

## 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  
Präsident des Verfassungsgerichts  
Georgiens, Prof. Dr. Merab Turava

## SCHRIFTLEITUNG

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

## Inhaltsverzeichnis

### AUFSÄTZE

- Ausgewählte Fragen der Strafbarkeit abstrakter Gefährdungsdelikte (Teil 2)**  
Von Assistant-Prof. Dr. *Temur Tskitishvili*,  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi, Wissenschaftlicher  
Mitarbeiter des Tinatin Tsereteli Instituts für Staat und Recht 93
- Das nationalsozialistische Unrecht wird zu spät verfolgt**  
Von Univ.-Prof. i. R. Dr. Dr. h. c. (TSU) *Heiner Alwart*,  
Friedrich-Schiller-Universität Jena 100
- Die Strafbarkeit der unangemessenen Behandlung nach dem georgischen Strafgesetzbuch**  
Von Prof. Dr. *Irakli Dvalidze*,  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilissi 106
- Zur Abgrenzung der Unterlassungsdelikte**  
Von Associate-Prof. Dr. *Levan Kharanauli*,  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche Universität Tbilissi,  
beratender Experte beim Rechtsausschuss des Georgischen Parlaments 112
- Aktuelle Tendenzen der Kriminalpolitik in Georgien**  
Von Assistent, Dr. *Anri Okhanashvili* LL.M.  
(Friedrich-Schiller-Universität Jena),  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi,  
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Georgischen Parlaments 118
- Die tatbestandliche Einschränkung der Geiselnahme nach § 239b StGB durch das Erfordernis der Mitwirkung des Opfers**  
Von Dr. *Martin Piazena*,  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi 128
- Der Alternativvorsatz**  
Von Prof. Dr. *Tobias Reinbacher*, Julius-Maximilians-Universität Würzburg 137
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Kriminalisierung einer Handlung**  
Von Prof. Dr. *Merab Turava*, Präsident des Verfassungsgerichts  
von Georgien 143

## 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  
Prof. Dr. Irakli Dvalidze  
Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Georgiens a.D.,  
Prof. Dr. Nino Gvenetadze  
Prof. Dr. Martin Heger  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Frank Hupfeld  
Vizepräsident des BGH a.D., Prof. Dr. Burkhard Jähne  
Associate Prof. Dr. Bachana Jishkariani LL.M.  
(LMU Muenchen)  
Associate Prof. Dr. Levan Kharanauli  
Associate Prof. Dr. Maka Khodeli LL.M. (Freiburg i.Br.)  
Richterin am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.  
Dr. Tamar Laliashvili  
Associate Prof. Dr. Lavrenti Maglakelidze  
Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich LL.M.  
(Freiburg i.Br.)  
Assistant Dr. Anri Okhanashvili LL.M. (FSU Jena)  
Dr. Anneke Petzsche  
Dr. Martin Piazena  
Dr. Erol Pohlreich  
Wiss. Referentin am MPI zur Erforschung von  
Kriminalität, Sicherheit und Recht 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  
Assistant Prof. Dr. Temur Tskitishvili  
Associate Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili LL.M.  
(FU Berlin)  
Präsident des Verfassungsgerichts Georgiens, Prof. Dr.  
Merab Turava  
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

## LEKTORAT DER 4. AUSGABE 2022

### Übersetzung:

Khatia Tandilashvili LL.M. (Potsdam), Lektoratsmitglied  
der DGStZ  
Anri Okhanashvili LL.M. (Jena), Schriftleiter der DGStZ  
Marika Turava LL.M. (Chicago), Lektoratsmitglied der  
DGStZ  
Nino Kochiaschwili LL.M. (Jena), Lektoratsmitglied der  
DGStZ  
Tamari Shavgulidze (Passau), Lektoratsmitglied der  
DGStZ

### Redaktionelle Bearbeitung der georgischen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Levan Kasradze LL.M. (Oslo), Lektoratsmitglied der  
DGStZ  
Aza Morgoshia LL.M. (Köln), Lektoratsmitglied der  
DGStZ

### Redaktionelle Bearbeitung der deutschen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Dr. Martin Piazena, Lektoratsmitglied der DGStZ

### Verantwortlich für die 4. Ausgabe 2022 der DGStZ und redaktionelle Endbearbeitung:

Schriftleiter der DGStZ, Dr. Anri Okhanashvili  
LL.M. (Jena), Assistent (TSU), Vorsitzender des  
Rechtsausschusses des Georgischen Parlaments

### Technische Unterstützung: Gvantsa Makhatadze

## Ausgewählte Fragen der Strafbarkeit abstrakter Gefährdungsdelikte (Teil 2)\* \*\*

Von Assistant-Prof. Dr. *Temur Tskitishvili*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi, Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Tinatin Tsereteli Instituts für Staat und Recht

### VI. Der Tatort bei den abstrakten Gefährdungsdelikten

Nach herrschender Meinung in der Literatur stellt eine abstrakte Gefahr keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, sondern ein Merkmal der Tathandlung dar, in dem zugleich das gesetzgeberische Motiv für die Schaffung der Strafnorm liegt.<sup>52</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, ob die abstrakte Gefahr immer ein der Tathandlung inhärentes Merkmal ist, das sich von selbiger nicht abgrenzen lässt, oder ob es bestimmte Fälle gibt, in denen die abstrakte Gefahr als eigenständiger „Erfolg“ gesehen werden kann.

Nach herrschender Auffassung kommt bei den abstrakten Gefährdungsdelikten – da die abstrakte Gefahr lediglich als ein Merkmal der Tathandlung anzusehen ist – nur der Handlungsort als Tatort in Frage<sup>53</sup>, denn als praktisch erfolglose Delikte fehlt es diesen an einem Erfolgsort als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit<sup>54</sup>.

Zwar ist nach dem Ubiquitätsgrundsatz<sup>55</sup>, der die bisher herrschenden Handlungs- und Erfolgstheorien vereint, der Tatort nicht nur der Ort der Tathandlung, sondern auch der Ort des Eintritts des strafrechtlichen Erfolgs<sup>56</sup>. Damit der Tatort aber nicht nur durch den Ort der Tathandlung bestimmt wird, sollte die Verursachung der Tat durch die begangene Handlung geschehen sein, und zwar an einem Ort, der nicht mit dem Tathandlungsort zusammenfällt.

In letzter Zeit hat im Schrifttum die Ansicht Zulauf erhalten, die – im Gegensatz zur herrschenden Auffassung – die abstrakte Gefahr als einen durch den Tatbestand bestimmten Erfolg betrachtet<sup>57</sup> und deren Abgrenzung von der Tathandlung für möglich hält. Infolge dessen lasse sich der Tatort bei den abstrakten Gefährdungsdelikten auch durch den Ort des Taterfolgs bestimmen.<sup>58</sup> Der verehrte Jubilar zählt ebenfalls zu den Unterstützern dieser Auffassung.<sup>59</sup>

Ein Teil des Schrifttums schließt zwar die Möglichkeit der zeitlichen und räumlichen Trennung von Handlung und abstrakter Gefahr nicht aus, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass dies nicht so zu verstehen sei, dass

\* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von *Marika Turava*, Lektoratsmitglied der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift (DGStZ).

\*\* Der erste Teil des Aufsatzes wurde veröffentlicht in DGStZ 3/2022.

<sup>52</sup> Vgl. *Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2006, § 10 Rn. 124; *Cramer, Peter*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt, 1962, S. 68 f.; *Weber, Ulrich*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 35 Rn. 44; *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, Rn. 164.

<sup>53</sup> Vgl. *Hilgendorf, Eric*, Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internets, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1997, 1873, 1875; *Satzger, Helmut*, Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährungsdelikte, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1998, 112, 115. Siehe auch *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketevan*, Zur Tatortproblematik im Medienstrafrecht, in: Festschrift für Akaki Labartkava zum 80. Geburtstag, 2013, S. 230 ff.

<sup>54</sup> Siehe in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu § 91 des deutschen StGB bei *Piazena, Martin*, Das Verabreden, Auffordern und Anleiten zur Begehung von Straftaten unter

Nutzung der Kommunikationsmöglichkeiten des Internets, 2014, S. 253.

<sup>55</sup> Zu der erwähnten Theorie auf Georgisch, vgl. *Gamkrelidze, Otar*, Zum Konzept des Tatorts, in: *Gamkrelidze, Otar* (Hrsg.), Kampf um den Rechtsstaat, 1998, S. 189 ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Satzger, Helmut*, Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährungsdelikte, NStZ 1998, 112, 113; *Reinbacher, Tobias*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGStZ 3/2016, 15, 17.

<sup>57</sup> Vgl. BGH NStZ 1990, 37.

<sup>58</sup> *Martin, Jörg*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Zugleich ein Beitrag zur Gefährungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht, 1989, S. 85; *Hecker, Bernd*, Tatortbegründung gem. §§ 3, 9 Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit?, ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik), 2011, 400 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährungsdelikt, GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht) 1999, 72, 79.

die abstrakte Gefahr per se einen strafrechtlichen Erfolg darstelle.<sup>60</sup>

Gegen die im Schrifttum und der deutschen Rechtsprechungspraxis vertretene Auffassung, dass bei der Verbreitung verbotener Inhalte im Internet und Fernsehen nicht nur der Ort der Handlung, sondern auch der Ort, an dem das übermittelte Material (Daten) akustisch und visuell wahrgenommen wird, als Tatort betrachtet werden sollte, wird eingewandt, dass es insofern unmöglich sei, Handlung und Erfolg ausreichend voneinander zu trennen und eine klare Grenze zwischen dem Handlungsort und dem Erfolgsort zu ziehen.<sup>61</sup> Allerdings scheint die genannte Auffassung auf der engen materiellen Definition des Erfolgs zu beruhen, wonach zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten zu unterscheiden ist.

Nach der dargestellten kritischen Ansicht kann die Anwendung des nationalen Strafrechts allerdings nicht auf alle Erfolge gestützt werden, die durch im Ausland begangene Handlungen im Inland verursacht werden, sondern nur auf solche, durch die die Verletzung eines geschützten Rechtsguts oder dessen erhebliche Gefährdung verursacht wird. Eine Gefährdung in diesem Sinne bedeutet die Schaffung einer konkreten Gefahr. Andernfalls, d.h. bei einer Ausdehnung der Jurisdiktion auf eine im Ausland vorgenommene Handlung, die entweder nur eine generelle Gefahr für das Rechtsgut im Inland geschaffen oder zu gar keiner nahliegenden Eingriffsgefahr geführt hat, würde der völkerrechtliche Grundsatz der Nichteinmischung<sup>62</sup> unzureichend berücksichtigt.<sup>63</sup> Im Internationalen Strafrecht gilt die unbegrenzte Ausdehnung der nationalen Gerichtsbarkeit als unzulässig. Dieses Prinzip beruht auf der Gleichheit der Staaten, d.h. der souveränen Gleichheit, die in Art. 2 Abs. 1 der Charta der Vereinten (UN-Charta) Nationen verbrieft ist.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Valerius, Brian, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 237.

<sup>61</sup> Valerius, Brian, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Internet, HRRS (Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht) 4/2016, 186, 187.

<sup>62</sup> Zum Grundsatz der Nichteinmischung auf Georgisch vgl. Aleksidze, Levan, Modernes Internationales Recht, 1994, S. 41 ff.

<sup>63</sup> Valerius, Brian, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 238.

<sup>64</sup> Vgl. Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., 2011, § 2 Rn. 2 f. Zum Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten nach der UN-Charta vgl. Rapava, Merab, Nichtanwendung von Gewalt in den internationalen Beziehungen, 1998, S. 222.

Der Bestimmung des Tatorts abstrakter Gefährdungsdelikte durch einen möglichen Erfolgsort wird entgegen gehalten, dass dies mit der Bestimmungsfunktion der einzelnen Tatbestandsmerkmale bezüglich der Strafbarkeit und dem ultima-ratio-Gedanken unvereinbar sei. Darüber hinaus könne dies zu einer unzulässigen Ausweitung der nationalen Strafgerichtsbarkeit auf im Internet vorgenommene Handlungen führen.<sup>65</sup> Diese Meinung kann jedoch nicht als richtig angesehen werden, da es nicht um eine Ausweitung des Tatbestandes, sondern um die Interpretation der für die abstrakten Gefährdungsdelikte charakteristischen Gefahr geht, wobei die Natur der Straftat selbst und die Eigenart des Tatbestandes zu berücksichtigen sind. Zwar sind die abstrakten Gefährdungsdelikte ein Typus der Gefährdungsdelikte, jedoch lassen diese sich ihrerseits wiederum nach bestimmten Kriterien klassifizieren.

Die moderne, von der herrschenden Ansicht abweichende Auffassung, hält es für möglich, dass sich der Tatort bei den abstrakten Gefährdungsdelikten nicht nur durch den Ort der Handlung, sondern auch durch den Ort der Entstehung der abstrakten Gefahr bestimmen lässt. Dies gewinnt besondere Bedeutung bei Umweltstraftaten<sup>66</sup> sowie in Bezug auf solche Delikte, die mit modernen Kommunikationsmitteln begangen werden können, wie beispielsweise die Verbreitung von pornografischem Material über das Internet nach Art. 255 des georgischen Strafgesetzbuchs<sup>67</sup> oder das Aufrufen zur gewalttätigen Änderung der staatlichen Verfassungsordnung nach Art. 317 gStGB. Ein solcher Aufruf muss öffentlich getätigt werden, womit nicht nur an öffentlichen Orten stattfindende Demonstrationen, sondern auch Aufrufe über das Internet erfasst werden können.<sup>68</sup> Ein Aufruf zur gewalttätigen Änderung der staatlichen Verfassungsordnung über das Internet kann auch aus dem Ausland getätigt werden, wenn der Täter sich also physisch nicht auf georgischem Staatsgebiet befindet. Grund-

<sup>65</sup> Zimmermann, Frank, NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht, HRRS 2015, 441, 443.

<sup>66</sup> Gemeint ist hier der Fall der Verschmutzung eines Flusses, wenn dadurch auch in einem anderen Staat eine Gefahr entsteht. Tiedemann, Klaus/Kindhäuser, Urs, Umweltstrafrecht-Bewährung oder Reform? NSTZ 1988, 337, 346.

<sup>67</sup> Im Folgenden als gStGB abgekürzt.

<sup>68</sup> Vgl. Reinbacher, Tobias, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGStZ 3/2016, 15, 16.

sätzlich kann eine Handlung, die im Ausland ausgeführt wird, eine Gefahr im Inland begründen. Betrachtet man als Tatort aber allein den Handlungsort, kann dies möglicherweise die effektive Verteidigung der Rechtsordnung beeinträchtigen und die Strafverfolgung gefährden, weil die Verfolgbarkeit einer im Ausland vorgenommenen Handlung gemäß Art. 5 gStGB von der Schwere des dadurch verwirklichten Delikts abhängig ist. Darüber hinaus sehen die Gesetze anderer Staaten möglicherweise gar keine Haftung für bestimmte Handlungen vor. Wenn es um das Aufrufen zur gewaltsamen Änderung der Verfassungsordnung und dessen Strafbarkeit nach der georgischen Gesetzgebung geht, wird auch dem Umstand Rechnung getragen, welche Verfassungsordnung – d.h. welcher Staat – betroffen ist, da es sich nach Art. 317 gStGB zwingend um die georgische handeln muss. Eine entsprechende Strafnorm eines anderen Staates wird in ähnlicher Weise formuliert sein, denn wenn es nicht um den Schutz individueller Rechtsgüter, sondern den von Staatsinteressen geht, ist es für jeden Staat von Vorrang, die eigenen Interessen zu schützen.<sup>69</sup> Die Gesetzgebung Georgiens erlaubt auch die Verfolgung einer Tat, die im Ausland begangen wurde, nach der Gesetzgebung des Staates, in dem sie begangen wurde, aber nicht strafbar ist. Allerdings wird dabei die Schwere der Straftat und die Staatsbürgerschaft des Täters berücksichtigt. Zudem ist es gemäß Art. 5 gStGB erforderlich, dass sich die Straftat gegen die Interessen Georgiens richtet.

Bei bestimmten Handlungen unter Verwendung von Kommunikationsmitteln ist es wichtig, nicht nur die Merkmale des objektiven Tatbestandes festzustellen, sondern auch das subjektive Element dabei zu beachten. Es ist wichtig festzustellen, inwieweit dem Täter die Bedeutung seiner Handlung bewusst war und welche subjektive Einstellung er bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale hatte. So kann beispielsweise eine im Ausland gehaltene Rede, in der es um die Notwendigkeit geht, die Staatsregierung mit Gewalt zu stürzen, ohne Zustimmung des Redners aufgenommen, im Internet verbreitet und der Inhalt auf diese Weise vielen Menschen zugänglich gemacht werden. Zwar enthält

ein solcher Sachverhalt bestimmte Merkmale der in Art. 317 gStGB vorgesehenen Straftat, jedoch wird der Tatbestand dadurch nicht vollständig erfüllt. Das Delikt kann nämlich nur dann als begangen angesehen werden, wenn der Redner selbst die Materialien, die den Aufruf enthalten, gezielt über das Internet verbreitet, was eine ähnliche Wirkung und Bedeutung hätte, wie ein bei einer öffentlichen Versammlung im Inland getätigter Aufruf. Der Begriff „Aufruf“ impliziert eine vorsätzliche Handlung und schließt Fahrlässigkeit aus. Die Verbreitung von Materialien (Aufzeichnungen), die den Aufruf enthalten, kann über das Internet nicht nur von dem Aufrufenden selbst, sondern auch von einer anderen Person durchgeführt werden. In solchen Fällen bedarf es aber einer Absprache mit dem Aufrufenden, was die Grundlage für dessen Strafbarkeit schafft. Während der Aufrufende dabei als Täter gilt, kommt für denjenigen der im Einvernehmen mit dem Aufrufenden die Aufzeichnung im Internet verbreitet, die Teilnahmeform der Beihilfe in Betracht.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund stellt sich die Frage, welche Lösung zutreffend ist, wenn die Aufzeichnung des im Ausland getätigten Aufrufs von einer anderen Person ohne Zustimmung des Aufrufenden im Internet hochgeladen und der Inhalt der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird. In solch einem Fall fehlt es dem Aufrufenden am Vorsatz, weshalb eine Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdelikts ausscheidet. Ferner ist auch fraglich, ob eine Unterlassungsstrafbarkeit in Betracht kommt, wenn das im Internet hochgeladene Material trotz bestehender Möglichkeit nicht gelöscht wird.<sup>70</sup> In diesem Fall ist zunächst zu berücksichtigen, auf wessen Website das Material bereitgestellt wird. Der Aufrufende kann regelmäßig nicht für das Unterlassen des Entfernens von einer fremden Seite verantwortlich gemacht werden. Die Frage der Verantwortlichkeit kann sich also nur dann stellen, wenn das Löschen des betreffenden Materials von der eigenen Website unterbleibt.

Die Tatsache, dass das Internet zur Begehung von Straftaten verwendet und demnach zum Tatort werden kann, wird heute nicht mehr in Frage gestellt, zumal auch eine Reihe von Artikeln des georgischen Strafgesetzbuchs darauf hinweist. So sieht beispielsweise Art. 157<sup>1</sup> Abs. 2 gStGB Strafbarkeit für das Verbreiten

<sup>69</sup> Die dargestellte Meinung geht davon aus, dass es Straftaten gibt, die ausschließlich im Inland verwirklicht werden können. Siehe dazu *Zimmermann, Frank*, NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht, HRRS 11/2015, 441. Manchmal hängt diese Frage aber auch davon ab, wie man die einzelnen Strafbarkeitsprobleme löst.

<sup>70</sup> Vgl. *Reinbacher, Tobias*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGStZ 3/2016, 15, 18.

von Privatgeheimnissen über das Internet (und andere Wege) vor.

Bei der Begehung einer Straftat über das Internet ist umstritten, ob der physische Aufenthaltsort des Täters als Tatort gelten soll. Nach einer Auffassung soll es auf den Standort des Servers ankommen, dies wird jedoch zu Recht kritisiert.<sup>71</sup> Überzeugender ist die Ansicht, die sowohl den physischen Aufenthaltsort des Täters als auch den Tatbestand der strafbaren Handlung berücksichtigt<sup>72</sup> und dabei auch erwägt, inwieweit es möglich ist, dass die im Ausland vorgenommene Handlung eine Gefahr im Inland – d.h. in dem Staat, in dem der Täter nicht physisch anwesend ist – darstellt. Obwohl es bei den sog. „Formaldelikten“ möglich ist, einen von der Handlung abgrenzbaren Erfolg anzunehmen, der in einem anderen Staat eintreten kann als dem, in dem die Handlung vorgenommen wurde, wird im Schrifttum auf zusätzliche Kriterien hingewiesen. Dazu gehören die Staatsbürgerschaft der handelnden Person<sup>73</sup> und deren Wohnort, die gezielte Handlung des Täters und, wenn es um die Verbreitung von Inhalten geht, die Sprache<sup>74</sup>, da eine diesbezügliche Unkenntnis die Möglichkeit des Verstehens regelmäßig ausschließt.

Trotz der Möglichkeit bei manchen abstrakten Gefährdungsdelikten, die abstrakte Gefahr von der Handlung abzugrenzen und sie als einen im Tatbestand des Delikts bestimmten „Erfolg“ zu betrachten, geht es hierbei nicht um einen „Erfolg“, der äquivalent ist zu demjenigen ist, der als Abgrenzungsmerkmal zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten dient. Daher sollten ab-

strakte Gefährdungsdelikte im Ergebnis doch als erfolglose Straftaten betrachtet werden<sup>75</sup>, bei denen ein kausaler Zusammenhang nicht festzustellen ist.

## VII. Die Frage des subjektiven Tatbestandes bei abstrakten Gefährdungsdelikten

Eine Straftat kann bekanntermaßen vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes ist festzustellen, wie die Tat im subjektiven Sinne begangen wurde, da Vorsatz und Fahrlässigkeit in einigen Fällen bei der Bestimmung des Unrechtstyps und auch für die Formulierung des Tatbestandes eine Rolle spielen. Allerdings stellt sich die Frage, ob sich die abstrakten Gefährdungsdelikte im Hinblick auf Vorsatz und Fahrlässigkeit durch eine Besonderheit auszeichnen. Sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit werden in verschiedene Formen unterteilt. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob die Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte durch jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit möglich ist.

Die Möglichkeit der Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte mit direktem Vorsatz ist im Schrifttum nicht umstritten. Der direkte Vorsatz umfasst entsprechende kognitive und voluntative Elemente in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale, nämlich in Form von Wissen und Wollen.<sup>76</sup> Während bei den Erfolgsdelikten die genannten Elemente sowohl bezüglich der Handlung als auch des Erfolgs festgestellt werden, betrifft dies bei den abstrakten Gefährdungsdelikten bzw. Tätigkeitsdelikten allein die Handlung.<sup>77</sup> Teilt man jedoch die Ansicht, die in manchen Fällen die Abgrenzung der abstrakten Gefahr von der Handlung für möglich hält und sie als Tatbestandsmerkmal versteht, wäre bei der Bestimmung des Vorsatzes nicht nur die Einstellung des Täters zur

<sup>71</sup> Vgl. *Reinbacher, Tobias*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGSStZ 3/2016, 15, 18.

<sup>72</sup> Zu dieser Ansicht siehe *Reinbacher, Tobias*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGSStZ 3/2016, 15, 19.

<sup>73</sup> Siehe die Diskussion zur Berücksichtigung des Staatsangehörigkeitskriteriums bei *Valerius, Brian*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen im Internet, HRRS 4/2016, 186, 189. Der Autor vertritt die Meinung, dass es ironisch wäre, wenn man gegen die Verbreitung extremistischer Ansichten im Internet rechtlich kämpfen würde und Religion, Hautfarbe, Staatsangehörigkeit sowie die Rechtsordnung des anderen Staates unberücksichtigt ließe, *Valerius, Brian*, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 241. Die Richtigkeit des Verweises auf die Berücksichtigung der Hautfarbe bei der Entscheidung der Frage ist jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst umstritten.

<sup>74</sup> Vgl. *Reinbacher, Tobias*, Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Internet, DGSStZ 3/2016, 15, 23.

<sup>75</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Der Ort der Realisierung des Taterfolgs bei den abstrakten Gefährdungsdelikten, in: Festschrift für Otmar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, Wissenschaftliche Jubiläumssammlung, 2016, S. 328.

<sup>76</sup> Nach einer Definition wird der Vorsatz allgemein als das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung definiert, siehe *Eisele, Jörg*, in: *Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 11 Rn. 7.

<sup>77</sup> Vgl. *Hilgendorf, Eric*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 2021, § 35 Rn. 99.

Handlung, sondern auch die zur geschaffenen Gefahr festzustellen.

Während die Begehung mit unmittelbarem Vorsatz unumstritten ist, besteht eine Diskussion über die Möglichkeit der Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte mit indirektem Vorsatz. Ein Teil des Schrifttums glaubt, dass abstrakte Gefährdungsdelikte nur mit direktem Vorsatz verwirklicht werden können, da der indirekte Vorsatz nicht zum Konzept der abstrakten Gefährdungsdelikte passe. Der bedingte Vorsatz beziehe sich auf die Wahrnehmung der Möglichkeit („Billigung“), dass die betreffende Handlung einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen könne. Dabei sei „Billigung“ ein Begriff mit einem klar definierten Inhalt, der zwar auf einen rechtswidrigen Erfolg angewendet werden könne<sup>78</sup>, nicht aber für die abstrakten Gefährdungsdelikte charakteristisch sei. Ein anderer Teil des Schrifttums lässt die Möglichkeit des indirekten Vorsatzes bei den abstrakten Gefährdungsdelikten zu.<sup>79</sup> Diesbezüglich wird zugrunde gelegt, dass der mit bedingtem Vorsatz handelnde Täter die Verwirklichung einer solchen Tathandlung für möglich halten könne, durch die der Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts erfüllt wird.<sup>80</sup> Berücksichtigt man jedoch die Auffassung, die in einzelnen Fällen abstrakter Gefährdungsdelikte die Möglichkeit der Trennung

von Gefahr und Handlung nicht ausschließt, so könnte der Begriff der „Billigung“ auch an die abstrakten Gefährdungsdelikte angepasst werden. Auch wenn es in manchen Fällen schwierig ist, den indirekten Vorsatz nachzuweisen, wäre es falsch, die Möglichkeit der Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte mittels indirekten Vorsatzes vollständig auszuschließen.

Die strafrechtliche Verantwortung für Fahrlässigkeit richtet sich in der Regel nach dem eingetretenen rechtswidrigen Erfolg. Darauf deutet auch die Tatsache hin, dass bei den Fahrlässigkeitdelikten die Stadien der Vorbereitung und des Versuchs nicht gegeben sind. In der Literatur wurde daher die Auffassung entwickelt, dass abstrakte Gefährdungsdelikte nur vorsätzlich begangen werden können.<sup>81</sup> Diese Meinung kann jedoch nicht geteilt werden, vor allem deshalb, weil das georgische Strafgesetzbuch die Möglichkeit der fahrlässigen Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte ausdrücklich vorsieht (Art. 241, 242 gStGB). Im georgischen Strafgesetzbuch gibt es nicht viele Tatbestände, die die fahrlässige Schaffung einer abstrakten Gefahr unter Strafe stellen. Der Gesetzgeber stellt (erfolglose) fahrlässige Handlungen nur in wenigen Fällen unter Strafe, da diesen im Vergleich zu den Vorsatztaten ein geringerer Unrechtsgrad innewohnt. Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass infolge der technischen Entwicklung in unserer Zeit auch die Möglichkeiten wachsen, durch Fahrlässigkeit schwere Schäden zu verursachen, weshalb es nicht sachgerecht wäre, die Strafbarkeit für fahrlässig begangene abstrakte Gefährdungsdelikte völlig auszuschließen.

Während das Bestehen fahrlässiger Delikte in Form abstrakter Gefährdungsdelikte anerkannt ist, stellt sich die Frage, ob diesbezüglich sowohl die bewusste als auch die unbewusste Fahrlässigkeit in Betracht kommen können. Ein Teil der Literatur nimmt an, dass die abstrakten Gefährdungsdelikte nicht durch bewusste Fahrlässigkeit begangen werden können<sup>82</sup>, sondern nur durch unbewusste Fahrlässigkeit<sup>83</sup>. Dies ist allerdings

<sup>78</sup> *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei den Gefährdungsdelikten, 1982, S. 16.

<sup>79</sup> Auch im deutschen Schrifttum wird die Möglichkeit der Begehung von abstrakten Gefährdungsdelikten mit bedingtem Vorsatz zum Teil anerkannt, z.B. bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen nach § 315d Abs. 1 StGB, vgl. *Heger, Martin*, in: *Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 315d Rn. 6. Sie weisen aber auch darauf hin, dass der Täter gegenüber dem Handlungsverbot indirekten Vorsatz haben kann. Was jedoch die vom Tatbestand vorgesehene Handlung betrifft (Veranstaltung eines Kraftfahrzeugrennens und die Teilnahme daran), ist es praktisch kaum vorstellbar, diese mit nur indirektem Vorsatz zu begehen, vgl. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 68. Aufl., 2021, § 315d Rn. 19; *Pegel, Christian*, in: *Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., 2019, § 315d Rn. 27. Zudem wird in Bezug auf bestimmte abstrakte Gefährdungsdelikte – unter Berücksichtigung der Natur der Straftat, des Tatbestandes und der Disposition der Norm – allein direkter Vorsatz gefordert und die Möglichkeit eines indirekten Vorsatzes abgelehnt, vgl. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 68. Aufl., 2021, § 323b Rn. 4.

<sup>80</sup> *Makashvili, Vladimer*, Das Konzept des Vorsatzes im Strafrecht, Matsne 6/1966, 81.

<sup>81</sup> Vgl. *Todua, Nona*, Gefährdungsdelikte nach dem georgischen Strafgesetzbuch, Justice and Law 2(3)/2007, 154; *Mamulashvili, Gocha*, in: *Mamulashvili, Gocha* (Hrsg.), Besonderer Teil des Strafrechts, Buch I, 5. Aufl., 2014, S. 149.

<sup>82</sup> Vgl. *Ugrekheldze, Mindia*, Das Problem der fahrlässigen Schuld im Strafrecht, 1976, S. 102; *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei den Gefährdungsdelikten, 1982, S. 25.

<sup>83</sup> Vgl. *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei den Gefährdungsdelikten, 1982, S. 33 f.

umstritten, da die im georgischen Strafgesetzbuch (in oben genannten Tatbeständen) normierten abstrakten Gefährdungsdelikte die Möglichkeit der Begehung im Wege bewusster Fahrlässigkeit nicht ausschließen.

### VIII. Absichtsdelikte (Gefährdungsdelikte mit überschießender Innentendenz)

Gefährdungsdelikte mit überschießender Innentendenz (Absichtsdelikte) unterscheiden sich von anderen Gefährdungsdelikten dadurch, dass deren Unrecht durch eine besondere Absicht begründet wird. Bei den Absichtsdelikten überwiegen die Merkmale des subjektiven Tatbestandes die des objektiven<sup>84</sup>, was bedeutet, dass der Täter beabsichtigt, einen Erfolg zu verwirklichen, der über den objektiven Tatbestand hinausgeht. Nicht im objektiven Tatbestand, sondern im subjektiven Tatbestand wird der beabsichtigte Erfolg festgestellt.<sup>85</sup> Der Tatbestand der Straftat wird vom Täter bereits verwirklicht bevor der beabsichtigte Erfolg eintritt.

Das häufigste und bekannteste Beispiel der Absichtsdelikte ist der Diebstahl, bei dem die Absicht der Zueignung einer fremden beweglichen Sache das Unrecht begründet.<sup>86</sup> In der Literatur gibt es unterschiedliche Auffassungen davon, ob Diebstahl ein Erfolgsdelikt ist oder nicht. Trotz der Tatsache, dass die rechtswidrige Zueignung einer fremden Sache nur ein im Rahmen des subjektiven Tatbestandes beabsichtigter Erfolg ist, wird der Erfolg beim Diebstahl teilweise darin gesehen, dass die Sache dem Besitz des Eigentümers entzogen<sup>87</sup> und dadurch das Eigentumsrecht verletzt wird<sup>88</sup>. Ein anderer Teil des Schrifttums ordnet den Diebstahl nicht den Erfolgsdelikten, sondern den abstrakten Gefährdungsde-

likten zu.<sup>89</sup> Dies ist zutreffend, da das Gericht bei der Qualifikation der Tathandlung nicht dazu verpflichtet ist, die Verletzung des Rechtsguts oder die Entstehung einer konkreten Gefahr durch den Diebstahl festzustellen.

Auch der Raub ist ein Absichtsdelikt mit abstrakter Gefährdung, bei dem es für die Tatbestandsverwirklichung nach dem georgischen Strafgesetzbuch nicht erforderlich ist, die fremde bewegliche Sache wegzunehmen, so dass die Tat bereits im Moment des Angriffs vollendet ist. Im Gegensatz dazu verlangt das deutsche Strafrecht sowohl beim Diebstahl als auch beim Raub die Inbesitznahme der fremden beweglichen Sache unter Zueignungsabsicht. Nach dem georgischen Strafgesetzbuch unterscheiden sich Diebstahl und Raub neben dem Mittel der Tatbegehung auch hinsichtlich der Wegnahme und Inbesitznahme der Sache. Dabei sollte im Fall des Diebstahls die Wegnahme und Inbesitznahme als eine vom Tatbestand vorgesehene Handlung und nicht als Erfolg betrachtet werden.

Bei den Absichtsdelikten erscheint fraglich, ob diese ausnahmslos Nicht-Erfolgsdelikte darstellen oder ob eine Unterteilung in Erfolgs- und Nicht-Erfolgsdelikte (Tätigkeitsdelikte) möglich ist. Das kupierte Erfolgsdelikt zeichnet sich seiner Definition nach dadurch aus, dass der Taterfolg kein Merkmal des objektiven Tatbestandes ist und zu dessen Verwirklichung allein die Vornahme der Tathandlung ausreicht.<sup>90</sup> Diese Definition lässt die Schlussfolgerung zu, dass das erfolgsorientierte Absichtsdelikt eine Unterart der Nicht-Erfolgsdelikte (Tätigkeitsdelikte) ist, da es bei den Erfolgsdelikten, im Gegensatz zu den Tätigkeitsdelikten, für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreicht, die Tathandlung nur vorzunehmen, sondern der Eintritt des Erfolgs notwendig ist. Betrachtet man das Wesen der Sache und blickt auf die Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, stellt man fest, dass sich die erfolgsorientierten Absichtsdelikte in zwei Formen unterteilen lassen, nämlich in Erfolgsdelikte und Tätigkeitsdelikte (erfolglose Delikte).<sup>91</sup> Gemäß dem georgischen Straf-

<sup>84</sup> Vgl. *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei den Gefährdungsdelikten, 1982, S. 19; *Ugrekheldze, Mindia*, Das Problem der fahrlässigen Schuld im Strafrecht, 1976, S. 101, Fn. 24.

<sup>85</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, Rn. 160; *Krey, Volker/Esser, Robert*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 220.

<sup>86</sup> Zum zweckbasierten Unrecht vgl. *Gamkrelidze, Otar*, Probleme des Strafrechts, Band II, 2013, S. 378.

<sup>87</sup> Vgl. *Jishkariani, Bachana*, Fälle des Allgemeinen Teils des Strafrechts, 2015, S. 107.

<sup>88</sup> Vgl. *Lekveishvili, Mzia/Todua, Nona*, in: *Lekveishvili, Mzia/Mamulashvili, Gocha/Todua, Nona* (Hrsg.), Besonderer Teil des Strafrechts, Buch I, 7. Aufl., 2019, S. 471.

<sup>89</sup> Vgl. *Graul, Eva*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S. 133.

<sup>90</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, Rn. 160.

<sup>91</sup> Vgl. *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei den Gefährdungsdelikten, 1982, S. 20.

gesetzbuch kann der Tatbestand der Folter (Art. 144<sup>1</sup> gStGB) als ein Absichtsdelikt mit Erfolg angesehen werden, bei dem es um die durch Absicht determinierten Handlungen und alternative Erfolge geht.

## IX. Fazit

Nach der vorliegenden Erörterung kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die abstrakten Gefährdungsdelikte Tätigkeitsdelikte (erfolglose Delikte) sind, bei denen allein die Vornahme der Tathandlung zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausreicht. Obwohl das abstrakte Gefährnungsdelikt ein erfolgloses Delikt ist, kann man in einigen Fällen die abstrakte Gefahr als einen gewissen Erfolg ansehen und sie von der Tathandlung trennen. Dies gilt insbesondere für Umweltstraftaten und solche Delikte, die unter Verwendung moderner Kommunikationsmittel begangen werden können. In den Fällen, in denen die abstrakte Gefahr von der Handlung zeitlich und räumlich abgegrenzt werden kann, ist es möglich, den Tatort nicht nur durch den Ort der Handlung, sondern auch durch den Ort der Entstehung der abstrakten Gefahr zu bestimmen, was dem Ubiquitätsprinzip nicht widerspricht, sondern vollständig mit ihm vereinbar ist.

Ob es sich im konkreten Fall um ein abstraktes Gefährnungsdelikt handelt oder nicht, lässt sich sowohl durch die Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes als auch durch die Berücksichtigung des durch die Norm geschützten Rechtsguts und des Normzwecks (systematische und teleologische Auslegung) feststellen. Auch wenn der Tatbestand auf einen bestimmten Erfolg hindeutet, kann es sich in bestimmten Fällen gleichwohl um ein Tätigkeitsdelikt handeln, sofern der Erfolg ein alternatives (nicht notwendiges) Merkmal des Tatbestandes oder ein objektives Element der Strafbarkeit darstellt, das die Gefährlichkeit der Tathandlung lediglich manifestieren soll.

Obwohl das abstrakte Gefährnungsdelikt zu den Tätigkeitsdelikten gehört, ist es zulässig, für die Verwirklichung nicht nur direkten Vorsatz zu fordern, sondern bereits bedingten Vorsatz ausreichen zu lassen. Dies gilt jedoch nicht für alle abstrakten Gefährnungsdelikte. In manchen Fällen ist die Begehung mit nur bedingtem Vorsatz zudem nur schwer vorstellbar. Dennoch wäre es falsch, bei abstrakten Gefährnungsdelikten die Mög-

lichkeit der Tatbegehung mit bedingtem Vorsatz generell auszuschließen. Bei den abstrakten Gefährnungsdelikten sind beide Arten von Fahrlässigkeit (bewusste und unbewusste) möglich, was durch die Ausgestaltung der Tatbestände einiger abstrakter Gefährnungsdelikte (Art. 241, 242 gStGB) bestätigt wird. Dies gilt für die abstrakt-konkreten Gefährnungsdelikte, die eine Untergruppe der abstrakten Gefährnungsdelikte darstellen.

Der Vergleich des georgischen mit dem deutschen Strafgesetzbuch bezüglich der abstrakten Gefährnungsdelikte hat im Ergebnis zu der Erkenntnis geführt, dass es neuer Normen im georgischen Strafgesetzbuch bedarf. Analog zum deutschen Strafrecht sollten für bestimmte Fälle Normen konstituiert werden, die die Lösung bisher bestehender Strafbarkeitsprobleme ermöglichen. Zum einen handelt es sich dabei um eine Norm zur Erfassung der Beteiligung an einer Schlägerei, wenn es im Zuge dieser Schlägerei zu einer Gesundheitsverletzung oder einem Todeserfolg kommt und diesbezüglich die Kausalität nicht festgestellt werden kann. Der zweite Legislativvorschlag bezieht sich auf die Einführung einer Norm, durch die es ermöglicht wird, im Rauschzustand begangene fahrlässige Handlungen strafrechtlich zu erfassen, wenn durch diese ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut gefährdet wird.

# Das nationalsozialistische Unrecht wird zu spät verfolgt

Von Univ.-Prof. i. R. Dr. Dr. h. c. (TSU) *Heiner Alwart*, Friedrich-Schiller-Universität Jena

## I. Widmung

Der folgende Versuch über ein namentlich in Deutschland aktuelles Grundproblem strafrechtlicher Zurechnung ist *Bernd Heinrich* in kollegialer Verbundenheit gewidmet. Unsere Wege haben sich in Universitäten in Jena und Tbilisi, in Berlin und Tübingen im Rahmen wissenschaftlicher und administrativer Zusammenarbeit mehrfach gekreuzt. Uns verbindet die wertvolle Erfahrung einer Gemeinschaftsbildung im akademischen Raum. Daran haben nicht zuletzt auch unsere georgischen Partner – Kollegen, Studenten und Doktoranden – einen großen Anteil. *Bernd Heinrich* und allen anderen Beteiligten gilt deshalb mein herzlicher Dank. Mit dem Gegenstand des folgenden Essays darf ich schon deshalb auf das Interesse des Jubilars hoffen, weil es auf unserem Fachgebiet darum gehen muss, eine kohärente allgemeine Zurechnungs- und Strafrechtslehre auf der Höhe der Zeit zu entwickeln, und weil *Bernd Heinrich* bekanntlich ein einschlägiges Lehrbuch zum AT geschrieben hat, das zu Recht so erfolgreich ist, dass es immer wieder Neuauflagen erlebt.

## II. Zum besseren Verständnis des Beitrags

Die derzeit viel zitierte „Zeitenwende“ erschüttert in Europa alte Gewissheiten. Diese Tatsache dürfte sich aus dem allgemeinen Bewusstsein kaum wieder verdrängen lassen. Vor dem neuen Horizont, der vor allem große geistige Entfaltungschancen bietet, möchte ich mich daher keineswegs in ein Glasperlenspiel gewohnter Dogmatik flüchten, sondern von Anfang an in medias res gehen: Es gilt, das Strafrechtsdenken von sachfremden Einflüssen zu befreien und es von Grund auf zu erneuern. An einem zentralen Beispiel soll im Folgenden eine dringend zu überwindende Abhängigkeit des praktizierten Strafrechts von illegitimen gesellschaftlich-medialen Erwartungen aufgezeigt werden. So drängt sich etwa die Frage auf, ob es überhaupt zurechnungstheoretisch haltbar ist, wenn, wie es in Deutschland derzeit ge-

schieht, „einfaches“ KZ-Personal für die NS-Morde angeklagt wird, d. h. auf einen Rollator gestützt einen Sitzungssaal betreten muss oder im Rollstuhl vor die Richterbank geschoben wird, während nichts Vergleichbares geschah, als die betreffende Generation noch tatsächlich vorhanden und nicht schon fast ausgestorben war. Es geht in jenen Hauptverhandlungen nicht um jeweils individuell nachgewiesene, verbrecherische Einzeltaten, sondern darum, in einem KZ, etwa als Sekretärin eines Lagerkommandanten, neben vielen anderen Personen, wie z. B. SS-Wachsoldaten, die eben zumeist längst verstorben sind, eine mehr oder weniger „neutrale“ Tätigkeit ausgeübt zu haben. In der Totalität eines antinazistischen Kampf-Syndroms wird heutzutage vagen Zuschreibungen im Ungefähren das Wort geredet. Damit sollte sofort aufgehört und stattdessen eine über Jahrhunderte hinweg mühsam errungene Sensibilität des Zurechnens und Verurteilens kompromisslos weitergepflegt werden.

Man sollte meinen, dass über die betreffenden spektakulären Strafprozesse heute lebhaft gestritten wird. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Sie werden nicht nur allgemein befürwortet, abgesegnet und als solche sogar tabuisiert, sondern neuerdings darüber hinaus zum Anknüpfungspunkt von Analogien gemacht. So sollen unmenschlich geführte Gefangenenlager des Zweiten Weltkrieges – trotz einer ansonsten immer wieder als Kriterium in den Vordergrund gestellten Einzigartigkeit des Holocausts – besagten Konzentrationslagern offenbar kurzerhand gleichgestellt werden. So kann man jüngst (d. h. im August 2022) in der Presse nachlesen, dass die Staatsanwaltschaft Berlin einen heute 98-jährigen ehemaligen Wehrmachtssoldaten, der während eines bestimmten Zeitraums in einem derartigen Lager an der Bewachung sowjetischer Kriegsgefangener beteiligt war, wegen Mordbeihilfe bestraft sehen will. Ein solches, die historischen Verhältnisse in Wehrmachtslagern aufarbeitendes Strafverfahren wäre ein völliges Novum. Mir sind die Tatsachen, die den Bestrebungen der Staatsanwaltschaft zugrunde liegen, zwar im Einzelnen unbekannt. Es deutet sich meines Erachtens aber bereits

an, dass die Aufweichung von Zurechnungsstrukturen, auf der die heutigen, verspäteten KZ-Prozesse beruhen, zu Kurzschlüssen Anlass geben könnten und weitere erhebliche rechtsstaatliche Einbußen befürchten lassen.

Das hochinteressante Haftungsproblem jener Sündenbockprozesse gegen KZ-Personal, die in der komplizierten Verschachtelung von individuellen und kollektiven Zurechnungsmerkmalen den roten Faden verloren haben, wird von mir in der Juristenzeitung, 77. Jahrgang, 2022, Heft 14, S. 715-722, ausführlich und vor allem kritisch behandelt: „Strafprozess im stahlharten Gehäuse der Vergangenheit.“ An dieser Stelle nun möchte ich – fast ohne zeitlichen Abstand zur Entstehung dieses JZ-Aufsatzes – auf dieselbe Problematik noch einmal in anderer Weise zurückkommen. In Anbetracht der Tatsache, dass ich meine Thesen sozusagen als einsamer Rufer in der Wüste verkünde, möge der, wie sich noch zeigen wird, ganz anders ansetzende zweite Zugriff auf das Thema die Überzeugungskraft der Argumente insgesamt erhöhen. Ich halte es mit *Nietzsche*, der in „Menschliches, Allzumenschliches“ ausführt (Band II von 1886): „Es ist gut, eine Sache sofort doppelt auszudrücken und ihr einen rechten und einen linken Fuß zu geben. Auf einem Bein kann die Wahrheit zwar stehen; mit zweien aber wird sie gehen und herumkommen.“ Vielleicht hat meine hiermit doppelt kundgetane Wahrheit das Zeug dazu, noch viele Verbündete zu gewinnen.

Im Folgenden wähle ich also die Form eines kurzen Wissenschaftsessays aus dem großen Themenfeld von „Recht und Zeit“, das zugegebenermaßen hier nicht genauer abgesteckt werden kann. Vor dem Hintergrund der wechselhaften georgischen Zeitgeschichte einerseits und der perennierenden deutschen Vergangenheitsbewältigung andererseits ziehe ich letztlich immerhin auf ein – sowohl philosophisches, juristisches als auch politisches – Erkenntnis- und Gestaltungsinteresse über nationale Grenzen hinweg und über bloße Fachöffentlichkeiten hinaus. Selbstverständlich muss man üblicherweise bewohnte Gedankengebäude verlassen, Diskurspolizisten in den Ruhestand verabschieden und fruchtbares Gelände neu vermessen, wenn man den Herausforderungen der im Jahre 2022 in Deutschland zu Recht ausgerufenen „Zeitenwende“ gerecht werden will. Ich habe vor, mich an dieser Stelle durch drei Passagen aus *Kants* Rechtslehre inspirieren und leiten zu lassen (nämlich aus der „Metaphysik der Sitten“ von 1797/98). Aber damit soll es dann zu den ewigen Nazi-Themen, je-

denfalls aus meiner Sicht, am besten für immer wirklich genug sein. Sie behindern auf Dauer eine vernünftige Entwicklung.

### III. Kant zum Ersten: Die Volksmenge muss erhalten bleiben!

*Kant* ist unzerstörbar. Wer das Denken lernen und lieben will, der studiert das Werk des Königsberger Philosophen. Dem neugierigen Leser stockt geradezu der Atem, wenn ihm in der Rechtslehre folgender Passus begegnet: „So viel also der Mörder sind, die den Mord verübt, oder auch befohlen, oder dazu mitgewirkt haben, so viele müssen auch den Tod leiden“. Sinngemäß heißt es dann weiter: Sollte aber die Zahl der Tatbeteiligten so groß sein, dass der Staat Gefahr laufen würde, keine Untertanen mehr zu haben, dann muss statt der Todesstrafe eine andere Strafe verhängt werden, eine solche nämlich, „bei der die Volksmenge noch erhalten“ bleibt.

War *Kant* denn ein Prophet, der das deutsche Problem, das erst viel später den Horizont verdunkeln sollte, bereits geahnt hatte? Zwar konnte es *Fritz Bauer* (1903-1968), dem legendären hessischen Generalstaatsanwalt und Initiator der Frankfurter Auschwitz-Prozesse in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts, gewiss nicht um das von *Kant* an die Wand gemalte „Spektakel einer Schlachtbank“ gehen, d. h. nicht darum, die „Volksmenge“ der Deutschen wesentlich zu verkleinern. Aber nach dem Ende des nationalsozialistischen Staates, an dessen Massenmorden sich Unzählige aktiv und passiv beteiligt hatten, wollte er die Verantwortlichen nicht einfach so davonkommen lassen. Gegenüber einer zum Unrecht schweigenden Gesellschaft, in die hinein sich Mörder und Mitschuldige mehr oder weniger problemlos integrierten, vertrat er dezidiert den Standpunkt, dass jeder, der – wie auch immer – selbst Teil der „Todesmaschine“, gewissermaßen ein Rädchen im Getriebe gewesen war, nunmehr mit Strafverfolgung zu rechnen habe.

Dieses ambitionierte Programm setzte sich leider nicht durch. Zu einer solchen Reinigungswelle sollte es nie kommen. Sogar für die räumlich recht scharf abgrenzbaren Vernichtungs- und Konzentrationslager genügte es der Justiz nicht, dass jemand innerhalb eines bestimmten Zeitraums erwiesenermaßen zum KZ-Personal gehört hatte und unter seinen Augen, nicht etwa auf seinen Befehl hin, Gefangene ermordet worden waren.

Die Tatsache, zur falschen Zeit am falschen Ort gewesen zu sein und dort einen schlimmen, menschenfeindlichen Beruf ausgeübt zu haben, z. B. als SS-Mann auf einem Wachturm, war zwar für *Bauer* Grund genug, dem einzelnen Wachmann oder anderem KZ-Personal die im Lager begangenen Verbrechen individuell zuzurechnen. Allgemein schlugen die Strafverfolger jedoch einen restriktiveren Kurs ein. Nach dem gewohnten Muster des Vorgehens bei typischer Alltagskriminalität forderten sie punktuelle Feststellungen zu einem ganz bestimmten Mordgeschehen. Eine Existenz als bloße Karteileiche in verstaubten Personalakten reichte ihnen als Anknüpfungspunkt für einen Mordvorwurf nicht aus. Beispiele für die damalige Suche nach konkreten Tatsachen haben sich etwa im ersten Frankfurter Auschwitz-Urteil niedergeschlagen. So wird dort als Prämisse eines Schuldpruchs detailliert geschildert, wie der betreffende Angeklagte seine Opfer in die Gaskammer quasi hineingeschoben hatte, um den Vorgang zu beschleunigen und möglichst viele Menschen auf diese grausame Weise dem sicheren Tod auszuliefern.

Erst vor ungefähr zehn Jahren, als es in der Gesellschaft fast keine Nazi-Mörder mehr gab, weil sie aus Altersgründen verstorben waren, änderte sich im Sinne *Bauers* die Betrachtungsweise. Nunmehr begannen Rechtsstaat, Medien und Opfer ihre Verfolgungsapparate und Rachegefühle gegen einige wenige, sozusagen übrig gebliebene Personen in Bewegung zu setzen. Die Betroffenen waren zur Zeit des Tatgeschehens naturgemäß noch sehr jung, bekleideten daher zwangsläufig untere Dienstränge und haben inzwischen ein biblisches Alter erreicht. Die Schalthebel jener schrecklichen Maschinerie befanden sich jedenfalls nicht in ihren inzwischen hochbetagten Händen. So hat das Landgericht Neuruppin kürzlich einen 101-jährigen Mann zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt, weil er von 1942-1945 der Wachmannschaft des Konzentrationslagers Sachsenhausen angehörte. Wie jetzt in der Presse zu lesen war, wehrt sich der Angeklagte gegen die Verurteilung mit dem Rechtsmittel der Revision. Zwischen einer Todesstrafe, auf die sich ja die oben zitierten Ausführungen *Kants* beziehen, und der Verurteilung eines über hundert Jahre alten Mannes zu fünf Jahren Haft für einen heute im Grunde unbegreiflichen Sachverhalt scheint mir übrigens, moralisch betrachtet, kein großer Unterschied zu bestehen. Im Gegensatz zur gegenwärtigen allgemeinen Stimmungslage sehe ich zumindest

keine Basis, die es jemandem erlauben würde, auf eine solche Inszenierung des in diesen Tagen praktizierten Schlussakts einer strafrechtlichen Sanktionierung von NS-Unrecht stolz zu sein.

Eher wäre Scham angebracht, weil die frustrierte Nachwelt unter Hintanstellung jedes Gerechtigkeitsgedankens offensichtlich meint, sich an wenigen „Großvätern“ und „Großmüttern“ in letzter Sekunde rächen zu müssen. Nunmehr ohne eigenes Risiko, eben auch ohne Risiko für die Aufdeckung des Versagens eigener Verfahren, rächt man sich dafür, dass man von *Hitler* nicht loskommt und sich wegen einer verbrecherischen deutschen Vergangenheit verpflichtet glaubt, innovatives intellektuelles Potenzial brach liegen zu lassen. Wird die heute strafende Gesellschaft nicht, zumindest in diesem Kontext, von dem unbewussten Motiv fehlgeleitet, sich an jeder Form vergangener oder gegenwärtiger rechter Gewalt dafür rächen zu sollen, dass die Bewältigung der wirklichen Gegenwartsprobleme kaum Fortschritte macht und stattdessen ständig um irrelevante moralische Haltungsnoten gebuhlt werden „muss“? Betrachtet man die Historie tiefenpsychologischer Strafrechtskritik, dann erscheint es natürlich wie blanker Hohn, wenn diese Kritik, deren Protagonisten während des Naziregimes zur Emigration gezwungen waren, hier ausgerechnet quasi zugunsten von ehemaligen SS-Leuten ins Feld geführt wird. Es macht aber gerade rechtsstaatliche Wehrhaftigkeit aus, solche provokanten Interpretationen nicht nur auszuhalten, sondern auch die notwendigen Konsequenzen aus ihnen zu ziehen.

#### **IV. Kant zum Zweiten: Das letzte Boot hat die Insel längst verlassen!**

*Kant* war nicht nur ein Prophet viel späteren deutschen Schicksals. Er war u. a. auch ein leidenschaftlicher Gerechtigkeitsexperte. So stößt aus der Rechtslehre von 1797/98 sein prägnantes Insel-Beispiel bis heute auf ein breites Interesse: Wenn z. B. ein Inselvolk beschlösse, sich in alle Welt zu zerstreuen, dann „müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“

Die heutige Verfolgung von KZ-Tätern stellt *Kants Insel-Beispiel* quasi auf den Kopf: Es geht bei diesem aktuellen Phänomen ja nicht darum, dass eine Gesellschaft der Gerechtigkeit gleichsam bis zum letzten Atemzug treu bleiben will. Vielmehr wird versucht, mittels der letzten noch greifbaren „Mörder“ ein epochales Versäumnis, eine als solche unheilbare Ungerechtigkeit zu relativieren. Versäumnis und Ungerechtigkeit bestehen darin, dass die Nachkriegsgesellschaft sehr viele Mörder und Henker praktisch unbehelligt ließ. Im Falle des „Buchhalters von Auschwitz“ etwa, der Wertgegenstände der Opfer zu verwalten hatte und im Jahre 2015, d. h. viel zu spät, vom Landgericht Lüneburg zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt wurde, waren Ermittlungen lange vorher sogar explizit eingestellt worden, ohne dass sich die Tatsachengrundlage bis zum Jahre 2015 etwa geändert hätte. Damit bleibt die „Blutschuld“ unweigerlich „auf dem Volke“ haften, das jahrzehntelang den Weg der Nicht-Verfolgung, also den einer passiven Ungerechtigkeit gewählt hatte. Ein juristischer Tsunami im Sinne der Forderungen *Fritz Bauers* hatte sich den Deutschen niemals aufgetürmt.

Dieser Verlauf lässt sich heutzutage aus einem völlig anders zusammengesetzten, von NS-Mördern aus natürlichen Ursachen weitgehend unbelasteten Deutschland heraus nicht mehr korrigieren. Indem Staat und Gesellschaft jetzt gleichwohl versuchen, die letzten Überlebenden von damals dazu zu benutzen, sich vor sich selbst und vor den Augen der Weltöffentlichkeit im Nachhinein reinzuwaschen, laden sie nur neue Schuld auf sich und beweisen, dass sie aus der Vergangenheit nicht wirklich etwas gelernt haben. Das Haften-geblieben-Sein der „Blutschuld“ rächt sich (1) dadurch, dass die Nachwelt immer noch glaubt, sie könne ansatzweise etwas wiedergutmachen, was niemals wiedergutmacht werden kann, (2) dadurch, dass wir heute unseren rechtsstaatlichen Prinzipien nicht die Treue halten, sondern uns von einer Vergangenheit blockieren lassen, für die wir nicht verantwortlich sind und die wir daher – zumindest als Gemeinwesen – weder „bewältigen“ müssen noch überhaupt können, (3) dadurch, dass wir unfähig geworden sind, Themen zeitgerecht zu setzen, weil wir weitgehend immer nur nach hinten geschaut und das Denken wegen politischer Befangenheiten verlernt haben, (4) dadurch, dass wir, anders als wir meinen, *Hitler* schon seit Langem nicht mehr besiegen können.

Die „Blutschuld“ ist da und sie wird weiterhin dort sein, wo sie immer schon war und immer bleiben wird, nämlich bei unseren Vorfahren. Es sind wir selbst, die es zulassen, dass uns diese „Blutschuld“ heute weiterhin dominiert. Durch *Fritz Bauer* gab es zwar rechtzeitig die Chance einer Entlastung vieler Zeitgenossen bei gleichzeitiger Belastung maßgeblicher Täter und Teilnehmer und vieler, sehr vieler Mitläufer. Aber diese Chance wurde schon vor Jahrzehnten endgültig vertan. Heute kann man da nichts mehr machen. Es gibt kein Boot, mit dem Menschen *Kants Insel* guten Gewissens verlassen und zu neuen Ufern aufbrechen könnten. Demnach laufen die aktuellen KZ-Prozesse den Postulaten von Gleichheit und Gerechtigkeit, wie sie in *Kants Insel-Beispiel* für staatliches Handeln nahelegt werden, von Grund auf zuwider. Die Verfolgungsorgane haben sich in ihrem Schwanken zwischen Verfolgung und Nicht-Verfolgung in einen peinlichen Eklektizismus verwickelt, der zu Widersprüchen führt. Diese Widersprüchlichkeit reicht schon für sich betrachtet dazu, die heute stattfindenden Verfahren ins Zwielflicht zu rücken und deren rechtsstaatliche Legitimität in Frage zu stellen. Es lässt sich vielleicht sogar die These aufstellen, dass bei einer derart inkohärenten, verquälten Verfolgungspolitik der staatliche „Strafanspruch“ längst verwirkt ist.

Die Strafrechtskritik braucht aber nicht dabei stehen zu bleiben, der Justiz dieses reichlich schamlose „venire contra factum proprium“ vorzuhalten. Vor allem und in erster Linie, d. h. unabhängig vom Verwirkungsargument, ist der mögliche Zurechnungszeitraum ohnehin längst uneinholbar verstrichen. *Bauers* Rädchen-Philosophie traf zu seiner Zeit ins Schwarze. Heute jedoch fehlen die notwendigen kollektiven Zurechnungs- und entsprechenden potenziellen Verurteilungsanteile. Weder gibt es noch den „Kollektivkörper KZ“, noch existieren diejenigen Individuen weiter, die ihn konstituiert und in großer Zahl am Massenmord mitgewirkt haben. Strafverfolgung hätte also, nicht zuletzt als Bedrohung und Beunruhigung für die vielen Altnazis, im Szenario der Nachkriegszeit ihren sozialen Sinn gehabt. Heute jedoch kann sie ihn nicht mehr generieren. Und wenn mit Bezug auf die heutige Rädchen-Bestrafung gerne betont wird, dass die eigentliche Tat selbstverständlich das Konzentrationslager als solches gewesen sei, dann verbietet es sich gerade deshalb, die verbliebenen Hundertjährigen als Sündenböcke an den Pranger zu stellen und auch deren Familien faktisch in Sippenhaft zu neh-

men. Die aktuellen KZ-Prozesse sind von daher völlig sinnlos. Aber keiner will es merken, weil alle glauben, sich hinter einem Tabu verschanzen zu müssen – und weil niemand sich zutrauen mag, gegen ganze Bibliotheken anzuschreiben.

In der Gegenwärtigkeit individuellen Zurechnens, wie z. B. von dem oben erwähnten Landgericht Neuruppin ins Werk gesetzt, fehlt demnach unkorrigierbar die von *Bauers* Haftungslehre vorausgesetzte spezifische, eben genuin kollektive Kontextualität. Von daher ist die besagte grundsätzliche Zurechenbarkeit eines mörderischen Lagergeschehens zur Tätigkeit jeglichen KZ-Personals heute nicht mehr gegeben. Sie ist sozusagen ein für alle Mal „verjährt“. Die Regelung im Strafgesetzbuch, dass Mord unverjährbar ist, kann vor diesem Hintergrund keine Rolle spielen. Von daher hat die Tatsache, dass die vereinzelt Prozesse absolut zur Unzeit stattfinden, per se, d. h. unabhängig von Verjährungsvorschriften, erhebliche rechtliche Konsequenzen.

## **V. Kant zum Dritten und Letzten: Achtung! Menschenwürde und Fairness!**

Soweit unterstrichen wird, was keineswegs selten vorkommt, dass der einzelne Angeklagte die Dinge doch nicht allzu persönlich nehmen möge, dass den Greis (oder die Greisin) eigentlich niemand ins Gefängnis bringen will, um ihn (oder sie) dort sterben zu lassen, sondern dass es vor allem auf ein öffentliches Ende der judiziellen Schweigespirale ankomme und der Verurteilte nach Konfrontation mit NS-Opfern im Sitzungssaal und im Anschluss an den Schuldspruch am besten sogleich wieder begnadigt würde, mutiert das beschuldigte Individuum am Ende zu einer Art musealer KZ-Ruine – als ob es durch den in der Diskursordnung der Gegenwart wurzelnden Zuschreibungsakt von einer konkret-natürlichen in eine eher abstrakt-juristische Person verwandelt werden könnte.

Um in diesem Zusammenhang abschließend noch einmal, ein letztes Mal *Kant* zu zitieren: Der Philosoph wehrt den „pharisäischen Wahlspruch“ ab, wonach es besser sei, „dass *ein* Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe“ (Joh. 11, 50). Er betont, dass dann, wenn die Gerechtigkeit untergeht, es keinen Wert mehr hat, dass Menschen auf Erden leben. Es ist aber hochgradig ungerecht sowie ein eklatanter Verstoß gegen Fairness

und Menschenwürde, einen Menschen, der mangels Vorliegens rechtlicher Prämissen gar nicht (mehr) sanktioniert werden darf, vermeintlich übergeordneten, politischen Zwecken aufzuopfern und ihn gleichwohl mit staatlicher Strafe zu belegen. So ist der oben bereits erwähnte „Buchhalter von Auschwitz“ bekanntlich erst unmittelbar vor Antritt seiner vierjährigen Freiheitsstrafe im Alter von 96 Jahren verstorben.

Dass Wahrheit und Gerechtigkeit nicht untergehen, setzt heutzutage zunächst einmal voraus, dass der Jurist überhaupt die Anstrengung auf sich nimmt, hermeneutische Kompetenzen wach zu halten und seinen professionellen Äußerungen jenseits einer primitiven Signalsprache oder bloßen Gestikulierens mit vermeintlichem Expertenwissen noch eine gewisse Bedeutung zu verleihen. Dem Satz, dass es richtig sei, einen 101-Jährigen, der vor rund 80 Jahren in einem KZ Wachmann war, gleichsam zum Tode zu verurteilen, damit seine heutigen Mitbürger nicht wieder dem Nationalsozialismus verfallen, dürfte *Kant* weder in normativer noch in faktischer Hinsicht zustimmen.

Es ist ganz und gar absurd, ohne Weiteres einen Bogen von der „rechten Gewalt“ des Naziregimes zur „rechten Gewalt“ gegenwärtiger Neonazis zu schlagen und den Verlauf, den Umfang und die Struktur von Strafprozessen einem vermeintlich zeitenübergreifenden Kampf gegen diese rechte Gewalt unterzuordnen. Wenn denn Rechtsextremismus, Rassismus und Antisemitismus (sowie Sexismus, Fremdenfeindlichkeit, Kolonialismus usw.) tatsächlich dauerhafte deutsche Gefährdungen sind, die allenfalls gewissen Konjunkturschwankungen unterliegen, aber im Kern immer dieselben waren und bleiben, dann werden sie sich gewiss nicht dadurch eindämmen lassen, dass im Ansatz durchaus rechtsstaatliche Strafverfahren nunmehr in zeitlicher und räumlicher Hinsicht komplett entkernt und entgrenzt werden. Wer dafür plädiert, einzelne Angeklagte, frühere oder heutige Nazis, aus der Rechtsgemeinschaft quasi auszuschließen, um die Verfahren für partikuläre Interessen öffnen und nutzen zu können, hat die juristische Bodenhaftung bereits verloren und die eigentlich zu erledigenden Hausaufgaben leichtsinnig beiseitegeschoben.

Es mag ja alles gut gemeint sein. Aber ein nur selbstgerechter guter Wille erhöht womöglich die Gefahr, dass das „ganze Volk“ aufs Neue „verdirbt“ – unter welchen Vorzeichen und wann genau auch immer. Rückblickend

wird man dann eine gewisse Kontraproduktivität der früheren Bemühungen um „korrektes Denken“ eingestehen müssen. Man wird sagen müssen, dass nicht nur großartige Chancen einer zivilisatorischen Weiterentwicklung in der zweiten Hälfte und gegen Ende des überaus langen 20. Jahrhunderts vertan worden sind, sondern dass das Böse, das man doch endgültig hat zur Strecke bringen wollen, plötzlich wieder stürmisch erwacht ist. Der Umgang mit dem NS-Unrecht war nie eine Erfolgsgeschichte und kann es heute gewiss nicht mehr werden.

# Die Strafbarkeit der unangemessenen Behandlung nach dem georgischen Strafgesetzbuch\*

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

*Für Bernd Heinrich zum 60. Geburtstag*

## I. Einleitung

Neben dem Begriff der Folter finden sich in völkerrechtlichen Akten auch die Bezeichnungen „schlechte“, „erniedrigende und „unangemessene Behandlung“. Die georgische Strafgesetzgebung kennt die Tatbestände der Folter (Art. 144<sup>1</sup> georgisches Strafgesetzbuch<sup>1</sup>), der Androhung von Folter (Art. 144<sup>2</sup> gStGB) und der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung (Art. 144<sup>3</sup> gStGB).

Die richtige Beurteilung der Handlung ist für eine korrekte rechtliche Würdigung von großer Bedeutung. Da eine unangemessene Behandlung durch Folter, die Androhung von Folter sowie auch durch eine erniedrigende oder unmenschliche Behandlung verwirklicht werden kann, ist es wichtig, die Tatbestandsvarianten des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) voneinander abzugrenzen. Diesbezüglich spielt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) eine große Rolle. Nach Art. 46 Abs. 1 EMRK müssen die Parteien in der Rechtssache das Urteil des Gerichtshofs befolgen.<sup>2</sup> „Die Rechtsprechung des EGMR sollte nicht als eine Rechtsquelle, sondern als eine autoritative Auslegung wahrgenommen werden.“<sup>3</sup> Die folgenden Ausführungen verdeutlichen die Position des EGMR zur unangemessenen Behandlung: „Der Gerichtshof macht nochmals

deutlich, dass die unmenschliche Behandlung ein Minimum an Schwere erreichen muss, um in den Anwendungsbereich von Art. 3 zu fallen. Die Bewertung dieses Minimums, die Bewertung der Umstände ist jedoch der Natur der Sache nach relativ. Sie hängt von der Gesamtheit der Umstände des Falles ab, wie z.B. Art und Kontext der Behandlung, Art und Weise ihrer Vollstreckung, ihre zeitliche Dauer, ihre physischen und psychischen Wirkungen und in einigen Fällen Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Opfers“ (siehe das Urteil im vorangehend zitierten Fall Souering, Serie A, N161, S. 39, Ziff. 100 und die dort genannten Beispiele).<sup>4</sup>

## II. Das absolute Verbot der unangemessene Behandlung

Im Rechtsstaat stellt der Mensch und die ihm inwohnende Würde den höchsten Wert dar. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde führt dazu, dass das Verbot der unangemessenen Behandlung absolut gilt und Verfassungsrang besitzt. Gemäß Art. 9 Abs. 1 der georgischen Verfassung ist die Menschenwürde unantastbar und wird vom Staat geschützt. „Im Unterschied zu anderen Vorschriften, die Eingriffe in das durch sie verbürgte Recht zulassen, schließt dieser Artikel jegliche Rechtfertigung eines Eingriffs aus, womit er die Werte der demokratischen Gesellschaft festigt.“<sup>5</sup> Art. 9 Abs. 2 der georgischen Verfassung verbietet die Folter eines Menschen, dessen unmenschliche und erniedrigende Be-

\* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von Dr. *Khatia Tandilashvili*, Lektoratsmitglied der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift (DGStZ).

<sup>1</sup> Im Folgenden abgekürzt als gStGB.

<sup>2</sup> Vgl. *Korkelia, Konstantine*, in: *Korkelia, Konstantine/Kurdadze, Irine*, Internationale Menschenrechte nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2004. S. 44.

<sup>3</sup> *Korkelia, Konstantine*, in: *Korkelia, Konstantine/Kurdadze, Irine*, Internationale Menschenrechte nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2004. S. 45.

<sup>4</sup> Urteil des EGMR vom 20. Februar 1991 „Cruz Varas and others v. Sweden“, Urteilssammlung des EGMR, Band I, 2004, S. 212.

<sup>5</sup> *Tugushi, Teimuraz/Burjanadze, Giorgi/Mshvenieradze, Giorgi/Gotsitidze, Giorgi/Menabde, Vakhushiti*, Menschenrechte und die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Georgiens, Rechtsprechung 1996-2012, 2013, S. 85.

handlung sowie die Verhängung einer unmenschlichen und erniedrigenden Strafe.

In den zivilisierten Ländern der heutigen Welt gilt die unangemessene Behandlung – d.h. Folter, deren Androhung sowie erniedrigende oder unmenschliche Behandlungen – als *ius cogens* und unterliegt demnach einem absoluten Verbot.<sup>6</sup> Georgien hat sowohl diejenigen völkerrechtlichen Verträge ratifiziert, die sich ausschließlich mit dem Verbot der unangemessenen Behandlung befassen, als auch solche, die neben dem Verbot der unangemessenen Behandlung auch dem Schutz anderer fundamentaler Menschenrechte dienen.<sup>7</sup>

In der Erklärung der Vereinten Nationen über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 9. Dezember 1975 wurde Folter zum ersten Mal definiert. In Art. 1 Abs. 2 dieser Erklärung lautet es: „Die Folter ist eine verschärfte Form absichtlicher grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe“. Wichtig ist hierbei, dass die **„verschärfte Form“** („aggravated form“) als immanentes Element der Folter genannt wird. Jede Folter ist zugleich eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung, nicht aber umgekehrt. Nach Ansicht des EGMR-Richters *Zupančič* ist „Folter ist eine verschärfte Form der unmenschlichen und würdewidrigen Behandlung“<sup>8</sup>.

Art. 16 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984<sup>9</sup> besagt, dass die positive Verpflichtung der Staaten zur Verinderung von Folter ebenso jegliche Form der unangemessenen Behandlung umfasst.

<sup>6</sup> Art. 2. des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 weist darauf hin, dass es keinen Rechtfertigungsgrund für Folter geben kann.

<sup>7</sup> Dazu ausführlich *Dvalidze, Irakli*, in: *Dvalidze, Irakli/Kharanauli, Levan/Tumanishvili, Giorgi/Tsikarishvili, Kakha*, Stafaten gegen die Rechte und Freiheiten der Menschen nach dem georgischen Strafgesetzbuch, Kommentar, 2019, S. 147 ff.

<sup>8</sup> EGMR vom 11.07.2006 „Jalloh v. Deutschland“, Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK, Band III, 2013, S. 119.

<sup>9</sup> Die englische Fassung des Übereinkommens steht bereit unter <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

„Das absolute Verbot zeichnet sich durch seine extraterritoriale Natur aus und gilt auch außerhalb der Grenzen der beteiligten Staaten.“<sup>10</sup> Auch dann, wenn einem Auslieferungsabkommen Priorität beigemessen wird, ein Terrorverdächtiger die Möglichkeit hat, das Land zu verlassen, um sich der Strafverfolgung zu entziehen oder wenn der Staat die Auslieferung aufgrund des nationalen Sicherheitsinteresses durchführen möchte, besteht die Verpflichtung, den Täter bzw. Verdächtigen nicht in ein Land auszuliefern, in dem ihm die Gefahr der grausamen Behandlung droht.<sup>11</sup>

Nach einer im georgischen Schrifttum vertretenen Ansicht, hat das Folterverbot (gemeint sind alle Formen der unangemessenen Behandlung) einen zum Teil formalen Charakter und ist auf Verhinderung gerichtet.<sup>12</sup> „Die Androhung von Folter kann aufgrund des absolut geltenden Folterverbots nur im Ausnahmefall der tragischen Kollision unter Berücksichtigung der von *V. Brugger* vorgeschlagenen acht Voraussetzungen als Entschuldigungsgrund zugelassen werden.“<sup>13</sup> Zur Rechtfertigung der Folter oder der Androhung von Folter bzw. zur Begründung eines Schuldausschlusses wurde ein anderer Ansatz entwickelt, dem zufolge das Leben eines Menschen ein absolutes Recht sei. Dies habe mehr Gewicht als die Ehre und Würde eines Menschen und es sei daher unter bestimmten Umständen zulässig, Folter (z.B. eine Operation ohne Betäubung) zum Zweck der Lebensrettung anzuwenden.<sup>14</sup> Dabei wird auch darauf hingewiesen, dass Folter oder deren Androhung nur dann (im Wege der Nothilfe) gerechtfertigt sein kann,

<sup>10</sup> *Razumov, Stanislav/Berestnev, Yuri*, Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Artikel 3, Verbot der Folter, Präzedenzfälle und Kommentare, 2002, S. 25, <http://www.echr.ru/documents/manuals/Article03/Article3.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

<sup>11</sup> Vgl. *Razumov, Stanislav/Berestnev, Yuri*, Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Artikel 3, Verbot der Folter, Präzedenzfälle und Kommentare, 2002, S. 25 f., <http://www.echr.ru/documents/manuals/Article03/Article3.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

<sup>12</sup> Vgl. *Tsulaia, Davit*, Das Folterverbot nach den internationalen Normen, Zeitschrift für Recht 2/2014, 250.

<sup>13</sup> *Tsulaia, Davit*, Das Folterverbot nach den internationalen Normen, Zeitschrift für Recht 2/2014, 252.

<sup>14</sup> *Todua, Nona*, Entschuldigender Notstand im georgischen Strafrecht, Sammlung des wissenschaftlichen Symposiums des Strafrechts: Strafrechtswissenschaft im Prozess der einheitlichen europäischen Entwicklung, 2013, S. 144 f.

wenn sie zeitlich nicht gestreckt ist, gegenwärtig (in Bezug auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung des zu rettenden Dritten) erfolgt und zur unverzüglichen Abwehr der Gefahr bzw. Rechtsgutsbeeinträchtigung dient.<sup>15</sup>

Zutreffend ist die Anmerkung von *Turava*, dass der Versuch der ausnahmsweisen Rechtfertigung von Folter oder deren Androhung eine Relativierung des absoluten Folterverbots und eine teleologische Auslegung des Umfangs der Gerechtigkeit darstellt.<sup>16</sup> Auch wenn Folter oder deren Androhung in Extremsituationen zur Rettung eines Menschenlebens angewendet wird, führt dies nicht zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit, jedoch kann ein Schuldausschluss begründet werden.<sup>17</sup>

„Es sollte keine Ausnahme vom absoluten Verbot der Folter oder ihrer Androhung zulässig sein. Da dieses Verbot die Unantastbarkeit der Menschenwürde garantiert, sollte es keiner Relativierung unterworfen werden.“<sup>18</sup> *Turava* weist darauf hin, dass diese Einschränkung für Beamte in Ausübung ihrer Amtsgewalt gelte und nicht für Privatpersonen, die zur Rettung des Menschenlebens die Menschenwürde verletzen.<sup>19</sup> Ihre Tathandlung könne als Schuldausschließungsgrund beurteilt werden.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Vgl. *Todua, Nona*, Entschuldigender Notstand im georgischen Strafrecht, Sammlung des wissenschaftlichen Symposiums des Strafrechts: Strafrechtswissenschaft im Prozess der einheitlichen europäischen Entwicklung, 2013, S. 146 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Turava, Merab*, Folter und Androhung von Folter zur Rettung des Menschenlebens – strafrechtlich zulässige Nötigungsmaßnahme? (nationale und internationale Ansätze am Beispiel des Falls Magnus Gäfgen), in: Internationale Standards zum Schutz der Menschenrechte und Georgien, 2011, S. 194 f.

<sup>17</sup> Vgl. *Turava, Merab*, Folter und Androhung von Folter zur Rettung des Menschenlebens – strafrechtlich zulässige Nötigungsmaßnahme? (nationale und internationale Ansätze am Beispiel des Falls Magnus Gäfgen), in: Internationale Standards zum Schutz der Menschenrechte und Georgien, 2011, S. 199 f.

<sup>18</sup> *Turava, Merab*, Folter und Androhung von Folter zur Rettung des Menschenlebens – strafrechtlich zulässige Nötigungsmaßnahme? (nationale und internationale Ansätze am Beispiel des Falls Magnus Gäfgen), in: Internationale Standards zum Schutz der Menschenrechte und Georgien, 2011, S. 221.

<sup>19</sup> *Turava, Merab*, Folter und Androhung von Folter zur Rettung des Menschenlebens – strafrechtlich zulässige Nötigungsmaßnahme? (nationale und internationale Ansätze am Beispiel des Falls Magnus Gäfgen), in: Internationale Standards zum Schutz der Menschenrechte und Georgien, 2011, S. 221.

<sup>20</sup> *Turava, Merab*, Folter und Androhung von Folter zur Rettung des Menschenlebens – strafrechtlich zulässige Nötigungs-

### III. Das absolute Verbot der unangemessenen Behandlung und die georgische Strafgesetzgebung

Nach Art. 116 des Strafgesetzbuches der Georgischen Sozialistischen Sowjetrepublik vom 30. Dezember 1960 galt Folter als systematisches Schlagen oder eine andere verschärfte Form von Gewalt. Jedoch konnte diese Vorschrift das Problem der Strafbarkeit der Folter nicht lösen. So waren beispielsweise die Tatbestandsmerkmale der Folter vollkommen unklar und die maximale Sanktionsdrohung bestand in einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. Das heißt aber nicht, dass schwere Fälle von Folter strafrechtlich nicht erfasst werden konnten. Die entsprechenden Tathandlungen wurden nach anderen Normen bestraft, z.B. als Gesundheitsverletzung (den zur Verfügung stehenden Graden entsprechend), Schlagen, Gewaltanwendung oder Drohung. Im neuen Strafgesetzbuch Georgiens, das zum 1. Juni 2000 in Kraft getreten ist, befand sich mit Art. 126 eine Regelung, die Folter unter Strafe stellte. Allerdings stand diese Vorschrift nicht im Einklang mit den internationalen Standards im Hinblick auf die Tatbestandselemente und die für Folter vorgesehenen Strafen.

Mit dem Gesetz vom 23. Juni 2005 wurden in das Strafgesetzbuch die Art. 144<sup>1</sup> (Folter), 144<sup>2</sup> (Androhung von Folter) und 144<sup>3</sup> (erniedrigende oder unmenschliche Behandlung) eingeführt. Mit diesen Vorschriften wurden die einzelnen strafbewehrten Formen der unangemessenen Behandlung definiert, nämlich die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale sowie die Strafschärfungsgründe der Folter, ihrer Androhung und der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung. Solche Gesetzesänderungen zeigen den Willen des Staates, seine positive Verpflichtung bezüglich der Umsetzung des Verbots der unangemessenen Behandlung auf nationaler Ebene wahrzunehmen.<sup>21</sup>

Am 1. Dezember 2016 wurde in Art. 71 gStGB (Absehen von Strafverfolgung bei Verjährung) der neue Abs. 5<sup>1</sup> aufgenommen, der eine Vervollgungsver-

maßnahme? (nationale und internationale Ansätze am Beispiel des Falls Fall Magnus Gäfgen), in: Internationale Standards zum Schutz der Menschenrechte und Georgien, 2011, S. 221.

<sup>21</sup> Eine entsprechende Pflicht ergibt sich z.B. aus Art. 2 und 4 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984.

jähung bei Straftaten nach Art. 144<sup>1</sup> bis 144<sup>3</sup> gStGB verbietet.

Obwohl die Tathandlungen, die als unangemessene Behandlung gelten, zwar auch Tatbestandsmerkmale aus dem Bereich der Straftaten gegen die Person erfüllen, ist die Schaffung spezieller Normen in strafrechtspolitischer Hinsicht von großer Bedeutung. So wird dadurch zunächst der Grad der Abstraktion verringert, weil der Gesetzgeber in den speziellen Normen ein oder mehrere Tatbestandsmerkmale konkretisieren kann. Dementsprechend wird die Auslegung der Vorschriften und die Abgrenzung zwischen ähnlichen Tatbeständen leichter. Durch die Einführung der speziellen Normen wird die Haftung für die unterschiedlichen Formen der unangemessenen Behandlung auf der gesetzgeberischen Ebene differenziert. Im Hinblick auf die internationale Zusammenarbeit ist die Schaffung spezieller Normen für Folter, deren Androhung sowie erniedrigende und unmenschliche Behandlung gerechtfertigt, weil es im Fall der Überstellung oder Auslieferung eines Täters einfacher ist, eine angemessene Vorschrift zu finden, wenn in der nationalen Strafgesetzgebung konventionsmäßige Vorschriften umgesetzt sind. Für das Ergreifen von Maßnahmen zur Verhinderung von Folter, der Androhung von Folter und erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlungen ist es effektiv, die unangemessene Behandlung explizit als Delikt aus der Kategorie der Gewalttaten statistisch erfassen zu können.

#### IV. Folter, Art. 144<sup>1</sup> gStGB

In der Erklärung der Vereinten Nationen über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 9. Dezember 1975 wurde der Begriff der Folter auf der internationalen Ebene zum ersten Mal definiert. Der in Art. 1 der Erklärung statuierten Definition zufolge muss der Täter Angehöriger des öffentlichen Dienstes bzw. staatlicher Amtsträger sein. Von ihm selbst oder auf seine Veranlassung hin muss die Folter angewendet werden.<sup>22</sup> Dasselbe legt Art. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und an-

dere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 fest. Da Art. 144<sup>1</sup> Abs. 2 lit. a gStGB die Anwendung von Folter durch einen Amtsträger oder eine ihm gleichstehende Person als Strafschärfungsgrund normiert, erscheint die Schlussfolgerung logisch, dass nach der georgischen Strafgesetzgebung der Täterkreis nicht begrenzt ist und praktisch jede Person Täter einer Folter sein kann.<sup>23</sup> Jedoch ist der Ansatz, der auf die positive Feststellung, dass neben dem Amtsträger auch eine Privatperson Täter sein kann, verzichten will, nicht zu akzeptieren.<sup>24</sup>

Nach der georgischen Strafgesetzgebung kann Folter durch zwei alternative Tathandlungen verwirklicht werden, nämlich durch **die Schaffung solcher Bedingungen oder eines solchen Umgangs für eine Person oder für eine ihr nahestehende oder von ihr abhängige dritte Person**, (durch die starke körperliche Schmerzen oder seelisches bzw. moralisches Leiden verursacht werden). Gleichwohl können diese Handlungen nur dann als Folter betrachtet werden, wenn damit auch mindestens eines der immanenten Merkmale, nämlich die für eine Folter erforderliche **Art und Weise, Intensität oder Dauer** der Anwendung, erfüllt ist. Folter ist ein Erfolgsdelikt. Als Erfolg beschreibt der Gesetzgeber, wie aufgezeigt, starke körperliche Schmerzen oder seelisches bzw. moralisches Leiden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme des „**moralischen Leidens**“ in die georgische Gesetzgebung mit den internationalen Standards in technischer Hinsicht nicht übereinstimmt. Bei der Gesetzgebung ist es zu einem erheblichen Fehler gekommen. Die Formulierung des „**moralischen Leidens**“ ist in der georgischen

<sup>23</sup> Art. 144<sup>1</sup> Abs. 2 lit. a gStGB normiert die von einem Amtsträger oder einer ihm gleichstehenden Person begangene Folter als Strafschärfungsgrund, während Art. 144<sup>1</sup> Abs. 2 lit. b gStGB den qualifizierten Fall der unter Ausnutzung der Amtsstellung begangenen Folter betrifft. Die wörtliche Auslegung dieser Vorschriften macht deutlich, dass lit. a von lit. b umfasst ist. Dazu kommt, beide Qualifikationstatbestände über dieselbe Strafdrohung verfügen. Demzufolge erscheint die Existenz von lit. a sinnlos, weshalb er aufgehoben werden sollte.

<sup>24</sup> Siehe *Kvachadze, Marine/Mamaladze, Eka/Dateshidze, Niko*, Folterverbot: Die Umsetzung von Standards der Art. 3 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention in der nationalen Rechtsprechung, Zentrum für Menschenrechte der Analytischen Abteilung des Obersten Gerichtshofs Georgiens, 2019, S. 56, <https://rm.coe.int/turtore-geo/1680993fe0> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

<sup>22</sup> Die englische Fassung der Erklärung steht bereit unter: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

Fassung des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe zu finden, aber weder die originale Fassung dieses Übereinkommen noch die Erklärung der Vereinten Nationen über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet den Begriff „moralisch“. Demzufolge lässt sich vermuten, dass die Art. 144<sup>1</sup> und 144<sup>3</sup> gStGB auf der georgischen Fassung beruhen. Dieser gesetzgeberische Fehler sollte unverzüglich korrigiert werden.<sup>25</sup>

Folter stellt ein Vorsatzdelikt dar. Für eine Strafbarkeit ist insofern die Feststellung **des Ziels** der Handlung entscheidend. Dabei kann Folter zur Erreichung folgender Ziele angewendet werden: 1) Erhalt von Information, 2) Erlangung von Beweisen, 3) Erlangung von Geständnissen, 4) Einschüchterung, 5) Nötigung, 6) Bestrafung einer Person für die von ihr oder von einem Dritten begangene oder eventuell begangene Tat.

## V. Androhung von Folter, Art. 144<sup>2</sup> gStGB

Der Täter dieses Delikts ist eine natürliche Person. Die Androhung von Folter wird immer durch eine aktive Handlung begangen. Nach Art. 144<sup>2</sup> gStGB muss sich die Androhung auf die Schaffung der in Art. 144<sup>1</sup> gStGB bezeichneten Bedingungen, des Umgangs oder der Bestrafung unter entsprechender Zwecksetzung beziehen. Die Androhung muss zudem real und gegenwärtig sein.

Es ist darauf hinzuweisen, dass am 30. November 2018 ein neuer Abs. 2 in Art. 144<sup>2</sup> gStGB eingefügt wurde, wonach eine wiederholte Tatbegehung einen Qualifikationstatbestand darstellt. Dieser Absatz trat am 28. Dezember desselben Jahres in Kraft. Die Androhung von Folter ist ein erfolgloses Delikt, weil die Vollen- dung bereits mit dem Äußern der Androhung eintritt. Der Gesetzgeber spricht insofern auch von einem Mittel, das der Androhung der in Art. 144<sup>1</sup> gStGB (Folter) genannten Schaffung der Bedingungen, des Umgangs oder der Bestrafung dient. Die Androhung von Folter muss mit direktem Vorsatz begangen werden. Für die Beurtei-

lung der Strafbarkeit ist es wichtig, den Zweck der Tat festzustellen. Der Zweck der Folter ist derselbe wie in Art. 144<sup>1</sup> gStGB, weil Art. 144<sup>2</sup> gStGB direkten Bezug auf diesen nimmt.

## VI. Erniedrigende oder unmenschliche Behandlung, Art. 144<sup>3</sup> gStGB

Eine unangemessene Behandlung kann durch eine erniedrigende und unmenschliche Behandlung verwirklicht werden. In der georgischen Strafgesetzgebung ist das Delikt der erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung in Art. 144<sup>3</sup> gStGB normiert. Die Regelung umfasst das Grunddelikt sowie einen Qualifikationstatbestand. Erniedrigende und unmenschliche Behandlung ist ein Vorsatzdelikt und für die Feststellung des subjektiven Tatbestands kommt es auf sonstige Elemente (z.B. den Zweck) nicht an. In dieser Hinsicht entspricht Art. 144<sup>3</sup> gStGB der Rechtsprechung des EGMR.<sup>26</sup>

Es ist zutreffend, dass Art. 144<sup>3</sup> gStGB keine klare Abgrenzung zwischen den beiden in Art. 3 EMRK verankerten Formen der unangemessenen Behandlung trifft und eine alternativ formulierte Überschrift trägt. Darüber hinaus legt der EGMR beide Formen der unangemessenen Behandlung in seinem Urteil im Fall **Pretty** gegen das Vereinigte Königreich ganz klar aus.<sup>27</sup>

Täter dieser Straftat ist eine natürliche Person. Gemäß Art. 144<sup>3</sup> gStGB kann der Tatbestand durch vier alternative Tathandlungen verwirklicht werden, namentlich durch Erniedrigung, Nötigung sowie das Versetzen des Opfers in eine unmenschliche oder eine ehrverletzende und würdewidrige Lage.

Diese Straftat ist ein Erfolgsdelikt, weil der Tatbestand den Eintritt starker körperlicher Schmerzen oder geistigen bzw. moralischen Leidens infolge der Tathandlung fordert. Besondere Bedeutung kommt dem

<sup>25</sup> Vgl. *Dvalidze, Irakli*, in: *Dvalidze, Irakli/Kharanauli, Levan/Tumanishvili, Giorgi/Tsikarishvili, Kakha*, Staftaten gegen die Rechte und Freiheiten der Menschen nach dem georgischen Strafgesetzbuch, Kommentar, 2019, S. 147 ff.

<sup>26</sup> Siehe Urteil des EGMR vom 26. Juni 2006 „Boicenco v. Moldova“, Urteilssammlung des EGMR, Band V, 2008, S. 137; Folterverbot, Umsetzung des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Leitfaden, 2005, S. 65.

<sup>27</sup> Vgl. *Kvachadze, Marine/Mamaladze, Eka/Dateshidze, Niko*, Folterverbot: Die Umsetzung von Standards der Art. 3 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention in der nationalen Rechtsprechung, Zentrum für Menschenrechte der Analytischen Abteilung des Obersten Gerichtshofs Georgiens, 2019, S. 56 f., <https://rm.coe.int/turtore-geo/1680993fe0> (zuletzt abgerufen am 9.01.2023).

Tatbestandsmerkmal „stark“ als Bewertungskriterium zu, wonach die durch die unmenschliche und erniedrigende Behandlung verursachten körperlichen Schmerzen oder das geistige bzw. moralische Leiden nicht eine solche Intensität erreichen müssen, wie sie im Fall der Folter (Art. 144<sup>1</sup> gStGB) erforderlich ist.

## VII. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die georgische Strafgesetzgebung mit den internationalen Standards hinsichtlich der unangemessenen Behandlung harmonisiert ist. Die Schaffung spezieller Tatbestände für die Erfassung einzelner Formen der unangemessenen Behandlung ist sowohl für die strafrechtliche Beurteilung entsprechender Handlungen und die Erfüllung internationaler Verpflichtungen (z.B. bei der Auslieferung) als auch in kriminologischer Hinsicht (Erfassung in einer detaillierten Statistik, Prävention von Folter und anderen Formen der unangemessenen Behandlung usw.) von großer Bedeutung.

Die Urteile des EGMR verdeutlichen, dass es keine klaren Kriterien gibt, um eine Handlung entweder als Folter oder aber als eine die unangemessene Behandlung erfassende andere Straftat zu qualifizieren. Der EGMR hat allein solche Kriterien entwickelt, die der Orientierung dienen und einer kumulativen Anwendung bedürfen.<sup>28</sup> Unter diesen Kriterien ist das des „Kontextes“ besonders zu beachten. Ausgangspunkt bei der Beurteilung dieses Kriterium sollten die kulturellen Werte der betroffenen Gesellschaft sowie die in der zivilisierten Welt bestehenden Regeln für ein förderliches Zusammenleben sein.<sup>29</sup>

Letztlich ist es erforderlich, dass die in den entsprechenden Artikeln des georgischen Strafgesetzbuchs bestehenden und in diesem Aufsatz aufgezeigten Mängel durch den Gesetzgeber beseitigt werden.

---

<sup>28</sup> Dazu ausführlich *Dvalidze, Irakli*, in: *Dvalidze, Irakli/Kharanauli, Levan/Tumanishvili, Giorgi/Tsikarishvili, Kakha*, Staftaten gegen die Rechte und Freiheiten der Menschen nach dem georgischen Strafgesetzbuch, Kommentar, 2019, S. 151 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Dvalidze, Irakli*, in: *Dvalidze, Irakli/Kharanauli, Levan/Tumanishvili, Giorgi/Tsikarishvili, Kakha*, Staftaten gegen die Rechte und Freiheiten der Menschen nach dem georgischen Strafgesetzbuch, Kommentar, 2019, S. 153 f.

# Zur Abgrenzung der Unterlassungsdelikte\* \*\*

Von Associate-Prof. Dr. *Levan Kharanauli*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche Universität Tbilissi, beratender Experte beim Rechtsausschuss des Georgischen Parlaments

## I. Einleitung

Das aktuelle georgische Strafgesetzbuch kennt das Drei-Stufen-System der Straftat (das System von *Ernst Beling* und *Franz von List*), das durch den Art. 7 von gStGB vorgesehen ist. Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 gStGB gilt als Grundlage strafrechtlicher Verantwortung eine gesetzlich festgelegte, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung. Das Strafrecht ist damit ein handlungsbezogenes Recht<sup>1</sup>, weshalb die Handlung eines Menschen das erste und wichtigste Merkmal einer Straftat ist. In der Strafrechtsdogmatik wird die Handlung als ein willkürliches Verhalten einer Person bzw. einer natürlichen Person definiert.<sup>2</sup> Im Sinne der Strafbarkeit relevant kann nicht nur ein aktives Tun, sondern auch ein passives Verhalten, d.h. ein Unterlassen, sein.<sup>3</sup> Das Unterlassen ist ein

umfassendes Konzept.<sup>4</sup> Ein Unterlassen besteht im Untätigsein und bedeutet, etwas bestimmtes nicht vorzunehmen.<sup>5</sup> Zu beachten ist auch, dass die Strafgesetzgebung die Formen des Unterlassens selbst nicht mit eigenen Begriffen bezeichnet, sondern eine solche Unterteilung vor allem in der Strafrechtsdogmatik erfolgt.<sup>6</sup> Unterschieden wird dabei vor allem zwischen den Formen des echten und des unechten Unterlassens<sup>7</sup> bzw. den echten (*delicta omissiva*) und den unechten (*delicta commissiva per omissionem*) Unterlassungsdelikten<sup>8</sup>. Im Hinblick auf die im Strafrecht anerkannte Unterscheidung nach Gebots- und Verbotsnormen, zeichnet sich ein Unterlassungsdelikt in der Regel durch die Missachtung einer Gebotsnorm aus.<sup>9</sup> Dies gilt nicht nur für die un-

\* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von *Nino Kochiashvili*, Lektoratsmitglied der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift (DGStZ).

\*\* Der vorliegende Beitrag ist Prof. Dr. *Bernd Heinrich* zu seinem 60-jährigen Jubiläum gewidmet und soll zugleich ein Zeichen der Anerkennung für die wissenschaftliche Arbeit sein, der *Bernd Heinrich* sein gesamtes akademisches Leben gewidmet hat. Darüber hinaus war *Bernd Heinrich* nicht nur stets aktiv an der Entwicklung des georgisch-deutschen Wissenschaftsdialogs beteiligt, sondern kann auch als dessen Mitinitiator bezeichnet werden. Zudem war und ist der verehrte Jubilar fortwährend um den wissenschaftlichen Nachwuchs Georgiens bemüht und hat vielfach Forschungsaufenthalte in Deutschland unterstützt und ermöglicht.

<sup>1</sup> Vgl. *Gamkrelidze, Otari*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 163.

<sup>2</sup> Eine solche Erklärung des Inhalts der Handlung gilt auch für die juristischen Personen zuzurechnenden Handlungen, sofern diese faktisch durch eine natürliche Person ausgeführt werden und willkürlich sind. In den meisten Ländern mit kontinental-europäischer Rechtsordnung, darunter auch Deutschland, sind hingegen lediglich natürliche Personen Strafrechtssubjekte. Das gStGB kennt die Strafbarkeit juristischer Personen seit 2006.

<sup>3</sup> Die Einteilung strafrechtlich relevanten Verhaltens als aktives Tun und Unterlassen existierte schon im Strafrecht der Sowjetrepublik Georgien, siehe dazu *Tsereteli, Tinatin/Tke-*

*scheliadze, Giorgi*, Die Lehre von der Straftat, 1969, S. 179 f. Bemerkenswert ist, dass zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Strafgesetzgebung eine Tendenz zur Gleichstellung von Tun und Unterlassen zu beobachten war, siehe dazu *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 609.

<sup>4</sup> Vgl. *Gamkrelidze, Otari*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 180.

<sup>5</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 615.

<sup>6</sup> Bemerkenswert ist auch, dass die Einteilung des Unterlassens in verschiedene Formen im deutschen Recht erstmals im 19. Jahrhundert durch *Heinrich Luden* erfolgte. Siehe *Luden, Heinrich*, Abhandlungen Band II, S. 219 zitiert nach *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 605.

<sup>7</sup> Vgl. *Turava, Merab*, Strafrecht, Grundriss des Allgemeinen Teils, 9. Aufl., 2013, S. 274.

<sup>8</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 605.

<sup>9</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 601; *Mtschedlishwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 281. Im früheren deutschen Schrifttum wurde anerkannt, dass durch ein unechtes Unterlassungsdelikt gleichzeitig auch Verbotsnormen verletzt werden, siehe dazu *Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 236.

echten<sup>10</sup> und die echten<sup>11</sup> Unterlassungsdelikte, sondern auch für andere Formen des Unterlassungsdelikts, deren Existenzberechtigung sich zwar aus dem Gesetz ableiten lässt, denen von der georgischen Strafrechtsdogmatik bisher jedoch kaum Aufmerksamkeit geschenkt wird. Das Ziel des vorliegenden Beitrags besteht sich darin, Kriterien festzulegen, anhand derer verschiedene Formen des Unterlassungsdelikts voneinander abgegrenzt werden können. Dies erfolgt auf der Grundlage des georgischen Strafrechts, wobei aber auch die Besonderheiten der deutschen Rechtslage berücksichtigt werden. Durch das Format der Zeitschrift bedingt, erfolgt die Erörterung in gebotener Kürze.

## II. Kriterien zur Abgrenzung von Unterlassungsdelikten

Die Frage nach den Merkmalen, in denen sich verschiedene Formen des Unterlassungsdelikts unterscheiden, ist in der Strafrechtswissenschaft umstritten.<sup>12</sup> Aus diesem Grund wird hier der Versuch unternommen, die Unterlassungsdelikte anhand verschiedener Kriterien abzugrenzen:

### 1. Der Deliktcharakter als Abgrenzungskriterium

Im Unterschied zu den unechten Unterlassungsdelikten, welche von der Wissenschaft und der Rechtsprechung geprägt werden, sind echte Unterlassungsdelikte ausdrücklich im Gesetz normiert.<sup>13</sup> Nach herrschender

Meinung sind echte Unterlassungsdelikte solche Untätigkeiten, deren Verwirklichung in der Nichtvornahme eines gesetzlich geforderten Handelns liegt. Dies gilt sowohl für die georgische als auch für die deutsche Strafgesetzgebung.<sup>14</sup> Echte Unterlassungsdelikte, wie z.B. die unterlassene Hilfeleistung (Art. 129 gStGB) und die Nichtanzeige einer Straftat (Art. 376 gStGB), finden sich in verschiedenen Abschnitten und Kapiteln des gStGB. Auch das deutsche Strafrecht kennt die unterlassene Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 dStGB), die Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 dStGB) und weitere ausdrücklich normierte Unterlassungsdelikte. Die genannten Rechtsnormen werden im Strafrecht auch als „klassische“ echte Unterlassungsdelikte bezeichnet, weil für deren Verwirklichung eine besondere Garantspflicht des Täters nicht erforderlich ist.<sup>15</sup> Die Strafbarkeit der echten Unterlassungsdelikte ist im deutschen und georgischen Recht grundsätzlich ähnlich geregelt. Durch die gesetzliche Normierung der echten Unterlassungsdelikte gelingt es beiden Rechtsordnungen, dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden. Allerdings eignet sich diese Charakterisierung nur für die Abgrenzung von den unechten Unterlassungsdelikten, während sie eine Unterscheidung von anderen Formen des Unterlassungsdelikts nicht ermöglicht.

<sup>10</sup> Das gStGB enthält Tätigkeitsdelikte, die sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden können. Dazu gehört z.B. die Verletzung der Unverletzlichkeit der Wohnung oder anderen Besitzes gemäß Art. 160 gStGB, siehe dazu *Dvalidze, Irakli/Kharanauli, Levan/Tumanishvili, Giorgi/Tsikarishvili, Kakhaber*, Straftaten gegen die Menschenrechte nach dem Strafgesetzbuch von Georgien, 2019, S. 452.

<sup>11</sup> Die Pflicht kann sich beispielsweise aus einem moralisch-ethischen Verhältnis ergeben oder sogar als besondere rechtliche Pflicht bestehen.

<sup>12</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 605.

<sup>13</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 265. Im Gegensatz dazu sind im Besonderen Teil des französischen Strafgesetz-

buches neben den echten auch unechte Unterlassungsdelikte vorgesehen. Die strafrechtliche Dogmatik hält es jedoch für problematisch, eine Kausalität zwischen einem Unterlassen und einem Erfolg zu bestimmen und sieht in der auf einem Erfolgseintritt beruhenden Unterlassensstrafbarkeit einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip, siehe dazu *Grimminger, Marielle Sabine*, Die allgemeine Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht, 2009, S. 73 zitiert nach *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 366.

<sup>14</sup> Vgl. zum deutschen Strafrecht *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 605; *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 858. Vgl. zum georgischen Strafrecht *Tsereteli, Tinatin/Tkescheliadze, Giorgi*, Die Lehre von der Straftat, 1969, S. 310; *Gamkrelidze, Otari*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 181; *Turava, Merab*, Strafrecht, Grundriss des Allgemeinen Teils, 9. Aufl., 2013, S. 274.

<sup>15</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 860.

## 2. Garantenpflicht oder Garantenstellung als Abgrenzungskriterium

Echten Unterlassungsdelikten liegt in der Regel eine moralisch-ethische Handlungspflicht (Solidaritätspflicht) zugrunde. Ein unechtes Unterlassungsdelikt beruht indes auf einer besonderen Rechtspflicht<sup>16</sup> (Garantenpflicht) im Sinne eines notwendigen Merkmals. Jedoch gibt es insofern auch Ausnahmen, als dass auch einige echte Unterlassungsdelikte eine Garantenstellung als notwendiges Tatbestandsmerkmal voraussetzen. Dazu gehören unter anderem das Im-Stich-Lassen einer hilfebedürftigen Person (Art. 128 gStGB) oder eines Kranken (Art. 130 gStGB) sowie die Steuerhinterziehung (Art. 218 gStGB). Auch das deutsche Gesetz kennt den Tatbestand des Im-Stich-Lassens (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 dStGB), bei dem die Garantenstellung ein Tatbestandsmerkmal ist.<sup>17</sup> Aufgrund dieser Überschneidungen ist die Art der Handlungspflicht nicht geeignet, die verschiedenen Formen des Unterlassungsdelikts mit absoluter Genauigkeit voneinander abzugrenzen.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Im Strafrecht wird zwischen der Garantenstellung und der Garantenpflicht unterschieden. Während die Erste sich auf ein besonderes Rechtsverhältnis – wie z.B. das zwischen Ehegatten – bezieht, bezeichnet die Zweite diejenige Pflicht, die beispielsweise ein Elternteil seinem Kind gegenüber hat, um zu verhindern, dass sein Kind anderen Schaden zufügt. Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, S. 390, Rn. 919 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, S. 390, Rn. 918; *Meyer-Bahlburg, Hartwig*, GA (Goldammer's Archiv für Strafrecht) 1996, 204 ff. zitiert nach *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 607; *Rengier, Rudolf*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 13. Aufl., 2012, § 10 Rn. 4, 11 zitiert nach *Tskitishvili, Temur*, Gefährdungsdelikte für Leib und Leben, 2014, S. 343. Zu beachten ist auch, dass Art. 128 gStGB und § 221 dStGB sich voneinander unterscheiden. Im Unterschied zu Art. 128 gStGB enthält § 221 dStGB zwei Absätze und dem Gesetzestext zufolge kann es wiesowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden und stellt es dabei ein konkretes Gefährungsdelikt dar dazu ausführlich *Tskitishvili, Temur*, Gefährdungsdelikte für Leib und Leben, 2014, S. 384 ff.

<sup>18</sup> Das georgische Schrifttum greift diese Frage zutreffend auf, siehe *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 300.

## 3. Das Unterlassen als Abgrenzungskriterium

Im Schrifttum ist weitgehend anerkannt, dass echte Unterlassungsdelikte regelmäßig nur durch Unterlassen begangen werden können.<sup>19</sup> Daneben gibt es allerdings auch eine Auffassung, die die Verwirklichung echter Unterlassungsdelikte – beispielsweise die beharrliche Nichtzahlung von Unterhalt (Art. 176 gStGB) – nicht nur durch Unterlassen, sondern auch durch aktives Tun für möglich hält. Für das benannte Delikt wird als mögliche Verwirklichung durch aktives Tun der Fall angeführt, dass der Täter seinen Wohn- oder Arbeitsort wechselt, um sich so seinerseits zu leistenden Unterhaltszahlungen zu entziehen.<sup>20</sup> Eine ähnliche Argumentation wird auch in Bezug auf Art. 218 gStGB vorgetragen, der eine Strafbarkeit für Steuerhinterziehung vorsieht. Laut den Vertretern dieser Ansicht kann die besagte Straftat auch durch eine aktive Handlung begangen werden, die dem Unterlassen der Steuerzahlung im Sinne einer Voraussetzung vorausgeht, wie beispielsweise die Fälschung von Daten in Buchhaltungsunterlagen zum Zweck der Steuerverkürzung. Aus diesem Grund könne der Tatbestand von Art. 218 gStGB nicht durch echtes Unterlassen verwirklicht werden.<sup>21</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Deliktsnatur natürlich auch zu einem wesentlichen Teil durch die Beschreibung des Tatbestands bestimmt wird. Demzufolge ist zu berücksichtigen, was der Gesetzgeber als Tatbestandsmerkmale vorgesehen hat. Bei Art. 176 gStGB geht es allein um das beharrliche Vermeiden der Unterhaltszahlung. Art. 218 gStGB statuiert Strafbarkeit für das Nichtzahlen von Steuern. Der Gesetzgeber normiert hier also strafrechtliche Verantwortung allein aufgrund der Untätigkeit, sofern die betreffende Person einer Verpflichtung zur Vornahme der entsprechenden Rechtshandlungen unterliegt und diese nicht erfüllt.

<sup>19</sup> Vgl. *Nachkebia, Guram*, Allgemeine Theorie der Qualifizierung einer Handlung als Straftat, 2010, S. 163; *Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. in der georgischen Übersetzung von *Arsenishvili, Zurab, Dvalidze, Irakli* (Hrsg.), 2010, S. 421; BGHSt 14, 280, 281.

<sup>20</sup> Vgl. *Lekveishvili, Mzia/Mamulashvili, Gocha/Todua, Nona*, Strafrecht, Besonderer Teil, Buch I, 2014, S. 392.

<sup>21</sup> *Lekveishvili, Mzia/Mamulashvili, Gocha/Todua, Nona*, Strafrecht, Besonderer Teil, Buch I, 7. Aufl., 2019, S. 651; *Tskitishvili, Temur*, Ausgewählte Fragen der Strafbarkeit abstrakter Gefährungsdelikte, DGStZ 3/2022, 87.

Dementsprechend müssen für die Vollendung einer solchen Straftat alle vorangehenden Handlungen irrelevant sein. Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass für die Charakterisierung eines Delikts nur das berücksichtigt werden darf, was im gesetzlichen Tatbestand formuliert ist.<sup>22</sup>

Vor diesem Hintergrund ist auch ein Blick auf die jeweilige Deliktsnatur interessant. Bei einigen Delikten des gStGB ist der Tatbestand derart formuliert, dass in ihm die Möglichkeiten eines aktiven Tuns wie auch eines Unterlassens zum Ausdruck kommen. Ein Beispiel dafür ist der Tatbestand der Fahnenflucht (Art. 389 gStGB). Dem Wortlaut nach wird der Tatbestand durch „ein eigenmächtiges Verlassen eines militärischen Truppenteils [...] oder Abwesenheit“ erfüllt. Damit wird deutlich, dass sich die Natur dieses Delikts von der eines echten Unterlassungsdelikts unterscheidet, weil ein solches ausschließlich durch Unterlassen begangen werden kann, wie bereits anhand der oben genannten Art. 176 und 129 gStGB aufgezeigt wurde. Es ist demnach unmöglich, Art. 389 und Art. 176 gStGB gleichzusetzen und zu behaupten, diese Delikte seien von derselben Art. Vielmehr erscheint es überzeugend, in der Fahnenflucht und vergleichbaren Tatbeständen putative echte Unterlassungsdelikte zu sehen. Da diese auch durch aktives Tun begangen werden können, sind sie insofern den unechten Unterlassungsdelikten ähnlich. Eine Gleichsetzung mit den unechten Unterlassungsdelikten wäre indes nicht richtig, weil diese keine im Strafgesetzbuch explizit beschriebene Deliktsart sind. Wäre dies anders, hätte der Gesetzgeber in den Beschreibungen sämtlicher unechter Unterlassungsdelikte darauf hinweisen müssen, dass deren Begehung auch durch Unterlassen möglich ist. Da der Gesetzgeber die Tatbestände so aber gerade nicht formuliert hat, bleibt die Annahme, dass putative echte Unterlassungsdelikte einen eigenständigen Typus des Unterlassungsdelikts darstellen. Anhand des

<sup>22</sup> Darüber hinaus können echte Unterlassungsdelikte mittäter-schaftlich begangen werden. So legt Art. 218 Abs. 2 gStGB beispielsweise die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung durch eine Gruppe aufgrund vorheriger Absprache fest. Als erschwerender Umstand gilt auch der Fall der Begehung durch eine organisierte Gruppe. Zur abweichenden Auffassung siehe *Tskitishvili, Temur*, Buchrezension zu *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, in: DGStZ 3/2018, 64 ff.; *Tskitishvili, Temur*, Ausgewählte Fragen der Strafbarkeit abstrakter Gefährdungsdelikte, DGStZ 3/2022, 87.

Unterlassungskriteriums ist es also teilweise möglich, verschiedene Erscheinungsformen des Unterlassungsdelikts voneinander abzugrenzen.

#### 4. Der tatbestandsmäßige Erfolg<sup>23</sup> als Abgrenzungskriterium

Im deutschen wie auch im georgischen Strafrecht wird die Auffassung vertreten, dass bei den echten Unterlassungsdelikten – obwohl der Eintritt des rechtswidrigen Erfolgs durch die Vornahme der erforderlichen Handlung hätte abgewendet werden können – die Erfolgsabwendung als solche keine Pflicht darstelle, der Erfolgseintritt daher kein Tatbestandmerkmal sei<sup>24</sup> und es sich deshalb um erfolglose Delikte handle<sup>25</sup>. Aus diesem Grund existiert eine Kontroverse um das echte Unterlassungsdelikt<sup>26</sup> und es wird vom Schrifttum dem Typus

<sup>23</sup> Nach der Auffassung von *Bernd Heinrich* können auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch Unterlassen verwirklicht werden. Überdies hält er es für möglich, bei den abstrakten Gefährdungsdelikten einen Erfolg abzugrenzen, siehe *Heinrich, Bernd*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, Festschrift für Otar Gamkrelidze zum 80-jährigen Jubiläum, 2016, S. 326 ff. (ins Georgische übersetzt von *Tskitishvili, Temur*).

<sup>24</sup> *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 605.

<sup>25</sup> *Gamkrelidze, Otar*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 180.

<sup>26</sup> Einige Stimmen meinen, dass eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung (Art. 129 gStGB) ausgeschlossen sei, wenn der Täter das in Lebensgefahr schwebende Opfer in Tötungsabsicht verlässt, die Rettung durch eine andere Person erfolgt und somit im Ergebnis kein rechtswidriger Erfolg vorliegt, siehe *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 311. Darüber hinaus wird der Versuch eines echten Unterlassungsdelikts für unmöglich bzw. dogmatisch nicht begründbar gehalten, siehe *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 311; *Tsereteli, Tinatin*, Vorbereitung und Versuch einer Straftat, 1961, S. 186 f. Dem ist jedoch zu widersprechen, weil es bereits nach dem gesetzlichen Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung eines Erfolgseintritts nicht bedarf. Im Hinblick auf die Frage der Versuchsstrafbarkeit ist festzuhalten, dass der Versuch eines echten Unterlassungsdelikts möglich ist, insbesondere in Form des untauglichen Versuchs, siehe *Kharanauli, Levan*, Strafbarkeit einer unbeendeten Straftat nach dem georgischen und deutschen Strafrecht, 2014, S. 225 f., 236 f.; *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 337.

der Tätigkeitsdelikte zugeordnet<sup>27</sup>. Diese Zuordnung vermag jedoch nicht vollständig zu überzeugen, da die gesetzlich definierten Unterlassungsdelikte keinen einheitlichen Charakter haben. In den meisten Fällen beruht die strafrechtliche Verantwortung weder auf dem Erfolgseintritt noch auf der Schaffung einer Gefahr, sondern allein auf der Nichterfüllung einer Pflicht. Bei diesen Delikten kommt es also entscheidend darauf an, dass der Täter eine bestimmte ihm obliegende Pflicht nicht erfüllt, wie es am Beispiel der unterlassenen Hilfeleistung (Art. 129 gStGB) deutlich wird.<sup>28</sup> Bei einigen Unterlassungsdelikten, wie z.B. dem Im-Stich-lassen eines Kranken (Art. 130 gStGB)<sup>29</sup>, ist deren Zugehörigkeit zu den echten Unterlassungsdelikten umstritten. Zwar wird nicht angezweifelt, dass Art. 130 Abs. 1 gStGB ein echtes Unterlassungsdelikt darstellt. Im Unterschied zu Art. 129 gStGB beruht es jedoch auf einer besonderen Rechtspflicht, weshalb das medizinische Personal als Subjekt dieses Delikts eine Garantenstellung innehat. Ein weiterer Unterschied zu Art. 129 gStGB besteht darin, dass Art. 130 Abs. 2 gStGB eine Qualifikation für den Fall vorsieht, dass das Im-Stich-lassen zum Tod oder einer Gesundheitsschädigung des Kranken führt.<sup>30</sup> In Übereinstimmung mit der oben er-

wähnten Auffassung wird im Schrifttum die Meinung geäußert, dass der Eintritt eines Erfolgs für echte Unterlassungsdelikte nicht charakteristisch ist, weshalb an dieser Stelle vorgeschlagen wird, selbige als unechte Unterlassungsdelikte zu betrachten.<sup>31</sup> Dementgegen sieht ein Teil des Schrifttums in Art. 130 Abs. 2 gStGB ein Erfolgsdelikt, bei dem eine Kausalität zwischen Handlung und Erfolg festzustellen sei. Nach hier vertretener Ansicht kann eine Erfolgsqualifikation jedoch nicht die Natur des Delikts als solche ändern. Im Fall von Art. 130 Abs. 2 gStGB bleibt es daher bei einem echten Unterlassungsdelikt, weil der Grundtatbestand durch ein echtes Unterlassen gekennzeichnet ist.<sup>32</sup> Diese Auffassung verdient auch deshalb Zustimmung, weil ein Qualifizierungsmerkmal stets das Vorliegen des Grundtatbestands voraussetzt bzw. darauf aufbaut und damit zwar den Unwertgehalt erhöht, nicht aber eine Änderung der Deliktsnatur bewirken kann.

Es bleibt damit festzuhalten, dass das georgische Strafrecht auch solche echten Unterlassungsdelikte kennt, bei denen der Erfolg aufgrund seiner qualifizierenden Wirkung von großer Bedeutung ist und daher auch eine diesbezügliche Kausalität gemäß Art. 8 Abs. 3 gStGB<sup>33</sup> festgestellt werden kann. Zwar unterscheiden sich solche echten Unterlassungsdelikte von ihrem Erscheinungsbild her nicht von den unechten, bleiben aber aufgrund der Natur des Grundtatbestands weiterhin echte Unterlassungsdelikte. Daher können sie auch als „erfolgsqualifizierte echte Unterlassungsdelikte“ bezeichnet werden. Auch das deutsche Strafrecht kennt entsprechende Sonderfälle, wie z.B. die Untreue (§ 266 dStGB). Diese ist gleichzeitig ein echtes Unterlassungsdelikt und ein Tätigkeitsdelikt, da die Vermögensschädigung hier sowohl durch Unterlassen als auch aktives

<sup>27</sup> Vgl. *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 297.

<sup>28</sup> Zum Teil wird die unterlassene Hilfeleistung für ein konkretes Gefährdungsdelikt gehalten, (StGB §323c, Abs. 1.) siehe *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 65. Aufl., 2018, S. 2428, Rn. 2. Andere sehen in ihr hingegen ein abstraktes Gefährdungsdelikt, siehe *Heinrich, Bernd*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, GA 1999, 72, 74; *Tskitishvili, Temur*, Ausgewählte Fragen der Strafbarkeit abstrakter Gefährdungsdelikte, DGStZ 3/2022, 85.

<sup>29</sup> GStGB Art. 130 Abs. 1: Wenn ein medizinischer Mitarbeiter dem sich in der Lebensgefahr befindlichen Erkrankten ohne triftigem Grunde eine dringend gebotene medizinische Hilfe nicht gewährt, wird mit [...] bestraft.

<sup>30</sup> Die Besonderheit von Art. 130 Abs. 2 gStGB besteht darin, dass eine fahrlässige minder schwere Gesundheitsschädigung nicht als Erfolg erfasst wird. Tritt eine solche infolge des Im-Stich-lassens eines Patienten durch den Arzt ein, kann dies entweder gemäß Art. 130 Abs. 1 gStGB in Tateinheit mit Art. 124 gStGB (fahrlässige minder schwere oder schwere Gesundheitsschädigung), also als eine Kombination eines echten und eines unechten Unterlassungsdelikts, oder nur gemäß Art. 124 gStGB als durch unechtes Unterlassen begangene fahrlässige minder schwere Körperverletzung qualifiziert werden.

<sup>31</sup> So auch *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Einzelne Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 300 f.

<sup>32</sup> Dazu ausführlich *Tskitishvili, Temur*, Gefährdungsdelikte für Leib und Leben, 2014, S. 355 f.

<sup>33</sup> GStGB Art. 8 Abs. 3: Das Unterlassen wird dann als eine notwendige Bedingung für die Verwirklichung des rechtswidrigen Erfolgs oder für die Schaffung der konkreten Gefahr entsprechend diesem Artikel angesehen, wenn die Person eine spezielle rechtliche Pflicht zum Handeln hatte, und sie die Möglichkeit hatte, diese Handlung vorzunehmen, und wenn mit der Vornahme dieser pflichtgemäßen und möglichen Handlung der Erfolg vermieden worden wäre.

Tun verwirklicht werden kann.<sup>34</sup> Das erfolgsqualifizierte echte Unterlassungsdelikt kann unter Umständen aber auch zu gewissen Herausforderungen führen, nämlich beim Zusammentreffen mit einem unechten Unterlassungsdelikt. In diesem Fall tritt das echte Unterlassungsdelikt aufgrund des Subsidiaritätsprinzips<sup>35</sup> zurück. Dieses Prinzip ist sowohl im deutschen als auch im georgischen Strafrecht anerkannt.<sup>36</sup> Das unechte Unterlassungsdelikt (Verletzung einer Garantenpflicht) gilt gegenüber dem echten Unterlassungsdelikt (Verletzung einer Solidaritätspflicht) als spezieller.<sup>37</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es interessant, wie das Subsidiaritätsprinzip in Bezug auf Art. 130 Abs. 2 gStGB zur Anwendung gebracht werden kann. Lässt der Arzt den Patienten im Stich und führt dadurch fahrlässig den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung herbei, stellt sich die Frage, durch welchen Straftatbestand dies erfasst werden soll: Art. 130 Abs. 2 gStGB (echtes Unterlassungsdelikt), Art. 116 gStGB (fahrlässige Tötung) oder Art. 124 gStGB (fahrlässige minder schwere oder schwere Gesundheitsschädigung)? Wie bereits erwähnt, führt die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zur Strafbarkeit wegen unechten Unterlassens. Allerdings hat der Arzt als Täter in diesem Fall hinsichtlich aller drei Tatbestände eine Garantenstellung, aus der eine Garantenpflicht folgt. Dementsprechend ist hier nicht nach dem Subsidiaritätsprinzip zu entscheiden, sondern nach der Konkurrenzregelung des Art. 16 Abs. 2 gStGB, wonach die allgemeinere Norm hinter der spezielleren zurücktritt. Für den hier dargestellten Fall sollte die Frage demnach anhand der Normenkonkurrenz entschieden werden<sup>38</sup> und das Verhalten des Arztes entsprechend

Art. 130 Abs. 2 gStGB qualifiziert werden, da diese Norm gegenüber Art. 116 und 124 gStGB spezieller ist. Eine starre bzw. kategorische Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zugunsten des unechten Unterlassungsdelikts erscheint indes nicht richtig.

Abschließend lässt sich sagen, dass ein Taterfolg kein hinreichendes Kriterium zur Abgrenzung verschiedener Formen des Unterlassungsdelikts voneinander ist.

### III. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gesetz auch solche Unterlassungsdelikte enthält, die sich – einzeln betrachtet – weder den echten noch den unechten Unterlassungsdelikten zuordnen lassen. Insofern erscheint es angemessen, diese Delikte einer eigenständigen Kategorie, namentlich den putativen echten Unterlassungsdelikten, zuzuordnen. Das Strafrecht kennt auch solche echten Unterlassungsdelikte, die zu den unechten Unterlassungsdelikten insofern große Ähnlichkeit aufweisen, als dass sie die Garantenstellung und einen konkreten Taterfolg als Tatbestandsmerkmale enthalten und somit auch die Feststellung der Kausalität erforderlich machen. Dennoch behalten diese Tatbestände aufgrund der Natur des Grunddelikts ihren Charakter als echte Unterlassungsdelikte. Sie können daher auch als „erfolgsqualifizierte echte Unterlassungsdelikte“ bezeichnet werden. Gleichzeitig hat die Erörterung aber auch gezeigt, dass es schwierig ist, ein Kriterium zu benennen, das eine „mathematisch“ präzise Abgrenzung der unterschiedlichen Formen des Unterlassungsdelikts voneinander ermöglicht.

<sup>34</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, S. 363 f.

<sup>35</sup> Unterschieden wird dabei zwischen formeller und materieller Subsidiarität.

<sup>36</sup> Vgl. *Dvalidze, Irakli*, Ausgewählte Probleme der Strafbarkeit des unechten Unterlassens im Strafrecht, Leben und Gesetz (Sonderheft) 2012, 28; *Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., in der georgischen Übersetzung von *Arsenishvili, Zurab, Dvalidze, Irakli* (Hrsg.), 2010, S. 455 f.; *Puppe, Ingeborg*, Was ist Gesetzeskonkurrenz? JuS (Juristische Schulung) 11/2016, 961, 963.

<sup>37</sup> Vgl. *Puppe, Ingeborg*, Was ist Gesetzeskonkurrenz? JuS 11/2016, 961, 963.

<sup>38</sup> Im deutschen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Subsidiarität erst bei der Konkurrenzbestimmung berücksich-

tigt werden sollte, siehe *Puppe, Ingeborg*, Was ist Gesetzeskonkurrenz?, JuS 11/2016, 961, 964.

# Aktuelle Tendenzen der Kriminalpolitik in Georgien\*

Von Assistent, Dr. *Anri Okhanashvili* LL.M. (Friedrich-Schiller-Universität Jena),  
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi, Vorsitzender des Rechtsausschusses des  
Georgischen Parlaments

## I. Einleitung

Das in der Geschichte des unabhängigen Georgiens verabschiedete erste Strafgesetzbuch<sup>1</sup> ist 22 Jahre alt geworden.<sup>2</sup> Die Entwicklung, die das georgische Strafrecht in den letzten hundert Jahren genommen hat, war voller Herausforderungen – beginnend mit der Prägung durch die sowjetische Ideologie, fortgeführt durch den Einfluss<sup>3</sup> des deutschen Strafrechts bis hin zur gesetzlichen Einführung (seit 2004) anglo-amerikanischer Institute in das Rechtssystem<sup>4</sup>. Im Ergebnis bleibt Georgien weiter dem einheitlichen europäischen Rechtsraum treu.<sup>5</sup> Die Bestrebungen in Richtung der europäischen Familie wurden am 27. Juni 2014 mit dem Abschluss des Assoziierungsabkommens<sup>6</sup> zwischen Georgien und der Europäischen Union (EU) auf höchster Ebene gegenseitig bestärkt<sup>7</sup>. Diese Zielsetzung wurde mit der vom Europäischen Rat am 23. Juni 2022 vorgenommenen Anerken-

nung der europäischen Perspektive Georgiens<sup>8</sup> noch einmal bestätigt und dadurch zugleich eine neue Etappe auf dem Weg zur EU-Mitgliedschaft Georgiens eingeläutet.

Was die Entwicklung des modernen georgischen materiellen Strafrechts und seiner Dogmatik angeht, ist der Einfluss des deutschen Strafrechts weiterhin maßgeblich<sup>9</sup>, wobei insbesondere die Beibehaltung des dreistufigen Verbrechensaufbaus im StGB zu unterstreichen ist<sup>10</sup>. Georgien hat seine Bestrebungen in Bezug auf den europäischen Rechtsraum mit der Verabschiedung des neuen StGB am 22. Juli 1999 bestätigt, das bedeutsame dogmatische Novellierungen beinhaltet und damit zugleich eine Abkehr von der sowjetischen Rechtstradition symbolisierte.<sup>11</sup> In den vergangenen

\* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von Dr. *Anri Okhanashvili*.

<sup>1</sup> Im Folgenden abgekürzt als StGB.

<sup>2</sup> Zur Entstehungsgeschichte des geltenden StGB *Okhanashvili, Anri*, Die Strafbarkeit des Organisationstäters und des Organisators in Deutschland und Georgien, 2021, S. 305 ff.

<sup>3</sup> Dazu *Gamkrelidze, Otari*, Kampf um den Rechtsstaat, Erstes Buch, 1998, S. 246 ff.; *Turava, Merab*, DGStZ (Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift) 3/2021, 61 ff. (deutsche Version).

<sup>4</sup> Dazu *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (66 ff. – deutsche Version).

<sup>5</sup> Vgl. *Heger, Martin*, DGStZ 2/2016, 3 (deutsche Version).

<sup>6</sup> In georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>7</sup> Nach Einschätzung *Chanturia* ist trotz zunehmender Übernahme von Instituten und Konzeptionen aus dem Common Law festzustellen, dass „der Europäisierungskurs des georgischen Rechts, den Georgien sich seit den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts als Ziel setzte, bis heute offiziell bestehen bleibt. Diese Zielsetzung wurde zuletzt [...] mit dem Abschluss des Assoziierungsabkommens zwischen Georgien und der EU noch verstärkt“, siehe *Chanturia, Lado*, in: FS für Otari Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, 2016, S. 13 ff.

<sup>8</sup> In englischer Sprache online abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/23/european-council-conclusions-on-ukraine-the-membership-applications-of-ukraine-the-republic-of-moldova-and-georgia-western-balkans-and-external-relations-23-june-2022/> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>9</sup> Die enge wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen georgischen und deutschen Professoren, insbesondere in den letzten 15 Jahren, zeigt sich weit fortgeschritten. Im genannten Zeitraum wurden verschiedene Projekte realisiert, mehrere wissenschaftliche Schriften veröffentlicht, zwei Strafrechtslehrertagungen durchgeführt und im Jahr 2016 die erste Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift gegründet, die seither unter [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de) online erscheint. Ausführlich zu dieser Zusammenarbeit siehe das Vorwort in DGStZ 1/2016, 1 f. (deutsche Version); *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 ff. (deutsche Version). Bezüglich der gemeinsamen Publikationen sind zu erwähnen: *Turava, Merab* (Hrsg.), Festschrift der Strafrechtslehrertagung, 2013; *Tumanishvili, Giorgi / Jishkariani, Bachana / Schramm, Edward* (Hrsg.), Das georgische Strafverfahrensrecht unter dem Einfluss des europäischen und internationalen Rechts, 2019. Zur zweiten Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung siehe *Okhanashvili, Anri / Schütze, Mario*, DGStZ 1/2016, 32 ff. (deutsche Version).

<sup>10</sup> Vgl. *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (63, 65 – deutsche Version).

<sup>11</sup> Siehe dazu *Gamkrelidze, Otari*, Die Erläuterung des georgischen StGB, 2. Aufl., 2008, S. 9 ff.; *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (63 ff. – deutsche Version).

zwei Jahrzehnten erfolgten Änderungen in der georgischen Strafgesetzgebung in rasantem Tempo, was nicht zuletzt auch durch die Verfolgung einer modernen internationalen Strafrechtspolitik bedingt war. Obwohl diese Änderungen viele Fehler bargen und bestehende Lücken nicht immer zu schließen vermochten, trugen sie dennoch zur Weiterentwicklung des georgischen Strafrechts bei.<sup>12</sup>

In dieser Transformationsperiode wurden sowohl das materielle Strafrecht als auch Strafverfahrensrecht novelliert.<sup>13</sup> In chronologischer Reihenfolge aufgelistet, sind folgende grundlegenden Gesetzesänderungen zu nennen:

- die Einführung des dreistufigen Deliktsaufbaus und der mit ihm zusammenhängenden Rechtfertigungsgründe sowie der Ausschluss- und Milderungsgründe im Rahmen der Schuld<sup>14</sup>
- die Abschaffung der Todesstrafe und stattdessen die Einführung der lebenslangen Freiheitsstrafe<sup>15</sup>
- die Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen<sup>16</sup>
- das Ersetzen des inquisitorischen Modells des Strafverfahrens durch das adversatorische Modell<sup>17</sup>

- die Einführung des Beschleunigungsgebots und des Opportunitätsprinzips<sup>18</sup>
- die Aufhebung der Rechte des Verletzten als Nebenkläger sowie Privatkläger und die Einschränkung seiner prozessualen Rechte<sup>19</sup>
- die Verbesserung bzw. Erhöhung der Standards des Beweisverfahrens<sup>20</sup>
- die Einführung des Geschworenenprozesses für bestimmte Straftatkatégorien<sup>21</sup>
- die Einführung verdeckter Ermittlungsmaßnahmen in das Strafprozessgesetzbuch<sup>22, 23</sup>
- die Stärkung der Terrorismusbekämpfung unter anderem durch Implementierung von internationalrechtlichen Normen im StGB und der Ausweitung von Straftatbeständen<sup>24</sup>
- die Einführung der Strafbarkeit des Menschenhandels und damit zusammenhängender Handlungen in das StGB<sup>25</sup>

<sup>12</sup> Vgl. *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (65 ff. – deutsche Version).

<sup>13</sup> Zu ausgewählten Fragen der georgischen Strafrechtsentwicklung *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 ff. (deutsche Version). Zur Entwicklungsgeschichte des georgischen Strafverfahrensrechts *Tskitishvili, Temur*, in: Tumanishvili, Giorgi / Jishkariani, Bachana / Schramm, Edward (Hrsg.), Das georgische Strafverfahrensrecht unter dem Einfluss des europäischen und internationalen Rechts, 2019, S. 44 ff.

<sup>14</sup> Siehe *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (63 f. – deutsche Version).

<sup>15</sup> Dazu *Gamkrelidze, Otari*, Die Erläuterung des georgischen StGB, 2. Aufl., 2008, S. 13 f.; *Gamkrelidze, Otari*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 97 ff.

<sup>16</sup> Siehe *Okhanashvili, Anri*, DGStZ 3/2021, 82 (85 f. – deutsche Version); *Turava, Merab*, Strafrecht, AT, Die Lehre von der Straftat, 2011, S. 617 ff.; *Tskitishvili, Temur*, in: Todua, Nona / Ivanidze, Maia (Hrsg.), Sanktionen im Strafrecht, 2019, S. 256 ff.; *Okhanashvili, Anri*, Journal of Law N2 (2009), 183 ff.; *Dvalidze, Irakli*, Strafrecht, AT, Strafe und andere strafrechtliche Folgen der Straftat, 2013, S. 256 ff.

<sup>17</sup> Zum adversatorischen Modell in Georgien *Aqubardia, Irina*, DGStZ 2/2016, 9 ff. (deutsche Version). Zum Vergleich des adversatorischen und des inquisitorischen Prozessmodells *Eser, Albin*, DGStZ 3/2019, 64 ff. (deutsche Version); *Heger, Martin*, DGStZ 2/2016, 3 ff. (deutsche Version).

<sup>18</sup> Zu diesen Prinzipien *Tumanishvili, Giorgi*, Strafrechtsprozessrecht, Grundriss des AT, 2014, S. 70 ff., 77 ff. Zum Opportunitätsprinzip *Meparishvili, Gia*, Rechtspublizistik, 2014, S. 18 ff.; *Meurmishvili, Besik*, in: Papiashvili, Lali (Hrsg.), Strafrechtsprozessrecht, BT, 2017, S. 105 ff.

<sup>19</sup> Dazu *Meparishvili, Gia*, in: FS für Revaz Gogshelidze zum 65. Geburtstag, 2022, S. 237. Zum prozessualen Status des Verletzten *Tumanishvili, Giorgi*, Strafrechtsprozessrecht, Grundriss des AT, 2014, S. 170 ff.

<sup>20</sup> Zu den Standards des Beweisverfahrens siehe *Tumanishvili, Giorgi*, Strafrechtsprozessrecht, Grundriss des AT, 2014, S. 235 ff.; *Chomakhashvili, Ketewan / Tomashvili, Tamar / Dzebniauri, Girshel / Osepashvili, Salome / Pataridze, Mariam*, Beweise im Strafverfahren, 2016. Zu ausgewählten Problemen der Beweisverwertung im georgischen Strafprozess siehe *Khodeli, Maka*, DGStZ 4/2021, 112 ff. (deutsche Version); *Maglakelidze, Lavrenti*, DGStZ 3/2018, 52 ff. (deutsche Version).

<sup>21</sup> Siehe *Gogniashvili, Nino / Tumanishvili, Giorgi*, in: The Institution of Trial by Jury in Georgia, 2013, S. 386 ff. (in englischer Sprache).

<sup>22</sup> Im Folgenden abgekürzt als StPG.

<sup>23</sup> Dazu *Meurmishvili, Besik*, in: Papiashvili, Lali (Hrsg.), Strafrechtsprozessrecht, BT, 2017, S. 517; *Aqubardia, Irina*, in: FS für Revaz Gogshelidze zum 65. Geburtstag, 2022, S. 199. Z.B. zur Telefonüberwachung nach StPG *Khodeli, Maka*, DGStZ 2/2019, 31 ff. (deutsche Version); *Khodeli, Maka*, Die Telefonüberwachung im georgischen Strafrechtsprozessrecht (nach georgischem und deutschem Recht), 2019.

<sup>24</sup> Siehe dazu *Dvalidze, Irakli*, DGStZ 1/2017, 9 ff. (deutsche Version).

<sup>25</sup> Dazu detailliert *Kharanauli, Levan*, in: Dvalidze, Irakli (Hrsg.), Die Straftaten gegen persönliche Rechte und Freiheiten nach

- die Intensivierung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität durch die Einführung neuer Straftaten sowie die Ausweitung existierender Straftatbestände<sup>26</sup>
- die Einführung eines Sui-generis-Tatbestands zur Pönalisierung häuslicher Gewalt<sup>27</sup>
- die Verabschiedung des Jugendgerichtsgesetzbuches, das den Interessenvorrang der Jugendlichen normiert und die Anwendung von Maßnahmen einer operferorientierten Gerichtsbarkeit vorsieht<sup>28</sup>
- Infolge der Ratifizierung<sup>29</sup> der sog. Istanbul-Konvention erfolgte im Jahr 2017 eine Ausweitung der Strafbarkeit – unter anderem durch Schaffung neuer Straftatbestände, darunter auch Sexualdelikte<sup>30</sup> – zur Erfassung häuslicher Gewalt und gegen Frauen gerichteter Gewalt<sup>31</sup>
- Infolge der Ratifizierung<sup>32</sup> der sog. Lanzarote-Kon-

dem georgischen StGB, 2019, S. 81 ff.; *Turava, Merab*, in: Gamkrelidze, Otar (Hrsg.), *Gerichtspraxiskommentar in Strafsachen, Delikte gegen die Person*, 2008, S. 113 ff.

<sup>26</sup> Siehe dazu im Detail *Nachkebia, Guram* (Hrsg.), *Die Probleme der Kriminalisierung der modernen Erscheinungen der organisierten Kriminalität und der Anwendung in der Praxis nach georgischem Strafrecht*, 2012; *Turava, Merab*, *Europäisches Strafrecht*, 2010, S. 54 ff.

<sup>27</sup> Siehe z.B. *Kochlamazashvili, Badri*, in: FS für Revaz Gogshelidze zum 65. Geburtstag, 2022, S. 141 ff.

<sup>28</sup> Dazu *Shalikashvili, Moris*, DGStZ 2/2016, 19 (deutsche Version).

<sup>29</sup> Siehe den Beschluss des Georgischen Parlaments vom 05.04.2017 (N543-IIS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3634265?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>30</sup> Zur strafrechtlichen Regelung der Sexualdelikte in Georgien und in anderen Ländern *Jishkariani, Bachana* (Hrsg.), *Sexualdelikte*, 2020. Zur Strafbarkeit der Sexualdelikte in Deutschland *Schramm, Edward*, DGStZ 3/2021, 70 ff. (deutsche Version).

<sup>31</sup> Dazu *Jishkariani, Bachana*, in: *Jishkariani, Bachana* (Hrsg.), *Sexualdelikte*, 2020, S. 12, 16 f. Siehe beispielsweise zum neuen Straftatbestand der Zwangsehe *Kharanauli, Levan*, in: *Dvalidze, Irakli* (Hrsg.), *Die Straftaten gegen persönliche Rechte und Freiheiten nach dem georgischen StGB*, 2019, S. 296 ff. Zur Strafbarkeit der Nachstellung *Dvalidze, Irakli*, in: *Dvalidze, Irakli* (Hrsg.), *Die Straftaten gegen persönliche Rechte und Freiheiten nach dem georgischen StGB*, 2019, S. 313 ff.; *Jishkariani, Bachana*, DGStZ 3/2018, 38 ff. (deutsche Version).

<sup>32</sup> Siehe den Beschluss des Georgischen Parlaments vom 19.03.2014 (N2145-IIS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2291107?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

vention im Jahr 2014 und unter Berücksichtigung der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde im Jahr 2020 das neue Gesetz<sup>33</sup> zur Bekämpfung von Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Integrität verabschiedet.<sup>34</sup>

Auffallend ist eine gewisse Ähnlichkeit der hier vorgestellten Gesetzesänderungen mit in Deutschland zu beobachtenden Tendenzen.<sup>35</sup> Für die vollständige Erfassung und richtige Einschätzung des gesamten Bildes der Entwicklung der Kriminalpolitik ist eine dogmatische Analyse der betreffenden Novellierungen unerlässlich. Genau einer solchen Analyse der aktuellen Tendenzen der Kriminalpolitik in Deutschland widmete der geschätzte Jubilar, Professor *Bernd Heinrich*, einen ganzen Aufsatz<sup>36</sup>. Dort untersucht er mit besonders scharfsinnigem Tiefgang die neueren Entwicklungen in der deutschen Kriminalpolitik. Stets zeichnen sich *Bernd Heinrichs* Betrachtungen dadurch aus, dass der Gegenstand der Untersuchung aus einem breiten Blickwinkel betrachtet wird<sup>37</sup>, was auch im besagten Aufsatz aus dem Jahr 2017 evident wird.

Ein großes persönliches Verdienst von *Bernd Heinrich* besteht darin, dass er die deutsch-georgischen Wissenschaftsbeziehungen im Bereich des Strafrechts auf eine neue Entwicklungsstufe gehoben hat. Dabei ist insbesondere seine Unterstützung georgischer Wissenschaftler sowie Nachwuchswissenschaftler hervorzuheben, für die ihm in der georgischen strafrechtswissenschaftlichen Gemeinschaft großer Respekt zuteil wird.

<sup>33</sup> In georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4792146?publication=2> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>34</sup> Zu diesen Novellierungen *Tsanava, Lana*, DGStZ 1/2021, 1 ff. (deutsche Version).

<sup>35</sup> Siehe dazu *Heinrich, Bernd*, KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift) 1 (2017), 4 ff.; *Kubiciel, Michael*, in: *Zabel, Benno* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik, Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerichtsbarkeit*, 2018, S. 99 ff.; *Höffler, Katrin*, in: *Zabel, Benno* (Hrsg.), *Strafrechtspolitik, Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerichtsbarkeit*, 2018, S. 225 ff.

<sup>36</sup> Siehe *Heinrich, Bernd*, KriPoZ 1 (2017), 4 ff.

<sup>37</sup> Siehe z.B.: *Heinrich, Bernd*, DGStZ 1/2016, 20 ff. (deutsche Version); *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan / Heinrich, Bernd*, DGStZ 3/2017, 49 ff. (deutsche Version) und DGStZ 1/2018, 1 ff. (deutsche Version).

Auch ist sein berühmtes Lehrbuch zum Allgemeinen Teil<sup>38</sup> eine beliebte und häufig genutzte Referenz bei den Lehrenden an georgischen Universitäten. Mithilfe seines großen Engagements ist auch die erste deutsch-georgische Onlinezeitschrift im Strafrecht entstanden, deren Schriftleitung ich mit großer Ehre übernommen habe. Für all dies möchte ich *Bernd Heinrich* meinen besonderen Dank aussprechen und ihm diesen Aufsatz in größtem Respekt widmen. Damit verbunden ist die Hoffnung, dass die hier mit Blick auf die Kriminalpolitik Georgiens erörterten Fragen des materiellen Strafrechts auf sein Interesse stoßen werden.

## II. Zum Begriff der Kriminalpolitik

Abgesehen davon, dass explizit zur georgischen Kriminalpolitik bislang keine umfassende wissenschaftliche Abhandlung verfasst worden ist, widmeten georgische Juristen selbiger im Rahmen der Untersuchungen der oben angesprochenen Novellierungen Aufmerksamkeit. Insofern wurden mit diesen Untersuchungen nicht nur Beiträge zur Weiterentwicklung des georgischen Strafrechts geleistet, sondern relevante Fragen und Probleme auch unter dem Gesichtspunkt der Kriminalpolitik erörtert.<sup>39</sup>

In der georgischen Strafrechtswissenschaft wird der Begriff der Kriminalpolitik unterschiedlich interpretiert. So versteht *Gamkrelidze*<sup>40</sup> darunter beispielsweise

die Anwendung der Strafe. Für *Shalikashvili*<sup>41</sup> ist – unter Bezugnahme auf deutsche Autoren – die Politik des Strafens Bestandteil der Kriminalpolitik und deren Begriff als solcher bedeute die Rechtspolitik im Strafrecht. Außerdem kann Kriminalpolitik auch als Tätigkeitsbereich solcher Akteure (das Parlament, die Regierung, der Staatspräsident, Gerichte, politische Parteien, Medien, internationale Organisationen) verstanden werden, die die Fähigkeit haben, auf die Kriminalisierung oder Entkriminalisierung einer Handlung, die Strafanwendung oder den Strafvollzug einzuwirken und dadurch gesellschaftliche Prozesse zu beeinflussen.<sup>42</sup> Dabei ist zu betonen, dass nach dem klassischen Begriffsverständnis der Kriminalpolitik, die Gestaltung normativer Inhalte des Strafrechts allein dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegt.<sup>43</sup> Auch ist die in der deutschen Strafrechtswissenschaft diskutierte Annahme zu teilen, dass Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik keine gegensätzlichen Kategorien darstellen.<sup>44</sup> Der Ausspruch von *Liszt*: „Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik“ wirkt bis heute nach.<sup>45</sup> *Jescheck/Weigend*<sup>46</sup> weisen darauf hin, dass die Kriminalpolitik sich mit der Frage befasse, wie das Strafrecht einzurichten sei, damit es seiner Aufgabe des Gesellschaftsschutzes am besten gerecht werden könne. Kriminalpolitik sei nicht nach ihrer Zweckmäßigkeit zu bewerten, sondern anhand der Gerechtigkeit, welche vor allem den Schuldgrundsatz, den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und den Grundsatz der Humanität als Maßstäbe voraussetze.

<sup>38</sup> Das Lehrbuch Strafrecht – Allgemeiner Teil ist erstmals im Jahr 2005 erschienen und wurde 2022 bereits in der 7. Auflage veröffentlicht.

<sup>39</sup> Zum Sinn der Kriminalpolitik und ihren Erscheinungsformen siehe *Gamkrelidze, Otar*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 92 ff.; *Nachkebia, Guram*, in: Todua, Nona (Hrsg.), Lieberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 13 ff. Zu den modernen Tendenzen der georgischen Kriminalpolitik *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (63 ff. – deutsche Version); *Jishkariani, Bachana*, DGStZ 3/2020, 19 ff. (deutsche Version); *Shalikashvili, Moris*, DGStZ 2/2022, 44 ff. (deutsche Version); *Tskitishvili, Temur*, DGStZ 1/2019, 12 ff. (deutsche Version); *Todua, Nona*, in: Todua, Nona (Hrsg.), Lieberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 103 ff.; *Meparishvili, Gia*, in: FS für Otar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, 2016, S. 413 ff.; *Todria, Giorgi*, in: FS für Otar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, 2016, S. 475 ff.

<sup>40</sup> *Gamkrelidze, Otar*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 92.

<sup>41</sup> *Shalikashvili, Moris*, DGStZ 2/2022, 44 (45 f. – deutsche Version).

<sup>42</sup> Zum unterschiedlichen Begriffsverständnis der Kriminalpolitik siehe *Haverkamp, Rita*, in: Zabel, Benno (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, 2018, S. 198 f.

<sup>43</sup> *Norouzi, Ali B.*, HRRS (Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht) 6/2016, 285 (286).

<sup>44</sup> *Roxin, Claus / Greco, Luis*, Strafrecht AT, Band I, 5. Aufl., 2020, § 7 Rn. 75 f.; *Norouzi, Ali B.*, HRRS 6/2016, 285 (286).

<sup>45</sup> Zitiert nach *Roxin, Claus*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 1; *Roxin, Claus / Greco, Luis*, Strafrecht AT, Band I, 5. Aufl., 2020, § 7 Rn. 75.

<sup>46</sup> Vgl. *Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 22 f.

### III. Aktuelle Tendenzen der georgischen Kriminalpolitik

In den letzten 15 Jahren wurden viele Bereiche des Strafrechts von den aktuellen Tendenzen der georgischen Kriminalpolitik erfasst. Diesbezüglich verdienen die im Folgenden dargestellten Entwicklungen besondere Beachtung.

#### 1. Die Ausweitung des Subjekts der Straftat durch die Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen

Während das am 1. Juni 2000 in Kraft getretene neue StGB, wie auch das sowjetische StGB Georgiens von 1960, nur die Straffähigkeit einer in der Strafrechtsdogmatik anerkannten natürlichen Person vorsah, wurde im Jahr 2006 die Bestrafung juristischer Personen in das StGB eingeführt<sup>47</sup> und dadurch der Kreis von Subjekten der Straftat ausgeweitet. Damit wurde vom Grundsatz eines ausschließlich auf persönlicher Schuld und Straffähigkeit basierenden StGB abgewichen.<sup>48</sup> Konkret hat der Gesetzgeber mit dem im Allgemeinen Teil des StGB platzierten Kapitel VI<sup>1</sup> die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen und die diesbezüglich anzuwendenden Strafen geregelt, wobei sich dies jedoch nicht auf alle Arten von juristischen Personen bezieht, sondern nur die des Privatrechts<sup>49</sup>. Zur Regelung der sich in Bezug auf das Strafverfahren gegen juristische

Personen stellenden Fragen wurde Kapitel XXIX in das StPG aufgenommen. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Novellierungen ohne jegliches Fachgutachten und wissenschaftliche Beratung stattfanden, wie es dem Erläuterungsbrief<sup>50</sup> vom Gesetzesentwurf zu entnehmen ist. Aus diesem Erläuterungsbrief ergibt sich, dass der Grund der Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen in der Erfüllung von Verpflichtungen liegt, die aus internationalen Vereinbarungen herrühren.<sup>51</sup> Eine derartige „Erklärung“ dieser dogmatischen bedeutenden Novellierung unter Verweis auf solche europäische Rechtsakte, die die Strafbarkeit juristischer Personen nicht obligatorisch verlangen, sondern die Einführung einer solchen Verantwortlichkeit lediglich als eine Alternative berücksichtigen<sup>52</sup>, zeichnet einerseits das Bild einer in Eile ohne wissenschaftlichen Meinungsaustausch vorgenommenen Änderung und steht andererseits exemplarisch für die Übertragung eigener „Verantwortung“ auf den europäischen Gesetzgeber<sup>53</sup>.

#### 2. Strafrechtliche Sanktionen: Von „Null-Toleranz“ hin zu einer humanen und tatproportionalen Kriminalpolitik

Vor dem Inkrafttreten des am 3. Juli 2007 verabschiedeten neuen Gesetzes, gab es in Georgien ein zweigleisiges Sanktionensystem im Strafrecht: Strafen als Sanktionen für Straftaten und Zwangsmaßnahmen medizinischer Art für die Begehung rechtswidriger Taten durch psychisch kranke Personen, die einer persönlichen Vorwerfbarkeit nicht unterliegen können.<sup>54</sup> Infolge die-

<sup>47</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 25.07.2006 (N3530-RS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/24490?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>48</sup> Zu Recht kritisch *Gamkrelidze, Otar*, DGStZ 1/2016, 3 (7 f. – deutsche Version); *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, in: *Gamkrelidze, Otar / Todua, Nona / Ivanidze, Maia* u.a. (Hrsg.), *Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung*, 2021, S. 112 ff. Zusammenfassend zu den Pro- und Contra-Argumenten der Bestrafung juristischer Personen in Georgien *Okhanashvili, Anri*, DGStZ 3/2021, 82 (85 f. m.w.N. – deutsche Version).

<sup>49</sup> Vgl. *Okhanashvili, Anri*, DGStZ 3/2021, 82 (86 – deutsche Version). Zum georgischen Modell der Strafbarkeit juristischer Personen *Tskitishvili, Temur*, in: *Todua, Nona / Ivanidze, Maia* (Hrsg.), *Sanktionen im Strafrecht*, 2019, S. 284 ff.; *Turava, Merab*, *Strafrecht, AT, Die Lehre von der Straftat*, 2011, S. 643 f., S. 650 f.; *Okhanashvili, Anri*, *Journal of Law N2* (2009), 183 (188 ff.).

<sup>50</sup> Siehe den Erläuterungsbrief, S. 8, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/175073> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>51</sup> Siehe den Erläuterungsbrief, S. 1, 3, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/175073> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>52</sup> Vgl. *Okhanashvili, Anri*, DGStZ 3/2021, 82 (85 – deutsche Version). Siehe eingehend dazu *Okhanashvili, Anri*, *Journal of Law N2* (2009), 183 (186 f.); außerdem *Tskitishvili, Temur*, in: *Todua, Nona / Ivanidze, Maia* (Hrsg.), *Sanktionen im Strafrecht*, 2019, S. 283 f.; *Morozinis, Ioannis*, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, S. 54.

<sup>53</sup> Zur ähnlich bedenklichen Tendenz in Deutschland *Heinrich, Bernd*, *KriPoZ* 1 (2017), 4 (9).

<sup>54</sup> Vgl. *Turava, Merab*, DGStZ 3/2021, 61 (67 – deutsche Version); *Turava, Merab*, *Strafrecht, AT, Die Lehre von der*

ser Gesetzesnovellierung<sup>55</sup> wurden die Zwangsmaßnahmen vom StGB in das Verwaltungsprozessgesetzbuch Georgiens übertragen, so dass die Unterbringung einer Person in einer Anstalt zum Zwecke der zwangspsychiatrischen Hilfe nun im Rahmen des Verwaltungsverfahrens erfolgt. In diesem Zusammenhang ist auch von Interesse, dass im gleichen Monat desselben Jahres (2007) der Oberste Gerichtshof Georgiens die „Leitlinien und Empfehlungen zu problematischen Fragen der Gerichtspraxis in Strafsachen“, also die sog. „Guidelines“ für Richter bei der Strafzumessung, ohne jegliche gesetzliche Grundlage als Druckwerk veröffentlichte. Als Grund für die Verfassung dieses „Dokuments“ wurde die Entwicklung einer einheitlichen Gerichtspraxis angeführt, wie sie z.B. in den USA in Form sog. „Guidelines“ praktiziert wird.<sup>56</sup> Dem Anschein nach sollte dieses „Dokument“ eine Hilfestellung sein und nur beratenden Charakter besitzen. Tatsächlich aber wurde von den Gerichten in der Praxis eine verbindliche Anwendung dieser sog. „Empfehlungen“ erwartet und so wurden sie zu einer Art Verordnung für die Richter.<sup>57</sup> Diese Leitlinien widersprachen einerseits dem StGB, das die Strafzumessungsfragen eingehend regelte, und andererseits schränkten sie die vom Gesetzgeber für die Richter bei der Strafzumessung bestimmten individuellen Bewertungsspielräume *contra legem* ein<sup>58</sup>. Die besagten Leitlinien haben mittlerweile ihre praktische Bedeutung verloren und werden heute nicht mehr angewendet<sup>59</sup>, sie trugen aber unter der damaligen Regierung zur Umsetzung einer unverhältnismäßig scharfen Strafpolitik bei. Als Beleg dafür steht eine vor der Veröffentlichung dieser Leitlinien zurückliegende Äußerung

---

Straftat, 2011, S. 40; *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, in: Gamkrelidze, Otar / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a. (Hrsg.), *Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung*, 2021, S. 111.

<sup>55</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 03.07.2007 (N5181-RS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1312?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>56</sup> Siehe die Leitlinien und Empfehlungen über die problematischen Fragen der Gerichtspraxis in Strafsachen, Oberster Gerichtshof Georgiens, S. 7.

<sup>57</sup> Vgl. *Turava, Merab*, DGSStZ 3/2021, 61 (67 - deutsche Version).

<sup>58</sup> Vgl. auch *Tskitishvili, Temur*, in: FS für Guram Nachkebia zum 75. Geburtstag, 2016, S. 146 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Turava, Merab*, DGSStZ 3/2021, 61 (67 - deutsche Version).

des damaligen Staatspräsidenten, mit der er die sog. „Null-Toleranz-Staatpolitik“<sup>60</sup> im Strafrecht erklärte<sup>61</sup>, die von allen staatlichen Gewalten umgesetzt werden sollte. Dieser Erklärung wurde vom Gesetzgeber mittels Verschärfung der Strafraumen und der sonstiger strafrechtlicher Maßnahmen Folge geleistet<sup>62</sup>. So wurden z.B. durch eine Gesetzesänderung im Jahr 2006<sup>63</sup> das Absorptionsprinzip und der Grundsatz der teilweisen Addition bei der Zumessung der Strafe abgeschafft und durch den Grundsatz der uneingeschränkten Addition mehrerer Einzelstrafen ersetzt. Auch dieser Regelung kommt heute keine Bedeutung mehr zu, nachdem sie durch eine Gesetzesänderung im Jahr 2013<sup>64</sup> abgeschafft wurde. Seither finden sowohl das Absorptionsprinzip als auch der Grundsatz der teilweisen oder uneingeschränkten Addition bei der Zumessung der Gesamtstrafe für mehrere Taten Anwendung. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass die damals geltende, ungerechtfertigt scharfe Strafpolitik bei der Zumessung der Strafe das Opportunitätsprinzip und den Grundsatz der tatproportionalen Strafzumessung mißachtete.<sup>65</sup> Die damalige repressive Kriminalpolitik<sup>66</sup> wurde auch dahingehend erweitert, dass durch die – zuerst im Jahr 2006<sup>67</sup> und dann

---

<sup>60</sup> Zur Null-Toleranz *Ismaili, Karim*, in: Die Theorien über die Straftat und Strafe, Sammlung der Übersetzungen, 2022, S. 183 ff., online abrufbar unter <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/georgien/19143.pdf> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>61</sup> *Meparishvili, Gia*, in: FS für Otar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, 2016, S. 415 ff.; *Turava, Merab*, DGSStZ 3/2021, 61 (67 – deutsche Version).

<sup>62</sup> *Meparishvili, Gia*, in: FS für Otar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag, 2016, S. 416; *Meparishvili, Gia*, *Rechtspublizistik*, 2014, S. 35 ff.

<sup>63</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 29.12.2006 (N4213-RS), in georgischer Sprache online erreichbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/22468?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>64</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 17.04.2013 (N546-IIS), in georgischer Sprache online erreichbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1903548?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>65</sup> Vgl. auch *Vardselashvili, Ioseb*, *Die Zwecke der Strafe*, 2016, S. 220 ff.

<sup>66</sup> *Turava, Merab*, *Strafrecht*, AT, 9. Aufl., 2013, S. 362 ff.

<sup>67</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 29.12.2006 (N4213-RS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/22468?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

im Jahr 2008<sup>68</sup> – vorgenommenen Gesetzesänderungen auch die Strafbarkeit der Vorbereitung einer Straftat ausgeweitet wurde. Sah das StGB bis zu diesen Änderungen eine Vorbereitungsstrafbarkeit nur bei besonders schweren Straftaten vor, wurden nun auch die Kategorien der schweren und – zumindest in einigen Fällen – minder schweren Straftaten erfasst. Dementgegen wurde dieses breite Modell der Vorbereitungsstrafbarkeit – die sog. generelle Vorbereitungsstrafbarkeit – von der georgischen Strafrechtswissenschaft überwiegend kritisiert und stattdessen die Abschaffung oder strenge Einschränkung der Vorbereitungsstrafbarkeit befürwortet.<sup>69</sup> Durch die eben erwähnten Änderungen im Jahr 2006 wurde in Bezug auf die unvollendete Straftat – d.h. Vorbereitung und Versuch – die Möglichkeit geschaffen, eine der vollendeten Straftat gleichstehende Strafe auszuurteilen, während die bis dahin geltende Regelung<sup>70</sup> eine obligatorische Strafminderung vorsah. Auch diese Gesetzesänderung wurde im Schrifttum zu Recht kritisiert, weil die für die vollendete und unvollendete Straftat zu verhängenden Strafen im Gesetz deutlich differenziert werden müssen<sup>71</sup>.

Für die Beurteilung der von einem Land verfolgten Kriminalpolitik erweisen sich die gesetzlichen Regelungen der strafrechtlichen Sanktionen als geeigneter Indikator.<sup>72</sup> In der vorliegenden Analyse wurde bereits verdeutlicht, wie repressiv die Strafpolitik in Georgien

ausgestaltet war. Die Folgen dieser Politik lassen sich an der Zahl der damals Inhaftierten ablesen. Diese belief sich im Dezember 2011 auf 24.114 Personen, was – abgesehen von der Russischen Föderation – einen Höchstwert in Europa darstellte.<sup>73</sup>

Ab dem Jahr 2013 begann der Übergang von der repressiven, autoritären Kriminalpolitik hin zu einer humanen Strafgesetzgebung, was von der georgischen Strafrechtswissenschaft positiv bewertet wurde.<sup>74</sup> Dieser Prozess ist noch nicht vollendet und zur Verbesserung der Gesetzgebung sind weitere Änderungen erforderlich. Es sei auch erwähnt, dass die hier kritisch bewerteten gesetzlichen Regelungen teilweise noch gültig sind. Jedoch wird an entsprechenden Novellierungen bereits gearbeitet. Als Momentaufnahme lässt sich festhalten, dass die Zahl der in georgischen Gefängnissen Inhaftierten Stand Januar 2022 bei 9.389 Personen lag<sup>75</sup> und damit deutlich geringer ausfiel als die im Dezember 2011 festgestellten 24.114 Personen.

Die Strafgesetzgebung sieht heutzutage ein breites Spektrum strafrechtlicher Sanktionen vor. So berücksichtigt das StGB auch die im Zusammenhang mit der Strafe stehenden sonstigen strafrechtlichen Sanktionen (Aussetzung zur Bewährung und zivilrechtliche Vereinbarung). Im StPG sind darüber hinaus prozessrechtliche sowie weitere Sanktionen enthalten.<sup>76</sup> Das georgische

<sup>68</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 23.10.2008 (N403-IIS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/19114?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>69</sup> Siehe dazu eingehend *Kharanauli, Levan*, Die Bestrafung der unvollendeten Straftaten – Eine rechtsvergleichende Analyse zum georgischen und deutschen Strafrecht, 2014, S. 66 ff. m.w.N.; kritisch ebenso *Turava, Merab*, Strafrecht, AT, 9. Aufl., 2013, S. 300 f.

<sup>70</sup> Siehe das bis zum 29.12.2006 geltende Strafgesetzbuch Georgiens, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=52> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>71</sup> Siehe *Kharanauli, Levan*, Die Bestrafung der unvollendeten Straftaten – Eine rechtsvergleichende Analyse zum georgischen und deutschen Strafrecht, 2014, S. 60; *Vardselashvili, Ioseb*, Die Zwecke der Strafe, 2016, S. 206 ff.; *Gvenetadze, Nino*, in: Nachkebia, Guram / Dvalidze, Irakli (Hrsg.), Strafrecht, AT, Lehrbuch, 2007, S. 378 f.

<sup>72</sup> Vgl. *Tskitishvili, Temur*, in: Gamkrelidze, Otari / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a. (Hrsg.), Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung, 2021, S. 2.

<sup>73</sup> Vgl. *Shalikhshvili, Moris*, DGStZ 2/2022, 44 (48 – deutsche Version); siehe die Statistik in Strafsachen von Dezember 2011, S. 66, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://www.geostat.ge/media/16919/2011-wlis-dekembris-angariSi.pdf> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>74</sup> Nach *Todua* Bewertung war die Strafgesetzgebung in Georgien seit 2004 unter Einfluss des Autoritarismus, bis 2013 ein Liberalisierungsprozess in der Gesetzgebung eingesetzt hat, siehe *Todua, Nona*, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 6 f.; vgl. auch *Vardselashvili, Ioseb*, Die Zwecke der Strafe, 2016, S. 224.

<sup>75</sup> Siehe die Statistik in Strafsachen von Januar 2022, S. 52, in georgischer Sprache online erreichbar unter [https://www.geostat.ge/media/44312/Report\\_ianvari\\_2022.pdf](https://www.geostat.ge/media/44312/Report_ianvari_2022.pdf) [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>76</sup> In den letzten Jahren wurden zu den strafrechtlichen Sanktionen mehrere interessante Abhandlungen und Beiträge verfasst, siehe *Gamkrelidze, Otari / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a.* (Hrsg.), Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung, 2021; *Todua, Nona / Ivanidze, Maia* (Hrsg.), Sanktionen im Strafrecht, 2019; *Tskitishvili, Temur*, Die Strafe und ihre Verhängung, 2019; *Todua, Nona* (Hrsg.), Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016; *Aqubardia*,

Modell der Sanktionen ist auch dem geschätzten Jubilar bekannt. Er hat im Rahmen der im Jahr 2017 in Georgien veranstalteten Konferenz einen Vortrag zum Thema „Überblick über die strafrechtlichen Sanktionen in Deutschland“ gehalten, in dem Ähnlichkeiten sowie Unterschiede zwischen dem deutschen und dem georgischen Sanktionensystem aufgezeigt wurden.<sup>77</sup>

### 3. Jugendjustiz

Durch die im Jahr 2015 vorgenommenen Änderungen<sup>78</sup> im georgischen StGB wurde das Kapitel über die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die Strafverhängung sowie die Strafbefreiung von Jugendlichen aus dem StGB entnommen und in ein neues Gesetz – das Jugendjustizgesetzbuch<sup>79</sup> – übertragen. Nach JGG unterliegen Jugendliche erst ab einem Alter von 14 Jahren der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Gemäß Art. 1 Abs. 1 JGG regelt dieses Gesetz neben der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auch die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit von Jugendlichen sowie die in diesem Zusammenhang relevanten Fragen des Straf- bzw. Verwaltungsverfahrens und des Vollzugs der Strafe bzw. anderer Maßnahmen.<sup>80</sup> Der Gesetzgeber hat mit der Verabschiedung dieses Gesetzes deutlich gemacht, dass die Interessen von Jugendlichen im Strafrecht vorrangig sind, und zugleich die Entwicklung einer ent-

sprechend ausgerichteten Jugendkriminalpolitik<sup>81</sup> unterstrichen. Diese Bestrebung des Gesetzgebers wird auch durch einzelne fundamentale Regelungen des JGG bestätigt.<sup>82</sup> So schreibt Art. 4 JGG die Berücksichtigung der Interessen und des Wohls des Jugendlichen im Jugendstrafverfahren vor. Durch Art. 8 JGG wird die Anwendung des mildesten Mittels und der Vorrang von Alternativmaßnahmen gewährleistet, um jugendliche Täter nicht unmittelbar mit Strafe, sondern zunächst mit Erziehungsmaßnahmen oder opferorientierter Gerichtsbarkeit zu konfrontieren. Was die Festnahme und die Untersuchungshaft von Jugendlichen angeht, sind diese nach Art. 9 JGG als *Ultima-ratio*-Maßnahmen anerkannt, die zudem für eine möglichst beschränkte Zeit und unter Vorbehalt der regulären Überprüfung ihrer Erforderlichkeit anzuwenden sind. Im Hinblick auf den in Art. 65 JGG bestimmten Zweck der Strafe ist zu betonen, dass dieser allein in der Resozialisierung und Rehabilitation des Jugendlichen besteht und damit auf die Vermeidung weiterer Straftatbegehung in der Zukunft ausgerichtet ist<sup>83</sup>, während das StGB auch die Wiederherstellung von Gerechtigkeit als Strafzweck kennt.

In Anbetracht des Gesagten lässt sich nachvollziehen, dass das JGG in der georgischen Strafrechtswissenschaft als progressives Gesetzbuch angesehen wird. Das JGG schließt den früheren Ansatz der sog. „Null-Toleranz“<sup>84</sup> aus und gewährleistet die Durchsetzung einer

*Irina*, in: FS für Guram Nachkebia zum 75. Geburtstag, 2016, S. 61 ff.; *Vardselashvili, Ioseb*, in: FS für Guram Nachkebia zum 75. Geburtstag, 2016, S. 242 ff.

<sup>77</sup> Siehe *Heinrich, Bernd*, in: Gamkrelidze, Otar / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a. (Hrsg.), *Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung*, 2021, S. 193 ff. (in deutscher Sprache). Zur inhaltlichen Darstellung der im Rahmen dieser Konferenz gehaltenen Vorträge – einschließlich des Beitrags von *Bernd Heinrich* – siehe *Tskitishvili, Temur*, in: Gamkrelidze, Otar / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a. (Hrsg.), *Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung*, 2021, S. 19 ff. (in deutscher Sprache).

<sup>78</sup> Siehe das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 12.06.2015 (N3714-IIS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2875223?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>79</sup> Im Folgenden abgekürzt als JGG.

<sup>80</sup> Das JGG ist in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>81</sup> Vgl. *Shalikashvili, Moris*, DGStZ 2/2022, 44 (45 – deutsche Version).

<sup>82</sup> Zur Bedeutung des JGG *Shalikashvili, Moris*, DGStZ 2/2016, 19 ff. (deutsche Version).

<sup>83</sup> Zu dieser Bestimmung positiv *Vardselashvili, Ioseb*, *Die Zwecke der Strafe*, 2016, S. 259. Zur Frage, ob dem Gedanken der „gerechten Vergeltung“ im Jugendstrafrecht dennoch eine Bedeutung zukommen kann *Tskitishvili, Temur*, *Journal of Law N1* (2019), 190 (192 ff.).

<sup>84</sup> Ergebnis einer solchen Politik war z.B. auch die Herabsetzung der Altersgrenze der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für bestimmte Straftatkategorien von 14 auf 12 Jahre, die im StGB zwischen 2007 und 2010 galt. Siehe zu den Änderungen das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 23.05.2007 (N4785-IS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/21268?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022] und das Strafrechtsänderungsgesetz Georgiens vom 23.02.2010 (N2641-IS), in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91522?publication=0> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022]. Zur Herabsetzung der Altersgrenze als Phänomen der Null-Toleranz-Kriminalpolitik auch *Shalikashvili, Moris*, in: Tumanishvili, Giorgi / Jishkariani, Bachana /

dem europäischen Verständnis entsprechenden und auf humanen Prinzipien beruhenden Jugendkriminalpolitik.<sup>85</sup> Im Hinblick auf die Praxis lässt sich feststellen, dass die Zahl der verurteilten Jugendlichen im Dezember 2011 noch 146 betrug, während es im Januar 2022 nur 29 Personen waren.<sup>86</sup>

#### 4. Der Einfluss des Verfassungsgerichts Georgiens und des Obersten Gerichtshofs Georgiens auf die georgische Kriminalpolitik

Die besondere Bedeutung des Verfassungsgerichts Georgiens und des Obersten Gerichtshofs Georgiens im Hinblick auf die georgische Kriminalpolitik wird durch ihre einzelnen Entscheidungen im materiellen Strafrecht eindeutig bestätigt.<sup>87</sup>

---

Schramm, Edward (Hrsg.), Das georgische Strafverfahrensrecht unter dem Einfluss des europäischen und internationalen Rechts, 2019, S. 520.

<sup>85</sup> Vgl. *Kherkheulidze, Irine*, in: FS für Revaz Gogshelidze zum 65. Geburtstag, 2022, S. 66, 108; *Kherkheulidze, Irine*, in: Gamkrelidze, Otar / Todua, Nona / Ivanidze, Maia u.a. (Hrsg.), Strafrechtliche Sanktionen und Strafzumessung, 2021, S. 140 ff.; *Tskitishvili, Temur*, Journal of Law N1 (2019), 190 (219); *Shalikhvili, Moris*, in: FS für Nona Todua zum 60. Geburtstag, 2021, S. 105; *Chanturia, Luara*, in: FS für Guram Nachkebia zum 75. Geburtstag, 2016, S. 216. Nach dem Inkrafttreten des JJG ist das Jugendstrafrecht ein aktuelles Forschungsgebiet geworden, was auch die folgenden Beiträge bestätigen: *Shalikhvili, Moris*, DGStZ 2/2016, 19 ff. (deutsche Version); *Vardelashvili, Ioseb*, Die Zwecke der Strafe, 2016, S. 257 ff.; *Todua, Nona*, in: Todua, Nona / Ivanidze, Maia (Hrsg.), Sanktionen im Strafrecht, 2019, S. 64 ff.; *Kherkheulidze, Irine*, DGStZ 3/2022, 57 ff. (deutsche Version).

<sup>86</sup> Siehe die Statistiken in Strafsachen von Dezember 2011, S. 68, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://www.geostat.ge/media/16919/2011-wlis-dekembris-angariSi.pdf> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022] und von Januar 2022, S. 59, in georgischer Sprache online abrufbar unter [https://www.geostat.ge/media/44312/Report\\_ianvari\\_2022.pdf](https://www.geostat.ge/media/44312/Report_ianvari_2022.pdf) [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>87</sup> Zum Eingriff des Verfassungsgerichts Georgiens in die georgische Kriminalpolitik siehe *Davituri, Giorgi*, in: Jishkariani, Bachana (Hrsg.), Betäubungsmitteldelikte, 2020, S. 41 ff. Zum Handeln des Obersten Gerichtshofs Georgiens gegen das vom Georgischen Parlament verabschiedete Gesetz siehe *Todua, Nona*, in: Todua, Nona (Hrsg.), Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 113 ff.

#### a) Das Verfassungsgericht Georgiens als Triebfeder der Drogenpolitik

Ein klares Beispiel für den Einfluss des Verfassungsgerichts Georgiens auf die georgische Drogenpolitik stellt die Entscheidung vom 24. Oktober 2015<sup>88</sup> dar. Mit dieser wurde die Verfassungswidrigkeit der für den Erwerb und Besitz von bis zu 70 Gramm getrocknetem Marihuana vorgesehenen Freiheitsstrafe festgestellt und selbige aufgehoben. Zugleich wurde dadurch ein grundlegender Anstoß für Umbrüche in der Drogenpolitik Georgiens in Richtung einer Liberalisierung gegeben.<sup>89</sup> Diese Entscheidung stellt einen Präzedenzfall<sup>90</sup> im Hinblick auf den Eingriff in die Kriminal- bzw. Strafpolitik dar, weil sich das Verfassungsgericht zum ersten Mal überhaupt im Rahmen der Hauptverhandlung mit der Verfassungsmäßigkeit der Höhe einer Strafe beschäftigte. Folglich agierte das Gericht durch diese Entscheidung als Impulsgeber der Strafpolitik im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität und griff in die Befugnisse des Gesetzgebers ein. Dies wird durch das Sondervotum des an diesem Urteil beteiligten Richters *Merab Turava* bestätigt, mit dem er sich gegen einen grundsätzlichen Ausschluss der Freiheitsstrafe gestellt hat, weil die Gestaltung der Drogenpolitik im Strafrecht Aufgabe des Gesetzgebers sei. *Turava* erachtet es für notwendig, die Balance zwischen den Befugnissen des Gerichts und denen des Gesetzgebers zu wahren und die Justiz im Ergebnis nicht zum Ersatz des Gesetzgebers werden zu lassen.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Siehe die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 24.10.2015 in der Sache *Beqa Tsikarishvili* gegen das Georgische Parlament, in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1043> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>89</sup> Siehe zu dieser und den nachfolgenden Entscheidungen sowie zu den Tendenzen in der georgischen Drogenpolitik *Tskitishvili, Temur*, DGStZ 1/2019, 12 ff. (deutsche Version). Zur Analyse der Praxis des Verfassungsgerichts Georgiens *Davituri, Giorgi*, in: Jishkariani, Bachana (Hrsg.), Betäubungsmitteldelikte, 2020, S. 41 ff.; *Dvalidze, Irakli*, DGStZ 3/2019, 72 (73 ff. – deutsche Version); *Kherkheulidze, Irine / Schüle-Bausch, Sandra*, DGStZ 3/2019, 44 ff. (deutsche Version).

<sup>90</sup> So *Davituri, Giorgi*, in: Jishkariani, Bachana (Hrsg.), Betäubungsmitteldelikte, 2020, S. 42 f.

<sup>91</sup> Das Sondervotum ist in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=2133> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

## b) Der Oberste Gerichtshof Georgiens gegen das Georgische Parlament

Die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs von Georgien hat in ihrem Urteil vom 28. Juni 2007<sup>92</sup> den Sinn und Zweck des Art. 184 StGB (rechtswidrige Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen mechanischen Verkehrsmittels ohne Zueignungsabsicht) sowie dessen systematische Stellung zu anderen Vermögensdelikten ausgelegt.<sup>93</sup> Diese Auslegung war durch die Abschaffung des Art. 184 StGB bedingt. Klärungsbedürftig war im Folgenden die Frage, ob bei einer möglichen Entkriminalisierung das von Art. 184 StGB erfasste Verhalten in den Anwendungsbereich eines anderen Vermögensdelikt fällt. Dabei gewann die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit insbesondere im Hinblick auf diejenigen an Bedeutung, die bereits gemäß Art. 184 StGB verurteilt worden waren. Der Oberste Gerichtshof Georgiens argumentierte, dass der Gehalt von Art. 184 StGB – trotz dessen Abschaffung – von Art. 178 StGB (offener Diebstahl) erfasst werde, ungeachtet dessen, dass für eine Strafbarkeit nach Art. 178 StGB – im Gegensatz zu Art. 184 StGB – nicht nur die Absicht der vorübergehenden Nutzung, sondern Zueignungsabsicht erforderlich war. Mit dieser Interpretation hat der Oberste Gerichtshof einerseits die Bestrafung für einen nicht mehr gültigen Straftatbestand zugelassen und andererseits „den Begriff der rechtswidrigen vorübergehenden Zueignung“<sup>94</sup> eindeutig unrichtig eingeführt, was letztlich eine Ausübung der Befugnisse des Gesetzgebers *contra legem* darstellte.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Das Urteil ist in georgischer Sprache online abrufbar unter <https://old.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2007saqme-1042ap.pdf> [zuletzt abgerufen am 31.12.2022].

<sup>93</sup> Siehe zur Analyse des Art. 184 StGB *Maglakelidze, Lavrenti*, DGStZ 2/2022, 23 ff. (deutsche Version); *Todua, Nona*, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), *Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien*, 2016, S. 108 ff.; *Gamkrelidze, Otar*, *Leben und Gesetz*, N2 (2010), 4 ff.

<sup>94</sup> *Maglakelidze, Lavrenti*, DGStZ 2/2022, 23 (26 – deutsche Version).

<sup>95</sup> Ebenfalls kritisch *Todua, Nona*, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), *Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien*, 2016, S. 114; *Gamkrelidze, Otar*, *Probleme des Strafrechts*, Band III, 2013, S. 26; *Gamkrelidze, Otar*, *Leben und Gesetz*, N2 (2010), 4 f.

## IV. Fazit

Anhand der vorliegenden Darstellung lassen sich die Tendenzen im materiellen Strafrechts Georgiens in den vergangenen zwei Dekaden deutlich feststellen. In diesem Rechtsgebiet haben sich die europäischen und anglo-amerikanischen Institute durchgesetzt. Dabei ist deutlich zu erkennen, dass das auf der deutschen Strafrechtsdogmatik beruhende materielle Strafrecht mit dem auf das adversatorische Modell gestützten Strafverfahren verbunden ist.

Von großer Bedeutung war die Beendigung der sog. „Null-Toleranz-Kriminalpolitik“ sowie der Übergang zu einer humanen und tatproportionalen Kriminalpolitik. Zudem ist der Kreis der Akteure im Bereich der Kriminalpolitik weit und nicht auf den georgischen Gesetzgeber beschränkt, was der Entwicklung des georgischen Strafrechts zugute kommt.

In diesem Zusammenhang bedarf es auch der Erwähnung, dass die in einzelnen Bereichen des deutschen Strafrechts erkennbaren negativen Entwicklungen auch im georgischen Strafrecht zu beobachten sind. Gleichwohl bilden die aktuellen Entwicklungen insgesamt sowie die internationale Anerkennung<sup>96</sup> der deutschen Strafrechtswissenschaft eine feste Grundlage für die weitere Entwicklung des im Wege der Europäisierung bereits vorangeschrittenen georgischen Strafrechts. Insofern wird das deutsche materielle Strafrecht auch weiterhin leuchtendes Vorbild für die Entwicklung des georgischen Rechts sein.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Vgl. z.B. *Dgebudze, Giorgi*, *Doktrin der individuellen Zurechnung und die Rechtsprechung im Völkerstrafrecht*, 2021, S. 157; *Turava, Merab*, *Grundlagen des internationalen Strafrechts*, 2015, S. 202.

<sup>97</sup> Vgl. *Chanturia, Lado*, in: *FS für Otar Gamkrelidze zum 80. Geburtstag*, 2016, S. 16 f.

# Die tatbestandliche Einschränkung der Geiselnahme nach § 239b StGB durch das Erfordernis der Mitwirkung des Opfers

Von Dr. *Martin Piazena*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi

## I. Einleitung

Im Frühjahr 2003 hat *Bernd Heinrich* eine Professur an der Humboldt-Universität zu Berlin angetreten. Dies war zugleich der Beginn unserer Verbindung. Am Lehrstuhl des Jubilars war ich zunächst als studentische Hilfskraft, später dann als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig und habe unter seiner Betreuung meine Dissertation verfasst. Bis heute stehen wir miteinander in gutem Kontakt, vor allem in Bezug auf Georgien, wo ich mittlerweile lebe und tätig bin und wo auch *Bernd Heinrich* über viele Anknüpfungspunkte verfügt und als exzellenter Strafrechtswissenschaftler bekannt ist. Durch die Tätigkeit an seinem Berliner Lehrstuhl sowie als Doktorand habe ich von *Bernd Heinrich* sehr viel gelernt. Dafür gilt dem Jubilar mein größter Dank. Schon damals beeindruckte mich die enorme Bandbreite des wissenschaftlichen Wirkens von *Bernd Heinrich* sehr. Für einen Beitrag, der sich auf sein Werk bezieht, ergab sich folglich eine Vielzahl interessanter Themen. Entschieden habe ich mich für das Problem der Tatbestandseinschränkung bei der Geiselnahme in der Zwei-Personen-Konstellation, zu dem *Bernd Heinrich* bereits im Jahr 1997 mit einem in der *Neuen Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) veröffentlichten Aufsatz einen innovativen Vorschlag gemacht hat. Ich hoffe, dass meine Gedanken zu seinem Lösungsansatz auf das Interesse des Jubilars stoßen und gratuliere ihm ganz herzlich zum runden Geburtstag.

## II. Hintergrund

### 1. Kurzer historischer Überblick

Im Jahr 1971 erfolgte eine umfassende Überarbeitung und Umgestaltung des bis dahin geltenden Tatbestands des erpresserischen Kindesraubes hin zum erpresserischen Menschenraub (§ 239a StGB). Im selben Atemzug schuf der Gesetzgeber den flankierenden Tatbestand

der Geiselnahme (§ 239b StGB).<sup>1</sup> Während der Tatbestand des § 239a StGB auf das Entführen oder Sich-Bemächtigen einer – nunmehr auch erwachsenen – Person durch den Täter als Mittel zur Durchsetzung der Erpressung eines Dritten (typischerweise als Nötigung zur Lösegeldzahlung) abzielte, sollte § 239b StGB andere Nötigungsziele des Täters erfassen. Strukturell wurde das Delikt der Geiselnahme weitgehend parallel zu dem des erpresserischen Menschenraubes konstruiert.<sup>2</sup> Bedeutende Änderungen beider Straftatbestände erfolgten dann im Jahr 1989. Unter anderem wurde die bis dahin obligatorische Dreiecksstruktur (Täter-Entführungs-/Bemächtigungsoffer-Nötigungsadressat) aufgebrochen, in dem nunmehr das Opfer der Entführung bzw. Bemächtigung zugleich Adressat der Nötigung sein konnte (Zwei-Personen-Konstellation),<sup>3</sup> was zu einer deutlichen Erweiterung der Anwendungsbereiche der §§ 239a, 239b StGB führte. Zudem wurde das Mindeststrafmaß signifikant, nämlich von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe, heraufgesetzt.<sup>4</sup> In der Folge führte das Zusammenspiel dieser beiden Änderungen zu erheblichen Anwendungsproblemen.<sup>5</sup> Die Möglichkeit einer Korrektur im Rahmen des 6. Strafrechtsreformgesetzes von 1998 ließ der Gesetzgeber ungenutzt und so bestehen beide Normen bis heute inhaltlich nahezu unverändert fort.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Siehe BGBl. (Bundesgesetzblatt) I, 1971, S. 1979.

<sup>2</sup> Vgl. *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 7. Ausführlicher zur Struktur des § 239b Abs. 1 StGB unter II.2.b.

<sup>3</sup> Siehe BGBl. I, 1989, S. 1059.

<sup>4</sup> Siehe BGBl. I, 1989, S. 1059.

<sup>5</sup> Dazu ausführlich unter III.

<sup>6</sup> Vgl. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 22 („Verbalkosmetik“), § 239b Rn. 8. So lautet der Tatbestand der Geiselnahme, § 239b Abs. 1 StGB, in seiner gegenwärtigen Fassung: „Wer einen Menschen entführt oder sich eines Menschen bemächtigt, um ihn oder einen Dritten durch die Drohung mit dem Tod oder einer schweren Körperverletzung (§ 226) des Opfers oder mit dessen Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer zu

## 2. Schutzbereich, Deliktsnatur, Struktur und Tatbestandsmerkmale des § 239b StGB

### a) Schutzbereich und Deliktsnatur

Der Schutzbereich des § 239b StGB umfasst mehrere Schutzgüter. Dazu gehören in erster Linie die persönliche Freiheit sowie die körperliche und seelische Integrität des Opfers der Entführung oder Bemächtigung.<sup>7</sup> Darüber hinaus wird in der Drei-Personen-Konstellation auch die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Dritten als Nötigungsadressaten geschützt.<sup>8</sup> Weil für die Tatbestandsverwirklichung objektiv bereits die Schaffung einer abstrakt gefährlichen Zwangslage ausreicht und es nicht zu einer konkreten Gefährdung der körperlichen oder seelischen Integrität des Entführungs-/Bemächtigungsopfers kommen muss,<sup>9</sup> wird § 239b StGB ganz überwiegend als abstraktes bzw. konkret-abstraktes Gefährdungsdelikt angesehen.<sup>10</sup>

### b) Struktur und Tatbestandsmerkmale

§ 239b Abs. 1 StGB enthält zwei Alternativen, nämlich den sog. Entführungstatbestand (Alt. 1) und den sog. Ausnutzungstatbestand (Alt. 2). Die Tathandlung

---

einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen, oder wer die von ihm durch eine solche Handlung geschaffene Lage eines Menschen zu einer solchen Nötigung ausnutzt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“

<sup>7</sup> Vgl. Heger, Martin, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239b Rn. 1; Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 1.

<sup>8</sup> Vgl. Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 1; Sonnen, Bernd-Rüdeger, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 5; Valerius, Brian, in: v. Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 54. Ed., Stand: 01.08.2022, § 239b Rn. 1.

<sup>9</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4d.

<sup>10</sup> Vgl. Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 32; Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 2; ders., JZ (JuristenZeitung) 1994, 492 (496); Sonnen, Bernd-Rüdeger, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 6.

des Entführens erfordert das Verbringen einer Person an einen anderen Ort gegen ihren Willen, wobei dies dazu führen muss, dass sie dort dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist.<sup>11</sup> Daneben ist auch das Sich-Bemächtigen als Tathandlung erfasst. Dies ist bereits dann erfüllt, wenn die physische Herrschaft im Sinn einer Verfügungsgewalt über den Körper des Opfers erlangt wird,<sup>12</sup> so dass dieses nicht mehr frei über sich selbst entscheiden kann.<sup>13</sup> Zwar überschneiden sich beide Tathandlungen damit zu einem nicht unerheblichen Teil.<sup>14</sup> Anders als bei einem Entführen muss das Opfer beim bloßen Sich-Bemächtigen jedoch nicht an einen anderen Ort verbracht oder seiner Freiheit beraubt werden.<sup>15</sup> In subjektiver Hinsicht muss der Täter im Rahmen des Entführungstatbestands nicht nur vorsätzlich bezüglich des Entführens bzw. Sich-Bemächtigens, sondern auch in der Absicht der anschließenden qualifizierten Nötigung eines Dritten (Drei-Personen-Konstellation) oder des in seiner Gewalt befindlichen Opfers (Zwei-Personen-Konstellation) handeln.<sup>16</sup> § 239b Abs. 1

---

<sup>11</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 5 f.; Renzikowski, Joachim, JZ 1994, 492 (495).

<sup>12</sup> Vgl. Eisele, Jörg, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 7; Renzikowski, Joachim, JZ 1994, 492 (494 f.); Sonnen, Bernd-Rüdeger, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 19.

<sup>13</sup> Vgl. Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 7.

<sup>14</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35. Zum umstrittenen Verhältnis zwischen Entführen und Sich-Bemächtigen siehe Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 35.

<sup>15</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; Heger, Martin, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239a Rn. 3. Kritisch bezüglich der Entbehrlichkeit einer Freiheitsberaubung aber Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35.

<sup>16</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 4; Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 36.

Alt. 1 StGB ist demnach bereits durch das Entführen bzw. Sich-Bemächtigen unter gleichzeitig vorliegender Nötigungsabsicht erfüllt, während das tatsächliche Ausnutzen der geschaffenen Zwangslage zur Nötigung für die Vollendung nicht zwingend ist. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB wird daher auch als „unvollkommen zweiaktiges Delikt“ bezeichnet.<sup>17</sup> Der Ausnutzungstatbestand ergänzt den Entführungstatbestand und erfordert, dass der Täter, basierend auf der von ihm durch das Entführen bzw. Sich-Bemächtigen geschaffenen hilflosen Lage des Opfers, einen Dritten oder das Entführungs-/Bemächtigungsoffer tatsächlich nötigt.<sup>18</sup> Charakteristisch ist dabei, dass – im Unterschied zu Alt. 1 – die Nötigungsabsicht zum Zeitpunkt der Begründung der Zwangslage noch nicht vorliegt, sondern erst danach entsteht. Damit handelt es sich bei § 239b Abs. 1 Alt. 2 StGB praktisch um einen Auffangtatbestand der dann bedeutsam wird, wenn es tatsächlich zur Nötigung gekommen ist, eine bereits bei der Entführung oder Bemächtigung vorhandene Nötigungsabsicht aber nicht nachgewiesen werden kann.<sup>19</sup> Hinsichtlich der Vollendung des zweiaktigen Ausnutzungstatbestands ist umstritten, ob die Nötigung nur versucht oder vollendet sein muss.<sup>20</sup>

### III. Kritikpunkte bezüglich der Zwei-Personen-Konstellation

Wie bereits angedeutet, brachten die mit der Gesetzesänderung von 1989 eingeführten Neuerungen in den §§ 239a und 239b StGB, vor allem die Zwei-Personen-Konstellation und die Erhöhung der Mindeststrafe von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe, Probleme mit sich, die bis heute aktuell und Gegenstand der Diskussion sind.

<sup>17</sup> Vgl. Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 40, 350 (355); *Heinrich, Bernd*, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1997, 365 (368); *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 18.

<sup>18</sup> Vgl. *Fischer, Thomas*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 5; *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 26 f., 33.

<sup>19</sup> Vgl. *Elsner, Stephan*, JuS (Juristische Schulung) 2006, 784 (785), zur parallel gelagerten Situation bei § 239a Abs. 1 Alt. 2 StGB.

<sup>20</sup> Ausführlich zu diesem Problem *Elsner, Stephan*, JuS 2006, 784 (787 f.).

Mit der besagten Gesetzesänderung beabsichtigte der Gesetzgeber eine wirksamere Bekämpfung typischer Erscheinungsformen terroristischer Gewaltkriminalität.<sup>21</sup> Hinsichtlich § 239b StGB waren damit insbesondere „spektakuläre Entführungsfälle“ gemeint, wobei im Hinblick auf die nunmehr aufgenommene Zwei-Personen-Konstellation speziell das Beispiel der Geiselnahme eines Politikers genannt wird, durch die erreicht werden soll „ihm selbst ein bestimmtes Verhalten abzupressen“.<sup>22</sup> Übersehen wurde dabei aber offenbar, dass insofern Überschneidungen mit anderen Tatbeständen qualifizierter Nötigung möglich wurden, wenn diesen ebenfalls eine entsprechende Zwangssituation – d.h. eine Entführungs- bzw. Bemächtigungslage – zugrunde liegt.<sup>23</sup> Betroffen sind von dieser Überlagerung in erster Linie die räuberische Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB (Überschneidung mit dem erpresserischen Menschenraub, § 239a StGB) sowie die qualifizierte sexuelle Nötigung gemäß § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5, Abs. 5 Nr. 2 StGB (Überschneidung mit der Geiselnahme, § 239b StGB),<sup>24</sup> bei denen der Täter das Opfer wenn nicht sogar entführt, so doch in der Regel durch körperliche Kraft oder Bedrohung (häufig mit einer Waffe) in seine physische Gewalt bringt, d.h. sich seiner bemächtigt um das Ziel zu erreichen. Dies habe wiederum zur Folge, dass das vom Täter primär gewollte Delikt von den schwerer wiegenden §§ 239a, 239b StGB überlagert bzw. „in die zweite Reihe gerückt“ werde.<sup>25</sup> Mit Blick auf die Strafdrohung ergebe sich außerdem, dass der Schwerpunkt des Unrechts vom eigentlichen Delikt auf die allgemeinere Vorbereitungshandlung des Entführens bzw. Sich-Bemächtigens verschoben werde.<sup>26</sup> Bei uneinge-

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs (Deutscher Bundestag Drucksache) 11/2834, S. 9; BT-Drs. 11/4359, S. 13; dazu auch *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 1 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drs. 11/2834, S. 9.

<sup>23</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (367); *Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin*, Strafrecht Besonderer Teil I, 41. Aufl. 2017, Rn. 504.

<sup>24</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (367); *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 7.

<sup>25</sup> BGH NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1993, 1145 (1146).

<sup>26</sup> BGH NJW 1993, 1145 (1146).

schränkter Anwendung der §§ 239a, 239b StGB käme es somit zu einem erheblichen Eingriff in die Systematik der ausdifferenzierten Regelungen verschiedener Gewaltdelikte, welcher vom Gesetzgeber jedoch so nicht beabsichtigt gewesen sein könne.<sup>27</sup>

Verbunden mit dem Argument der Schwerpunktverschiebung ist der Kritikpunkt der Vorverlagerung der Strafbarkeitsgrenze in der Zwei-Personen-Konstellation bei den von §§ 239a, 239b StGB überlagerten Delikten (s.o.). Da es sich bei der Geiselnahme im Fall des § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB um ein unvollkommen zweiaktiges Delikt handelt,<sup>28</sup> liegt die Vollendung bereits mit dem Entführen bzw. dem Sich-Bemächtigen vor, sofern dabei zugleich die Absicht der qualifizierten Nötigung besteht. Zur Ausführung der anschließenden Nötigungshandlung und damit dem Tatbestand des eigentlich gewollten (Sexual-)Delikts hätte der Täter hingegen noch nicht einmal angesetzt haben müssen.<sup>29</sup> Entscheidet sich der Täter also, nachdem er das Opfer bereits in seine physische Gewalt gebracht hat, zum Ablassen von seiner auf eine (sexuelle) Nötigung gerichteten Handlung und gibt er somit seine Absicht auf, wäre er dennoch wegen vollendeter Geiselnahme – unter Geltung ihrer erheblichen Sanktionsdrohung – zu bestrafen. Daher wird in diesem Zusammenhang auch von einem „Leerlaufen des Rücktritts vom Versuch“<sup>30</sup> oder einer „Verschiebung der Versuchs- und Rücktrittsgrenzen“<sup>31</sup> gesprochen.<sup>32</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auch auf § 239b Abs. 2 StGB der in Verbindung

mit § 239a Abs. 4 StGB zumindest die Möglichkeit der tätigen Reue mit fakultativer Strafmilderung vorsieht, wenn der Täter nach bereits erfolgter Entführung oder Bemächtigung von der weiteren Verfolgung seines Nötigungsziels ablässt.

Eine Hauptursache für die Anwendungsprobleme, die sich im Verhältnis zu anderen Straftatbeständen ergeben, resultiert zudem aus dem hohen Strafraum der Geiselnahme (und ebenso dem des erpresserischen Menschenraubes) von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe.<sup>33</sup> Die Mindeststrafe liegt damit deutlich über der der qualifizierten sexuellen Nötigung nach § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5, Abs. 5 Nr. 2 StGB, die ein Jahr beträgt. Beachtet man nun, dass es darüber hinaus bereits bei Bagatellnötigungen zur Erfüllung des Geiselnahmetatbestands kommen kann,<sup>34</sup> zeigt sich das Problem umso gravierender. Zudem steht die hohe Mindeststrafdrohung einer Lösung der Überschneidungsproblematik auf der Konkurrenzebene entgegen, denn diese lässt eine Einordnung der Geiselnahme als einen Fall der Konsumtion (d.h. als typische Begleitatt einer qualifizierten sexuellen Nötigung) nicht zu.<sup>35</sup>

Es fragt sich also, wie diese hohe Mindeststrafdrohung zu erklären ist. Während für die ursprünglich charakteristische Drei-Personen-Konstellation vorgebracht werden kann, dass das Opfer der Entführung bzw. Bemächtigung in eine besonders lebensgefährliche Situation gebracht und sein Schicksal als „Nötigungsmasse“ in die Hände des der Forderung möglicherweise nicht nachgebewilligen oder -fähigen Nötigungsadressaten gelegt wird,<sup>36</sup> kann dies für die Zwei-Personen-Kon-

<sup>27</sup> BGH NJW 1993, 1145 (1146).

<sup>28</sup> Siehe dazu oben II.2.b.

<sup>29</sup> Vgl. Eisele, Jörg, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239b Rn. 10; Heger, Martin, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239a Rn. 6; Heinrich, Bernd, NStZ 1997, 365 (367).

<sup>30</sup> So Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 17. Siehe außerdem Elsner, Stephan, JuS 2006, 784 (786).

<sup>31</sup> So BGH NJW 1993, 1145 (1146).

<sup>32</sup> Siehe auch Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 16, mit dem Hinweis darauf, dass sich die Verschiebung der Grenzen von Versuch und Rücktritt bereits aus dem 12. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) von 1971 ergeben haben. Die Einführung der Zwei-Personen-Konstellation im Jahr 1989 dürfte allerdings gerade im Bereich der Sexualdelikte die praktische Relevanz dieses Problems deutlich erhöht haben.

<sup>33</sup> Vgl. Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 18, 21, 89.

<sup>34</sup> Vgl. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 2; Renzikowski, Joachim, JZ 1994, 492 (494).

<sup>35</sup> Vgl. Heinrich, Bernd, NStZ 1997, 365 (366, Fn. 13); Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 86. Anders aber Fahl, Christian, JZ 2014, 582 (584), der eine Lösung auf Konkurrenzebene in Form der Konsumtion befürwortet.

<sup>36</sup> Vgl. Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 32; zustimmend Sonnen, Bernd-Rüdeger, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 15, § 239b Rn. 6. Anders aber Renzikowski,

stellation nicht mehr geltend gemacht werden. Weder sind in der Zwei-Personen-Konstellation mehrere Personen betroffen noch liegt die Abwendung des in Aussicht gestellten Übels außerhalb der Sphäre des Opfers, so dass die hohe Mindeststrafdrohung allenfalls auf die Vielzahl seiner beeinträchtigten Rechtsgüter gestützt werden kann.<sup>37</sup> Dass der Gesetzgeber derartige Erwägungen aber außen vor ließ und mit der Erhöhung der Mindeststrafe allein dem besonderen Unrechtsgehalt terroristischer Gewaltkriminalität entsprechen sowie eine Präventivwirkung erzielen wollte,<sup>38</sup> macht (erneut) deutlich, dass er die besagten Anwendungsprobleme nicht erkannt hat. Die unangemessen hohe Mindeststrafdrohung wurde demnach auch als „überzogen“<sup>39</sup> und „unsinnig“<sup>40</sup> bezeichnet.

#### IV. Die Einschränkung des Tatbestands als Lösung

Um der kritisierten Ausweitung von § 239b (und § 239a) StGB und den damit verbundenen Problemen – insbesondere der unklaren Abgrenzung des Sich-Bemächtigen von der weitergehenden Nötigung (bzw. Erpressung) – entgegen zu wirken, wurden verschiedene Vorschläge von der Rechtsprechung sowie im Schrifttum<sup>41</sup> vorgebracht. Da sich diese hier aus Platzgründen nicht in Gänze erörtern lassen, wird der Fokus im Folgenden auf

---

*Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 20; *ders.*, JZ 1994, 492 (496 f.).

<sup>37</sup> Vgl. *Valerius, Brian*, in: *v. Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 54. Ed., Stand: 01.08.2022, § 239a Rn. 1.1. Im Hinblick auf die Drei-Personen-Konstellation spricht *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 23 von einer „Addition der beeinträchtigten Rechtspositionen“.

<sup>38</sup> Siehe BT-Drs. 11/2834, S. 9.

<sup>39</sup> So *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 16.

<sup>40</sup> So *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 30.

<sup>41</sup> Für einen kompakten Überblick über die verschiedenen Ansätze im Schrifttum siehe *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 58.

die in der Rechtsprechung etablierte Lösung<sup>42</sup> sowie den vom Jubilar entwickelten Ansatz gerichtet.

#### 1. Die Lösung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 40, 350)

In dieser Entscheidung wurde der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes (BGH) mit der Frage befasst, ob § 239b StGB erfüllt ist, wenn der Täter sein Opfer zum Zweck einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung entführt.<sup>43</sup> In seine bejahende Antwort bezieht der Große Senat neben dem Entführen auch die Tathandlung des Sich-Bemächtigen ein und legt in der Begründung dar, unter welchen Voraussetzungen von einer Verwirklichung der Geiselnahme nach § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB in der Zwei-Personen-Konstellation auszugehen sei.<sup>44</sup> Die Argumentation des Großen Senats stützt sich im Wesentlichen auf die zweiaktige Deliktsstruktur. Erforderlich sei aufgrund der unvollkommenen Zweiaktigkeit des § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten (Entführen oder Sich-Bemächtigen) und dem zweiten, in die Vorstellung des Täters verlagerten, Teilakt (Nötigung). Der Täter müsse beabsichtigen, gerade die von ihm geschaffene Zwangslage zu einer qualifizierten Drohung auszunutzen und durch sie zu nötigen.<sup>45</sup> Das Erfordernis des funktionalen Zusammenhangs ergebe sich aus der Tatbestandsformulierung „um [...] zu nötigen“ und entspreche in systematischer Hinsicht auch dem Ausnutzungstatbestand des § 239b Abs. 1 Alt. 2 StGB, bei dem der Täter die von ihm geschaffene Zwangslage tatsächlich als Grundlage für eine qualifizierte Nötigung ausnutze.<sup>46</sup> Ein solcher funktionaler Zusammenhang sei bei der Tathandlung

---

<sup>42</sup> Vgl. zur ständigen Rechtsprechung BGH NStZ 1999, 509; BGH NStZ 2002, 31 (32); BGH NStZ-RR (NStZ-Rechtsprechungsreport) 2003, 328; BGH NStZ-RR 2005, 173; BGH NStZ 2006, 448 (449); BGH NStZ-RR 2006, 141 (142); BGH NStZ 2007, 32; BGH NStZ 2010, 516; BGH NStZ 2014, 515; BGH NStZ-RR 2015, 173; BGH NStZ-RR 2015, 336 (337); BGH NStZ-RR 2017, 176; BGH NStZ-RR 2021, 140.

<sup>43</sup> Zum Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats vom 18.05.1994 siehe BGH NStZ 1994, 430.

<sup>44</sup> BGHSt 40, 350 (355 ff.).

<sup>45</sup> BGHSt 40, 350 (355).

<sup>46</sup> BGHSt 40, 350 (355 f.).

des Entführens regelmäßig gegeben, da der Täter gerade durch die mit der Ortsveränderung verbundene Einschränkung des Opfers in seinen Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten eine Drucksituation schaffe, die er zur beabsichtigten anschließenden Nötigung ausnutzen könne.<sup>47</sup> Im Hinblick auf die Tathandlung des Sich-Bemächtigtens könne allerdings dann nicht von einem (beabsichtigten) zweiaktigen Vorgehen ausgegangen werden, wenn das Mittel der Bemächtigung und das der Nötigung identisch seien, die qualifizierte Drohung also zugleich dazu dienen soll, das Opfer in seine Gewalt zu bringen und es in unmittelbarem Zusammenhang zu nötigen.<sup>48</sup> Sollen also nach der Vorstellung des Täters das Sich-Bemächtigen und die Nötigung in einem Akt zusammenfallen bzw. der Zwangslage keine eigenständige Bedeutung zukommen, kann der Tatbestand des § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB nach Ansicht des Großen Senats nicht erfüllt sein. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Täter das Opfer an Ort und Stelle durch das Vorhalten einer Schusswaffe in seine Gewalt bringt (Schaffung einer Zwangslage durch Bemächtigung) und es dadurch zugleich mit der Tötung bedroht (qualifiziertes Nötigungsmittel), um das gewünschte Nötigungsziel zu erreichen. Um also das Vorliegen von § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB bejahen zu können, müsse die Begründung der Zwangslage von der (beabsichtigten) Drohung abgrenzbar sein und sich demnach hinreichend stabilisiert haben.<sup>49</sup> Eine derartige Stabilisierung schließt der Große Senat zwar auch für die Tathandlung des Sich-Bemächtigtens (ohne Entführung) nicht kategorisch aus, meint jedoch – ohne nähere Erläuterung –, dass dies in vielen Fällen nicht erfüllt sein werde.<sup>50</sup> Ohne dies direkt auszusprechen oder gar zu konkretisieren, verlangt der Große Senat damit im Ergebnis eine zeitliche Zäsur zwischen der Begründung der Zwangslage und der (beabsichtigten) Nötigung.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> BGHSt 40, 350 (359). Siehe auch *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23.

<sup>48</sup> BGHSt 40, 350 (359).

<sup>49</sup> BGHSt 40, 350 (359). Siehe diesbezüglich auch *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (368): „gedankliche Zäsur“.

<sup>50</sup> BGHSt 40, 350 (359). Siehe auch *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23.

<sup>51</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20, 24 („Bemächtigungslage mit einem gewissen Dauerelement“). Nach BGH NStZ 2007, 32 (33) sei auch eine nur wenige

Schließlich weist der Große Senat in seiner Entscheidung auch darauf hin, dass die Absicht des Täters zur Ausnutzung der geschaffenen Zwangslage ebenso für die Drei-Personen-Konstellation gelte.<sup>52</sup>

Mit seiner Entscheidung hat der Große Senat andere zuvor von der Rechtsprechung entwickelte Ansätze einer restriktiven Normanwendung in der Zwei-Personen-Konstellation verworfen, die neben dem Zusammenfallen von Nötigungs- und Bemächtigungsmittel auf eine Außenwirkung der abgenötigten Handlung<sup>53</sup> bzw. auf die Konkretisierung der Zwangslage aus Sicht des Opfers und die von ihm empfundene Drohungintensität<sup>54</sup> abstellten.

## 2. Der Lösungsansatz *Bernd Heinrichs*

Dem vom Großen Senat entwickelten Einschränkungskriterium der stabilisierten Zwangslage<sup>55</sup> stimmt der Jubilar grundsätzlich zu.<sup>56</sup> Insbesondere im Hinblick auf die hohe Mindeststrafdrohung des § 239b Abs. 1 StGB sei zu fordern, dass die Zwangslage und die Gefährdung des Opfers nicht nur kurzzeitig, sondern derart akut bzw. stabilisiert seien, dass dem Täter der ungehemmte Einfluss über das Opfer garantiert sei.<sup>57</sup> Zudem ließe sich eine Zwangslage nur dann zu einer weiteren

---

Minuten andauernde Bemächtigungslage ausreichend, wenn deren Intensität entsprechend hoch sei. Anstatt eines starren Zeitkriteriums wurde hier also auf eine flexibler handhabbare Zeit-Intensität-Relation abgestellt. Gegen das Erfordernis einer zeitlichen Zäsur *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 55 ff.; *ders.*, JZ 1994, 492 (495 f.).

<sup>52</sup> BGHSt 40, 350 (356).

<sup>53</sup> Vgl. BGH NJW 1993, 1145. BGH NStZ 1994, 127 hat diesen Ansatz übernommen und auf die Tathandlung des Entführens übertragen.

<sup>54</sup> Vgl. BGH NStZ 1994, 128.

<sup>55</sup> Während der Große Senat das Kriterium der stabilisierten Zwangslage offenbar als Ergebnis einer Tatbestandsauslegung ansieht, gehen andere diesbezüglich von einer teleologischen Reduktion aus. Siehe *Immel, Markus*, NStZ 2001, 67 (68); *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20; *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 50.

<sup>56</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (368 f.).

<sup>57</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (368 f.).

qualifizierten Nötigung ausnutzen, wenn diese stabilisiert sei.<sup>58</sup>

Anderer Auffassung ist er indes im Hinblick auf das mit der Geiselnahme verfolgte Nötigungsziel. Während der Große Senat postuliert, dass das abzunötigende Verhalten nicht eingegrenzt sei,<sup>59</sup> also – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von § 239b Abs. 1 StGB – in einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestehen kann, fordert *Bernd Heinrich* diesbezüglich eine Einschränkung auf diejenigen Fälle, in denen das Opfer aktiv an der Erreichung des Nötigungsziels mitwirken und diesbezüglich einen gewissen Entscheidungsspielraum besitzen muss.<sup>60</sup> Er lehnt damit eine Strafbarkeit wegen Geiselnahme ab, wenn das Ziel der (beabsichtigten) Nötigung ausschließlich in der passiven Duldung eines durch Gewaltanwendung herbeigeführten Nötigungserfolgs, insbesondere einer durch Gewalt begangenen Straftat bestehen soll.<sup>61</sup> Zur Begründung beruft sich *Bernd Heinrich* vor allem auf den Umstand, dass § 239b Abs. 1 StGB als Mittel der Nötigung allein die qualifizierte Drohung nicht aber Gewalt vorsehe.<sup>62</sup> Wolle der Täter demnach die schlichte Duldung einer von ihm mittels Gewalt durchzusetzenden Straftat (z.B. einer Vergewaltigung) erreichen, erfülle dies nicht den Tatbestand der Geiselnahme.<sup>63</sup> Könne aber die Duldung eines vom Nötiger gerade mittels vis absoluta selbst herbeigeführten Nötigungserfolgs nicht ausreichen, so sei für die Tatbestandserfüllung eine zwar erzwungene, aber dennoch willensgetragene aktive Mitwirkung des Nötigungsopfers zu fordern, auf die der Täter zur Erreichung des von ihm verfolgten Ziels angewiesen sei.<sup>64</sup> Folglich sei es gerade kennzeichnend für die Geiselnahme, dass der Täter den Willen des Nötigungsadressaten nicht durch die Anwendung von Gewalt, sondern mittels einer Drohung beugen und ihn zu einem bestimmten ak-

tiven Verhalten bewegen wolle.<sup>65</sup> Mit der Ausklammerung der Duldung einer Straftatbegehung aus dem Anwendungsbereich des § 239b StGB seien zudem auch Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten, da in diesem Fall regelmäßig wegen der betreffenden Straftat selbst bestraft werden könne.<sup>66</sup>

### 3. Stellungnahme

Die von *Bernd Heinrich* vorgeschlagene Lösung beruht im Kern auf dem Umstand, dass die Geiselnahme nach § 239b StGB, anders als der erpresserische Menschenraub nach § 239a StGB und die Nötigung nach § 240 StGB, nicht das Nötigungsmittel der Gewalt enthält. Eine auf einer durch Entführung oder Bemächtigung geschaffenen Zwangslage (1. Teilakt) basierende Nötigung (2. Teilakt) ist demnach also nicht tatbestandmäßig im Sinn der Geiselnahme, wenn das Nötigungsziel durch den Einsatz von Gewalt erreicht werden soll.<sup>67</sup> Dass unter diesen Umständen auch die Duldung einer Straftat als Nötigungsziel nicht zur Erfüllung des Tatbestands ausreicht, leuchtet ein.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob damit die Duldung einer Straftat kategorisch aus dem Anwendungsbereich von § 239b StGB ausscheiden soll. Dies scheint jedenfalls dann fraglich, wenn das Dulden nicht ausschließlich als Ergebnis von vis absoluta verstanden und auch ein willensgetragenes Dulden akzeptiert wird.<sup>68</sup> Dass das Dulden einer Handlung durch das Opfer ebenso Ergebnis einer Drohung und somit vom Willen getragen sein kann, ergibt sich jedenfalls aus § 177 Abs. 2 Nr. 5, wonach eine Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Erreichung der Duldung sexueller Handlungen strafbar ist. Auf die Geiselnahme übertragen be-

<sup>58</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (369).

<sup>59</sup> BGHSt 40, 350 (357).

<sup>60</sup> *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 32; *ders.*, NStZ 1997, 365 (369 ff.). Zustimmung *Heger, Martin*, in: *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239b Rn. 2.

<sup>61</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370 f.).

<sup>62</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370 f.).

<sup>63</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>64</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>65</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>66</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>67</sup> Das Fehlen von Gewalt als Nötigungsmittel bei § 239b StGB wird daher auch als „im Verhältnis zu § 239a verfehlt“ kritisiert, siehe *Fischer, Thomas*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 6d.

<sup>68</sup> Gegen eine solche Ausschließlichkeit spricht auch die Formulierung, dass das Dulden „auch und gerade die Gewaltanwendung in der Form von vis absoluta“ erfasse, siehe *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 23 Rn. 54a; vgl. außerdem *Sinn, Arndt*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 99 ff.

deutet dies, dass auch die passive Duldung einer Straftat durch den Genötigten infolge einer qualifizierten Drohung gemäß § 239b Abs. 1 StGB zur Erfüllung des Tatbestands führen kann. Zur Begründung seiner Lösung trägt *Bernd Heinrich* jedoch weiterhin vor, dass das Wesen der Geiselnahme darin bestehe, die Willensentschlussfreiheit des Nötigungsadressaten – egal ob in der Zwei- oder Drei-Personen-Konstellation – zu beugen, um diesen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, welches der Täter nur durch die Begründung des Gewaltverhältnisses und die nachfolgende Drohung erreichen könne.<sup>69</sup> Als Beispiel lässt sich der erzwungene Rücktritt eines Politikers anführen, den der Geiselnahmer nicht mittels eigener Gewaltanwendung herbeiführen kann, sondern den Willen des Politikers dafür derart beugen muss, dass dieser selbst den Entschluss fasst, der Forderung nachzukommen und von seinem Amt zurückzutreten. Anders gesagt: Die Bedeutung der Geiselnahme kann sich demnach nicht in der Schaffung der Voraussetzungen für einen vom Geiselnahmer letztlich allein herbeizuführenden Nötigungserfolg erschöpfen. Genau dies schließt aber die Fälle aus, bei denen die Durchführung einer (weiteren) Straftat vom Opfer „nur“ passiv erduldet wird. Die Forderung einer aktiven Mitwirkung des Opfers auf der Grundlage eines eigenen Entscheidungsspielraums ist insofern konsequent.

Folge dessen ist allerdings auch, dass sich eine gewisse Ungereimtheit im Hinblick auf die sexuelle Nötigung ergibt. Beabsichtigt der Täter, unter Ausnutzung der Zwangslage sowie mittels qualifizierter Drohung, die Duldung der von ihm selbst (oder einem Dritten) an dem Opfer vorzunehmenden Handlungen zu erreichen, ist der Tatbestand des § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB nicht erfüllt. Will er hingegen erreichen, dass das Opfer selbst die sexuellen Handlungen an ihm (oder einem Dritten) vornimmt, wäre § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB, aufgrund der aktiven Mitwirkung des Opfers, erfüllt. Das Kriterium der aktiven Mitwirkung führt in diesem Fall also zu abweichenden Ergebnissen bezüglich der Strafbarkeit wegen Geiselnahme, obwohl es sich im Hinblick auf die sexuelle Nötigung (d.h. die Straftat als Nötigungsziel) um gleichwertige Alternativen handelt. Darüber hinaus lässt sich anführen, dass die vorgeschlagene Einschränkung

<sup>69</sup> *Heinrich, Bernd*, NSTZ 1997, 365 (370).

des Tatbestands dessen Schutzbereich zum Nachteil des Opfers verringert.<sup>70</sup>

Letzterem Gedanken lässt sich wiederum entgegenhalten, dass Strafbarkeitslücken in der Zwei-Personen-Konstellation nicht zu befürchten sind, da im Fall der Duldung einer Straftat regelmäßig wegen dieser selbst bestraft werden kann.<sup>71</sup> Kommt es aber nur zur Entführung oder Bemächtigung über die Geisel ohne dass die beabsichtigte Nötigung zumindest in das Versuchsstadium gelangt, bleibt es jedenfalls bei einer Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung gemäß § 239 StGB.<sup>72</sup>

Das von *Bernd Heinrich* vorgeschlagene Kriterium der aktiven Mitwirkung des Opfers ermöglicht eine angemessene Handhabung des Tatbestands der Geiselnahme, der sich vor allem aufgrund seiner erheblichen Mindeststrafandrohung und der Vorverlagerung des Anknüpfungspunkts für die Strafbarkeit als problematisch erweist. Durch den Ausschluss des Duldens einer – vom Geiselnahmer primär gewollten – Straftat als Nötigungserfolg wird im Fall von § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB vermieden, dass allein durch die in Nötigungsabsicht erfolgende Vorbereitungshandlung (Entführen oder Sich-Bemächtigen) bereits eine Strafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsentzug verwirkt wird. Andernfalls käme es in vielen Fällen zu einer härteren Bestrafung wegen der Vorbereitungshandlung als wegen des eigentlich gewollten Delikts.<sup>73</sup> Zwar ist eine Erhöhung des Unwertgehalts, die aus der Schaffung der Zwangslage folgt, nicht zu bestreiten. Indes sieht das Gesetz für eine „bloße“ Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafe von höchstens fünf Jahren sowie in leichten Fällen nur Geldstrafe vor. Allein die bei der Geisel-

<sup>70</sup> Vgl. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 51, Fn. 141.

<sup>71</sup> So auch *Heinrich, Bernd*, NSTZ 1997, 365 (370).

<sup>72</sup> Diese Konsequenz ergibt sich aus der Prämisse, dass sowohl das Entführen als auch das Sich-Bemächtigen eine Freiheitsberaubung enthalten, vgl. *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35.

<sup>73</sup> Das in diesem Zusammenhang besonders relevante Delikt der sexuellen Nötigung mittels qualifizierter Drohung nach § 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5, Abs. 5 Nr. 2 StGB enthält eine Mindeststrafandrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe. Im Fall der Vergewaltigung erhöht sie sich gemäß § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB auf zwei Jahre Freiheitsstrafe.

nahme nach § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB hinzukommende Nötigungsabsicht des Täters kann die erheblich erhöhte Strafdrohung wohl kaum erklären.<sup>74</sup>

Das von *Bernd Heinrich* zugrunde gelegte Verständnis vom Anwendungsbereich des § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB entspricht offensichtlich auch der gesetzgeberischen Intention, wenn in den Materialien als Beispiele die Geiselnahme eines Politikers, dem ein bestimmtes Verhalten abgepresst werden,<sup>75</sup> oder die Androhung der Freiheitsberaubung eines als Geisel genommenen Politikers oder Diplomaten, die bis zur Erfüllung der gestellten Bedingungen andauern soll,<sup>76</sup> genannt werden. Zudem erweist sich das Erfordernis der aktiven Mitwirkung auch als ein inhaltlich eindeutig bestimmbares Kriterium mit klaren Grenzen, weshalb dessen Anwendung in der Praxis wohl kaum Schwierigkeiten bereiten würde.

## V. Fazit

Die Diskussion um die Anwendung der §§ 239a, 239b StGB in der Zwei-Personen-Konstellation ist seit über 30 Jahren im Gang, wobei ein baldiges Ende nicht absehbar ist und vermutlich nur durch entsprechendes Handeln des Gesetzgebers erreicht werden kann.<sup>77</sup> In der Rechtsprechung hat sich das vom BGH entwickelte Kriterium der Stabilisierung der Zwangslage durchgesetzt. Dass diese Einschränkung aber noch nicht ausreicht, legt *Bernd Heinrich* in seinem Aufsatz aus dem Jahr

1997 überzeugend dar. Darüber hinaus bietet er mit dem Erfordernis der aktiven Mitwirkung des Opfers eine Lösung an, die eine Ausdehnung der drastischen Strafdrohung des § 239b Abs. 1 StGB auf solche Freiheitsberaubungen vermeidet, die faktisch „nur“ zur Vorbereitung einer anderen Straftat erfolgen. Mit diesem Ansatz gelingt zudem die Schärfung der Konturen der Geiselnahme als ein Verbrechen, bei dem der Täter ein Ziel verfolgen muss, dass er nur unter aktiver Mitwirkung des Genötigten erreichen kann und er gerade zur Schaffung oder Erhöhung der diesbezüglich erforderlichen Handlungsmotivation mittels Zwangslage und qualifizierter Nötigung erheblichen Druck auf den Genötigten ausübt.

---

<sup>74</sup> So auch *Heinrich, Bernd*, KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift) 2017, 4 (6).

<sup>75</sup> Vgl. BT-Drs. 11/2834, S. 9.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drs. 11/2834, S. 10. Zwar wird dieses Beispiel zur Erläuterung des 1989 ebenfalls neu in § 239b Abs. 1 StGB eingeführten Nötigungsmittels der Drohung mit einer Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer gegeben. Jedoch spricht die als Nötigungsziel genannte „Erfüllung der gestellten Bedingungen“ eher für das Abnötigen einer aktiven Handlung als einer schlichten Duldung.

<sup>77</sup> Entsprechende Forderungen finden sich unter anderem bei *Fahl, Christian*, JZ 2014, 582 (584); *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 8c; *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 15. Ähnlich auch *Eisele, Jörg*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 13c.

# Der Alternativvorsatz

Von Prof. Dr. *Tobias Reinbacher*, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

## I. Einleitung

Als Schüler von *Bernd Heinrich* durfte ich das Entstehen seines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts<sup>1</sup> von Anfang an miterleben. Es versteht sich von selbst, dass ich es auch heute zu Rate ziehe, wenn es gilt, ein allgemeines dogmatisches Problem des materiellen Strafrechts zu lösen. Das liegt aber nicht nur an meiner Verbundenheit zu Autor und Werk, sondern v.a. an der Qualität des Buchs. Ich habe dort stets sorgfältig durchdachte Antworten auf meine Fragen gefunden. Dies gilt auch für das heute zu betrachtende Problem des Alternativvorsatzes (*dolus alternativus*).<sup>2</sup> Ich gratuliere *Bernd Heinrich* ganz herzlich zum runden Geburtstag und widme ihm diesen Beitrag.

Anlass, sich mit diesem schon seit langer Zeit<sup>3</sup> diskutierten Problem zu beschäftigen, bietet eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>4</sup> aus dem Jahr 2021.<sup>5</sup> Dass das Gericht zuvor zum Problem des Alternativvorsatzes noch keine Entscheidung getroffen hatte, ist angesichts der langen Zeitspanne, in welcher es in der Literatur behandelt wurde, sehr verwunderlich. Nun hat der BGH endlich Gelegenheit gehabt, seine Sicht zu erläutern. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall schlug der Täter *A* mit einem Hammer in Richtung

seiner Ehefrau *B* und ihres unmittelbar hinter ihr stehenden Bruders *C*. Dabei hielt er es für möglich, dass der Hammer eine der beiden Personen treffen und verletzen könnte, was er billigend in Kauf nahm. Der Schlag traf *C* am Kopf, der dadurch leicht verletzt wurde.

Hätte *A* beide Personen treffen wollen, so hätte er mit kumulativem Verletzungsvorsatz gehandelt, und da er in diesem Fall zwei Menschen hätte verletzen wollen, wäre es unproblematisch, ihn wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung, § 224 Abs. 1 Nr. 2 des Strafgesetzbuches<sup>6</sup>, an *C* und einer versuchten gefährlichen Körperverletzung, §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22 StGB, an *B* zu bestrafen, wobei beide Delikte in Tateinheit, § 52 StGB, zueinander stünden, da sie durch eine Handlung begangen worden wären. Wie aber ist in der hiesigen Konstellation zu verfahren, in welcher *A* nicht beide, sondern entweder *B* oder *C* treffen wollte?

## II. Konstellationen des Alternativvorsatzes

Dem aktuellen Fall liegt die Konstellation zu Grunde, dass der Täter zwei menschliche Opfer und damit zwei gleichwertige höchstpersönliche Rechtsgüter anvisiert hat, wobei unterstellt sei, dass es ihm wirklich gleichgültig war, welcher Erfolg eintritt.<sup>7</sup> Nennen wir diesen BGH-Fall Konstellation (1). Daneben lassen sich weitere Fallvarianten des Alternativvorsatzes anführen.<sup>8</sup> Konstellation (2) beschreibt etwa den Fall, dass *A* nicht auf zwei Menschen, sondern auf einen Menschen und einen Hund eingeschlagen hätte, wobei wiederum unterstellt sei, dass ihm einerlei war, ob er Mensch oder Hund trifft. In diesem Fall stehen nicht zwei Körperverletzungen, § 223 StGB, sondern eine Körperverletzung an einem Menschen sowie eine Sachbeschädigung, § 303

<sup>1</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2022.

<sup>2</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2022, Rn. 292 ff.

<sup>3</sup> So findet der *dolus alternativus* etwa bereits Erwähnung bei *Feuerbach, Paul Johann Anselm, Ritter von*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, hrsg. von *Mittermaier, Carl Josef Anton*, 14. Aufl., 1847, § 59 Note I des Herausgebers.

<sup>4</sup> Im Folgenden abgekürzt als BGH.

<sup>5</sup> BGHSt 65, 231; Besprechung u.a. bei *Eisele, Jörg*, JuS (Juristische Schulung) 2021, 366; *Erb, Marcel/Zeller, Martina*, famos (Der Fall des Monats im Strafrecht) 2021, 55; *Kudlich, Hans*, JA (Juristische Arbeitsblätter) 2021, 339; *Mitsch, Wolfgang*, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2021, 798; *Roxin, Claus*, JR (Juristische Rundschau) 2021, 334; *Schuster, Frank*, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 2021, 422; vgl. ferner *Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias*, Casebook Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2023, Fall 6, S. 48 ff.

<sup>6</sup> Im Folgenden abgekürzt als StGB.

<sup>7</sup> Insofern sollen hier also die vielschichtigen möglichen Nuancen ausgeklammert werden, in denen der Täter vorrangig ein bestimmtes Ziel verfolgt, das andere hingegen nur als „Ersatz“ billigt.

<sup>8</sup> Vgl. auch *Schmitz, Roland*, ZStW 112 (2000), 301, 302.

StGB (evtl. auch eine Tierquälerei, § 17 des Tierschutzgesetzes),<sup>9</sup> im Raume. Konstellation (3) beinhaltet den Fall, dass der Täter sich nicht sicher ist, ob er es bei dem Tatobjekt, auf das er schlägt, mit einem Menschen oder einem Tier zu tun hat, sich aber auch hier mit beidem abfindet. In allen drei Konstellationen lassen sich wiederum unterschiedliche Varianten bilden, je nachdem, ob, wie im BGH-Fall, ein Erfolg tatsächlich eintritt, in Konstellation (1) also entweder Mensch *B* oder Mensch *C*, in Konstellation (2) und (3) entweder der Mensch oder das Tier vom Täter getroffen wird. Denkbar ist ferner, dass beide Opfer getroffen werden oder dass der Täter beide verfehlt.

Auch wenn daneben noch weitere Spielarten existieren, soll es mit dieser Auswahl an Fallvarianten hier ein Bewenden haben. Fraglich ist in allen Konstellationen, ob der Täter eine Tat oder zwei Taten begangen hat, und in letzterem Fall, wie diese konkurrenzmäßig zueinander stünden.

### III. Der Lösungsansatz des BGH und der herrschenden Meinung in der Literatur

Die herrschende Meinung in der Literatur will Konstellation (1) im Ergebnis genauso behandeln wie den kumulativen Vorsatz.<sup>10</sup> Schlägt der Täter in Richtung

von zwei Menschen und trifft einen der beiden, wobei ihm egal ist, welchen er trifft, so soll eine vollendete Tat bzgl. des getroffenen und daneben ein Versuch bzgl. des verfehlten Opfers vorliegen, wobei Tateinheit anzunehmen sei, weil beide Taten durch eine Handlung begangen wurden. Der BGH hat sich dieser Ansicht jedenfalls für diese Konstellation nun angeschlossen und die Verurteilung des *A* wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung an *C* in Tateinheit mit einer versuchten gefährlichen Körperverletzung an *B* aufrechterhalten.<sup>11</sup>

Diese Stimmen sehen im alternativen Vorsatz also kein Tatbestands-, sondern ein Konkurrenzproblem. Wesentlich wird damit argumentiert, der Täter, hier also *A*, habe Eventualvorsatz hinsichtlich beider Opfer gehabt, da er die Möglichkeit beider Erfolge vorausgesehen und sich mit dem jeweiligen Erfolg abgefunden habe.<sup>12</sup> Auf sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichtete Vorsätze könnten miteinander verbunden werden, solange sie nicht den sicheren Eintritt eines der Erfolge zum Gegenstand haben.<sup>13</sup>

Rn. 173; so auch schon v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 335.

<sup>11</sup> BGHSt 65, 231, 236.

<sup>12</sup> BGHSt 65, 231, 234 f.; vgl. auch Bock, Dennis, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, S. 310, Rn. 242; Eisele, Jörg, JuS 2021 366, 367; Eisele, Jörg, in: Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 11 Rn. 56; Erb, Marcel/Zeller, Martina, famos 2021, 55, 59 f.; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 8. Abschn. Rn. 33; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 304; Jeßberger, Florian/Sander, Camill, JuS 2006, 1065, 1067; Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2022, § 14 Rn. 38; Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., 2015, § 24 Rn. 35; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl., 2021, § 22 Rn. 46; Puppe, Ingeborg, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2017, § 22 Rn. 115 f.; Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 14 Rn. 58; Roxin, Claus, JR 2021, 334; Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 12 Rn. 93 f.; Schuster, Frank, NSTZ 2021, 422, 423; Stein, Ulrich, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl., 2017, § 16 Rn. 57 ff.; Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, StGB, 30. Aufl., 2019, § 15 Rn. 91; Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 72; Zieschang, Frank, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2020, Rn. 173; so auch schon v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 335–dagegen Joerden, Jan C., ZStW 95 (1983), 565, 586.

<sup>13</sup> BGHSt 65, 231, 235.

<sup>9</sup> Im Folgenden abgekürzt als TierSchG.

<sup>10</sup> Vgl. nur Bock, Dennis, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, S. 310, Rn. 242; Eisele, Jörg, JuS 2021 366, 367; Eisele, Jörg, in: Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 11 Rn. 56; Erb, Marcel/Zeller, Martina, famos 2021, 55, 59 f.; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 8. Abschn. Rn. 33; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 304; Jeßberger, Florian/Sander, Camill, JuS 2006, 1065, 1067; Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2022, § 14 Rn. 38; Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl., 2015, § 24 Rn. 35; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl., 2021, § 22 Rn. 46; Puppe, Ingeborg, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2017, § 22 Rn. 115 f.; Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 14 Rn. 58; Roxin, Claus, JR 2021, 334; Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 12 Rn. 93 f.; Schuster, Frank, NSTZ 2021, 422, 423; Stein, Ulrich, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl., 2017, § 16 Rn. 57 ff.; Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, StGB, 30. Aufl., 2019, § 15 Rn. 91; Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 72; Zieschang, Frank, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2020,

Hätte A beide Opfer getroffen, so wären ihm nach dieser Lösung zwei vollendete gefährliche Körperverletzungen anzulasten, hätte er komplett daneben geschlagen, wäre er wegen zwei versuchten gefährlichen Körperverletzungen strafbar. Gleiches soll aber auch in den Konstellationen (2) und (3) gelten, jeweils also eine Vollendung und – soweit dieser strafbar ist – ein Versuch bzgl. des verfehlten bzw. gar nicht vorhandenen Opfers vorliegen.<sup>14</sup> Diese Taten sollen sodann sämtlich in Tateinheit, § 52 StGB, stehen. Es klingt auch zunächst einmal schlüssig, dass alle Vorsätze des Täters berücksichtigt werden sollen.

Problematisch an dieser Lösung ist allerdings, dass der Täter in den hier genannten Konstellationen eben nur einen *alternativen*, nicht aber einen kumulativen Vorsatz aufweist. Er will diese Erfolge nur unter der auflösenden Bedingung, dass der jeweils andere Taterfolg nicht eintritt, herbeiführen, nicht aber *beide* Taten begehen.<sup>15</sup> Letzteres ist die Konstellation des *dolus cumulativus*. Verurteilt man A also in Konstellation (1) wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung an C in Tateinheit mit einer versuchten gefährlichen Körperverletzung an B, dann behandelt man ihn so, als habe er beide Erfolge nebeneinander gebilligt, also B und C schlagen wollen. Gerade dies ist aber nicht der Fall. Der Tenor des Urteils wiese insofern keinen Unterschied auf zu dem Fall, in dem er beide Taten begehen wollte. Dass dies nicht richtig sein kann, wird umso evident, wenn der Fall so abgewandelt wird, dass A in Richtung einer Menschenmenge mit zehn Personen geschlagen hätte. Soll er dann wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit neun versuchten gefährlichen Körperverletzungen verurteilt werden, obgleich er doch nur einen einzigen Menschen verletzen wollte und aus seiner Sicht auch klar war, dass überhaupt nur ein Mensch durch den Schlag verletzt werden konnte?<sup>16</sup> Nehmen wir an, er hätte nur eine einzige Patrone, mit der er auf die Menschen schießt. Dieses Beispiel illustriert noch stärker, dass der Schuldspruch in dieser Form nicht Bestand haben kann, da A keine zehn Verletzungsvorsätze hatte, sondern nur einen. Die h.M. erkennt zwar, dass die Gefahr droht, den Unterschied zum *dolus cu-*

mulativus zu verwischen, will eine Differenzierung aber nur bei der Strafzumessung vornehmen.<sup>17</sup>

Dies erscheint mir nicht ausreichend. Denn der Schuldspruch bringt ein sozialetisches Unwerturteil zum Ausdruck und hat daher für sich genommen bereits eine selbstständige belastende Wirkung für den Täter.<sup>18</sup> Insofern ist es nicht gerecht, ihn so zu verurteilen, als habe er mit kumulativem Vorsatz gehandelt.<sup>19</sup>

## IV. Abweichende Lösungen und eigene Bewertung

### 1. Konkurrenzlösungen

Ginge es nur um eine Bereinigung des Tenors, so böte es sich an, im Sinne einer Konkurrenzlösung eines der beiden (oder, wenn eine Vielzahl an Opfern zusätzlich in den alternativen Vorsatz aufgenommen war, die weiteren) Delikte im Wege der Gesetzeseinheit hinter dem Delikt zurücktreten zu lassen, aus dem die Bestrafung erfolgt. In diesem Sinne plädieren einige Stimmen dafür, (nur) aus dem vollendeten Delikt zu bestrafen, während das versuchte Delikt als mitbestrafte Begleitatt jedenfalls in solchen Fällen konsumiert werden soll, in denen das vollendete Delikt schwerer oder gleich schwer wiegt; wiegt das nicht verwirklichte Delikt schwerer, soll dann aber doch Tateinheit anzunehmen sein.<sup>20</sup> Für

<sup>17</sup> Vgl. *Jeßberger, Florian/Sander, Camill*, JuS 2006, 1065, 1067; *Schuster, Frank*, NSTZ 2021, 422, 423; *Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank*, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, StGB, 30. Aufl., 2019, § 15 Rn. 91.

<sup>18</sup> *Reinbacher, Tobias*, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2021, § 62 Rn. 7; *Sternberg-Lieben, Detlev/Bosch, Nikolaus*, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, StGB, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 52 ff. Rn. 102.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Schmitz, Roland*, ZStW 112 (2000), 301, 307 f., 323, der i.E. aber eine Verurteilung wegen alternativer Begehung vorschlägt.

<sup>20</sup> *Haft, Fritjof*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004, S. 160; *Hoffmann-Holland, Klaus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015, Rn. 171; ebenso *Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl., 2021, Rn. 350 ff., und *Satzger, Helmut*, JURA (Juristische Ausbildung) 2008, 112, 119, die aber Tateinheit annehmen, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutträger betroffen sind; so auch *Li, Yao*, ZfiStW (Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft) 2022, 27, 34, die allerdings nicht Konsumtion, sondern materielle Subsidiarität annimmt. Der BGH (BGHSt 65, 231, 236) hat expli-

<sup>14</sup> Vgl. etwa *Roxin, Claus/Greco, Luis*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 12 Rn. 94.

<sup>15</sup> *Joerden, Jan C.*, ZStW 95 (1983), 565, 589.

<sup>16</sup> S. auch *Mitsch, Wolfgang*, NJW 2021, 798.

die Konstellation (1) bedeutet dies, dass *A* wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung an *C* zu bestrafen wäre, während die versuchte gefährliche Körperverletzung an *B* zurückträte.<sup>21</sup> In den Konstellationen (2) und (3) käme es hingegen darauf an: Trifft der Täter den Menschen, so wird die versuchte Sachbeschädigung am Tier konsumiert; trifft er den Hund, so steht die vollendete Sachbeschädigung, § 303 StGB (und ggf. die Tierquälerei, § 17 TierSchG), in Tateinheit mit der versuchten Körperverletzung, §§ 223, 22 StGB, am Menschen.

Andere Stimmen wollen stattdessen immer nur aus dem schwersten Delikt bestrafen und dahinter das leichtere Delikt zurücktreten lassen, gleichviel ob es vollendet oder nur versucht wurde.<sup>22</sup> Es würde in Konstellation (1) also wiederum nur die gefährliche Körperverletzung an *C* geahndet, in Konstellation (2) und (3) nur die versuchte oder vollendete Körperverletzung am Menschen.

Beide Ansätze stellen einen grundsätzlich begrüßenswerten Versuch dar, die Unterschiede zwischen *dolus cumulativus* und *dolus alternativus* hervortreten zu lassen. Die zuerst genannte Ansicht muss aber eine Korrektur vornehmen, um nicht den Unrechtsgehalt der schwereren Tat zu „unterschlagen“. Dies gelingt der zweiten Meinung von vorneherein besser, jedoch muss sie sich die Frage gefallen lassen, wieso der tatsächlich eingetretene Erfolg der konsumierten milderen Tat keine Rolle spielen soll. Beiden Ansichten meine ich zudem insgesamt entgegen zu können, dass der Täter eben nur den Vorsatz zur Begehung *eines* Delikts hatte, sodass das Problem auf der Vorsatz-, also der Tatbestandsebene gelöst werden muss.

## 2. Tatbestandslösungen

Hier setzen nun zu Recht die Tatbestandslösungen an, die vorzugswürdig sind, weil sie bereits auf der Ebene

---

zit offengelassen, was in Konstellationen gelten soll, in denen nicht höchstpersönliche Rechtsgüter betroffen sind.

<sup>21</sup> Li, Yao, ZfiStW 2022, 27, 33, auf der Grundlage materieller Subsidiarität – a.A. Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl., 2021, Rn. 350 ff., und Satzger, Helmut, JURA 2008, 112, 119: Tateinheit, da höchstpersönliche Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutsträger betroffen.

<sup>22</sup> Kudlich, Hans, JA 2021, 339, 341; Sternberg-Lieben, Detlev, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 28. Aufl., 2010, § 15 Rn. 91.

des subjektiven Tatbestandes berücksichtigen, dass der Täter nur einen *alternativen* Vorsatz aufweist. Es stellt sich jedoch die Frage, welcher Vorsatz Ausschlag gebend sein soll. Hätte der Täter seinen Vorsatz von Anfang an auf ein Opfer konkretisiert, so wäre nur dieser Vorsatz zu berücksichtigen. Kann man aber sagen, dass der Vorsatz in bestimmter Weise konkretisiert war? Ähnlich wie bei den soeben skizzierten Konkurrenzlösungen existieren unterschiedliche Lösungen.

So gibt es Stimmen, die immer nur aus dem vollendeten Delikt bestrafen wollen.<sup>23</sup> Da es um „Wille und Wirksamkeit“ gehe, sei nur der tatsächlich verwirklichte Vorsatz entscheidend.<sup>24</sup> In Konstellation (1) wäre also nur wegen einer gefährlichen Körperverletzung an *C* zu bestrafen; in den Konstellationen (2) und (3) nur wegen einer vollendeten Körperverletzung am Menschen, wenn dieser getroffen wird, und nur wegen einer vollendeten Sachbeschädigung (ggf. Tierquälerei), wenn das Tier getroffen wird. Werden alle Opfer verfehlt, so soll sich bei ungleichwertigen Opfern wie in den Konstellationen (2) und (3) der Vorsatz bzgl. des schwereren Delikts durchsetzen, bei gleichwertigen wie in Konstellation (1) hingegen eine Wahlfeststellung möglich sein. Unabhängig davon, dass dabei noch nicht geklärt ist, was gelten soll, wenn beide Opfer getroffen werden, bereitet es Unbehagen, dass in Konstellation (2) und (3) die versuchte Körperverletzung am Menschen „unter den Tisch“ fiele, wenn das Tier getroffen wird. Dadurch würde das Unrecht der Tat nicht ausreichend geahndet.

Bernd Heinrich schlägt eine differenzierende Lösung vor.<sup>25</sup> Ausgehend von der Tatsache, dass der Täter vorsätzlich ein Delikt vollendet habe, sei er in jedem Falle aus diesem zu bestrafen, sodass lediglich fraglich sei, ob daneben auch das versuchte Delikt zu berücksichtigen ist. Dies will der Jubilar anhand der „Wertigkeit“ der Objekte entscheiden. Sind getroffenes und nicht getroffenes Objekt gleichwertig, so soll es bei einer Bestrafung nur wegen des vollendeten Delikts bleiben; sind sie ungleichwertig, so sei weiter zu differenzieren,

---

<sup>23</sup> Zaczyk, Rainer, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2017, § 22 Rn. 20.

<sup>24</sup> Zaczyk, Rainer, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., 2017, § 22 Rn. 20.

<sup>25</sup> Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Rn. 292 ff. Dieser Ansatz entspricht i.E. im Wesentlichen der oben dargestellten „pragmatischen“ Lösung auf Konkurrenzebene.

indem nur aus dem schwereren Delikt bestraft werden soll, wenn dieses vollendet ist, hingegen Tateinheit anzunehmen sein soll, wenn der Täter das mildere Delikt verwirklicht, das schwerere hingegen nur versucht hat. Überzeugend an diesem Ansatz ist, dass er vom Grundsatz her nur *einen* Vorsatz berücksichtigt und dem erhöhten Unrechtsgehalt der schwereren Tat Rechnung trägt.

Ich möchte jedoch vorschlagen, auch in dem Fall, in dem der Täter das leichtere Delikt vollendet und das schwerere nur versucht hat, d.h. in den Konstellationen (2) und (3) ein Tier getroffen hat, nur wegen *einer* Vorsatztat zu bestrafen, denn auch dann erscheint mir die Annahme der Tateinheit von zwei Vorsatztaten als eine zu starke Belastung des Täters, der nur *ein* Delikt begehen wollte. Daher ist nur der Vorsatz bzgl. des schwersten Delikts zu berücksichtigen.<sup>26</sup> Wer einen Menschen töten oder verletzen will, der muss diesen schwerwiegenden Vorsatz gegen sich gelten lassen, und es kann ihm nicht zugutekommen, dass er daneben alternativ auch ein leichteres Delikt in Erwägung gezogen hat. In dem Moment, in dem der Täter auf den Menschen und das Tier losschlägt oder schießt, geraten beide Taten ins Versuchsstadium, wobei der schwerere Vorsatz jedoch dominiert und sich auch dann durchsetzt, wenn der Schlag das Tier trifft. Man könnte sagen, dass der Vorsatz sich auf das schwerere Delikt „konzentriert“. Insofern überzeugt es mich nicht, wenn andere Stimmen fordern, stattdessen immer nur das mildeste Delikt zu berücksichtigen.<sup>27</sup> In den Konstellationen (2) und (3) wäre also jeweils wegen einer vollendeten oder versuchten Körperverletzung am Menschen zu bestrafen, die versuchte oder vollendete Sachbeschädigung dürfte dem Täter hingegen nicht noch zusätzlich angelastet werden, da er nur Vorsatz zur Begehung einer Tat hat-

te. In Konstellation (1) wäre wiederum nur wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung an C zu bestrafen, weil das Unrecht der vollendeten Tat schwerer wiegt als das des Versuchs der gefährlichen Körperverletzung an B.<sup>28</sup>

Wenn gegen diese Ansicht vorgebracht wird, es werde ein (vorsätzlich begangenes) vollendetes Delikt im Tenor nicht berücksichtigt, weil nur aus dem versuchten schwereren Delikt bestraft wird,<sup>29</sup> so ist dem zu entgegnen, dass dieses Erfolgsunrecht auch auf andere Weise zum Tragen kommen kann, nämlich im Wege einer Strafbarkeit wegen einer Fahrlässigkeit,<sup>30</sup> soweit diese strafbar ist. Denn es ist sorgfaltswidrig, mit Verletzungs- oder Tötungsvorsatz auf einen Menschen zu schießen und dabei (auch) ein anderes Objekt zu treffen. Zwar ist die fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar, sodass dieser Ansatz in Konstellation (2) und (3) nicht weiterhilft, wenn nur das Tier getroffen wird, sehr wohl aber z.B., wenn zwei Menschen getroffen werden.

Auf dieser Grundlage sind nun noch die beiden Situationen zu klären, in denen der Täter entweder beide Opfer oder keines von beiden trifft. Ich meine, dass auch in diesen Fällen ebenso zu verfahren ist und das schwerere Delikt sich durchsetzt. Trifft der Täter in Konstellation (2) sowohl den Menschen als auch den Hund, so ist er wegen einer vollendeten (gefährlichen) Körperverletzung zu bestrafen; die fahrlässige Sachbeschädigung ist nicht strafbar. Trifft er in Konstellation (1) beide Menschen, so ist er wegen einer vollendeten (gefährlichen) Körperverletzung in Tateinheit mit einer fahrlässigen Körperverletzung, § 229 StGB, zu bestrafen. Ebendies bildet die Intention des Täters ab: Er wollte *einen* Menschen verletzen und hat dabei versehentlich auch einen zweiten verletzt. Die Verletzung welches Menschen nun als die vorsätzliche angesehen wird, ist zumindest hinsichtlich der Bestrafung des Tä-

<sup>26</sup> Heger, Martin, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin, StGB, 30. Aufl., 2023, § 15 Rn. 29; Kaspar, Johannes, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2019, Rn. 157; Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 5 Rn. 27b; Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 7 Rn. 23; Vogel, Joachim/Bülte, Jens, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 13. Aufl., 2020, § 15 Rn. 136; i.E. auch Joerden, Jan C., ZStW 95 (1983), 565, 594 f.; so schon auch Mezger, Edmund, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 8. Aufl., 1957, § 59 Rn. 21 e).

<sup>27</sup> Lampe, Ernst-Joachim, NJW 1958, 332, 333; so auch noch Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Aufl., 1983, S. 295, anders jetzt aber: 8. Aufl., 1992, S. 309.

<sup>28</sup> Vogel, Joachim/Bülte, Jens, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 13. Aufl., 2020, § 15 Rn. 136.

<sup>29</sup> Roxin, Claus/Greco, Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2020, § 12 Rn. 94; Satzger, Helmut, JURA 2008, 112, 119.

<sup>30</sup> So auch Joerden, Jan C., ZStW 95 (1983), 565, 590; Mitsch, Wolfgang, NJW 2021, 798, 799; s. bereits v. Buri, Maximilian, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, S. 33 ff.; Mezger, Edmund, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 8. Aufl., 1957, § 59 Rn. 21 e) – dagegen Li, Yao, ZfiStW 2022, 27, 30.

ters unerheblich. Der Gegenansicht ist zwar zuzugeben, dass dies aus Opfersicht durchaus einen Unterschied macht,<sup>31</sup> eine Bestrafung des Täters wegen zwei vorsätzlichen Körperverletzungen, die er nicht begehen wollte, rechtfertigt dies aber nicht. Verfehlt der Täter beide Opfer, so ist er in Konstellation (2) wegen einer versuchten Körperverletzung am Menschen zu bestrafen, die versuchte Sachbeschädigung darf ihm nicht zusätzlich vorgeworfen werden.<sup>32</sup> Schlägt er in Konstellation (1) auf zwei Menschen ein und trifft keinen, so ist wiederum nur eine Verurteilung wegen einer versuchten (gefährlichen) Körperverletzung möglich, wobei es im Ermessen des Gerichts liegt, welche Alternative es zu Grunde legt.<sup>33</sup>

## V. Zusammenfassung

Das Problem des Alternativvorsatzes ist durch die aktuelle Entscheidung des BGH nicht zu Ende diskutiert. *Bernd Heinrich* hat sich um eine differenzierte Lösung verdient gemacht, die das Ziel einer gerechten Erfassung des Unrechtsgehalts verfolgt. Ich stimme ihm in fast allen Punkten zu, würde zu diesem Ergebnis, abweichend von seiner Lösung, indes nicht über eine stets zu befürwortende Bestrafung des vollendeten Delikts gelangen, sondern aus der Perspektive des schwersten Delikts. Wir stimmen darin überein, dass im BGH-Fall (Konstellation (1)) nur wegen einer gefährlichen Körperverletzung an C zu bestrafen ist, nicht aber zusätzlich und tateinheitlich wegen einer versuchten gefährlichen Körperverletzung an B.

Da sich der Vorsatz bzgl. des schwereren Delikts nach meiner Ansicht immer durchsetzt, würde ich jedoch den Fall anders lösen, in dem der Täter mit alternativem Tötungs- und Sachbeschädigungsvorsatz einen Menschen und ein Tier anvisiert und letztlich mit seinem Schuss das Tier tötet. Auch hier würde ich es beim versuchten Totschlag belassen und dem Täter das Unrecht der vollendeten Sachbeschädigung nicht anla-

sten. Da er nur den Vorsatz zur Verletzung *eines* Opfers hatte und der Vorsatz zur Verletzung eines Menschen schwerer wiegt, setzt sich dieser durch. Hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Opfers bleibt Fahrlässigkeit, die bei der Sachbeschädigung aber nicht strafbar ist.

<sup>31</sup> Vgl. *Schuster, Frank*, NStZ 2021, 422, 423.

<sup>32</sup> So i.E. auch *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2022, Rn. 294.

<sup>33</sup> So aufgrund eines abweichenden Lösungswegs, der zwei alternative Perspektiven berücksichtigt, auch *Joerden, Jan C.*, ZStW 95 (1983), 565, 595, der allerdings erwägt, die alternative Verurteilung im Tenor zum Ausdruck zu bringen – a.A. *Vogel, Joachim/Bülte, Jens*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 13. Aufl., 2020, § 15 Rn. 136: Wahlfeststellung.

# Verfassungsrechtliche Grenzen der Kriminalisierung einer Handlung\*

Von Prof. Dr. *Merab Turava*, Präsident des Verfassungsgerichts von Georgien

## I. Einleitung

In der Strafrechtsdogmatik und Praxis ist nach wie vor umstritten, welche Verhaltensweisen durch strafrechtliche Normen verboten werden können, wie weit der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Planung und Ausgestaltung der Strafrechtspolitik ist und ob die Verfassung dem Gesetzgeber dabei inhaltliche Grenzen setzt oder nicht. Selbstverständlich geht es dabei nicht um die Diskussion über kriminalpolitisch ungerechtfertigte Entscheidungen des Gesetzgebers im Bereich des Strafrechts. Für die verfassungsmäßige Ordnung ist es relevant, inwieweit diejenigen Standards geschützt sind, die außerhalb der Freiheit der gesetzgeberischen Tätigkeit des Parlaments bestehen und in den Grundrechten sowie der objektiven Werteordnung der Verfassung insgesamt festgelegt sind.

Das Strafrecht ist das letzte Mittel zum Schutz der gesellschaftlichen Ordnung. In der Lehre und Praxis des Rechts ist es anerkannt, dass dessen Aufgabe die Bekämpfung besonders gefährlicher Verhaltensweisen ist.<sup>1</sup> In diesem Zusammenhang geht es um die subsidiäre und fragmentarische Natur des Strafrechts.<sup>2</sup> In der modernen Strafrechtswissenschaft sind verschiedene Konzepte entwickelt worden, die die Ausdehnung des materiellen Strafrechts gewissermaßen einschränken und der Pönalisierung einer Handlung enge Grenzen setzen. Ein Teil der Wissenschaft beschränkt die Anwendbarkeit des Strafrechts daher allein auf Schutz von Rechtsgütern. Nach einer anderen Auffassung sind die Strafrechtsnormen, ebenso wie andere Normen, nur am Maßstab der Grundrechte als Abwehrrechte zu messen, wobei einer strengen Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entscheidende Bedeutung zukommt.

Bei der Auseinandersetzung mit den für das georgische Strafrecht konzeptionellen Fragen ist die in diesem Bereich existierende deutsch-georgische Zusammenarbeit in der Wissenschaft unübersehbar. Die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts, die in den 80-er Jahren des vergangenen Jahrhunderts angefangen hat, verläuft weiterhin fruchtbar. In den letzten Jahrzehnten wurden in Georgien bedeutsame Reformen und Veränderungen durchgeführt, zu denen die deutsch-georgischen Beziehungen einen großen Beitrag geleistet haben. Der Austausch hat sich zudem in der Durchführung einer Reihe gemeinsamer Projekte manifestiert, unter anderem auch mit der Beteiligung des hochgeschätzten Jubilars, Prof. Dr. *Bernd Heinrich*, der an diesen gemeinsamen Projekten erst als Professor der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin teilnahm und später als Ordinarius der Eberhard-Karls-Universität Tübingen mitwirkte.

Nach der Erlangung der staatlichen Unabhängigkeit hat das deutsche wissenschaftliche und kulturelle Engagement in Georgien in den letzten Jahrzehnten positive Ergebnisse gezeigt. Eine Reihe von Studierenden, Wissenschaftlern und praktizierenden Juristen haben im Rahmen von Bildungs- und Forschungsaufenthalten gute theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen in Deutschland gesammelt, deren Ergebnisse sichtbar sind und sich auf die wissenschaftliche, pädagogische und praktische Tätigkeit der georgischen Juristen bis heute auswirken.

Die deutsch-georgische Kooperation ist vielfältig und vielseitig, nicht zuletzt auch auf dem Gebiet des Strafrechts. Unser verehrter Kollege *Bernd Heinrich* ist seit Jahren einer der aktivsten Beteiligten dieser Zusammenarbeit, wofür ihm von unserer Seite großer Dank und Anerkennung gebühren. Der vorliegende Aufsatz ist ihm gewidmet. Die Erörterung betrifft diejenigen Umstände, die den Geltungsbereich des materiellen Strafrechts einschränken. Darüber hinaus wird die Bedeutung des Schuldgrundsatzes bezüglich der Bewertung der Problematik und der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rahmens für die strafbegründenden Normen dargestellt.

\* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von *Marika Turava*, Lektoratsmitglied der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift (DGStZ).

<sup>1</sup> Vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, S. 2.

<sup>2</sup> Vgl. *Turava, Merab*, Die Lehre von der Straftat, 2011, S. 18.

## II. Das Konzept des Rechtsgüterschutzes

Obwohl der Begriff des Rechtsguts<sup>3</sup> für die Auslegung strafrechtlicher Normen zweifellos eine große formale Bedeutung hat, stößt er in der verfassungsrechtlichen Praxis auf gewisse Widerstände bezüglich seines materiellen Inhalts.<sup>4</sup> So wird im modernen Strafrecht beispielsweise darüber diskutiert, inwieweit das materielle Konzept des Rechtsguts den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Tatbestands einer strafbaren Handlung bindet. Die diesbezüglich relevanten inhaltlichen Aspekte sind vor allem auf die Theorie des Gesellschaftsvertrags zurückzuführen, die in der Epoche der Aufklärung formuliert wurde. Der wesentliche Kern der genannten Theorie zeigt sich im Hinblick auf das Strafrecht darin, dass „die Bürger dem Staat die Strafgewalt nur insoweit übertragen haben, als es zur Sicherung eines friedlichen und freien, die Menschenrechte wahrenen Zusammenlebens notwendig ist.“<sup>5</sup>

Innerhalb der Rechtsgutslehre gibt es Meinungsverschiedenheiten darüber, welche materiellen Anforderungen an den Begriff des Rechtsguts gestellt werden sollten. Nach allgemeiner Auffassung sind Rechtsgüter grundsätzlich die strafrechtlich geschützten Interessen<sup>6</sup> bzw. die Bedingungen, die für die freie Entfaltung eines Menschen sowie die Verwirklichung und das Funktionieren der Grundrechte erforderlich sind<sup>7</sup>. Neben der mehrdeutigen Auffassung vom Begriff des Rechtsguts gibt es auch verschiedene Auffassungen bezüglich der Frage, ob die Rechtsgutslehre einen Orientierungsrahmen für die Strafrechtspolitik festlegt und ob sie darüber hinaus auch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich bindet. Nach einer Ansicht ist die Theorie des Gesellschaftsvertrags zwischen Staat und Bürgern gewissermaßen in die Verfassung aufgenommen worden. Die Verfassung basiere ihrerseits auf der Idee des Gesellschaftsvertrags

und impliziere sie gleichzeitig.<sup>8</sup> Nach anderer Auffassung binde die Rechtsgutslehre für sich genommen den Gesetzgeber bei der Festlegung einer strafbaren Handlung zwar nicht, allerdings wohne sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit inne. Nach der unter anderem von *Roxin* vertretenen Ansicht verstoße die Festlegung der Strafbarkeit einer Handlung, auch wenn diese kein Rechtsgut verletze, nicht schon von sich aus gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern es bedürfe diesbezüglich einer Abwägung der Interessen im Einzelfall.<sup>9</sup>

Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Rechtsprechung die Rechtsgutslehre als verfassungsrechtliche Grenze der Strafbarkeit nicht anerkannt. Nach Auffassung des Gerichts könne diese Lehre zweifellos eine wichtige Orientierungsfunktion bei der Auslegung strafrechtlicher Normen haben, wenngleich sie den Gesetzgeber bei der Kriminalisierung einer Handlung nicht binde. Generell sei es die Sache des Gesetzgebers, den Geltungsbereich des Strafrechts unter Berücksichtigung der jeweiligen Herausforderungen zu bestimmen. Das BVerfG solle lediglich sicherstellen, dass eine bestimmte Strafrechtsnorm im Wesentlichen mit den Bestimmungen der Verfassung, den ungeschriebenen positiv-rechtlichen Grundsätzen und der objektiven Werteordnung übereinstimmt. Die Rechtsgutslehre bestimme ihrerseits keinen wesentlich abweichenden Maßstab, der bei der Entwicklung der Strafrechtspolitik zu berücksichtigen wäre.<sup>10</sup> Das BVerfG stellt in seinem Beschluss vom 26. Februar 2008 ebenfalls fest, dass das Strafrecht zum Schutz des Rechtsguts angewandt werden könne. Allerdings betrachtet das Gericht das Rechtsgut in diesem Zusammenhang nur im formellen Sinne, also als die *ratio legis*, die jede Norm habe. Darüber hinaus sieht das BVerfG nach eigener Rechtsprechung den Schutz elementarer Werte des gesellschaftlichen Lebens als Hauptaufgabe des Strafrechts an. In diesem Sinne werde das Strafrecht als *ultima ratio* verwendet. Es komme gerade dann zum Einsatz, wenn eine bestimmte Verhaltensweise gesellschaftlich unerträglich ist und de-

<sup>3</sup> Zur Rechtsgutslehre im Strafrecht siehe *Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15.

<sup>4</sup> Vgl. *Appel, Ivo*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 342.

<sup>5</sup> *Roxin, Claus*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: *Neumann, Ulfrid/Herzog, Felix* (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573, 578.

<sup>6</sup> Vgl. *Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2013, Vor § 1 Rn. 144.

<sup>7</sup> Vgl. *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 7.

<sup>8</sup> *Roxin, Claus*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: *Neumann, Ulfrid/Herzog, Felix* (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573, 578.

<sup>9</sup> *Roxin, Claus*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht) 8/2013, Vol. 160, 433, 451.

<sup>10</sup> BVerfGE 120, 224.

ren Verdrängung für das friedliche Zusammenleben der Menschen besonders notwendig sei.<sup>11</sup>

In jüngster Zeit hat die Rechtsprechungspraxis des Verfassungsgerichts von Georgien bezüglich der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit strafrechtlicher Normen zugenommen. Gleichwohl gehen aus diesen Entscheidungen die Bedeutung und der Einfluss der Rechtsgutslehre auf die Kriminalisierung einer Handlung nicht eindeutig hervor. Das Verfassungsgericht von Georgien weist – ebenso wie das BVerfG – darauf hin, dass das Strafrecht zum Schutz von Rechtsgütern eingesetzt wird. Eine vertiefende Analyse, die sich mit der Bindungswirkung der Rechtsgutslehre für den Gesetzgeber auseinandersetzen würde, liefert das Gericht bei diesen Beurteilungen jedoch nicht.

Betrachtet man die relevante Rechtsprechung der georgischen Verfassungsgerichtsbarkeit auf einer allgemeinen Ebene, zeigt sich, dass dem Gesetzgeber bei der Kriminalisierung einer Handlung ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Nach dem Verständnis des Verfassungsgerichts „ist es der Bereich der Politik innerhalb derer der Staat zu entscheiden hat, welche Handlung kriminalisiert und wie die Begehung bestimmter Handlungen bestraft werden soll. Gerade die Staatsgewalt muss die effektive Möglichkeit haben, die sich aus bestimmten Handlungen ergebenden Gefahren zu bekämpfen und die betreffenden Handlungen unter Berücksichtigung ihrer Schwere und Bedeutung zu kriminalisieren. Gleichzeitig ist auch dasjenige Maß strafrechtlicher Verantwortung zu bestimmen, das ausreichend und wirksam ist, um die Gefahren zu bekämpfen, die sich aus den relevanten Handlungen ergeben.“<sup>12</sup> Allerdings „ist die Funktion der Kriminalisierung und Bestrafung einer Handlung im Rechtsstaat nur dann erfolgreich, wenn sie als ultima ratio eingesetzt wird. Zum Schutz der Gesellschaft und der Interessen der Menschen sollten strafrechtliche Normen als letztes Mittel eingesetzt werden, also erst dann, wenn andere Möglichkeiten des Rechtsgüterschutzes ausgeschöpft sind“.<sup>13</sup> Generell verbindet das Verfassungsgericht von

Georgien das Strafrecht organisch mit dem Zweck des Rechtsgüterschutzes. Allerdings hat das georgische Verfassungsgericht – ebenso wie das BVerfG – sich nicht ausdrücklich mit der verfassungsrechtlichen Natur der Rechtsgutslehre auseinandergesetzt und diejenige Bindungswirkung analysiert, die dieses Konzept für den Gesetzgeber hinsichtlich der Strafrechtspolitik haben kann.

### III. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Sowohl die deutsche Rechtsprechung als auch die herrschende juristische Lehre betrachten die verfassungsrechtlichen Schranken strafbegründender Normen im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zudem ist zu berücksichtigen, dass strafrechtliche Normen – anders als andere Rechtsnormen – keinen eigenen Bewertungsmaßstab bezüglich ihrer Verhältnismäßigkeit festlegen. Das BVerfG prüft zunächst unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, ob die in Frage stehende Strafnorm einen legitimen Zweck hat. Dies bezieht sich auf den Schutz eines Rechtsguts, wobei darauf hinzuweisen ist, dass damit das Konzept des Rechtsguts im formellen Sinne gemeint ist. Andernfalls sollte der legitime Zweck einer strafbarkeitsbegründenden Norm ein solcher Umstand sein, der dem materiellen Inhalt der Rechtsgutslehre genügt. Letzteres hat jedoch nach derzeitiger Praxis im Prozess der Gesetzgebung kein verfassungsrechtliches Gewicht.<sup>14</sup> Dementsprechend bieten vor allem die drei Elemente der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) die Möglichkeit einer korrekativen Beurteilung.

Im Bereich der Geeignetheit ist zu beachten, inwieweit die gemäß der strafrechtlichen Verantwortlichkeitsnorm anzuwendende Maßnahme ein taugliches Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks darstellt.<sup>15</sup> Wenn das Mittel die Erreichung des Zwecks unmöglich macht oder erschwert, ist es ungeeignet und genügt nicht dem Maßstab der Verfassungsmäßigkeit. Mit der Strafge-

<sup>11</sup> BVerfGE 27, 18; siehe auch *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, S. 2.

<sup>12</sup> Entscheidung N1/4/592 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 24.11.2015 in der Rechtsache „*Beka Tsikarishvili gegen das Georgische Parlament*“.

<sup>13</sup> Entscheidung N1/13/732 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 30.11.2017 in der Rechtssache „*Givi Shanidze*

*gegen das Georgische Parlament*“.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 120, 224.

<sup>15</sup> Vgl. *Bleckmann, Albert*, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS (Juristische Schulung) 3/1994, 177. Siehe auch BVerfGE 120, 224.

setzung hat der Staat einen großen Bewertungs- und Ermessensspielraum bei der Suche nach Mitteln zur Erreichung eines legitimen Ziels, wobei der Gesetzgeber aber selbstverständlich nicht über den verfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehen darf. Zudem ist anzumerken, dass es verfassungsrechtlich nicht erforderlich ist, dass der Gesetzgeber die bestmögliche Maßnahme zur Erreichung eines legitimen Zwecks wählt. Es genügt vielmehr, dass das eingesetzte Mittel wenigstens eine abstrakte Möglichkeit zur praktischen Verwirklichung des gesetzten Zwecks schafft.<sup>16</sup>

Ein weiteres Element bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Normen ist die Erforderlichkeit. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, genau zu prüfen, inwieweit ein Eingriff in die Grundrechte erforderlich ist. Außerdem ist zu erwägen, ob es weniger eingriffsintensive rechtliche oder außerrechtliche Maßnahmen gibt, die ebenso geeignet sind, die öffentlichen Interessen zu verfolgen und den legitimen Zweck zu erreichen.<sup>17</sup> Die eigentliche Schwierigkeit liegt in diesem Fall in der Beurteilung der relativen Tauglichkeit möglicher alternativer Instrumente. Aus normativer Sicht geht es im Kern darum, festzustellen, wie gering die Chance ist, dass das Alternativmittel wirkt.<sup>18</sup> Die Analyse der deutschen Rechtsprechung zeigt, dass das BVerfG von einer tiefgreifenden Auseinandersetzung mit dieser Frage absieht und sie in das Ermessen des Gesetzgebers stellt.<sup>19</sup> Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung eines legitimen Zwecks, sowie bei der Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein solcher Beurteilungsspielraum zu, der vom BVerfG – je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil bilden zu können, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter – nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann.<sup>20</sup> Aufgrund dieses Ansatzes der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es bisher kei-

ne Entscheidung, durch die eine strafrechtliche Verantwortlichkeitsnorm infolge der Prüfung ihrer Erforderlichkeit als verfassungswidrig angesehen wurde.

Das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, die auf das Verhältnis von Zweck und Mittel abstellt. Der Gesetzgeber soll die Strafrechtspolitik und die auf ihrer Grundlage entwickelten Strafnormen in ein angemessenes Verhältnis zu den potenziellen Adressaten setzen. Die gewählte Maßnahme sollte nicht übermäßig sein. Insofern besteht breiter Konsens darüber, dass die scharfe Waffe des Strafrechts und die Bestrafung wegen eines bestimmten Verhaltens als Ausdruck sozialer Verwerflichkeit nur in Bezug auf besonders schädliche Handlungen eingesetzt werden können, die das friedliche Zusammenleben beeinträchtigen.<sup>21</sup> Gerade in diesem Stadium tritt der praktische Ausdruck des Prinzips „nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“ am deutlichsten in Erscheinung. Eingriffe in die Grundrechte sollten nicht außer Verhältnis zu dem legitimen Zweck stehen, der erreicht werden soll. Genau auf diese Weise wird eine sinnvolle Einschränkung der ungerechtfertigten Expansion des materiellen Strafrechts erreicht.<sup>22</sup> In der deutschen Rechtswirklichkeit findet man kaum einen Fall, in dem eine strafbegründende Norm im Stadium der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne als verfassungswidrig angesehen wurde. Insofern verdient die Entscheidung des BVerfG vom 26. Februar 2020 besondere Aufmerksamkeit. Mit dieser Entscheidung hat das BVerfG die Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB festgestellt, der bis dahin die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe gestellt hatte. Nach Einschätzung des Gerichts schütze die grundgesetzlich verankerte allgemeine persönliche Freiheit als Ausdruck individueller Autonomie das Recht, über das eigene Leben zu verfügen. Die Entscheidung des Einzelnen, sein Leben nach seinen Vorstellungen zu gestalten, verdiene es daher regelmäßig, von der Gesellschaft und dem Staat respektiert zu werden. Die Freiheit zur Selbsttötung umfasse auch die Möglichkeit, dies mit Hilfe einer dritten Person zu tun, sofern dies angeboten wird. Es gebe je-

<sup>16</sup> Vgl. *Grabitz, Eberhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR (Archiv des öffentlichen Rechts), 98. Band, 1973, 572.

<sup>17</sup> Vgl. *Kobakhidze, Irakli*, Das Rechtsstaatsprinzip als unmittelbar geltendes Recht, *Journal of Law* 1/2013, 319.

<sup>18</sup> Vgl. *Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 275.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145.

<sup>21</sup> Vgl. *Vogel, Joachim*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *StV (Zeitschrift Strafverteidiger)* 1996, 110, 111.

<sup>22</sup> Vgl. *Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 275.

doch als solches kein verfassungsmäßiges Recht auf assistierten Suizid. Dies habe eine praktische Bedeutung insofern, als dass eine sterbewillige Person von einem Arzt ohne Berücksichtigung seines Willens und seiner inneren Überzeugungen nicht verlangen könne, den schmerzlosen Sterbensprozess zu fördern. Das Gericht stellt weiter fest, dass der Staat bei der Kriminalisierung dieser Form der Suizidhilfe einen legitimen Zweck verfolge, nämlich den Schutz sowohl der Willensautonomie des Suizidwilligen als auch dessen Lebens. Allerdings dürften dabei das allgemeine Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht, die verfassungsrechtlich schutzwürdige Interessen darstellen, nicht außer Acht gelassen werden. Dementsprechend sei in diesem Prozess ein angemessener Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter erforderlich, welchen die angegriffene Strafnorm nicht ermögliche. In dieser Hinsicht fehle es an Ressourcen zur deren Auslegung, die mit der Verfassung und den Grundrechten vereinbar seien. Darüber hinaus habe der Staat natürlich das Recht, die Tätigkeit der Organisationen und Personen, die Suizidbeihilfe leisten, in den Rahmen gesetzlicher Regelungen – die auch das Strafrecht einbeziehen – zu bringen, insbesondere dann, wenn die Form ihrer Tätigkeit die Willensautonomie des Suizidwilligen gefährde. Jedoch schließe die fragliche Norm den Raum vollständig ab, da sie es unmöglich mache, aufgrund einer bewusst getroffenen Entscheidung mittels Suizidbeihilfe über das eigene Leben zu verfügen.<sup>23</sup> Tatsächlich war dies der erste Fall, in dem das BVerfG eine bestimmte Norm des deutschen Strafgesetzbuches im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, genauer gesagt der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne, für verfassungswidrig befunden hat. Bemerkenswert ist zudem, dass das BVerfG im Einzelfall auch erörtert, inwieweit prozessuale Möglichkeiten bestehen und bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von strafbewehrtem Unrecht geringer Bedeutung zu berücksichtigen sind.<sup>24</sup> Daher würdigt das Gericht die Auflegung strafrechtlicher Verantwortung für derartiges Unrecht im Allgemeinen nicht als von sich aus verfassungswidrig, sondern berücksichtigt auch das Bestehen prozessualer Korrekturmöglichkeiten. Dieser Ansatz wurde teilweise kritisiert. Da eine generell bestimmte Ahndung geringfügigen Unrechts unverhältnismäßig

sei, müsse eine Norm zumindest als teilweise verfassungswidrig anerkannt werden, sofern auch prozessual eine Abhilfe nicht möglich sei.<sup>25</sup>

Auch das Verfassungsgericht von Georgien beurteilt im Rahmen seiner Rechtsprechung die Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ähnlich wie in Deutschland betont es dabei die subsidiäre, fragmentarische Natur des Strafrechts und dessen ultima-ratio-Charakter. Allerdings ist zu beachten, dass diesen Elementen für sich genommen nicht die Funktion zukommt, einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Maßstab zu bestimmen. Stattdessen sind sie in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz integriert. Auch das georgische Verfassungsgericht verweist auf das Konzept der Rechtsgutslehre, geht aber nicht darauf ein, welche Anforderungen daraus bezüglich der Kriminalisierung einer Handlung durch den Gesetzgeber erwachsen. Der Schutz eines Rechtsgutes wird im Allgemeinen als ein legitimer Zweck betrachtet. Darüber hinaus bleibt die Frage, welchen Einfluss die Rechtsgutslehre und deren materieller Inhalt auf die Bestimmung des legitimen Zwecks haben, bis heute offen. Auch in der Praxis der georgischen Verfassungsgerichtsbarkeit gab es einen Fall, in dem strafrechtliche Verantwortung begründende Normen für verfassungswidrig erkannt wurden. Streitgegenstand war die Verfassungsmäßigkeit des normativen Inhalts des Wortlauts „illegaler Konsum ohne ärztliche Verschreibung“ in Art. 273 des georgischen Strafgesetzbuches bezüglich Art. 16 (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) der georgischen Verfassung (in der bis zum 16.12.2018 geltenden Fassung). Die fragliche Norm begründete strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Gebrauch von Cannabis, das in der 92. horizontalen der zweiten Anlage des georgischen Gesetzes über Betäubungsmittel, psychotrope Stoffe und deren Ausgangsstoffe sowie über narkologische Unterstützung als Betäubungsmittel definiert ist. Das Verfassungsgericht befasste sich auf der Grundlage des klassischen Schemas der Verhältnismäßigkeit mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm. Nach der Feststellung des legitimen öffentlichen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit kam das Gericht zu dem Schluss, dass die angegriffene Norm dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit im

<sup>23</sup> BVerfG NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2020, 2394.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145.

<sup>25</sup> Siehe die abweichende Meinung des Richters *Sommer*, BVerfGE 90, 212.

engeren Sinne (Angemessenheit) nicht genüge, weil die mit ihr statuierte Regelung zu einem pauschalen Eingriff in die Privatsphäre bzw. die persönliche Autonomie führe. Konkret begründete die Norm eine ausnahmslose strafrechtliche Verantwortlichkeit für den wiederholten Gebrauch von Cannabis, unabhängig davon, ob die Handlung eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die Gesundheit anderer oder sonstige Rechtsgüter darstellte oder nicht. Dementsprechend hat das Verfassungsgericht die Regelung als unverhältnismäßigen Eingriff in den durch die persönliche Autonomie einer Person geschützten Lebensbereich anerkannt.<sup>26</sup>

#### IV. Der Schuldgrundsatz

Der Schuldgrundsatz kann ebenfalls als ein einschränkender und bindender Umstand bezüglich des Handlungsspielraums bei der Strafgesetzgebung betrachtet werden. Im Gegensatz zu anderen Verbotsnormen beziehen sich Strafnormen auf eine sozialetische Verwerflichkeit. Das Verhalten einer Person wird als verwerflich angesehen, wenn damit gegen die durch die Verbotsnorm des Strafrechts festgelegte Ordnung verstoßen wird. Dies ist aber nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen des Schuldgrundsatzes gewahrt bleiben, die einen verfassungsrechtlichem Rang besitzen. Das Schuldprinzip wird zunächst von seiner formellen Bedeutung her verstanden, d.h. als die individuelle Vorwerfbarkeit einer Handlung. Es ist zudem aber auch möglich, von einer materiellen Natur und dem Inhalt des Schuldprinzips zu sprechen. Die sozialetische Verwerfung weist selbstverständlich auf den materiellen Gehalt des Schuldprinzips hin. Dies wird umso deutlicher, wenn man das Schuldprinzip aus Grundsätzen wie der Rechtsstaatlichkeit, der Menschenwürde und der individuellen Verantwortung ableitet. Das Rechtsstaatsprinzip beinhaltet immer auch den Aspekt der materiellen Gerechtigkeit.<sup>27</sup> Für strafrechtliche Zwecke gilt das Genannte auch im Rahmen des Schuldgrundsatzes.<sup>28</sup> Daher ist dies bereits

der erste Hinweis darauf, dass für das richtige Verständnis des Wesens des Schuldprinzips auch materielle Gerechtigkeitserwägungen berücksichtigt werden müssen. So verbietet es die Menschenwürde beispielsweise, eine Person zum bloßen Objekt der Straftatbekämpfung zu machen und damit gegen die Anforderungen ihres sozialen Achtungsanspruchs zu verstoßen.<sup>29</sup> Dies gilt nach der in der deutschen Rechtsdogmatik vorherrschenden Auffassung insbesondere für solche Handlungen, die lediglich dem Schutz gesellschaftlicher Tabus oder moralischer Überzeugungen dienen.<sup>30</sup> Der Schutz der in der Gesellschaft vorherrschenden moralischen Werte und Tabus kann nicht als Aufgabe eines modernistischen Strafrechts angesehen werden. Individuelle Verantwortung bezieht sich auf die tatsächliche Fähigkeit einer Person, Entscheidungen in Bezug auf sich selbst zu treffen, einschließlich solcher, die für sie schädlich und unvernünftig sind. Daraus folgt, dass Fälle von Selbstverletzung nicht Gegenstand einer sozialetischen Verurteilung sein können. Die oben genannten Probleme sind eng mit dem Schuldprinzip verbunden. Unter Berücksichtigung dessen sollte der legitime Zweck von Strafnormen nur darin bestehen, den Anforderungen des materiellen Inhalts des Schuldgrundsatzes Rechnung zu tragen.<sup>31</sup> Das Schuldprinzip kann nicht nur die Frage beantworten, welche Positionen strafrechtlich geschützt werden können. Unter Berücksichtigung des formalen Inhalts der Schuld und ihrer von der Zurechnungsfunktion geprägten Natur kann sie auch die Wirkung der Strafnorm auf der Stufe der Geeignetheit und Erforderlichkeit normativ einschränken. Dies gilt insbesondere für die abstrakten Gefährdungsdelikte, bei denen eine Schädigung rechtlicher Interessen noch fernliegt und es schwierig ist, von der Schuld einer Person in materieller Hinsicht zu sprechen.<sup>32</sup> Demnach kann eine Strafbarkeit im Stadium der Geeignetheit ausgeschlossen werden, wenn die Gefahr für das Rechtsgut noch weit entfernt ist.

<sup>26</sup> Vgl. Entscheidung N1/13/732 des Verfassungsgerichts von Georgien vom 30.11.2017 in der Rechtssache „*Givi Shanidze gegen das Parlament Georgien*“.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 7, 89; BVerfGE 187, 246.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG NJW 1997, 929, 930; BVerfG NJW 2013, 1058, 1060.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 50, 125.

<sup>30</sup> Vgl. *Hassemer, Winfried*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 242.

<sup>31</sup> Vgl. *Kaspar, Johannes*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im modernen Präventionsstrafrecht, 2014, S. 270.

<sup>32</sup> Siehe die abweichende Meinung des Richters *Graßhoff*, BVerfGE 90, 199.

## V. Fazit

Sowohl die Rechtsgutslehre als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz können unter den Bedingungen ihrer verfassungsrechtlichen Auslegung dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Strafnormen keine klaren Grenzen setzen. Die Rechtsgutslehre wurde von der deutschen Praxis abgelehnt, während das Verfassungsgericht von Georgien ihre verfassungsrechtliche Bedeutung noch nicht tiefgreifend erörtert hat. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es problematisch, dem Gesetzgeber bei der Bestimmung des legitimen Zwecks, dem eine strafrechtliche Normen dienen soll, einen nahezu unbegrenzten Ermessensspielraum einzuräumen. Die subsidiäre und fragmentarische Natur des materiellen Strafrechts manifestiert sich nur in einzelnen Verhältnismäßigkeitselementen im Kontext einer gemeinsamen Beurteilung, ohne dass diesen dabei eine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung für die Identifizierung der Problemfrage zukommt, für welche Art von Handlungen der Gesetzgeber Strafbarkeit festlegen darf.

Vor dem Hintergrund der Abgrenzung der Rechtsgutslehre und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und deren Gegenläufigkeit wird der Schuldgrundsatz außer Acht gelassen, den man nach bisheriger Rechtsprechung nur bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Strafe berücksichtigt. Dementsprechend hat sein materieller Inhalt und dessen Auswirkung auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der strafbarkeitsbegründenden Normen geringere Relevanz. Somit wird deutlich, dass sowohl die Rechtsgutslehre und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch der Schuldgrundsatz einer vertieften Untersuchung bedürfen, um für den Gesetzgeber dahingehend Klarheit zu schaffen, welchen verfassungsrechtlichen Rahmen er bei der Umsetzung einer angemessenen Strafrechtspolitik einzuhalten hat.