

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart
Richter am BGH a.D. Dr. Axel
Boetticher
Prof. Dr. Dr. h.c. Otar Gamkrelidze
Präsidentin des Obersten
Gerichtshofs Georgiens a.D.,
Prof. Dr. Nino Gvenetadze
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Vizepräsident des BGH a.D. Prof.
Dr. Burkhard Jähnke
Prof. Dr. Edward Schramm
Richter am Obersten Gerichtshof
Georgiens a.D. Prof. Dr. Davit
Sulakvelidze
Vizepräsident des
Verfassungsgerichts Georgiens,
Prof. Dr. Merab Turava

SCHRIFTLEITUNG

Assistant Anri Okhanashvili
(TSU), LL.M. (Jena)

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

- Zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken in Georgien und Deutschland**
Von Assistenz-Prof. Dr. *Irine Kherkheulidze*,
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilissi /
Doktorandin *Sandra Schüle-Bausch*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen 44

BUCHREZENSIONEN

- Bachana Jishkariani, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, Tiflis 2015, Verlag „Juristenwelt“, S.134**
Von Assist. Prof. Dr. *Temur Tskitishvili*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche
Universität Tbilissi, Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht der TSU 55

VERSCHIEDENES

VORTRÄGE

- Adversatorisch versus inquisitorisch: auf der Suche nach optimalen Verfahrensstrukturen**
Von Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Albin Eser* M.C.J. (Direktor emeritus am
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
in Freiburg) 64
- Das Tatobjekt bei Betäubungsmittelverbrechen im georgischen Strafrecht**
Von Associate-Prof. Dr. *Irakli Dvalidze*,
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi 72

REDAKTION

Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart
Vorsitzender Richter am LG Bremen a.D., Dr. Bernd
Asbrock
Vizepräsidentin am AG Bremen Ellen Best
Richter am BGH a.D., Dr. Axel Boetticher
Rechtsanwalt David Conrad
Associate Prof. Dr. Irakli Dvalidze
Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Georgiens a.D.,
Prof. Dr. Nino Gvenetadze
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Vizepräsident des BGH a.D., Prof. Dr. Burkhard Jähnke
Associate Prof. Dr. Bachana Jishkariani LL.M. (LMU
Muenchen)
Assistant Prof. Dr. Levan Kharanauli
Assistant Maka Khodeli LL.M. (Freiburg i.Br.)
Richterin am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.
Dr. Tamar Laliashvili
Assistant Prof. Dr. Lavrenti Maglakelidze
Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich LL.M.
(Freiburg i.Br.)
Assistant Anri Okhanashvili LL.M. (FSU Jena)
Dr. Anneke Petzsche
Dr. Martin Piazena
Dr. Erol Pohlreich
Wiss. Referentin am MPI für ausländisches und
internationales Strafrecht Dr. Johanna Rinceanu, LL.M.
Associate Prof. Dr. Moris Shalikashvili LL.M. (UH)
Prof. Dr. Edward Schramm
Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.
Dr. Davit Sulakvelidze
Teresa Thalhammer
Assistant Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Associate Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili LL.M.
(FU Berlin)
Vizepräsident des Verfassungsgerichts Georgiens, Prof.
Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

LEKTORAT DER 3. AUSGABE 2019

Übersetzung:

Associate Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich
LL.M. (Freiburg i.Br.)
Khatia Tandilashvili LL.M. (Potsdam)
Ani Nasrashvili LL.M. (Köln)
Nino Kochiaschwili LL.M. (Jena)

Redaktionelle Bearbeitung der georgischen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Assistant Prof. Dr. Temur Tskitishvili, TSU

Redaktionelle Bearbeitung der deutschen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Dr. Martin Piazena
Ass. iur. Mario Schütze
Marika Turava (Lektoratsmitglied der DGStZ)

Verantwortlich für die 3. Ausgabe 2019 der DGStZ und redaktionelle Endbearbeitung:

Schriftleiter der DGStZ, Assistant Anri Okhanashvili
LL.M. (Jena), TSU

Technische Unterstützung: Gvantsa Makhatadze

Zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken in Georgien und Deutschland*

Von Assistenz-Prof. Dr. *Irine Kherkheulidze*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilissi / Doktorandin *Sandra Schüle-Bausch*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen**

I. Einführung

Das in Georgien kürzlich ergangene Urteil zur Legalisierung des Umgangs mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken¹ gibt Anlass zu einem Vergleich der Gesetzeslagen in Georgien und Deutschland hinsichtlich der diesbezüglichen Strafbarkeit sowie deren jeweiligen verfassungsrechtlichen Hintergründen (II). Mit der Prohibition des Konsums von Cannabis kann der Staat grundsätzlich zwei Zwecke verfolgen, einerseits den Schutz der *Allgemeinheit* und andererseits den Schutz des *Konsumenten vor Selbstschädigung*. Daher gilt es, bevor die Verhältnismäßigkeit der Kriminalisierung des Umgangs mit Cannabis umfassend geprüft werden kann (IV), zunächst den zweiten Zweck hinsichtlich seiner verfassungsrechtlichen Legitimität in beiden Jurisdiktionen zu untersuchen (III). Abschließend sollen die Erkenntnisse des Vergleichs kurz zusammengefasst werden (V).

II. Überblick über den „status quo“ der Gesetzeslagen in Georgien und Deutschland

In Georgien hat sich die Rechtslage im Hinblick auf Drogenverbrechen in den letzten Jahren drastisch verändert: Angefangen mit der Diskussion um die Verfassungswidrigkeit der Kriminalisierung des Konsums von Marihuana bis hin zur Entscheidung des Verfassungs-

gerichts Georgiens über die Legalisierung des Konsums von Marihuana.

Die Grundlage dieser Gesetzesänderungen stellte die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens dar, wodurch der von Art. 260 Abs. 2 des georgischen Strafgesetzbuches² (diese Fassung galt vom 01.05.2014 bis 21.07.2015) vorgesehene Strafraumen (Freiheitsstrafe von sieben bis zu vierzehn Jahren) aufgrund des Verstoßes gegen Art. 17 Abs. 2³ der Verfassung von Georgien⁴ als verfassungswidrig erklärt wurde. Diesem normativen Inhalt zufolge, unterfiel der Erwerb oder Besitz von Betäubungsmitteln, nämlich von getrocknetem Marihuana (bis zu 70 Gramm – diese Menge wurde von dem Beschwerdeführer gerügt) zum Eigenkonsum der Freiheitsstrafe.⁵ In dieser Rechtssache rügte der Beschwerdeführer, dass eine derartige gesetzlich vorgesehene langfristige Freiheitsstrafe für den Erwerb und Besitz von 70 Gramm Marihuana zum Eigenkonsum die Menschenwürde verletze. Dem Beschwerdeführer zufolge, stellen nicht nur die lebenslange Freiheitstafe und Körperstrafe die menschenwürdeverletzende Sanktionen dar, sondern auch andere Stufen, wie z.B. eine zeitlich bestimmte Freiheitsstrafe. Die Verfassung von Georgien gewährleistet ein absolutes Recht auf Achtung der Menschenwürde, deren Einschränkung durch den

* Deutsche Übersetzung des von Irine Kherkheulidze auf Georgisch verfassten Teils des Aufsatzes vom Lektoratsmitglied der DGStZ *Khatia Tandilashvili*.

** Jede der Autorinnen ist allein verantwortlich für ihren jeweiligen länderspezifischen Beitrag.

¹ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

² Im Folgenden als gStGB abgekürzt.

³ Art. 17. Abs 2 der Verfassung von Georgien verbietet Folter, unmenschliche, grausame, ehrverletzende und die Menschenwürde verletzende Behandlung oder Strafe.

⁴ Die im Aufsatz zitierte Artikelnummerierung der Verfassung von Georgien entspricht nicht der aktuellen, sondern der vor der Änderungen geltenden Fassung. Die Bezugnahme auf die ältere Fassung entspricht den Normenangaben in den hier gegenständlichen Gerichtsentscheidungen.

⁵ Der georgische Staatsbürger Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, №1/4/592, Tenor, Abs. 2 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3045482?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

Staat mit keinem legitimen Zweck gerechtfertigt werden kann. Demnach führe die Strafbarkeit des Besitzes und Eigenkonsums von Marihuana zu einer ungerechtfertigten Einschränkung dieser verfassungsrechtlichen Garantie.⁶ Folglich sei die gesetzliche Anordnung von Freiheitsstrafe für den Besitz von Marihuana nicht nur im Hinblick auf die gerügte Vorschrift, sondern im Allgemeinen unverhältnismäßig und ein Verstoß gegen die Menschenwürde.⁷ Daneben ist allgemein bekannt, dass die Achtung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit mit der Achtung der Menschenwürde, die als wichtigstes Rechtsgut anerkannt ist, verbunden ist. Dieses Recht wurde historisch von der Persönlichkeitslehre abgeleitet, die sich ihrerseits aus der Idee des Individualismus entwickelt hat.⁸ Grund für die im gStGB vorgenommenen Gesetzesänderungen bezüglich des Konsums von Marihuana stellte eine Verfassungsbeschwerde dar, mit der die Verletzung des in Art.16 der Verfassung von Georgien verankerten Grundrechts (Freie Entfaltung der Persönlichkeit) gerügt wurde. Konkret hat das Verfassungsgericht Georgiens Art. 273 gStGB („illegaler Konsum ohne ärztliche Verschreibung“), der den Konsum von Marihuana unter Strafe stellte, für nichtig erklärt.⁹ Später wurden die gleichen Maßnahmen im Hinblick auf Art. 273¹ gStGB vorgenommen. Die Vorschrift umfasste folgende Handlungen: Illegaler Erwerb, Besitz, Durchführen, Verschicken, Veräußerung und/oder Konsum ohne ärztliche Verschreibung von Cannabis oder Mari-

huana.¹⁰ Die in der Strafgesetzgebung vorgenommenen Änderungen haben dazu geführt, dass der Konsum von Marihuana danach für ordnungswidrig erklärt wurde.¹¹

Die Drogenliberalisierungspolitik resultierte am 30. Juli 2018 in der Legalisierung von Marihuana, in dem das Verfassungsgericht Georgiens der betreffenden Verfassungsbeschwerde stattgegeben hat. In dieser Rechtsache rügten die Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des Ordnungswidrigkeitenkodex Georgiens, die für den Konsum von Marihuana verwaltungsrechtliche Haftung vorsah. Dem Beschwerdeführer zufolge, stelle der Konsum von Marihuana keine gemeingefährliche Handlung dar. Lediglich könne dieser die individuelle Gesundheit des Konsumenten schädigen, dieser aber trage selbst die Verantwortung für die Konsequenzen. Eine solche Handlung, die nur auf Selbstschädigung gerichtet ist und nicht zu gemeingefährlichen Konsequenzen führe, könne auch kein beachtliches öffentliches Interesse hervorrufen.¹²

In Deutschland stellt das Betäubungsmittelgesetz (BtMG) seit seinem In-Kraft-Treten vor bald einem halben Jahrhundert den Umgang mit den in seinen Anlagen I-III aufgeführten Betäubungsmitteln, zu denen Cannabis (Marihuana, also Pflanzen und Pflanzenteile der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen) sowie Cannabisharz (Haschisch, also das abgesonderte Harz der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen) gem. Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG gehören, umfassend unter Strafe.¹³ „Umgang“ bedeutet dabei insbesondere „das

⁶ Der georgische Staatsbürger Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, №1/4/592, Tatbestand, Abs. 7 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3045482?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁷ Der georgische Staatsbürger Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, №1/4/592, Tatbestand, Abs. 22 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3045482?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁸ Autorenkollektiv, Kommentare zur Verfassung von Georgien, die georgische Staatsbürgerschaft, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Tbilissi, 2013, S. 88.

⁹ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Tenor, Abs. 2 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

¹⁰ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Beschluss des Verfassungsgerichts Georgiens vom 27. April 2018, №1/2/1282, Tenor, Abs. 2 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

¹¹ Tathandlungen gemäß Art. 45 des Ordnungswidrigkeitenkodex Georgiens: Illegales Herstellen, Erwerb, Besitz, Durchführen, Absendung, und/oder Konsum ohne ärztliche Verschreibung von geringer Menge von Betäubungsmitteln, ihrer Analogie oder Präkursor.

¹² Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Tatbestand, Abs. 6 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

¹³ Zu den Ausnahmen bei medizinischer Anwendung von Cannabis siehe Anlage III, verkehrsfähige und verschreibungsfähige Betäubungsmittel, zum Betäubungsmittelgesetz (BtMG).

unerlaubte Anbauen, Herstellen, Ein-, Aus- oder Durchführen, der Erwerb, das sonstige Sich Verschaffen oder der bloße Besitz von geringen Mengen von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum“¹⁴. Obwohl sich weder im BtMG noch in seinen Vorgängern¹⁵ ein Straftatbestand findet, der den *Konsum* von Drogen zum Gegenstand hat,¹⁶ führt die umfassende Erfassung aller für den Konsum notwendigen Vorbereitungshandlungen *de facto* auch zu einem Konsumverbot.¹⁷ Diese Konsequenz ist dabei keineswegs zufällig, sondern wurde absichtlich in der Struktur des BtMG als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt angelegt, um eine Rechtsgutsverletzung durch den Konsum zu verhindern, ohne dabei gleichzeitig das im deutschen Strafrecht herrschende Prinzip der Straflosgigkeit von Selbstschädigungen zu verletzen.¹⁸

Der mittels des BtM-Strafrechts **angestrebte Rechtsgüterschutz** war dabei von Anfang an ambivalent. So sollten schon laut der gesetzgeberischen Begründung nicht nur Gefahren der drohenden „Rauschgiftwelle“ für die Allgemeinheit, insbesondere für die „Funktionsfähigkeit der Gesellschaft“ abgewendet werden. Vielmehr und ausdrücklich sollte auch *der einzelne Mensch* „vor schweren und nicht selten irreparablen Schäden an der Gesundheit und damit vor einer Zerstörung seiner Persönlichkeit, seiner Freiheit und seiner Existenz bewahrt werden“¹⁹.

Allerdings werden in Deutschland die Stimmen, die Zweifel an der „Geeignetheit, Erforderlichkeit und normative[n] Angemessenheit des Betäubungsmittelstrafrechts“ äußern, seit geraumer Zeit immer lauter.²⁰ Bereits im Jahre 1994 musste das Bundesverfassungsgericht²¹ die den Umgang mit Cannabis unter Strafe stellenden Vorschriften des BtMG auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüfen. Dabei wurden insbesondere ein möglicher Verstoß der Strafbarkeit des Sichberauschens mit Cannabisprodukten gegen das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG („Recht auf Rausch“), sowie eine Verletzung des Übermaßverbots durch die im BtMG enthaltenen Strafantrohungen bewertet.²² Letztlich negierte das BVerfG zwar die Existenz eines „Rechts auf Rausch“²³, jedoch vertrat es bezüglich der Frage der legitimen Zielsetzung der zu überprüfenden Strafvorschriften – wenig überraschend der herrschenden liberalen Sicht folgend²⁴ – die Ansicht, dass „Eingriffe, die den Betroffenen daran hindern sollen, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen [...] im allgemeinen nur zulässig sind, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert“.²⁵ Trotzdem wurden die zur Überprüfung vorgelegten Strafvorschriften unter *allgemeinschützender* Zielsetzung im Ergebnis als verhältnismäßig und insbesondere als mit dem Übermaßverbot vereinbar erklärt. Denn angesichts der

¹⁴ *Woitkewitsch, Christopher*, Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst, 2004, S. 288.

¹⁵ *Slotty, Martin*, Das Betäubungsmittelgesetz 1982 – Kurzbericht für die Strafrechtspraxis, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1981, 322.

¹⁶ Zur Abgrenzung von strafbarem Besitz zu straflosem Konsum siehe bspw. *Patzak/Bohnen*, *Betäubungsmittelrecht*, S. 54 ff.

¹⁷ So auch beispielsweise *Wang, Huang-Yu*, Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte, 2003, S. 37 f. m.w.N.

¹⁸ Vgl. *Nestler, Cornelius*, Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts, in: *Kreuzer (Hrsg.)*, *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1998, § 11, Rn. 49 ff.

¹⁹ Bundestags-Drucksache IV/1877; s.a. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (174): „Der Gesetzgeber verfolgt mit dem derzeit geltenden Betäubungsmittelgesetz ebenso wie mit dessen Vorläufern den Zweck, die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen wie der Bevölkerung im ganzen vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen und die Bevölkerung, vor allem Jugendliche, vor Abhängigkeit von Betäubungsmitteln zu bewahren“ (Hervorhebung vom Verfasser); ferner Regierungsvorlage des Betäubungsmittelgesetzes 1981, Bundestags-Drucksache 8/3551, S. 23 f.

²⁰ Resolution des Schildower Kreises (abrufbar unter: <http://schildower-kreis.de/resolution-deutscher-strafrechtsprofessorinnen-und-professoren-an-die-abgeordneten-des-deutschen-bundestages/>, letztes Mal abgerufen: 16.07.2019).

²¹ Im Folgenden als BVerfG abgekürzt.

²² Ebenfalls wurden eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG wegen der Nichtaufnahme von Alkohol und Nikotin in die Liste der nicht verkehrsfähigen Stoffe gerügt sowie eine Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aufgrund eines dadurch entstehenden Zwangs in die gesundheitsschädlichere Alternative des Alkoholkonsums. Beides wurde jedoch verworfen, siehe Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (178-189).

²³ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (171 f.).

²⁴ Grundlegend *Hillgruber, Christian*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992; zuvor *von Münch, Ingo*, *Grundrechtsschutz gegen sich selbst?*, in: *Festschrift Ipsen*, 1977, S. 113 ff.; sowie *Doehring, Karl*, *Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung*, in: *Festschrift Zeidler*, Band 2, 1987, S. 1553 ff.

²⁵ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (172).

„offenen kriminalpolitischen und wissenschaftlichen Diskussion über die vom Cannabiskonsum ausgehenden Gefahren und den richtigen Weg ihrer Bekämpfung“²⁶ konnte eine Einschränkung des Gesetzgebers in seiner *Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative* nicht begründet werden.²⁷

III. Paternalismus und Recht

Da die Legalisierung von Marihuana in Georgien eine scharfe Auseinandersetzung ausgelöst hat, ist es wichtig, die Diskussion auch unter dem Aspekt des Paternalismus zu betrachten. Gemeint ist dabei ein „direkter“ legaler Paternalismus, der die Verhängung von Sanktionen gegen sich selbstschädigende Personen vorsieht. Daraus ergeben sich zwei Fragen. **Die erste Frage** betrifft dabei den Paternalismus als solchen, nämlich die Legitimität der Anwendung von jedweder Zwangsmaßnahmen gegen Personen, um deren Selbstschädigung zu vermeiden. **Die zweite Frage** betrifft die Zweckmäßigkeit der Anwendung von Strafsanktionen, um diesen Zweck (Vermeidung von Selbstschädigung) zu erreichen.²⁸

Im Hinblick auf die Verfassungsbeschwerde, mit der der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit (im Sinne des Art. 16 der Verfassung von Georgien) der im gStGB wegen des Konsums von Marihuana vorgesehenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit rügte, hat das Verfassungsgericht angemerkt, dass „die Tatsache des Konsums von Marihuana, von seiner Natur her, für sich allein genommen, das öffentliche Interesse weniger gefährden kann, weil hier eine geringe Möglichkeit der Verbreitung von Betäubungsmitteln besteht.“ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dem Konsum von Betäubungsmitteln der Erwerb oder das Herstellen vorangeht, hat das Verfassungsgericht festgestellt, dass die Prohibition des Konsums von Marihuana ein Schritt

zum Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit darstellt, aber die Verhängung von Strafsanktionen zum Zweck der Vermeidung der eigenen Gesundheitsschädigung, eine solche Art des staatlichen Paternalismus ist, die der freien Gesellschaft nicht entspricht.²⁹ Dementsprechend hat das Verfassungsgericht den direkten Paternalismus aus strafrechtlicher Sicht abgelehnt und festgestellt, dass „das Individuum ein Recht hat, Entspannungsmethoden selbst auszuwählen und dementsprechende Aktivitäten durchzuführen. Darunter fällt auch der Konsum von Marihuana als ein von der Privatautonomie geschützter Bereich“.³⁰

Später wurde die Idee des Paternalismus in der Stellungnahme des Beklagten im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde betont, welche die Grundlage der endgültigen Entscheidung über die Legalisierung von Marihuana darstellte. Der Beklagte behauptete, dass der Zweck der gerügten Vorschrift der Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit, sowie des Einzelnen und auch die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit sei. Der Konsum von Marihuana könne die Gesundheit in großem Maße schädigen, weswegen es notwendig sei, die Bevölkerung, besonders Minderjährige, vor diesen gesundheitsschädlichen Auswirkungen zu schützen.³¹ Im Gegensatz dazu behauptete der Beschwerdeführer, „dass der Staat nicht berechtigt sei, den Menschen die Ausübung von gesundheitsschädlichen Aktivitäten zu verbieten. So stehe die Bestrafung der Konsumenten von Marihuana nur aufgrund moralischer und paternalistischer Gründe dem Recht auf freie Entfaltung der

²⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (194).

²⁷ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 90, 145 (183): „Wenn der Gesetzgeber bei dieser Sachlage an der Auffassung festhält, das generelle strafbewehrte Cannabisverbot schrecke eine größere Anzahl potentieller Konsumenten ab als die Aufhebung der Strafdrohung und sei daher zum Rechtsgüterschutz besser geeignet, ist dies verfassungsrechtlich hinzunehmen“.

²⁸ Von Hirsch, Andrew, Direct Paternalism: Criminalizing Self-Injurious Conduct, 27 Crim. Just. Ethics 25, 2008, 25.

²⁹ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Entscheidungsgründe, Abs. 50 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

³⁰ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Entscheidungsgründe, Abs. 12 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

³¹ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Tatbestand, Abs. 10 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

Persönlichkeit entgegen“.³² Das Verfassungsgericht hat den Akzent auf das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gesetzt und seiner Entscheidung die Anforderungen des Art. 16 der Verfassung von Georgien zugrunde gelegt. Damit hat es die paternalistischen Ansätze nochmals zurückgewiesen, gleichzeitig aber auch der Notwendigkeit des besonderen Schutzes von Minderjährigen besondere Aufmerksamkeit geschenkt.³³ Da der Konsum von Marihuana nicht zu großen gesundheitlichen Schäden führen kann, ist das Verfassungsgericht der Meinung, dass dem Staat keine positive Verpflichtung entsteht, eine Person vor Selbstschädigung zu schützen und daher die selbstschädigende Handlung als ordnungswidrig zu erklären. Dies würde einen derart übertriebenen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit darstellen, der durch das angestrebte gesetzliche Interesse nicht zu rechtfertigen wäre.³⁴

Mit dieser Entscheidung wurde nicht nur der in den Strafsanktionen ausgedrückte Paternalismus, sondern allgemein die Legitimität jeglicher staatlicher Zwangsmaßnahmen verneint. Dazu ist anzumerken, dass das Verfassungsgericht Georgiens die bestehende Problematik im Licht der Verhältnismäßigkeit bewertet hat.

Im deutschen Strafrecht herrscht das Prinzip der *Straffreiheit von Selbstschädigungen und -gefährdungen* vor. Dieses Prinzip schließt als Kehrseite des,-

Grundprinzip[s] erheblicher Fremdschädigung oder -gefährdung als Voraussetzung für die Androhung des stärksten möglichen Freiheitseingriffs“³⁵ paternalistisch motivierte Strafnormen aus. Nach einer substantziellen Begründung dieses Prinzips sucht man in der deutschen Strafrechtswissenschaft aber vergebens.³⁶ Es scheint zwar, dass sich hier ein **auseiner liberalen Lesart der deutschen Verfassung** abgeleitetes *Grundprinzip der Eigenverantwortlichkeit* manifestiert hat. Allerdings hat das BVerfG erst kürzlich wieder bekräftigt, dass „[d]as Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit [...] nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in diese Rechtsgüter [gewährt]. Es stellt zugleich eine objektive Wertentscheidung der Verfassung dar, die staatliche Schutzpflichten begründet“³⁷. Eine solchermaßen begründete Schutzpflicht, die verfassungsdogmatisch als Anknüpfungspunkt zur Einschränkung des Grundsatzes der Selbstgefährdung taugt, entfällt „nicht schon deshalb, weil sie nicht gegen drohende Grundrechtsverletzungen durch Dritte gerichtet ist [...]“³⁸. Verlangt diese Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aber ein Tätigwerden gegen den Willen des Individuums, gerät sie in Konflikt mit dessen gegenläufigen eigenen Grundrechten, insbesondere dem Selbstbestimmungsrecht. Das führt zu der Frage, wem das Primat zukommt: dem liberalen Prinzip oder dem Schutzanspruch des Staates?

Ihren Grund findet die Schutzpflicht „vor sich selbst“ in einem „gesteigerten“ Schutzbedarf, der bei Kindern und Jugendlichen sowie für Fälle anerkannt ist, in denen „der einzelne Mensch nicht im vollen Besitz seiner intellektuellen und voluntativen Fähigkeiten“³⁹ ist und sein Verhalten somit nicht als Ausdruck seiner Selbstbestimmung gewertet werden kann. Unter Zugrundelegung des herrschenden liberalen Staats- und Verfassungsverständnisses, wird der Schutz von vollkommen selbstbestimmt

³² Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Tatbestand, Abs. 6 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

³³ „Zum Schutz der Minderjährigen vor den schädlichen Auswirkungen von Marihuana und zur Gewährleistung des Interesses an deren gesunder Entwicklung ist die Einschränkung des Konsums von Marihuana gerechtfertigt. Dazu ist die Einschränkung des Konsums von Marihuana in sonstigen Schul-, Erziehungs- und Ausbildungseinrichtungen zu rechtfertigen. Siehe: Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 35 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

³⁴ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 32 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

³⁵ Böllinger, Lorenz, Freigabe (in) der Diskussion, in: Pollähne/Lange-Joest (Hrsg.), Rauschzustände, S. 91.

³⁶ So auch von Hirsch, Andrew, Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?, in: Anderheiden u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 235.

³⁷ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 – Rn 69.

³⁸ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 – Rn 79.

³⁹ Hillgruber, Christian, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 121.

Handelnden jedoch bisher **überwiegend abgelehnt**. Dass aber die individuelle Freiheit, wie ursprünglich von *Mill* formuliert,⁴⁰ ihre Grenze nur in der Freiheit anderer finden soll, ist keineswegs positiv-verfassungsrechtlich determiniert. Nicht zuletzt das in der deutschen Verfassung verankerte Menschenbild reflektiert die Tatsache, dass grundsätzlich auch freiverantwortliche Individuen einer gewissen Gemeinschaftsbindung unterliegen und keine „isolierten souveränen“ Individuen sind: „[D]as Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“⁴¹. Dieses „Spannungsverhältnis von Selbstbestimmung und sozialer Bindung“⁴² kann nun, *muss aber nicht* zu Gunsten gleicher Freiheit aufgelöst werden.

Im Hinblick auf die liberal-individualistische Rechtslehre, die besagt, dass der **Zweck des Strafrechts** nur der Schutz vor einer Verletzung *fremder* Rechtsgüter sein kann, bedeutet das, dass dieses Verständnis nicht statisch ist. So fanden sich gerade im deutschen Strafgesetzbuch (StGB) schon immer – und finden sich auch heute noch – sittlich imprägnierte Verbotsnormen,⁴³ deren Zweck weniger der Schutz eines personalen oder kollektiven Rechtsguts als vielmehr „kultureller Identitäten“ ist.⁴⁴ Auch im Falle einer den Cannabiskonsum pönalisierenden Gesetzgebung wird eine bestimmte Art der Persönlichkeitsentfaltung oder anders gewendet, eine bestimmte Verfügung(shandlung) über ein Rechtsgut bestraft, die als nicht „gut“ für den Einzelnen empfunden wird. Damit wird eine das Dogma gleicher Freiheit auszusteichen taugliche Fallgruppe angesprochen, die vor allem dann ins Spiel kommt, „wenn die Pflege und der Schutz einer bestimmten partikularen Konzeption des

Guten die – allgemein konsentiert – *Grundlage einer politischen Gemeinschaft* darstellt.“⁴⁵ Da das Strafrecht wie kein anderer Bereich des Rechts „der Vermittlung und Vergewisserung von Werten“⁴⁶ dient, ist es auch geradezu prädestiniert dafür, sich auf eine vom überwiegenden Teil der Gesellschaft für ethisch wertvoll gehaltene Konzeption des Guten zu stützen – selbst um den Preis der Einschränkung des Eigenverantwortungsprinzips.

Das bedeutet, dass weder der Zweck, ein Individuum vor sich selbst zu schützen, grundsätzlich illegitim, noch hierfür das Mittel strafrechtlicher Sanktionen einzusetzen verboten ist; dies sind vielmehr Fragen der Verhältnismäßigkeit.

IV. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besteht aus folgenden vier strukturellen Elementen: Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Ein Eingriff in die Grundrechte ist nur dann verhältnismäßig, wenn dieser einem legitimen Zweck dient.⁴⁷ Im rechtlichen und sozialpolitischen Raum Georgiens hat die Legalisierung von Marihuana radikal unterschiedliche Einschätzungen hervorgerufen, weswegen es wichtig ist, diese Frage unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu bewerten. Diesbezüglich soll die für den Eigenkonsum von Marihuana vorgesehene strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit getrennt betrachtet werden.

Bemerkenswert ist, dass das Verfassungsgericht seine Entscheidung unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begründet hat. Der Entscheidung lag eine Verfassungsbeschwerde zugrunde, mit der die Verfassungswidrigkeit der für den Erwerb und Besitz der obengenannten Menge getrockneten Marihuanas für den Eigenkonsum vorgesehenen Strafsanktionen im Hinblick auf Art. 17 Abs. 2 der Verfassung

⁴⁰ *Mill, John Stuart*, On Liberty, „The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others“, S. 6 (allgemein bekannt als sog. „Harm Principle“).

⁴¹ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 4, 7 (29).

⁴² *Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2017, S. 139.

⁴³ So beispielsweise die Strafbarkeit des Beischlafs unter Verwandten, § 173 StGB, der Störung der Totenruhe, § 168 StGB oder der Beschimpfung von Bekenntnissen, § 166 StGB.

⁴⁴ Vgl. *Hörnle, Tatjana*, Strafrechtliche Verbotsnormen zum Schutz von kulturellen Identitäten, in: *Dreier/Hilgendorf* (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, S. 321 ff.

⁴⁵ *Nettesheim, Martin*, Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 62 (Hervorhebung im Original).

⁴⁶ *Schulze, Reiner/Vormbaum, Thomas*, Strafe und Wertevermittlung, in: *Schulze/Vormbaum/Schmidt/Willenberg* (Hrsg.), Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, S. 7.

⁴⁷ *Tskitishvili, Temur*, in: *Die Tendenzen der Liberalisierung der Strafgesetzgebung in Georgien*, Tbilissi, 2016, S. 499.

von Georgien gerügt wurde. Das Verfassungsgericht hat angemerkt, „dass jegliche Strafe unverhältnismäßig ist, die eine Freiheitsentziehung ohne bestehenden Grund darstellt, oder jegliche Unverhältnismäßigkeit zwischen dem Ausmaß der Verantwortlichkeit und der Schwere der Tat, eine Grundrechtsverletzung begründet. Um die Dauer der Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 der Verfassung von Georgien als unmenschlich und grausam bewerten zu können, muss ein besonders hohes Niveau der Intensivität und Schwere erreicht werden, d.h. die Strafe muss evident unverhältnismäßig sein. Im vorliegenden Fall bestanden keine Risiken für eine Gesundheitsschädigung Dritter (die Vorschrift stellt bereits den Erwerb und Besitz ohne das Ziel der Veräußerung unter Strafe) und die Blankettvorschrift sieht die Möglichkeit der Freiheitsentziehung vor, nur um die eigene Gesundheitsschädigung zu vermeiden. Demzufolge ist es offensichtlich, dass die Strafe grausam und unangemessen ist. Eine derart schwere Strafe wird allein zum Zweck der Vergeltung und nicht als ein letztes und erforderliches Mittel zum Schutz eines legitimen Zweckes eingesetzt. Dementsprechend wird das Individuum vom Staat zum Instrument und nicht zum Schutzobjekt gemacht. Im Ergebnis ist das Vorliegen einer unmenschlichen und grausamen Strafe festzustellen, durch die eine Verletzung der Menschenwürde begründet wird.“⁴⁸

Der Eingriff in das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch die Sanktionierung des Eigenkonsums von Marihuana wird sowohl im Hinblick auf die strafrechtlich als auch die verwaltungsrechtlich statuierte Verantwortlichkeit für unverhältnismäßig gehalten. Dieses Grundrecht stellt ein umfassendes und unveräußerliches Recht dar, was mit der Wahrnehmung des Menschen als unabhängiges und freies Wesen korrespondiert. Das Grundrecht auf freie Entfaltung betrifft die inneren, persönlichen, autonomen und individuellen Aspekte des Individuums und schützt dieses vor den Eingriffen des Staates oder Dritter.⁴⁹ Im Rahmen der

Bewertung der Verhältnismäßigkeit sollte jedenfalls zugrunde gelegt werden, dass die gesetzlich normierte Sanktion kein offensichtlich unvernünftiges und unangemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels sein darf. Die betreffende Sanktion darf demnach nicht zu einer Verletzung der in der Verfassung verankerten Menschenrechte und Grundfreiheiten führen.⁵⁰ Diese Diskussion gewinnt besondere Bedeutung, wenn es um die Verhängung einer Strafe für eine bestimmte Handlung (in diesem Fall den Eigenkonsum von Marihuana) geht. „Wird das Ziel der Strafe durch die Bestrafung des Täters wegen der Vornahme einer Handlung nicht erreicht, soll der Gesetzgeber diese Handlung nicht mehr unter Strafe stellen.“⁵¹ Der Würdigung des Verfassungsgerichts zufolge „stehen offensichtlich unverhältnismäßige Strafen, die der Natur und der Schwere der Tat nicht entsprechen, nicht nur dem verfassungsrechtlichen Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Strafe entgegen, sondern verletzen auch die verfassungsrechtlichen Bestimmungen.“⁵²

Vor diesem Hintergrund wurde die Kriminalisierung des Konsums von Marihuana erstmals als unverhältnismäßig und verfassungswidrig erklärt. Bei der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde hat das Verfassungsgericht festgestellt, dass die Bestrafung von Individuen wegen des Konsums von Marihuana kein wirksames Mittel zum Schutz der öffentlichen Ordnung darstelle.⁵³ Der obengenannten Entscheidung zufolge „stellt das Recht des Menschen, die Entspannungsmethoden selbst auszuwählen und dementsprechende Aktivitäten durchzuführen, unter anderem, Marihuana zu

⁴⁸ Der georgische Staatsbürger Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, №1/4/592, Entscheidungsgründe, Abs. 104, 105 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3045482?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁴⁹ Autorenkollektiv, Kommentare zur Verfassung von Georgien, die georgische Staatsbürgerschaft, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Tbilissi, 2013, S. 90, 91.

⁵⁰ *Tugushi, Teimuraz/Burjanadze, Giorgi/Mshvenieradze, Giorgi/Gotsiridze Giorgi/Menabde, Vakhushiti*, Menschenrechte und Praxis des Verfassungsgerichts Georgiens, Tbilissi, 2013, S. 98.

⁵¹ *Gamkrelidze, Otari*, Probleme aus dem Strafrecht, Band 3, Tbilissi, 2013, S. 95.

⁵² Der georgische Staatsbürger Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, №1/4/592, Entscheidungsgründe, Abs. 25 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3045482?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵³ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Entscheidungsgründe, Abs. 37 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

konsumieren, einen von der Privatautonomie geschützten Bereich dar“.⁵⁴ Dementsprechend hat das Verfassungsgericht Georgiens die Verhängung von Strafe für den Konsum von Marihuana als ein Eingriff in dieses Recht erklärt.

Um die Verhältnismäßigkeit der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit für den Eigenkonsum von Marihuana zu würdigen, hat das Verfassungsgericht in der zur Legalisierung führenden Entscheidung den Akzent ebenfalls auf das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit gesetzt.⁵⁵ Das Gericht hat geprüft, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wurde, namentlich ob die Erklärung des Konsums von Marihuana zur ordnungswidrigen Handlung einem legitimen Zweck diene und ob dies eine verhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit darstellte. Diese Würdigung sollte Klarheit darüber schaffen, ob die gerügte Vorschrift einen gerechten Ausgleich zwischen den entgegengesetzten legitimen Interessen gewährte.⁵⁶

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, dass die Gesetzesvorschrift, die ein Recht einschränkt, ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Erreichung eines beachtlichen öffentlichen (legitimen) Zwecks sei. Gleichzeitig sollte die Einschränkungsintensität zu dem angestrebten öffentlichen Zweck verhältnismäßig sein. Es sei unzulässig, den Zweck durch eine übermäßige Einschränkung der Menschenrechte zu erreichen“.⁵⁷

⁵⁴ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Entscheidungsgründe, Abs. 12 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵⁵ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 1, 2 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵⁶ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 8 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵⁷ Die dänische Staatsbürgerin Heike Cronqvist gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 26. Juni 2012, №3/1/512, Entscheidungsgrün-

de, Abs. 60 (abrufbar unter: <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/daniis-moqalaqe-heike-qronqvisti-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg-692.page>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

Das Verbot von Marihuana stellt eine gegen den Drogenverkehr gerichtete Maßnahme dar und dient damit einem legitimen Zweck der im Schutz der Verbrauchergesundheit besteht.⁵⁸ Nach Ansicht des Verfassungsgerichts Georgiens spiele der individuelle Drogenkonsument allerdings eine sehr geringe Rolle für die Förderung des Drogenverkehrs. Dementsprechend führe der individuelle Verbrauch auch nur zu geringen Gefahren.⁵⁹ Eine gesetzliche Verantwortlichkeit wegen des Konsums von Marihuana stelle deswegen ein unverhältnismäßiges Mittel zur Erreichung des Zwecks dar und stehe im Widerspruch zu den Anforderungen des Art. 16 der Verfassung von Georgien. Ein absolutes gesetzliches Verbot des Konsums von Marihuana sei weder zum Schutz der Rechte Anderer, noch dem Schutz der öffentlichen Ordnung erforderlich. Zwischen der Normierung des Konsums von Marihuana als Ordnungswidrigkeit und der Vermeidung von Gefahren für die entgegenstehenden Interessen (Schutz der Gesundheit von Drogenkonsumenten und der Allgemeinheit) bestehe kein verhältnismäßiger vernünftiger Zusammenhang. Darüber hinaus bestehe kein Ausgleich zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der mit ihm in Konflikt stehenden legitimen Interessen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit können nur bestimmte Fälle des Konsums von Marihuana gesetzlich verboten werden.⁶⁰

de, Abs. 60 (abrufbar unter: <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/daniis-moqalaqe-heike-qronqvisti-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg-692.page>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵⁸ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 9-11 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁵⁹ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 33, 34 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁶⁰ Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, 36 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

Als Erfordernis für eine strafrechtliche Sanktionierung verlangt das BVerfG grundsätzlich ein „im Schuld-spruch konkretisierte[s] sozial-ethische[s] Unwerturteil über Tat und Täter“.⁶¹ Um die Verhältnismäßigkeit des *Schutzes vor sich selbst* mittels der *Kriminalisierung des Konsums* bewerten zu können, muss daher zunächst festgestellt werden, ob ein gemeinschaftlich anerkanntes Konzept des Guten besteht, das den Konsum von Cannabis verbietet und somit eine ausreichende Grundlage für die benötigte sozialetische Missbilligung begründet. Eine solche Missbilligung fehlt beispielsweise im Hinblick auf vergleichbare „weiche“ Drogen wie Alkohol und Nikotin, denen im Gegenteil sogar eine gewisse soziale Funktion zugeschrieben wird. Auf eine solche soziokulturelle Anerkennung oder gar historisch gewachsene Lobby kann Cannabis indes nicht zurückgreifen. Das ist auch der Grund, warum, obwohl die wissenschaftliche Evidenzbasis für Gesundheitsschädigungen durch Cannabiskonsum weniger gefestigt ist als diejenige für Nikotin- oder Alkoholkonsum, Cannabis und nicht Alkohol oder Nikotin beim Erlass des BtMG (wie bereits erwähnt vor einem halben Jahrhundert) in die Liste illegaler Substanzen aufgenommen wurde. Ob jedoch diese ursprüngliche Missbilligung sowie eine allgemein anerkannte, mit Cannabiskonsum unvereinbare Konzeption des Guten heute in Deutschland noch bestehen, scheint angesichts der aktuellen Legalisierungsbestrebungen fraglich. Daraus folgt, dass ein direkter Schutz des Cannabiskonsumers vor sich selbst *in der momentanen gesellschaftspolitischen Lage* nicht als legitimer Zweck angesehen werden kann und es erst recht nicht verhältnismäßig wäre, als Mittel zu diesem Zweck strafrechtliche Sanktionen einzusetzen.

Hieraus folgt jedoch nicht zwingend, dass auch *dritt- oder allgemeinschützende* Strafgesetze allein aufgrund eines sich als Reflex einstellenden indirekten strafrechtlichen Schutzes des Cannabiskonsumers vor sich selbst schon unrechtmäßig sind. Bei der Evaluierung der Verhältnismäßigkeit der Cannabis-Strafgesetzgebung zum *Schutz Dritter oder der Allgemeinheit* sollte „[e]ine unvoreingenommene, rationale Betrachtung [...] nicht länger ignorieren, dass die Prohibitions-politik von Rauschmitteln kriminal-politisch, aber auch strafrechtlich gescheitert ist. Eine Gesellschaft, die 5 % ihrer Mitglieder wegen des Konsums von Rauschmitteln

kriminalisiert, während sich zugleich weitere 30 % der Bevölkerung legal und staatlich gefördert totsaufen oder -rauchen, verhält sich evident irrational“⁶². Hieraus zu folgern, dass dies zu einer Legalisierung von Cannabis führen muss, ist jedoch nicht zwingend. Genauso gut könnte sich die allgemeine Drogenpolitik in die gegensätzliche Richtung entwickeln, nämlich auch den Konsum pönalisieren und die Liste der unter die Definition von „Drogen“ fallenden Substanzen erweitern. Besieht man sich die jüngste Gesetzgebungsentwicklung im Tabak-Bereich, wäre es nicht überraschend, wenn den „Nichtraucherschutzgesetzen“ auch „Raucherschutzgesetze“ folgen würden.

Auch wenn sich der wissenschaftliche Erkenntnisstand in der Zeit seit der Cannabis-Entscheidung rasant entwickelt hat und insbesondere die „Quasi-Feldexperimente“ im Ausland erste auch positive Ergebnisse gebracht haben mögen, ist eine evidenzbasierte Bewertung der Risiken des Cannabiskonsums weder für die Individualgesundheit, noch für die Allgemeinheit in Deutschland immer noch nicht möglich.⁶³ Diese Tatsache steht einer erneuten Normenkontrolle des BtMG durch das Bundesverfassungsgericht entgegen, das an seinen Beschluss aus dem Jahr 1994 gebunden bleibt, in dem es sich, das Prinzip der Gewaltenteilung achtend, dazu entschied, die gesellschaftlich-rechtspolitische Entscheidung über eine Legalisierung von Cannabis dem Gesetzgeber zu überlassen. Auch wenn der *gerichtliche* Weg, den deutschen Gesetzgeber zu einem Tätigwerden zu bewegen, somit verstellt ist, hindert ihn allerdings nichts daran, von seiner Einschätzungsprärogative Gebrauch zu machen und von sich aus tätig zu werden.

V. Ergebnis

Sowohl in Georgien als auch in Deutschland wurden in der Vergangenheit bestimmte Vorschriften erlassen, die den Konsum von Cannabis de facto unter Strafe stellen und in beiden Staaten musste das jeweils höchste Gericht (Verfassungsgericht) über deren Vereinbarkeit

⁶² Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., Vor § 52, Rn. 13a.

⁶³ So auch Timmermann, Daniel, Wege in eine stimmige Drogenpolitik, GreifRecht 23/2017, 38 f.; Ambos, Kai/Böllinger, Lorenz/Schefold, Dian, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, ZRP 03/2016, 82.

⁶¹ Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 96, 245, 249.

mit der jeweiligen Verfassung entscheiden. Während das BVerfG die sozio-politische Entscheidung über die Legalisierung von Cannabis dem Gesetzgeber überließ, hat das georgische Verfassungsgericht die fehlende wissenschaftliche Evidenz hinsichtlich der Kausalität zwischen einer Strafbarkeit des Konsums von Marihuana und einer Minderung von Risiken sowohl für den Konsumenten als auch die Allgemeinheit als unzureichende Grundlage für einen Eingriff des Staates in die unter Art. 16 der georgischen Verfassung (Art. 12 der neuen Fassung) gewährleisteten Grundrechte des Konsumenten erklärt.⁶⁴

Im Februar 2018 wurde nun (nicht zum ersten Mal) der Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes (CannKG-E) in den deutschen Bundestag eingebracht,⁶⁵ der die „Prohibitionspolitik im Bereich von Cannabis“ als „vollständig gescheitert“⁶⁶ erklärt und als Lösung die Herausnahme von Cannabis aus den strafrechtlichen Regelungen des BtMG unter gleichzeitiger Eröffnung eines staatlich kontrollierten, legalen Marktes für Cannabis vorschlägt.⁶⁷ So sollen künftig für Volljährige der Besitz einer geringen Menge von bis zu 30 Gramm Cannabis sowie der „Anbau von bis zu drei weiblichen, blühenden Cannabispflanzen für den persönlichen oder gemeinschaftlichen Eigenbedarf“ erlaubt sein, vgl. § 5 Abs. 1 und 2 CannKG-E. Auch enthält der Vorschlag Regelungen hinsichtlich Kennzeichnungs- und Hinweispflichten für zum Verkauf an Verbraucher bestimmtes Cannabis (§ 9 CannKG-E), Verkaufsbeschränkungen (§

11 CannKG-E), Werbeverbote (§ 16 CannKG-E) und des gewerblichen Umgangs mit Cannabis (§§ 17 ff. CannKG-E). Im Moment ist es in Deutschland jedoch still um diesen Entwurf geworden.

In Georgien folgten der Entscheidung des Verfassungsgerichts einige Gesetzesänderungen. Gleichwohl bleibt fraglich, wie der Gesetzgeber seine Arbeit fortsetzen wird, um eine drogenbezogene detaillierte Gesetzgebung zu schaffen und welche Kompromisse gefunden werden, um einen Ausgleich zwischen dem Individuum (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit), der Gesellschaft und dem Schutz von öffentlichem Interesse, sowie dem Staat (Sorgepflicht gegenüber Bürgern) zu gewährleisten. Trotz der Legalisierung von Marihuana wurden bis heute folgende verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Einschränkungen eingeführt:

- Illegaler Erwerb, Besitz, Durchführen oder Verschicken von Cannabis oder Marihuana in geringer Menge;
- Konsum von Cannabis oder Marihuana in geringer Menge in allen Gebäuden mit Ausnahme sich in Privatbesitz befindlicher Wohngebiete und anderer Gebäude (soweit diese nicht gleichzeitig für gewerbliche Tätigkeiten genutzt werden);
- Konsum von Cannabis oder Marihuana ohne ärztliche Verschreibung bei Personen die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben;
- Konsum von Cannabis oder Marihuana in geringer Menge auf der Straße, auf Höfen, in Stadien, Parks, Gerichten, Flughäfen, Gebäuden medizinischer und/oder pharmakologischer Einrichtungen sowie auf dem diesen zugehörigen Territorium, Kinos, Theatern, Konzertsälen, Cafes, Restaurants, sämtlichen öffentlichen Verkehrsmitteln (einschließlich des Wasser- und Luftverkehrs), Bahnhöfen und Omnibusbahnhöfen, und/oder in sonstigen öffentlichen Räumen;
- Konsum von Betäubungsmitteln oder Rauschzustand in der Anwesenheit von Minderjährigen (auch in Privaträumen) oder in den Gebäuden und dem diesen zugehörigen Territorium von Ausbildungs- und/oder Erziehungseinrichtungen, Bibliotheken, Jugendlagern, Spiel- und Unterhaltungszentren, und/oder den Einrichtungen, die Personen unter 18 Jahren zugänglich sind, öffentlichen Versammlungen die sich an Personen unter 18 Jahren richten und deren Umkreis von 150 Metern;

⁶⁴ Der georgische Staatsbürger Givi Shanidze gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. November 2017, №1/13/732, Entscheidungsgründe, Abs. 50 und 12 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019); Die georgischen Staatsbürger Zurab Japaridze und Vakhtang Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018, №1/3/1282, Entscheidungsgründe, Abs. 32 (abrufbar unter: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4176292?publication=0>, letztes Mal abgerufen: 01.08.2019).

⁶⁵ Zur Anhörung vom 27. Juni 2018 – Deutscher Bundestag, Online Dienste (abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw08-de-cannabis/542302>, letztes Mal abgerufen: 23.08.2018).

⁶⁶ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, Bundestags-Drucksache 19/819.

⁶⁷ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, Bundestags-Drucksache 19/819, S. 2.

- Konsum von Cannabis oder Marihuana in geringer Menge oder Rauschzustand bei der Ausübung einer Amtstätigkeit;
- Konsum von Cannabis oder Marihuana in geringer Menge oder Rauschzustand im militärischen Dienst;
- Maßnahmen zur Unterbindung weiterer Fälle des Konsums von Cannabis oder Marihuana oder des Rauschzustands bei der Ausführung einer Amtstätigkeit, wenn den Einrichtungen (juristischen Personen, anderen Institutionen, Personenvereinigungen ohne Status einer juristischen Person, Gewerbetreibenden, öffentlichen Stellen inklusive Behörden und Selbstverwaltungsbehörden) entsprechende Fälle bekannt geworden sind.⁶⁸

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber den Inhalt von orts-, handlungs- und anderen komponentenbezogenen Begriffen festgelegt, die mit den obengenannten Einschränkungen des Konsums von Marihuana verbunden sind. Da die Legalisierung von Marihuana im georgischen Rechtsraum eine Neuerung darstellt und die betäubungsmittelbezogene Gesetzgebung Vervollständigung benötigt, unterliegt diese häufigen Änderungen.

⁶⁸ Art. 45¹ Ordnungswidrigkeitenkodex Georgiens.

Bachana Jishkariani, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, Tiflis 2015, Verlag „Juristenwelt“, S.134*

Von Assist. Prof. Dr. *Temur Tskitishvili*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche Universität Tbilissi, Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht der TSU

Ein Ziel der Hochschulausbildung ist es, in verschiedenen Bereichen qualifiziertes Fachpersonal auszubilden, welches nach dem Studienabschluss das erworbene Wissen theoretisch und praktisch erfolgreich einsetzt. Für die erfolgreiche praktische Tätigkeit eines ausgebildeten Juristen ist es wichtig, dass er sowohl theoretische Kenntnisse als auch praktische Fähigkeiten besitzt. Das Verständnis theoretischer Fragen anhand praktischer Beispiele spielt eine wichtige Rolle bei der Entwicklung solcher Fähigkeiten. Daher wird im Rahmen der universitären Lehre der Lösung von Fällen und dem Erlernen der Methodik des Fallstudiums große Aufmerksamkeit geschenkt.

Zur Lösung eines Falls gibt es verschiedene Methoden, von denen die deutsche Methodik einen herausragenden Platz einnimmt und im Unterricht zunehmend Beachtung findet. Im Strafrecht werden die Fälle nach einem Drei-Stufen-System gelöst, da der Straftatbestand nach dem georgischen Strafrecht dreistufig ist. Dies lässt sich durch den Einfluss des deutschen Strafrechts auf das georgische Strafrecht erklären. Obwohl die Fälle im Strafrecht nach dieser dreistufigen Struktur gelöst werden, unterscheiden sich die Lösungsschemata im Hinblick auf die Form der Tatbestandsverwirklichung. Nach welchem Schema der Tatbestand geprüft wird, ist davon abhängig, ob es sich um eine vollendete oder unvollendete Straftat, um eine vorsätzliche oder fahrlässige Tat handelt sowie davon, ob die Tat in Täterschaft oder Teilnahme ausgeführt wird. Im Strafrecht gibt es nur wenige georgischsprachige Bücher, die sich mit der Falllösungsmethodik befassen. Dazu gehört das Buch *Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil* von Bachana Jishkariani, der zu den einzelnen Methoden der Falllösung umstrittene Ansichten vertritt. Diese werden im vorliegenden Aufsatz besprochen.

1. Gemäß der dreistufigen Struktur werden nach der Festlegung der Hypothese die Tatbestandsmerkmale behandelt. Welche Merkmale im objektiven Tatbestand zu

* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes vom Lektoratsmitglied der DGStZ *Ani Nasrashvili*.

prüfen sind, ist von der Natur der Straftat abhängig und wird vom Wortlaut der gesetzlichen Norm vorgegeben. Handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, werden im objektiven Tatbestand neben der ausgeführten Handlung auch die Folge, Kausalität und nach einigen Ansichten auch die objektive Zurechnung behandelt. Jedoch gibt es auch solche Delikte, deren objektiver Tatbestand keinen Erfolgseintritt und dementsprechend auch keine Kausalität oder objektive Zurechnung beinhaltet. Zu diesen Delikten gehört der Diebstahl als ein kupiertes Erfolgsdelikt (Absichtsdelikt).

In der strafrechtlichen Literatur ist umstritten, ob solche Absichtsdelikte den abstrakten Gefährdungsdelikten zugeordnet werden sollten, deren Tatbestand einen Erfolgseintritt nicht vorsieht. Ein Teil der Wissenschaft ist der Meinung, dass Diebstahl in das Eigentumsrecht eingreift¹ und den Erfolgsdelikten zuzuordnen ist². Der Verfasser des hier besprochenen Buches vertritt zwar ebenso die Auffassung, dass Diebstahl ein Erfolgsdelikt ist. Jedoch sieht er den tatbestandlichen Erfolg in der Enteignung. Des Weiteren behandelt er auf der Ebene des objektiven Tatbestandes Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung als objektive Merkmale des Diebstahls³. Diesem Ansatz ist allerdings zu widersprechen.

In Anbetracht des Tatbestandes des Diebstahls ist es im Rahmen der Prüfung nicht erforderlich, auf der Ebene des objektiven Tatbestandes den Erfolgseintritt und dementsprechend den Kausalzusammenhang zwischen Tathandlung und Erfolg zu besprechen⁴.

¹ *Lekveishvili, Mzia/Todua, Nona*, in: *Mamulashvili, Gocha / Todua, Nona*, (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2019, 469.

² *Lekveishvili, Mzia/Todua, Nona*, in: *Mamulashvili, Gocha / Todua, Nona*, (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl. 2019, 471.

³ *Jishkariani, Bachana*, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 107.

⁴ Siehe die richtige Lösung der genannten Frage in: *Dvalidze, Irakli /Tumanishvili, Giorgi /Gvenetadze, Nino*, Die Methodik der Falllösung im Strafrecht, 2015, 229-231.

In diesem Zusammenhang ist die Ansicht von *Graul* bemerkenswert, die für die Beantwortung der Frage über die Zugehörigkeit des Diebstahls zu den abstrakten Gefährdungsdelikten die Berücksichtigung der Definition des betreffenden Rechtsgutes für nötig hält⁵.

Graul weist darauf hin, dass der Tatbestand des Diebstahls (§242 des deutschen Strafgesetzbuches, Art. 177 des georgischen Strafgesetzbuches) kein Eigentum im Sinne des Vermögensrechts schützt. Daher sei der Verlust der Rechtstellung des Eigentümers nicht zu beweisen. Der Tatbestand des Diebstahls erfordere nicht in jedem Fall eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts⁶, sondern schütze die Möglichkeiten des Eigentümers, die sich aus dessen Eigentumsrecht ergeben⁷.

Im Falle eines Diebstahls verliert der Eigentümer nicht das Eigentumsrecht, sondern die aus dem Eigentumsrecht hervorgehenden Möglichkeiten. Laut Art. 172 des georgischen Zivilgesetzbuches „kann der Eigentümer vom Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, es sei denn, dieser habe ein Recht zum Besitz dieser Sache“. Daher ergibt sich, dass der Eigentümer kein Eigentumsrecht verliert und ihm das Recht gewährt wird, die ihm gehörende Sache herauszuverlangen, wenn diese von einem anderen rechtswidrig besitzt wird. Für die Einstufung der Tat als Diebstahl muss das Gericht die Erfüllung des von Art. 177 StGB vorgegebenen Tatbestandes feststellen. Es muss nachgewiesen werden, dass eine Person an einer beweglichen Sache eines anderen heimlich und in rechtswidriger Zueignungsabsicht Gewahrsam erlangt hat. Das Gericht ist nicht verpflichtet, einen Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und dem konkreten Erfolg oder der eingetretenen Gefahr festzustellen. Die Feststellung einer solchen Kausalität ist sogar unmöglich. Die vom Gericht zu treffende Feststellung beschränkt sich daher darauf, dass die Wegnahme dazu führte, dass die Sache aus dem Gewahrsam des Eigentümers in die Hand des Diebs übergegangen ist. Wenn angenommen wird, dass der Eigentümer nach dem Diebstahl nicht das Eigentumsrecht, sondern die Möglichkeiten verliert, die sich

aus dem Eigentumsrecht ergeben und er das Recht hat, sein Eigentum vom unrechtmäßigen Besitzer herauszufordern, erscheint eine Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen der Wegnahme und dem Verlust des Eigentumsrechts unmöglich. Was den Verlust der sich aus dem Eigentumsrecht ergebenden Möglichkeiten anbelangt, impliziert dies der gesetzliche Tatbestand des Diebstahls selbstverständlich. Die Trennung dieses Erfolgs von der Handlung ist unmöglich, was im Allgemeinen kennzeichnend für die abstrakten Gefährdungsdelikte ist.

Bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten ist es möglich, den Erfolg von der Tathandlung abzugrenzen. Die Verwirklichung der Tat kann sowohl mit als auch ohne Erfolgseintritt geschehen. Zum Beispiel, wenn man mit Tötungsabsicht eine Schusswaffe betätigt oder dem potentiellen Opfer ein giftiges Mittel im Getränk verabreicht, kann die mit Tötungsabsicht vorgenommene Handlung entweder zum Tod des Opfers führen oder der Todeserfolg bleibt aus.

Dennoch stellt sich die Frage, inwiefern die Abgrenzung des Erfolgs von der Tathandlung, also von der heimlichen Wegnahme einer Sache, möglich ist, wenn die Enteignung (Verlust des Besitzes an einer Sache) als Erfolg des Diebstahls betrachtet wird. Ist die heimliche Wegnahme einer Sache möglich, ohne dass es zu einem Besitzverlust kommt? Der Begriff der „heimlichen Wegnahme“ der Sache umfasst selbstverständlich den Umstand, dass der Besitz an der Sache verloren gegangen ist. Der Begriff „heimliche Wegnahme“ deutet aber nicht nur auf das „Ergreifen der Sache“ (in der Hand haben) hin. Der Gewahrsam an einer Sache bedeutet, dass der Gewahrsamsinhaber (auch rechtswidrige) tatsächliche Sachherrschaft über die Sache hat. Diebstahl zeichnet sich, als rechtswidrige Handlung, durch die heimliche Wegnahme aus. Dies beinhaltet zwingendermaßen den Besitzverlust, so dass dieser selbst nicht als Erfolg der Handlung betrachtet werden kann. Bei den Erfolgsdelikten ist die Feststellung des Kausalzusammenhangs deshalb erforderlich, weil der Erfolg nicht bereits Bestandteil der Handlung ist bzw. automatisch mit der Handlung eintritt. Da die heimliche Wegnahme fremder Sache aber automatisch den Besitzverlust bedeutet, erfordert der Tatbestand des Diebstahls keine Feststellung der Kausalität.

Darüber Hinaus gibt es weitere Argumente, die die Ansichten über die Zugehörigkeit des Diebstahls

⁵ *Graul, Eva*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin, 1991, 133.

⁶ *Graul, Eva*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin, 1991, 133.

⁷ *Graul, Eva*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin, 1991, 133.

zu den Erfolgsdelikten in Frage stellen. Laut Art. 170 des georgischen Zivilgesetzbuches beinhaltet das Eigentumsrecht die Merkmale des Besitzes, Nutzens und der Verfügung, jedoch vertritt *Zoidze* zurecht, dass der Besitz kein Bestandteil des Eigentumsrechts sein soll⁸. Nach der Gesetzgebung einiger europäischer Länder (z.B. Frankreich) ist das Eigentumsrecht zweikomponentig und besteht aus dem Nutzungs- und Verfügungsrecht⁹. Im Gegensatz zur georgischen Gesetzgebung wird nach diesem Ansatz Besitz nicht als Rechtskategorie, sondern als Tatsache betrachtet. Daher lässt sich feststellen, dass durch die vorläufige rechtswidrige Wegnahme einer Sache nicht in das Eigentumsrecht eingegriffen wird, sondern in das weitere Nutzungs- und Verfügungsrecht des Eigentümers. Zugleich wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, dass im Falle eines Diebstahls auch das Nutzungs- und Verfügungsrecht des Eigentümers beeinträchtigt wird und es dementsprechend zur Verletzung seines Eigentumsrechts kommt, sofern die gestohlene Sache nicht rechtzeitig gefunden wird.

Im Rahmen der Diskussion um die Einordnung des Diebstahls als abstraktes Gefährdungsdelikt ist die Ansicht von *Kindhäuser* besonders interessant, welcher darauf hinweist, dass dies bezüglich eine Verletzung der für die sichere Verfügung nötigen Voraussetzungen bedeutet¹⁰. Genau dies ist beim Diebstahl der Fall. Durch die Wegnahme verliert das Opfer nicht das Eigentumsrecht, sondern es werden dessen Nutzungs- und Verfügungsrechte beeinträchtigt. Nach der Ansicht von *Kindhäuser* stellt die Verfügungssicherheit selbst kein Rechtsgut, sondern einen Zustand dar.

Heinrich betont, dass aus der Deliktsgruppe solche Delikte separat besprochen werden müssen, bei denen der Erfolgseintritt kein Merkmal des objektiven Tatbestandes darstellt, sondern vom Täter nur die auf den Erfolgseintritt gerichtete Handlung erwartet wird. Zu diesen Delikten gehört seiner Meinung nach auch der Tatbestand des Diebstahls¹¹ (§242 dStGB). Ähnliche

Meinungen werden auch von anderen Stimmen der deutschen Strafrechtswissenschaft vertreten¹².

Laut *Heinrich* ist für die objektive Tatbestandverwirklichung des Diebstahls eine bestimmte Tathandlung ausreichend. Was den Erfolgseintritt und Kausalität angeht, müssen diese vom Täter lediglich beabsichtigt werden. Die Zueignung als Folge wird nicht im Rahmen des objektiven Tatbestandes festgestellt, sondern auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes. Dem lässt sich entnehmen, dass die Zueignung beim Diebstahl kein echter, sondern bloß der vom Täter beabsichtigte Erfolg ist¹³.

Ähnlich wie *Heinrich* findet *Öhler*, dass vom Gesetzgeber keine Zueignung der Sache erwartet wird¹⁴ und der Tatbestand des Diebstahls bereits in dem davor liegenden Stadium ausgeführt ist. Der Grund für die Bestrafung wegen Diebstahls sei die auf die Zueignung einer fremden Sache zielende Handlung, das Erreichen dieses Zieles sei aber nicht notwendig. Der Gesetzgeber fordere nicht den Eintritt einer Rechtsgutverletzung, denn schon die Tathandlung, durch die der Tatbestand des Diebstahls verwirklicht wird, gefährde das Schutzgut. Der Gesetzgeber erachtet eine solche gefährdende Handlung für die Bestrafung wegen Diebstahls als ausreichend. Die Einstufung des Diebstahls als Gefährdungsdelikt basiere darauf, dass bei einem typischen Geschehensablauf („Regellauf der Dinge“), d.h. falls die Handlung des Täters nicht verhindert wird, die Verletzung des Rechtsguts höchstwahrscheinlich zu erwarten ist¹⁵.

Wenn über die Rechtsnatur des Diebstahls diskutiert wird, muss berücksichtigt werden, dass das Rechtsgut des Diebstahls das Eigentum darstellt, welches Gegenstand des Eigentumsrechts ist. Der Diebstahl als Gefährdungsdelikt erfasst demnach also die Gefährdung des Eigentums. Dabei müssen allerdings der Eingriff in das Eigentum und der Eingriff in das Eigentumsrecht voneinander unterschieden werden. Jedes Recht wird nicht nur dann beeinträchtigt, wenn das Rechtsgut (Rechtsobjekt) verletzt wird, sondern schon dann, wenn das

⁸ *Zoidze, Besarion*, Sachenrecht, 1999, 11.

⁹ *Kochashvili, Ketevan*, Besitz und Eigentum – Eine Tatsache und ein Recht im Zivilrecht, 2013, 134-135.

¹⁰ *Kindhäuser, Urs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011, 69, §8 Rn. 22.

¹¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, 62, Rn. 160.

¹² *Krey, Volker / Esser, Robert*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2011, 90, Rn. 220.

¹³ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, 62, Rn. 160.

¹⁴ *Öhler, Dietrich*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin, 1959, 79.

¹⁵ *Öhler, Dietrich*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin, 1959, 80.

Rechtsgut gefährdet wird. Jedoch führt eine Rechtsverletzung nicht automatisch zur Annahme eines Erfolgsdelikts. Voraussetzung des Erfolgsdelikts ist nämlich die Verletzung des Rechtsgutes oder dessen Gefährdung. Außerdem muss berücksichtigt werden, dass ein Recht eine formel-juristische Kategorie ist, der Begriff des Eigentums hingegen eine wirtschaftliche, soziale und rechtliche Bedeutung hat¹⁶. Daher ergibt sich die Unterscheidung zwischen der Beeinträchtigung des Eigentums einerseits und der Verletzung des Eigentumsrechts andererseits. Das Erfolgsdelikt bezieht sich nicht auf die Rechtsverletzung, sondern auf die Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutes verbunden, sofern diese eine nicht nur abstrakte Bedrohung des Rechtsgutes darstellt. Geht man bei der Begründung eines Erfolgsdelikts von einer solchen Verletzung des Rechts als Folge aus, sollte auch die Geiselnahme (Art. 144 gStGB) den Erfolgsdelikten zugeordnet werden, da bei deren Ausführung das Recht auf persönliche Freiheit verletzt wird.

In Bezug auf den Diebstahlstatbestand vertritt *Gamkrelidze* eine bemerkenswerte Meinung, wonach das Delikt einerseits den Erfolgsdelikten zuzuordnen ist¹⁷, es andererseits aber als formelle Straftat zu bezeichnen ist: „Zwar liegt die Vollendung des Diebstahls im Zeitpunkt des Besitzes (der Wegnahme) der beweglichen Sache vor, jedoch begründet der Gewahrsamswechsel noch keine abgeschlossene Tat und das Recht zur Notwehr besteht weiterhin“¹⁸. *Gamkrelidzes* Ansicht ist richtig im Hinblick darauf, dass die heimliche Wegnahme einer Sache noch keine Rechtsgutsverletzung bezüglich des Eigentums und den Verlust des Eigentumsrechts bedeutet. Ansonsten würde dem Eigentümer gegen den Dieb im Zeitpunkt der Wegnahme der Sache kein Notwehrrecht zustehen¹⁹. Das Notwehrrecht besteht solange die Verletzung des Rechtsgutes andauert und endet erst dann, wenn eine weitere Intensivierung der Rechts-

gutsverletzung nicht mehr möglich ist. Als Notwehr gilt diejenige Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden, jedoch ist die Verteidigung des bereits verletzten Rechtsgutes unmöglich. Nach dem Abschluss der Verletzung besteht keine Notwehrlage mehr vor, sondern nur die Möglichkeiten der Festnahme des Straftäters oder der Bestrafung.

2. Nach dem georgischen Strafgesetzbuch stellt die wiederholte Tatbegehung bei vielen Straftaten einen die Verantwortung erschwerenden Umstand dar. Dies erfordert als notwendige Voraussetzung eine bereits vorangegangene Bestrafung für das betreffende Delikt. Fraglich ist daher, wie zu entscheiden ist, wenn die begangene Straftat ohne Wiederholungstat keine strafrechtliche Verantwortung begründet? Es stellt sich die Frage, wie das Problem zu lösen ist, wenn die Tat ohne Wiederholungstat wegen ihrer Schwere und Bedeutung allein für die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung nicht ausreichend ist. Die Frage ist, ob durch Bestrafung der handelnden Person nur wegen ihrer Vorstrafe, der Wiederholungstat strafrechtliche Verantwortungsbedeutung eingeräumt wird.

Die diesbezügliche Argumentation von *Jishkariani* ist im Hinblick auf folgendes Beispiel interessant: Student A möchte ein T-Shirt im Wert von 100 Lari aus dem Supermarkt stehlen, weil er kein Geld hat, um es zu kaufen. Für die Verwirklichung seiner Idee beschließt A, in dem Supermarkt installierte Überwachungskameras zu sichten, um am nächsten Tag das T-Shirt stehlen zu können. Sein verdächtiges Verhalten wird von dem Sicherheitspersonal bemerkt. A wird daraufhin bei der Polizei angezeigt und gesteht dort sein Vorhaben in der Vernehmung ein²⁰. Kann A für die Vorbereitung des Diebstahls strafrechtlich verantwortlich gemacht werden?

Die Vorbereitung des Grundtatbestands ist ohne erschwerenden Umstand nicht strafbar, da der Diebstahl (Art. 177 Abs. 1 gStGB) eine weniger schwere Straftat darstellt. Nach georgischer Gesetzgebung ist die Vorbereitung von Straftaten der Kategorien „schwer“ und „besonders schwer“ strafbar, während dies bei Straftaten der Kategorie „weniger schwer“ nur ausnahmsweise

¹⁶ *Jorbenadze, Sergo*, Eigentum und Eigentumsrecht, in: Beiträge der Staatlichen Universität Tiflis, Reihe der Rechtswissenschaften, Band 89, 1960, 97, 107.

¹⁷ *Gamkrelidze, Otar*, Erläuterung zum georgischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2008, 79.

¹⁸ *Gamkrelidze, Otar*, Erläuterung zum georgischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2008, 223.

¹⁹ *Tskitishvili, Temur*, Notwehr als Ausschließungsgrund der strafrechtlichen Verantwortung, in: *Peradze, Gocha* (Hrsg.), Aufsätze zur Geschichte des Rechts und des politischen Denkens, Buch II, 2012, 622.

²⁰ *Jishkariani, Bachana*, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 99.

der Fall ist (Art. 18 gStGB). Diebstahl gehört weder zu den schweren, noch zu den besonders schweren Straftaten. Aus diesem Grund findet der Verfasser des hier rezensierten Buches zu Unrecht, dass in diesem Fall eine Strafbarkeit von A wegen der wiederholten Vorbereitung des Diebstahls möglich ist²¹.

Für die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung wegen wiederholter Vorbereitung eines Diebstahls ist es erforderlich, dass der Diebstahl zur Kategorie der Straftaten gehört, deren Vorbereitung auch ohne Vorliegen erschwerender Umstände unter Strafe gestellt ist. Würde eine Person wegen der (wiederholten) Vorbereitung des Diebstahls bestraft, weil bereits eine entsprechende Vorbestrafung vorliegt, würde der Umstand der Wiederholung nicht einen erschwerenden, sondern einen strafbarkeitsbegründenden Faktordarstellen, denn ohne die Vorstrafe wäre die Vorbereitung eines weiteren Diebstahls straflos. Die Lösung der Frage auf diese Art und Weise ist unakzeptabel, weil die Wiederholung der Tat– und dementsprechend Vorstrafe einer Person – kein Merkmal des Unrechts oder der Schuld ist²², sondern eine mit der Vergangenheit des Straftäters verbundene Tatsache. Strafrechtliche Verantwortung muss auf der Schwere von Unrecht und Schuld basieren, die Persönlichkeit oder das frühere Leben des Täters spielen dafür hingegen keine Rolle. Beispielsweise wird für die strafrechtliche Verantwortung wegen Diebstahls vorausgesetzt, dass der Wert der gestohlenen Sache nicht von nur gering ist (Art. 7 Abs. 2 gStGB). Die Strafbarkeit wegen des wiederholten Diebstahls einer Sache von nur geringem Wert ist unmöglich, ungeachtet des etwaigen Vorliegens seiner Vorstrafe die weder aufgehoben noch gelöscht wurde.

3. Eine der kontroversen Frage im Strafrecht stellt der Aufbau des subjektiven Tatbestandes dar. Die Definition der Merkmale des subjektiven Tatbestandes wird der neoklassischen Lehre von der Straftat zugeschrieben, da die klassische Theorie den Tatbestand als eine

²¹ Jishkariani, Bachana, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 99-101.

²² Die strafrechtliche Bewertung der Vorstrafe des Verurteilten und ihre Bedeutung sind jedoch umstritten. Teilweise wird vertreten, dass dies ein das Unrecht erschwerender Umstand ist, während der andere der Meinung sind, dass dies den Grad der Schuld bestimmt. Siehe dazu Tskitishvili, Temur, Strafe und Strafzumessung, 2019, 124-128.

Einheit objektiver Merkmale betrachtet hat. Der erste Schritt zur Subjektivierung des Tatbestandes bestand darin, den Zweck der Straftat als Tatbestandsmerkmal aufzunehmen. Später wurden auch Motiv und Vorsatz in den subjektiven Tatbestand aufgenommen. Die Aufnahme des Vorsatzes in den subjektiven Tatbestand ist ein Verdienst der normativen, finalen Theorie. Zuvor galten der Vorsatz sowie die Fahrlässigkeit als Formen der Schuld. Im Hinblick auf den Delikttaufbau wird über den Ort des Vorsatzes nach wie vor diskutiert. Die finale Theorie hat weiterhin Befürworter als auch Gegner. Eine prinzipielle Frage ist, ob die Kenntnis des Täters von der Rechtswidrigkeit der Tat ein Merkmal des Vorsatzes darstellen soll und deren Fehlen den Vorsatz ausschließt und zu einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führt.

In dem hier rezensierten Buch werden das Vorliegen der Putativnotwehr und des Verbotsirrtums einerseits vorsatzausschließender Grund²³, andererseits weist der Verfasser im Rahmen der Falllösung darauf hin, dass die Tat mit direktem Vorsatz begangen wurde²⁴, was sich als nichteinheitliche Argumentationskette darstellt.

Wenn das Vorliegen des Vorsatzes auf der Ebene des Tatbestandes festgestellt wurde, ist dessen Ausschluß auf der Ebene der Schuld nicht möglich, weil diese ein Merkmal ist, das nicht zum Tatbestand gehört. Die Ausführung der Straftat geht der Schuld voraus. Ein Einfluss der Schuldform auf den subjektiven Tatbestand wäre dann konsequent, wenn die Schuld ein Merkmal des subjektiven Tatbestandes wäre.

Die nicht einheitliche Argumentation des Verfassers– Feststellung des Vorsatzes auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes und dessen Ausschluss auf der Ebene der Schuld – ist teilweise auch der georgischen Gesetzgebung geschuldet. Art. 9 gStGB bestimmt die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als Merkmal des Vorsatzes. Ist der Irrtum über die Rechtswidrigkeit allerdings nicht verzeihlich, kann laut Art. 36 Abs. 3 gStGB nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, soweit die fahrlässige Begehung der betreffenden Tat strafbar ist. Beim Vorliegen des unverzeihlichen Verbotsirrtums ist die vom georgischen Strafgesetzbuch vorgesehene Methode

²³ Jishkariani, Bachana, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 85.

²⁴ Jishkariani, Bachana, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 83.

zur Problemlösung umstritten. Besser geregelt ist dies im deutschen Strafrecht, wonach der vermeidbare Verbotsirrtum nicht vorsatzausschließende, sondern strafmildernde Wirkung hat²⁵.

Ungeachtet des vermeidbaren Verbotsirrtums, entspricht der Hinweis des Verfassers auf den Vorsatz im subjektiven Tatbestand der Problemlösung nach dem deutschen Strafrecht. Zugleich stützt sich die Begründung des Ausschlusses des Vorsatzes aufgrund desselben Umstandes aber auf Art. 36 gStGB. Eine solche uneinheitliche Begründung ist für Studenten verwirrend und entspricht vielmehr der deutschen Methodik zur Lösung des Falles. Im georgischen Strafrecht sollte die Qualifikation einer Tat jedoch auf dem georgischen Strafgesetzbuch beruhen. Darüber hinaus muss die Begründung einheitlich und mit dem strukturellen Aufbau der Straftat vereinbar sein. Bei der Qualifizierung einer Tat muss der Verfasser die Frage entweder nach deutschem oder georgischem Strafrecht entscheiden. Kommen die georgische und die deutsche Strafgesetzgebung zu unterschiedlichen Lösungen, führt die Anwendung der gesetzlichen Regelungen beider Länder dazu, dass die Argumentation des Autors widersprüchlich wird.

4. Eine der Formen der Straftat ist die unvollendete Straftat, wobei man vom Versuch spricht. Wie bereits erwähnt, erfordert die Lösung eines Falles bezüglich der versuchten Straftat ein eigenes Prüfungsschema. Wichtig ist, dass bei der Prüfung eines Versuchs auch an das mögliche Vorliegen eines Rücktrittes gedacht wird. Wurde die Straftat nicht vollendet, muss festgestellt werden, ob dies auf vom Täter unabhängigen Umständen beruht oder die Vollendung der Tat vom Täter freiwillig und endgültig aufgegeben wurde. Das hier rezensierte Buch behandelt einen Fall zu dieser Thematik, wobei der Verfasser zu einzelnen Fragen umstrittene Ansichten vertritt. Der Sachverhalt des betreffenden Falles lautet wie folgt: A beschließt, seinen Nachbarn B aus Rache zu töten. Um dies zu erreichen, gibt A in Richtung des B einen Schuss aus einer Waffe ab. Infolgedessen wird B verletzt und seine Gesundheit geschädigt. Danach handelt A jedoch nicht weiter, da ihn sein

schlechtes Gewissen plagt²⁶. Bei der Lösung des vorliegenden Falles ist der Verfasser der Ansicht, dass der Täter einen unbeendeten Versuch begangen hat, weil er zweimal auf das Opfer geschossen hat und Gelegenheit zu einem dritten Schuss hatte²⁷. Diese Ansicht ist nicht zu teilen. Obwohl der Täter die Möglichkeit hatte, zum dritten Mal zu schießen und die weitere Tatausführung aufgegeben hat, kann der Versuch nicht als unbeendet eingestuft werden.

In der juristischen Literatur ist die Unterscheidung der versuchten Straftat in vollendet und unvollendet umstritten. Nach einer Auffassung ist solch eine Aufteilung künstlich und ohne praktische Bedeutung²⁸. Demnach sei das Beenden des Versuchs praktisch das Beenden der Begehung der Straftat, was einen Rücktritt vom Versuch ausschließe. Folglich liege in der Nichtvollendung der Straftat auch die Nichtbeendigung des Versuchs²⁹. Nach anderer Meinung ist die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch von erheblicher praktischer Bedeutung, da dieser Aspekt bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei³⁰. Darüber hinaus sei dies auch für die Diskussion relevant, ob ein Rücktritt von der Unterlassungstat möglich ist. Demnach sei bei der Unterlassungstat der Rücktritt im Stadium des unvollendeten Versuchs durch die Vornahme der ursprünglich gebotenen Handlung möglich³¹, bei dem vollendeten Versuch ist dagegen Rücktritt nur durch die Vornahme der ursprünglich gebotenen Handlung sowie zusätzliche Maßnahmen möglich³².

²⁶ *Jishkariani, Bachana*, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 102.

²⁷ *Jishkariani, Bachana*, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 105.

²⁸ *Gamkrelidze, Otar*, Zur Frage des vollendeten und unvollendeten Versuchs, in: *Gamkrelidze, Otar* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts, 2006, 17; *Gamkrelidze, Otar*, Erläuterung zum georgischen Strafgesetzbuch, in: *Gamkrelidze, Otar*, Probleme des Strafrechts, 3. Aufl., Band III, 2013, 250.

²⁹ *Gamkrelidze, Otar*, Zur Frage des vollendeten und unvollendeten Versuchs, in: *Gamkrelidze, Otar* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts, 2006, 23.

³⁰ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, 93.

³¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, 352, Rn. 790.

³² *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, 352, Rn. 795 f.

²⁵ Siehe *Maglakelidze, Lavrenti*, Vorsatz und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach dem georgischen und deutschen Strafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse, 2013, 188-190.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ist davon abhängig, ob im Einzelfall das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs festgestellt wird.

Im Fall der Abgabe eines Schusses und Verfehlen des Ziels soll nach der zuvor dargestellten Ansicht ein beendeter Versuch vorliegen³³. Es ist richtig anzunehmen, dass ein unvollendeter Versuch dann nicht mehr vorliegt, wenn das Geschoss aus der Waffe austritt, sondern nur bis zum Zeitpunkt der Betätigung des Abzuges. Wurde der Schuss abgegeben, ist der Versuch beendet, weil der Täter alle Möglichkeiten wahrgenommen hat, die bei einem erfahrungsgemäßen Kausalverlauf erforderlich waren, um den Erfolgseintritt herbeizuführen³⁴.

In dem Fall, der in dem hier rezensierten Buch besprochen wird, geht es allerdings nicht darum, ob der Versuch beendet ist, sondern ob es sich um einen fehlgeschlagenen Versuch handelt. *Jishkariani* schließt in dem von ihm besprochenen Fall einen fehlgeschlagenen Versuch aus³⁵, was wiederum die Möglichkeit des Rücktritts und die damit verbundene Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortung verhindern würde. Jedoch ist die juristische Literatur in Bezug auf diesen Fall nicht einheitlich.

Von einer Auffassung, die auch als sogenannte „Gesamtbetrachtungslehre“ bekannt ist, wird betont, dass bei einem entsprechenden Sachverhalt der Rücktritt nicht ausgeschlossen sei, wenn der Täter die Abgabe weiterer Schüsse aufgibt, obwohl er sein Ziel durch dieselben oder andere Mittel noch erreichen konnte³⁶.

Nach der sogenannte „Tatplantheorie“ komme es darauf an, ob laut Tatplan das Ziel durch den Einsatz bestimmter Mittel erreicht werden sollte. Kann der Tä-

ter sein Ziel durch die vom Tatplan vorgesehenen Mittel nicht erreichen und erscheint ihm infolge dessen die Verwendung neuer Mittel erforderlich, weise dies auf einen neuen Tatplan und eine neue Tathandlung hin, weswegen ein Rücktritt ausgeschlossen sei und die begangene Tat als strafbarer Versuch eingestuft werden müsse³⁷.

Nach einer weiteren Ansicht, die auch als sogenannte „Einzelakttheorie“ bekannt ist, wird bei einem Verfehlen des Ziels der Rücktritt vom Versuch ausgeschlossen, weil der Nichteintritt des Erfolgs auf einer vom Täter unabhängigen Ursache beruht³⁸. Dieser Theorie zufolge ist es also irrelevant, ob dem Täter nach einer erfolglosen Handlung die Herbeiführung des Erfolgseintritts noch mit anderen Mitteln möglich war. Ungeachtet der Tatmittel wird jeder Akt als unabhängige Handlung betrachtet³⁹.

Von den vorliegend dargestellten Theorien ist der Gesamtbetrachtungslehre zuzustimmen, da diese dem Sinn und Zweck des Rücktritts vom Versuch am weitesten entspricht und den besten Schutz des gefährdeten Rechtsgutes gewährleistet, was der Frage der Strafbarkeit des Täters vorrangig ist. Jedoch wäre es besser, wenn der Verfasser das Vorliegen eines unbeendeten Versuchs nicht kategorisch feststellen, sondern die verschiedenen Ansichten und Argumentationen diskutieren würde, so wie es im Rahmen einer Falllösung erforderlich ist.

5. Zur strafrechtlichen Verantwortung bei der Teilnahme gibt es verschiedene Theorien: Eigenverantwortungstheorie, logisch-akzessorische Theorie, limitiert-akzessorische Theorie, hyperakzessorische und minimal akzessorische Theorien. Im georgischen Strafrecht gibt es in letzter Zeit keine einheitliche Meinung in Bezug darauf, nach welcher Theorie die Strafbarkeit der Teilnahme entschieden werden soll. Laut Art. 23 gStGB liegt Teilnahme vor, wenn zwei oder mehr Personen vorsätzlich und gemeinschaftlich an der Begehung der vorsätzlichen Straftat mitwirken. Nach einer Auffassung

³³ *Tsereteli, Tinatin*, Probleme des Strafrechts, Band I, 2007, 538; *Turava, Merab*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Aufl. 9, 2013, 319.

³⁴ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, 91.

³⁵ *Jishkariani, Bachana*, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 104.

³⁶ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, 89-90; *Gamkrelidze, Otar*, Zur Frage des vollendeten und unvollendeten Versuchs, in: *Gamkrelidze, Otar* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts, 2006, 18-19; *Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, 516, §30 IV Rn. 112, 535 V Rn. 180.

³⁷ Zur genannten Theorie siehe *Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 534 V Rn. 177.

³⁸ *Tsereteli, Tinatin*, Probleme des Strafrechts, Band I, 2007, 538.

³⁹ *Kühl, Kristian*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, 478, §16 Rn. 16, 18.

ist die Strafbarkeit der Teilnahme im Sinne der limitiert-akzessorischen Theorie zu bestimmen, wonach der die Strafbarkeit der Teilnahme allein auf der Unrechtverwirklichung durch den Täter basiert und diesbezüglich eine schuldhaftige Begehung nicht gefordert wird⁴⁰. Obwohl Art. 23 gStGB auf die Teilnahme an der Begehung der vorsätzlichen Straftat von zwei oder mehreren Personen hinweist, muss der Begriff „Straftat“ als durch das Strafgesetzbuch pönalisierte rechtswidrige Handlung verstanden werden, ohne dabei das Merkmal der Schuld einzubeziehen. Anscheinend teilt auch der Verfasser des hier rezensierten Buches diese Ansicht, da er im Rahmen eines entsprechenden Falles die Schuld des Täters nicht prüft und betont, dass die Teilnahme keine Prüfung der Schuld des Täters erfordert, sondern bereits die Begehung der rechtswidrigen Tat für die Strafbarkeit ausreichend ist. Allerdings wird in Bezug auf die Strafbarkeit der Anstiftung bemerkt, dass die Begehung der vorsätzlichen Straftat durch den Täter erforderlich ist⁴¹. Bemerkenswert ist dabei, dass in diesem Fall nicht auf das Unrecht, sondern auf die Straftat hingewiesen wird, was im Ergebnis zu einem Widerspruch führt.

Im georgischen Strafrecht wird in Bezug auf die Strafbarkeit der Teilnahme eine andere Meinung vertreten, die sich aus der logisch-akzessorischen Theorie ergibt und für die Strafbarkeit der Teilnahme die Begehung der Straftat des Täters anstatt nur die Verwirklichung des Unrecht voraussetzt⁴². Diese Ansicht basiert auf der gesetzlichen Regelung des Art. 23 gStGB. Jedoch muss betont werden, dass die Anerkennung der logisch-akzessorischen Theorie und die Begründung der Teilnahmeverantwortung durch die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung des Täters nicht bedeutet, dass die Strafbarkeit des Teilnehmers von der Strafbarkeit des Täters abhängig ist. Ebenso wird auch die Befreiung des Teilnehmers von der strafrechtlichen

Verantwortung nicht gefordert, wenn der Täter nicht ermittelt wird oder er nach der Ermittlung verstirbt⁴³.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die limitiert-akzessorische Theorie von der Begründerin des georgischen Instituts für Strafrecht, Tinatin Tsereteli, scharf kritisiert wurde. In diesem Zusammenhang betonte sie, dass die Gefahr der Gleichstellung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft bestehe. Während im georgischen Strafrecht umstritten ist, inwiefern die Strafbarkeit des Teilnehmers auf der limitiert-akzessorischen Theorie basieren kann, ist selbige im deutschen Strafrecht maßgeblich⁴⁴. Dies ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen zur Anstiftung und Beihilfe in §§ 26, 27 dStGB, wonach für die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen als Teilnehmer die Anstiftung und Beihilfe zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat maßgeblich ist. Obwohl die limitiert-akzessorische Theorie eine Verwechslung von Teilnahme und mittelbarer Täterschaft ermöglicht, erweist sie sich in verschiedenen Fällen als vorteilhaft. Dies betrifft insbesondere die Fälle von Sonder- und Pflichtdelikten, bei denen der Täter rechtswidrig aber nicht schuldhaft handelt⁴⁵. In diesem Fall wird die Strafbarkeit des Täters mangels Schuld ausgeschlossen. Der Beteiligte kann nicht wegen mittelbarer Täterschaft bestraft werden, wenn er selbst nicht die erforderliche besondere Subjektsqualität erfüllt. Die einzige Möglichkeit einer Strafbarkeit ist in solch einem Fall die wegen Anstiftung basierend auf der limitiert-akzessorischen Theorie. Trotz dieses Vorteils der limitiert-akzessorischen Theorie ist deren Verwendung im georgischen Strafrecht bezüglich der Strafbarkeit der Teilnahme äußerst umstritten.

⁴⁰ Turava, Merab, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 9, 2013, 333; Tumanishvili, Giorgi, Das öffentliche Aufrufen zur Begehung von Straftat, in: Leben und Recht, 2012, 33.

⁴¹ Jishkariani, Bachana, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 112.

⁴² Tsereteli, Tinatin, Probleme des Strafrechts, Band II, 2007, 76; Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, 204-208; Nachkebia, Guram / Todua, Nona, in: Nachkebia, Guram / Todua, Nona, (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2018, 300.

⁴³ Gamkrelidze, Otar, Mittelbare und unmittelbare Täterschaft im Strafrecht, in: Probleme des Strafrechts, 2. Aufl., 2011, 142.

⁴⁴ Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, 128, §26 Rn. 4 f.; Kühl, Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, 703; Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas., Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, 655; Rengier, Rudolf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2011, 409; Heinrich, Bernd, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, 598, Rn. 1279; Wessels, Johannes / Beulke, Werner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Aufl., 2010, 204, Rn. 553.

⁴⁵ Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, 206.

6. Eine besondere Form der Straftat stellt das Unterlassungsdelikt dar, das sich in echte und unechte Unterlassungsdelikte unterscheiden lässt. Im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte muss auf der Ebene des objektiven Tatbestandes die Garantenstellung, also die Existenz einer speziellen Garantenpflicht, festgestellt werden. Es stellt sich die Frage, wo genau die Prüfung dieses Merkmals erfolgen soll.

Der Verfasser des hier rezensierten Buches prüft die Garantenstellung nach der Feststellung des Kausalzusammenhanges. Vor der Klärung der Frage, ob die Garantenpflicht gegeben war und ob der Täter eine Handlungsmöglichkeit hatte, betont der Verfasser Folgendes: „Im vorliegenden Fall kann die Kausalität problemlos festgestellt werden.“⁴⁶ Erst im Anschluss werden das Vorliegen der Garantenstellung und die Nichtvornahme der gebotenen Handlung geprüft. Diese Reihenfolge entspricht nicht der georgischen Gesetzgebung. Gem. Art. 8 Abs. 3 gStGB werden folgende Voraussetzungen der Strafbarkeit des Unterlassens bestimmt: Spezielle Garantenpflicht zum Handeln, Möglichkeit der Vornahme der gebotenen Handlung, Möglichkeit der Vermeidbarkeit des Erfolgs. Ohne Feststellung der genannten Voraussetzungen ist es unmöglich, das Vorliegen der Kausalität zwischen der unterlassenen Handlung und dem eingetretenen Erfolg zu bejahen. Der Verfasser sollte vor allem das Vorliegen der Garantenstellung und der Handlungsmöglichkeit sowie die Vermeidbarkeit des Erfolgs durch die gebotene Handlung prüfen. Erst danach wäre die Feststellung der Kausalität gerechtfertigt.

⁴⁶ Jishkariani, Bachana, Fälle im Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, 119.

Adversatorisch versus inquisitorisch: auf der Suche nach optimalen Verfahrensstrukturen*

Von Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Albin Eser* M.C.J. (Direktor emeritus am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg)

I. Vorbemerkung

Ähnlich wie viele andere Länder ist auch in Georgien die Struktur des Strafverfahrens in Diskussion. Dazu möchte ich gerne einen Beitrag leisten, indem ich die derzeit wichtigsten Grundmodelle des Strafprozesses im Hinblick auf ihre jeweiligen Vorteile und Nachteile miteinander vergleichen möchte: nämlich einerseits das inquisitorische Verfahrensmodell, das für Kontinentaleuropa typisch ist und wohl auch dem früheren georgischen Strafprozessrecht zugrunde lag, und andererseits das adversatorische Strafverfahrensmodell, wie es ursprünglich vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis anzutreffen war, neuerdings aber auch in anderen Ländern, wie insbesondere in Georgien Eingang gefunden hat. Für diesen Vergleich kann ich nicht nur auf theoretische Vorarbeiten zurückgreifen, viel-

mehr kann ich dabei auch Erfahrungen einbringen, die ich sowohl als Richter an einem deutschen Revisionsgericht wie später auch als Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag machen konnte.

1. Grundtypen des Strafverfahrens

Weltweit betrachtet wird wohl jedes Land strafprozessuale Besonderheiten aufweisen, durch die es sich von den Strafprozessordnungen anderer Länder unterscheidet, sodass es – genau besehen – kaum zwei nationale oder internationale Verfahrensordnungen geben dürfte, die völlig deckungsgleich wären. Gleichwohl bleibt festzustellen, dass die Ausgestaltung der einzelnen nationalen Verfahrensordnungen grundsätzlich an einem der vorgenannten adversatorischen oder inquisitorischen Grundtypen des Strafprozesses ausgerichtet ist. Auch wenn diese Verfahrensmodelle kaum noch in jeweiliger Reinkultur auftreten, weil es zahlreiche Übergänge und Mischformen zwischen beiden Modellen gibt und neuerdings auch noch gewisse konsensuale Elemente wie etwa in Form von Absprachen hinzukommen können, erscheint es angebracht, sich zunächst einmal die wesentlichen Merkmale der beiden Grundformen vor Augen zu führen.

a) Das adversatorische Verfahrensmodell

Das adversatorische Strafverfahren ist als Parteienprozess ausgestaltet. Kennzeichen dieses Verfahrenstypus ist die Zuständigkeit – oder in anderen Worten die Verantwortlichkeit – der beiden (wesentlichen) Parteien, nämlich der Anklage und der Verteidigung. Diese haben die jeweils relevanten Tatsachen zu ermitteln, die zu deren Nachweis erforderlichen Beweismittel ausfindig zu

* Im Folgenden handelt es sich um den Vortrag, den ich am 18. Juli 2019 in Tbilisi im Obersten Gerichtshof Georgiens gehalten habe. Dieser Vortrag beruht im Wesentlichen auf den folgenden Veröffentlichungen: *Albin Eser*, The „Adversarial“ Procedure: A Model Superior to Other Trial Systems in International Criminal Justice?, in: Thomas Krüßmann (ed.), *ICTY: Towards a Fair Trial*, Wien 2008, S. 207-227, abrufbar via: www.freidok.uni-freiburg.de/data/6317; *Albin Eser*, Reflexionen zur Prozesssystem und Verfahrensrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit, in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*. Festschrift für Klaus Tiedemann, München 2008, S. 1453-1472, abrufbar via: www.freidok.uni-freiburg.de/data/6275; *Albin Eser*, Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle: Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, in: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, Frankfurt/Main 2014, S. 11-29; abrufbar via: www.freidok.uni-freiburg.de/data/9734.

machen und diese letztendlich dem Gericht zu präsentieren. Die Aufklärung des Sachverhalts ist somit Sache der Parteien. Diese tragen die Verantwortung für die Beibringung der tatsächlichen Grundlagen einschließlich der Beweismittel, auf denen das Gericht seine Entscheidung trifft.

Der adversatorische bzw. kontradiktorische Charakter dieses Verfahrenstypus zeigt sich vor allem in der Art und Weise der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung. Anklage und Verteidigung benennen jeweils ihre Beweismittel, befragen bei dem Zeugenbeweis zunächst die von ihnen benannten Zeugen, die dann anschließend einem Kreuzverhör unterzogen werden, um die Zuverlässigkeit ihrer Aussagen beurteilen zu können.

Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen ist Aufgabe des Gerichts. Dabei spielt es für die strukturprägenden Elemente des adversatorischen Verfahrens keine Rolle, ob die Entscheidung über die Schuldfrage Berufsrichtern, einem Laiengremium (jury) oder einer Kombination aus beidem anvertraut ist. Grundsätzlich hat das für die Entscheidung in der Hauptverhandlung zuständige Gericht keine, jedenfalls keine umfassende Kenntnis des bereits in den Stadien vor der Hauptverhandlung von den Parteien ermittelten Verfahrensstoffs.

b) Das inquisitorische Verfahrensmodell

Im inquisitorischen Verfahrensmodell ist in der Hauptverhandlung die Beibringung und Aufklärung des für die zu treffende Entscheidung erheblichen Beweismaterials die Aufgabe des Gerichts. Dieses hat von Amts wegen, das heißt von sich aus, ohne auf entsprechende Beweisinitiativen der Verfahrensbeteiligten angewiesen oder durch diese bei der Sachverhaltsaufklärung begrenzt zu sein, den relevanten Tatsachenstoff zu erheben. Dies umfasst auch die Pflicht, die dafür benötigten Beweismittel zu benennen, diese in der Hauptverhandlung präsent zu haben und die Beweise dort nach den für das jeweilige Beweismittel (etwa Zeugenbeweis, Urkundenbeweis oder Augenscheinseinnahme) geltenden Vorschriften zu erheben. Die von Amts wegen vorzunehmende und als Pflicht des Gerichts ausgestaltete Sachverhaltsaufklärung wirkt sich auf die Art und Weise der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung aus.

Das inquisitorische Verfahren kennt keine formale Unterscheidung von Belastungs- und Entlastungszeugen. Dementsprechend existiert keine nach den Parteien

getrennte Beweiserhebung (etwa eine solche in „prosecution case“ und „defensive case“). Das Gericht führt vorrangig und eigenständig die Beweiserhebung durch; das heißt konkret, dass zunächst das Gericht etwa die Zeugen befragt. Den übrigen Verfahrensbeteiligten bleibt lediglich die Möglichkeit, ergänzende Befragungen durchzuführen. Dieser Verfahrensablauf und die mit ihm verbundene Rollenverteilung gilt wiederum unabhängig davon, ob das zur Entscheidung berufene Gericht ausschließlich aus Berufsrichtern besteht oder die Entscheidung der Schuldfrage einem Laiengremium anvertraut ist (so etwa bei den Geschworenengerichten in Österreich) und lediglich die Beweisaufnahme durch die Berufsrichter geführt wird.

2. Kritischer Vergleich

Wie bereits angedeutet, ist in der Verfahrenswirklichkeit heute keines dieser beiden Prozessmodelle in jeweiliger Reinkultur verwirklicht; vielmehr finden sich immer wieder rechtliche Gestaltungen, die dem Ideal des gewählten Ausgangstypus nicht entsprechen, sondern quasi aus dem konkurrierenden Verfahrensmodell importiert sind. Gleichwohl ist zum Zweck eines kritischen Vergleichs festzuhalten, welche Maximen für das eine oder das andere Modell wesentlich sind.

- So ist einerseits für inquisitorische Verfahrensmodelle charakteristisch, dass dem Gericht die Verantwortung für die gerechte – nämlich die dem materiellen Strafrecht entsprechende – Entscheidung über die dem Angeklagten vorgeworfene Tat obliegt. Damit liegt die Verantwortung sowohl für die Beibringung des entscheidungsrelevanten Prozessstoffs als auch die Entscheidung über die Schuld- und die Straffrage einheitlich beim Gericht.
- Demgegenüber ist im adversatorischen Verfahrensmodell die Verantwortung zwischen der Beibringung des Prozessstoffes und der Entscheidung darüber gespalten: Während die Einbringung des Beweisstoffes in den Prozess den Parteien obliegt, bleibt dem Gericht lediglich darüber zu entscheiden, ohne aber bei seinem Verdikt wesentlichen Einfluss auf die Gewinnung des zugrundeliegenden Tatsachenmaterials nehmen zu können.

Ein kritischer Vergleich dieser Verfahrensmodelle ist aus Zeitgründen hier natürlich nur sehr selektiv

möglich; deshalb werde ich die Vor- und Nachteile des einen oder anderen Modells nur anhand von drei weichenstellenden Kernpunkten demonstrieren können, und zwar im Hinblick die Rolle der Prozessbeteiligten (1), die Verfahrenseffizienz (2) sowie auf die Art und den Umfang der Wahrheitserforschung (3).

a) Die Rolle der Prozessbeteiligten

- Was zunächst die Rolle des *Richters* betrifft, so ist zwar einerseits zu verstehen, dass er sich aufgrund des Akkusationsprinzips auf die Beweisgewinnung und Beurteilung der Straftaten zu beschränken hat, die von der Verfolgungsbehörde unter Anklage gestellt wurden. Andererseits ist aber nicht einzusehen, dass sich der Richter bei seiner Suche nach Berechtigung der Anklage auf die seitens der Parteien vorgelegten Beweismittel soll beschränken müssen. Anklageerhebung (samt Benennung des vorgeworfenen Verbrechens und der diesem zugrunde gelegten Tatsachen) ist die eine, und zwar allein dem Ankläger zustehende Funktion; das Urteil darüber ist die andere, nämlich die dem Gericht zukommende Aufgabe. Kann der Richter bei seiner Urteilsfindung von Seiten der Parteien beschränkt werden, indem ihm von einer Partei bestimmte Beweismittel vorenthalten oder beispielsweise bei Zeugenvernehmungen entscheidungsrelevante Fragen in jeweils gegenläufigem Parteiinteresse nicht gestellt werden, so wird dem Richter eine Entscheidung auf parteilicherseits vorfabrizierter Grundlage zugemutet. Dadurch wird im rein adversatorischen Verfahren das Gericht, ohne sich selbst ein vollständiges und von einseitigen Vorenthaltungen freies Bild machen zu können, zu einer Art „Moot Court“ herabgewürdigt: Es hat über eine von den Parteien inszenierte Beweispräsentation und damit im Grunde nur hypothetische Tatsachenkonstellation zu entscheiden.
- Auch die Rolle des *Angeklagten* ist im adversatorischen Verfahren keineswegs so vorzüglich, wie es für einen als selbstverantwortlich ernst genommenen und mit zahlreichen Rechten ausgestatteten Prozessbeteiligten zu erwarten wäre, und zwar weder wenn sich der Angeklagte selbst verteidigt noch wenn er sich eines Verteidigers bedient. Denn während jedenfalls im reformierten Inquisitionsprozess dem Angeklagten ein Nebeneinander von Selbstverteidigung und Beiziehung eines Verteidigers erlaubt

ist, tut man sich in der adversatorischen Tradition immer noch schwer, dem Angeklagten sowohl das Recht auf Selbstverteidigung (unter Aufrechterhaltung seines auf sein Schweigerecht beruhenden Schutzschildes gegen Selbstbezeichnung) als auch das Recht auf Vertretung durch einen Verteidiger zuzugestehen. Deshalb muss der Angeklagte im adversatorischen Verfahren eine folgenschwere Wahl treffen:

- Entscheidet sich der Angeklagte für die Selbstverteidigung, so läuft er nicht nur Gefahr, dass sein Vorbringen in eigener Sache später gegen ihn selbst verwendet wird; auch kann er bei der ihm theoretisch eingeräumten „Waffengleichheit“ mit dem Ankläger praktisch leicht den Kürzeren ziehen, wenn ihm die für eine bessere Verteidigung notwendige Vorbildung oder die für eigene Ermittlungen erforderlichen Mittel fehlen, wie dies etwa in der amerikanischen Verfolgungspraxis bekanntlich nicht selten der Fall ist.
- Lässt sich andererseits der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten, so begibt er sich, sofern er nicht seines Schweigerechts verlustig gehen will, praktisch jeder eigenen Mitsprache- und Antragsrechte: Ihm verbleibt im Grunde nur noch die Rolle eines bloßen „Prozessbeobachters“.
- Was die Rolle des *Opfers* betrifft, so könnte es nahe liegen zu vermuten, dass dessen Stellung gerade in einem Parteimodell der des Angeklagten gleichwertig sei. Denn sollte es nicht das Opfer sein, das dem Täter als Partei gegenübersteht?
 - Tatsächlich ist jedoch im adversatorischen Verfahren eher das Gegenteil der Fall: Indem nämlich die Interessen des Opfers gänzlich dem staatlichen Strafinteresse untergeordnet und diese vom öffentlichen Ankläger vertreten werden, ist für das Opfer im Strafverfahren kein Platz mehr: Während der Verletzte mit seinen Ansprüchen ins Zivilverfahren abgedrängt wird, steigt der Ankläger zum alleinigen Parteigegner des Angeklagten auf. Und selbst soweit das Opfer als Zeuge der an ihm begangenen Tat mitzuwirken hat, wird es nicht zum Subjekt, sondern bleibt Instrument des Strafverfahrens.
 - Demgegenüber verfügt im Inquisitionsprozess das Opfer über eine weitaus bessere Stellung

als eigenständiges Prozesssubjekt: Nicht nur, dass der Verletzte als Nebenkläger mit weitgehenden Mitwirkungsrechten ausgestattet ist und dadurch Einfluss auf das Strafverfahren nehmen kann; vielmehr kann dem Verletzten in Form eines Adhäsionsverfahrens sogar die Geltendmachung seiner Ersatzansprüche ermöglicht werden.

b) Verfahrenseffizienz

Was die Effizienz des Verfahrens im Sinne von Zügigkeit und Kostspieligkeit betrifft, sind die besseren Noten sicherlich an das Inquisitionsmodell zu vergeben. Dieses ist der den Parteien überlassenen Präsentation der Beweismittel naturgemäß schon dadurch überlegen, dass der Richter zielstrebig auf die für die Urteilsfindung relevanten Punkte hinwirken kann. Im Übrigen sei lediglich auf zwei gravierende Strukturprobleme adversatorischer Verfahren hingewiesen.

- Das ist zum einen die Trennung des adversatorischen Verfahrens in „prosecution case“ und „defence case“. Danach hat zunächst der Ankläger sein gesamtes Belastungsmaterial einzuführen. Da er dabei noch nicht weiß, was er nach dem Abschluss seines gesamten „prosecution case“ im anschließenden „defence case“ von Seiten der Verteidigung als Entlastungsmaterial zu erwarten hat und ihm das Nachschieben von zusätzlichem Beweismaterial nur unter strengen Bedingungen noch möglich sein wird, tut der Ankläger gut daran, von vorneherein alles möglicherweise entscheidungserhebliche Beweismaterial einzubringen.

Im Vergleich dazu hat beispielsweise nach der Instruktionsmaxime des deutschen Strafprozessrechts das Gericht „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind“ (§ 244 Abs. 2 StPO). Dabei sind zum Beweis der einzelnen relevanten Punkte jeweils im gleichen Zug sowohl die belastenden als auch die entlastenden Tatsachen und Beweismittel einzuführen, sodass dabei bereits dabei Beweislücken zutage treten können.

- Die demgegenüber bei adversatorischer Trennung des Verfahrens in „prosecution case“ und „defence case“ erzeugte Expansionsdynamik wird zudem

noch dadurch verstärkt, dass die Parteien – mangels einer gerichtlichen Relevanzprüfung des zu präsentierenden Beweisstoffes – im Ungewissen darüber sein können, was in den Augen der Richter rechtlich entscheidungserheblich und dementsprechend beweisbedürftig sein könnte. Auch bei solcher Unsicherheit können die Parteien gut beraten sein, ihre Beweispräsentation so umfassend wie möglich – selbst wenn letztlich überflüssig – anzulegen. Demgegenüber kann in einem instruktorischen Verfahren der Richter die Beweisaufnahme zielstrebig wie auch zeit- und kostensparend auf die entscheidungsrelevanten Punkte hinlenken.

c) Wahrheitserforschung

Diese unterschiedlichen Strukturelemente haben überdies eine Folgewirkung, der vielleicht sogar die größte Bedeutung beizumessen ist: die ungleiche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit.

Gewiss bleibt zunächst einmal zu jeder Art von irdischer Strafjustiz einzuräumen, dass es schon wegen menschlichen Versagens, zudem aber auch in Respektierung fundamentaler Menschenrechte der Betroffenen, insbesondere des Angeklagten, nicht um „Wahrheitsermittlung um jeden Preis“ gehen kann. Auch aus sonstigen Gründen, wie insbesondere zur Gewährleistung von Fairness des Verfahrens, wird in der Regel nicht mehr als eine nur „prozedurale Wahrheit“ zu gewinnen sein. Gleichwohl stehen Wahrheit und Gerechtigkeit in derart inniger Verbindung miteinander, dass ein Urteil nur dann als „gerecht“ zu akzeptieren ist, wenn es zumindest vom ernsthaften Bemühen um Wahrheitsfindung bestimmt ist. Insofern geht es um die Ermittlung der Wahrheit als Voraussetzung von – gleichermaßen echter wie buchstäblich wahrer – Gerechtigkeit. Auch wenn sich dieser Zielsetzung beide der hier in Frage stehenden Verfahrensmodelle verpflichtet sehen mögen, sind in der praktischen Gewährleistung – wie ich aus eigener Praxis in der deutschen und in der internationalen Strafjustiz glaube bemerken zu dürfen – signifikante Unterschiede nicht zu verkennen.

- So wird einerseits von sich *adversatorisch* gegenüberstehenden Parteien ein Interesse an umfassender und allseitiger Wahrheitsermittlung schon deshalb schwerlich zu erwarten sein, weil es ihnen in erster Linie darum geht, jeweils den „eigenen“ Fall zu gewinnen und dementsprechend einseitig die Bewei-

spräsentation auszurichten. Dabei ist es üblich, dass eine Partei „ihre“ Zeugen danach auswählt, welche gewinnbringenden Aussagen für die eigene Sache zu erwarten sind, dass des Weiteren die Zeugen durch Vorgespräche entsprechend „präpariert“ werden und dass schließlich auch noch auf möglicherweise nachteilige Fragen verzichtet wird. Das kann zur Folge haben, dass unmittelbare Tatzeugen, weil jede Partei möglicherweise nachteilige Aussagen befürchtet, schon gar nicht präsentiert oder in einer Weise vernommen werden, dass der Gegenpartei mittels eines ohnehin recht komplizierten Beweisregelformalismus Infragestellungen verunmöglicht werden. Nimmt man dann noch das im adversatorischen System vorherrschende Verständnis des Verfahrens als „the parties' case“ hinzu, für dessen Erfolg oder Misserfolg die jeweilige Partei – und nicht das Gericht – verantwortlich sei, so ist eine gleichermaßen zuverlässige, umfassende und nicht zuletzt auch überparteiliche Wahrheitsermittlung schwerlich zu gewährleisten.

- Auch im reformierten *Inquisitionsmodell* mag die Grundeinstellung zur Wahrheitsermittlung seitens des Anklägers und des Verteidigers nicht wesentlich anders als bei ihrer adversatorischen Kollegen-schaft beschaffen sein, und zwar selbst dann nicht, wenn beide Kontrahenten – nämlich wie im deutschen Recht auch die Verteidigung – als „Organe der Rechtspflege“ verstanden werden und die Staatsanwaltschaft auch zu entlastender Objektivität verpflichtet ist. Umso mehr gibt es jedoch im inquisitorischen Verfahrensmodell ein Korrektiv durch die amtliche Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts. Und selbst wenn dieses den Parteien das Kreuzverhör überlassen hat, wird damit das Gericht nicht von seiner darüberstehenden eigenen Instruktionspflicht entbunden. Vielmehr wird es Beweislücken und offenen Fragen – und dies natürlich auch in entlastender Richtung – insoweit nachzugehen haben, als es im rechtsstaatlichen Rahmen möglich ist. Dabei ist das Gericht weder an Behauptungen der Prozessbeteiligten gebunden noch auf deren Beweisangebote beschränkt, vielmehr muss das Gericht erforderlichenfalls von Amts wegen andere – weder von Seiten der Staatsanwaltschaft noch der Verteidigung verlangte – Beweismittel beziehen. Demzufolge wäre es beispielsweise nach deutschem Recht

ein gravierender Verfahrensfehler, wenn sich das Gericht mit den erkennbar unvollständigen Aussagen von mittelbaren Zeugen begnügen würde, ohne den – von den Parteien wegen möglicherweise unwillkommener Aussagen gemiedenen – unmittelbaren Tatzeugen zu rufen oder bei parteilicherseits erkennbar vermiedenen Fragen nicht seinerseits nachzuhaken.

3. Strukturreformen

Es wäre nicht verwunderlich, wenn die vorangehende Kritik am adversatorischen Grundmodell als Plädoyer für eine „inquisitorische“ Alternative verstanden würde. Diese Schlussfolgerung wäre jedoch voreilig; denn bestimmte Strukturen und Auswirkungen der Adversarität für problematisch zu erklären, heißt nicht, stattdessen schlankweg das inquisitorische Grundmodell akzeptabel zu finden. Vielmehr scheint mir eine Verfahrensoptimierung aus Elementen beider Modelle angebracht. Ohne dies hier im einzelnen entfalten, geschweige eine detaillierte Verfahrensordnung entwerfen zu können, seien wenigstens drei Leitlinien angedeutet.

a) Leitlinie: „Akkusatorisch-instruktorische“ Gewaltenteilung

Dazu gehört von Grund auf das Ernstnehmen der Grenzziehung zwischen dem Akkusationsprinzip und der Instruktionsmaxime, da dies sowohl für die Rolle der Prozessbeteiligten als auch für das Verfahrensziel wesentlich ist. Statt diese Strukturelemente kurzerhand mit adversatorisch und inquisitorisch gleich- und dann einander entgegen zu setzen, wie dies immer wieder geschieht, wäre – trotz teilweise überlappender Gemeinsamkeiten – deren jeweiliger Eigengehalt klarer auseinanderzuhalten.

- Grob vereinfachend und manche Nuance vernachlässigend ausgedrückt, ist einerseits mit „*adversatorisch*“ das Betreiben des Verfahrens durch die sich als Anklage und Verteidigung gegenüberstehenden Parteien zu verstehen, wobei sich das Gericht auf eine moderierende Verfahrensleitung beschränkt und mit den von den Parteien präsentierten Beweismitteln begnügt. Andererseits ist für die „*inquisitorische*“ Tradition charakteristisch, dass die Verfahrensherrschaft beim Gericht konzentriert ist, und

zwar nicht nur, dass in dessen Hand die auf bestmögliche Wahrheitsermittlung gerichtete Auswahl und Präsentation der selbst angeordneten oder seitens der Parteien beantragten Beweiserhebungen liegt, sondern dass ursprünglich der Richter zugleich als Ankläger fungierte und insoweit bereits die Anklage von ihm abhing oder gar ausging. Demgegenüber ist mit der Einführung des „*Akkusationsprinzips*“ und der damit verbundenen Ausbildung einer vom Gericht zu unterscheidenden Anklagebehörde im Wesentlichen nicht mehr gemeint, als dass für die Inangsetzung von Ermittlungen und für die Erhebung der Anklage ein – vom Gericht zu unterscheidender – Ankläger zuständig ist und die von ihm erhobene Anklage seitens des Gerichts allenfalls (wie etwa mangels rechtlicher Zulässigkeit oder unzureichend erscheinender Beweistauglichkeit) eingeschränkt, nicht aber vom Gericht eigenmächtig erweitert werden darf. Soweit jedoch Anklage erhoben und zugelassen ist, hat gemäß der „*Instruktionsmaxime*“ die amtliche Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts einzusetzen: Danach soll sich der Richter nicht einfach mit der Beweispräsentation der Parteien zufriedengeben müssen, sondern auf die volle Ermittlung der Wahrheit hinwirken dürfen. Für ein nach dieser Gewaltenteilung ausgerichtetes „*akkusatorisch-instruktorisches*“ Prozesssystem ist vor allem folgendes bedeutsam:

- Gemäß dem *Akkusationsprinzip* hat zunächst durch die Verfolgungsbehörde die Ermittlung, Erhebung und Umgrenzung der Anklage zu erfolgen, und zwar sowohl durch Benennung der vorgeworfenen Straftaten als auch durch Beschreibung des zugrunde liegenden Tatgeschehens und durch Anführung der den Tatvorwurf stützenden Beweismittel. Auf diese Weise ist dem Angeklagten (und seinem Verteidiger) Klarheit darüber zu verschaffen, wogegen er sich zu verteidigen hat. In Respektierung dieser Akkusationsmacht der Verfolgungsbehörde ist in dieser Verfahrensphase das Gericht darauf beschränkt, auf eine etwa erforderliche Klarstellung der Anklage hinzuwirken, rechtlich unzulässige Anklagepunkte oder Beweismittel auszuschließen, auf unschlüssig erscheinende Tatsachenbehauptungen der Beweisführung hinzuweisen und damit – wenn auch nur mittelbar – die Einführung weiterer Beweismittel anzuregen. Dagegen würde es über Entscheidungs-

macht des Gerichts hinausgehen, weil nicht mehr vom Akkusationsprinzip gedeckt, von sich aus die Anklage zu erweitern oder ohne Zustimmung der Verfolgungsbehörde einzuschränken.

- Sobald aber durch die Anklage der Verfahrensstoff umschrieben ist, muss nach der *Instruktionsmaxime* das Gericht das Recht und die Pflicht haben, das dem Tatvorwurf zugrunde liegende Geschehen so klar und umfassend aufzuklären, dass ein auf (das Bemühen um) Wahrheit begründetes (und sich nicht nur parteilich verabredetem Schein verdankendes) Urteil gefällt werden kann. Dementsprechend darf sich im Rahmen der Anklage der Richter weder auf die von den Parteien präsentierten Beweismittel noch auf die von ihnen gestellten Fragen beschränken lassen, sondern muss sich erforderlichenfalls auch zur Beiziehung zusätzlicher – insbesondere aus parteilichem Eigeninteresse vorenthaltener – Beweismittel sowie zu weiterer Aufklärung dienlicher Nachfragen verpflichtet sehen.

Um hier gleich möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Mit dieser Zuständigkeitszuweisung und Machtverteilung zwischen dem (anklägerbezogenen) Akkusationsprinzip und der (gerichtsbezogenen) *Instruktionsmaxime* soll weder prozessökonomischen Absprachen noch versöhnungsförderlichen Schiedssprüchen das Wasser abgegraben werden. Worauf es vielmehr – im Interesse der Glaubwürdigkeit von Strafgerechtigkeit – ankommt und was gerade durch das jeweilige Ernstnehmen jener beiden Verfahrensgrundsätze erleichtert werden kann, ist Folgendes:

- Wenn schon Absprachen sein müssen, dann sollte die Anklage entweder bereits von vorneherein entsprechend beschränkt sein oder nachträglich dahingehend eingeschränkt werden, dass das Gericht darüber gar nicht (mehr) zu befinden hat. Soweit jedoch Anklage erhoben ist (und diese aufrechterhalten wird), darf dem Gericht kein durch parteiliche Beweiseinschränkungen vorfabriziertes „*Scheinurteil*“ zugemutet werden. Vielmehr muss es in dem durch die (verbleibende) Anklage gezogenen Rahmen alle rechtlich und tatsächlich verfügbaren Beweismittel beiziehen und ausschöpfen können, damit sein – verurteilendes oder freisprechendes – „*Verdikt*“ als ein sowohl gerechter wie echter „*Wahrspruch*“ Anerkennung finden kann.

- Auch soweit Versöhnung anzustreben ist und diesem Bemühen ein rückwärts gewandtes Insistieren auf totale Aufklärung entgegenstehen könnte, ist nicht einfach der Wahrheitsanspruch aufzugeben oder volle Wahrheitsermittlung vorzuspiegeln. Vielmehr ist solchen Konflikten zugunsten einer zukunftsorientierten Entscheidung dadurch am besten gerecht zu werden, dass die Anklage in versöhnungsdienlichem Sinne zurückgenommen oder eingeschränkt und der darin liegende Verzicht auf volle Aufklärung offen gelegt wird (wie auch immer dies im Einzelnen verfahrenstechnisch zu konstruieren wäre).

b) Leitlinie „Kontradiktorisch-instruktorische“

Wahrheitserforschung

Ähnlich wie sich „akkusatorisch“ und „adversatorisch“ oft als gleichbedeutend dem „inquisitorischen“ Prozessmodell entgegengestellt sieht, wird auch die „kontradiktorische“ Beweisaufnahme, wie sie in der dramatischen Form von Hauptverhör und Kreuzverhör besonders augenfällig Ausdruck findet, offenbar als derart charakteristisch für das „adversatorische“ Verfahren empfunden, dass es als unvereinbar mit dem „inquisitorischen“ erscheint. Doch ebenso wenig wie sich die Akkusationsgewalt des Anklägers und die (sich aus der reformierten inquisitorischen Tradition emanzipierende) Instruktionsmaxime des Gerichts gegenseitig ausschließen, steht auch eine kontradiktorische Beweispräsentation durch die Parteien einer richterlichen Instruktionsmaxime keineswegs unvereinbar gegenüber. Denn unterschiedlich zum adversatorischen Verfahren mögen lediglich der Ablauf und die erweiterten Richterrechte des instruktorischen Verfahrens gestaltet sein. Das hat im Wesentlichen Folgendes zu bedeuten:

- Auch wenn nach der Instruktionsmaxime die Letztverantwortung für die Wahrheitserforschung beim Gericht liegt, schließt dies nicht aus, die Präsentation der Beweise zunächst den Parteien zu überlassen. Im Gegenteil sehe ich eine der wichtigsten Erfahrungen, die ich am ICTY in einem grundsätzlich adversatorisch geführten Verfahren machen konnte, gerade darin, dass sich die Richter erst einmal völlig zurückhalten, mit einer aufmerksamen Beobachterrolle begnügen und mit etwaigen Nachfragen abwarten können, bis die Parteien mit ihrer im Wege des Kreuzverhörs durchgeführten Vernehmung zum Abschluss gekommen sind. Auf diese Weise wird

auf Seiten der Parteien das kontradiktorische Element gewährleistet, das für eine beiderseitige Ausleuchtung der Aussagen und eine kritische Glaubwürdigkeitsprüfung als wesentlich angesehen wird, während die Richter dem Anschein von Voreingenommenheit entgehen können, wie er bei inquisitorischer Vernehmung naheliegen kann. Deshalb liegt mir auch sehr daran, von allen Vorbehalten, die gegen das adversatorische System sprechen mögen, jedenfalls die kontradiktorische Beweispräsentation durch die Parteien nicht infrage gestellt zu sehen.

- Doch wie wesentlich auch immer das kontradiktorische Parteelement einzuschätzen ist, kann es gleichwohl nicht das einzige und letzte Ermittlungsprinzip bleiben: Diese Rolle gebührt der richterlichen Instruktionsmaxime. Dementsprechend muss das Gericht – vornehmlich durch den Vorsitzenden Richter, zudem aber auch unter Mitgestaltung etwaiger beisitzender Richter – das Recht und die Pflicht haben, im Rahmen der Anklage zur Erforschung der Wahrheit zusätzliche Fragen zu stellen und die Vorlegung weiterer Beweismittel anzuordnen.

c) Leitlinie: „Zeugen des Gerichts“ (und nicht der Parteien)

Noch in einem weiteren Punkt ist die „Adversarität“ des Verfahrens zurückzunehmen: beim traditionellen Common Law-Verständnis der Zeugen und Sachverständigen als „*prosecution witness*“ und „*defence witness*“. So können sich vor allem Zeugen durch Zuordnung zu der einen oder anderen Partei von vorneherein in eine einseitige Rolle gedrängt fühlen. Doch auch der Ankläger und der Verteidiger können aufgrund der jeweils einseitigen Zuordnung von Zeugen und der damit naheliegenden Vorstellung einer parteilichen „ownership of witnesses“ leicht der Versuchung erliegen, „ihre“ Zeugen in Form eines sogenannten „witness proofing“ jeweils auf ihre Aussage in der Hauptverhandlung vorzubereiten – wobei die kaum von einer neutralen Instanz kontrollierbare Grenze zwischen rein formalem „preparing“ und inhaltlichem „coaching“ von Zeugen fließend ist. Trotz richterlicher Ermahnung zur Unparteilichkeit wird sich ein einseitig präparierter Zeuge normalerweise nicht so leicht aus einem nun einmal eingenommenen Rollenverständnis herauslösen können.

Auch in dieser Hinsicht ist gegenüber adversatorischer Parteienrivalität der überparteilichen Wahr-

heitssuche der Vorrang einzuräumen. Anstatt die Zeugen der einen oder anderen gegnerischen Partei zuzuordnen und entsprechend zu etikettieren, sollten sie sich als „*witness of the court*“ bezeichnet finden und demgemäß als „Zeugen der Wahrheit“ verstehen können.

Eine solche „*Entparteilichung*“ der Zeugen wäre gerade bei Verfahren wegen Völkerrechtsverbrechen, denen typischerweise politisch-ethnische Konflikte zugrunde liegen, von nicht zu unterschätzender Bedeutung, wäre doch damit leichter zu vermeiden, dass diese Frontstellungen durch gleichgerichtete Zeugenrollen in den Gerichtssaal hinein verlängert und aufgrund der öffentlichen Fernsehübermittlungen in die wachsenden Konfliktgruppen des Heimatlandes rückübertragen werden. Im gleichen Sinne könnte vielleicht auch von einem weniger „adversarischen“ Umgang mit Opfer-Zeugen ein Beitrag zur Förderung von Aussöhnung erhofft werden.

II. Schlussbemerkung

Wie nicht zu verkennen ist, konnten vorangehend nur einige der für eine Prozeßreform notwendigen Punkte aufgegriffen werden. Wenn daraus eine Grundtendenz sichtbar geworden ist, so ist es der Versuch, dem Richter eine stärkere proaktive Rolle zuzuweisen, als sie im traditionellen adversatorischen Strafverfahren eingeräumt wird. Die damit verbundene Abschwächung der Rolle der Parteien mag Bestrebungen entgegenlaufen, wie sie derzeit in manchen vormals sozialistischen Strafprozesssystemen, so möglicherweise auch in Georgien, zu beobachten sind: nämlich nun gerade die Parteien – und dabei insbesondere die Rolle der Verteidigung – zu verstärken. Das ist rechtspolitisch vor allem dort verständlich, wo vormals die Richter unter starkem Einfluss der Staatsanwaltschaft standen und damit kaum von „Waffengleichheit“ der Verteidigung die Rede sein konnte. Um einem solchen Übergewicht des Staates entgegenzuwirken, erscheint die Einführung eines adversatorischen Strafprozesssystems nahe liegend. Dieses lässt jedoch nur dann den gewünschten Erfolg erhoffen, wenn es eine starke und unabhängige Rechtsanwaltschaft gibt, die der etwaigen Übermacht der staatlichen Anklagebehörde Paroli bieten kann. Selbst dann werden aber die strukturellen Mängel, wie sie vorangehend in primär

adversatorischen Verfahren aufzuzeigen waren, nicht zu übersehen sein.

Anstatt also Prozessmängel der Vergangenheit durch die Einführung eines rein adversatorischen Verfahrenssystems überwinden zu wollen, erscheint es mir – jedenfalls langfristig – besser, auf die verstärkte Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richterschaft hinzuwirken und eine gut ausbalancierte Verbindung von kontradiktorischer Beweispräsentation durch die Parteien mit instruktorischer Aufklärungspflicht des Richters anzustreben.

Das Tatobjekt bei Betäubungsmittelverbrechen im georgischen Strafrecht*

Von Associate-Prof. Dr. *Irakli Dvalidze*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi

I. Allgemeine Beschreibung des Tatobjektes bei Betäubungsmittelverbrechen

Das XXXIII Kapitel des georgischen StGB widmet sich den Drogendelikten. Zwar ist im Titel dieses Kapitels nur der Begriff „Drogen“ benannt, jedoch sind damit auch solche Stoffe gemeint, die zwar nicht direkt zu den Betäubungsmitteln gehören, aber auf das Zentralnervensystem des Menschen wirken und einen betäubungsmittelähnlichen Rauschzustand auslösen. Gegenstände der im georgischen StGB normierten Betäubungsmittel-delikte sind:

1. Betäubungsmittel;
2. betäubungsmittelähnliche Substanzen;
3. psychotrope Stoffe;
4. psychotropenähnliche Substanzen;
5. Vorläuferstoffe;
6. neue psychoaktive Substanzen;
7. stark wirkende Stoffe;
8. einer spezifischen Kontrolle unterliegende Pflanzen und Pilze.

Die Mehrheit der Strafrechtsnormen des XXXIII Kapitels sind Blankettnormen. Um festzustellen, um welche Stoffe es sich im Sinne von illegalem Verkehr handelt, sind das „Gesetz über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe“ vom 22. Mai 2012 und das „Gesetz über neue psychoaktive Substanzen“ vom 16. April 2014 zu beachten. Der Begriff von stark wirkenden Stoffen wird nicht gesondert in einem Gesetz ausgelegt.

Nach Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe „gehören den Listen automatisch auch die in den betreffenden Substanzen enthaltenen Inhaltsstoffe, Salze, Ether, Molekülverbindungen und Isomere

an, unabhängig von deren Handelsnamen, sofern diese nicht zu den gesetzlich bestimmten Ausnahmen zählen.“ Ähnliche Hinweise sind auch in den Anmerkungen der dem Gesetz angehängten Tabellen zu finden.

Bezüglich der entsprechenden Tabellen der besonderer Kontrolle unterliegender Stoffe ist zu berücksichtigen, dass diese nicht nur zur Bestimmung strafrechtlicher, sondern auch verwaltungsrechtlicher Verantwortung dienen. Das Gesetz über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe ist demnach eine notwendige normative Basis für die Beurteilung illegalen Betäubungsmittelverkehrs als Straftat oder Verstoß.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 45 des Ordnungswidrigkeitengesetzbuchs Georgiens die unerlaubte Herstellung, der Erwerb, Besitz, Transport, die Versendung und/oder der ohne ärztliche Erlaubnis erfolgende Konsum kleiner Mengen von Betäubungsmitteln, deren Analoge oder Vorläuferstoffe Ordnungswidrigkeitsdelikte darstellen. Eine Ausnahme davon besteht bei Cannabis und dem daraus hergestellte Marihuana, dessen Eigenverbrauch nach Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichts¹ nicht zu entsprechender Verantwortung führt. Hier muss es auch betont werden, dass irgendeine sonstige in Verbindung mit illegalem Verkehr von psychotropen, psychoaktiven oder stark wirkenden Stoffen stehende Handlung kein Delikt darstellt.

II. Grundlage der spezifischen Kontrolle

Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische

* Im Folgenden handelt es sich um den Vortrag, den ich am 2.-3. Oktober 2018 auf der deutsch-georgischen internationalen Konferenz – Drogendelikte und Kriminalpolitik – in Tbilisi gehalten habe.

Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von *Nino Kochiashvili*.

¹ Zurab Japaridze und Vakhtan Megrelishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 30. Juli 2018 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-3-1282-saqartvelos-moqalaqeebi-zurab-djafaridze-da-vaxtang-megrelishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmddeg.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

Hilfe weist gewiss auf die Kriterien hin, welche zum Eintrag als der spezifischen Kontrolle unterliegendem Stoff in die Liste I, II, III und IV führen. Diese Kriterien werden zwar in Betracht nicht alternativ genommen, sondern müssen kumulativ berücksichtigt werden. Zu den Gründen des Eintrags in die oben genannten vier Tabellen der unter spezifischer Kontrolle gelegten Stoffe gehören:

- 1) hohes Abhängigkeitspotential;
- 2) Verbreitungsgefahr;
- 3) Gefahr dauerhafter Wirkung;
- 4) Gefahr von sozialer Bedeutung;
- 5) Gefahr für Gesundheit der Bevölkerung.

Infolgedessen sollen diese prinzipiellen Vorschriften überwiegend im Hinblick auf die drei wichtigsten Formen berücksichtigt werden:

- 1) ob ein Stoff der spezifischen Kontrolle unterlegt werden soll;
- 2) ab welcher Menge eines Stoffes Strafbarkeit bzw. verwaltungsrechtliche Verantwortung begründet werden soll;
- 3) ab welcher Menge die strafrechtliche Verantwortung erhöht werden soll.

Nach Anlage №2 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe wird die Menge von aus illegalem Verkehr erlangten Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen in drei Stufen unterteilt: 1) geringe Menge; 2) große Menge; 3) besonders große Menge.

Diese Klassifizierung hat einen allgemeinen Charakter, was darauf hinweist, dass einige Betäubungsmittel (ausgenommen von psychotropen Stoffen) überhaupt keine geringe oder große Menge haben. Dabei lösen einige Betäubungsmittel in geringer Menge verwaltungsrechtliche Verantwortung aus, während höhere Mengen bereits strafrechtliche Verantwortung begründen.

III. Die Rechtsprechung des georgischen Verfassungsgerichts bezüglich des Besitzes und Konsums einiger Betäubungsmittel

Die Rechtsprechungspraxis des georgischen Verfassungsgerichts enthält einige wichtige Ansätze für die Charakterisierung des Tatobjektes bei Betäubungsmittelverbrechen. Die bisherigen Entscheidungen des

Verfassungsgerichts betreffen die Betäubungsmittel **Cannabis** (und das daraus hergestellte Marihuana) und **Desomorphin**.

Bei der Besprechung des Tatgegenstandes von Betäubungsmittelverbrechen ist die Entscheidung des Verfassungsgerichtes №1/4/592 vom 24 Oktober 2015 zu berücksichtigen. Mit dieser Entscheidung wurde das von § 260 Abs. 2 StGB für den Erwerb und Besitz getrockneten Marihuanas vorgesehene Strafmaß (Freiheitsstrafe von sieben bis vierzehn Jahren) als verfassungswidrig Haft festgestellt. Bemerkenswert ist, dass der Kläger nicht die Entkriminalisierung des gesamten Tatbestands, Erwerb und Besitz von 69 Gramm getrockneten Marihuanas für den Eigenverbrauch, sondern lediglich die Abschaffung der dafür vorgesehenen Freiheitsstrafe verlangte.²

Trotz der Vielschichtigkeit dieser Entscheidung soll vorliegend nur derjenige Teil behandelt, der die Schwierigkeiten der georgischen Realität im Hinblick auf das Recht noch einmal offenbart.

Erstens muss es betont werden, dass das Verfassungsgericht der Klage stattgegeben und die Freiheitsstrafe für den Erwerb und Besitz von bis zu 70 Gramm getrockneten Marihuanas zum Zwecke des persönlichen Konsums für verfassungswidrig erklärt hat. Bereits zwei Jahre danach hat das Verfassungsgericht die Freiheitsstrafe für den Erwerb und Besitz von bis zu 100 Gramm rohen Marihuanas für den Eigenbedarf für verfassungswidrig erklärt.³

Des Weiteren wies der Kläger zurecht darauf hin, dass die Pflanze Cannabis zwar in der Liste 1 und 2 der Anlage №1 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe, die die streng beschränkten und beschränkten Stoffe festlegt, enthalten ist, Marihuana selbst aber nicht zu

² Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legalacts/judgments/saqartvelos-moqalaqe-beqawiqarishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdge2.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

³ Beschluss von Verfassungsgericht Georgiens vom 15. Februar 2017 (abrufbar unter: <http://www.constcourt.ge/ge/legalacts/rulings/bolnisis-raionuli-sasamartlos-konstituciuriwardgineba-saqartvelos-sixlis-samartlis-kodeqsis-260-e-muxlis-pirveli-nawilis-im-normatiuli-shinaarsiskonstituciurobis-taobaze romelic-itvaliswinebs-sasdjelis-saxittavisuflebis-agkvetis-gamoyenebis-shehadzleb.page>; zuletzt abgerufen am am 13. November 2019).

dieser Liste gehört. Der Kläger betonte, dass Marihuana in der Liste der Anlage №2 des Gesetzes vorgesehen ist, welche die Menge für jedes Betäubungsmittel bestimmt. Demzufolge erhielt der Kläger darin Recht, dass nach der heutigen Gesetzgebung Marihuana selbst nicht zu den verbotenen Stoffen gehört. Die Gesetzgebung sei in dieser Hinsicht nicht eindeutig und gebe Raum für verschiedene Interpretationen des Gesetzes. Infolgedessen könne eine Bestrafung auch für jene Handlungen erfolgen, welche nach der Gesetzgebung nicht eindeutig als eine strafbare Handlungen definiert werden.“⁴

Schließlich wurde vom Kläger vorgetragen, dass der Stoff, der Marihuana in ein Betäubungsmittel umwandelt – Tetrahydrocannabinol – hinsichtlich seines Gehaltes im Falle von verschiedenen Pflanzen unterschiedlich ist, wovon insbesondere die Qualität des Rauschzustandes abhängig ist. Nach Ansicht des Klägers erfolge bei der Entdeckung von Marihuana bei einer Person keine Expertise zum Zwecke der Feststellung der Tetrahydrocannabinolmenge, so dass eine Bestrafung wegen des Besitzes von Marihuana auch dann erfolgen könne, wenn dieses nicht zur Hervorrufung eines Rauschzustandes geeignet ist.“⁵

Nach der Erklärung des Gutachters des Verfassungsgerichts, *Davit Andghuladze*, „könne allein die Menge der Pflanze nicht ausreichen, um die von ihr ausgehende Gefahr zu bewerten. Zu berücksichtigen seien aber auch finanzielle Ressourcen, welchen der Staat bei der Etablierung angemessener Verfahren zur Bemessung des Betäubungsmittelgehalts tragen müsste. Nach der Behauptung des Gutachters wäre es – die Existenz der entsprechenden materiellen und technischen Ressourcen vorausgesetzt – angemessener, die Bewertung anhand der in der Pflanze enthaltenen aktiven Stoffe vorzunehmen, als auf die Menge abzustellen. Im Falle des Fehlens der erforderlichen materiellen und technischen Ressourcen gebe es allerdings keine bessere Alternative zur Bewertung als die Feststellung der Menge.“⁶

⁴ Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, I-16.

⁵ Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, I-19.

⁶ Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, I-53.

Aus den Auffassungen der Parteien dieses Rechtsstreits lassen sich folgende wichtige Schlussfolgerungen ziehen:

1) Die Ansicht, dass Tetrahydrocannabinol zu den Stoffen gehört, welche Marihuana in ein Betäubungsmittel umwandeln, ist nicht zu bestreiten;

2) Die Feststellung, dass der Inhalt von Tetrahydrocannabinol in verschiedenen Pflanzen unterschiedlich ist, ist korrekt;

3) Gerade vom Inhalt des Tetrahydrocannabinol hängt die Qualität des Rauschzustandes ab. Hier muss es auch betont werden, dass die Qualität des Rauschzustandes zudem durch persönliche Faktoren des Verbrauchers bedingt werden. In der juristischen Literatur wird korrekt angemerkt, dass das Maß einer normale Dosis für verschiedene Personen unterschiedlich ist und davon abhängt, um was für einen Typ von Verbraucher es sich handelt: Experimentator, unstabiler oder stabiler Verbraucher.⁷ Der Kläger und die Verfahrensbeteiligten haben ein zutreffendes Verständnis von den botanischen Merkmalen von Marihuana. Zutreffend ist, dass Marihuana, das aus der Cannabispflanze hergestellt wird, unterschiedliche Qualitäten des Rauschzustands auslösen kann, was vor allem durch den Gehalt von Tetrahydrocannabinol in der Pflanze bedingt ist, der wiederum vom Herstellungsland, der Bearbeitungsqualität, den Besitzbedingungen und der Lebensdauer der Cannabispflanze abhängig ist.

4) Letztendlich weist der Gutachter auf die bedauerliche Tatsache des Defizits von materiell-technischen Ressourcen für Laborforschungen in Georgien zur fachgerechten Untersuchung von Marihuana hin. Zurecht betont er, dass es zweckmäßigerweise nicht um die Bemessung der Menge, sondern der in der Pflanze enthaltenen aktiven Stoffe gehen müsse. Im Falle des Fehlens solcher materiell-technischen Ressourcen gebe es aber keine bessere Alternative zur Bewertung der von Marihuana ausgehenden Gefahr für die Gesellschaft als die Bemessung der Pflanzenmenge.⁸ Es ist möglich, dass eine größere Menge von Marihuana einen geringeren Rauschzustand auslöst, als es bei einer kleinen Menge der Fall ist. Dementsprechend kommt man zu der

⁷ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S. 72.

⁸ Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, I-53.

Schlussfolgerung, dass die soziale Gefahr des illegalen Verkehrs von Marihuana nicht in der Menge, sondern in den chemischen Eigenschaften begründet ist, die auf das Zentralnervensystem pharmakologisch wirken und einen Rauschzustand auslösen. Dementsprechend sei die Bemessung der gesamten Menge von Marihuana nur aufgrund des Gewichts und die damit verbundene Entkriminalisierung einiger Handlungen nicht korrekt.

Abschließend soll betont werden, dass nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtes vom 30. Juli 2018 der normative Inhalt des Wortlauts von Art. 45 Ordnungswidrigkeitengesetzbuch – „oder/und Eigenverbrauch ohne ärztliche Erlaubnis“ – als verfassungswidrig erklärt wurde. Nach der georgischen Gesetzgebung löst der persönliche Konsum von Marihuana demnach keine rechtlichen Folgen aus. Probleme in der Praxis bestehen aber dennoch, denn der legale Erwerb von Cannabis ist in Georgien beschränkt.

IV. Mit dem Aussäen, der Kultivierung und dem Anbau der Cannabispflanze verbundene Probleme

Nach dem die straf- und verwaltungsrechtliche Verantwortung für den Konsum und Besitz von Cannabis und dem daraus hergestellten Marihuana zum Zwecke des Eigenverbrauchs als verfassungswidrig erklärt wurde, sollte auch die Entkriminalisierung solcher Handlungen in Frage gestellt werden, die mit dem „Erwerb“ in Verbindung stehen. In dieser Hinsicht ist die Entscheidung des Verfassungsgerichtes Georgiens vom 14. Juli 2017 №1/9/701,722,725 von Bedeutung. Mit dem Verfahren verfolgten die Kläger das Ziel, Art. 265 Abs. 1-3 StGB, wonach das Aussäen und der Anbau von Cannabis zum Zwecke des persönlichen Konsums mit Freiheitsentzug bestraft wurde, als verfassungswidrig feststellen zu lassen.⁹ Eine bedauerliche Unverhältnismäßigkeit

besteht allerdings darin, dass auf die Kultivierung der Cannabispflanze nur in großer Menge und lediglich in einer Klage hingewiesen wird.¹⁰

Am bemerkenswertesten an dieser Entscheidung ist, dass die Kläger nicht die vollständige Abschaffung der Strafbarkeit für das Aussäen und Anbauen von Cannabis zum Zwecke des persönlichen Konsums (wie schon betont wurde, wird auf die Kultivierung nur in großer Menge nur in einer Klage hingewiesen), sondern lediglich die Feststellung des Freiheitsentzuges als verfassungswidrig forderten.

Die Lücken des Strafgesetzbuches und das nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtes geschaffene normative Bild geben die Möglichkeit jene Nachteile zu identifizieren, welche heutzutage existieren und auch in Zukunft der gesetzgeberischen Tätigkeit Probleme bereiten werden:

- 1) Nach Art. 265 StGB wird das Aussäen, Kultivieren und Anbauen von betäubungsmittelbeinhaltenden Stoffen mit Freiheitsstrafe bestraft. Ausnahmsweise kann nach dem ersten Absatz dieses Artikels als Alternative zum Freiheitsentzug eine Geldstrafe verhängt werden. Heutzutage dürfen das Aussäen und Anbauen von Cannabis in großer und besonders großer Menge zum Zwecke des persönlichen Konsums nicht bestraft werden, da dies als verfassungswidrig wäre. Eine grammatische Auslegung des Gesetzes führt allerdings dazu, dass im Falle einer geringen Menge eine Geldstrafe verhängt werden könnte. Da dies aber zu einem klaren Wertungswiderspruch führen würde, sollte es auch beim Aussäen und Anbauen geringer Mengen nicht zur Sanktion kommen.
- 2) Der in Art. 265 StGB normierte Tatbestand kennt als alternative Handlung auch das Kultivieren. Bedauerlicherweise wird in keiner der drei benannten Verfassungsklagen die Frage des Freiheitsentzuges für das Kultivieren behandelt. Es ergibt sich dementsprechend die widersprüchliche Situation, dass mit Freiheitsstrafe zwar nicht derjenige bestraft werden darf, der Cannabis aussät oder anbaut, hingegen aber derjenige, der es in besonders großer Menge kultiviert. Es ist allgemein

⁹ Jambul Gvianidze, Davit Khomeriki und Lasha Gagishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 14. Juli 2017 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legalacts/judgments/1-9-701-saqartvelos-moqalaqeebi-djambul-gvianidze-davitxomeriki-da-lasha-gagishvili-saqartvelos-parlamentiswinaagmdeg3.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

¹⁰ Jambul Gvianidze, Davit Khomeriki und Lasha Gagishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 14. Juli 2017 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legalacts/judgments/1-9-701-saqartvelos-moqalaqeebi-djambul-gvianidze-davitxomeriki-da-lasha-gagishvili-saqartvelos-parlamentiswinaagmdeg3.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

bekannt, dass dem Aussäen der Cannabispflanze in meisten Fällen die Kultivierung folgt, bevor es zum Anbau kommt. Allein das Kultivieren von Cannabis zum Zwecke des Eigenverbrauchs dürfte folglich nicht zu größeren Gefahren führen als das Aussäen oder Anbauen.

Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass die grammatische Auslegung des Strafgesetzbuches in der Zukunft zu Problemen in der Rechtsprechung füh-

ren könnte, da das Kultivieren von Cannabis in geringer Menge zum Zwecke des persönlichen Konsums sanktioniert werden könnte, während dies bei großen Mengen nicht der Fall wäre (s.u. Tabelle). Vor diesem Hintergrund scheint eine teleologische Auslegung vorzuzugung. Zugunsten der Entwicklung einer einheitlichen Gerichtspraxis und der Vermeidung von Missverständnissen ist es notwendig, binnen kurzer Zeit Änderungen und Ergänzungen in das StGB einzuführen.

	Aussäen			Kultivieren			Anbauen		
	Menge			Menge			Menge		
Sanktion	gering	groß	bes. groß	gering	groß	bes. groß	gering	groß	bes. groß
Geldstrafe	ja	nein	nein	ja	nein	nein	ja	nein	nein
Freiheitsentzug	ja	ja	ja	ja	ja	ja	ja	ja	ja
	(verfassungswidrig)	(verfassungswidrig bis zu 64 Gramm)	(verfassungswidrig bis zu 266 Gramm)	(konsequenterweise verfassungswidrig)	(verfassungswidrig bis zu 151 Gramm)		(verfassungswidrig)	(verfassungswidrig bis zu 64 Gramm)	(verfassungswidrig bis zu 266 Gramm)

V. Der Begriff „Marihuana“

Der im Gesetz über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe verwendete Begriff der „Cannabispflanze“ umfasst sämtliche Arten von Cannabis (Art. 3 Abs. h¹, Unterabschnitt „g“).

Zum Begriff „Cannabis“ selbst, definiert das Gesetz „die Spitzen der Cannabispflanze mit Blüten (außer Blätter und Samen, welche keine Spitzen haben) ohne ausgelöstes Cannabisharz“ (Art. 3 Abs. h²). Aus dieser Gesetzesvorschrift ergibt sich, dass Cannabis nichts anderes als ein Rohstoff zur Herstellung von Marihuana ist. Bemerkenswert ist auch, dass in den Listen von Anlage №1 des Gesetzes auf Marihuana nicht hingewiesen wird, während in der Tabelle von Anlage №2, in der die Mengen der Tatobjekte der Betäubungsmitteldelikte festgelegt sind, Marihuana gesondert neben Cannabis ausgewiesen ist. Infolgedessen stellen sich drei Fragen:

1) In dem 82. horizontalen Diagramm der Anlage №1 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe findet sich der

Eintrag zu Cannabis vorgesehen, während sich Nummer 83 auf Cannabisextrakt und Tinktur, Nummer 84 auf Cannabisöl und Nummer 85 auf Cannabisharz beziehen. Dementsprechend offenbart sich eine Gesetzeslücke, denn wenn in den Tabellen von Anlage №1 Marihuana nicht gesondert aufgeführt ist (was tatsächlich Cannabis ist), bleibt unklar, wie dessen Menge durch das Gesetz bestimmt werden kann.

2) Das Einheitsabkommen über die Betäubungsmittel von 1961 und Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von 1988 kennen den Begriff „Marihuana“ nicht, sondern erwähnen „Cannabis“ und „Cannabisharz“. Nach Art. 2 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe „beruht die georgische Gesetzgebung bezüglich der einer spezifischen Kontrolle unterliegenden Stoffe und der narkologischen Hilfe auf der Verfassung Georgiens, den internationalen Verträgen und Übereinkommen und besteht aus diesem Gesetz, anderen Gesetzen und auf deren Grundlage vorgenommenen normativen Akten.“ Daraus folgt, dass sich die

nationale Gesetzgebung nicht in Übereinstimmung mit den Konventionen befindet.

Interessanterweise wird gemäß Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe die Menge der in den Listen I und II genannten, der spezifischen Kontrolle unterliegenden, Substanzen entsprechend der Verabreichungsform (Tablette, Kapsel, Ampulle u.a.) in Gramm bestimmt, wobei nur die Reinsubstanzen, nicht aber Füllstoffe (Zucker, Wasser, Stärke u.a.) gemeint sind. Im Falle von Präparaten und Füllstoffen wird die Menge ohne jene Stoffe gerechnet, welche nicht der spezifischen Kontrolle unterliegen. Dies ergibt sich aus der vierten Anmerkung zu Anlage №2: „Die Menge des Betäubungsmittels wird ohne Füllstoffe (Mehl, Zucker, Stärke, Heilmittel u.a.) festgestellt.“

Wenn das Gesetz direkt bestimmt, welche Inhaltsstoffe hinsichtlich der spezifischen Kontrolle in Betracht zu nehmen sind, erscheint es unlogisch, warum getrocknetes von rohem Marihuana unterschieden wird. Rohmarihuana enthält mehr Wasser, welches nach dem Gesetz bei der Feststellung der Menge nicht berücksichtigt werden darf. Dann lässt dies das Fazit zu, dass in der Praxis bei der Bestimmung der Menge von Marihuana nicht lediglich die der spezifischen Kontrolle unterliegenden Inhaltsstoffe, sondern das Gesamtgewicht ermittelt wird, was seinerseits unlogisch und gesetzeswidrig ist.

Der Nachteil der Bemessungspraxis bei Cannabis wird in einer Entscheidung des Verfassungsgerichts wie folgt dargestellt: „Nach der Auffassung der Vertreter des Klägers wurde bei der Bestimmung der Menge der Betäubungsmittel enthaltenden Cannabispflanze eine nicht einheitliche Praxis entwickelt, was die Verfassungswidrigkeit der Norm aufzeigt. Wie bereits im Rahmen der Verfassungsklage №725 festgestellt wurde, werden bei der Bemessung der Menge auch solche Pflanzenteile, namentlich der Stängel und die Nebenzweige, berücksichtigt, die für die Herstellung des Betäubungsmittels nicht geeignet sind. Entsprechend der Verfassungsklage №722 ist die Menge von Cannabis ohne die oben genannten Pflanzenteile zu bestimmen.“¹¹

¹¹ Jambul Gvianidze, Davit Khomeriki und Lasha Gagishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 14. Juli 2017 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-9-701-saqartvelos-moqalaqeebi-djambul-gvianidze-davit-xomeriki-da-lasha-gagishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg3.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

„Nach Ansicht des Klägers ist Tetrahydrocannabinol der Stoff, der die Cannabispflanze in ein Betäubungsmittel verwandelt. Dessen Inhalt kann von Pflanze zu Pflanze unterschiedlich sein, so dass auch die Qualität des Rauschzustandes dementsprechend variieren kann. Bei einem Auffinden von Cannabis wird keine fachgerechte Ermittlung der Tetrahydrocannabinolmenge in der konkreten Pflanze durchgeführt. Aus diesem Grund könnte eine Person auch dann wegen Betäubungsmittelmissbrauchs bestraft werden, wenn die betreffende Pflanze zur Herstellung des Betäubungsmittels völlig ungeeignet ist. Es sollte daher bei der Bestrafung einer Person für illegales Aussäen, Anbauen und Kultivieren von Cannabis nicht das Gewicht der Pflanze, sondern die Menge des in ihr enthaltenen Betäubungsmittels (Tetrahydrocannabinol) berücksichtigt werden.“¹²

3) Letztendlich ist Marihuana kein juristischer Begriff, es ist ein Jargon für das aus der Cannabispflanze hergestellte Betäubungsmittel.

Marihuana (spanisch: marijuana, marihuana) wird aus Cannabis hergestellt. Umgangssprachlich existiert auch das Wort „Anascha“ für ein Produkt aus Marihuana und Haschisch. In der Sowjetunion kam es zur Verbreitung in den 1970-er Jahren während des Transports von den Chuy-Feldern (Kazagistan). Natürlich ist nicht zu bestreiten, dass das so genannte Marihuana nicht aus der ganzen Cannabispflanze, sondern nur aus deren Blüten hergestellt wird. Jedoch sollte dies keinen Grund dafür geben, in den gesetzlichen Regelungen neben Cannabis und Marihuana gesondert zu erwähnen. Dafür spricht auch die Tatsache, dass nicht jeder beliebige Teil der Pflanze für den Konsum geeignet ist, sondern nur solche, die in großer Menge die zur Herstellung des Betäubungsmittels notwendigen Stoffe enthalten.

„Heutzutage ist „Cannabis sativa“ ein botanischer Begriff für Cannabissorten und -familien. Es ist als

ki-da-lasha-gagishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg3.page; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

¹² Jambul Gvianidze, Davit Khomeriki und Lasha Gagishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 14. Juli 2017 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-9-701-saqartvelos-moqalaqeebi-djambul-gvianidze-davit-xomeriki-da-lasha-gagishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg3.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

hohe, einjährige, baumähnliche und bauchartige Pflanze mit zwei Familien bekannt.“¹³

„Die Cannabispflanze enthält einige aktive Alkaloide. Das Bedeutendste ist Tetrahydrocannabinol (THC). Gerade Tetrahydrocannabinol ist das aktivste Alkaloid und – wie Wissenschaftler vermuten – enthält es Reagenzien die Halluzinationen auslösen können. Die meisten Alkaloide gehen verloren, wenn sie getrocknet oder bei hoher oder kurzzeitig niedriger Temperatur gelagert werden. Sie sind bei mäßiger Temperatur relativ stabil.“¹⁴

„In der Natur gibt es zwei Arten der Cannabispflanze, von denen eine Harz ausbildet und die andere Fasern. THC ist meistens im oberen Teil der Pflanze in den die Blumen umgebenden Blättern (in der Krone)

und auch in jenen Blumen vorhanden, welche Harz ausbilden.“¹⁵

„Die alte benennung von Marihuana – „Cannabis“ wurde schon in der Antike verloren gegangen. Der bekannte Gutachter *M. Grey* betont, dass Kennzeichnung von Cannabis aus dem persischen ins griechische aus dem Wort „Kanab“ abgeleitet wurde.“¹⁶

„Wegen der instabilen Natur des aktiven Inhaltsstoffes der Pflanze ist es unmöglich, ohne Laboruntersuchung eine zur Euphorie notwendige Dosis festzustellen.“¹⁷

Die Tabelle der geringen, großen und besonders großen Mengen von aus illegalem Besitz oder Verkehr eingezogenen Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen

Anlage №2

№	Kennzeichnung von Pflanze, Stoff und Präparat	Menge (Gramm)		
		gering	groß	besonders groß
1	2	3	4	5
Betäubungsmittel				
73	Cannabispflanze	10	140	750
74	Extrakt und Tinktur von Cannabis	-	1	1
75	Cannabisöl	-	1	1
76	Cannabisharz	0,05	0,5	5
92	Marihuana – getrocknet	5	70	500
	– roh	10	140	1000

VI. Das Problem der festgelegten Mindestmengen von Betäubungsmitteln

Ein sowohl theoretisches als auch praktisches Problem liegt in der Unbestimmtheit der Mindestmengen einiger Betäubungsmittel, welche strafrechtliche Verantwortung begründen kann. In den entsprechenden Listen des Gesetzes über Betäubungsmittel,

psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe sind viele ähnliche Betäubungsmittel vorhanden.

Das Problem wurde vor allem in der Gerichtspraxis deutlich. Folgender Sachverhalt war Grund für die Einreichung einer Verfassungsklage:

„Bei der Durchsuchung des Klägers wurden 0,00009 Gramm Desomorphin entdeckt und er wurde wegen Art. 260 Abs. 2 Unterabschnitt „a“ StGB (Stand vom 8. Juli

¹³ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S. 70.

¹⁴ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S.72.

¹⁵ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S.72.

¹⁶ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S.72.

¹⁷ *Janashia, J.*, Herausforderungen des XXI. Jahrhunderts, Tbilisi 2002, S.72.

2015) wegen Herstellung und Besitzes von Desomorphin in großer Menge angeklagt. Der Kläger wurde aufgrund der umstrittenen Norm zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren auf Bewährung sowie zu bis zu 400 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt.¹⁸

Anliegen des Klägers war es, „nicht gegen die Strafbarkeit des Herstellens, Erwerbs und Besitzes von Desomorphin als solche vorzugehen, sondern nur gegen den normativen Inhalt des Art. 260 Abs. 3 StGB, dessen Strafmaß Freiheitsentzug bereits für das Herstellen, Erwerben und Besitzen von Desomorphin in der Menge von 0,00009 Gramm vorsah.“¹⁹

Der Zeuge hat betont, dass es „einen einheitlichen Standard, was unter der großen Menge von Betäubungsmitteln zu verstehen ist, nicht gebe und jeder Staat strafbare Mengen individuell, nach den im Staat existierenden Umständen bestimme.“²⁰ Der Zeuge erkannte die Gefahr der exklusiven Befugnis des Staates, nach eigener Auffassung die Mindestgrenzen der strafbaren Mengen von Betäubungsmitteln festzulegen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass bei grammatischer Gesetzesauslegung bereits bei einem absolut harmlosen und ungefährlichen Betäubungsmittel eine strafrechtliche Verantwortung ausgelöst wird.

Die Menge von Desomorphin ist unter Nummer 33 in der Liste der Anlage №2 des Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe bestimmt. Hiernach existiert für dieses Betäubungsmittel keine geringe oder Mindestmenge im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortung. Folglich wird nach dem Abs. 2 Unterabschnitt „a“ der Anmerkungen zu Anlage №2 jede beliebige Menge von Desomorphin unterhalb eines Grammes als große

Menge verstanden, ohne dass dabei unterschieden wird, ob es zum Zwecke des Eigenkonsums geeignet ist.“²¹

Das Verfassungsgericht hat der Klage stattgegeben. In der Entscheidung des Gerichtes lautet es:

„Der Erwerb, Besitz oder das Herstellen von Desomorphin kann das genannte Rechtsgut nur dann gefährden, wenn die betreffende Menge zum Zwecke des Konsums überhaupt geeignet ist. Je geringer die Menge von Desomorphin ist, desto geringer ist auch die Auswirkung auf die Gesundheit der Person. Zwar ist Desomorphin ein stark wirkender Stoff, jedoch bedeutet dies nicht, dass jede beliebige (mikroskopische) Menge bereits die Gesundheit der Gesellschaft gefährdet. Nach Aussage des Klägers wird zur Herbeiführung eines Rauschzustandes durchschnittlich 0,01 Gramm Desomorphin gebraucht, was ungefähr 111-mal mehr ist als die bei ihm gefundene Menge. Die Gefährlichkeit von Desomorphin für die Gesundheit des Menschen setzt die Möglichkeit des Konsums voraus, und dafür, dass ein Eigenverbrauch möglich ist, sollte es grundsätzlich eine entsprechend definierte Menge geben.“²²

Ähnliche Probleme, insbesondere die unklare Frage, ab welcher Menge strafrechtliche Verantwortung beginnen sollte, sind vielfach zu finden im Gesetz über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe. Dies kann auch im Fall anderer Betäubungsmittel Grundlage für Verfassungsklagen sein. Dementsprechend ist es notwendig Gesetzesänderungen vorzunehmen, nach denen die Mindestmengen von Betäubungsmitteln im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortung bestimmt werden.

¹⁸ Lasha Bakhutashvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 13. Juli 2017 I-5 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-8-696-saqartvelos-moqalaxe-lasha-baxutashvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdge1.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

¹⁹ Lasha Bakhutashvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 13. Juli 2017 II-6 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-8-696-saqartvelos-moqalaxe-lasha-baxutashvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdge1.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

²⁰ Beka Tsikarishvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24. Oktober 2015, II-42.

²¹ Lasha Bakhutashvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 13. Juli 2017 II-12 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-8-696-saqartvelos-moqalaxe-lasha-baxutashvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdge1.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

²² Lasha Bakhutashvili gegen das georgische Parlament, Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 13. Juli 2017 II-11 (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-8-696-saqartvelos-moqalaxe-lasha-baxutashvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdge1.page>; zuletzt abgerufen am 13. November 2019).

Anlage №2

Die Tabelle der geringen, großen und besonders großen Mengen von aus illegalem Besitz oder Verkehr eingezogenen Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen

№	Kennzeichnung von Pflanze, Stoff und Präparat			Menge (Gramm)
		gering	groß	besonders groß
1	2	3	4	5
Betäubungsmittel				
33	Desomorphin	-	1	1