

8/2022

Begründet 1853

GA

Goltdammer's Archiv für Strafrecht

169. Jahrgang

15. August 2022

S. 421–480

PVSt 3312

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Martin Asholt · Prof. Dr. Armin Engländer · Prof. Dr. Michael Hettinger

- > **Dominik Brodowski** – Strafverfolgung im Namen Europas 421
- > **Alessandro Giannini / Georg Köpferl** – Mehrsprachiges Unionsrecht und Gesetzlichkeitsprinzip (Teil 1) 434
- > **Mohamad El-Ghazi** – Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre 449
- > **Jens Lehmann** – Julian Friedrich Günthner, Kunst und Kriminalität – eine strafrechtliche, kriminologische und phänomenologische Betrachtung der Kunstkriminalität 466
- > **Armin Engländer** – T Markus Funk, Rethinking Self-Defence 470
- > **Felix Bommer** – Alix Giraud-Willer, Kritik starrer Mindeststrafen 474
- > **Christina Globke** – Isabel Wendeburg, Die Bedeutung des Irrtums über täterschaftsbegründende Umstände 477



C.F. Müller

goltdammers-archiv.de



286202312208

EDITION SINE QUA NON Handbuch des Strafrechts

Jetzt neu! Band 6: Teildisziplinen des Strafrechts

2022. LIII, 1.295 Seiten. Gebunden. Buckram-Leinen mit Goldprägung. Mit Schutzumschlag.

Im Schuber. € 270,-. ISBN 978-3-8114-8806-9. **Auch als ebook erhältlich**

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Hans Kudlich und Prof. Dr. Brian Valerius.

Mit Beiträgen von *Gerhard Dannecker, Jörg Eisele, Robert Esser, Bernd Heinrich, Uwe Hellmann, Michael Lindemann, Wolfgang Mitsch, Nina Nestler, Mustafa Oğlakcıoğlu, Tobias Reinbacher, Christoph Safferling, Georg Steinberg und Detlev Sternberg-Lieben.*

Band 6 des Handbuchs des Strafrechts nimmt einzelne, besonders praxisrelevante „Teildisziplinen des Strafrechts“ ausführlich in den Blick. Er widmet sich

- dem **Medizinstrafrecht**,
- dem **Betäubungs- und Arzneimittelstrafrecht**,
- dem **Wirtschafts- und Steuerstrafrecht** und umfasst
- Beiträge zum Themengebiet „**Kommunikation und Strafrecht**“ sowie
- zu den **internationalen Verflechtungen des Strafrechts**.

Eingehend behandelt werden dabei u.a. die **ärztliche Heilbehandlung**, der **Schutz des geistigen Eigentums** und der **Schutz des freien Wettbewerbs**, das **Medien- und Computerstrafrecht** sowie das **Europäische Strafrecht** und das **Völkerstrafrecht**.

Renommierete **Autoren aus Wissenschaft und Praxis** haben es sich zum Ziel gesetzt, anhand seiner Dogmatik die Entwicklung des deutschen Strafrechts beständig und dauerhaft aus einer kritischen Distanz zu begleiten. Eine angemessene rechtliche Einordnung erfahren nicht zuletzt **Querschnittsmaterien**, die nie allein aus der Perspektive des Strafrechts behandelt werden können. In der neuen Edition spielen daher **Interdisziplinarität** und **internationale Bezüge** eine große Rolle.

Lieferbar: Band 1: Grundlagen des Strafrechts. 2019. XLII, 1.245 Seiten. € 270,-. ISBN 978-3-8114-9001-7

Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil I. 2020. XLV, 1.042 Seiten. € 260,-. ISBN 978-3-8114-9002-4

Band 3: Strafrecht Allgemeiner Teil II. 2021. XLVIII, 1.354 Seiten. € 280,-. ISBN 978-3-8114-9003-1

Sektion I - Strafrecht AT. 3 Bde. zum Sonderpreis (10% Rabatt auf den Einzelpreis) - € 729,-. ISBN 978-3-8114-9121-2

Band 4: Strafrecht Besonderer Teil I. 2019. XLVII, 1.231 Seiten. € 270,-. ISBN 978-3-8114-9004-8

Band 5: Strafrecht Besonderer Teil II. 2020. XLV, 1.393 Seiten. € 280,-. ISBN 978-3-8114-8805-2

Sektion II - Strafrecht BT. 3 Bde. zum Sonderpreis (10% Rabatt auf den Einzelpreis) - € 738,-.

ISBN 978-3-8114-9131-1

Band 7: Grundlagen des Strafverfahrensrechts. 2020. XLIX, 1.085 Seiten. € 260,-. ISBN 978-3-8114-8807-6

Sektion III - Strafverfahrensrecht. 3 Bde. zur Fortsetzung mit 10% Rabatt auf den Einzelpreis - ca. € 729,-.

*ISBN 978-3-8114-9141-0**

Gesamtausgabe. 9 Bde. zur Fortsetzung mit 20% Rabatt auf den Einzelpreis - ca. € 1.944,-. ISBN 978-3-8114-9080-2*

* Lieferung mit Erscheinen der Einzelbände.

Bestellen Sie alle C.F. Müller-Titel jetzt bei: www.otto-schmidt.de

 C.F. Müller
CFM



© Ilkerelik - Adobe Stock



Goldammer's Archiv für Strafrecht

169. Jahrgang | Heft 8 | 15. August 2022

Inhalt

goldammers-archiv.de

Abhandlungen

- Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), Saarbrücken – Strafverfolgung im Namen Europas** – Die Europäische Staatsanwaltschaft als Meilenstein supranationaler Kriminalpolitik 421
- Wissenschaftlicher Mitarbeiter Alessandro Giannini, München / Rechtsanwalt Georg Köpferl, LL.M., München – Mehrsprachiges Unionsrecht und Gesetzlichkeitsprinzip (Teil 1)** – Die Anwendung unionisierter Blankettsanktionsvorschriften am Beispiel der Diskussion über die Sanktionierbarkeit der Marktmanipulation durch Unterlassen 434
- Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Universität Trier – Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre** 449

Schrifttum

- Oberstaatsanwalt Honorar-Professor Dr. Jens Lehmann, Celle – Julian Friedrich Günthner, Kunst und Kriminalität – eine strafrechtliche, kriminologische und phänomenologische Betrachtung der Kunstkriminalität** 466
- Professor Dr. Armin Engländer, München – T Markus Funk, Rethinking Self-Defence – The 'Ancient Right's' Rationale Disentangled** 470
- Professor Dr. Felix Bommer, Zürich – Alix Giraud-Willer, Kritik starrer Mindeststrafen** 474
- Dr. Christina Globke, Mainz – Isabel Wendeburg, Die Bedeutung des Irrtums über täterschaftsbegründende Umstände** – Eine Untersuchung der vermeintlichen und verkannten Täterschaft 477

Impressum

Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), begründet 1853 (Hrsg. Theodor Goldammer; Carl Hahn; Josef Kohler; Karl Klee u.a.), wiederbegründet 1953 (Hrsg. Heinrich Grütner; 1971–2001 Paul-Günter Pötz; Mithrsg. 2002–2020 Wilfried Küper; 2015–2021 Ralf Eschelbach; Mithrsg. und Schriftleiter 2002–2021 Jürgen Wolter).

Herausgegeben von: Prof. Dr. Martin Asholt, Universität Passau · Prof. Dr. Armin Engländer, Ludwig-Maximilians-Universität München · Prof. Dr. Michael Hettinger, Universität Mainz

Schriftleitung: Prof. Dr. Martin Asholt, Universität Passau · Prof. Dr. Armin Engländer, Ludwig-Maximilians-Universität München · unter Mitarbeit von Paula Groß und Lucia Solavagione, E-Mail: goldammers-archiv@jura.uni-muenchen.de

Redaktion „Schrifttum“: Prof. Dr. Michael Hettinger, Universität Mainz, E-Mail: hettinger-ga-rezension@uni-mainz.de.

Ständige Mitarbeiter: Prof. Dr. Dr. h.c. K. Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Göttingen/Den Haag · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. M. Cancio Meliá, Madrid · Prof. Dr. M. Deiters, Münster · Prof. Dr. Dres. h.c. M. Diaz y Garcia Conlledo, León · Prof. Dr. V. Erb, Mainz · Prof. Dr. L. Foffani, Modena · Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. G. Freund, Marburg · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. W. Frisch, Freiburg i.Br. · Prof. Dr. S. Gless, Basel · Prof. Dr. Dres. h.c. W. Gropp, Gießen · Prof. Dr. T. Hörnle, Freiburg i.Br. · Prof. Dr. E. Hoven, Leipzig · Prof. Dr. Dres. h.c. M. Ida, Tokyo · Prof. Dr. C. Jäger, Erlangen-Nürnberg · Prof. Dr. S. Jansen, Trier · Prof. Dr. Dr. h.c. H. Jung, Saarbrücken · Prof. Dr. J. Kaspar, Augsburg · Prof. Dr. R. Köbel, München · Prof. Dr. Dres. h.c. C. Kreß, Köln · Prof. Dr. Dr. h.c. M. Kubiciel, Augsburg · Prof. Dr. Dr. M. Kuhlí, Hamburg · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. H.-H. Kühne, Trier · Dr. A. Leite, Rio de Janeiro/Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D.-M. Luzón Peña, Alcalá · Prof. Dr. V. Militello, Palermo · Prof. Dr. Dr. h.c. H. Müller-Dietz, Saarbrücken · Prof. Dr. N. Nestler, Bayreuth · Prof. Dr. H.-U. Paeffgen, Bonn · Prof. Dr. G. Pérez Barberá, Bundesstaatsanwalt, Córdoba/Buenos Aires · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. R. Robles Planas, Barcelona · Prof. Dr. Dr. F. Rostalski, Köln · Prof. Dr. K. Schmoller, Salzburg · Prof. Dr. H. Schöch, München · Prof. Dr. Dres. h.c. F.-C. Schroeder, Regensburg · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. B. Schünemann, München · Prof. Dr. J. C. Schuhr, Heidelberg · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. J.-M. Silva Sánchez, Barcelona · Prof. Dr. P. de Sousa Mendes, Lissabon · Prof. Dr. C.-F. Stuckenberg, Bonn · Rechtsanwalt Dr. K. Wasserburg, Mainz · Prof. Dr. B. Weißer, Köln · Prof. Dr. W. Wohlers, Basel · Prof. Dr. R. Zaczky, Bonn · Prof. Dr. I. Zerbes, Wien · Prof. Dr. F. Zieschang, Würzburg · Prof. Dr. T. Zimmermann, Trier · Prof. Dr. J. Zopfs, Mainz.

Verlag: C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. Geschäftsführung: Prof. Dr. Felix Hey, Joachim Kraft. Tel.: 0 62 21/18 59-362 (Verlag).

Abonentenservice: C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg, Tel.: 0 62 21/18 59-5 99, Fax: 0 62 21/18 59-5 98, E-Mail: kundenservice@cfmueller.de.

Anzeigen: Judith Hamm (verantw.), Anschrift des Verlags. **Verkauf:** sales-friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Annika Stiens, Telefon: 02 28/9 78 98-15, Fax: 02 28/9 78 98-20, E-Mail: a.stiens@sales-friendly.de.

Druck: Zimmermann Druck, Balve.

Erscheinungsweise: Jeweils zum 15. eines Monats. **Bezugspreis:** Jahresabonnement 380,- €, Einzelheft 45,- €. Alle Preise verstehen sich inkl. der gesetzlichen MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils zu Beginn des Bezugszeitraums.

Bestellungen beim Verlag sowie bei jeder Buchhandlung. Die Vertragslaufzeit für ein Zeitschriften-Abonnement beträgt 12 Monate. Zeitschriften-Abonnements können jeweils bis vier Wochen vor Ende der Vertragslaufzeit gekündigt werden.

ISSN: 0017-1956

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet, öffentlich wiedergegeben, zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. **Manuskriptangebote und Beiträge:** Bitte senden an goldammers-archiv@jura.uni-muenchen.de. Zur Aufnahme gelangen nur Originalarbeiten. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber dar. Für unverlangt eingesandte Manuskripte besteht keine Haftung. Mit der Annahme der Beiträge zur Veröffentlichung wird dem Verlag das alleinige Verfügungsrecht übertragen, soweit sie vom Einsender oder von den Herausgebern redigiert sind. Sie dürfen insoweit auch nicht von Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen ohne Genehmigung des Verlages ausgewertet werden. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.



Goldammer's Archiv für Strafrecht

Abhandlungen

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn), Saarbrücken*

Strafverfolgung im Namen Europas

Die Europäische Staatsanwaltschaft als Meilenstein supranationaler
Kriminalpolitik

Zum 1.6.2021 änderte sich etwas Grundlegendes in der deutschen Strafrechtsarchitektur: Strafrechtliche Ermittlungen werden nicht länger allein von deutschen Behörden geleitet. Mit der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa bzw. englisch EPPO) hat an diesem Datum ein neuer, europäischer Akteur die Gerichtssäle in Deutschland und in 21 weiteren EU-Mitgliedstaaten betreten und betreibt Strafverfolgung im Namen Europas: Die Europäische Staatsanwaltschaft führt strafrechtliche Ermittlungen und vertritt die strafrechtliche Anklage bis in die Revision. Damit ist die Vision einer echten europäischen Strafrechtspflege Wirklichkeit geworden. Das ist zugleich ein Beleg für die zunehmende Integration in der Europäischen Union, gerade in einem Bereich, der vom BVerfG im Lissabon-Urteil (BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267) als besonders souveränitätssensibel bezeichnet wurde. Die Tätigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft und das Modell einer dezentralen, hybriden und inhärent transnationalen Strafverfolgung wird im Folgenden herausgearbeitet und darauf aufbauend die strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische Dimension der Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft skizziert.

I. Die Europäische Staatsanwaltschaft

1. Das Sachproblem des strafrechtlichen Schutzes des EU-Haushalts

Es ist traurige Wahrheit, dass EU-Finanzmittel in großem Stil zweckentfremdet und vertunt, EU-Subventionen betrügerisch erschlichen und Steuern, mit deutlichen Auswir-

* Mit Fußnoten versehene, überarbeitete Fassung der Antrittsvorlesung, die *Verf.* am 24.11.2021 zum Abschluss des Habilitationsverfahrens an der Goethe-Universität Frankfurt/M. gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

kungen auf den EU-Haushalt, hinterzogen werden. Jahr für Jahr werden Schäden für den EU-Haushalt in Milliardenhöhe bekannt; darüber hinausgehend darf man von einem beträchtlichen Dunkelfeld ausgehen.¹ Der Schaden ist aber nicht rein finanziell. Betrug und Korruption schwächen – wie *Zöller* und *S. Bock* herausgearbeitet haben – in „materieller Hinsicht [...] auch die Glaubwürdigkeit der Europäischen Union“.² Zum Schutz der Europäischen Union ist es daher dringend geboten, auch ihre finanziellen Interessen zu schützen. Doch die Mitgliedstaaten sind, wie wir seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum vermeintlich *griechischen*, tatsächlich aber jugoslawischen *Mais*³ wissen, nicht unbedingt gute Sachwalter der finanziellen Interessen der EU.

Vordenker der Europäisierung des Strafrechts haben daher vor mehr als zwei Jahrzehnten den Keim gepflanzt, aus dem nun mit der Europäischen Staatsanwaltschaft die weltweit erste „echte“ supranationale Strafverfolgungsbehörde entstanden ist. Wegbereitend war hier eine Gruppe von Wissenschaftlern unter der Leitung von *Delmas-Marty* und unter Mitwirkung etwa von *Tiedemann*, *Sieber* und *Vogel*. Diese legte knapp vor der Jahrtausendwende mit dem sog. *Corpus Juris* ein holistisches Regelwerk vor, das materiell-rechtlich ein Europäisches Finanzschutzstrafrecht enthielt und das zu dessen strafverfahrensrechtlicher Durchsetzung die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorschlug.⁴ Damit war diese Sachfrage in der europäisch-kriminalpolitischen Diskussion angekommen, und es ist beeindruckend zu sehen, wie viel des damaligen Regelungsvorschlags Wirklichkeit geworden ist – weniger in den Formulierungen der nunmehrigen EUStA-Verordnung,⁵ mehr in den Grundstrukturen und Grundprinzipien.⁶

2. Die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft

Doch es dauerte über zwei Jahrzehnte, bis die Europäische Staatsanwaltschaft Wirklichkeit werden konnte. Dem musste nicht nur eine Änderung des Primärrechts vorangehen – mit

1 Vgl. Kommission, 32nd Annual Report on the Protection of the European Union's financial interests. Fight against fraud 2020, 2021, S. 33 ff.; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 1 f.; s. ferner *Schramm*, JZ 2014, 749, 749 f.

2 *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 2.

3 EuGH v. 21.9.1989 – C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 – griechischer Mais, NJW 1990, 2245; zeitgenössisch hierzu *Tiedemann*, NJW 1990, 2226.

4 *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris* der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998; sowie nachfolgend *Delmas-Marty/Vervaele* (Hrsg.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Bd. 1–4, 2000–2001 mit der Florenzer Fassung (CJF) in Bd. 1, S. 189 ff.; deutsche Übersetzung (2003) durch *T. Walter*; zusammenfassend *Vogel/Eisele* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 74. Erg.-Lfg. 2021, Art. 86 AEUV Rz. 1; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 3.

5 Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUStA), ABl. EU Nr. L 283 v. 31.10.2017, 1, ergänzt durch *DelVO* (EU) 2020/2153 der Kommission, ABl. EU Nr. L 431 v. 21.12.2020, 1, berichtigt in ABl. EU Nr. L 433 v. 22.12.2020, 80. Eine Zusammenstellung der Rechtsgrundlagen und einschlägiger Literatur findet sich unter <https://eppo-lex.eu/>.

6 Hervorzuheben ist die hybride Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 18 Abs. 3 CJF), sich überlappende Zuständigkeiten mit Evokationsrecht der Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 20 Abs. 2 Buchst. c CJF), sowie die ergänzende Anwendung nationalen Rechts (Art. 34 CJF).

dem Vertrag von Lissabon wurde die nötige Grundlage in Art. 86 AEUV geschaffen –,⁷ sondern auch die Verhandlungen im Ministerrat und seinen Gremien zogen sich über fünf Jahre hin.⁸ Zudem mussten nach Verabschiedung der EUStA-VO Ende Oktober 2017 erst weitere rechtliche, strukturelle, finanzielle, personelle und operative Rahmenbedingungen geschaffen werden.⁹ Doch seit dem 1.6.2021 führt die Europäische Staatsanwaltschaft in bestimmten Fällen anstelle nationaler Staatsanwaltschaften¹⁰ strafrechtliche Ermittlungen und vertritt – plakativ gesprochen – in den Gerichtssälen Europas die Anklage. Ihre sachliche Zuständigkeit ist derzeit auf den Schutz der finanziellen Interessen der EU begrenzt (Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO i.V.m. Art. 3, Art. 4 Abs. 2 und 3 PIF-RL¹¹), also auf die strafrechtliche Absicherung des EU-Haushalts gegen Steuerhinterziehung, gegen Haushaltsuntreue, gegen Subventionsbetrug und gegen Korruption, flankierend auch gegen Geldwäsche (Art. 22 Abs. 1 EUStA-VO i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PIF-RL), Organisierte Kriminalität (Art. 22 Abs. 2 EUStA-VO) und weitere Zusammenhangstaten (Art. 22 Abs. 3 EUStA-VO).¹²

Die Europäische Staatsanwaltschaft nimmt dabei nicht stellvertretend für die Mitgliedstaaten die Strafverfolgung wahr, sondern ist allein dem gesamteuropäischen Interesse verpflichtet (vgl. Erwägungsgrund 57 sowie Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EUStA-VO: „handeln im gesetzlich festgelegten Interesse der Union insgesamt“);¹³ sie betreibt Strafverfolgung nicht *anstelle* der Mitgliedstaaten, sondern *für* die Europäische Union:¹⁴ Wenn EU-Finzen zweckentfremdet werden, wenn Zölle und Umsatzsteuer in großem Stil hinterzogen werden, wenn EU-Subventionen erschlichen werden, dann betrifft das alle europäischen Steuerzahlerinnen und Steuerzahler, dann betrifft das die Europäische Union als Institution und Europa als Idee. Das wird seit Juni dieses Jahres treffend dadurch zum Ausdruck gebracht, dass Strafverfolgung durch die Europäische Staatsanwaltschaft, also im Namen Europas betrieben wird.

7 Unmittelbar nachfolgend setzten kriminalpolitische Initiativen im Rat ein, vgl. *Brodowski*, ZIS 2010, 376, 380; *Brodowski*, ZIS 2011, 940, 942 f. m.w.N.

8 Kontinuierliche Aufarbeitung des Aushandlungsprozesses in *Brodowski*, ZIS 2013, 455, 460 ff.; *Brodowski*, ZIS 2015, 79, 83 ff.; *Brodowski*, ZIS 2016, 106, 109 ff.; *Brodowski*, ZIS 2017, 11, 14 f.; *Brodowski*, ZIS 2017, 688, 689 f.; *Brodowski*, ZIS 2018, 493, 496; jeweils m.w.N.

9 Exemplarisch Durchführungsbeschluss (EU) 2020/1117 des Rates vom 27.7.2020 zur Ernennung der Europäischen Staatsanwälte der Europäischen Staatsanwaltschaft, ABl. EU Nr. L 244 v. 29.7.2020, 18.

10 Bzw., in den Grenzen der § 386 Abs. 2, §§ 399 ff. AO, auch anstelle der Finanzbehörden in Steuerstrafsachen. Zu diesem historischen Relikt s., statt mehrerer, *Sprenger* in NK-WSS, 2017, § 386 AO Rz. 8 ff.

11 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU Nr. L 198 v. 28.7.2017, 29.

12 Ausführlich zur sachlichen Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft *Herrnfeld/Brodowski* in *Herrnfeld/Esser* (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 5 Rz. 9 ff.; *Brodowski* in *Herrnfeld/Brodowski/Burchard* (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office, 2021, Art. 22 EUStA-VO Rz. 1 ff.; *Zöller/S. Bock* in *Böse* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 23 ff.

13 Ähnlich *Meyer* in *Herrnfeld/Esser* (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 3 Rz. 3: „Sachwalterin supranationaler Interessen“.

14 Dieses Verständnis prägt auch die Regelungen über die Ausübung der Zuständigkeit, insbesondere Art. 25 EUStA-VO: Die Europäische Staatsanwaltschaft kann auf ein Tätigwerden zugunsten nationaler Strafverfolgung verzichten, wenn dieses gesamteuropäische Interesse nicht oder nur in geringem Umfang gegeben ist.

Ist sie damit auch erfolgreich? Pressemitteilungen und Medienberichten zufolge kam es bereits zu Hausdurchsuchungen in verschiedenen Mitgliedstaaten, zur Sicherstellung beachtlicher Vermögenswerte – Luxusautos, Schiffe, Bargeld –, zu ersten Verhaftungen ehemaliger Regierungsmitglieder, und sogar zu ersten Verurteilungen auf Veranlassung der Europäischen Staatsanwaltschaft.¹⁵ Doch die Frage, ob und wie sich der „Mehrwert“ der Europäischen Staatsanwaltschaft objektiv messen lässt, ist ungeklärt – die laut dem sog. „Single Programming Document“ der Europäischen Staatsanwaltschaft angestrebte 5%ige Steigerung der Verfahren pro Jahr und die Maßgabe, dass in mindestens 50 Prozent aller Verfahren eine Vermögensabschöpfung erfolgen soll,¹⁶ erscheinen hier als sehr ungenaue bis bedenkliche Indikatoren. Normativ aber ist bereits die Verknüpfung zwischen EU-Finanzschutz und einer gesamteuropäisch gedachten Strafverfolgung ein großer Erfolg; bereits das rechtfertigt die Würdigung der Europäischen Staatsanwaltschaft als „Meilenstein“.¹⁷

3. Herausforderungen

Allerdings ist etwas Wasser in den Wein zu gießen, denn die Europäische Staatsanwaltschaft wird nicht von allen EU-Mitgliedstaaten getragen und wurde daher als sog. *Verstärkte Zusammenarbeit*, sprich in einem „Europa der zwei Geschwindigkeiten“ begründet: Dänemark, Irland, Schweden, Polen und Ungarn haben sich nicht an ihrer Errichtung beteiligt. Die Zeichen stehen nicht schlecht, dass Schweden sich in naher Zukunft – vielleicht schon 2022 – doch noch anschließen wird;¹⁸ Dänemark und Irland sind – leider – generell bei Strafrechtsfragen ganz oder teilweise außen vor;¹⁹ Polen und Ungarn sind auch in diesem Kontext zu europäischen Sorgenkindern geworden. Sind diese fünf Mitgliedstaaten also ganz außen vor, wenn die Europäische Staatsanwaltschaft ermittelt? Nicht ganz: denn zumindest dann, wenn dem zentralen, von der EU-Kommission verwalteten EU-Haushalt ein Schaden entstanden ist, liegt der Erfolgsort der Tat am Sitz der Kommission, in Belgien. Bereits das kann, bei entsprechender Auslegung des Art. 22 Abs. 1 Buchst. a EUStA-VO²⁰ und des belgischen Strafrechts,²¹ die territoriale Zuständigkeit der Europäischen Staats-

15 Die Europäische Staatsanwaltschaft betreibt in erheblichem Umfang selbst Pressearbeit, vgl. <https://www.epo.europa.eu/en/news>.

16 EPPD, Single Programming Document 2021–2023, S. 9 (Anlage zur EPPD College Decision 119/2021).

17 Diese Metapher wird u.a. ebenfalls verwendet von *Engelhart* in Müller-Gugenberger/Gruhl/Hadamitzky (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 7. Aufl. 2021, Rz. 6.172a; *Maschl-Clausen/Ritter* in Herrnfeld/Esner (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, Grußwort; *Schmudermayer*, *Journal für Strafrecht* 2018, 227; *Schramm*, *JZ* 2014, 749, 757; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 51.

18 Vgl. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_2795.

19 Vgl. die dem Vertrag von Lissabon beigegebenen Protokolle Nr. 21 und 22 (ABl. EU Nr. C 202 v. 7.6.2016, 295 ff., 298 ff.).

20 Ausführlich zur territorialen und persönlichen Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft *Herrnfeld/Brodowski* in Herrnfeld/Esner (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 5 Rz. 54 ff.; *Herrnfeld* in Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 23 EUStA-VO Rz. 1 ff.; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 28.

21 Vgl. Art. 3 StGB-Belgien; zum belgischen Strafanwendungsrecht instruktiv *Beken/Vermeulen/Ongena*, RIDP 73 (2002), 811, 815.

anwaltschaft und daher deren Ermittlungspflicht²² begründen, selbst wenn sich der Sachverhalt im Übrigen allein z.B. in Ungarn abgespielt haben sollte. Das birgt erhebliches Konfliktpotential, ja Sprengkraft; sollen solche Ermittlungen nicht im Sande verlaufen, wird eine strafjustizielle Zusammenarbeit mit diesen nicht-teilnehmenden Mitgliedstaaten notwendig sein. Doch der Rechtsrahmen für eine solche Zusammenarbeit (Art. 105 EUStA-VO) erweist sich als recht brüchig und auf Hilfskonstruktionen angewiesen.²³ Hier muss die Kommission, hilfsweise ein Viertel der Mitgliedstaaten (Art. 76 AEUV) rasch tätig werden, um einen Legislativvorschlag zur innereuropäischen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Staatsanwaltschaft und den genannten fünf Mitgliedstaaten auf den Weg zu bringen. Und ohnehin dürfen wir nicht müde werden, diese fünf verbleibenden Mitgliedstaaten beständig aufzufordern, doch noch an der EUStA-VO teilzunehmen.

Noch größere Konflikte drohen mit Drittstaaten (vgl. Art. 104 EUStA-VO²⁴): Für diese ist die Zusammenarbeit mit einer supranationalen Strafverfolgungsbehörde ohne Präzedenz; das Rechtshilferecht kennt bislang quasi nur die Zusammenarbeit zwischen souveränen Nationalstaaten. Da es an spezifischen Übereinkünften mit Drittstaaten wie der Schweiz fehlt, sieht Art. 104 Abs. 4 EUStA-VO vor, gegenüber diesen einfach so zu tun, als handele es sich bei der Europäischen Staatsanwaltschaft um eine klassische nationale Strafverfolgungsbehörde. Mit dieser Fiktion tun sich Drittstaaten ersichtlich schwer;²⁵ hier wurde viel Zeit verloren, z.B. auf Ebene des Europarats für die Europäische Staatsanwaltschaft zu werben und den Rechtsrahmen, wo nötig, anzupassen. Daher ist nun Eile und besonderes rechtspolitisches Augenmerk geboten, um nachzusteuern – denn ohne effektive Zusammenarbeit mit Drittstaaten drohen doch einige Ermittlungen im Sande zu verlaufen.

II. Strafverfolgung in einem europäisch-dezentralen, hybriden und transnationalen Modell

Die Europäische Staatsanwaltschaft ist einerseits unabhängig (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EUStA-VO) und daher, anders als die Staatsanwaltschaften in Deutschland,²⁶ nicht einem ministeriellen Weisungsrecht oder gar einem Weisungsrecht der EU-Kommission unterworfen.

22 Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 5 EUStA-VO; *Niedernhuber* in Herrnfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 7 Rz. 22 m.w.N.

23 Detailliert *Brodowski* in Herrnfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 8 Rz. 11 ff.; *Brodowski* in Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office, 2021, Art. 105 EUStA-VO Rz. 1 ff.; *Franssen*, NJECL 9 (2018), 291; *Gless/Wahl* in Schomburg/Lagodny, 6. Aufl. 2020, III D 5 Rz. 24; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 49.

24 Detailliert *Brodowski* in Herrnfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 8 Rz. 21 ff.; *Brodowski* in Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office, 2021, Art. 104 EUStA-VO Rz. 1 ff.; *Csonka/Juszczak/Sason*, eucrim 12 (2017), 125, 132; *Franssen*, NJECL 10 (2019), 168; *Gless/Wahl* in Schomburg/Lagodny, 6. Aufl. 2020, III D 5 Rz. 26; *Zöller/S. Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 50.

25 Vgl. die Erklärung der Schweiz zum EuRhÜbk vom 27.1.2022.

26 Zu den Auswirkungen auf das Europäische Haftbefehlsverfahren s. EuGH v. 27.5.2019 – C-508/18, C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:457 – OG und PI, JZ 2019, 728; hierzu (u.a.) *Ambos*, JZ 2019, 728; *Ambos*, NJECL 10 (2019), 399; *Böhm*, NZWiSt 2019, 325; *Eisele/Trentmann*, NJW 2019, 2365; *Gärditz*, GSZ 2019, 120; *Oehmi-chen/Schmid*, StraFo 2019, 397; *Schubert*, NJW 2019, 2150; *Trüg/Ulrich*, NJW 2019, 2811.

Andererseits weist sie eine starke interne Rechtskontrolle²⁷ auf: Europäische Staatsanwälte – einer je teilnehmenden Mitgliedstaat – überwachen die Ermittlungen (Art. 12 EUStA-VO); zentrale Entscheidungen über den Fortgang des Ermittlungsverfahrens und der Anklageerhebung müssen durch eine sog. *Ständige Kammer* getroffen werden, die mit drei Europäischen Staatsanwälten besetzt ist (Art. 13 EUStA-VO). Verknüpft ist das mit einem hohen Anspruch an Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz: Die Europäische Staatsanwaltschaft hat, so heißt es in Art. 41 Abs. 1 EUStA-VO, „in vollem Einklang“ mit der EU-Grundrechtecharta zu agieren.²⁸ Das geht über die – eigentlich selbstverständliche – Grundrechtsbindung der europäisierten Staatsgewalt (Art. 6 EUV, Art. 51 GrCh) hinaus; die Europäische Staatsanwaltschaft wird vielmehr *auch* zum Garanten für ein rechtsstaatliches Strafverfahren, ja – mit *Radtke* – zum „Wächter der Rechtsstaatlichkeit“.²⁹

Besonderes Augenmerk verdient ein mit der Europäischen Staatsanwaltschaft verwirklichtes europarechtliches Novum, nämlich ein neues Modell der europäischen Integration, das durch Dezentralität, Hybridität und Transnationalität geprägt ist:

1. Dezentralität

Bei der Europäischen Staatsanwaltschaft handelt es sich nicht um eine zentralisierte Behörde in Luxemburg, sondern um eine dezentrale Einrichtung; die Ermittlungstätigkeit wird in den Mitgliedstaaten vor Ort durch sog. „*Delegierte Europäische Staatsanwälte*“ geleistet (Art. 13, 28 EUStA-VO). In Deutschland sind diese auf Zentren in Hamburg, Berlin, Köln, Frankfurt und München verteilt, begrenzt auf das Revisionsverfahren gibt es auch eine Zweigstelle in Karlsruhe.³⁰ Um den Schutz der EU-Finanzinteressen durch das Strafrecht sorgt sich also nicht nur eine Behörde im – je nach Perspektive nahen oder fernen – Luxemburg. Vielmehr sind es relativ ortsnahe, aber supranationale Strafverfolger, die dann vor den „normalen“ Strafgerichten, in Deutschland den AG und LG,³¹ die Anklage erheben und vertreten. Diese Verteilung in die Fläche bewirkt eine gewisse Bürgernähe, die aber in einem Spannungsverhältnis zur wegen der Sachmaterie notwendigen Spezialisierung steht. Hier könnte es sich anbieten, die gerichtliche Zuständigkeit zukünftig noch stärker als bislang (vgl. § 74c Abs. 1 Nr. 5 Var. 1, Nr. 6 GVG) bei den Wirtschaftsstrafkammern an den LG zu bündeln.

Doch Dezentralität darf nicht auf Kosten einer einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts gehen. Neben der bereits erwähnten internen Kontrolle dient hierzu der Rechts-

27 Auf die damit verbundenen „Bürokratiekosten“ hinweisend *Klip*, European Criminal Law. An Integrative Approach, 4. Aufl. 2021, S. 643.

28 Näher *Brodowski* in Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office, 2021, Art. 41 EUStA-VO Rz. 22 ff.; skeptisch *Duesberg*, NJW 2022, 596; *Esser* in Herrnfeld/Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 11 Rz. 290 ff.; *Oehmichen* in Herrnfeld/Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 14 Rz. 1 ff.

29 *Radtke*, GA 2004, 1, 15.

30 Vgl. *Herrnfeld/Esser* (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, Anhang III.3. Auswirkungen auf die örtliche Zuständigkeit der Gerichte hat dies nicht, vgl. § 143 Abs. 6 GVG.

31 Die Regelungen der erstinstanzlichen gerichtlichen Zuständigkeit wurden nicht verändert; eine Anklage zum OLG (§ 120 Abs. 1, 2 GVG) dürfte angesichts der Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft ausgeschlossen sein.

schutz vor dem EuGH, insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO. Nicht unproblematisch ist dabei aber, dass der EuGH zunehmend verschiedene Rollen in sich vereint – so ist er europäisches Verfassungs- und Grundrechtengericht, so ist er Fachgericht für die Auslegung von EU-Zivilrecht, und so ist er Fachgericht für die Auslegung der EUStA-VO und der EU-Rahmenvorgaben an das materielle Strafrecht. Es drängt sich daher die Frage auf, ob diese Differenzierung der verschiedenen Rollen des EuGH auch institutionell oder zumindest gerichtsorganisatorisch stärker als bisher nachzuzeichnen ist.³²

2. Hybridität

Die Delegierten Europäischen Staatsanwältinnen und Staatsanwälte wenden zwar primär die EUStA-VO an. Doch weil sich diese zum materiellen Strafrecht nicht verhält und zu Ermittlungsmaßnahmen, aber auch zu Verteidigungsrechten nur ein grobes Raster vorgibt, verweist die Verordnung in weitem Umfang auf nationales Strafrecht wie das StGB und nationales Strafprozessrecht wie die StPO (vgl. nur Art. 5 Abs. 3, Art. 22 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 EUStA-VO). Das erhöht gewiss die Komplexität der Rechtsanwendung und kann zu Unterschieden führen, je nach dem, in welchem Mitgliedstaat die Ermittlungen konkret geführt werden. Doch diese hybride Struktur und die Kopräsenz europäischer und nationaler Normen hat den entscheidenden Vorteil, dass die in den Mitgliedstaaten eingespielten Prozessordnungen in weitem Umfang anwendbar bleiben.

Auf der Mikroebene heißt das, dass für Strafrichter, Verteidigerinnen, Beschuldigte, aber auch für die örtliche Öffentlichkeit Strafverfahren nach weitgehend eingespieltem Muster ablaufen; Reibungsverluste und Akzeptanzdefizite werden auf diese Weise vermieden. Auf der Makroebene führt diese Hybridität zu einer engen Integration der Europäischen Staatsanwaltschaft in die jeweiligen nationalen Strafjustizsysteme. Diese Struktur achtet die Subsidiarität, soweit die EUStA-VO nur das enthält, was europäisch einheitlich und mit unmittelbarer Wirkung zu regeln ist, und im Übrigen den Mitgliedstaaten Spielraum belässt. Damit strebt diese Struktur Kohärenz sowohl im europäischen als auch in den jeweiligen nationalen Kontexten an. Das scheint mir, jedenfalls auf dem jetzigen Stand der strafrechtlichen Integration, vorzugswürdig zu sein gegenüber den Gegenmodellen eines einheitlichen europäischen materiellen Finanzstrafgesetzbuchs (wie das noch das *corpus juris* vorgesehen hatte³³) oder eines spezifischen, für die Europäische Staatsanwaltschaft geltenden einheitlichen europäischen Strafprozessrechts (wie das ein wissenschaftliches Projekt unter der Überschrift *EPPO Model Rules* vorgeschlagen hatte³⁴). Denn beides hätte eine abgeschlossene Sonderrechtsordnung geschaffen,³⁵ aber mit geringerer Strahlkraft, und auch geringerer Ausstrahlungswirkung auf das nationale Strafrecht:

32 Vgl. Langbauer, Das Strafrecht vor den Unionsgerichten. Plädoyer für ein Fachgericht für Strafrecht, 2015.

33 Siehe oben I. 1. bei und mit Fn. 4; in diese Richtung ebenfalls Weißer, GA 2014, 433 sowie Schramm, JZ 2014, 749, 752 f. mit Forderung, wenigstens die „Typen von Straftaten“ in der EUStA-VO festzulegen.

34 Ligeti (Hrsg.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Bd. 1, 2013.

35 Diese hätte zwar intern z.B. das Problem der europäischen Verkehrsfähigkeit von Beweisen lösen können (hierauf fokussiert Radtke, GA 2004, 1, 15 ff.), doch nur begrenzt auf Sachverhalte, die von Anfang bis Ende nach Maßgabe dieser Europäischen Strafprozessordnung ermittelt worden wären.

Denn die jetzt vorliegende hybride Struktur lässt – auch das ist offen zu benennen – das nationale Strafrecht keineswegs unberührt. Nicht durch offensichtliche Harmonisierung oder Supranationalisierung des Straf- und Strafprozessrechts (Art. 82, 83 AEUV), sondern auf subtile Weise bewirkt die Hybridität eine zunehmende Europäisierung des nationalen Rechts. Erstens: Wie es *Burchard* herausgearbeitet hat, ist damit zu rechnen, dass die Europäische Staatsanwaltschaft bei Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts auf Berücksichtigung, ja Konkordanz zur in Art. 325 AEUV primärrechtlich verankerten Verpflichtung zur Betrugsbekämpfung hinwirken wird.³⁶ Zweitens erzeugt die Europäische Staatsanwaltschaft eine Dynamik, welche Sachfragen in das politische Blickfeld rückt; *Meyer* spricht davon, dass die Europäische Staatsanwaltschaft „einen moderaten Systemwandel anstoßen und konstruktiv begleiten“ wird bzw. soll.³⁷ Das mag die europäische Öffentlichkeit aktivieren, wenn es etwa in einzelnen Mitgliedstaaten an Fragen der Justizorganisation „hakt“ und diese bislang keine oder nur unzureichend qualifizierte Kandidaten für die Europäische Staatsanwaltschaft vorgeschlagen haben. Zudem geraten auf nationaler Ebene Dogmen ins Wanken, wenn sich etwa hierzulande die Frage aufdrängt, warum wir Staatsanwältinnen und Staatsanwälte bei der Europäischen Staatsanwaltschaft eine völlige Unabhängigkeit (§ 5 Abs. 1 EUStAG³⁸) bei starker Rechtskontrolle zugestehen, ihnen aber im nationalen Kontext misstrauen und an ministeriellen Berichtspflichten sowie am politischen Weisungsrecht – jedenfalls bislang – festhalten.³⁹ Drittens gelangen die von der Europäischen Staatsanwaltschaft angewendeten Regelungen des StGB und der StPO in den Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (vgl. Art. 51 GrCh). Dies bewirkt zwar keine vollständige unionsrechtliche Determinierung im Sinne der „Recht auf Vergessen II“-Rechtsprechung des BVerfG,⁴⁰ aber doch im Sinne des „Recht auf Vergessen I“-Beschlusses⁴¹ eine Verpflichtung zur Mitgewährleistung des Schutzniveaus der EU-Grundrechtecharta.

Diese durch die Europäische Staatsanwaltschaft und ihre hybride Struktur vermittelte Europäisierung des nationalen Straf- und Strafprozessrechts erfolgt zwar schleichender und subtiler als die Alternative einer forschen, aber auf Finanzstraftaten und deren Verfolgung begrenzten Harmonisierung. Diese Konstruktion ist sowohl schonender gegenüber den nationalen Strafrechtssystemen als auch nachhaltiger und – wenn man normspaltende Aus-

36 Vgl. *Burchard* in Herrnfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 5 EUStA-VO Rz. 16.

37 *Meyer* in Herrnfeld/Esser (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 3 Rz. 16.

38 Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft v. 10.7.2020, BGBl. I 2020, 1648.

39 Zur Diskussion *Rebehn*, DRiZ 2021, 56; *Rennicke*, NK 2020, 475; *Trentmann*, ZIS 2016, 130; im Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode ist eine Anpassung des externen ministeriellen Weisungsrechts angekündigt (Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 106).

40 BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, BVerfGE 152, 216; hierzu (u.a.) *Edenharter*, DÖV 2020, 349; *Hoffmann*, NVwZ 2020, 33; *Hofmann/A. Heger/Gharibyan*, KritV 2019, 277; *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177; *Klein*, DÖV 2020, 341; *Kühling*, NJW 2020, 275; *Marsch*, ZEuS 2020, 597; *Meyer-Mews*, StV 2020, 564; *Michl*, JURA 2020, 479; *Muckel*, JA 2020, 237; *Papathanasiou*, BRJ 2020, 27; *Swoboda*, ZIS 2021, 66; *van Ooyen*, RuP 2020, 190; *Wendel*, JZ 2020, 157; *H. Wendt*, DVBl. 2020, 549; sowie nachfolgend BVerfG v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, BVerfGE 156, 182; hierzu *Brodowski*, StV 2021, 682; *Detterbeck*, JZ 2021, 593.

41 BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, BVerfGE 152, 152.

legungen vermeidet – sogar umfassender, da sie sich potentiell auf nahezu den gesamten Bereich der Strafverfolgungstätigkeit erstreckt.

3. Transnationalität

Weiteres, strukturprägendes Element der Europäischen Staatsanwaltschaft ist ihre inhärente Transnationalität. Dieses wirkt sich vor allem in einem neuen Modell der transnationalen Zusammenarbeit aus, das gegenüber dem bisherigen Modell der „gegenseitigen Anerkennung“ noch einmal deutlich vereinfacht wurde und die Verfahrensführung bei *einem* Delegierten Europäischen Staatsanwalt, den Rechtsschutz, zumindest in der Theorie, bei *einem* Gericht konsolidiert (Art. 31 EUStA-VO).⁴² Eignet sich das als Keimzelle für eine Reform des Europäischen Haftbefehls,⁴³ der Europäischen Ermittlungsanordnung⁴⁴ oder auch für die Ausgestaltung der e-evidence-Verordnung⁴⁵? Ich meine nein: Dieses Modell der Zusammenarbeit innerhalb der Europäischen Staatsanwaltschaft fußt auf ihrer besonderen Konstruktion, ihrer Unabhängigkeit (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EUStA-VO), ihrer starken Grundrechtsbindung (Art. 41 Abs. 1 EUStA-VO) und ihrer starken internen Rechtskontrolle (Art. 12, 13 EUStA-VO). Dasselbe Vertrauen, das normativ fundiert zur und innerhalb der Europäischen Staatsanwaltschaft besteht, besteht nicht oder nicht in gleichem Maße gegenüber allen Staatsanwaltschaften in allen EU-Mitgliedstaaten. Daher bedarf es außerhalb der Europäischen Staatsanwaltschaft noch deutlich stärkerer Grundrechtsvorbehalte und Rechtsschutzmechanismen als innerhalb; an denjenigen Mechanismen, die in langem Ringen im europäischen Verfassungsgerichtsverbund etwa im Bereich des Europäischen Haftbefehls herausgebildet wurden,⁴⁶ ist daher auch weiterhin festzuhalten.

42 Detailliert *Niedernhuber* in Herrinfeld/Esner (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 7 Rz. 124 ff.; *Herrinfeld* in Herrinfeld/Brodowski/Burchard (Hrsg.), European Public Prosecutor's Office, 2021, Art. 31 EUStA-VO Rz. 1 ff.; *Zöllner/Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 33; s. ferner *Allegrezza/Mosna* in Bachmaier Winter (Hrsg.), The European Public Prosecutor's Office – The Challenges Ahead, 2018, S. 141; *Bachmaier Winter* in Bachmaier Winter (Hrsg.), The European Public Prosecutor's Office – The Challenges Ahead, 2018, S. 117.

43 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 190 v. 17.7.2002, 1; geändert durch RB 2009/299/JI, ABl. EU Nr. L 81 v. 26.3.2009, 24.

44 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. EU Nr. L 130 v. 30.4.2014, 1; geändert durch RL (EU) 2022/228, ABl. EU Nr. L 39 v. 21.2.2022, 1.

45 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, COM (2018) 225 final v. 17.4.2018.

46 Siehe hierzu zunächst BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – Identitätskontrolle, BVerfGE 140, 317 mit Anm. und Bespr. (u.a.) *Brodowski*, JR 2016, 415; *Kühne*, StV 2016, 299; *Meyer*, HRRS 2016, 332; *Nettesheim*, JZ 2016, 424; *Oehmichen*, FD-StrafR 2016, 375738; *Sachs*, JuS 2016, 373; *Sauer*, NJW 2016, 1134; *Schönberger*, JZ 2016, 422; sodann grundlegend EuGH v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 – *Aranysosi und Căldăraru*, NJW 2016, 1709; hierzu *Böhm*, NJW 2016, 1709; *Brodowski*, JR 2016, 415; *Dietz*, NVwZ 2016, 1383; *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106; *Meyer*, JZ 2016, 621; *Oehmichen*, StV 2017, 257; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333; *Ruffert*, JuS 2016, 853; *Satzger*, NSTZ 2016, 514; *Schwarz*, EuR 2016, 421; *van Ballegooij/Bard*, NJECL 7 (2016), 439; sowie nunmehr die „Recht auf Vergessen II“-Rechtsprechung des BVerfG (soeben II. 2. bei und mit Fn. 40).

III. Strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische Dimension

Was lässt sich hieraus in der verfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Dimension schließen?

1. Europäisches Strafverfassungsrecht und die Frage der Zuständigkeitsausweitung

Aus der Sicht des europäischen Strafverfassungsrechts lässt sich die primärrechtliche Grundlage in Art. 86 AEUV⁴⁷ nicht nur als Kompetenztitel und Möglichkeit, sondern sogar als Gestaltungsauftrag an den EU-Gesetzgeber interpretieren. Jedenfalls aber legt die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft nahe, dass eingeräumte und klar in den EU-Verträgen verankerte Kompetenzen über kurz oder lang auch genutzt werden. Das verwundert nicht, weil die Schaffung eines Kompetenztitels bereits eine gewisse politische Vorentscheidung bedeutet, das Thema hiermit auf die politische Agenda gesetzt wird und sich im weiteren politischen Diskurs mit primärrechtlicher Gravitas argumentieren lässt.

In gleichem Maße wie die Errichtung ist primärrechtlich ebenfalls bereits angelegt die Diskussion über eine Ausweitung ihrer Zuständigkeit. So hat etwa die Kommission angeregt, dass die Europäische Staatsanwaltschaft zukünftig auch die Strafverfolgung des internationalen Terrorismus übernehmen solle.⁴⁸ Gewiss ist die aktuelle Konstruktion spezifisch auf EU-Finanzstraftaten ausgerichtet,⁴⁹ die Ressourcen der Europäischen Staatsanwaltschaft sind begrenzt, und diese neue Einrichtung darf weder überfordert noch die Europäisierung überreizt werden. Dennoch muss man sich schon jetzt fragen: Was sind denn die Kriterien, welche Delikte zukünftig besser durch eine supranationale Staatsanwaltschaft, welche Delikte besser durch nationale Behörden strafverfolgt werden sollen? Meiner Ansicht nach sollte man hier drei Kriterien heranziehen. Erstens: Betreffen die Straftaten ein gesamteuropäisches Interesse? Zweitens: Liefert eine Strafverfolgung durch die Europäische Staatsanwaltschaft einen Mehrwert? Drittens: Wahrt eine Verlagerung auf die europäische Ebene die Kohärenz der ineinander verwobenen Strafverfolgungssysteme und die Innere Sicherheit der Europäischen Union?

Die ersten beiden Kriterien sind beim internationalen Terrorismus gegeben: Terroranschläge in Europa greifen uns alle als Europäer an; eine Bündelung der Strafverfolgung auf europäischer Ebene verspricht Transnationalität. Doch dieser Bereich ist eng mit der Gefahren-

47 Viel spricht dafür, dass die EUStA-VO den kompetenziellen und auch den übrigen primärrechtlichen Rahmen wahrt. Soweit ersichtlich ist einziger ernsthafter Diskussionspunkt die Frage des Rechtsschutzsystems, inwieweit es also mit den EU-Verträgen kompatibel ist, dass gegen Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft – einer europäischen Einrichtung – nicht immer unmittelbar vor europäischen Gerichten um Rechtsschutz ersucht werden kann, sondern Rechtsschutz im Wesentlichen zunächst durch die Strafgerichte in den Mitgliedstaaten gewährt wird (Art. 42 Abs. 1 EUStA-VO). Doch das ist – mit *Herrnfeld* (in *Herrnfeld/Brodowski/Burchard* (Hrsg.), *European Public Prosecutor's Office*, 2021, Art. 42 EUStA-VO Rz. 7 ff., 69 ff.) – die praktikabelste Lösung (a.A. *Böse*, JZ 2017, 82, 84 ff.), in der hybriden Struktur der Europäischen Staatsanwaltschaft angelegt, und primärrechtlich noch hinnehmbar, solange die Vorlagepflicht zum EuGH (Art. 267 AEUV, Art. 42 Abs. 2 EUStA-VO) mit hinreichend Leben erfüllt wird.

48 COM (2018) 641 final v. 12.9.2018.

49 Vgl. *Meyer* in *Herrnfeld/Esser* (Hrsg.), *Europäische Staatsanwaltschaft*, 2022, § 3 Rz. 22.

abwehr verbunden und betrifft ein hochgradig dynamisches Geschehen. Das lässt befürchten, dass eine Verlagerung dieser Strafverfolgungszuständigkeit auf die Europäische Staatsanwaltschaft zu große Reibungsverluste verursachen würde. Kohärenter wäre eine Erweiterung der Zuständigkeit in Bereichen der europäischen Wirtschaftskriminalität – Insiderhandel und Marktmanipulation⁵⁰ betreffen ohnehin den europäischen Finanzmarkt; Korruption im privaten Sektor⁵¹ verletzt den europäischen Binnenmarkt. Differenziert zu betrachten ist die Geldwäsche,⁵² da dieser Tatbestand inzwischen europäisch und erst recht in der deutschen Umsetzung (§ 261 StGB) einen breitflächigen Ansatz verfolgt und daher eine (zu) hohe Quantität an Verfahren zu erwarten wäre. Besonders lohnenswert scheint mir aber, die grenzüberschreitende Umweltkriminalität⁵³ in den Blick zu nehmen:⁵⁴ Wie bei der EU-Finanzkriminalität ist die nationale Perspektive zu schnell verengt auf die Umweltschäden vor Ort; die Auswirkungen auf andere Staaten oder auf das Klima bleiben zu leicht außer Acht. Die drei Kriterien – gesamteuropäisches Interesse, Mehrwert, Kohärenz – sind in diesem Bereich der Umweltkriminalität besonders klar gegeben. Bei allen politischen Schwierigkeiten, die mit einer Zuständigkeitsausweitung einhergehen: Es spricht sehr viel dafür, nun die Weichen zu stellen, dass die Europäische Staatsanwaltschaft zukünftig auch bei schweren Fällen von europäischer Wirtschafts- und Umweltkriminalität die Strafverfolgung im Namen Europas betreiben kann.

2. Nationales Strafverfassungsrecht

Doch geriete eine solche Zuständigkeitsausweitung in Konflikt mit dem maßgeblich von *Landau* beeinflussten Diktum des BVerfG im *Lissabon-Urteil*,⁵⁵ dass es sich bei dem Strafrecht und der Strafrechtspflege um besonders souveränitätssensible Bereiche handele? Bei genauer Lesart liegt der strafrechtliche Fokus jedoch auf dem materiellen Strafrecht und auf dem Schuldprinzip, nicht auf der Strafverfolgung;⁵⁶ die Maßgaben des Urteils sind im Detail deutlich moderater als dies die einleitenden Obersätze nahelegen. Und so duldet das BVerfG im *Lissabon-Urteil* nicht nur die unionale Kompetenz zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, sondern auch die Möglichkeit einer späteren Erweiterung ihrer Zuständigkeiten, machte dies aber von einer Zustimmung durch Bundestag und Bundesrat abhängig.⁵⁷ Daher stellt sich bezogen auf die hier diskutierte, moderate Zuständigkeitsaus-

50 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABL EU Nr. L 173 v. 12.6.2014, 179.

51 Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABL EU Nr. L 192 v. 31.7.2003, 54.

52 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABL EU Nr. L 284 v. 12.11.2018, 22.

53 Bisher Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABL EU Nr. L 328 v. 5.12.2008, 28; weitreichender Reformvorschlag in COM (2021) 814 final v. 15.12.2021.

54 In diese Richtung ebenso *Meyer* in Herrinfeld/Esser (Hrsg.), Europäische Staatsanwaltschaft, 2022, § 3 Rz. 23; *Petrasch*, CCZ 2021, 126, 132.

55 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 – Lissabon, BVerfGE 123, 267.

56 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 – Lissabon, BVerfGE 123, 267 (408 ff.).

57 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 – Lissabon, BVerfGE 123, 267 (436).

weitung nicht die Frage, ob und inwieweit in Strafrechtsfragen die „besonders empfindliche [...] Berührung der demokratischen Selbstbestimmung“⁵⁸ tatsächlich einer weitergehenden Europäisierung entgegensteht.

3. Europäische Kriminalpolitik

Schließlich ist die Europäische Staatsanwaltschaft Paradebeispiel für eine erfolgreiche europäische Kriminalpolitik und ein reizvoller Untersuchungsgegenstand aus kriminalpolitikwissenschaftlicher Perspektive.⁵⁹

Das beginnt damit, dass sich in der Genese der Europäischen Staatsanwaltschaft ein wirkmächtiges Zusammenspiel zwischen europäischen Institutionen und Strafrechtswissenschaft als Akteuren der Kriminalpolitik zeigt. So waren Auftraggeber des eingangs erwähnten *Corpus-Juris*-Projekts der 90er-Jahre das Europäische Parlament und die damalige EG-Kommission,⁶⁰ dessen Ergebnisse und auch das nachfolgende, Ende 2001 vorgelegte Grünbuch der Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft⁶¹ aktivierten wiederum Diskussionen in der deutschen und europäischen Strafrechtslehre – erinnert sei etwa an die „[n]achgeholten Prolegomena“ von *Prittwitz* auf der Passauer Strafrechtslehre-ertagung.⁶² Doch weder bezogen auf politische Mehrheiten noch bezogen auf die Sachfragen einer supranationalen Strafverfolgung scheint damals zur Jahrtausendwende die Zeit schon reif gewesen zu sein für eine Europäische Staatsanwaltschaft.⁶³

Stattdessen wurden – auch auf Drängen und unter Mitwirkung der Strafrechtswissenschaft, der Anwaltschaft und der Strafverfolger – zunächst andere, vordringliche Schritte der europäischen Vernetzung der Kriminaljustizsysteme betrieben, vom Europäischen Haftbefehl als Prototypen der strafjustiziellen Zusammenarbeit auf Grundlage der gegenseitigen Anerkennung⁶⁴ über eine zunehmende Harmonisierung des Besonderen Teils⁶⁵ hin zu den verfahrensrechtlichen Mindeststandards,⁶⁶ die auch in Deutschland Defizite und dringenden Nachbesserungsbedarf bei Beschuldigten- wie Verletztenrechten aufzeigten, etwa im Be-

58 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09 – Lissabon, BVerfGE 123, 267 (410).

59 Zur Kriminalpolitikwissenschaft als Wirklichkeitswissenschaft *Vogel* in FS Kühl, 2014, S. 635, 637; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, Einführung I.2.b. (in Vorbereitung).

60 Siehe oben I. 1. bei und mit Fn. 4; s. ergänzend *Schramm*, JZ 2014, 749, 751.

61 KOM (2001) 715 endgültig v. 11.12.2001; hierzu *Radtke*, GA 2004, 1.

62 *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 774.

63 Zwar stellte sich – auch im Zuge der Osterweiterung der EU – das Sachproblem des Schutzes der EU-Finzen besonders vordringlich. Doch eine Verknüpfung der Osterweiterung mit der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft erwies sich als unzulässig: Bei dezentraler Struktur wäre sie von Erfolg und Misserfolg auf nationaler Ebene abhängig gewesen; eine zentrale Struktur hätte als oktroyierte Strafrechtspflege (miss-)verstanden werden können.

64 Siehe oben II. 3. in Fn. 43; allgemein *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2019.

65 Zusammenstellung in *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, Anhang B (in Vorbereitung).

66 Grundlegend: Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. EU Nr. C 295 v. 4.12.2009, 1.

reich des Rechts der notwendigen Verteidigung.⁶⁷ Durch all diese Entwicklungen ist das heutige Strafrechtssystem in Deutschland bereits derart europäisiert, derart europäisch geworden, dass die Hinzufügung eines weiteren Bausteins, hier der Europäischen Staatsanwaltschaft, zwar ein Meilenstein, aber keine Revolution mehr ist.

Eine zweite kriminalpolitikwissenschaftliche Erkenntnis bezieht sich auf den kriminalpolitischen Werkzeugkasten und die kriminalpolitische Verflechtung der Ebenen:⁶⁸ Als sich das Scheitern des Grünbuchs abzeichnete, verlagerte die Kommission die Diskussion in den Konvent über eine EU-Verfassung⁶⁹ und damit auf die primärrechtliche Ebene. Damit wurde die Sachfrage zwar aufgeschoben, aber zugleich mit primärrechtlicher Gravitas ausgestattet, und fand ihren Eingang wenige Jahre später in den Vertrag von Lissabon und somit in Art. 86 AEUV. Weiterer Winkelzug war es, in dieser primärrechtlichen Grundlage bereits eine Verstärkte Zusammenarbeit vorzusehen (Art. 86 Abs. 1 Unterabs. 3 AEUV) – zeichnete sich doch bereits damals ab, dass Einstimmigkeit kaum zu erreichen sein würde. Gegen den Kommissionsvorschlag aus dem Jahr 2013, eine Europäische Staatsanwaltschaft zu errichten,⁷⁰ zeigten vierzehn nationale Parlamente „gelbe Karten“.⁷¹ Das führte zwar nicht zu einer Rücknahme des Vorschlags,⁷² dürfte aber nicht ohne Auswirkung geblieben sein auf die Verhandlungspositionen der jeweiligen Mitgliedstaaten im Rat. Und anders als manchem Schnellschuss zum Ende der vergangenen Legislaturperiode in Deutschland⁷³ lässt sich dem fünfjährigen Gesetzgebungsverfahren auch weder mangelnde Transparenz vorwerfen⁷⁴ noch hinreichende Diskursivität absprechen; europäische Strafrechtsetzung war und ist besser als ihr Ruf.

67 Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl. EU Nr. L 297 v. 4.11.2016, 1; zur Umsetzung in Deutschland zusammenfassend *Jahn/Zink* in FS Graf-Schlicker, 2018, S. 475, 476 ff.

68 Anhand der Entwicklung des materiellen Strafrechts analysiert in *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts. Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und kriminalpolitische Wirkungen auf Strafgesetzgebung, 2022, § 5 II.3 (in Vorbereitung).

69 Vgl. *Vogel/Eisele* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. Erg.-Lfg. 2021, Art. 86 AEUV Rz. 3 f.; *Zöller/Bock* in Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 11 – Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 6.

70 COM (2013) 534 final v. 16.7.2013.

71 Vgl. COM (2013) 851 final v. 26.11.2013, S. 3.

72 COM (2013) 851 final v. 26.11.2013.

73 Exemplarisch sei auf das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sog. Feindeslisten, Strafbarkeit der Verbreitung und des Besitzes von Anleitungen zu sexuellem Missbrauch von Kindern und Verbesserung der Bekämpfung verhetzender Inhalte sowie Bekämpfung von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen v. 14.9.2021, BGBl. I 2021, 4250 sowie auf das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gem. § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) v. 21.12.2021, BGBl. I 2021, 5252 verwiesen.

74 Als hilfreich erweist sich hier – neben den zeitnah vom Rat im Dokumentenregister veröffentlichten Ratsdokumenten – auch die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EG Nr. L 34 v. 31.5.2001, 43.

Um abschließend den Bogen zur europäischen Strafrechtslehre – oder, in tradierter deutscher Begrifflichkeit, zur europäischen Strafrechtsdogmatik⁷⁵ – zu spannen: Im Zentrum der europäischen Diskussion über die Europäische Staatsanwaltschaft standen und stehen, wie es *Vogel* in seiner Tübinger Antrittsvorlesung vorgezeichnet hat, „Probleme und Sachfragen“,⁷⁶ die einer pragmatischen, aber rechtsstaatlich tragfähigen Lösung zuzuführen sind, und methodenoffen, aber nicht minder wissenschaftlich, zu begleiten und zu verarbeiten sind. Kriminalpolitisch und europäisch-strafrechtswissenschaftlich anschlussfähig ist hier weniger ein Denken nach „System[en] und Kategorien“; vorzugswürdig ist – mit *Jung* – ein Ringen um Theorien und „Strategien mittlerer Reichweite“.⁷⁷ In einem pluralistischen Europa, in einer pluralistischen Strafrechtswissenschaft und in einer pluralistischen Strafrechtswirklichkeit überzeugt die Kraft des *jeweils* besseren Arguments. So mag die Europäische Staatsanwaltschaft wenig klassisch-systemgetreu konstruiert sein. Doch das gewählte Modell einer dezentralen, hybriden und inhärent transnationalen Einrichtung dürfte sich gerade deshalb als europäisch erfolgreich erweisen, weil für es die besseren Kohärenz-Argumente sprechen.

75 Zur Begriffsgeschichte der „Dogmatik“ *Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981.

76 *Vogel*, GA 2002, 517, 525 ff.

77 *Jung* bei *Jeßberger/Kreß*, ZStW 113 (2001), 827, 855 zum Referat von *Prittitz* (oben III. 3. bei und mit Fn. 62).

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Alessandro Giannini, München / Rechtsanwalt Georg Köpferl, LL.M., München

Mehrsprachiges Unionsrecht und Gesetzlichkeitsprinzip (Teil 1)

Die Anwendung unionisierter Blankettsanktionsvorschriften am Beispiel der Diskussion über die Sanktionierbarkeit der Marktmanipulation durch Unternehmen

An der Schnittstelle von unmittelbar geltendem Unionsrecht und nationalem Strafrecht werfen (echte) Blankettstrafgesetze zahlreiche Probleme auf, die bisher noch nicht abschließend geklärt sind. Besondere strafverfassungsrechtliche Herausforderungen stellen dabei Ungeheimheiten zwischen den Sprachfassungen der als Ausfüllungsobjekte in Bezug genommenen unionsrechtlichen Regelungstexte dar. Diese Sprachfassungsdivergenzen werden üblicherweise

anhand des durch das Bestimmtheitsgebot oder das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG vorgegebenen Analyserahmens diskutiert und im Einzelfall auch einer Lösung über die Irrtumslehre (§ 17 StGB) zugeführt. Die hier vorgelegte Untersuchung versucht dagegen zu begründen, dass die durch Sprachfassungsdivergenzen für das nationale Strafrecht ausgelöste Problematik im (hier sog.) Schriftlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu verorten ist. Dieser erste Teil führt in die Thematik ein und wird dann Sprachfassungsdivergenzen, die hier anhand der Diskussion über die Sanktionierbarkeit der Marktmanipulation durch Unterlassen illustriert werden, zunächst aus dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots untersuchen.

A. Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung in einem System mehrsprachiger Normenverbindlichkeit

„In Vielfalt geeint“ – so lautet seit 2002 das Motto der Europäischen Union, das neben der Einheit der Union auch die Verschiedenartigkeit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Kultur, Tradition und Sprache betont.¹ Diese Vielfalt wird dabei nicht nur als Status quo zur Kenntnis genommen. Vielmehr soll die über Jahrhunderte gewachsene kulturelle und sprachliche Vielfalt auch in einer sich verfestigenden Union der Mitgliedstaaten gewahrt bleiben, wie es Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 4 EUV festschreibt. In der Union wird die Sprache gerade als „unmittelbarster Ausdruck“ der Kultur angesehen.² Die Achtung der Sprachenvielfalt ist dabei mehr als ein hehrer Programmsatz, die Sprachenvielfalt ist in der Union auch gelebte Wirklichkeit, die insbesondere darin ihren Ausdruck findet, dass die Amtssprachen in der Europäischen Union gleichrangig sind sowie Gesetzgebungsakte in jeder Amtssprache veröffentlicht werden und in jeder Sprachfassung – zumindest grundsätzlich – verbindlich sind.

Dieses System der Mehrsprachigkeit bringt besondere Herausforderungen für die Rechtssetzung mit sich: Die mit der Abfassung von Rechtstexten stets verbundene Problematik, dass sie als Sprachprodukte interpretationsfähig sind und eine bestimmte Lesart nicht determinieren können,³ stellt sich im Kontext der Unionsgesetzgebung im besonderen Maße, da der Unionsgesetzgeber hier eine Norm in 24 Fassungen vertexten muss. Die Erfüllung des positivistischen Ideals, das eher eine positivistische Illusion⁴ sein dürfte, eine Norm so in einem Text zu formulieren, dass beliebige Akteure des Rechtsanwendungsprozesses in einem anerkannten Verfahren diese Norm jederzeit reproduzieren können, ohne je zu einem anderen Ergebnis zu kommen, ist in einem Rechtsraum, in dem die Reproduzierbarkeit derselben Norm aus 24 verschiedenen Normtexten gewährleistet werden muss, mit besonderen Schwierigkeiten verbunden.⁵ Neben der Bewältigung der der Verwendung von

1 https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_de (abgerufen am 1.3.2022).

2 <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/142/sprachenpolitik> (abgerufen am 1.3.2022).

3 Zu diesem allgemeinen Problem der Unbestimmtheit von Sprache, ihren Folgen für die „Bestimmtheit“ des Normtextes und die Ableitung rechtlicher Entscheidungen hieraus vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik. Band I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013, Rz. 162 ff.

4 So die Formulierung von *Müller/Christensen* Band I (Fn. 3), Rz. 182.

5 Eine besondere Herausforderung für die Vertextung einer Norm in 24 Sprachfassungen ist insbesondere die Tatsache, dass die Amtssprachen der Union zu verschiedenen Sprachfamilien gehören (z.B. baltisch, germanisch, romanisch, slawisch); hierzu *Schubarth*, LeGes 2001/3, 49, 50.

Texten ohnehin inhärenten Probleme, die für die Zwecke der folgenden Untersuchung ausgeblendet bleiben, muss der Unionsgesetzgeber, will er eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sicherstellen, dafür Sorge tragen, dass die Norm in allen Sprachfassungen zutreffend und inhaltlich kongruent abgefasst ist. Nur so minimiert er die Gefahr, dass im Rahmen des Normgewinnungsprozesses nicht aus jedem der gleichermaßen verbindlichen 24 Normtexte der „wahre Norminhalt“⁶ abgeleitet wird.

Die Verwirklichung des im mehrsprachigen Unionsrecht angelegten Risikos, dass der Normtext in einer Sprachfassung die Unionsnorm unzutreffend wiedergibt, wird in der Regel durch sog. Sprachfassungsdivergenzen aufgedeckt, bei denen aufgrund offensichtlicher sprachlicher Abweichungen zwischen Sprachfassungen Zweifel über den Inhalt der Unionsnorm aufkommen können. Die folgende Untersuchung operiert mit dem Begriff der Sprachfassungsdivergenz, um damit die Abweichung von zumindest einer Sprachfassung von der tatsächlichen Unionsnorm zu bezeichnen, wobei dies regelmäßig⁷ bedeutet, dass mehrere Sprachfassungen inhaltlich voneinander abweichen. Die mit der Abfassung des mehrsprachigen Unionsrechts verbundene hohe Wahrscheinlichkeit⁸ für Sprachfassungsdivergenzen hat sich in der Vergangenheit bereits in einigen Fällen verwirklicht.⁹ Wenn der „wahre“ Norminhalt in einer oder mehreren Sprachfassungen unzutreffend abgebildet ist, stellt sich für die Normadressaten, denen gerade nur diese Sprachfassungen verständlich sind, das Problem, dass sie den Norminhalt nur unter Überwindung erheblicher Hindernisse ermitteln können. Der Normadressat, der sein Verhalten an einer Sprachfassung ausrichtet, die keine taugliche Grundlage für die zutreffende Normgewinnung bildet, mag sich typischerweise zwar subjektiv rechtstreu verhalten, handelt aber objektiv der Norm zuwider.

Besondere Bedeutung gewinnt das Problem dort, wo das mehrsprachig verbindliche Unionsrecht Relevanz für die Sanktionierung von Normverstößen erlangt, so insbesondere bei der Referenzierung des Unionsrechts in nationalen Blankettsanktionsvorschriften. Denn die Strafgesetzgebung und die Strafrechtsanwendung unterliegen besonderen (verfassungsrechtlichen) Anforderungen im Hinblick auf die sprachliche Vermittlung strafrechtlicher Normen, die sich aus dem in Art. 103 Abs. 2 GG fundierten Gesetzlichkeitsprinzip ergeben. In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob ein Normadressat, der sich darauf beruft, dass er den „wahren“ Norminhalt einer ihm verständlichen Sprachfassung nicht entneh-

6 So z.B. die Bezeichnung durch *Langheld*, Vielsprachige Normenverbindlichkeit im Europäischen Strafrecht, 2016, S. 21. Dass es den *einen* „wahren“ Norminhalt, der objektiv festgestellt werden kann, nicht gibt, da „[s]prachliche Zeichen eines Normtextes [...] ihre Bedeutung und deren Grenzen nicht schon von sich aus inne [haben], sondern [...] sie im professionellen Diskurs der juristischen Akteure [erlangen]“ (so *Jeruschek/Köbel*, JuS 2001, 417, 422), und damit der Norminhalt situativ-individuell im konkreten Einzelfall konstituiert wird, muss für die Zwecke dieser Untersuchung außer Betracht bleiben. Hierzu ausführlich *Müller/Christensen* Band I (Fn. 3), Rz. 248 ff.

7 Theoretisch denkbar wäre auch der Fall, dass zwar die Normtexte der Sprachfassungen inhaltlich kongruent sind, aber keine von ihnen eine zutreffende Vertextung der Unionsnorm darstellt. Nicht von Bedeutung für die folgende Untersuchung sind die zwischen den Sprachfassungen auch aufgrund der bereits angesprochenen Eigentümlichkeiten der betroffenen Sprachfamilien (Fn. 5) notgedrungen bestehenden sprachlichen (z.B. syntaktischen) Unterschiede, die nicht zu einer auch inhaltlichen Abweichung führen.

8 So *Müller/Christensen*, Juristische Methodik. Band II. Europarecht, 3. Aufl. 2012, Rz. 332, die dies auch damit begründen, dass nicht nur die betroffenen Sprachen, sondern auch die Rechtskulturen verschieden sind.

9 Siehe die Beispiele bei *Langheld* (Fn. 6), S. 22 ff., 140 ff.

men konnte, bei einer Zuwiderhandlung gegen die Unionsnorm nach der nationalen Blankettvorschrift sanktioniert werden kann.

Der folgende Beitrag will die Folgen von Sprachfassungsdivergenzen für die nationalen Blankettsanktionsvorschriften insbesondere vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips untersuchen. Die Problematik soll dabei anhand einer jüngeren im Marktmissbrauchsstrafrecht geführten Auseinandersetzung über eine Sanktionierbarkeit der Marktmanipulation durch Unterlassen illustriert und diskutiert werden. Nach einer Darstellung dieses konkreten Problems vor dem Hintergrund des Sprachenregimes in der Europäischen Union (B. I.) wird anschließend der Frage nachgegangen, wie Sprachfassungsdivergenzen im Strafrecht anhand der Gewährleistungen des Gesetzlichkeitsprinzips zu bewerten sind (B. II., III.). Schließlich wird untersucht, ob für den Fall der Marktmanipulation durch Unterlassen trotz etwaig aus einer Sprachfassungsdivergenz resultierender verfassungsrechtlicher Probleme eine Lösung auf Grundlage des geltenden nationalen Rechts gefunden werden kann (C.).

B. Mehrsprachiges Unionsrecht und Gesetzlichkeitsprinzip am Beispiel der unionisierten Blankettsanktionsvorschriften der Marktmanipulation

I. Grundlagen

1. Das Sprachenregime der Europäischen Union

Die Verbindlichkeit des Unionsrechts in allen Sprachfassungen ist keine Selbstverständlichkeit, sondern ein von den Mitgliedstaaten selbst gewähltes Sprachenregime.¹⁰ Die gleichrangige Verbindlichkeit des Unionsrechts in allen amtlichen Sprachfassungen ergibt sich für das primäre Unionsrecht aus Art. 55 EUV bzw. Art. 358 AEUV, die die Verbindlichkeit dieser Verträge in den dort genannten Sprachen festlegen. Für das sekundäre Unionsrecht ist Art. 342 AEUV maßgeblich, nach dem die „Regelung der Sprachenfrage für die Organe der Union“ vom Rat einstimmig durch Verordnung getroffen wird. Diese Regelung wird in der mit jeder Erweiterung der Union angepassten Verordnung (EWG) Nr. 1/58 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft¹¹ vorgenommen. Sie legt in Art. 1 die 24 Amts- und Arbeitssprachen der Organe der Union fest und schreibt in Art. 4 vor, dass Verordnungen und andere Schriftstücke von allgemeiner Geltung in den Amtssprachen abgefasst werden.

Wenngleich sich die Verordnung zur Verbindlichkeit aller Sprachfassungen nicht ausdrücklich äußert, nehmen die Unionsorgane ihre Rechtsakte in allen gemäß der Verordnung maßgeblichen Amtssprachen an und drücken damit ihren Willen aus, dass alle Sprachfassungen gleichrangig nebeneinanderstehen.¹² Auch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind alle Sprachfassungen gleichrangig und in gleichem Maße verbindlich.¹³

10 Langheld (Fn. 6), S. 28.

11 Verordnung (EWG) Nr. 1 des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 6.10.1958 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. EU Nr. L 17 v. 6.10.1958, 385.

12 Langheld (Fn. 6), S. 28.

13 Vgl. nur EuGH v. 30.5.2013 – C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJW 2013, 2579, Rz. 26.

2. Das Problem der Sprachfassungsdivergenz am Beispiel des Marktmanipulationsverbots

a) Grundlagen

Die formale Gleichrangigkeit und Verbindlichkeit aller Sprachfassungen stellen die Rechtsanwendung dann vor Probleme, wenn Sprachfassungen voneinander abweichen. Dies – und die Folgen für die das Unionsrecht referenzierenden nationalen Blankettsanktionsvorschriften – soll in diesem Beitrag anhand des Marktmanipulationsverbots und der in diesem Zusammenhang geführten Diskussion, ob diesem auch durch Unterlassen zuwidergehandelt werden kann, dargestellt werden. Seit dem 3.7.2016 wird das Marktmissbrauchsrecht, also die Vorschriften über Insidergeschäfte, die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen und Marktmanipulation, durch unmittelbar geltendes Unionsrecht in der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)¹⁴ geregelt. Art. 15 MAR (zuvor § 20a WpHG a.F.) verbietet Marktmanipulationen und Art. 12 MAR definiert den Begriff der Marktmanipulation. Der durch Art. 30 MAR sowie durch die Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD)¹⁵ aufgegebenen Flankierung des Verbots der Marktmanipulation durch verwaltungs- und kriminalstrafrechtliche Sanktionen ist der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung des Straftatbestands in § 119 Abs. 1 WpHG sowie des Ordnungswidrigkeitentatbestands in § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG nachgekommen.¹⁶ Bei diesen Sanktionsvorschriften handelt es sich um Blankettgesetze, die hinsichtlich des tatbestandsmäßigen Verhaltens auf die unionsrechtliche Verhaltensvorschrift des Art. 15 MAR als Ausfüllungsobjekt verweisen, die ihrerseits auf die Definition der Marktmanipulation in Art. 12 MAR Bezug nimmt. Bei den § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG handelt es sich deshalb um unionisierte Blankettsanktionsvorschriften.

b) Marktmanipulation durch Unterlassen

Während insbesondere aufgrund der ausdrücklichen Regelung in § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG a.F. unter Geltung des nationalen Rechts noch Einigkeit darüber bestand, dass eine Marktmanipulation durch Unterlassen verboten und sanktionierbar ist, entbrannte schon kurz nach dem Geltungsbeginn der MAR in der Literatur eine Diskussion darüber, ob der nun in Art. 15, 12 MAR normierte Verbotstatbestand der Marktmanipulation und die darauf bezogenen Sanktionsvorschriften der § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden können. Diesen Streit haben die *Verfasser*

14 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABL. EU Nr. L 173 v. 12.6.2014, 1.

15 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABL. EU Nr. L 173 v. 12.6.2014, 179.

16 Zunächst waren die Sanktionsvorschriften in § 38 Abs. 1, Abs. 3 sowie § 39 Abs. 3d WpHG a.F. geregelt. Seit der umfassenden Novellierung des WpHG durch das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1693) sind diese ohne wesentliche inhaltliche Änderung in § 119 Abs. 1, Abs. 3, § 120 Abs. 15 WpHG überführt worden. Auf den Sondertatbestand § 120 Abs. 2 Nr. 3 WpHG wird hier nicht eingegangen.

an anderer Stelle eingehend aufgearbeitet.¹⁷ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl die Befürworter als auch die Gegner einer Erfassung des Unterlassens durch das Unionsrecht und die nationalen Sanktionsregelungen mit dem Wortlaut der Sprachfassungen der MAR argumentieren. Jene, die meinen, dass dem Marktmanipulationsverbot nur durch aktives Tun zuwidergehandelt werden kann, stützen sich auf den Wortlaut der deutschen Sprachfassung der MAR, der das tatbestandsmäßige Verhalten in Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR mit den Begriffen der „Handlung“, des „Abschlusses eines Geschäfts“, der „Erteilung eines Handlungsauftrags“ und der „Tätigkeit“ bzw. in Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR mit der „Verbreitung von Informationen“ umschreibt,¹⁸ wodurch offensichtlich kein Unterlassen erfasst werde.¹⁹ Eine Auslegung des Unionsrechts kann aber bei einer solchen auf die deutsche Sprachfassung beschränkten Sichtweise nicht stehenbleiben, sondern muss auch die anderen Sprachfassungen miteinbeziehen.²⁰ Dass das auf Grundlage der deutschen Sprachfassung gefundene Ergebnis jedenfalls hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR nicht zwingend ist, zeigt bereits die englische Sprachfassung, die anstelle des in der deutschen Sprachfassung verwendeten Begriffs „Handlung“ den Begriff „behaviour“ gebraucht, der dem deutschen Begriff „Verhalten“ entsprechen würde, der sowohl aktives Tun als auch Unterlassen bezeichnet.²¹ Auch ein Vergleich mit dem Kapitalmarktrecht des Vereinigten Königreichs zeigt, dass dort der Begriff „behaviour“ als Oberbegriff für „action“ und „inaction“ gebraucht wird.²² Damit kann der Tatbestand der Marktmanipulation nach dieser Konzeption zumindest im Grundsatz auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden. Andere Sprachfassungen wie z.B. die französische und italienische Sprachfassung sind ebenso wie die englische Sprachfassung formuliert („comportement“; „condotta“).

Aufgrund dieser zu Tage getretenen Divergenz zwischen den Sprachfassungen kann der Wortlaut lediglich der deutschen Sprachfassung kein wesentliches Auslegungskriterium mehr sein. Durch die grammatische Interpretation der Sprachfassungen wurde ein Plausibilitätsraum²³ erarbeitet, der gerade für das Gegenteil des Auslegungsergebnisses der deutschen Sprachfassung spricht. Aufgrund dieser Uneindeutigkeit der Wortlaute muss deshalb Systematik und Zweck im Rahmen der Bestimmung des Inhalts der Unionsnorm die entscheidende Bedeutung zukommen.²⁴ Da das Marktmanipulationsverbot den Zweck verfolgt, alle Formen manipulativen Verhaltens zu erfassen, scheint eine Beschränkung des Verbotstatbestandes nur auf Handlungen vor allem aus teleologischen Gründen fernlie-

17 Hierzu eingehend *Giannini/Köpferl*, AG 2022, Heft 15.

18 Auf Art. 12 Abs. 1 lit. d MAR als Sondervorschrift der Referenzwertmanipulation wird hier ebenso wenig eingegangen wie auf die Spezialtatbestände des Art. 12 Abs. 2 MAR.

19 *Sajnovits/Wagner*, WM 2017, 1189; *Saliger*, WM 2017, 2329; *Spoerr* in Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 119 WpHG Rz. 169 f.; *Bator/Zimmer* in Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, Art. 12 MAR Rz. 98 f.

20 Zur Auslegung des Unionsrechts s. nur *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rz. 634 ff.; *Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rz. 13 f.; zu den Grundsätzen der einheitlichen Auslegung und gleichrangigen Geltung aller Sprachfassungen ausführlich *Langheld* (Fn. 6), S. 90 ff.

21 Siehe z.B. *Heger* in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 240 StGB Rz. 4; *Valerius* in v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK/StGB, 50. Edition 1.5.2021, § 240 StGB Rz. 5.

22 Hierzu näher *Giannini/Köpferl*, AG 2022, Heft 15.

23 *Müller/Christensen* Band II (Fn. 8), Rz. 663.

24 Zur teleologischen Auslegung in der Praxis des EuGH näher *Müller/Christensen* Band II (Fn. 8), Rz. 88 ff.

gend.²⁵ Insgesamt spricht deshalb vieles dafür, dass die Sprachfassungen, welche die Marktmanipulation in Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR anstelle des Begriffs Handlung mit dem – aktives Tun und Unterlassen erfassenden, ins Deutsche zu übersetzenden – Begriff Verhalten beschreiben, die Unionsnorm zutreffend wiedergeben.²⁶

Eine Analyse der MAR ergibt mithin, dass das unionsrechtliche Marktmanipulationsverbot nach Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR durch jedes Verhalten, also auch ein Unterlassen begangen werden kann. Die Unionsnorm, die in den Manipulationsvarianten nach Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR eine Marktmanipulation durch jedes Verhalten, also sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen, verbietet, hat aber in der deutschen Sprachfassung der MAR keinen Niederschlag gefunden. Das Marktmanipulationsverbot nach Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR belegt daher, dass zwischen den nur *eine* (!) unionsrechtliche Verhaltensnorm ab(zu)bildenden Sprachfassungen Inkongruenzen bestehen können. In den Sprachen der Sprachfassungen, in denen die Unionsnorm nicht zutreffend wiedergegeben wird, ist diese zwar nicht durch den Unionsgesetzgeber formuliert worden, sie ist aber auch in diesen Sprachen *formulierbar*.

II. Folgen der Sprachfassungsdivergenz für die nationalen Blankettsanktionsvorschriften vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips

Auch wenn der Inhalt der unionsrechtlichen Verhaltensnorm damit eindeutig feststeht und die Möglichkeit der Verwirklichung der Verbotstatbestände der Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR durch ein Unterlassen unter den dort genannten Voraussetzungen zu bejahen ist, muss geklärt werden, welche Konsequenzen dies für die nationalen Blankettsanktionsvorschriften der § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG hat. Aufgrund des Wortlauts der Sprachfassungen, die wie die deutsche die Tathandlungen ausschließlich aktivistisch formulieren, erscheint das für die Unionsnorm ermittelte Auslegungsergebnis bei Berücksichtigung auch im Rahmen der nationalen Sanktionsvorschriften insbesondere im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip problematisch.

1. Problemaufriss

a) Inkorporation der Verhaltensnorm in die Sanktionsnorm

Die einen Verstoß gegen das Marktmanipulationsverbot sanktionierenden Vorschriften des WpHG sind als Blanketttatbestände ausgestaltet. Als unvollständige Sanktionsvorschriften beschreiben sie das tatbestandliche Verhalten entweder überhaupt nicht (§ 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG) oder nur partiell (§ 119 Abs. 1 WpHG). Für die Vervollständigung der tatbestandlichen Voraussetzungen nehmen sie auf das unmittelbar geltende Marktmanipulationsverbot (Art. 15, Art. 12 Abs. 1 MAR) Bezug. Die vollständige Sanktionsnorm kann deshalb erst unter Einbeziehung der unionsrechtlichen Verhaltensnorm gebildet werden. Dies

25 *Schmolke* in Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2017, Art. 12 MAR Rz. 40; *Bayram*, Manipulative Handelspraktiken gem. Art. 12 MAR, 2020, S. 52; vgl. z.B. auch Erwägungsgrund (8), (38) MAR.

26 Einzelheiten zur systematischen, teleologischen und historischen Auslegung des Marktmanipulationsverbots bei *Giannini/Köpferl*, AG 2022, Heft 15; im Ergebnis wie hier z.B. *Bayram* (Fn. 25), S. 51 f.; *Schmolke* (Fn. 25), Art. 12 MAR Rz. 40.

geschieht nach der herrschenden Inkorporationstheorie²⁷ dadurch, dass der Inhalt der Verhaltensnorm in die jeweilige Sanktionsnorm inkorporiert wird.

Während die Idee der Inkorporierung des Inhalts der Verhaltensnorm im Falle der Referenzierung nationalen Rechts unmittelbar eingängig ist, ist im Falle der Inbezugnahme von Unionsrecht die Frage aufgeworfen, was Gegenstand der Inkorporierung ist, da die Unionsnorm durch verschiedene Sprachfassungen ausgedrückt wird. Ohne dass dieses Problem ausdrücklich problematisiert wird, scheint bisher die Auffassung vorzuherrschen, dass allein die deutsche Sprachfassung der unionalen Verhaltensnorm in die deutsche Sanktionsnorm inkorporiert und der Tatbestand hierdurch komplettiert wird.²⁸ Sofern diese Frage überhaupt angesprochen wird, wird jedenfalls eine Inbezugnahme aller Sprachfassungen abgelehnt.²⁹

Die Auffassung, es werde nur eine Sprachfassung referenziert, verträgt sich aber schon nicht mit dem für das rein innerstaatliche Recht wohl einhellig anerkannten Prinzip, dass sich die Sanktionsnorm auf eine Verhaltensnorm bezieht. Dies gilt auch für die unionisierten Blankettsanktionstatbestände, die sich auf eine unionale Verhaltensnorm beziehen. Da die nationalen Sanktionsvorschriften gerade zu dem Zweck geschaffen wurden, die unionalen Verhaltensnormen abzusichern, kann nicht lediglich die – unter Umständen die Verhaltensnorm unzutreffend abbildende – deutsche Sprachfassung zur Ausfüllung des unvollständigen Tatbestandes herangezogen werden. Wegen der aufgrund ihres Zwecks bestehenden Akzessorietät können die nationalen Sanktionsnormen nur durch die Unionsnorm und nicht lediglich durch eine Sprachfassung vervollständigt werden. Zwar ist es zutreffend, dass die Ergänzung der Sanktionsvorschrift nur textgebunden erfolgen kann. Im unionalen Kontext wäre es aber verfehlt zu behaupten, dass lediglich *ein* Text einer bestimmten Sprachfassung in Bezug genommen wird. In der Europäischen Union ist die Verhaltensnorm an ihren Text in 24 Sprachen gebunden. Die Unionsnorm wird durch alle Sprachfassungen gemeinsam und nicht nur isoliert durch einzelne Sprachfassungen ausgedrückt. Deshalb nimmt die nationale Blankettsanktionsvorschrift die Unionsnorm in Bezug und eine vollständige Sanktionsnorm entsteht durch Inkorporierung der Unionsnorm.

Die Inbezugnahme der Unionsnorm und nicht einer konkreten Sprachfassung mag gerade im strafrechtlichen Bereich wegen seiner besonderen Anforderungen an die Strafgesetzgebung und Strafrechtsanwendung, namentlich im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip, kontraintuitiv sein. Die mit einem solchen – unionsrechtlich notwendigen – Verständnis einhergehenden möglichen Problematiken werden nachfolgend (III.) erörtert.

b) Begrenzte Sprachfähigkeiten der Normadressaten

Auch wenn die Zahl derer, die neben der Muttersprache weitere Sprachen beherrschen, stetig zunimmt, wobei dies für die passive Sprachbeherrschung noch mehr gelten dürfte als

27 Vgl. z.B. *Bülte*, JuS 2015, 769, 770; *Guckelberger*, ZG 2004, 62, 64; *Krey*, EWR 1981, 109, 130 f.; *Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 219. Auf die Kritik an der Inkorporationstheorie kann hier nicht eingegangen werden, vgl. hierzu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, S. 283 ff.

28 Für den Fall der strafbaren Marktmanipulation s. z.B. *Böse/Jansen* in Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 119 WpHG Rz. 30, nach denen „das Handlungsunrecht über die Verweisung auf Art. 12, 15 MAR ausschließlich als positives Tun“ definiert werde.

29 *Cornelius* (Fn. 27), S. 392.

für die aktive, ist der dem unmittelbar geltenden Unionsrecht unterworfenen Bürger nicht in der Lage, alle Unionssprachen zu verstehen. Jeder Unionsbürger hat nur begrenzte Sprachfähigkeiten. Will der Unionsbürger eine Regelung des Unionsrechts zur Kenntnis nehmen, ist er deshalb darauf verwiesen, diejenige Sprachfassung bzw. diejenigen Sprachfassungen zu konsultieren, die er versteht. Darüber hinaus wird man realistischere Annahmen machen müssen, dass auch jene Unionsbürger, die mehrerer Sprachen mächtig sind, lediglich eine Sprachfassung zur Ermittlung des geltenden Rechts heranziehen und die Normermittlung anhand mehrerer Sprachfassungen deshalb im Regelfall wohl eher hypothetischer Natur ist.

In den Fällen der Sprachfassungsdivergenz sind deshalb Konstellationen denkbar, in denen der Normadressat zur Ermittlung des Unionsrechts eine Sprachfassung nutzt, welche die tatsächliche Unionsnorm nicht zutreffend abbildet. Richtet der Normadressat sein Verhalten an dieser Sprachfassung aus und handelt er damit der Unionsnorm zuwider, stellt sich im sanktionsrechtlichen Kontext die Frage, ob er sanktioniert werden kann, obwohl die in die Sanktionsnorm inkorporierte Unionsnorm nur in Sprachfassungen abgebildet ist, die er mangels entsprechender Sprachkenntnisse nicht verstehen kann. Daneben können auf der Sanktionsebene auch dann Probleme entstehen, wenn der Normadressat mehrerer Sprachen mächtig ist und die Sprachfassungen, die er versteht, voneinander abweichen, also z.B. eine Sprachfassung die Unionsnorm zutreffend wiedergibt, die andere aber nicht. Im hier diskutierten Beispiel der Marktmanipulation hätte die Inkorporierung der Unionsnorm in die nationalen Sanktionsvorschriften zur Folge, dass diese in den Fällen der in Bezug genommenen Verbotsnormen Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR bzw. Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR grundsätzlich durch jedes Verhalten, also unter Umständen auch ein Unterlassen, verwirklicht werden kann. Zieht ein Unionsbürger zur Ermittlung des Inhalts der Verhaltensnorm z.B. die deutsche Sprachfassung der Unionsnorm heran, wird diese nach unionsrechtlichem Verständnis bestehende Erfassung auch des Unterlassens wegen der Verwendung eindeutig aktivistischer Begriffe aber nicht ersichtlich. Daneben wäre z.B. auch ein Fall denkbar, in dem der Normadressat neben der deutschen auch die englische Sprachfassung heranzieht und sich der widersprüchlichen Fassung der Marktmanipulationsdefinition in beiden Sprachfassungen gegenüberstellt.

c) Auffassung des EuGH

Diese Divergenzen zwischen dem Norminhalt und dem Wortlaut der Sprachfassung(en) evoziert im sanktionsrechtlichen Kontext sofort die Vermutung einer Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips, so dass die Unionsnorm im sanktionsrechtlichen Kontext jedenfalls nicht angewendet werden kann, soweit sie in der maßgeblichen Sprachfassung nicht wiedergegeben ist. Dies stünde freilich zum einen im Widerspruch zum Zweck der nationalen Sanktionsnorm, die der Absicherung der unionsalen Verhaltensnorm dient, und konterkarierte zum anderen die mit der Schaffung eines einheitlichen Regelungsregimes verbundene Intention der Vollharmonisierung. Es drohte zu einer „Normspaltung“ zu kommen.³⁰ Vor

30 Auch im innerstaatlichen Recht sind solche Normspaltungen beim Verweis einer Strafvorschrift auf außerstrafrechtliche Normen denkbar. Dort entspricht es der wohl überwiegenden Auffassung, dass Tatbestandsfassung und Tatbestandsauslegung, die sich im außerstrafrechtlichen Kontext keinen Einwänden ausgesetzt sehen, für das Strafrecht dann keine Bedeutung haben, wenn sie mit den Gewährleistungen des Art. 103

diesem Hintergrund drohender divergenter Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedsstaaten, hat der EuGH deshalb entschieden, dass das Auslegungsergebnis für die unionsrechtliche Verhaltensnorm trotz einer bestehenden Sprachfassungsdivergenz auch im strafrechtlichen Kontext Geltung beanspruchen müsse.³¹ Das wird in der Literatur im Hinblick auf den auch durch das Unionsrecht (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh) gewährleisteten „Bestimmtheitsgrundsatz“ in Frage gestellt.³²

2. Maßgebliches Grundrechtsregime

Bevor diese Problematik einer näheren Untersuchung unterzogen wird, stellt sich im Hinblick auf die Prüfung einer Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip bei unionisierten Blankettsanktionsvorschriften die Frage, ob eine solche am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG oder des Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh zu erfolgen hat.³³ Nach der bisher wohl herrschenden Auffassung gehört die Verhaltensnorm trotz der formalen Inkorporierung in die nationale Sanktionsvorschrift weiterhin materiell zum Unionsrecht; der „hybridisierte“ Sanktionstatbestand³⁴ unterliegt einerseits zwar unionalen Auslegungsgrundsätzen, zugleich andererseits aber auch den nationalen verfassungsrechtlichen Anforderung aus Art. 103 Abs. 2 GG.³⁵ Auch zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der hier zur Illustration der Sprachfassungsdivergenz herangezogenen, das Marktmissbrauchsunionsrecht referenzierenden Sanktionsvorschriften des WpHG wird durch das BVerfG³⁶ und den überwiegenden Teil der Literatur³⁷ Art. 103 Abs. 2 GG herangezogen. Inwieweit die vielbeachteten Entscheidungen des BVerfG „Recht auf Vergessen I und II“³⁸, die das Verhältnis des nationa-

Abs. 2 GG unvereinbar sind; unter Umständen auftretende Normspaltungen oder Normambivalenzen werden hier also akzeptiert, vgl. hierzu z.B. *Satzger* (Fn. 27), S. 227, 560 ff.; *Tiedemann* in FS Schaffstein, 1975, S. 195 ff.

- 31 In diesem Sinne wird jedenfalls EuGH v. 27.2.1986 – C-238/84 – Röser, ECLI:EU:C:1986:88, Slg 1986, 795 verstanden, wonach das Gemeinschaftsrecht „nicht verschiedene Geltung haben [kann], je nachdem auf welchem Gebiet des innerstaatlichen Rechts es seine Wirkungen zeitigen kann“ (Rz. 15); vgl. hierzu *Langheld* (Fn. 6), S. 98 ff.
- 32 *Langheld* (Fn. 6), S. 145 ff.; *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht. Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, 2004, S. 457 ff.
- 33 Zum anwendbaren Grundrechtsregime im Mehrebenensystem der Europäischen Union s. z.B. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 7 Rz. 17 ff.
- 34 *Greco*, GA 2016, 138, 140.
- 35 *Dannecker/Schuh* in Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 13. Aufl. 2020, § 1 StGB Rz. 152; *Gärditz* in Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 6 Rz. 57; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, Kapitel 7 Rz. 80; *Heger* in Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 5 Rz. 61; *Jäger* in Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 1 StGB Rz. 9; *Schmitz* in Joecks/Miebach (Hrsg.), MünchKomm/StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 1 StGB Rz. 27, 65 ff.; a.A. *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, S. 199.
- 36 BVerfG v. 3.5.2018 – 2 BvR 463/17, NJW 2018, 3091, Rz. 19 ff.
- 37 *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347; *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1807; *Rückert*, NStZ 2020, 391, 394; *Schröder/Poller* in Schröder (Hrsg.), Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2020, 1. Kapitel Rz. 8, 349.
- 38 BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I, BVerfGE 152, 152 sowie BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II, BVerfGE 152, 216; hierzu z.B. *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177 („Karte des Grundrechtsschutzes im europäischen Mehrebenensystem neu gezeichnet“); *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, 185 („Neuausrichtung der europäischen Grundrechtsarchitektur“); *Wendel*, JZ 2020, 157 („neue Ära verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes“). Allgemein zum maßgeblichen Grundrechtsregime *Gärditz* (Fn. 35), § 6 Rz. 49 ff.

len zum unionalen Grundrechtsregime neu austariert haben, zu einer Reevaluierung dieser Auffassung führen wird, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht näher untersucht werden. Da das BVerfG bei Sachverhaltsgestaltungen, in denen die Durchführung von Unionsrecht mit Umsetzungsspielräumen verbunden ist, aber von einem komplementären Grundrechtsschutz auszugehen scheint,³⁹ werden die Gewährleistungen des Art. 103 Abs. 2 GG weiterhin wohl jedenfalls dann auch für das unionisierte nationale Strafrecht eine Rolle spielen, wenn dieses – wie im Falle des § 119 Abs. 1 WpHG – auf einer Richtlinie zur Strafrechtsangleichung beruht.⁴⁰

Die nachfolgende Untersuchung wird sich deshalb auf die nähere Prüfung der Gewährleistungen des Art. 103 Abs. 2 GG beschränken. Wenngleich Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh noch nicht im selben Maße durch die Rechtswissenschaft dogmatisch aufgearbeitet wurde wie das innerstaatliche Pendant,⁴¹ decken sich die Gewährleistungen beider Vorschriften zumindest im Grundsatz,⁴² weshalb die nachfolgend erarbeiteten Ergebnisse – vorbehaltlich weiterer Prüfung – auf die unionsrechtliche Vorschrift jedenfalls übertragbar sein dürften.

III. Vereinbarkeit mit einzelnen Gewährleistungen des *nullum crimen*-Satzes

Nach herkömmlichem Verständnis beinhaltet das in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegte Gesetzlichkeitsprinzip im weiteren Sinne unterschiedliche Ausprägungen: das Bestimmtheitsgebot, das Analogieverbot, das Schriftlichkeitsgebot und das Rückwirkungsverbot.⁴³ Für das hier zu untersuchende Problem der Sprachfassungsdivergenz spielt Letzteres keine Rolle. Es wird deshalb nachfolgend untersucht, wie die drei erstgenannten Prinzipien im Kontext unionisierter Blankettsanktionsvorschriften verstanden werden müssen und welche Auswirkungen sie auf ihre Behandlung im Falle von Sprachfassungsdivergenzen im referenzierten Unionsrecht haben. Zur Illustration dient das bei § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG diskutierte Problem der tatbestandlichen Erfassung des Unterlassens.

39 BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152, Rz. 55 ff.; vgl. auch *Kühling*, NJW 2020, 275, 278 („Vielfalts- und Überlappungsthese“); *Wendel*, JZ 2020, 157, 160 („kooperatives Verflechtungsmodell“).

40 Das BVerfG geht dabei von der Vermutung aus, dass durch eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Grundrechtecharta mitgewährleistet wird, was hier – jedenfalls im Ausgangspunkt – ebenfalls für eine Prüfung am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG streitet, vgl. BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152, Rz. 55. Mangels Umsetzungsspielräumen muss man dies im Hinblick auf das Ordnungswidrigkeitenrecht wohl anders sehen. Zur Abgrenzung von vollständig vereinheitlichtem und gestaltungsoffenem Unionsrecht vgl. BVerfG v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216, Rz. 77 ff.

41 So vermisst auch *Meyer*, JZ 2018, 304, 307 ganz allgemein eine „vertikale Konstitutionalisierung der Durchsetzung supranationaler Strafgewalt“ gerade im Hinblick auf Art. 49 GRCh. Vor dem Hintergrund, dass in den Mitgliedstaaten kein einheitliches Verbot von (ungeschriebenem) Gewohnheitsrecht als selbstständige Strafrechtsquelle anerkannt wird, findet das hier zugrunde gelegte Verständnis des Schriftlichkeitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG (hierzu III. 3.) nur eine unzureichende Projektionsfläche in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh.

42 Siehe z.B. *Eser/Kubicziel* in *Meyer/Hölscheidt* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 49 GRCh Rz. 11.

43 Teilweise wird das Analogieverbot als Unterfall des Bestimmtheitsgebots angesehen, vgl. z.B. *Schmahl* in *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1, 2019, § 2 Rz. 48. Die hier als Schriftlichkeitsgebot bezeichnete Gewährleistung wird üblicherweise als „Verbot von Gewohnheitsrecht“ bezeichnet; zur hier präferierten Terminologie s. unten III. 3.

1. Bestimmtheitsgebot (lex certa)

Dem Gesetzlichkeitsprinzip werden üblicherweise zwei Funktionen beigemessen: Zum einen soll sichergestellt werden, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über Voraussetzungen und Folgen der Strafbarkeit entscheidet (kompetenzwahrende Funktion), zum anderen soll jeder vorhersehen können, welches Verhalten vom Tatbestand der Strafvorschrift erfasst und damit mit Strafe bedroht ist (freiheitsgewährleistende Funktion).⁴⁴ Diese beiden Funktionen sind bei den verschiedenen Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips unterschiedlich akzentuiert. Beim Bestimmtheitsgrundsatz spielen die kompetenzwahrende und die freiheitsgewährleistende Funktion gleichermaßen eine Rolle: Durch die hinreichende Bestimmtheit der Strafbarkeitsvoraussetzungen soll gewährleistet werden, dass der Gesetzgeber selbst und nicht das rechtsanwendende Gericht oder die Verwaltung über die Reichweite der Strafbarkeit entscheidet, und zugleich eine Orientierungsgewissheit für den Bürger durch Voraussehbarkeit der Strafbarkeit geschaffen werden,⁴⁵ wobei letzterem Aspekt die größere Bedeutung zukommen dürfte.⁴⁶ Diese Orientierungsgewissheit erfordert, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber so konkret umschrieben werden, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.⁴⁷ Die Voraussehbarkeit des sanktionierbaren Verhaltens ist dabei nicht als individualpsychologischer Befund, sondern als generalisierende Erkenntnismöglichkeit zu verstehen.⁴⁸ Im Falle einer Blankettsanktionsvorschrift muss sowohl diese als auch das Ausfüllungsobjekt hinreichend bestimmt sein, darüber hinaus muss die Sanktionsvorschrift aber auch hinreichend deutlich beschreiben, welche Verhaltensnorm zur Vervollständigung des Blanketts in Bezug genommen wird, es muss also auch die Verknüpfung von Verweisungsnorm und Ausfüllungsobjekt hinreichend bestimmt sein.⁴⁹ Für das hier näher untersuchte Beispiel der § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG ist jedenfalls die Verweisungsklarheit zu bejahen, da diesen Regelungen eindeutig zu entnehmen ist, welche Vorschriften des unmittelbar geltenden Unionsrechts in Bezug genommen werden.

Wie steht es nun um die Fälle der Sprachfassungsdivergenzen bei Unionsnormen, die in einer nationalen Blankettsanktionsvorschrift referenziert werden und die hier anhand des Beispiels der Marktmanipulation dargestellt wurden? Von Teilen der Literatur wird dies als

44 *Kunig/Saliger* in v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 103 GG Rz. 30; *Radtke* in Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK/GG, 47. Edition 15.5.2021, Art. 103 GG Rz. 23.

45 *Dannecker/Schuh* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 179; s. auch *Hecker* in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 1 StGB Rz. 16; *Remmert* in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 103 Abs. 2 GG Rz. 87; *Schmitz* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 47; *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 2 GG Rz. 38.

46 *Satzger* in Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2019, § 1 StGB Rz. 19.

47 BVerfG v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15 – Rindfleischetikettierung, BVerfGE 143, 38, Rz. 38; BVerfG v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300, Rz. 88; BVerfG v. 22.6.1988 – 2 BvR 234/87, 1154/86, BVerfGE 78, 374, Rz. 25; BVerfG v. 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, Rz. 35.

48 *Dannecker/Schuh* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 179; s. auch *Pohlreich* in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 191. Aktualisierung Juni 2018, Art. 103 Abs. 2 GG Rz. 76; *Remmert* (Fn. 45), Art. 103 Abs. 2 GG Rz. 92.

49 *Dannecker/Schuh* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 151; *Enderle* (Fn. 35), S. 185.

„Bestimmtheitsproblem“ aufgefasst. So setzt *Langheld*, der sich bisher wohl am ausführlichsten mit diesem Problem auseinandergesetzt hat, am Bestimmtheitsgrundsatz an und schlägt vor, die Inhaltsbestimmung einer Norm von der Beurteilung ihrer Bestimmtheit abzukoppeln: Während der Inhalt einer Unionsrechtsnorm ex post nach den unionsrechtlichen Auslegungsregeln unter Berücksichtigung aller Sprachfassungen zu ermitteln sei, komme es für die Frage ihrer Bestimmtheit auf eine Beurteilung ex ante höchstens der Sprachfassungen an, die der betroffene Bürger wirklich versteht. Für die Anwendung auch im sanktionsrechtlichen Kontext sei deshalb entscheidend, ob der „wahre“ Norminhalt, wie er sich aus allen Sprachfassungen ergibt, auch unter Heranziehung einer konkreten Sprachfassung bei Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes abgeleitet werden kann.⁵⁰ Wenngleich diese Lösung als Ausgleich zwischen dem Geltungsanspruch des Unionsrechts und den Gewährleistungen des Gesetzlichkeitsprinzips auf den ersten Blick durchaus überzeugend scheint, vermag die Verortung der Problematik bei näherer Betrachtung der Funktionen des lex certa-Grundsatzes nicht zu überzeugen.

a) Objektivrechtliche Dimension

Wendet man sich zunächst der kompetenzwahrenden Funktion zu, so ist diese auch in Fällen der Sprachfassungsdivergenz jedenfalls dann nicht beeinträchtigt, wenn durch Auslegung der Inhalt der referenzierten Unionsnorm eindeutig bestimmt werden kann. Sofern nämlich unter Anwendung unionsrechtlicher Auslegungsgrundsätze die Auslegung der Unionsvorschrift im Lichte aller 24 Sprachfassungen trotz der zwischen verschiedenen Sprachfassungen bestehenden Divergenzen ein eindeutiges Ergebnis zu liefern vermag, so verbleibt für das rechtsanwendende Gericht kein Entscheidungsspielraum über die Voraussetzungen der Strafbarkeit und der Gesetzgeber hat eindeutig ermittelbar über diese befunden. Angesichts der Tatsache, dass im Rechtsraum der Europäischen Union 24 Sprachfassungen in ihrer Gesamtheit eine Unionsnorm ausdrücken, sind die Möglichkeiten einer Bestimmung des Norminhalts weit ausdifferenzierter als im nationalstaatlichen Kontext. Deshalb dürfte in den überwiegenden Fällen trotz Vorliegens einer Sprachfassungsdivergenz ein eindeutiges Auslegungsergebnis zu erzielen sein.⁵¹ Dies hat auch die hier angestellte Untersuchung des Marktmanipulationsverbots (Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a, lit. b MAR) gezeigt, denn für sie konnte trotz sprachlicher Divergenz ein eindeutiges Auslegungsergebnis unter Heranziehung weiterer Sprachfassungen gefunden werden, das wiederum für die Anwendung der nationalen Sanktionsvorschrift maßgeblich ist.

b) Subjektivrechtliche Dimension

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch vor dem Hintergrund der subjektivrechtlichen Dimension im Falle einer Sprachfassungsdivergenz noch ein hinreichend bestimmter

50 *Langheld* (Fn. 6), S. 157, ausführliche Begründung S. 161 ff.; so auch *Cornelius* (Fn. 27), S. 390; *Schübel-Pfister* (Fn. 32), S. 358.

51 In diese Richtung auch EuGH v. 17.10.1996 – C-64/95 – *Lubella*, ECLI:EU:C:1996:388, Slg 1996, 5105; dass die mehrsprachige Verbindlichkeit einer Norm die Bestimmung des „wahren“ Norminhalts sogar erleichtern kann, hat bereits zu Beginn des europäischen Integrationsprozesses *Daig*, AöR 1958, 132, 157 zutreffend festgestellt; für das (dreisprachige) schweizerische Recht *Schnyder*, LeGes 2001/3, 33, 44 f.

Sanktionstatbestand gegeben ist. Auf den ersten Blick scheint fraglich, ob die dem Normadressaten verständliche Sprachfassung, die die Norm unzutreffend wiedergibt, die von Art. 103 Abs. 2 GG geforderte Orientierungsgewissheit vermitteln kann, da es ihm dann nicht möglich ist, vom „wahren“ Norminhalt Kenntnis zu nehmen und sein eigenes Verhalten an der Norm auszurichten. Das, was der rechtsunterworfenen Bürger nicht versteht, kann er auch nicht zur Grundlage eigenen Handelns machen. Dies dürfte der Grund sein, warum das Problem der Sprachfassungsdivergenz regelmäßig auch als ein solches des Bestimmtheitsgebots angesehen wird. Diese Verortung der mit einer Sprachfassungsdivergenz für den Normadressaten aufgrund seiner begrenzten Sprachfähigkeit bestehenden Probleme gründet nach Ansicht der Verfasser jedoch auf einer unzutreffenden Fokussierung auf die Sprachfassungen, die der jeweilige Bürger zu verstehen in der Lage ist. Eine isolierte Betrachtung einer oder einiger Sprachfassungen widerspricht aber einerseits der gebotenen einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts⁵² und stellt andererseits einen Abweg vom überkommenen Verständnis der freiheitsgewährleistenden Funktion des Bestimmtheitsgebots dar. Wie auch im rein innerstaatlichen Kontext erfordert das Bestimmtheitsgebot im unionisierten Strafrecht, dass die Norm dem Normadressaten Orientierung für sein Verhalten bietet. Es kommt gerade nicht darauf an, dass bestimmte Sprachfassungen diese Orientierungsgewissheit leisten. Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet in seiner *lex certa*-Ausprägung nicht eine Sprachfassungsbestimmtheit, sondern eine Normbestimmtheit. Die Verhaltensnorm, die mittels Referenzierung zum Bestandteil der Sanktionsnorm wird, soll eindeutig darüber Auskunft geben, was verboten bzw. geboten ist, so dass dann auch auf Ebene der sie referenzierenden Sanktionsnorm darüber Klarheit besteht, was strafbar und was straflos ist.⁵³

Zudem verträgt sich die auf individuelle Sprachfähigkeiten abstellende Betrachtung auch deshalb nicht mit dem anerkannten Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG, da im frei von unionalen Einflüssen nationalen Recht bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit nicht die individuelle, sondern eine generalisierende Erkenntnismöglichkeit entscheidend ist.⁵⁴ Für die mit Unionsrecht durchgesetzten nationalen Sanktionsvorschriften bedeutet dieses verobjektivierte Verständnis der subjektivrechtlichen Gewährleistung, dass es für die Bestimmtheitsfrage nicht auf einen konkreten mit bestimmten Sprachfähigkeiten ausgestatteten Normadressaten ankommen kann, sondern auf einen „verständigen Unionsbürger“, der als fiktiver Normadressat in 24 Sprachen angesprochen wird. Wegen der unionalen Provenienz des Ausfüllungsobjekts bildet den für die Bestimmtheitsfrage maßgeblichen objektiven Maßstab ein alle 24 Amtssprachen beherrschender Unionsbürger.

Auch im Hinblick auf die freiheitsgewährleistende Funktion des Bestimmtheitsgebots gilt mithin, dass dieses trotz Vorliegens einer Sprachfassungsdivergenz nicht beeinträchtigt ist,

52 Der unionsweit einheitlichen Bestimmung des Norminhalts auf Grundlage aller Sprachfassungen zustimmend *Cornelius* (Fn. 27), S. 390; für eine Vereinbarkeit der Ableitung des Norminhalts aus einer Gesamtchau der verbindlichen Sprachfassungen mit dem Rechtsstaatsprinzip auch *Schübel-Pfister* (Fn. 32), S. 358.

53 Im Rahmen des Bestimmtheitsgebots dagegen nur die deutschsprachige Fassung als maßgeblich erachtend *Schmitz* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 68; *Pohlreich* (Fn. 48), Art. 103 Abs. 2 GG Rz. 89.

54 Vgl. *Dannecker/Schuhr* (Fn. 35), § 1 StGB Rz. 179; dagegen wohl auf einen individuellen Maßstab abstellend z.B. *Satzger/Langheld*, HRRS 2011, 460, 464.

solange nach unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen unter Heranziehung aller 24 Sprachfassungen die Norm formuliert werden kann, welche die Voraussetzungen der Sanktionierung so genau umschreibt, dass sich der Anwendungsbereich der Sanktionsnorm unmittelbar aus der mit der Unionsnorm zusammengelesenen Blankettsanktionsvorschrift ermitteln lässt.⁵⁵

c) Sprachfassungsdivergenz nur in Ausnahmefällen Bestimmtheitsproblem

Somit können Sprachfassungsdivergenzen nur dann ein Bestimmtheitsproblem darstellen, wenn auch bei Zugrundelegung aller 24 Sprachfassungen nach unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen ein eindeutiges Auslegungsergebnis über den Inhalt der Unionsnorm nicht erzielbar und somit nicht bestimmbar ist, ob ein bestimmtes Verhalten von der Gebzw. Verbotsnorm erfasst ist. Damit sind auch jene besonders häufig diskutierten Fälle, in denen der Normadressat divergierende Sprachfassungen versteht und bei ihm deshalb Zweifel über den Inhalt der Norm bestehen, keine Fälle mangelnder Bestimmtheit, sofern der Norminhalt unter Berücksichtigung aller Sprachfassungen durch Auslegung eindeutig ermittelt werden kann.⁵⁶ Sprachfassungsdivergenzen lösen somit nur in Einzelfällen die „starre“ Rechtsfolge der Nichtigkeit der Sanktionsvorschrift aus,⁵⁷ denn eine etwaige Unvereinbarkeit mit dem Analogieverbot und dem Schriftlichkeitsgebot, wie sie im Folgenden untersucht wird, führt lediglich zur Unanwendbarkeit der Sanktionsvorschrift im Einzelfall.

Für das Beispiel der die Marktmanipulation sanktionierenden Vorschriften der § 119 Abs. 1, § 120 Abs. 1 Nr. 2 WpHG bedeutet dies, dass die festgestellte Divergenz zwischen dem Inhalt des Marktmanipulationsverbots und einigen Sprachfassungen – wie der deutschen – sich nicht auf die Bestimmtheit der Sanktionsnorm auswirkt, da die Auslegung sowohl für Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR als auch für Art. 15, Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR im Hinblick auf die Erfassung des Unterlassens ein eindeutiges Ergebnis geliefert hat. Die Ermittlung des von der in der nationalen Sanktionsvorschrift referenzierten unionsrechtlichen Verhaltensnorm erfassten verbotenen Verhaltens war nach unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen im Lichte aller 24 Sprachfassungen ohne Zweifel möglich, so dass ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot zu verneinen ist.

55 Mit der hier vertretenen Auffassung ist die Ansicht unvereinbar, die im Falle unionsrechtsakzessorischer Blankettsanktionsvorschriften wegen der Mehrsprachigkeit einen „systemimmanenten Bestimmtheitsmangel“ annimmt, vgl. *Satzger/Langheld*, HRRS 2011, 460, 464; zustimmend *Afroshah*, ZEuS 2017, 94, 103 f.; ähnlich *Langheld* (Fn. 6), S. 32 ff., nach dessen Konzeption das Unionsrecht unter einem „abstrakt-generellen Bestimmtheitsdefizit“ leide, das bereits aus der gleichrangigen Geltung aller Sprachfassungen folge (S. 35 f.). Aus diesem abstrakt-generellen Bestimmtheitsdefizit könne ein konkret-individuelles Bestimmtheitsdefizit werden, wenn eine Unionsrechtsnorm nicht in allen Sprachfassungen dasselbe aussagt und sich die Bedeutungsunsicherheit für den Rechtsunterworfenen erst aufgrund seiner persönlichen Sprachkenntnisse ergibt (S. 37 ff.).

56 A.A. *Langheld* (Fn. 6), S. 215 ff.

57 Wegen der vor dem Hintergrund des Unionsrechts problematischen Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz befürwortet *Langheld* (Fn. 6), S. 218 ff. eine Beschränkung der Verfassungswidrigkeit auf die Fälle, in denen die deutsche Sprachfassung die Unionsnorm unzutreffend abbildet.

Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Universität Trier

Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre

Die Figur der hypothetischen Einwilligung ist eine Sonderschöpfung der Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht. Die Tat sei trotz fehlender Einwilligung nicht rechtswidrig, wenn der Patient auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in die ärztliche Heilbehandlung eingewilligt hätte. Mit Hilfe dieser Sonderfigur sollen vor allem Strafbarkeitsrisiken für Medizinerinnen und Mediziner reduziert werden. Um diesem grundsätzlich zustimmungswürdigen Anliegen Rechnung zu tragen, bedarf es aber keiner Sonderdogmatik für das Arztstrafrecht. Die dogmatisch überzeugende Lösung liegt im Bereich der Lehre vom Willensmangel. Steht fest, dass ein Aufklärungsmangel (oder anderer Willensmangel) keinen Einfluss auf die Entscheidung des Einwilligenden hätte haben können, darf eine erteilte Einwilligung nicht als unwirksam angesehen werden. Alles andere bedeutete eine Desavouierung einer autonomen Entscheidung des Rechtsgutsträgers. Dieser Gedanke gilt nicht nur für die Einwilligung im Arztstrafrecht, sondern universal für jede Form der autonomen Disposition über strafrechtlich geschützte Rechtsgüter.

I. Einleitung

Die Figur der hypothetischen Einwilligung erlebte vor gut dreißig Jahren ihren Durchbruch auch im Strafrecht.¹ Der BGH hat diese Figur seither in zahlreichen Entscheidungen anerkannt. Kurzum: Auch der lege artis ausgeführte ärztliche Heileingriff wird von der herrschenden Meinung und insbesondere von der Rechtsprechung als tatbestandliche Körperverletzung gewertet.² Eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes scheidet jedoch aus, wenn der Eingriff in das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit von einer Einwilligung gedeckt ist. Eine solche Einwilligung des Patienten soll aber nur dann wirksam sein, wenn der Patient – salopp gesprochen – im Großen und Ganzen über die „Risiken und Nebenwirkungen“ des medizinischen Eingriffs aufgeklärt worden ist. Das Strafrecht orientiert sich dabei (akzessorisch) an den im Zivilrecht entwickelten Aufklärungsgrundsätzen, welche im Jahre 2013 Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 630a ff. BGB) gefunden haben. Ist die Einwilligung indes aufgrund eines Aufklärungsmangels unwirksam, soll die Figur der hypothetischen Einwilligung als Vehikel dienen, um die Strafbarkeit des Behandelnden

1 BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 (O-Beine).

2 Ständige Rechtsprechung seit RG v. 31.5.1894 – 1406/94, RGSt 25, 375, 378; BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111; BGH v. 1.2.1961 – 2 StR 457/60, BGHSt 16, 309; BGH v. 25.3.1988 – 2 StR 93/88, BGHSt 35, 246, 249; BGH v. 19.11.1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306, 308; BGH v. 4.10.1999 – 5 StR 712/98, BGHSt 45, 219, 221.

dennoch auszuschließen: Eine Strafbarkeit scheidet auch dann aus, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte (oder sich dies – in dubio pro reo – nicht ausschließen lässt).

Zumindest a priori wird man diesem Gedanken nicht jegliche Berechtigung absprechen können. Die Rechtsprechung hat bisher aber kein Bedürfnis dafür gesehen, die Figur der hypothetischen Einwilligung dogmatisch zu unterlegen. Einige Autoren springen der Rechtsprechung hier zu Seite, indem sie die Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Rechtswidrigkeitsebene zu übertragen versuchen. Die meisten Autoren im Strafrecht stehen diesem Konstrukt und der Figur der hypothetischen Einwilligung jedoch kritisch gegenüber.

Meines Erachtens leidet die Debatte um den hypothetischen Willen des Einwilligenden in erster Linie an einer Überdogmatisierung. Diese versperrt den Blick auf die wirklich essentielle Frage: Warum wird in der Konstellation der hypothetischen Einwilligung von den meisten Autorinnen und Autoren vorschnell behauptet, die erteilte Einwilligung sei aufgrund des Willensmangels unwirksam? Im Folgenden möchte ich darlegen, wann – trotz eines Aufklärungsmangels – weiterhin von der Wirksamkeit der Einwilligung auszugehen ist. Diese Überlegungen beanspruchen nicht nur Geltung im Umgang mit ärztlichen Heileingriffen – sie gelten strafrechtsuniversal.

II. Die Ursprünge der hypothetischen Einwilligung im Arzthaftungsrecht

Ihre Ursprünge findet diese Figur im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht. Bereits 1907 hat das Reichsgericht den folgenden Gedanken bemüht, um den behandelnden Arzt von einer Schadensersatzpflicht freizustellen: Hätte der Patient seine Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff erteilt, „falls er darum angegangen worden wäre“, fehle der ursächliche Zusammenhang zwischen schuldhaftem Verhalten des Arztes und dem eingetretenen Schaden.³ Diesen Gedanken bauten das Reichsgericht⁴ und später die Zivilsenate am BGH⁵ in zahlreichen Entscheidungen weiter aus. Im Laufe der Zeit kristallisierte sich hieraus die Figur der hypothetischen Einwilligung als Haftungskorrektiv im Bereich des Arzthaftungsrechts heraus. Die Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Heileingriff ist zwar unwirksam, wenn der Patient nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist. Eine solche Aufklärung setzt in der Regel voraus, dass der zu Behandelnde über Krankheitsbefund, Heilungsverlauf, Behandlungsalternativen und vor allem über die Chancen und Risiken des Eingriffs in Kenntnis gesetzt wird. Erst eine solche umfassende Aufklärung versetzt den Patienten in die Lage,

3 RG v. 21.6.1907 – III 465/06, JW 1907, 505, 507.

4 RG v. 19.5.1931 – III 202/30, JW 1932, 3328, 3339 f.; RG v. 1.3.1912 – III 231/11, RGZ 78, 432; RG v. 8.3.1940 – III 117/39, RGZ 163, 129 ff.

5 BGH: vgl. nur BGH v. 27.4.1965 – V ZR 245/62, NJW 1965, 2005, 2007; BGH v. 10.11.1970 – VI ZR 83/68, NJW 1971, 241, 242; BGH v. 25.11.1975 – VI ZR 122/73, NJW 1976, 365; BGH v. 24.6.1980 – VI ZR 7/79, NJW 1980, 2751, 2753; BGH v. 28.2.1984 – VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807, 1809; BGH v. 1.10.1985 – VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541; BGH v. 11.12.1990 – VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543; BGH v. 7.4.1992 – VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH v. 9.11.1993 – VI ZR 248/92, NJW 1994, 799, 801; BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH v. 17.3.1998 – VI ZR 74/97, NJW 1998, 2734; BGH v. 1.2.2005 – VI ZR 174/03, NJW 2005, 1364; BGH v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, NJW 2007, 2771.

selbstbestimmt und dann eben auch wirksam über seine körperliche Unversehrtheit zu disponieren.⁶ Jedoch kann sich der Patient nicht von den Kosten für die Folgen des ärztlichen Heileingriffs zu Lasten des Behandelnden freihalten, wenn dieser den Beweis⁷ erbringen kann, dass der Patient auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Die zivilrechtliche Entwicklung wird gemeinhin als berechtigte Reaktion auf die beweisrechtliche Fehlentwicklung im Arzthaftungsrecht angesehen: Immer häufiger wurde in Schadensersatzprozessen gegenüber den Leistungserbringern versucht, auf (vermeintliche) Aufklärungsfehler zu rekurrieren, weil sich ein (echter) Behandlungsfehler nicht nachweisen ließ oder dessen Beweis von Anfang an als zu mühsam empfunden wurde.

Mit dem Inkrafttreten des sog. Patientenrechtegesetzes im Jahre 2013⁸ hat der Gesetzgeber mit der Kodifizierung des Behandlungsvertrages in den §§ 630a ff. BGB nicht nur die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Information und Aufklärung (§ 630c Abs. 2; § 630d, § 630e BGB) in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen, sondern eben auch der Figur der hypothetischen Einwilligung ihre endgültige Absolution (im Zivilrecht) erteilt. § 630h Abs. 2 S. 2 BGB lautet seither: „Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte“.

Der Gesetzgeber wollte dadurch die schon zuvor geltende und maßgeblich durch die Rechtsprechung geprägte Rechtslage gesetzlich verankern⁹ – eine inhaltliche Modifikation war nicht bezweckt.¹⁰

III. Übernahme der Figur in das Strafrecht

Nicht aber erst seit der Kodifizierung der hypothetischen Einwilligung in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB findet dieses Dogma auch im Strafrecht Anerkennung.¹¹ Vereinzelt Adaptionstendenzen gab es in der Rechtsprechung bereits Anfang der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts.¹² Spätestens mit Beginn der 90er Jahre erlebte die Figur ihren endgültigen Durchbruch im Strafrecht.¹³

6 Strafrechtliche Perspektive: RG v. 31.5.1894 – 1406/94, RGSt 25, 375, 381 ff.; BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111, 112; BGH v. 1.2.1961 – 2 StR 457/60, BGHSt 16, 309 f.; BGH v. 4.10.1999 – 5 StR 712/98, BGHSt 45, 219, 221; BGH v. 29.6.1995 – 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34, 35; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1, 11. Aufl. 2019, § 8 Rz. 25 f.; *Eser/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, 30. Aufl. 2019, § 223 StGB Rz. 40 m.w.N.

7 Im Laufe der Zeit hat sich hier ein abgestuftes Darlegungs- und Beweismodell etabliert: vgl. nur BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415 f.; *Schellenberg*, *VersR* 2008, 1298, 1299 f.

8 Vgl. *Hart*, *MedR* 2013, 159 ff.; *Katzenmeier*, *NJW* 2013, 817 ff.; *Montgomery/Brauer/Hübner/Seebohm*, *MedR* 2013, 149 ff.; Überblick über die Entwicklung aus strafrechtlicher Sicht: *Valerius*, *medstra* 2021, 2 ff.

9 BT-Drucks. 17/10488, 9.

10 BT-Drucks. 17/10488, 56; vgl. auch *Katzenmeier*, *NJW* 2013, 817, 821.

11 Auch in der strafrechtlichen Literatur hat man sich schon frühzeitig mit dem Grundgedanken der hypothetischen Einwilligung befasst: vgl. *Engisch/Hallermann*, *Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht*, 1970, S. 32; *Geilen*, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, 1963, S. 106 f.

12 BGH v. 28.10.1960 – 4 StR 375/60, BGHSt 15, 200 ff.; BGH v. 28.6.1963 – 4 StR 202/63, *JZ* 1964, 232, 233.

13 BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 (O-Beine); BGH v. 29.6.1995 – 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34 (Surgibone-Dübel-Fall); BGH v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, NStZ-RR 2004, 16 (Bandscheiben-Fall); BGH v. 20.1.2004 –

Laut dem 5. Strafsenat musste es im sog. O-Beine-Fall bei einem Freispruch verbleiben, „weil die Strafkammer mit fehlerfreier Begründung die Auffassung vertreten hat, daß diese Pflichtwidrigkeit [Aufklärungsmangel] für die Körperverletzung nicht ursächlich gewesen sei“.¹⁴ Der Patient hätte in die Operationen „auch dann eingewilligt [...], wenn er über alle damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden wäre“.¹⁵

In der Surgibone-Dübel-Fall-Entscheidung wurde der 4. Strafsenat noch deutlicher: „Aufklärungsmängel können – was die Strafkammer nicht verkannt hat – eine Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung nur begründen, wenn der Patient bei einer den Anforderungen genügenden Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte [...]. Dies ist dem Arzt – anders als im Zivilrecht – nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist davon auszugehen, daß die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erteilt worden wäre“.¹⁶

Im Falle unzureichender Aufklärung sei die Einwilligung zwar unwirksam; aber, so der 1. Strafsenat in der sog. Bandscheiben-Fall-Entscheidung, „die Rechtswidrigkeit [des Eingriffs] entfällt [...], wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Der nachgewiesene Aufklärungsmangel kann nur dann zur Strafbarkeit wegen Körperverletzung [...] führen, wenn bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre [...]. Dies ist dem Arzt nachzuweisen.“¹⁷

In der Praxis hat sich dieses Dogma inzwischen fest etabliert.¹⁸ Der BGH hat den Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung jedoch bisher ausschließlich auf den ärztlichen Heileingriff beschränkt.¹⁹ Aber auch in diesem Bereich könne der Gedanke nur dann zur strafrechtlichen Entlastung des Behandelnden führen, so hat es der 4. Strafsenat im Liposuktions-Fall unmissverständlich klargestellt, wenn der ärztliche Heileingriff den Regeln ärztlicher Kunst (*lege artis*) entspricht.²⁰ Nicht kunstgerechte ärztliche Eingriffe fallen aus dem Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung heraus.

IV. Das Meinungsbild in der Strafrechtswissenschaft

In der Literatur ist das Meinungsbild zur Adaption der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht ambivalent. Teilweise wird die Übernahme der Figur der hypothetischen Einwilligung aus dem Zivilrecht in das Strafrecht spätestens mit dem Inkrafttreten des § 630h Abs. 2 S. 2 BGB als zwingend angesehen. Andernfalls drohten Wertungswidersprüche: Sei

1 StR 319/03, JR 2004, 469 (Bohrerspitze-Fall); BGH v. 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, 189 (Liposuktions-Fall); BGH v. 23.10.2007 – 1 StR 238/07, StV 2008, 464 (Turboentzug); BGH v. 11.10.2011 – 1 StR 134/11, NStZ 2012, 205 (Gastroskopie-Fall).

14 BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

15 BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

16 BGH v. 29.6.1995 – 4 StR 760/94, NStZ 1996, 34 (Surgibone-Dübel-Fall).

17 BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03, NStZ 2004, 442; vgl. auch BGH v. 11.10.2011 – 1 StR 134/11, NStZ 2012, 205, 206.

18 Saliger in FS Beulke, 2015, S. 257.

19 Für die Übertragung auf die Untreue (hypothetisches Einverständnis): OLG Hamm v. 21.8.2012 – III 4 RVs 42/12, NStZ-RR 2012, 374.

20 BGH v. 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, 189; Bosch, JA 2008, 70, 72; vgl. auch BGH v. 23.10.2007 – 1 StR 238/07, StV 2008, 464.

die zivilrechtliche Haftung des Arztes durch die Figur der hypothetischen Einwilligung ausgeschlossen, dürfe dasselbe Geschehen nicht als strafbar bewertet werden.²¹ Dies widerspreche andernfalls dem ultima-ratio-Prinzip.²² Außerdem drohe eine zivilrechtliche Haftung durch die Hintertür, wenn das Geschehen als strafbar angesehen würde. Da § 630h Abs. 2 S. 2 BGB als Sonderregelung für den Behandlungsvertrag geschaffen worden sei, drohe über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB eine Unterminierung der Entscheidung des Gesetzgebers.²³

Diese Argumente sind aber nur auf den ersten Blick überzeugend. Bei näherem Hinsehen zwingt weder die Anerkennung der Figur der hypothetischen Einwilligung durch die Zivilgerichte noch die (rudimentäre) Kodifizierung dieser Figur in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB zu einer „Homogenisierung“.²⁴ Bei § 630h Abs. 2 S. 2 BGB handelt es sich offenkundig nur um eine Beweislastregelung.²⁵ Die Existenz der Figur der hypothetischen Einwilligung wird in dieser Vorschrift vorausgesetzt – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Es ist daher nicht zu bestreiten, dass die zivilrechtliche Rechtsprechung mit der Einfügung des § 630h Abs. 2 S. 2 BGB Bestätigung erfahren hat. Was besagt aber diese Rechtsprechung? Nach der wohl herrschenden Deutungsweise besagt sie nicht mehr, als dass der Behandelnde in der Konstellation der hypothetischen Einwilligung nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil es an der „Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit“²⁶ für den Schaden fehlt. Daher schuldet der Behandelnde dem Patienten auch keinen Schadensersatz, weil derselbe Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.²⁷ Da die Pflichtwidrigkeitsbetrachtung Bestandteil der (weiten) Kausalitätsprüfung ist, fehlt es mithin nur an der (haftungsausfüllenden) Kausalität zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden. Der Patient, der nicht wirksam in den Eingriff eingewilligt hat, darf nicht besser stehen, als er im Falle pflichtgemäßen Verhaltens gestanden hätte. Den materiellen Schaden hätte er aber ohnehin erlitten. Hierin liegt der Grund, warum der Behandelnde keinen Schadensersatz schuldet. Dies alles ändert aber nichts daran, dass der Behandelnde seine Pflichten verletzt und damit (zivil-)rechtswidrig gehandelt hat. Die Negation der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem materiellen Schaden nivelliert keineswegs die Pflichtverletzung. Mit Blick hierauf droht aber auch kein Wertungswiderspruch zwischen dem Zivilrecht und dem

21 Rosenau in FS Maiwald, 2010, S. 693, 695; Beulke, medstra 2015, 67, 69; Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 137.

22 Böcker, JZ 2005, 925, 932; Beulke, medstra 2015, 67, 69.

23 Böcker, JZ 2005, 925, 928; Schlehofer in FS Merkel, 2020, S. 745, 747 f.

24 Roxin, medstra 2017, 129, 133; Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 15. Kapitel, Rz. 36; Zabel, GA 2015, 219, 222 f.; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 32 ff.; Conrad/Korany, JuS 2013, 979 ff.

25 Gaede (Fn. 24), S. 32 ff.; Sternberg-Lieben, MedR 2019, 185, 188; Sternberg-Lieben in FS Beulke, 2015, S. 299, 311 ff.

26 Zur dogmatischen Einordnung in der Zivilrechtswissenschaft: Albrecht, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2010, S. 81 ff.

27 BGH v. 14.2.1989 – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534; BGH v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, VersR 2009, 257, 259; OLG Oldenburg v. 4.7.2007 – 5 U 106/06, VersR 2008, 124, 125; Flume in Bamberger/Roth, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 249 BGB Rz. 94, 95; Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl. 2019, Rz. 72; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rz. C 121, 137.

Strafrecht und auch kein Schaden für die Einheit der Rechtsordnung.²⁸ Der ultima-ratio-Gedanke steht der Annahme einer Strafrechtswidrigkeit nicht im Wege, wenn es aus der Warte des Zivilrechts nur an der haftungsausfüllenden Kausalität fehlt. Es gibt keinen Grundsatz, der besagt, dass das Strafrecht nicht eingreifen darf, wenn es im Zivilrecht nur an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden mangelt. Es droht auch kein Unterlaufen der gesetzgeberischen Entscheidung (§ 630h Abs. 2 S. 2 BGB) über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB, wenn sich das Strafrecht nicht dem Dogma der hypothetischen Einwilligung fügen würde. Mit der Einfügung des § 630h Abs. 2 S. 2 BGB hat der Gesetzgeber nichts an der dogmatischen Konstruktion der hypothetischen Einwilligung ändern wollen. Die Überlegungen zur Kausalität (im weiten Sinne) zwischen der Pflichtverletzung und dem materiellen Schaden lassen sich in gleicher Weise auf die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen übertragen. Das Strafrecht ist mithin nicht, auch nicht durch die Einfügung des § 630h Abs. 2 S. 2 BGB, in Zugzwang geraten.

Nichtsdestotrotz findet das von der Rechtsprechung verfolgte Anliegen auch in der Strafrechtswissenschaft große Zustimmung: Aufgrund ausufernder Aufklärungspflichten bestehe für Ärzte ein überhöhtes Strafbarkeitsrisiko. Es sei notwendig, dieses auf ein vernünftiges Maß zu reduzieren.²⁹ Dem Anliegen der Rechtsprechung wird eine hohe kriminalpolitische Berechtigung zugesprochen.³⁰ Dennoch stehen die meisten Autoren dem dogmatischen Lösungsweg der Rechtsprechung ablehnend bzw. kritisch gegenüber.³¹ Strafrechtsdogmatisch wird gerade in der neuerlichen Literatur die überzeugendere Lösung in einer Begrenzung der strafrechtsrelevanten Aufklärungspflichten gesehen. So fordert *Detlev Sternberg-Lieben*, ebenso wie andere, eine Durchbrechung der Akzessorietät des Strafrechts vom Zivilrecht hinsichtlich der einwilligungsrelevanten Aufklärungsmängel. Nur schwerwiegende Aufklärungsmängel sollten die Unwirksamkeit der strafrechtlichen Einwilligung zur Folge haben. Es gibt eine Vielzahl an Vorschlägen, wie zwischen den strafrechtsrelevanten und den -irrelevanten Aufklärungsmängeln unterschieden werden könnte.³²

28 Vgl. auch *Roxin*, medstra 2017, 129, 133.

29 *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 15. Kapitel, Rz. 36; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 1.

30 *Frister* (Fn. 29), 15. Kapitel, Rz. 35.

31 *Bosch*, JA 2008, 70; *Conrad/Koranyi*, JuS 2013, 979; *Duttge* in FS Schroeder, 2006, S. 179; *Edblauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 478; *Eisele*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. 2012, Rz. 312 ff.; *Eisele*, JA 2005, 252; *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 223 StGB Rz. 40g; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, 15. Kapitel, Rz. 34; *Gaede* (Fn. 24), S. 45; *Hauck* in Leipold/Tsam-bikakis/Zöller, 2. Aufl. 2015, Vorbem. § 32 StGB Rz. 19; *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2021, Rz. 586; *Heinrich*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rz. 478c; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 38; *Jäger*, JA 2012, 70; *Jäger* in FS Jung, 2007, S. 345; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl. 2012, Rz. 682; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264; *Paeffgen* in FS Rudolphi, 2004, S. 187; *Puppe*, GA 2003, 764; *Puppe*, JR 2004, 469, 470; *Sickor*, JR 2008, 179; *Sowada*, NSTZ 2012, 1; *Otto*, Jura 2004, 679; *Paeffgen* in FS Rudolphi, 2004, S. 187, 208; *Lenckner/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. § 32 StGB Rz. 54, und *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder (Fn. 6), § 223 StGB Rz. 40a; *Paeffgen* in NK-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vorbem. § 32 StGB Rz. 168a; *Böcker*, JZ 2005, 925; *Eisele*, JA 2005, 252; *Gropp* in FS Schroeder, 2006, S. 197, 206; *Jäger* in FS Jung, 2001, S. 345, 359 f.

32 *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 267, 270; *Sowada*, NSTZ 2012, 1, 10; *Krüger* in FS Beulke, 2015, S. 137, 147 f.; *Saliger* in FS Beulke, 2015, S. 257, 269 f.; *Gaede* (Fn. 24), S. 63 ff.

Die Figur der hypothetischen Einwilligung hat in der Strafrechtswissenschaft aber auch Zuspruch gefunden. Am prominentesten ist wohl der von *Lothar Kuhlen* entwickelte Ansatz.³³ *Kuhlen* greift dafür die Überlegungen des BGH auf und versucht, diese dogmatisch zu unterlegen,³⁴ indem er die Topoi aus der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Rechtfertigungsebene überträgt. *Kuhlen* fordert auch auf der Rechtswidrigkeitsebene einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang, ähnlich dem, wie er innerhalb der Tatbestandslehre anerkannt wird.³⁵ Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit müsse dieser Zusammenhang zwischen dem Rechtfertigungsmangel (also der fehlenden Aufklärung) und dem Erfolg bestehen. Letztlich soll auch hier die Frage aufgeworfen werden, inwieweit die Einhaltung der Vorgaben des Rechtfertigungsgrundes den Eintritt des Erfolges verhindert oder zumindest vermindert hätte. Wenn der Patient aber auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten, also bei ordnungsgemäßer Aufklärung, in den Heileingriff eingewilligt hätte (oder sich dies nicht ausschließen lässt – in dubio pro reo), fehle es genau an dem Zusammenhang zwischen dem normwidrigen Verhalten (unzureichende Aufklärung) und dem Unrechtserfolg – und somit am objektiven Unrecht der Tat. Es stehe nämlich fest, „dass die Normbefolgung keinen Beitrag zum Rechtsgüterschutz geleistet hätte.“³⁶ Auch bei pflichtgemäßem Verhalten wäre die körperliche Integrität des Patienten nicht weniger beeinträchtigt worden.³⁷ *Kuhlen* begreift die hypothetische Einwilligung damit nicht als eigenständigen Rechtfertigungsgrund; die Rechtswidrigkeit entfalle,³⁸ da dem Behandelnden das (endgültige) Erfolgsunrecht nicht zugerechnet werden könne. *Kuhlen* will den Handelnden aber wegen einer versuchten Tat bestrafen. Das Handlungsunrecht werde von den Pflichtwidrigkeitsüberlegungen nicht berührt.

*Kuhlen*s Ansatz kann von seiner Begründung her nicht auf den Umgang mit ärztlichen Heileingriffen beschränkt bleiben; daher wendet er ihn konsequenterweise auch auf sämtliche Straftaten und auf alle anderen Rechtfertigungsgründe an.³⁹ Der Gedanke der objektiven Zurechnung gelte universal, so dass eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung – trotz Unwirksamkeit der Einwilligung – auch dann ausscheide, wenn der präsumtive Täter den Eigentümer über den Wert der beschädigten Sache getäuscht habe, gleichzeitig aber feststehe, dass der Eigentümer seine Einwilligung auch in Kenntnis des wahren Wertes der Sache erteilt hätte.⁴⁰

33 Ähnliche oder zumindest vergleichbare Pflichtwidrigkeitsansätze werden auch von *Wolfgang Mitsch*, von *Rönnau*, *Ulrich Schroth*, von *Mathis Dreher* und von anderen vertreten: *Mitsch*, JZ 2005, 279 ff.; *Rönnau* in LK/StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vorbem. § 32 StGB Rz. 231; *Rönnau*, JZ 2004, 801, 802; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 52 ff.; Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 132.

34 Insbesondere *Kuhlen* in FS Roxin, 2001, S. 331, 337; *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, 2001, S. 431 f., 436; *Kuhlen*, JR 2004, 227 ff.; *Kuhlen*, JZ 2005, 713 ff.; vgl. auch *Dreher* (Fn. 33), S. 39 ff.

35 *Hübner*, die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004; *Schünemann*, GA 1999, 207 ff.

36 *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 433; *Kuhlen* in FS Roxin, 2001, S. 331.

37 *Kuhlen* in FS Roxin, 2001, S. 331, 347.

38 *Kuhlen*, JR 2004, 227.

39 *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 444; *Kuhlen* in FS Roxin, 2001, S. 331, 347.

40 *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 444; Beispiel zur Anwendung des Pflichtwidrigkeitsgedankens auf die Notwehr vgl. *Kuhlen* in FS Roxin, 2001, S. 331, 347.

Die überwiegende Meinung in der Literatur lehnt diese Ansätze jedoch ab.⁴¹ Die Gründe hierfür sind unterschiedlich: Zum Teil wird bereits eine Umgehung bzw. eine Aushöhlung der mutmaßlichen Einwilligung befürchtet,⁴² sollte der Gedanke zur Pflichtwidrigkeit Akzeptanz finden. Es sei darüber hinaus nicht möglich, den hypothetischen Willen des Patienten nachträglich zu konstruieren. Bei nicht determinierbaren Entscheidungen, und um eine solche handle es sich hier, sei es sinnlos, im Nachgang zu fragen, wie sich jemand entschieden hätte.⁴³ Die Figur des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs lasse sich schließlich nicht auf die Rechtswidrigkeitsebene übertragen, da die Beziehungen hier – anders als die auf der Ebene des Tatbestandes – eben nicht kausaler Natur seien. Auf der normativen Wertungsebene der Rechtswidrigkeit funktioniere der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens daher nicht in gleicher Weise. *Horst Schlehofer* hat wiederholt darauf hingewiesen, dass das Hinzudenken des rechtmäßigen Alternativverhaltens eben doch die Rechtsgutsverletzung beseitigt.⁴⁴ Ersetzt man die Pflichtwidrigkeit (auf der Rechtswidrigkeitsebene)⁴⁵ durch das rechtmäßige Alternativverhalten, indem man eine ordnungsgemäße Aufklärung hinzudenkt, so wäre der *strafrechtlich missbilligte* Erfolg dennoch ausgeblieben. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung wäre die Einwilligung wirksam, der tatbestandliche Erfolg wäre damit von dieser gedeckt, so dass der Erfolg kein Unrecht darstellte. Der Erfolg wäre zwar eingetreten, aber er wäre eben strafrechtlich *gebilligt*.⁴⁶

V. Überdogmatisierung der Debatte über die hypothetische Einwilligung

Sowohl die Gegner als auch die Befürworter der Figur von der hypothetischen Einwilligung können für ihre Position – mehr oder weniger – gute Argumente ins Feld führen. Zumindest auf den ersten Blick bestechend ist der Gedanke, die inzwischen tradierte Lehre von der objektiven Zurechnung zur Lösung der Problematik auf der Rechtswidrigkeitsebene fruchtbar machen zu wollen. Ohne hier endgültig Position beziehen zu wollen, sind die gegen die Übertragung der Zurechnungslehre erhobenen Einwände nicht von der Hand zu weisen. Auf eine eindeutigeren und dezidierten Positionierung meinerseits möchte ich hier verzichten. Eindeutig positionieren möchte ich mich aber in anderer Hinsicht. Die Debatte

41 *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 188; *Sternberg-Lieben* in FS *Beulke*, 2015, S. 301; *Saliger* in FS *Beulke*, 2015, S. 265; *Duttge* in FS *Schroeder*, 2006, S. 179; *Böcker*, JZ 2005, 932; *Bosch*, JA 2008, 70; *Böse*, ZIS 2016, 16, 497; *Duttge* in FS *Schroeder*, 2006, S. 183 ff.; *Eisele*, JA 2005, 254; *Eisele* in FS *Strätz*, 2009, S. 178 ff.; *Haas*, GA 15, 158; *Heinrich* (Fn. 31), Rz. 478c; *Immig* in FS *Jung*, 2007, S. 345 ff.; *G. Merkel*, JZ 2013, 978 f.; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 268 f.; *Paeffgen* in FS *Rudolphi*, 2004, S. 208 f.; *Puppe*, JR 2004, 470 f.; *Puppe*, ZIS 2016, 372; *Renzikowski* in FS *G. Fischer*, 2010, S. 373 ff.; *Sickor*, JR 2008, 179 ff.; *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 191 f.; *Swoboda*, ZIS 2013, 32; *Weber* in FS *Puppe*, 2010, S. 1064; *Zabel*, GA 2015, 235; *Sickor*, JA 2008, 15; *Sowada*, NSTZ 2012, 7, 10; *Puppe*, GA 2003, 764, 770; *Gropp* in FS *Schroeder*, 2006, S. 197, 206; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 23 ff.

42 *Haas*, GA 2015, 151; *Roxin*, medstra 2017, 131; *Saliger* in FS *Beulke*, 2015, S. 261; *Swoboda*, ZIS 2013, 26.

43 *Puppe*, GA 2003, 764, 769; *Puppe*, JR 2004, 469, 470.

44 *Schlehofer* in FS *Puppe*, 2010, S. 953; *Schlehofer* in MünchKomm/StGB, Bd.1, 3. Aufl. 2017, Vorbem. § 32 StGB Rz. 231.

45 *Schlehofer* in MünchKomm/StGB (Fn. 44), Vorbem. § 32 StGB Rz. 231 zweifelt bereits daran, ob man bei der Anwendung der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens nur die unzureichende Aufklärung wegen denken darf. Vielmehr müsse die gesamte pflichtwidrige Handlung (ärztlicher Eingriff ohne Einwilligung) hinweggedacht werden. Ohne Einwilligung darf der Eingriff nicht erfolgen.

46 *Schlehofer* in MünchKomm/StGB (Fn. 44), Vorbem. § 32 StGB Rz. 231.

über die Figur der hypothetischen Einwilligung leidet an zweierlei: an einer Fehlfokussierung und an einer Überdogmatisierung. Dabei ist die Überdogmatisierung Ausfluss der Fehlfokussierung. Gleichzeitig versperrt die aufgetretene Überdogmatisierung wiederum den Blick auf die wirklich essentielle Frage. Der dogmatisch anspruchsvolle und deshalb verlockende Diskurs um einen irgendwie gearteten Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf der Rechtswidrigkeitsebene muss erst dann geführt werden, wenn der Verstoß gegen die Aufklärungspflichten i.S.d. § 630e BGB tatsächlich zur Folge hat, dass die (strafrechtliche) Einwilligung unwirksam ist⁴⁷ und damit als Grundlage zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit ausfällt. Freilich: § 630d Abs. 2 BGB macht die Wirksamkeit der Einwilligung (u.a.) von einer ordnungsgemäßen Aufklärung i.S.v. § 630e BGB abhängig. Die Vorschrift ist für die strafrechtliche Wertung aber unverbindlich, so dass im Strafrecht – ausgerichtet am Grundgedanken der Einwilligung – differenziert werden darf und muss.

VI. Plädoyer für eine universelle Subjektivierung der Lehre von den Einwilligungsmängeln

1. Überlagerung der Debatte durch objektiv-normative Ansätze

Warum wird in der Konstellation der hypothetischen Einwilligung vorschnell behauptet, die Einwilligung sei unwirksam? Die Erklärung hierfür ist darin zu sehen, dass in der Strafrechtswissenschaft – trotz so manch gegenteiliger Lippenbekenntnisse⁴⁸ – die Auswirkungen von Willensmängeln auf die Wirksamkeit einer Einwilligung tatsächlich vorwiegend objektiv-normativ und damit losgelöst von den Präferenzen der konkret einwilligenden Person bemessen werden. Bei dieser rein objektiv-normativen Betrachtung wird nicht danach gefragt, ob der jeweils vorliegende Mangel die Autonomie der konkreten Einwilligungsentscheidung tatsächlich in Frage gestellt hat.

Im Grundsatz soll nach der traditionellen Lehre jeder Irrtum (oder jeder Aufklärungsman- gel) auf Seiten des Einwilligenden zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen können. Dazu heißt es beispielsweise bei *Roxin/Greco*: „Nach überlieferter, neuerdings wieder vorherrschender Auffassung machen Irrtümer die Einwilligung schlechthin unwirksam, wobei des Öfteren bloße Motivirrtümer ausgenommen werden, deren Abgrenzung von den beachtlichen Irrtümern aber stets dunkel geblieben ist.“⁴⁹

47 Vereinzelt finden sich in der Tat auch Stimmen, die in der Konstellation der hypothetischen Einwilligung die tatsächlich erteilte Einwilligung – ausnahmsweise – nicht als unwirksam ansehen wollen, vgl. insbesondere *Eisele* in FS Strätz, 2009, S. 163, 175 f. (fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Aufklärung und Einwilligungserklärung); ähnlich *Yamanaka* in FS Maiwald, 2010, S. 865, 883 (Schutzzweck); *Garbe*, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 255 ff., Rz. 286 (fehlende Quasi-Kausalität zwischen unterlassener Aufklärung und erteilter Einwilligung). Auch hier wird die Erhaltung der Wirksamkeit unter Berufung auf normative Aspekte behauptet. Die Kernfrage, ob die Einwilligung tatsächlich mangelbehaftet ist, wird auch hier übergangen.

48 *Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, 1998, S. 39 f.; *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 86; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 188.

49 *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 13 Rz. 97; unter Verweis auf *Amelung* (Fn. 48), S. 36 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016, § 15 Rz. 140 ff.; *Blei*, Strafrecht AT, 18. Aufl. 1983, § 37 II 1; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 15 Rz. 19 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2019, § 12 Rz. 22 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* in LPK-Kommentar,

In den letzten Jahrzehnten wurden unzählige Vorschläge in die Debatte eingebracht und diskutiert, um die Auswirkungen von Irrtümern (und damit Aufklärungsmängeln) auf die Wirksamkeit der Einwilligung zu beschränken. Am prominentesten ist wohl der Vorschlag von *Gunter Arzt*, dessen Ansatz darauf hinausläuft, nur solche Irrtümer als wirksamkeitsrelevant anzusehen, die einen Bezug zum geschützten Rechtsgut aufweisen. Mithin muss der Irrtum die Art, das Ausmaß oder die Gefährlichkeit des Rechtsgutseingriffs betreffen.⁵⁰ Insbesondere dieser Ansatz hat in der Literatur viel Zuspruch erfahren.⁵¹ Weitere beachtliche und zum Teil deutlich diffizilere Ansätze zur Begrenzung der Unwirksamkeitsfolge wurden beispielsweise von *Knut Amelung*,⁵² von *Claus Roxin*,⁵³ von *Thomas Rönnau* oder von *Heiner Kühne*⁵⁴ formuliert. All diesen Ansätzen ist aber eines gemein: Ihre Leitkriterien sind im Kern objektiv-normativ ausgerichtet.

Natürlich haben diese Verobjektivierungsansätze in der Lehre vom Willensmangel bei der Einwilligung ihre Berechtigung. Ihr Ziel ist es, die Strafbarkeitsrisiken für den Eingreifenden auf ein gesundes Maß zu reduzieren. Der Eingreifende soll nicht für jeden (noch so irrationalen) Irrtum auf Seiten des Einwilligenden strafrechtlich einstehen müssen.⁵⁵ Diese objektiv-normativen Ansätze⁵⁶ haben in den letzten Jahrzehnten die Debatte um die Auswirkungen von Willensmängeln bei der Einwilligung im Wesentlichen geprägt und dadurch zugleich einen (unbeabsichtigten) Beitrag dazu geleistet, die Ausgangsvoraussetzungen für die Annahme der Unwirksamkeit einer Einwilligung aufgrund von Willensmängeln zu verdecken.⁵⁷

2. Subjektiv-individuelle Grundausrichtung als Ausgangspunkt

Zumindest im Ausgangspunkt sind die Auswirkungen von Willensmängeln auf die Wirksamkeit der Einwilligung zwingend zunächst einmal „subjektiv-individuell“ zu bemessen und zwar unter Zugrundelegung der Überzeugungen, der Präferenzen und der Wertentscheidungen des jeweils Einwilligenden. *Eine Einwilligung kann niemals unwirksam sein,*

-
8. Aufl. 2020, Vorbem. § 13 StGB Rz. 184; *Köhler*, Strafrecht AT, 1997, S. 254 Fn. 57; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, § 17 Rz. 661; *Rönnau* (Fn. 48), S. 292 ff.; *Rönnau*, Jura 2002, 671; *Rönnau* in LK/StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vorbem. § 32 StGB Rz. 206; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 9 Rz. 27; aus der älteren Lit. *Baumann*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 1975, § 21 II 4b; *Maurach/Zipf*, AT/1, 8. Aufl. 1992, § 28 I 2; *Mezger* in LK/StGB, 8. Aufl. 1957, Vorbem. § 51 StGB Rz. 10 e bb;
- 50 Grundlegend: *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 17 ff.; *Arzt* in FS Geppert, 2011, S. 3 ff.
- 51 *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1997, § 15C I 2b bb; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl. 1992, Rz. 15 f.; *Hardtung/Putzke*, Strafrecht AT, 2016, Rz. 633 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. 1996, § 34 IV 5; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 82 ff.; *Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. § 32 StGB Rz. 46f.
- 52 *Amelung* (Fn. 48), S. 36 ff.
- 53 *Roxin*, GS Noll, 1984, 275 ff.
- 54 *Kühne*, JZ 1979, 241.
- 55 *Amelung* (Fn. 48), S. 39.
- 56 Wenn man zwischen Wirksamkeit und Zurechnung trennen möchte (z.B. *Amelung* (Fn. 48), S. 36 ff.), dann lautet meine Kritik, dass die Zurechnungsdebatte die Auseinandersetzung mit den Kriterien der Wirksamkeit und der Herausbildung sachgerechter Maßstäbe überlagert hat.
- 57 Plastisch wird dies beispielsweise bei der Darstellung von *Rönnau* (Fn. 48), S. 205 ff., der zunächst davon ausgeht, dass der Ausgangspunkt der Überlegungen (zumindest unausgesprochen) in der Autonomie des Einzelnen gesehen werden muss, im Folgenden aber ausführlich die normativen Ansätze schildert.

solange ein (potentieller) Willensmangel die Freiwilligkeit der Entscheidung des Einwilligenden unter Zugrundelegung seiner individuellen Maßstäbe nicht in Frage gestellt hat. Für den Betroffenen liegt in diesem Fall in Wahrheit kein Willensmangel vor. Die Einwilligung bleibt wirksam. Dies gilt nicht nur hinsichtlich des Umgangs mit Willensmängeln im Bereich ärztlicher Heileingriffe, sondern *strafrechtsuniversal*.

Knut Amelung, der eine saubere Trennung zwischen Wirksamkeits- und Zurechnungsfrage in der Lehre vom Willensmangel bei der Einwilligung anmahnt, hat vehement darauf hingewiesen, dass „*der Einwilligende nur an eine solche Erklärung gebunden werden [darf], die dem Sinn des Instituts der Einwilligung des Verletzten entspricht*“.⁵⁸

Die notwendige subjektiv-individuelle Grundausrichtung der Willensmängel lehre folgt bereits aus der Grundidee der Einwilligung selbst. Die Idee der Einwilligung ist letztlich Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts eines jeden Einzelnen.⁵⁹ *Volenti non fit iniuria*⁶⁰ – Dem, der es so will, geschieht kein Unrecht.⁶¹ Warum der Rechtsgutsträger den Eingriff in seine Rechtsgüter will, darf dabei im Grundsatz keine Rolle spielen, solange er die Entscheidung autonom trifft. Das Recht darf die Beachtlichkeit einer Einwilligung des Rechtsgutsträgers grundsätzlich nicht davon abhängig machen, ob diese objektiv vernünftig und interpersonell nachvollziehbar ist. Jeder darf im Rahmen seiner individuellen Selbstverantwortung auch gefühlsbetonte und irrationale Entscheidungen treffen.⁶² Der Einzelne ist aus Sicht des Grundgesetzes frei darin, seine für ihn entscheidungserheblichen Maßstäbe selbst zu bestimmen und nach ihnen zu leben und seine Entscheidungen danach auszurichten. Die Freiheitskonzeption des Grundgesetzes schreibt eben dem Bürger die „Alleinzuständigkeit“ für sein „wohlverstandenes“ Eigeninteresse zu.⁶³

Diese Grundüberlegungen müssen im Ansatz auch für den Umgang mit Willensmängeln im Strafrecht gelten.⁶⁴ Die Allzuständigkeit ist nämlich nicht nur dann tangiert, wenn wir dem Einzelnen verbieten, über seine Rechtsgüter zu disponieren;⁶⁵ sie ist auch tangiert, wenn wir Entscheidungen des Rechtsgutsträgers ohne vernünftigen Grund für unwirksam erklären und damit seinen autonomen Willen unterlaufen. Dies gilt gerade dann, wenn das Unwirksamkeitsverdikt nicht nur das Selbstbestimmungsrecht des Rechtsgutsträgers (und

58 *Amelung* (Fn. 48), S. 40.

59 *Roxin*, GS Noll 1984, 275, 283 ff.; *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44, 59; *Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 129 ff.; *Göbel*, (Fn. 48), S. 18 f., 86 ff.; *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 311.

60 *Breithaupt*, *Volenti non fit iniuria*, 1891, S. 56 ff.

61 *Rönnau* (Fn. 48), S. 185 ff.

62 *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187; *Paeffgen* in FS Rudolphi, 2004, S. 187, 209.

63 *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187, unter Verweis auf *Jäger* in FS Jung, 2007, S. 345, 360.

64 *Göbel* (Fn. 48), S. 86: „Der Grundgedanke der Einwilligung erlangt aber auch bei Willensmängeln, die sich auf das beeinträchtigte Rechtsgut beziehen, Erheblichkeit“.

65 Zu den Grenzen der Dispositionsfähigkeit über seine eigenen Rechtsgüter: *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997.

damit seine Grundrechte)⁶⁶ beschränkt, sondern erst recht, wenn die Unwirksamkeit der Einwilligung für einen Dritten eine Strafbarkeitsfolge auslösen soll.⁶⁷

Es gibt aber keinen vernünftigen Grund, die Unwirksamkeit einer Einwilligung und damit die (Straf-)Rechtswidrigkeit des Eingriffs zu postulieren, wenn feststeht, dass die (fehlende) Information für die Entscheidung des Betroffenen irrelevant gewesen wäre, so dass die Autonomie *seiner* Entscheidung von Anfang an nicht tangiert war. Die autonome Entscheidung darf nicht grundlos desavouiert werden. Ganz einfach: Spendet ein Millionär alle sechs Monate aus altruistischen Motiven Blut, so ist seine Einwilligung in den Eingriff nicht deshalb unwirksam, weil er vom Veranstalter der Blutspendeaktion darüber getäuscht wurde, dass er im Anschluss eine Aufwandsentschädigung i.H.v. zwanzig Euro erhalten wird. Diese Bewertung ist nicht erst darauf zurückzuführen, dass dieser Umstand (Erhalt von zwanzig Euro) keinen Rechtsgutsbezug aufweist,⁶⁸ sondern bereits darauf, dass er für den Einwilligenden – unter Zugrundelegung seiner persönlichen Präferenzregeln – keinen Autonomiebezug besitzt.

Die vorangegangenen Ausführungen sind kein Plädoyer gegen alle objektiven Ansätze in der Lehre vom Willensmangel. Ein „subjektiver“ Willensmangel ist notwendige Voraussetzung für die Annahme der Unwirksamkeit einer Einwilligung; er muss aber keinesfalls hinreichende Bedingung für das Unwirksamkeitsverdikt sein. Liegt ein subjektiver Willensmangel als Mindestvoraussetzung vor, kann es gute Gründe dafür geben (s. oben), die Unwirksamkeit einer Einwilligung auch noch *von weiteren objektiven Kriterien* abhängig zu machen. In der Literatur werden, wie bereits angesprochen, unterschiedliche objektive Begrenzungsansätze vorgeschlagen. Ein guter Grund für solche zusätzlichen Verobjektivierungen kann darin bestehen, das Strafbarkeitsrisiko für Dritte (z.B. Ärzte) auf ein vertretbares Maß zu beschränken und damit einen funktionierenden Rechtsverkehr (z.B. im Bereich ärztlicher Behandlung) zu gewährleisten. Die Berechtigung dieser Verobjektivierungsansätze ist aber nicht das Thema dieser Untersuchung. Entscheidend ist für mich: Wenn der konkret Einwilligende einem Umstand, den er hätte kennen sollen, keine echte Bedeutung beimisst, dann kann die Einwilligung nicht als unwirksam angesehen werden. Es fehlt an einer notwendigen Bedingung der Unwirksamkeit der Einwilligung.

66 BVerfG v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, 265 (Rz. 216); BVerfG v. 25. Juli 1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131, 168; *Geppert*, ZStW 83 (1973), 947, 953; *Hofmann*, JZ 1986, 253, 256; *Kühne*, JZ 1979, 241 f.; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 32; *Göbel* (Fn. 48) S. 21 f.; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 140 f.; *Amelung* in FS Dünnebieber, 1982, S. 487, 491; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 21 ff.; *Hirsch* in FS Welzel, 1975, S. 775, 786; ausführlich zur Verankerung: *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 17 ff.

67 BVerfG v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, 265 zu § 217 StGB a.F., Rz. 216: „*Da eine rechtfertigende Einwilligung aufgrund der Tatbestandsausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt, das einen über den Individualschutz hinausgehenden Rechtsgüterschutz verfolgt, nicht in Betracht kommt [...], wirkt sich das Verbot auch zu Lasten derjenigen aus, die sich [...] selbstbestimmt, ohne äußeren Druck und wohlüberlegt zur Selbsttötung entschlossen haben.*“.

68 So die wohl herrschende Lehre: *Arzt* (Fn. 50), S. 15 ff., S. 20; *Küper*, JZ 1990, 510, 514; *Brandts/Schlehofer*, JZ 1987, 446 f.; *Bichlmeier*, JZ 1980, 55; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 383; *Küper*, JZ 1986, 226; *Küper*, JuS 1988, 11; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280, 281; *Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vorbem. § 32 StGB Rz. 46; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68, 82.

3. Entscheidungskonflikt nach den selbstgesetzten Präferenzregeln

Die bisherigen Ausführungen sollten nicht als Bekenntnis zur Figur der hypothetischen Einwilligung missverstanden werden. Sie sind ein Bekenntnis zur Grundidee der Einwilligung und damit ein Bekenntnis für die Selbstbestimmung.

Der Umstand, dass sich der Rechtsgutsträger bei einer hypothetischen Betrachtung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung (und in Kenntnis der wahren Sachlage) für den Eingriff in seine Rechtsgüter entschieden hätte, erlaubt keine unmittelbaren Rückschlüsse darauf, ob die tatsächlich getroffene Entscheidung nach den individuellen Maßstäben des Einzelnen (weiterhin) als autonom bewertet werden kann. Wie sich jemand entschieden hätte, sagt nur etwas darüber aus, ob die nicht erteilte Einwilligung für den hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Aufklärung erteilt worden wäre.⁶⁹ Die zentrale Frage ist nicht, wie sich jemand entschieden hätte, wenn er denn sämtliche (individuell relevanten) Umstände gekannt hätte. Um die Frage zu beantworten, ob die tatsächlich erteilte Einwilligung weiterhin als autonom angesehen werden kann, muss vielmehr ergründet werden, ob der dem Rechtsgutsträger verborgen gebliebene Umstand an seiner Entscheidung hätte etwas ändern können. Ein Autonomiebezug fehlt, wenn der Entscheidungsträger einem Umstand nach seinen selbstgesetzten Präferenzregeln keine wirkliche Bedeutung beigemessen hätte. Salopp ausgedrückt: Umstände, die den Entscheidungsträger nicht interessieren, tangieren auch nicht die Autonomie seiner Entscheidung. Die Kenntnis eines solchen Umstandes hätte keinen (ernsthaften) Entscheidungskonflikt auf Seiten des Entscheidenden auslösen können. Ohne einen solchen *Entscheidungskonflikt* darf die Einwilligung aber nicht als unwirksam angesehen werden.

Auch in der zivilrechtlichen Darlegungs- und Beweislehre wird die Frage nach dem ernsthaften Entscheidungskonflikt im Zusammenhang mit der hypothetischen Einwilligung gestellt – freilich aber auf ganz anderer Ebene. Im Laufe der Zeit hat sich ein austariertes und mehrstufiges Darlegungs- und Beweislastmodell in der Rechtsprechung herausgebildet. Im Zivilverfahren muss sich zunächst der Behandelnde auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung berufen.⁷⁰ Tut er dies, obliegt es dem Patienten, substantiiert darzulegen, dass er im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in einen *echten bzw. ernsthaften Entscheidungskonflikt* geraten wäre.⁷¹ Nach der Rechtsprechung muss der Patient glaubhaft machen, dass ihn die ordnungsgemäße Aufklärung über das Für und Wider des Eingriffs ernsthaft vor

69 Puppe, GA 2003, 764, 768 ff.; Puppe, JR 2004, 470; Duttge in FS Schroeder, 2006, S. 179, 189.

70 BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415; BGH v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836; BGH v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05, VersR 2007, 66; Wagner in MünchKomm/BGB, § 823 BGB Rz. 746; Schellenberg, VersR 2008, 1298, 1299 f.

71 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH v. 27.10.1981 – VI ZR 69/80, VersR 1982, 147, 149; BGH v. 7.2.1984 – VI ZR 174/92, VersR 1984, 465, 467; BGH v. 1.2.2005 – VI ZR 174/03, NJW 2005, 1364; BGH v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, NJW 2007, 2771, 2772 f.; BGH v. 19.7.2011 – VI ZR 367/09, NJW-RR 2011, 1661, 1663 f.; OLG Koblenz v. 1.4.2004 – 5 U 1086/03, NJW-RR 2004, 1166, 1167; OLG Karlsruhe v. 19.3.1997 – 13 U 43/96, NJW-RR 1998, 459, 461; Katzenmeier, NJW 2013, 817, 821; Terbill in Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 1 Rz. 508; Sickor, JA 2008, 11, 13; Lepa in FS Geiß, 2000, S. 449, 458 f.; Hager in Staudinger, § 823 BGB Rz. I, 121; ausführlich zum Zustand des Entscheidungskonflikts: Schellenberg, VersR 2008, 1298, 1300.

die Frage gestellt hätte, ob er zustimmen soll oder nicht.⁷² Von einer Ernsthaftigkeit kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Kenntnis des Umstandes, der dem Patienten verborgen geblieben ist, für ihn eine *nicht nur unerhebliche Rolle* gespielt hätte.⁷³ Gelingt es dem Patienten nicht, einen solchen ernsthaften Entscheidungskonflikt glaubhaft zu machen, greift der Einwand der hypothetischen Einwilligung durch.⁷⁴ Dies bedeutet nicht, dass die Einwilligung in die Behandlung (doch) als wirksam angesehen wird; dies widerspricht der Unwirksamkeitsanordnung in § 630d Abs. 2 BGB. Nach der zivilrechtlichen Konzeption hat „nur“ der Einwand Erfolg, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, so dass die Schadensersatzklage scheitert.

Trotz alledem: Wenn man aus strafrechtlicher Perspektive ergründen möchte, ob eine Einwilligungentscheidung trotz eines „Mangels“ weiterhin als autonom angesehen werden kann, dann zielt die Frage nach dem Vorliegen eines ernsthaften Entscheidungskonflikts in die richtige Richtung. Wäre ein solcher Entscheidungskonflikt bei der konkret zustimmenden Person nicht ausgelöst worden, so bedeutet dies, dass der Betroffene der Information keine (wirkliche) Relevanz beigemessen hätte. Auch in Kenntnis der fehlenden Information wäre der Betroffene nicht in ein echtes „Nachdenken“ gekommen. Dies belegt die Irrelevanz aus der subjektiv-individuellen Perspektive des Einwilligenden. Sofern der Rechtsgutsträger bestimmten Aspekten nach seinen eigenen Überzeugungen, seinen selbstgesetzten Präferenzen und seinen persönlichen Wertvorstellungen keine wirkliche Bedeutung beimisst, war die Freiheit seiner Entscheidung nie beeinträchtigt. Die Einwilligung gilt weiterhin als autonom erteilt, wenn „*der Einwilligende in Übereinstimmung mit seinem Wertsystem entscheidet*“.⁷⁵ Dann steht nämlich fest: Der Einwilligende kannte alle Umstände, die für ihn persönlich von Bedeutung sind, so dass er eine autonome Entscheidung unter Abwägung des für ihn relevanten Für und Wider treffen konnte. Unter diesen Vorzeichen darf die Einwilligung nicht als unwirksam angesehen werden.

Etwas anderes muss aber gelten, wenn dem Einwilligenden ein Umstand verborgen geblieben ist, der ihn – in der Sprache der zivilrechtlichen Beweislehre – in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt versetzt hätte. In diesem Fall kann nicht mehr von einer autonomen Entscheidung die Rede sein. Der Betroffene kannte einen nach seinen Präferenzregeln relevanten Umstand nicht und konnte diesen daher nicht in seine Abwägung einbeziehen. Deswegen ist die Entscheidung hier nicht autonom. Irrelevant ist, wie sich der Entscheidungsträger am Ende entschieden hätte. Eine fehlerhafte Entscheidung wird nämlich auch nicht dadurch als autonom angesehen werden können, dass man später zu dem Ergebnis gelangt, der Betroffene hätte den Entscheidungskonflikt am Ende doch zugunsten des Eingriffs auf-

72 BGH v. 11.12.1990 – VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544; BGH v. 16.4.1991 – VI ZR 176/90, NJW 1991, 2344, 2345; BGH v. 7.4.1992 – VI ZR 192/91, NJW 1992, 2351, 2353; BGH v. 2.3.1993 – VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379.

73 Schellenberg, VersR 2008, 1298, 1300 f.

74 Im umgekehrten Fall gilt hingegen, dass dem Beklagten weiterhin der Einwand offensteht, dass sich der Patient trotz des ernsthaften Entscheidungskonflikts dennoch für den Eingriff entschieden hätte. Die Beweislast hierfür liegt jedoch beim Beklagten, der sich hierauf beruft; Lepa in FS Geiß, 2000, S. 449, 459; Wagner in MünchKomm/BGB, § 823 BGB Rz. 827.

75 Amelung (Fn. 48), S. 41.

gelöst. Dadurch würde nur eine autonome Entscheidung konstruiert, die tatsächlich nicht vorliegt. Die ursprüngliche Entscheidung bleibt unfrei.

Nehmen wir folgendes *Beispiel*: Zwei Patienten unterziehen sich am selben Tag einer Appendektomie (operative Entfernung des Wurmfortsatzes am Blinddarm; umgangssprachlich: Blinddarm-OP). Beide Patienten werden nicht auf das Risiko einer Fremdbluttransfusion im Falle von Komplikationen und den damit verbundenen Ansteckungsgefahren hingewiesen.⁷⁶ Es kann sein, dass die Einwilligung des einen Patienten wirksam bleibt, die des anderen aber unwirksam ist, weil die Information den einen nicht in einen Entscheidungskonflikt versetzt hätte, den anderen aber eben schon. Jene Entscheidung bleibt autonom; letztere hingegen ist es nicht.

Der Vorschlag, sich am Merkmal des echten Entscheidungskonflikts zu orientieren, ist nicht neu. *Claus Roxin* hat schon 2017 zur Rettung der Figur der hypothetischen Einwilligung vorgeschlagen, dieses Kriterium heranzuziehen.⁷⁷ Seines Erachtens könnten so vielleicht sogar die zivil- und die strafrechtlichen Lösungen wieder zusammengeführt werden.⁷⁸ Diese Zusammenführung halte ich grundsätzlich für ausgeschlossen. Das BGB trifft in § 630e Abs. 2 S. 2 BGB eine eindeutige Regelung, so dass die Einwilligung aus zivilrechtlicher Perspektive als unwirksam anzusehen ist. Das Strafrecht kann sich hingegen nicht auf die zivilrechtliche Lösung einlassen, weil sich die Frage zwischen Pflichtverletzung und materiellem Schaden im Strafrecht naturgemäß nicht stellt. Wie bereits ausgeführt: Die Lösung im Strafrecht ist bei der Wirksamkeit der Einwilligung zu suchen.

Roxin weist aber zu Recht darauf hin, dass die Feststellung eines Entscheidungskonflikts sehr viel leichter zu beantworten ist als die Frage, wie sich der Patient am Ende entschieden hätte.⁷⁹ Außerdem erkennt er, dass im Falle eines fehlenden Entscheidungskonflikts das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gewahrt bleibt, weil es nur in „entscheidungsrelevanten Situationen verletzt werden kann“.⁸⁰ Was *Roxin* aber nicht erkennt (oder besser: nicht erkennen möchte), ist, dass die Einwilligung unter diesen Vorzeichen weiterhin als wirksam angesehen werden muss und es deshalb auf die hypothetische Einwilligung nicht ankommt. Der Grund für seine Zurückhaltung dürfte darin bestehen, dass ein solcher Lösungsweg auf der Wirksamkeitsebene konsequenterweise nicht auf die Einwilligung in ärztliche Heileingriffe beschränkt bleiben darf.

4. Strafrechtsuniversale Geltung

Die subjektiv-individuelle Grundausrichtung der Lehre vom Willensmangel beansprucht universelle Geltung im Strafrecht.⁸¹ Sie kann nicht auf den Umgang mit dem ärztlichen

76 Vgl. BGH v. 17.12.1991 – VI ZR 40/91, NJW 1992, 743 ff.; *Ulsenheimer*, Anästhesiologie & Intensivmedizin, 2002, S. 375, 377 ff.; *Wasserburg/Glitsch*, Aktuelle Urologie, 1998, S. 273 ff.

77 *Roxin*, medstra 2017, 129, 135 f.

78 *Roxin*, medstra 2017, 129, 135.

79 *Roxin*, medstra 2017, 129, 136.

80 *Roxin*, medstra 2017, 129, 136.

81 Dafür sprechen sich bereits aus: *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 444, 451; *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 449 ff.; *Garbe*, Wille und Hypothese –

Heileingriff beschränkt bleiben. Diese Universalisierung ist keineswegs als Kollateralschaden anzusehen,⁸² sondern Folge einer konsequenten Umsetzung der Einwilligungsidee. Mindestvoraussetzung für die Annahme der Unwirksamkeit einer Einwilligung ist immer, dass der Willensmangel einen Umstand betrifft, der den Einwilligenden nach seinen selbstgesetzten Präferenzen in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt versetzt hätte. Die Entscheidung des Einzelnen ist bis hierhin zu respektieren. Dies gilt für jedwede Einwilligung, unabhängig davon, welches (disponible) Rechtsgut diese betrifft – sei es die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit, die Ehre, das Eigentum oder Vermögen oder ein anderes Rechtsgut.

Ich will mich hier eines Beispiels von *Kuhlen* bedienen:⁸³ Wenn der Eigentümer einer Sache über den wahren Wert dieser Sache irrt und ihrer Zerstörung durch einen Dritten zustimmt, so hat der Irrtum über den Wert keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Einwilligung, wenn die Differenz zwischen dem vorgestellten und dem wahren Wert der Sache ihn in seinem Entschluss nicht hätte beeinflussen können. Die Hervorrufung eines Entscheidungskonflikts liegt fern, wenn die Differenz gering ist (z.B. 21 € anstatt 20 €), und drängt sich aus Sicht des Betroffenen auf, je höher sie ist (z.B. 100 € anstatt 20 €). Entscheidend sind aber die Präferenzen des Eigentümers.

Ich würde auch tatsächlich behaupten (*Sternberg-Lieben*: „würde gegenwärtig niemand behaupten“⁸⁴), dass die Rechtswidrigkeit (aufgrund einer wirksamen Einwilligung) ausgeschlossen sein kann, wenn jemand mit einem unerkannt betrunkenen Fahrer mitfährt und sich bei einem alkoholbedingten Unfall verletzt. Dies würde dann gelten, wenn die Alkoholisierung des Fahrers für den Mitfahrenden eine irrelevante Information gewesen wäre. Nehmen wir an, der Mitfahrende fährt selbst häufig unter Alkoholeinfluss und ist in der Vergangenheit schon mehrfach mit demselben Fahrer in Kenntnis einer Alkoholisierung mitgefahren. Dass es Menschen gibt, die sich für eine (gewisse) Alkoholisierung des Fahrers weniger interessieren und ihre Bereitschaft zur Mitfahrt davon nicht abhängig machen, lässt sich wohl nicht bestreiten. Auch hier kommt es nicht darauf an, wie sich der Mitfahrende in Kenntnis der Alkoholisierung am Ende entschieden hätte, sondern nur darauf, ob die Information ihn ernsthaft vor die Frage gestellt hätte, ob er die Fahrt als Mitfahrer antreten soll (s.o.). Ist dies nicht der Fall, sehe ich keinen Grund, die unvernünftige, aber eben doch autonome Entscheidung des Betroffenen als unwirksam anzusehen und diese dadurch zu unterlaufen.

Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 337 ff.; für die Übertragung des Grundgedankens auf die Tatbestandsebene der Untreue: OLG Hamm v. 21.8.2012 – III-4 RVs 42/12, NStZ-RR 2012, 374, 375 i. Z. m. einem Einverständnis des Treugebers; so auch *M. Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), 2018, S. 206 ff.

82 *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 186.

83 *Kuhlen* in FS Müller-Dietz, S. 431 f., 444.

84 *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 186 f. unter Verweis auf ein Beispiel von *Jäger* in FS Jung, 2007, S. 345, 352 f.

VII. Zusammenfassung

Die Lehre von der hypothetischen Einwilligung leidet sowohl an einer Fehlfokussierung als auch an einer Überdogmatisierung. Die Figur der hypothetischen Einwilligung muss vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Dafür ist die Kernfrage viel grundsätzlicher auszurichten: Warum sollte in den Konstellationen, die unter der Figur der hypothetischen Einwilligung diskutiert werden, die erteilte Einwilligung überhaupt unwirksam sein? Legt man die Idee der Einwilligung zugrunde, wird man hiervon nur ausgehen können, wenn der Mangel die Freiheit der Entscheidung des konkreten Rechtsgutsträgers in Zweifel gezogen hat. Im Ausgangspunkt ist diese Frage aber nicht nach objektiv-normativen Maßstäben, sondern unter Zugrundelegung der Überzeugungen, der Präferenzen und der Wertvorstellungen des jeweiligen Einwilligenden (subjektiv-individuell) zu bemessen. Entscheidend ist aber nicht, wie sich der Betroffene entschieden hätte, sondern ob die fehlende Information nach den Präferenzregeln des Einwilligenden hätte Einfluss haben können. Mindestvoraussetzung für die Annahme der Unwirksamkeit einer Einwilligung aufgrund eines Willensmangels ist daher stets, dass der Entscheidungsträger in einen (ernsthaften) Entscheidungskonflikt geraten wäre. Dies gilt nicht nur für den Umgang mit Einwilligungen in ärztliche Heileingriffe, sondern universal für jede Einwilligung.

Schrifttum

Julian Friedrich Günthner, Kunst und Kriminalität – eine strafrechtliche, kriminologische und phänomenologische Betrachtung der Kunstkriminalität

(Europäische Hochschulschriften – Recht; Bd. 6255) Verlag Peter Lang, Berlin 2021. 395 S., kart. € 69,95.

Der *Autor*, Rechtsreferendar und Master der Kunstgeschichte, setzt sich in seiner Dissertation das Ziel, eine zusammenfassende Darstellung des Deliktsbereichs „Art Crime“ zu geben. Juristische und kriminologische Aspekte würden durch Erfahrungsberichte aus der Praxis ergänzt.

Einführend erwähnt *Günthner* einige prominente Fälle. *Albrecht Dürer* sei im Jahre 1506 angeblich nach Italien gereist, um gegen *Marcantonio Raimondi* vorzugehen. Dieser habe Nachstiche seiner Werke angefertigt und sie mit dem bekannten Monogramm *Dürers* versehen. 2009 sei die Polizei in Mainz auf ein Lager mit mehr als 1000 gefälschten Plastiken *Alberto Giacomettis* gestoßen. Das Geschehen um *Wolfgang Beltracchi* und die angebliche „Sammlung Werner Jägers“ schließlich zeige unterschiedliche Facetten der Kunstkriminalität auf. Gefälscht worden seien nicht nur Bilder, sondern auch Provenienzen (37, 44).

Zur Klärung des Begriffs „Kunstkriminalität“ begnüge man sich meist mit einer Aufzählung ihrer Erscheinungsformen. Genannt würden Kunstfälschung, -betrug, -diebstahl und Anschlussdelikte, Erpressung im Umfeld der Kunst (Artnapping), Kunstvandalismus und illegaler Handel mit Kulturgütern.

Wer eine allgemeine Definition entwickeln wolle, müsse objektbezogen vorgehen. Nicht gegenständliche Kunst, etwa Musik oder Literatur, scheide aus (53 f., 57 f.; vgl. hierzu BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68 – Mephisto, BVerfGE 30, 173 ff.; BVerfG, 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05 – Esra, BVerfGE 119, 1 ff.; in Teilen auch BVerfG v. 17.7.1984 – 1 BvR 816/82 – Anachronistischer Zug, BVerfGE 67, 213 ff.).

Den Ausgangspunkt der Überlegungen bilde Art. 5 Abs. 3 GG. Weder der materiale Kunstbegriff, der die freie schöpferische Gestaltung unter Verwendung einer bestimmten Formensprache hervorhebe (BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173, 188 f.), noch der formale Kunstbegriff, der auf die „klassischen“ Werktypen wie Malerei oder Bildhauerei abstelle (BVerfG v. 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213, 226 f.), erweise sich jedoch als hilfreich. Anderes gelte für den Werkbegriff des Urheberrechts. Dieser schließe nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG Werke der bildenden Künste, der Baukunst und der angewandten Kunst sowie Entwürfe solcher Werke ein. Erfasst würden Gegenstände, die mit zwei- oder dreidimensionalen Gestaltungen ihren ästhetischen Gehalt durch Mittel wie Farbe, Linie, Fläche, Raumkörper und Oberfläche zum Ausdruck brächten (63 f.).

Antiquitäten müsse man in die Betrachtung einbeziehen, soweit sie ihrerseits Gegenstände der bildenden oder angewandten Kunst darstellten. Im Schrifttum werde meist ein Mindestalter von 70 Jahren verlangt (70 f.).

Fraglich sei, ob auch Delikte, bei denen die strafrechtlich relevante Handlung vom künstlerischen Akt selbst ausgehe, zur Kunstkriminalität gezählt werden sollten. Ein bekanntes Beispiel „strafbarer Kunst“ sei das Sprühen von Graffiti auf fremdes Eigentum (vgl. etwa BVerfG v. 19.3.1984 – 2 BvR 1/84 – Auslieferung des „Sprayers von Zürich“, NJW 1984, 1293 ff.). Konflikte könnten sich weiterhin mit Normen zum Schutz des religiösen Friedens, der Jugend oder der persönlichen Ehre ergeben (s. noch BVerfG v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87, BVerfGE 81, 278 ff. – vermeintliche Verunglimpfung der Bundesflagge durch eine Collage).

Typisches Anliegen der Kunst sei es, Tabus zu brechen. Folgerichtig lasse sich die Grenze zwischen „strafbarer Kunst“ und eigentlicher Kunstkriminalität dort ziehen, wo der künstlerische Akt die Bewertung dominiere. Anders als etwa beim Diebstahl werde das Kunstwerk durch die strafbare Handlung erst geschaffen (76 f.).

Als verbindendes subjektives Element empfehle sich die „Zielrichtung Kunst“. Tatmittel, Tatbeute oder Tatobjekt müssten sich demnach auf Kunstgegenstände beziehen (83).

Dem Versuch einer Begriffsbestimmung folgen rechtliche Betrachtungen (85 ff.). Das StGB verwende den Ausdruck „Kunst“ an insgesamt fünf Stellen, nämlich in den §§ 86, 91, 201a, 243, 304 StGB. Dreimal sei er Bestandteil einer Sozialadäquanzklausel. Als weitaus wichtiger für die Ahndung der Kunstkriminalität erwiesen sich die §§ 263, 267 StGB.

Bereits im Jahre 1900 habe das Reichsgericht entschieden, das Kunstwerk als solches sei keine Gedankenerklärung, sondern bloßes Augenscheinsobjekt. Es habe allein den Zweck, „ein sinnlich-geistiges Wohlgefallen und geistige Befriedigung in dem Beschauer zu erwecken“ (RG v. 17.12.1900 – Rep. 4654/00, RGSt. 34, 53). Vertreter der Gegenansicht lehnten jedenfalls eine Beweisbestimmung ab. Die bloße Anfertigung eines Werks im Stil oder nach der Art oder Technik eines Künstlers werde deshalb nicht durch § 267 StGB erfasst. Anderes gelte nach ständiger Rechtsprechung für das Aufbringen der Signatur oder des Künstlerzeichens (100 ff.; s. RG v. 17.1.1922 – III 628/21, RGSt. 56, 357 f.; RG v. 8.1.1942 – 3 D 573/41, RGSt. 76, 28, 29).

„Insgesamt ist festzuhalten, dass eine Anwendung der Geistigkeitstheorie für Kunstwerke ... ausscheidet. Grundsätzlich darf bei einem Kunstwerk im Rechtsverkehr die Eigenhändigkeit des Werks und der Signatur erwartet werden. Insofern ist eine Stellvertretung oder die Signierung eines nicht vom Künstler hergestellten Werkes durch andere nicht zulässig. Allerdings können kunsthistorische Besonderheiten zu einer anderen strafrechtlichen Beurteilung führen, wie am Beispiel *Rubens*' und seiner Werkstattpraxis deutlich (wird)“ (110; vgl. RG v. 17.12.1900 – Rep. 4654/00, RGSt. 34, 53, 54).

Auch das Urheberrecht schränke den Bereich strafbaren Handelns ein. Die „Handschrift“ eines Künstlers, die sich primär in Technik, Manier oder Stil zeige, sei grundsätzlich gemeinfreies Gedankengut. Geistiges Eigentum unterliege ebenfalls der Sozialbindung. Das „Monopolisieren“ eines Stils werde im Interesse weiterer Entwicklung nicht gewünscht. Wer wie im Fall *Beltracchi* einen Künstler kopiere, ohne sich einem konkreten Werk allzu sehr zu nähern, mache sich nicht nach § 106 I UrhG strafbar (124; vgl. bereits BGH v. 22.1.1952 – I ZR 68/51, BGHZ 5, 1, 4).

Ein Musterbeispiel der Kunsterpressung sei das Geschehen um die Saliera *Benvenuto Cellinis*, eine um 1540 entstandene Goldschmiedearbeit in Gestalt eines kleinen Salzfasses. Ihre Entwendung aus einem Wiener Museum im Mai 2003 habe wohl eher als „Mutprobe“ unter Alkoholeinfluss begonnen. Erst durch das Echo in den Medien habe der Täter erfahren, wie wertvoll seine Beute sei. Er habe daraufhin Lösegeld in Millionenhöhe verlangt (45, 164 ff.; vgl. zu den kriminaltechnischen Untersuchungen *Hans Ditrich*, AfK 223 (2009), 164 ff.).

Streitig sei, ob der Rückkauf eines gestohlenen Objekts zu einem Vermögensnachteil i.S.d. § 253 StGB führe. Das OLG Hamburg habe dies in einem Fall ohne Bezug zur Kunst verneint: Der Schaden sei in voller Höhe durch den vorgelagerten Diebstahl eingetreten. Die Rückführung des Objekts stelle eine adäquate Gegenleistung dar (OLG Hamburg v. 7.12.1973 – 2 Ss 209/73, MDR 1974, 330). Dagegen habe der BGH eine Rückgabe von Plastiken gegen Lösegeld als Erpressung gewertet. Nach den §§ 861, 985 BGB habe der Eigentümer einen Anspruch auf unentgeltliche Herausgabe gehabt. Die Angeklagten könnten sich nicht auf eine Leistung berufen, die sie ohnehin hätten erbringen müssen. Eine „Abstandszahlung“ vertiefe den Nachteil (BGH v. 18.5.1976 – 1 StR 146/76, BGHSt. 26, 346 ff.).

Die einzige Form der Kunstkriminalität, die man nicht auf ein finanzielles Motiv zurückführen könne, sei der Kunstvandalismus. Er entstehe beispielsweise aus religiöser Überzeugung, Geltungsdrang oder Menschenfeindlichkeit. Zu erwähnen sei in diesem Zusammenhang *Hans-Joachim Bohlmann*. Aufgrund einer komplexen psychischen Erkrankung habe er zwischen 1977 und 1988 mehr als 50 Werke, darunter Gemälde *Albrecht Dürers* und *Lucas Cranachs d.Ä.*, beschädigt (175 ff.; vgl. OLG Hamburg v. 21.9.2004 – 3 Ws 61/01, NStZ-RR 2005, 40 ff. zur Erledigung der Maßregel gem. § 63 StGB mangels Verhältnismäßigkeit).

Zwar sei nach der bis 2005 geltenden Fassung des § 303 StGB die bloße Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds einer Sache regelmäßig nicht strafbar gewesen. Im Marmorbüsten-Fall habe das Reichsgericht aber eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit angenommen: Wer ein der Verschönerung öffentlicher Anlagen dienendes Denkmal verunstalte, entziehe den Passanten den ungetrübten Genuss seines Anblicks (179 ff.; vgl. RG v. 8.1.1910 – I 703/09, RGSt. 43, 204, 205 f. zu § 304 StGB).

Besondere Aufmerksamkeit erfahre in neuerer Zeit der illegale Handel mit Kunst- und Kulturgütern. Nach Einschätzung der UNESCO werde er auf internationaler Ebene allein durch den Waffen- und Drogenhandel übertroffen.

Der Bund habe im Jahre 2016 mit einer Reform des Kulturgutschutzgesetzes reagiert. Es enthalte umfassende Strafnormen. Bisher fehle es jedoch an einschlägiger Rechtsprechung. Soweit es die Verzeichnisse national wertvollen Kulturgutes i.S.d. § 7 KGSG betreffe, sei die Eintragungspraxis der Länder sehr uneinheitlich (188 ff.).

Die empirischen Erkenntnisse zur Kunstkriminalität behandelt *Günthner* auf Seite 237 ff. Immer wieder finde man die Aussage, sie verursache weltweit einen jährlichen Schaden von ca. 6 Milliarden US-Dollar. Bei näherem Hinsehen handle es sich jedoch um eine bloße Vermutung. Seriöse und belastbare Schätzungen gebe es nicht (239, 250).

Die Polizeiliche Kriminalstatistik des Bundes teile den Diebstahl von Antiquitäten, Kunst- und sakralen Gegenständen in zwei Kategorien ein. Die Begehungsweise ohne erschweren-

de Umstände erfassen die §§ 242, 247, 248a StGB, den sog. schwere Diebstahl die §§ 243, 244 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 244a StGB. Das Aufkommen beider Formen sei seit 1993 weithin stabil. Pro Berichtsjahr fänden sich jeweils etwa 1.000 Fälle. Die Aufklärungsquote liege einheitlich bei ca. 25 % (257 ff., 264).

Ein deutlicher Rückgang der absoluten Schadenshöhe zeige sich in den Fällen des schweren Diebstahls. Ab 1993 habe sie in sieben Jahren über 15 Millionen Euro gelegen. Seit 2013 bleibe sie mit einer Ausnahme aber stets unter der Marke von 10 Millionen. Der jährliche Gesamtschaden des einfachen Kunstdiebstahls liege vergleichsweise konstant bei etwa 5 Millionen Euro (267).

„Die Daten der PKS zu den Tatverdächtigen des Kunstdiebstahls weisen große Ähnlichkeit zu denen des gewöhnlichen Diebstahls auf ... Zu vermuten ist ..., dass Kunstgegenstände in den meisten Fällen als 'Beifang' gewöhnlicher Diebstahlstaten angesehen werden können. Die höheren Schadenssummen können damit erklärt werden, dass Einbruchdiebstähle eher in 'lohnenderen' Gebäuden stattfinden, in denen tendenziell mehr Kunstgegenstände anzutreffen sein dürften.“ Würden Skulpturen aus Bronze entwendet, gehe es oft nur um das Buntmetall (278 f., 348 f., 352 f., 356; vgl. noch 325, 350 zur Wegnahme einer 100 kg schweren Goldmünze aus dem Berliner Bode-Museum im März 2017).

Besondere Schlüsselzahlen für Kunstfälschung oder -betrug fänden sich allenfalls in einzelnen Bundesländern. Die allgemeinen Statistiken zu den §§ 263, 267 StGB seien nicht aussagekräftig (282 ff.).

Weltweit existierten Datenbanken zur Wiederauffindung gestohlener Kunstwerke, aber auch zur Absicherung gegen Fälschungen. Das 1991 in London gegründete Art Loss Register liste nach eigenen Angaben ca. 500.000 Objekte. Zuverlässige Aussagen zum tatsächlichen Umfang der Kunstkriminalität ließen sich aber auch anhand dieser Verzeichnisse nicht treffen (295 ff.).

Die Arbeit endet mit einer Darstellung der polizeilichen Verfolgungspraxis (311 ff.). Spezialisierte Dienststellen gebe es lediglich bei den Landeskriminalämtern in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin und Hamburg. Jedes Bundesland habe jedoch Ansprechpartner zur Kunstfälschung. Der innereuropäische und internationale Austausch verlaufe ausschließlich über eine Zentralstelle des BKA. Diese betreue zugleich eine Fahndungsdatenbank.

Günthner hat Interviews mit Mitarbeitern sämtlicher Fachdienststellen geführt. Bemängelt würden in erster Linie die restriktiven Vorgaben zur Einziehung gefälschter Werke. Mitunter müssten diese an den meist gutgläubigen Eigentümer herausgegeben werden. Immerhin sei es möglich, die Fälschung als solche zu kennzeichnen oder ihre strafrechtlich relevanten Merkmale zu entfernen (221 ff., 338 f.; vgl. etwa BGH v. 8.6.1989 – I ZR 135/87, NJW 1990, 1986 ff.; BGH v. 15.2.1991 – 3 StR 284/90, BGH BeckRS 1991, 31079540).

Bei den Tätern der Kunstfälschung handele es sich überwiegend um Männer in einem Alter von mehr als 40 Jahren. Häufig hätten sie fundierte kunsthistorische Kenntnisse. Gelegentlich treffe man auf Beschuldigte, die es nicht geschafft hätten, sich als Künstler zu etablieren (340).

Als „Königsdisziplin“ gelte die Hingabe einer Fälschung als Sicherheit, etwa für ein Bankdarlehen. Häufig falle die Täuschung erst auf, wenn das Objekt verwertet werden solle. In der Zwischenzeit sei Verjährung eingetreten (344).

Kunsterpressung bleibe in der täglichen Arbeit nahezu unbekannt. Man vermute auch, dass Versicherungen kein Interesse an einem Rückkauf hätten. Würde ein solcher Fall publik, könnte dies zu Nachahmungen führen (357 f.; vgl. dagegen 166).

„Obwohl sich für das Deliktsfeld der Kunstkriminalität nur ein kleines Hellfeld ausmachen ließ, kann es mit den Worten der Berliner PKS als *‘quantitativ nicht bedeutsam, jedoch meist spektakulär und schadensträchtig’* ... beschrieben werden. Das Dunkelfeld der verschiedenen Ausprägungen ... wird weiterhin Platz für Spekulation sowie wissenschaftliche und polizeiliche Arbeit ... bieten. Insbesondere wird – so lässt sich jedenfalls vermuten – der bislang eher zurückhaltend behandelte Bereich um den illegalen Handel mit Kulturgütern eine zunehmende Bedeutung erhalten“ (380).

Die Dissertation *Günthners* gibt Einblick in ein wenig erforschtes Thema. Das Mosaik aus tatsächlichen und rechtlichen Informationen zeigt aber auch, dass kaum belastbare Daten vorliegen. Die mehrfach erwähnte Verschwiegenheit des Kunstmarkts (vgl. 57, 249, 306 f., 344) dürfte einer Aufhellung im Weg stehen.

Interessant wäre es gewesen, anhand von Beispielen noch etwas mehr über die neueren Methoden der Täter zu erfahren. Der Leser findet eher die allgemeine Aussage, der technische Fortschritt komme sowohl Fälschern als auch Kriminalisten zugute (vgl. 337, 343 f., 364 f., 369).

Oberstaatsanwalt Honorar-Professor Dr. Jens Lehmann, Celle

T Markus Funk, Rethinking Self-Defence

The ‘Ancient Rights’ Rationale Disentangled

Hart Publishing, Oxford 2021. 246 S., kart. £ 80,-.

Ist über die Notwehr nicht längst alles gesagt? Keineswegs, wenn man *T Markus Funk*, dem Verfasser des hier zu besprechenden, aus einer Oxforder Dissertation hervorgegangenen Werkes Glauben schenkt. Gerade die zentrale Frage nach den grundlegenden Wertungen des Notwehrrechts habe bisher zu wenig Aufmerksamkeit erfahren (S. 3). Aus deutscher Perspektive erscheint diese Einschätzung zunächst verblüffend, streitet doch die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft – worauf der Autor auch hinweist – seit Jahrzehnten intensiv über die Ratio der Notwehr. Selbst in dieser Debatte seien die relevanten Wertungspunkte jedoch nicht in toto herausgearbeitet worden. Vor allem gelte das aber für den englischen und US-amerikanischen Notwehrdiskurs, der sich vorwiegend auf Detailfragen konzentriere, ohne zunächst die normativen Grundlagen in den Blick zu nehmen. Diesem von ihm diagnostizierten Missstand will *Funk* mit einem wertebasierten Ansatz (‘value-based model’) abhelfen. Dabei konzentriert er sich auf die besonders problematische tödliche Notwehr und klammert die Notwehrhilfe aus.

Die Grundlagen des wertebasierten Ansatzes entfaltet das zweite Kapitel (S. 12 ff.). Dort identifiziert der *Autor* sieben Wertungsgesichtspunkte, die Grund und Grenzen des Notwehrrechts bestimmen sollen: (1) die Verringerung gesamtgesellschaftlicher Gewalt durch die Wahrung des Gewaltmonopols des Staats, (2) der Schutz des Lebensrechts des Angreifers, (3) die Aufrechterhaltung des Gleichordnungsverhältnisses zwischen Angreifer und Angegriffenem, (4) der Schutz der Autonomie des Angegriffenen, (5) die Gewährleistung des Vorrangs rechtlicher Verfahren, (6) die Aufrechterhaltung der moralischen Autorität des Rechts und (7) die Abschreckung des gegenwärtigen Aggressors und potentieller künftiger Angreifer. Dabei geht der *Verfasser* so vor, dass er zunächst den jeweiligen Wertungsgesichtspunkt einführt und begründet. Im Anschluss werden dann Bezüge zu den anderen Topoi aufgezeigt und Einschränkungen thematisiert. Der Begründung des Notwehrrechts sollen die Wertungsgesichtspunkte 3, 4 und 7, der Einschränkung die Aspekte 1, 2 und 5 dienen; Topos 6 könne in beide Richtungen argumentative Kraft entfalten (S. 19). Die Verteidigung der Rechtsordnung, die von der in Deutschland (noch) herrschenden dualistischen Notwehrdoktrin ins Feld geführt wird, sieht *Funk* bemerkenswerterweise *nicht* als einen eigenständigen Wertungsgesichtspunkt (S. 37 ff.). Bei ihr handele es sich nicht um einen eigenständigen Aspekt, sondern um einen Gedanken, der in verschiedenen anderen Wertungsgesichtspunkten (1, 3, 4, 6, 7) bereits enthalten sei.

Zustimmung verdient die Ausgangsthese des *Autors*, dass Inhalt und Umfang des Notwehrrechts nur angemessen zu verstehen und zu bestimmen sind, wenn man die ihm zugrunde liegenden Wertungen in den Blick nimmt. Sich hier um eine eingehende Aufklärung zu bemühen und die „hidden normativity“ (S. 3) ans Licht zu bringen, stellt daher ein Verdienst des von *Funk* propagierten wertebasierten Notwehrmodells dar. Dessen Grundlegung wirft allerdings mehrere Fragen auf. Die vom *Verf.* herausgearbeiteten Wertungsgesichtspunkte sollen nicht nur der Kategorisierung, Strukturierung und Aufdeckung impliziter normativer Prämissen von gesetzlichen Regelungen, gerichtlichen Entscheidungen und strafrechtswissenschaftlichen Doktrinen dienen, sondern ebenso ihrer kritischen Bewertung. *Funk* vertritt damit eine normative Konzeption, bei der er beantworten muss, woraus sich die Richtigkeit und Verbindlichkeit ihrer Kriterien ergibt. Da er die vorgestellten Wertungsgesichtspunkte als unabhängige Beurteilungsmaßstäbe für das geltende Recht begreift (S. 11), sind sie nicht kohärentistisch damit zu begründen, dass sie am besten zu den positiv-rechtlichen Regeln, Prinzipien und Grundsätzen der untersuchten Rechtssysteme (US, Deutschland, England) passen. Sieht *Funk* in ihnen dann überpositive Rechtsprinzipien? Oder sollen es die Topoi sein, die *faktisch* im allgemeinen Notwehrdiskurs von Bedeutung waren oder sind und nun explizit gemacht werden (in diesem Sinne wohl S. 12)? Wie könnte aber dieser Umstand *Normativität* generieren? Dass die Teilnehmer am Notwehrdiskurs sich bislang tatsächlich implizit auf die eine oder andere Weise an den von *Funk* herausgearbeiteten Wertungsgesichtspunkten orientiert haben, begründet noch nicht, dass sie das auch tun *sollen* oder *müssen*. Die normativen Gründe, die der *Autor* anführt, bleiben zumeist eher skizzenhaft. Kollektivistische und individualistische Argumente stehen zuweilen recht unverbunden nebeneinander. Eine staats- und gesellschaftsphilosophische Konzeption, die als Fundament dienen könnte, ist lediglich in Umrissen zu erkennen. Ferner: Weshalb sollen gerade die genannten Topoi die maßgeblichen sein? Warum nicht beispielsweise auch die Aspekte der Eigenverantwortlichkeit des Angreifers (notwehrbegründend) und der Solidarität (notwehreinchränkend)? Und ist die Abschreckungswirkung tatsächlich ein normativ relevanter

Gesichtspunkt und nicht – wie nicht wenige meinen – lediglich eine für die Bestimmung von Grund und Grenzen der Notwehr irrelevante Nebenfolge? Nun konzediert *Funk* im einleitenden Teil (und wiederholt im Folgenden) selbst, über die Relevanz der erwähnten Aspekte werde sicher gestritten werden (S. 3) und es könne durchaus auch weitere Wertungsgesichtspunkte geben (S. 10). Inwieweit kann er aber dann im Rahmen des von ihm propagierten Gesamtabwägungskonzepts für seine Beurteilungen gesetzlicher Notwehrregelungen und gerichtlicher Entscheidungen Gültigkeit beanspruchen, wenn bei einer Ablehnung eines genannten Topos oder bei einer Berücksichtigung weiterer Aspekte das Abwägungsergebnis und der auf dieser Grundlage gebildete Bewertungsmaßstab womöglich ganz anders aussähen? Hinzu kommt: Zu welchem Ergebnis eine Gesamtabwägung der konkret einschlägigen Wertungsgesichtspunkte in verschiedenen Fallkonstellationen führt, lässt sich nur beurteilen, wenn man weiß, wie die Topoi jeweils zu gewichten sind. Eine intersubjektive Begründung von Gewichtungsfaktoren findet sich bei *Funk* indes nicht. Dass – jedenfalls im Grundsatz – allen Wertungsgesichtspunkten abstrakt *derselbe Wert* zukommt und für die konkrete Saldierung sodann nur noch zu klären ist, welche Topoi in der jeweiligen Fallkonstellation einschlägig sind (so – wenn auch unter Hinweis auf eine veranschaulichungsbedingte Vereinfachung – S. 70 ff.), versteht sich keinesfalls von selbst und überzeugt schon wegen der – auch vom *Verf.* gesehenen – Überschneidungen verschiedener Topoi kaum. Zwar versucht *Funk* entsprechende Einwände durch den Hinweis zu relativieren, dass es ihm gar nicht so sehr um die Begründung bestimmter Abwägungsergebnisse gehe; vielmehr strebe er vor allem die Entwicklung eines Analyserasters an, das durch die Explikation der bei der Notwehr zu beachtenden Wertungsgesichtspunkte eine demokratischere, transparentere und rationale Entscheidungsfindung ermögliche (S. 211). Das steht freilich etwas in Kontrast zu den Bemühungen des *Autors*, durchaus eine ganze Reihe *inhaltlicher* Fragen auf der Basis seines wertebasierten Ansatzes zu beantworten und so Leitlinien für eine allgemeine Notwehrdoktrin zu entwerfen.

Im dritten Kapitel (S. 74 ff.) vergleicht *Funk* sein Modell mit diversen Notwehrdoktrinen vorwiegend angloamerikanischer Provenienz und bemängelt, diese berücksichtigten stets nur einseitig einen oder einige der von ihm herausgearbeiteten Wertungsgesichtspunkte. Die Ausführungen hierzu sind zweifellos erhellend und scharfsinnig. Gleichwohl bleiben aber auch an dieser Stelle Fragen. Man mag zwar etwa *im Ergebnis* den Einwänden des *Autors* gegen die vereinzelt vertretene Ansicht beipflichten, tödliche Notwehr sei nur zur Verteidigung gegen Angriffe auf das Leben zulässig und scheidet daher selbst zur Abwendung schwerster Körperverletzungen oder Vergewaltigungen aus (S. 76 ff.). Kritikwürdig ist eine solche das Lebensrecht des Angreifers ganz in den Vordergrund stellende Notwehrdoktrin allerdings nicht schon deshalb, weil es konkurrierende Wertungsgesichtspunkte gibt. Diese müssen auch hinreichend gewichtig sein, um eine Einschränkung des Lebensrechts des Angreifers zu rechtfertigen. Um das darzutun, bedarf es einer *inhaltlichen Begründung*, die die Ausführungen von *Funk* indes nicht enthalten.

Das vierte Kapitel wendet sich einer Reihe von grundlegenden Fragen zu, um sie aus der Perspektive des wertebasierten Ansatzes zu beantworten (S. 93 ff.). Unter anderem: (1) Ist Notwehr ein Rechtfertigungs- oder ein Entschuldigungsgrund? Wie wirken sich in diesem Zusammenhang Irrtümer des Verteidigers aus? (2) Wann ist die tödliche Notwehr erforderlich? Wie hängen dabei Erforderlichkeit und Unmittelbarkeit zusammen? Muss der Angegriffene sich womöglich zurückziehen oder andere Maßnahmen der Konfliktvermeidung

ergreifen? (3) Welchen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegt die Notwehr? Was folgt daraus für die Tötung des Angreifers zur Verteidigung des Eigentums? (4) Was ergibt sich aus der EMRK für das deutsche und das englische Notwehrrecht? (5) Wie ist mit nicht schuldfähigen Angreifern umzugehen? (6) Folgt die Verteidigung bei Angriffen auf die Polizei speziellen Regeln?

Nur einige Punkte seien hier herausgegriffen. *Funk* plädiert dafür, auf das Unmittelbarkeitsanforderungsmerkmal als eigenständige Notwehrvoraussetzung zu verzichten (S. 108 ff.). Damit würde eine Präventivnotwehr prinzipiell möglich. Einen entscheidenden Vorteil einer solchen zeitlichen Erweiterung des Notwehrrechts sieht der *Verf.* darin, hierdurch die sog. „Haustyrannenfälle“ einer gerechten Lösung zuführen zu können (S. 129 ff.). Soweit er zur Begründung auf die Wertungsgesichtspunkte 3 und 4 verweist, lässt sich allerdings einwenden, dass das Gleichordnungsverhältnis zwischen Angreifer und Angegriffenem und die Autonomie des Letzteren erst missachtet werden, wenn Ersterer zu seinem Angriff unmittelbar ansetzt. Gefahrenabwehrmaßnahmen vor diesem Zeitpunkt sind daher besser als Fall des Defensivnotstands anzusehen. Ferner propagiert der *Autor* unter Verweis auf die Topoi 1, 2 und 5 eine (wenn auch begrenzte) Pflicht des Angegriffenen auszuweichen – etwa, indem er einen bestimmten Ort, an dem er mit einem Angriff auf sich rechnet, von vornherein meidet (S. 112 ff.). Eine Abwertung der Autonomie des Angegriffenen (vgl. S. 113), nur weil dieser weiß, dass ein anderer sie zu verletzen bereit ist, berücksichtigt indes nicht zureichend die allein beim Angreifer liegende Verantwortung für das Entstehen der Konfliktlage. Dass tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sacheigentum vom Standpunkt des wertebasierten Ansatzes jedenfalls im Regelfall abzulehnen sein soll, wird knapp begründet (S. 116 f.). Art. 2 EMRK wird in diesem Zusammenhang angesprochen; der *Verf.* tendiert zu der Ansicht, aus ihm ergebe sich ebenfalls ein entsprechendes Notwehrverbot (S. 122). Die diesbezüglich abweichenden Ansichten aus dem deutschen Schrifttum werden zwar erwähnt, aber nicht näher diskutiert.

In den Kapiteln fünf, sechs und sieben werden sodann die Notwehr im deutschen (S. 134 ff.), US-amerikanischen (S. 166 ff.) und englischen Recht (S. 188 ff.) eingehend und unter Berücksichtigung der wesentlichen Streitstände vorgestellt und jeweils abschließend vom Standpunkt des wertebasierten Ansatzes beurteilt. Der interessierte Leser erhält hier einen lehrreichen Überblick, der die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den verschiedenen Notwehrrechten aufzeigt und dabei, der Zielsetzung der Arbeit entsprechend, den Blick auf die zugrunde liegenden Wertungen richtet. Instruktiv ist der Aufweis, dass die US-amerikanischen Selbstverteidigungsbefugnisse – die sich freilich von Bundesstaat zu Bundesstaat unterscheiden können – entgegen einem gelegentlich anzutreffenden Vorurteil insgesamt keineswegs besonders scharf, sondern im Vergleich eher restriktiv sind (vgl. S. 171 ff., 181 ff.). Für problematisch hält es der *Autor*, dass das englische Recht das Bestehen einer Notwehrlage mittlerweile nicht objektiv, sondern subjektiv nach der – aufrichtigen – Vorstellung des Verteidigers bestimmt (S. 190 ff.). Die große Stärke des deutschen Notwehrdiskurses sieht er darin, dass anders als in den USA und England gerade in den schwierigen Fällen die Wertungsfragen ausdrücklich thematisiert würden, was der Qualität der Entscheidungsfindung diene (S. 163 ff.).

Die Arbeit beschließt eine knappe Zusammenfassung des Argumentationsgangs und der zentralen Ergebnisse mit einer informativen tabellarischen Übersicht am Ende (S. 211 ff.).

Ein wesentliches Verdienst der Arbeit von *Funk* besteht zunächst darin, den Leserinnen und Lesern nicht bloß einen einfachen vergleichenden Überblick über die Notwehrrechte Deutschlands, der USA und Englands zu bieten, sondern mit der Frage nach den Wertungsgrundlagen eine interessante untersuchungsleitende Problemstellung zu formulieren, die den Vergleich strukturiert und die Ausführungen zu einer Einheit verbindet. Anerkennung verdient auch das Bemühen, die für das Selbstverteidigungsrecht prinzipiell maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte zu identifizieren und mit ihrer Hilfe Leitlinien für eine allgemeine Notwehrdoktrin zu erarbeiten. Hier sind hinsichtlich der Tragfähigkeit des vorgestellten wertebasierten Ansatzes freilich noch eine Reihe von Fragen – auch grundlegender Natur – offen. In jedem Fall hat *Funk* aber mit seiner informativen und anregenden Studie gezeigt, dass die Notwehrdebatte längst noch nicht an ihr Ende gekommen ist. Die Lektüre seines Buchs sei allen an der Notwehr Interessierten ans Herz gelegt.

Professor Dr. Armin Engländer, München

Alix Giraud-Willer, Kritik starrer Mindeststrafen

Ein Beitrag zur Lockerung absoluter und starrer (Mindest-)Strafdrohungen im Lichte der deutsch-französischen Rechtsentwicklung.

Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2021. XVII, 152 S., Ln., € 89,-.

Strafzumessung gilt als genuin richterliche Aufgabe, und die Richterschaft sieht es ungern, wenn sie in dieser ihrer ureigenen Domäne tatbestandlichen, gesetzgeberischen Beschränkungen (in Gestalt von Mindeststrafen) unterworfen wird. Deren Ausmaß ist freilich historisch und geographisch variabel. So hält es der deutsche Gesetzgeber zuweilen für nötig, dem (selbst wenn rechtlich gebunden) richterlichen Ermessen Leitplanken zu setzen und dekretiert Mindeststrafen für bestimmte Tatbestände. Sein Pendant in Frankreich hingegen hat mit einer Revision im Jahre 1992 Mindeststrafen im Besonderen Teil vollständig aufgehoben. Es ist dieser Hintergrund, der eine Auseinandersetzung mit den je einschlägigen Überlegungen als reizvoll erscheinen lässt, zumal sie von einer *Autorin* stammt, die mit beiden Rechtsordnungen vertraut ist. *Alix Giraud-Willer* gliedert ihre Untersuchung in zwei Hauptteile: Zunächst konturiert sie, unter dem Titel der „Fundierung starrer Mindeststrafen“, ihren Gegenstand (7–87), um diesen im zweiten Teil (89–148) ausführlich kritischen Einwänden gegenüberzustellen.

1 a) Im ersten Teil befasst sich die Studie mit der Stellung starrer Mindeststrafen (genauer: -strafdrohungen) im deutschen und französischen System. Das StGB, indirekt und abgeschwächt auch die StPO, enthalten mannigfach solch untere Schwellenwerte, die in ihrer extremen Form, bei einer zwingend angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe, etwa im Fall von § 211 StGB, zur Auslöschung richterlichen Strafzumessungsermessens führen. Aber unbesehen davon sind sie auch sonst nach wie vor nicht selten, wie die *Verfasserin* mit Hinweis auf die historische Entwicklung deutlich macht. Der Code pénal hingegen, wie erwähnt, schaffte 1992 sämtliche Mindeststrafen im Besonderen Teil ab. Zusammen mit erheblich höheren Strafrahmobergrenzen (etwa 30 Jahre für die zeitige Freiheitsstrafe,

Art. 131-1 Abs. 1 Nr. 2 CP) kommt darin ein gewaltiges Vertrauen in die Richterschaft zum Ausdruck.

Aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel gibt es keine prinzipiellen Vorbehalte gegen Mindeststrafen. So hat das BVerfG bekanntlich die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord nicht bemängelt, und dasselbe gilt für die fünfjährige Untergrenze bei besonders schwerer Brandstiftung. Erst bei (näher ausgeführten) „untragbaren Ergebnissen“ müsste die Mindestschwelle unterschritten werden, wie es der Große Senat im „Onkelfall“ vorgemacht hat. Die Situation in Frankreich ist der deutschen nicht unähnlich: Auch hier respektiert die gerichtliche Seite die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, und auch hier kommt eine richterliche Korrektur einer Mindeststrafe aus Gründen der Verhältnismäßigkeit „nur in krassen Fällen“ (31) in Betracht. Der richterliche Ermessensspielraum bei der Strafzumessung indessen erscheint erweitert: Der „principe de l'individualisation des peines“, offenbar jenseits des Verschuldens angesiedelt, soll ein Mehr an Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ermöglichen, als es die hiesige Rechtslage zulässt. Insofern hätte man gerne Näheres erfahren, insbesondere das Verhältnis solcher Individualisierung zum Schuldprinzip.

b) Starre Mindeststrafen lassen sich auch unter dem Aspekt der Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht beschreiben. Historisch stellten sie in Frankreich, kombiniert mit dem System der Jury, den gegen das vorrevolutionäre Justizsystem gerichteten Versuch des Bürgertums dar, Strafen berechenbar zu machen. Zugleich war der Richter auf den sprichwörtlichen *Montesquieschen* Subsumtionsautomaten reduziert, und angesichts starrer Strafdrohungen war jede Strafzumessungsbegründung entbehrlich. Ohne auf die Entwicklung in Deutschland einzugehen, befasst sich die Darstellung anschließend mit dem Verhältnis zwischen Mindeststrafen und dem Gesetzlichkeitsprinzip. Während sich insofern Strafrahenobergrenzen mit dem Schutz des Verurteilten vor exzessiver Strafe problemlos erklären lassen, fällt die Antwort für das andere Ende der Skala schwerer. Die *Verf.* zieht sich diesbezüglich auf die Position zurück, dass die Statuierung von Untergrenzen dem Gesetzgeber „grundsätzlich“ freistehe, er aber Lockerungsmechanismen vorzusehen habe (65). Absolut gefasste Strafdrohungen jedenfalls, scil. Identität von Mindest- und Höchststrafe, wie die lebenslange Freiheitsstrafe beim Mord, betrachtet *Giraud-Willer* als Fremdkörper im Regelwerk der Strafzumessung. Im Übrigen lassen sich Mindeststrafen als Versuch des Gesetzgebers verstehen, bei bestimmten Straftaten – gegen reale oder vermeintliche richterliche Milde – ein gewisses Strafniveau aufrecht zu erhalten. Mindeststrafen würden so gesehen die Gesellschaft schützen, Strafobergrenzen hingegen den Verurteilten. Beispielhaft erläutert die *Verf.* in der Folge die politische Instrumentalisierung von Mindeststrafdrohungen und zeigt, wie die starre Rechtsfolge von § 211 StGB zur Gleichbehandlung von Ungleichem zwingt. Im Ergebnis sieht sie dadurch das Schuldprinzip verletzt.

2 a) Der zweite Teil geht der Frage nach, ob sich das Ziel „Rechtssicherheit“ mit starren Mindeststrafen überhaupt erreichen lässt (89 ff.). Überschrieben mit „Ablehnung starrer Mindeststrafen“ vermutet man zunächst eine Festlegung der *Autorin* selber. Doch zeigt sich sehr bald, dass es (hier) weniger um ihre persönliche Einschätzung als darum geht, Methoden zu beschreiben, um „starre Mindeststrafen“ zu unterschreiten, und zwar zunächst solche „gegen das Gesetz“. So zeigt sie in einer historischen Rückschau auf, welche Wege im

französischen Strafsystem die Gerichte beschriften haben, um überhöhte Mindeststrafen zu umgehen, und sei es um den Preis von Freisprüchen („acquittements scandaleux“, unweigerlich an die US-amerikanische Diskussion zur „Jury Nullification“ erinnernd). Daran vermochte auch der Versuch des Gesetzgebers im Code d'instruction criminelle von 1808, die Fragen an die Jury zu reduzieren und ihr so weniger Spielraum für ein „opting out“ zu bieten, nichts zu ändern. Im Ergebnis urteilte die Jury deshalb nicht mehr über die Frage „schuldig – nicht schuldig“, sondern darüber, dass die (angedrohte) Strafe zu hart war. Solche Entscheidungen contra legem fielen erst weg, als in Frankreich 1941 das Prinzip der Trennung zwischen Tat- und Rechtsfragen aufgehoben und die Berufs- mit den Laienrichtern zu *einem* Spruchkörper vereinigt wurden. Die Situation in Deutschland, wo sich nach 1871 die Geschworenengerichte im ganzen Land etablierten, war nicht wesentlich anders; insbesondere erschwerte auch hier die fehlende Begründung des Juryspruchs dessen Überprüfung. Mit der Aufhebung der Schwurgerichte fand diese Rechtslage 1924 ihr Ende. Unvermittelt führt uns dann die Autorin wieder in die Gegenwart, wo Freisprüche infolge von als überhöht eingestufte Mindeststrafen noch stets vorkommen, nur aber nicht mehr „freihändig“, sondern über die (reguläre) Tatbestandsauslegung, die sich bekanntlich auch an der angedrohten Strafe zu orientieren hat. Wo dies nicht möglich ist, behilft sich die Praxis, zumindest beim Heimtückemerkmal des Mordtatbestandes, mit der bereits erwähnten Rechtsfolgenlösung, deren Bewertung durch die *Verf.*, verglichen mit der dezidierten Ablehnung im überwiegenden Schrifttum, deutlich milder ausfällt. In Frankreich hat zudem (bereits) die Staatsanwaltschaft eine Kompetenz zur Nichtberücksichtigung von qualifizierenden Tatmerkmalen („correctionnalisation judiciaire“), die ihren deutschen Kollegen fehlt.

b) Mindeststrafen lassen sich nach unten auch durch entsprechende gesetzliche Regelungen öffnen, also „mittels des Gesetzes“ (121 ff.). In Frankreich geschah dies über die „circonstances atténuantes“, deren Entstehung die Studie minutiös nachzeichnet. Dabei ist bemerkenswert, dass solche mildernden Umstände nicht etwa die Funktion hatten, eine als zu hart empfundene Strafdrohung abzusenken, sondern der oben geschilderten gesetzwidrigen Freispruchpraxis abhelfen sollten, indem sie gegen deren Ursache, eben die überlangen Strafanordnungen, gerichtet waren, kurz: Dank den „circonstances atténuantes“ sollten sich annehmbare Strafmaße herstellen und ungerechtfertigte Freisprüche vermeiden lassen. Dieses Ansinnen war offenbar erfolgreich, zumal der Code pénal von 1832 auf jede inhaltliche Bestimmung dieser Milderungsgründe verzichtete und ihre Annahme, dem Jurysystem inhärent, begründungslos erfolgte. Mit der Abschaffung der Mindeststrafen 1992 hatten dann auch die „circonstances atténuantes“ ihre damalige Funktion verloren; der heutige Code pénal enthält sie nicht mehr. Das französische Vorbild hatte indessen 1851 Eingang in das Preußische StGB gefunden und sich in Gestalt der minder schweren Fälle bis zur Gegenwart halten können. Zum Schluss kehrt die *Autorin* zu der starren Strafdrohung von § 211 StGB zurück und diskutiert kurz verschiedene Wege ihrer Flexibilisierung; vorzugswürdig erscheint ihr die Einführung eines Strafrahmens, was sie nicht aus sich selbst heraus, sondern mit den negativen französischen Erfahrungen zu den „circonstances atténuantes“ begründet.

3. *Giraud-Willer* hat eine umsichtig verfasste Studie zu einem Thema vorgelegt, dessen Bedeutung für die Strafzumessung im Einzelfall ganz erheblich ist. Dabei handelt es sich – anders als der Titel glauben machen könnte – nicht einzig um eine „Kritik“ starrer Mindeststrafen, sondern zuallererst einmal um deren nähere Beschreibung und historische Her-

leitung. Gerade sie ist aufschlussreich, zeigt sie doch, wie die Praxis, sowohl in Frankreich wie in Deutschland, seit jeher Mittel und Wege gesucht und gefunden hat, allzu hohe Strafminima im Einklang *mit* dem, jedenfalls in Frankreich auch *gegen* das Gesetz, abzusenken. Dabei macht die *Autorin* aus ihrem Herzen keine Mördergrube: Insbesondere die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe von § 211 StGB hält sie für verfehlt, und auch andere „starre“ Strafdrohungen müssten ihrer Ansicht nach aufgeweicht oder abgesenkt werden; für das französische Recht stellt sich dieses Problem nicht (mehr). So blickt man zurück auf eine sorgfältig dargelegte Entwicklung der Mindeststrafen in den beiden Strafgesetzbüchern, die im Ausgangspunkt ziemlich nahe beieinander lagen, heute sich in diesem Punkt indessen ganz wesentlich unterscheiden, ein gut begründeter Befund rechtsvergleichend-historischer Forschung. Man legt den schmalen Band mit Gewinn aus der Hand.

Professor Dr. Felix Bommer, Zürich

Isabel Wendeburg, Die Bedeutung des Irrtums über täterschaftsbegründende Umstände

Eine Untersuchung der vermeintlichen und verkannten Täterschaft

(Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge; Bd. 284) Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2018. 400 S., kart. Print: € 99,90; E-Book: € 89,90; Print & E-Book: € 119,90.

I. *Isabel Wendeburg* untersucht in ihrer Dissertation die Auswirkungen, die derartige Irrtümer auf verschiedene Konstellationen (möglicher) strafrechtlicher Handlungsverantwortung haben können.

Die von ihr diskutierten Konstellationen werden in der Strafrechtsdogmatik gemeinhin unter den Schlagworten „vermeintliche Mittäterschaft“ und „vermeintliche mittelbare Täterschaft“ diskutiert. Beide Konstellationen betrachtet die *Autorin* jeweils in Hinsicht auf Irrtümer, bei denen der untersuchte Akteur sich entweder über- oder unterschätzt, d.h. die eigene Bedeutung für das Geschehen auf Grund eines Irrtums falsch bewertet. In dieser Matrix der Probleme ist die Konstellation der vermeintlichen Mittäterschaft, in der der Täter eine andere Person für einen Mittäter hält (seine *eigene* Bedeutung also unterschätzt), die Kernkonstellation (16 ff.), von der ausgehend dann die anderen Variationen durchgespielt werden.

Als Ausgangspunkt setzt die *Autorin* die Frage, ob es gemeinsame allgemeine Grundlagen der Täterschaft gibt, aus denen sich ableiten lasse, wie sich die Irrtümer für die Handelnden auswirken und ob sich einheitliche Maßstäbe entwickeln lassen (14 f.). Dabei legt sie ihrer Untersuchung ausdrücklich ein Konzept der – im Wesentlichen von *Roxin* entwickelten – Tatherrschaftslehre zugrunde (z.B. 14, 69 Fn. 219), setzt dieses also axiomatisch für die Entwicklung ihrer Gedanken zu der untersuchten Frage.

II. Die *Verfasserin* kommt am Ende der Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die meisten Konstellationen vermeintlicher mittelbarer Täterschaft oder vermeintlicher Mittäterschaft grundsätzlich (zu anderen Konstellationen vgl. 330 ff., 361 ff.) nicht strafbar sind. Im Kern

stützt sie dieses Ergebnis auf das von ihr zugrunde gelegte Verständnis der Tatherrschaftslehre und deren Bedingungen für Täterschaft.

Wendeburg nähert sich diesen Konstellationen, indem sie zunächst einige Vorfragen abschichtet: So geht sie für den Versuch von Gesamtlösungsansätzen aus, da eine Strafbarkeit für diese Sachgestaltungen sonst jedenfalls aus Gründen der Versuchsdogmatik scheitern würde (29 ff. für die Mittäterschaft, 126 ff. für die mittelbare Täterschaft). Im Anschluss daran erläutert sie, von welchem Zurechnungskonzept der Tatherrschaftslehre sie ausgeht (54 ff. für die Mittäterschaft, 156 ff. für die mittelbare Täterschaft): Zurechnung nicht eigenhändig begangener Tatbeiträge setzt danach voraus, dass ein Zurechnungsgegenstand, ein Zurechnungssubjekt und eine Zurechnungsgrundlage identifiziert werden können. Zurechnungsgegenstand ist dabei die Einwirkung auf die Außenwelt, Zurechnungssubjekt der hier im Fokus stehende vermeintliche Mittäter oder mittelbare Täter, und Zurechnungsgrundlage die Tatherrschaft, einmal in Form des Tatplans verknüpft mit dem eigenen Tatbeitrag, das andere Mal in Form der Steuerungsherrschaft.

Vor dem Hintergrund dieser den Täterformen gemeinsamen Systematisierung über die Tatherrschaftslehre betont die *Autorin*, dass die Irrtumskonstellation für alle Täterformen gleich zu behandeln sei (172 ff.), da es sich bei beiden um eine „Subjektivierung der Tatherrschaft beim Versuch“ (174) handle. Für die Täter Voraussetzungen untersucht sie in einem nächsten Schritt, ob diese sich in objektive und subjektive Bestandteile trennen lassen. Denn nur dann sei es denkbar, die allgemeinen Regeln, die eine solche Trennung voraussetzen, wie insbesondere die Versuchsvorschriften, anzuwenden (177). Im Ergebnis bejaht sie diese Frage: Die Täter Voraussetzungen wiesen einen objektiven und subjektiven Bestandteil auf, der sie zwar nicht zu Tatbestandsmerkmalen mache; man könne sie aber wie solche behandeln (89 ff.). Grundsätzlich könnten damit die Vorschriften über den Versuch auf die hier untersuchten Irrtumskonstellationen angewandt werden (208).

Da das Gesetz vom Alleintäter als Maßstab ausgehe, und Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft aus Gründen der Gleichbehandlung an diesem orientiert zu verstehen seien, untersucht die *Autorin* in der Folge, wie sich die Voraussetzungen von § 25 StGB und § 22 StGB mit Rücksicht auf die Tatherrschaftslehre lesen lassen. Zwingende Schlüsse ließen sich dabei allerdings aus der Regelung des § 22 StGB nicht ziehen; der Strafgrund des Versuchs (Auflehnen gegen die Rechtsordnung) lasse aber erkennen, dass ein Versuchstäter jedenfalls Tatherrschaft (als Tatplan oder Steuerungsmacht) über das äußere Geschehen haben müsse (227 f.). Was dafür jeweils ausreiche, hänge vom Stadium ab, in dem die Tat beurteilt würde und müsse im Vergleich zu der wegen § 25 StGB und damit insbesondere im Strafmaß gleichgestellten Konstellation des Alleintäters bestimmt werden (230).

Da Strafbarkeit eines Handelnden als vermeintlichem Alleintäter aber nicht möglich sei, folge aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Strafbarkeit einer vermeintlichen Mittäterschaft oder vermeintlichen mittelbaren Täterschaft ebenfalls ausscheide (236 ff.). Auch eine Strafbarkeit, die darauf aufbaue, dass man Gleiches – die verschiedenen Täterschaftsformen – mit einem guten Grund ungleich behandeln könnte, scheide im Ergebnis aus (236 f.). Eine Strafbarkeit des Alleintäters setze zumindest eine Ansatzhandlung voraus (236), was dann wenigstens auch für die anderen Formen der Täterschaft zu fordern sei (238). Die Tatherrschaft als Zurechnungsgrundlage trete aber gerade an die Stelle der Beherrschung der Tat durch die eigenhändige Begehung durch den Alleintäter und kompen-

siere gerade diesen Mangel bei den anderen Täterschaftsformen (238 f.). Rein subjektiv könne sie daher nicht sein, sofern man nicht die Gleichsetzung der Täterschaftsformen aufgeben wolle (240).

De lege ferenda zieht die *Autorin* dann in Erwägung, ob eine ungleiche Regelung möglich wäre, die an die Täterschaftsvoraussetzungen bei der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft andere Maßstäbe anlegt, so dass eine vermeintliche Tatherrschaft für beide Varianten ausreichen könnte (241 ff.). Hierfür untersucht *Wendeburg* die Tatherrschaft als Zurechnungsgrundlage (241 ff.) und geht der Frage nach, inwieweit sich diese rein subjektiv (als Vorstellung) bestimmen ließe. Im Ergebnis lehnt sie dies aber ab: Die Besonderheiten der Täterformen mit mehreren Beteiligten zeigten sich beim Zurechnungsgegenstand, nicht aber bei der Tatsache, dass zugerechnet werden können müsse (241 ff.). Die Tatherrschaft als Zurechnungsgrundlage für ein Geschehen in der Außenwelt sei unabhängig von der Erfolgszurechnung, und deshalb unabhängig von einer Subsumtion der Gesamttat als Versuch oder Vollendung (244). Es sei daher nicht nötig, auf den objektiven Bestandteil der Zurechnungsgrundlage zu verzichten (249 und 255). Aus diesen Überlegungen folge dann die grundsätzliche Straflosigkeit der Konstellationen vermeintlicher Mittäterschaft (255 ff., 339 ff.) und vermeintlicher mittelbarer Täterschaft (260 ff., 339 ff.), da die bloße Vorstellung der Tatherrschaft nicht ausreiche.

III. Die *Autorin* hat eine Arbeit vorgelegt, die eine mögliche konzeptuelle Antwort für die Konstellationen der sog. vermeintlichen Mittäterschaft und vermeintlichen mittelbaren Täterschaft vorstellt. Sie arbeitet dabei überzeugend heraus, dass diese Antwort voraussetzt zu verstehen, was genau Täterschaft bedeutet. Damit zeigt sie auch deutlich, dass die Frage nach der Bedeutung des Irrtums und der deswegen im Raum stehenden Versuchsstrafbarkeit konsequent aus dem Verständnis der (jeweiligen) Täterlehre, des Zurechnungsmechanismus der Tatherrschaftslehre und den Unterschieden zwischen verschiedenen Vorgängen folgt, die üblicherweise als Zurechnung bezeichnet werden.

In Hinsicht auf die aufgeworfene Problemstellung bedeutet das allerdings auch, dass diese *hinter* die Diskussion um das Verständnis der Täterlehre – in der Form einer Tatherrschaftslehre – in den Hintergrund tritt. Auch wenn die rechtliche Konsequenz angemessen kurz gezogen und dargestellt wird, weist das Buch eine argumentative Unwucht auf: Es wirkt, als folge man dem Prozess, in dem die *Autorin* ihre Gedanken und ihre Lösung über die Auseinandersetzung mit der Tatherrschaftslehre entwickelt hat, ohne dass diese Überlegungen auf ein Ergebnis hin strukturiert wurden. Damit kommt es aber zu inhaltlichen Wiederholungen und langen Anläufen, bis dann auf 170 ff., 175 ff. die eigentliche Frage des Buchs präzisiert gestellt wird.

Einen ähnlichen Eindruck hinterlässt auch die sprachliche Umsetzung: Weitgehend kann man der Argumentation gut folgen; gelegentlich – und leider an markanten Stellen – stolpert man dann aber über ungeschickte Formulierungen, die auch die Argumentation in der Sache verschleiern. So verwendet *Wendeburg* gerne substantivische Satzkonstruktionen, die bedingen, dass im Kontext der jeweiligen Prüfung kreative Wortschöpfungen nötig werden. Das gilt insbesondere für die „Modifikation“ (z.B. auf den Seiten 230, 245, 250) von Tatbeständen durch andere und den „Subsumtionsstoff“ (z.B. 243, 250, 255), die durch „anwendbar“ (wenn man davon ausgeht, dass nicht eine extra-legale Änderung des geltenden Rechts gemeint sein soll) und „subsumieren“ ohne weiteres ersetzbar gewesen wären.

Zudem wechseln gelegentlich sprachlich verbindlich und unverbindlich formulierte Abschnitte der Argumentation, so dass nicht immer ohne weiteres nachvollziehbar ist, welche Prüfungsschritte aufeinander folgen und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. So verläuft etwa die Prüfung der Frage, ob eine Änderung des Gesetzes für die vermeintlichen Täterschaftsformen „sinnvoll“ sei (241), über die Antwort, dass es nicht notwendig sei, die Tatherrschaft vollständig subjektiv zu bestimmen (249), zu der Schlussfolgerung, dass Tatherrschaftslehre und Täterlehre eine subjektive Bestimmung ohnehin ausschließen (249 f.). Hier wird – mit einem argumentativen Zirkel – von einer *de lege ferenda* Argumentation zu einer *de lege lata* gewechselt, ohne dass die Maßstäbe deutlich werden.

Exemplarisch lässt sich das an dem Abschnitt zeigen, in dem die *Autorin* die maßgeblichen dogmatischen Kriterien für die aufgeworfene Frage diskutiert (230–255). Die der Argumentation maßgeblich zugrunde gelegte Prämisse, dass alle Formen der Täterschaft gleich zu behandeln seien, wird dabei allerdings recht cursorisch mit Art. 3 GG und den Grundannahmen der Tatherrschaftslehre begründet. Im Ergebnis ist an dieser Aussage nichts auszusetzen; für die Bedeutung dieser Überlegungen in der Argumentationskette wäre es allerdings wünschenswert gewesen, wenn genauer erläutert worden wäre, was denn aus dieser Gleichstellung für die Täterformen folgen soll: Schließlich unterscheiden sich die Täterformen bereits in den gesetzlichen Grundlagen, so dass sowohl für eine Gleichbehandlung als auch eine Ungleichbehandlung Anknüpfungspunkte vorhanden sind. Verfassungsrechtliche und strafrechtliche und -dogmatische (?) Argumente fließen hier ineinander über, ohne dass immer deutlich wird, in welchem normativen Verhältnis sie zueinander stehen (z.B. 231 f., 250).

IV. Insgesamt hinterlässt die Arbeit einen gemischten Eindruck: Eine Überarbeitung von Struktur und Sprache hätte der Arbeit nicht geschadet. Der dogmatische Ansatz ist nachvollziehbar; es ist gut herausgearbeitet, wie Irrtumsfragen und Täterlehre zusammenhängen. Im Detail verliert die Arbeit dann aber bedauerlicherweise an Prägnanz: Die im Ergebnis nachvollziehbare dogmatische Lösung, die die *Autorin* vorschlägt, könnte vertiefter und stringenter begründet sein.

Dr. Christina Globke, Mainz

Strafrecht von A-Z

Die Definitionensammlung zum Besonderer Teil des Strafrechts verarbeitet den Lernstoff nach Art eines Lexikons zu einem strafrechtlichen Wörterbuch der gesetzlichen Begriffe, das **etwa 170 alphabetisch angeordnete und kommentierte Definitionen** umfasst. Das Problemfeld der Begriffe wird so verdeutlicht und durch Literatur- und Rechtsprechungshinweise mit markanten wörtlichen Zitaten sowie zusätzlichen Erläuterungen lehrbuchartig vertieft.

Für die 11. Auflage wurden Rechtsprechung und Literatur auf den Stand Januar 2022 gebracht. Änderungen und Erweiterungen finden sich unter anderem beim neugefassten Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) und bei den Mordmerkmalen, den Tathandlungen der Hehlerei (§ 259 StGB), den Merkmalen des Kraftfahrzeugrennens (§ 315d StGB) sowie dem Wohnungsbegriff (§ 244 StGB).

Weitere Infos unter: www.otto-schmidt.de/cfm



Prof. Dr. Wilfried Küper/
Prof. Dr. Jan Zopfs

Strafrecht Besonderer Teil **Definitionen mit Erläuterungen**

11., neu bearbeitete Auflage 2022

XVI, 600 Seiten. € 30,-

ISBN 978-3-8114-5546-7

(Grundbegriffe des Rechts)

Auch als ebook im Online-Handel erhältlich



C.F. Müller

Jura auf den  gebracht



Vermeidung von Bestechung durch Wirtschaftsunternehmen

**Ein Vergleich legislativer Konzepte Deutschlands,
der Russischen Föderation, Großbritanniens
und der USA**

Von Kerstin Waltenberg.

2021. 552 Seiten. Kartoniert. € 115,-
ISBN 978-3-8114-5271-8



Der Entwurf des Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (VerSanG) sieht einen Paradigmenwechsel in Bezug auf die strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit in Deutschland vor. Unternehmen sollen demnach, wenn aus ihnen heraus oder zu ihren Gunsten Wirtschaftsstraftaten begangen werden, einem Beschuldigten im Strafverfahren gleichgestellt werden.

Die rechtsvergleichende Dissertation beschäftigt sich mit den im Unternehmenszusammenhang auftretenden Korruptionsstraftaten und beleuchtet dabei folgende Fragen: Sind die derzeit geltenden Grundlagen der Unternehmensverantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten in Deutschland tatsächlich änderungsbedürftig? Wie potenziell effektiv ist das geltende deutsche Recht im internationalen Vergleich? Gibt es Vorbilder im Ausland, an denen es sich – ggf. alternativ zum VerSanG-orientieren könnte?

Die Arbeit vergleicht die Situation in Deutschland mit derjenigen in der Russischen Föderation, Großbritannien und der USA. Konkret gegenübergestellt werden die in den Ländern jeweils geltenden Bestechungsstraftatbestände für In- und Auslandsbestechung, Bestechung von Amts- und Mandatsträgern sowie im geschäftlichen Verkehr. Beleuchtet wird zudem die Verantwortlichkeit aufseiten von Unternehmen und ihren Leitungspersonen, Organen und Vertretern. Die Autorin zeigt dabei Regelungslücken auf und analysiert Verbesserungspotenziale. Ansätze zur Effizienzsteigerung und Harmonisierung werden von ihr vor dem jeweiligen rechtshistorischen und -kulturellen Hintergrund eingehend diskutiert.

Das Update für Ihre Handbibliothek

Handbuch der Justiz 2022/2023

Die Träger und Organe der rechtsprechenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Herausgegeben vom Deutschen Richterbund. 36. Jahrgang 2022.

Alle Personen und Institutionen der deutschen Gerichtsbarkeit.

- Ein vollständiger Überblick über die Strukturen und personelle Besetzung der Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizverwaltungen in Bund und Ländern, des EuGH und EuG, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Internationalen Seegerichtshofs und der Amtsgerichte
- Namen und Dienststellen von Richtern, Staatsanwälten und Beamten. Mehr als 30.000 Einträge!
- Postanschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mail-Adressen der Justizverwaltungen, Gerichte und Staatsanwaltschaften
- Detaillierte Angaben über die Anzahl der Planstellen der Gerichte und Staatsanwaltschaften
- Einwohnerzahlen der Länder und der Gerichtsbezirke der ordentlichen Gerichtsbarkeit
- Informationen über die Verbände der Richter und Staatsanwälte
- Register sämtlicher Amts- und Landgerichte mit Nennung der jeweils zuständigen höheren Instanzgerichte
- Bundesweites Namensregister

Jetzt bestellen und € 13,- sparen:
www.otto-schmidt.de

kundenservice@cfmueller.de · Tel.: 06221/1859-599



Ca. 800 Seiten.

Subskriptionspreis bis 3 Monate nach
Erscheinen: € 86,- danach: € 99,-
ISBN 978-3-8114-8705-5



C.F. Müller

C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

Whistleblowing

Band 1

Stand und Perspektiven der empirischen Forschung

Herausgegeben von Prof. Dr. Ralf Kölbel, LMU München.

Mit Beiträgen von Prof. Dr. Ralf Kölbel, Dr. Nico Herold, Dr. Elke Wienhausen-Knezevic, alle LMU München, und Sandra Balbierz M.A., Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt.

2022. 320 Seiten. Gebunden. € 89,-

ISBN 978-3-8114-5418-7 (C.F. Müller Wissenschaft)



In den vergangenen Jahren sind Menschen, die als Insider ihre Einsichten in organisationelle Missstände weitergeben, als „Whistleblower“ zu breiter gesellschaftlicher Bekanntheit gelangt. Was macht *Whistleblowing* aus? Wie kommt es dazu? Welche Folgen hat es und wie wird es gesellschaftlich eingeschätzt? Auf derartige Fragen hat die internationale und interdisziplinäre Forschung inzwischen auch Antworten gefunden. Der Forschungsstand wird in Band 1 in einer umfassenden und systematischen Weise erschlossen und dargestellt, um ihn so der deutschen *Whistleblowing*-Debatte zugänglich zu machen.

Die Beiträge bieten eine gründliche Aufbereitung der vorhandenen empirischen Befunde und verbinden dies mit den Ergebnissen aus eigenen Forschungsprojekten. Hierdurch entsteht ein zuverlässiges wissenschaftsbasiertes Bild der *Whistleblowing*-Wirklichkeit.

Bestellen Sie alle C.F. Müller-Titel jetzt bei: www.otto-schmidt.de



C.F. Müller

CFM