben und das Verhalten stark normieren. Egalitäre Gesellschaften hingegen können indifferenter sein und Strategien des „Un-doing Gender“ begünstigen. Insbesondere in Berufsrollen kommt es weniger auf das Geschlecht als auf professionelle Standards an. Daher ist bei praktizierenden Juristen und Juristinnen das vom Soziologen Hirschauer⁷ eingeführte Konzept weiterführend, das bewusst als Gegenbegriff zum Modell des „Doing Gender“ entwickelt wurde. Hirschauer geht es darum, die sozial zugewiesene und dann durch lebenslanges Handeln verinnerlichte Geschlechterrollen durch „praktizierte Geschlechtsindifferenz“ wieder zu relativieren oder sogar außer Kraft zu setzen. Damit setzt er sich bewusst ab von der Annahme, dass das „Doing-Gender“-Konzept⁸ universell sei. Liberale Feministinnen setzen auf Professionalität und relativieren ihr Geschlecht. Wer die gegenwärtige Praxis beobachtet, kann vielfältige Beispiele der differenzierten Angleichung, angefangen von der Kleidung und fortgesetzt in wachsenden sozialen Angeboten für Männer und Frauen sehen. Beide Geschlechter können Rollen ausfüllen, die früher ausschließlich dem anderen Geschlecht reserviert waren. Allerdings gilt dies nicht für Sexualdelikte. Hier sind Täter so gut wie immer männlich, Opfer fast immer weiblich.⁹ Das lässt sich aber nicht auf die Justiz übertragen. Dort gilt das Modell des „Un-doing Gender“. So gesehen ist der Beschluss des 5. Strafsenats realistisch.

⁷ Hirschauer KZfSS, Sonderheft 41, 2001, 208–235.

⁸ Den gängigen Konstruktivismus, wonach Gender eine sozial akzeptierte, aber unvermeidliche Praxis sei, vertreten folgende Autorinnen: *Gildemeister/Wetterer*, Wie Geschlechter gemacht werden. Die soziale Konstruktion der Zwei-Geschlechtlichkeit und ihre Reifizierung in der Frauenforschung, in Knapp (Hrsg.), Traditionen Brüche. Entwicklungen feministischer Theorie, 1992.

⁹ Kollektive Vergewaltigungen von Frauen, aber auch von Männern gibt es in Kriegszeiten. In kriminellen Clans kann es eine besondere Unterwerfung von unterlegenen männlichen Konkurrenten sein.

Digitales im Strafprozess. Wissenschaft und Praxis im Dialog – Tagungsbericht zur Veranstaltung vom 20. bis 21.2.2025 in München

Laureen Balz, München*

ABSTRACT

Digitale Technologien verändern das Strafverfahren grundlegend: Künstliche Intelligenz (KI) im Ermittlungsverfahren, neue Formen digitaler Beweismittel und die Frage nach prozessualer Transparenz fordern traditionelle Strukturen heraus. Perspektiven von Wissenschaft und Praxis aufgreifend, widmete sich die Tagung mit dem Titel „Digitales im Strafprozess. Wissenschaft und Praxis im Dialog“, die vom 20. bis 21.2.2025 in München stattfand, der Justiz im digitalen Wandel – zwischen Effizienz, Kontrolle und rechtsstaatlicher Verantwortung.

Am 20. und 21.2.2025 fand in den Räumen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung die von Nina Schrott (Universität München) und Markus Abraham (Universität Hamburg) organisierte Tagung „Digitales im Strafprozess. Wissenschaft und Praxis im Dialog“ statt. In vier Panels wurde jeweils ein Oberthema in kurzen Vorträgen aus Wissenschaft und Praxis behandelt, an die sich gemeinsame Diskussionen anschlossen. Den Ausklang der Tagung markierte eine Abschlussdiskussion, in der die behandelten Themen noch einmal vernetzt aufgegriffen und insbesondere Chancen und Herausforderungen digitaler Elemente im Strafprozess herausgearbeitet wurden.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München und in der Kanzlei Peters, Schönberger & Partner tätig.

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



A. Einführung

Markus Abraham begrüßte das Auditorium auch im Namen von Mitorganisatorin Nina Schrott mit einem Aufriss der Tagungsziele und -intentionen. Er betonte, dass der Praxisbezug besonders ernst genommen werden sollte. Denn jeder Theorie gehe praktisches Wissen voraus. Gerade daher ziele die Tagung darauf, einen Dialog zwischen Praxis und Wissenschaft zu befördern. Insbesondere beim Strafprozessrecht liege eine solche Verknüpfung von Theorie und Praxis nahe. Mit den digitalen Entwicklungen seien neue Herausforderungen auf das Gebiet des Strafprozessrechts zugekommen. Man Sorge sich vor allem um die praktische Handhabung großer Datenmengen sowie die soziale Praxis der Zuschreibung vorwerfbarer Unrechts als unmenschlich/nicht-menschlich im Kontext der Einbindung von KI. Die aktuellen Herausforderungen sollten ebenso Gegenstand der Tagung sein wie die sich daraus ergebenden Chancen, so Abraham.

B. Panel I: Beweiswert des Digitalen: Die Fehleranfälligkeit und Manipulierbarkeit elektronischer Beweismittel

Thema des ersten Panels war der Beweiswert des Digitalen. Victoria Ibold (Universität Halle) moderierte das Panel und leitete die abschließende Diskussion.

I. Ausgedruckte WhatsApp-Chats und Deepfake-Ausreden – Einführung und Würdigung digitaler Beweismittel im Strafverfahren

Christian Rückert (Universität Bayreuth) beleuchtete in seinem Referat zentrale Herausforderungen des Umgangs mit digitalen Beweismitteln im Strafverfahren. Im Fokus standen vier Problemfelder: (1) das Übersetzungsproblem, (2) die Flüchtigkeit und Manipulierbarkeit digitaler Daten, (3) Fragen der Datenanalyse und Beweiswürdigung sowie (4) das sogenannte Black-Box-Problem. Digitale Daten liegen oft in nicht wahrnehmbarer Form vor, mit einer Übersetzung komme es zu einem Verlust des erstmaligen Beweismittels. Es stelle sich die Herausforderung, wie die Daten in die Hauptverhandlung einzuführen seien – etwa als Ausdrucke oder Videos von Chatverläufen. Während IT-Forensiker technisch zur Sicherung und Überprüfung solcher Daten fähig seien, beständen

insbesondere bei im Ausland erhobenen Daten – wie im Fall *Encrochat* – erhebliche Zweifel an Qualität und Verlässlichkeit. Es gebe Technologien, die den Beweiswert sicherten und Manipulation technisch ausschlossen, sie müssten nur eingesetzt werden. Zudem erhalte die Verteidigung z.T. keinen ausreichenden Zugang zu den Daten, was die rechtsstaatliche Kontrolle erschwere. Datenanalysen – etwa zur Entanonymisierung von Kryptowährungstransaktionen – basierten häufig auf statistischen Methoden, lieferten aber keine absoluten Gewissheiten. Problematisch sei, dass die Auswertungsmethoden – häufig durch technische Dienstleister bereitgestellt – selten hinterfragt und teils durch Geschäftsgeheimnisse abgeschirmt würden. Auch der Einsatz von KI berge Risiken, etwa durch Fehleranfälligkeit oder Trainings-Bias. Das Black-Box-Problem betreffe die Nachvollziehbarkeit automatisierter Auswertungen. Der Vortrag betonte, dass die richterliche Beweiswürdigung auf einer objektiv tragfähigen Tatsachengrundlage gründen müsse. Ein bloßer Verweis auf die technische Funktionsweise genüge nicht; es bedürfe einer kritischen Auseinandersetzung mit dem konkreten Beweismittel und seiner Zuverlässigkeit. Bereits existierende Standards – etwa zur Authentizität, Wiederholbarkeit und Dokumentation in der IT-Forensik – sollten stärker vereinheitlicht und durch die Rechtsprechung, insbesondere den BGH, gefestigt werden. Ziel müsse eine nachvollziehbare, überprüfbare und rechtsstaatlich belastbare digitale Beweisführung sein.

II. Die richterliche Beweiswürdigung im Lichte manipulierbarer digitaler Beweismittel

Der folgende Vortrag wurde von Marie-Theres Hess (AG Würzburg/StMJ München) gehalten. Sie betonte, dass § 261 StPO keine starren Beweisregeln kenne, sondern eine rational nachvollziehbare, erschöpfende und eigenverantwortliche Sachverhaltsfeststellung verlange. Das Gericht müsse die Beweise sinnvoll verknüpfen und eine tragfähige Tatsachengrundlage schaffen – gestützt auf Intuition, Objektivität und Nachvollziehbarkeit. Digitale Beweismittel stellten in dieser Hinsicht neue Anforderungen: Daten seien zwar objektiv, doch leicht(er) manipulierbar und in großer Masse verfügbar. Ihre Sammlung und Verwertung erfolge stets subjektiv. Entscheidend seien daher ihre Authentizität, Integrität und Vollständigkeit. Am Beispiel von Deepfakes arbeitete die Referentin heraus, dass immer perfektere Fälschungen Zweifel an bislang als sicher geltenden Materialien wecken. KI könne Fälschungen erkennen, sei

jedoch selbst eine Black Box – mit lediglich wahrscheinlichkeitstheoretischen Ergebnissen. Für die richterliche Überzeugung bleibe der rationale Umgang mit Wahrscheinlichkeiten zentral. Erfahrungswissen, gesundes Urteil und die kritische Prüfung etwaiger Manipulationsinteressen seien unverzichtbar. IT-forensische Standards könnten helfen, böten bei neuen Phänomenen wie Deepfakes jedoch bislang keine verlässlichen Antworten. Das Gericht müsse daher auch bei technischen Gutachten deren Inhalt, Qualität und Aussagekraft kritisch würdigen – andernfalls drohe ein *Automation Bias* durch unreflektierte Technikgläubigkeit. Letztlich komme es stets auf die Gesamtwürdigung aller Beweise an. Zur Stärkung richterlicher Urteilskraft seien Fortbildungen und klare Leitlinien notwendig. Eine künftige KI-Verordnung könne ebenfalls einen Beitrag leisten. Herausforderungen bestünden auch bei der Abfassung von Urteilsgründen, die entweder überladen oder unvollständig ausfallen könnten, wenn technische Grundlagen vollumfassend oder aber nicht angemessen berücksichtigt würden.

III. Digital Evidence Preservation – Zum Beweiswert von elektronischen Siegeln und Signaturen

Dem Problem, dass der moderne Rechtsverkehr ein glaubwürdiges Beglaubigungssystem verlange, widmete sich im Anschluss Georgia Stefanopoulou (Universität Leipzig). Im Verlauf der Rechtsgeschichte habe sich die Unterschrift als Beglaubigungsinstrument gegenüber dem Siegel zunächst durchgesetzt – ein Monopol, das wiederum im digitalen Raum verloren gegangen sei. Die elektronische Signatur, insbesondere in qualifizierter Form nach EU-Verordnung, genieße dieselbe Rechtswirkung wie die handschriftliche Unterschrift. Rechtssoziologisch weise sie jedoch eine größere Nähe zum Siegel auf, da sie dem Text nachträglich Authentizität verleihe und die Unveränderbarkeit garantiere. Elektronische Siegel und Signaturen verfügten über differenzierte Sicherheitsniveaus. Die höchste Beweiskraft komme der qualifizierten Signatur zu, die gemäß der ZPO eine gesetzliche Vermutung der Echtheit begründe. Die Sicherung des Vertrauens sei auch im Bereich des Digitalen zentral – analog zur Bedeutung der historisch geübten Praxis der Siegel Aufbewahrung. Heute würden entsprechende Daten in sicheren Datenbanken verwahrt. Durch Digitalisierung habe das Institut des Siegels neue Aktualität gewonnen, da das Vertrauen in das digitale geschriebene Wort schwinde. Die Entkopplung von Raum und Zeit, wie Luhmann sie

beschreibe, erschwere die Quellenverifikation – Reputation verliere an Bedeutung, digitale Inhalte seien manipulationsanfällig. Deepfakes stellen die Glaubwürdigkeit digitaler Beweise infrage, während der klassische Zeuge wieder an Bedeutung gewinne. Digitale Signaturen könnten dem entgegenwirken, würden aber bislang nicht ausreichend genutzt. Es gebe niedrighschwellige Tools wie den *Netzbeweis*, die einfache Signaturen und Zeitstempel zur Beweissicherung bieten. Auch einfache elektronische Signaturen dürften nicht pauschal abgelehnt werden, obwohl sie keine kryptografische Absicherung böten. Digitale Signaturen könnten die Identifikation erleichtern und Manipulationen nach Signatur absichern, schützten jedoch nicht gegen Veränderungen vor der Versiegelung. Entscheidend sei daher eine sorgfältige Balance: Die Signatur solle Vertrauen begründen, ohne unangemessene autoritative Wirkung zu erzeugen.

C. Panel II: Unfassbare (Daten-)Mengen: Braucht die Strafjustiz neue (digitale) Antworten auf das Phänomen der Digitalisierung – und wenn ja, welche könnten das sein?

Mit den umfassenden Datenmengen, die im digitalen Raum anfallen, setzte sich das zweite von Hannah Ofterdinger (Universität Hamburg) ausgestaltete Panel auseinander.

I. Zum Stand der Digitalisierung im Strafverfahren aus der Perspektive des BMJ

Oliver Sabel (Bundesministerium der Justiz) skizzierte die gesetzgeberische Perspektive auf die Digitalisierung. Das gescheiterte Dokumentations-Hauptverhandlungsgesetz sei aus Digitalisierungsgründen eine verpasste Chance gewesen – insbesondere die vorgesehene Echtzeit-Transkription hätte eine deutliche Modernisierung bedeutet. Beim elektronischen Rechtsverkehr stehe man zwar nicht schlecht da, doch litten Systeme wie das besondere elektronische Anwaltspostfach weiterhin unter hoher Formalisierung. Gerade für Bürger sei der Zugang erschwert, was der digitalen Transformation im Wege stehe. Die digitale Identität über das *Mein-Justiz*-Postfach sei kaum verbreitet, qualifizierte Signaturen fänden wenig Anwendung. Dennoch habe man Fortschritte erzielt, etwa beim digitalen Strafantrag und dem Wegfall des Unterschriftserfordernisses bei Protokollen. Plattformkommunikation und Projekte wie die

Justiz- oder Beweismittel-Cloud seien perspektivisch bedeutend. Die Einführung der elektronischen Akte jedoch verlaufe im Strafverfahren bislang schleppend. Ermittlungsakten könnten immer noch selten digital von der Polizei zur Staatsanwaltschaft übermittelt werden, da föderale IT-Strukturen nicht kompatibel seien. Das Ziel einer flächendeckenden Einführung bis 2026 bleibe bestehen, wenngleich erste Länder Zweifel an der Einhaltung geäußert hätten. Zur digitalen Beweisaufnahme führte der Referent aus, dass der Gesetzgeber hier zur Zurückhaltung tendiere. Der Modernisierungsgesetzentwurf sehe jedoch vor, das Selbstleseverfahren auf elektronische Dokumente zu erweitern und eine Verlesung auch vom Bildschirm zu ermöglichen. Schließlich ist die Videoverhandlung thematisiert worden: Diese habe sich im Zivilprozess bewährt, werde dort wohl zur Regelform. Im Strafprozess hingegen bleibe die körperliche Anwesenheit in der Hauptverhandlung weitgehend Voraussetzung. Videozuschaltungen seien dort bislang nur im Revisionsverfahren vorgesehen. Der Versuch, ein Recht auf Teleanwesenheit auch für Inhaftierte gesetzlich zu verankern, sei gescheitert – ein Mindestanspruch auf Zuschaltung bestehe jedoch immerhin. Insgesamt wolle das BMJ in den kommenden Jahren einen substanziellen Schritt bei der digitalen Transformation der Justiz unternehmen.

II. Das Nadelöhr der Datenselektion – KI und andere Herausforderungen für den fairen Strafprozess

In seinem Vortrag beleuchtete Mayeul Hiéramente (RA und FA Strafrecht Hamburg) zentrale Herausforderungen und Chancen digitaler Ermittlungsinstrumente im Strafprozess. KI könne hierbei unterstützend wirken – und werde schon eingesetzt bei polizeilichen Online-Wachen, durch die Anzeigen fokussierter erfasst würden, oder mittels Gesichtserkennung in Fahndungen. Doch bleibe das Risiko bestehen, dass die KI durch ihre Vorauswahl und Wertung die spätere richterliche Wahrnehmung beeinflusse. Ein zentrales Problem sei die Datenfilterung im Ermittlungsverfahren. Die Sichtung digitaler Inhalte erfolge häufig durch die Staatsanwaltschaft, ohne Beteiligung der Verteidigung. Gerade bei Daten Dritter sei dem Beschuldigten regelmäßig kein Akteneinsichtsrecht zuzugestehen, was erhebliche Fairnessbedenken aufwerfe. Der verbleibende Datenschatz sei nicht transparent; weder Auswahlkriterien noch entlastende Beweise ließen sich im Nachhinein zuverlässig rekonstruieren. Die Vision einer binären Selektion durch KI – also klare

Relevanz/Nichtrelevanz-Zuweisung – sei ambivalent: Einerseits könne sie Verfahren beschleunigen, Ressourcen schonen und Fehler menschlicher Sichtung vermeiden. Andererseits drohten mangels Nachvollziehbarkeit Beweisverluste und Verfahrensnachteile für die Verteidigung. Daraus ergäben sich drei Herausforderungen: konzeptionell (Klarheit über den KI-Einsatz), regulatorisch (Zugang zu Rohdaten) und organisatorisch (Dokumentation und Vergütung z.B. im RVG). Fairness für die Verteidigung setze voraus, dass Suchstrategien dokumentiert und nachvollziehbar gemacht würden – ohne unnötige Bürokratisierung und hohe Kosten für spezialisierte IT-Sachverständige.

III. Der Einsatz von KI im Kampf gegen Kinderpornographie

Den abschließenden Vortrag hielt Tamina Preuß (Universität Würzburg). Sie stellte den zunehmenden Einsatz von KI bei der Strafverfolgung von Kinderpornografie dar. Projekte wie *Sweetie* oder Chatbots zeigten, dass KI sowohl bei der Tätersuche als auch bei der Datenbewertung unterstütze. Angesichts massiv gestiegener Fallzahlen und Datenmengen erscheine der manuelle Zugriff kaum noch realistisch. KI könne nicht nur entlasten, sondern auch Beamte vor psychischer Belastung schützen. Organisationen wie das NCMEC (National Center for Missing & Exploited Children) nutzten KI-gestützte Systeme zur internationalen Koordination – täglich bei zehntausenden Meldungen. Im Fokus der Debatte stünden zudem sogenannte Keuschheitsproben, bei denen Täter vor Kontaktaufnahme eigenes Material liefern müssten. Ermittler dürften jedoch kein echtes Material verwenden, daher böten KI-generierte Aufnahmen eine rechtlich vertretbare Alternative. Zwar sei das „Training“ der KI keine strafbare Herstellung, der Begriff des „Einsatzes“ im Sinne des § 110d StPO sei aber bislang unklar. KI-Material könne den Markt zwar „bereichern“, gleichzeitig aber zu mehr Verurteilungen führen. Auch die Verwendung echter Darstellungen mit Einwilligung der Opfer sei diskutiert worden, aber ethisch problematisch, da retraumatisierend und kaum widerrufbar. Kriminalpolitisch sei umstritten, ob es für derartige Proben einer gesetzlichen Erlaubnis bedürfe. Insgesamt sei das Potenzial der Nutzung von KI groß, doch bedürften offene rechtliche und ethische Fragen der Klärung – insbesondere zur Zulässigkeit der Vorratsproduktion und zum Verhältnis von Verhältnismäßigkeit und technischer Machbarkeit.

D. Panel III: Bleibendes aus der Verhandlung: Die Bild- und Tonaufzeichnung der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (auch vor dem Hintergrund etwaiger Gefährdungslagen für die Beteiligten)

Felix Ruppert (Universität München) moderierte die dritte Sektion, die Aufzeichnungsfragen im Kontext der strafgerichtlichen Hauptverhandlung in den Mittelpunkt stellte.

I. Die Dokumentation der Hauptverhandlung – von den unbegründeten Ängsten der richterlichen Praxis

Christoph Knauer (RA/Universität München) betonte, dass Emotionen, insbesondere Ängste, das Strafrecht und dessen politische Gestaltung maßgeblich prägten. Oft handele es sich dabei nicht um die formulierte, sondern eine tiefer liegende Angst. Strafverteidiger müssten als gleichwertiger Teil neben Staatsanwaltschaft und Richterschaft wahrgenommen werden. Im Zentrum sah er den gescheiterten Entwurf zur audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung. Dieser sei politisch hoch umstritten gewesen und deswegen im Bundesrat gescheitert. Dabei habe es sich um ein Reformvorhaben mit großem Potenzial gehandelt: Die Expertengruppe des BMJ habe betont, dass Tonaufzeichnungen mit Transkription die Nachvollziehbarkeit der Verhandlung stärken und die Wahrheitsfindung fördern könnten. Das bisherige System – insbesondere § 273 StPO – stamme aus dem 19. Jahrhundert und erfasse über das Protokoll die Beweisaufnahme nicht objektiv oder vollständig. Es sei kaum begründbar, warum in erstinstanzlichen Verfahren keine systematische Dokumentation stattfinde. Fehlende Aufzeichnungen könnten Vertrauen in das Gericht beschädigen und Fehlurteile begünstigen. Eine vollständige Aufzeichnung – idealerweise per Video – könne hingegen Transparenz schaffen und zur Mäßigung der Verfahrensbeteiligten beitragen. Die Sorge vor Leaks sei zwar präsent, jedoch bestehe diese Gefahr auch im jetzigen System – eine Aufzeichnung böte im Fall fehlerhafter Berichtserstattung sogar eine objektive Grundlage. Revisionsrechtlich könne ein Transkript die Überprüfbarkeit stärken, ohne das Rekonstruktionsverbot zu verletzen. Technisch sei eine Umsetzung bereits heute möglich, selbst Dialekte stellten kein Hindernis dar. Der Referent unterstrich zusammenfassend, dass es bei der Debatte weniger um Technik als um Deutungshoheit im Gerichtssaal gehe – ein transparenter,

dokumentierter Strafprozess stärke letztlich das Vertrauen in das Verfahren und erleichtere die Wahrheitsfindung.

II. Wahrheit und Justiz, Verfahrensinteressen und Persönlichkeitsrechte – Wer ist eigentlich das scheue Reh?

Im zweiten Vortrag analysierte Tobias Kulhanek (LG Nürnberg-Fürth/Universität Erlangen-Nürnberg) die Rolle der Wahrheit im Strafverfahren und hob hervor, dass sich die Justiz noch immer vor umfassender Transparenz scheue – aus Sorge um Kontrollverlust. Dabei seien sowohl die Verfahrensbeteiligten als auch das Verfahren selbst von unterschiedlichen Interessen geprägt, was etwa zu abweichenden Deutungen von Zeugenaussagen führe. Dies gefährde jedoch nicht die Objektivität des Gerichts, sondern relativiere lediglich das richterliche Selbstverständnis. Das Tatgericht komme weiterhin zu verbindlichen Entscheidungen, auch wenn ein verstärkter Zugriff des Revisionsgerichts durch Ton- oder Bildaufzeichnungen möglich werde. Seine Deutungshoheit bleibe bestehen. Der Rechtsstaat könne sich nicht ohne Effizienz und Fairness verwirklichen. Aufzeichnungen könnten insbesondere Erinnerungslücken kompensieren und die richterliche Wahrheitserwartung absichern – diese sei mit der Individualität des Richters verbunden. Dabei gehe es nicht um einen Konsens, sondern um die forensisch ermittelte Wahrheit. Gerade in der Tatsacheninstanz führe die Dokumentation zu höherer Konzentration auf das Beweisverfahren, geringeren Fehlerquellen und objektiveren Grundlagen – auch im Revisionsverfahren, was zu mehr Rechtsfrieden führen könne. Gleichwohl müssten aufgezeichnete Inhalte von allen Beteiligten geprüft werden, um selektive Mitschriften zu vermeiden. In der Revision könne dies dazu beitragen, unredliche Begründungen zu verhindern, eine abweichende Beweiswürdigung zu erkennen und die Inbegriffsrüge zu schärfen. Abschließend rief der Referent zu mehr Ehrlichkeit im Diskurs auf: Weder pauschale richterliche Ablehnung noch einseitige Verteidigerpositionen führten weiter. Wissenschaft und Praxis müssten offen über Interessen sprechen – nur so könne echte Reform gelingen.

E. Panel IV: Überdenken der Grundsätze: Strafprozessuale Prinzipien im digitalen Zeitalter

Abschließend thematisierte die vierte Sektion unter Leitung von Petra Wittig (RAin/Universität München) strafprozessuale Prinzipien in Zeiten digitalen Wandels.

I. Herausforderungen des Tatrichters im digitalen Zeitalter – Praxisbericht aus Sicht des Schwurgerichts

Alexandra Nicolai (LG Nürnberg-Fürth) skizzierte anhand eines Schwurgerichtsverfahrens die praktischen und rechtlichen Herausforderungen der digitalen Datenflut im Strafprozess. Bei Verfahren wie dem „Südstadt-Schützen“ entstünden durch den umfassenden Einsatz strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen – etwa Funkzellenabfragen, Quellen-TKÜ oder Verkehrsdaten – riesige Datenmengen. Mit Eingang der Anklage – über 100 Leitz-Ordner – hätten in Ermangelung einer Beweismittel-Cloud Übersetzungen durch vereidigte Dolmetscher und eigene Aktenpläne Abhilfe schaffen müssen. Besonders relevant sei die Auslegung des Aktenbegriffs: Während die Kammer eine polizeiliche Gesprächszusammenfassung nicht als Teil der Akten gewertet habe, habe der BGH klargestellt, dass auch solche polizeilichen Hilfsmittel der Verteidigung zugänglich sein müssten. Der Beschleunigungsgrundsatz sei angesichts komplexer Koordinierung, laufender Auswertungen und begrenzter Kapazitäten in der Praxis schwer umsetzbar – insbesondere in Haftsachen. Zugleich verlange der Unmittelbarkeitsgrundsatz, digitale Inhalte unter Berücksichtigung von Zeit, Kontext und Klang der Stimme in Beweismittel zu übersetzen – etwa im Kontext eines möglichen Rücktritts oder bezüglich der Arglosigkeit des Opfers. Die Aufklärungspflicht verschärfe dies weiter, da etwa bei der Prüfung niedriger Beweggründe eine Gesamtwürdigung erforderlich sei, die sich bei gewaltigen Datenmengen kaum lückenlos leisten lasse. Die freie Beweiswürdigung stoße ebenfalls an Grenzen, etwa wenn Hauptzeugen die Aussage verweigerten und nur Vorermittlungsergebnisse vorlägen. Für die Urteilsabfassung sei schließlich ein Balanceakt zu leisten: Weder dürfe sie ausufern noch Lücken aufweisen – im Wissen, dass das Rekonstruktionsverbot im Revisionsverfahren keine nachträgliche Korrektur ermögliche.

II. Ein neues Grundprinzip der Heimlichkeit – Anforderungen an eine StPO bei Abkehr vom Grundsatz des offenen Ermitteln

In Vertretung von Sabine Swoboda (Universität Bochum) stellte Philipp Kiuppis (Universität Bochum) ihre Überlegungen vor. Der Vortrag thematisierte die Stellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren – sie werde zunehmend geschwächt. Der Schutz des Beschuldigten erfolge mittlerweile maßgeblich nur über die formalen Voraussetzungen für Ermittlungsmaßnahmen. Bei offenen Eingriffen genügten niedrige Verdachtsschwellen, oft reiche ein Anfangsverdacht. Selbst rechtswidrig erhobene Beweise führten selten zu einem Verwertungsverbot. Schutzmöglichkeiten beständen meist nur nachträglich, ohne Vollzugshemmung – der Beschuldigte gestalte das Verfahren allenfalls mittelbar mit. Bei heimlichen Maßnahmen wie Online-Durchsuchungen oder Telekommunikationsüberwachung seien die Eingriffsvoraussetzungen zwar höher, echte Verteidigungsrechte aber kaum möglich. Drittbetroffenheit sei dabei eher Regel als Ausnahme. Zudem verschwimme zunehmend die Grenze: Scheinbar offene Maßnahmen – etwa Durchsuchungen bei Dritten – wirkten in der Praxis wie verdeckte Eingriffe. Es fehle ein echter Ausgleich. Nachträglicher Rechtsschutz reiche oft nicht aus, um den erforderlichen Verdachtsgrad zu überprüfen. Auch unions- und menschenrechtliche Schutzmechanismen – etwa Art. 8 EMRK oder die EU-Richtlinie zum Individualschutz – würden von der Rechtsprechung, wie etwa im Fall *Encrochat*, teils unterlaufen. § 261 StPO eigne sich nicht als Grundlage für internationale Datentransfers, werde aber dennoch herangezogen. Besonders kritisch ging der Referent auf die kommende E-Evidence-Verordnung ein, nach der Ermittler direkt auf Daten im EU-Ausland zugreifen dürften. Betroffene Unternehmen könnten sich dem nicht entziehen, Schutzrechte seien dem Sitzstaat überlassen. Beschuldigte drohten so weiter an den Rand gedrängt zu werden. Zudem ermögliche die Kombination aus niedriger Verdachtsschwelle, zurückhaltendem Beweisverwertungsverbot und der wachsenden Zahl digitaler Spuren ein „Fishing for Evidence“. Ermittlungen verlören dadurch an Kontur – mit spürbaren Folgen für die rechtsstaatliche und menschenrechtliche Balance.

F. Zusammenfassung der Tagung

Sowohl in den Diskussionen zu den einzelnen Panels wie auch in einer umfassenden Abschlussdiskussion wurde unter großer Beteiligung auf die jeweiligen Themen eingegangen. Der Grundsatz der Vereinigung von Wissenschaft und Praxis stand stets im Mittelpunkt und blieb bis zuletzt berücksichtigt. Gerade dadurch bot die Tagung Gelegenheit, gemeinsam über die eigene Sichtweise hinaus in den Austausch zu treten und neue Perspektiven aufzugreifen. Dieser Ansatz wurde vor Ort positiv bewertet wie auch als erforderlich angesehen, um die grenzüberschreitenden Herausforderungen zu bewältigen. Deutlich wurde: Der technologische Fortschritt eröffnet neue Möglichkeiten – verlangt aber zugleich nach einer klaren respektive adäquaten rechtlichen (strafprozessualen) Rahmung.