

JOHANNES KASPAR

## DER EINFLUSS PRIVATER AKTEURE AUF DIE REICHWEITE STRAFRECHTLICHER NORMEN

### A. NORMSCHAFFUNG UND NORMKONKRETISIERUNG ALS GEGENSTÄNDE PRIVATER BEEINFLUSSUNG

In meinem Beitrag soll es um den Einfluss von privaten (im Sinne von nicht-staatlichen) Akteuren auf die „Reichweite strafrechtlicher Normen“ gehen. Das ist bewusst zurückhaltend formuliert, denn um „Normschaffung“ in einem unmittelbaren und technischen, auf die Gesetzgebung bezogenen Sinn kann es bei dieser Themenwahl offensichtlich nicht gehen; diese ist dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten, zumal im Bereich des Strafrechts, wo das strenge Regiment des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG gilt.

Es soll vielmehr um private Einflüsse auf die „Reichweite“ strafrechtlicher Normen gehen, womit Einflüsse auf der Ebene der Rechtsanwendung gemeint sind. In einem weiten Sinne lässt sich auch das als „Normschaffung“ bezeichnen. Denn unabhängig von der Geltung des eben erwähnten Gesetzlichkeitsprinzips existiert auch im Strafrecht eine Art Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender, im hier interessierenden Zusammenhang: den Gerichten, die über die Frage der materiellen Strafbarkeit zu entscheiden haben.

Das ist ganz augenfällig bei den Fahrlässigkeitsdelikten, wo sich der Gesetzgeber (vermutlich ohne besonders gute Alternative) darauf beschränkt, die sorgfaltswidrige Verursachung eines bestimmten Erfolgs, z. B. der Verletzung oder Tötung eines Menschen, unter Strafe zu stellen. Das Gesetz enthält hier keine konkrete Beschreibung eines inkriminierten Verhaltens;<sup>1</sup> besonders in einem solchen Fall obliegt es dann dem Richter, im Einzelfall die Reichweite des strafrechtlichen

---

<sup>1</sup> Vgl. J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2015, Rn. 931: „ergänzungsbedürftige Tatbestände“. Siehe dazu auch C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 24, Rn. 94.

Verbots abzustecken und damit, wenn man so will, einzelfallbezogen „Normschaffung“ (besser: „Normkonkretisierung“) zu betreiben.

Inwieweit nun private Akteure Standards setzen können, die diesen Entscheidungsprozess auf der Ebene der Rechtsanwendung beeinflussen, inwieweit private Akteure dabei unter Umständen faktisch oder sogar *de jure* unmittelbar über die Frage der Strafbarkeit im konkreten Einzelfall disponieren können, ist der Gegenstand meiner folgenden Ausführungen. Eine private Disposition über die Reichweite des öffentlichen Strafanspruchs erscheint nicht nur begrifflich widersprüchlich; vielmehr besteht hier offensichtlich auch ein Spannungsfeld zum bereits erwähnten Gesetzlichkeitsprinzip sowie zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG.

## B. BEISPIELE

Ich will die Problematik anhand dreier Fallgruppen beleuchten. Zunächst soll es um die bereits oben erwähnte Frage des Sorgfaltsmaßstabs bei den Fahrlässigkeitsdelikten gehen; anschließend will ich erörtern, wie sich Compliance-Richtlinien von Unternehmen auf die Beurteilung der materiellen Strafbarkeit von wirtschaftlichem Handeln (auch im Bereich vorsätzlicher Taten) auswirken können. In beiden Fällen geht es in erster Linie um „kollektive Regelwerke“, die im Rahmen von Institutionen geschaffen werden. Anders stellt sich dies bei der dritten und vielleicht problematischsten Fallgruppe dar, bei der es um eine individuelle Opferdisposition bei der Bewertung des eingetretenen Taterfolgs geht.

### I. FAHRLÄSSIGKEITSDELIKTE

Zunächst einige Sätze zur notwendigen Präzisierung der Sorgfaltsmaßstäbe bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Wenn ein Skifahrer auf der Piste ohne Vorsatz einen anderen Menschen überfährt und letzterer stirbt, steht eine fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB im Raum. Eine Strafbarkeit kommt aber nur in Betracht, wenn sich das Verhalten als sorgfaltspflichtwidrig darstellt. Der Richter steht hier also vor der Aufgabe, sich in die damalige Situation zu versetzen und zu rekonstruieren, ob die vom Verursacher an den Tag gelegte Handlung gegen eine

Verhaltensregel verstoßen hat. Soweit rechtlich normierte Verhaltensregeln existieren, sind diese heranzuziehen.<sup>2</sup> Bestes Beispiel sind die in der Straßenverkehrsordnung niedergelegten Regeln, wie man sich etwa beim Steuern eines Autos korrekt verhält.<sup>3</sup> Wenn keinerlei Regeln existieren, muss der Richter sich ohne diesen Zwischenschritt unmittelbar an einer Art „Meta-Sorgfaltsnorm“ orientieren, also an der Frage, wie sich ein besonnener und gewissenhafter Mensch in der konkreten Situation verhalten hätte<sup>4</sup> – hier wird das mit den Fahrlässigkeitsdelikten verbundene Bestimmtheitsproblem<sup>5</sup> ganz offensichtlich.

Vor diesem Hintergrund ist es sowohl menschlich nachvollziehbar als auch rechtlich geboten, dass der Richter beim Fehlen gesetzlich fixierter Regeln nach anderen abstrakt-generellen Maßstäben zur Beurteilung des konkreten Verhaltens suchen wird. Das können technische DIN-Normen und andere sogenannten „Verkehrsnormen“<sup>6</sup> aus dem technischen Bereich sein, das können im medizinischen Bereich die (wenn auch nicht kodifizierten) „Regeln der ärztlichen Kunst“ sein.<sup>7</sup> Und im eben erwähnten Beispiel des Skifahrers werden in der Praxis die sogenannten FIS-Regeln über korrektes Verhalten auf Ski-Pisten herangezogen,<sup>8</sup> also die Regeln der *Federation Internationale de Ski*, des Weltskiverbands (der soweit ersichtlich von den US-Behörden anders als die FIFA bislang noch nicht als kriminelle Organisation klassifiziert wird). Wie die FIFA ist auch die FIS keine staatliche Institution, sondern ein privater Verein. Es hat also den Anschein, als würde ein privater Verein dadurch, dass er sich ein bestimmtes Regelwerk gibt, zugleich über die Reichweite der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in diesem Lebensbereich zumindest mitentscheiden.

<sup>2</sup> J. Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2015, Rn. 865.

<sup>3</sup> Weitere Beispiele für solche Sondernormen (z. B. §§ 5 Abs. 1, 6 AtomG sowie § 42 Abs. 1 WaffG und § 24 Abs. 2 SprengstoffG) bei Wessels/Beulke/Satzger (N. 1), Rn. 947.

<sup>4</sup> Zur Orientierung an der „differenzierten Maßfigur“ des besonnenen und gewissenhaften objektiven Beobachters siehe nur Kaspar (N. 2), Rn. 862; Roxin (N. 1), § 24, Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger (N. 1), Rn. 943 (mit Hinweis auf die Gegenstimmen, die bereits eine Subjektivierung des Sorgfaltsmaßstabs fordern).

<sup>5</sup> Kritisch G. Duttge, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011, Rn. 206; ders. JZ 2014, S. 261; R. Schmitz, Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns, in: Joock/S Bachmann (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 181; dagegen R. Herzberg, ZIS 2011, S. 444.

<sup>6</sup> Roxin (N. 1), § 24, Rn. 18. Siehe näher T. Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490 ff.; B. Schünemann, Die Regeln der Technik im Strafrecht, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Lackner, 1987, S. 367.

<sup>7</sup> Roxin (N. 1), § 24, Rn. 35.

<sup>8</sup> R. Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2015, § 51, Rn. 16.

Ist das nun ein Problem der Gesetzlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichheit? Aus mehreren Gründen nicht. Zum einen ist, wie ich oben schon angedeutet habe, eine auch nur einigermaßen lückenlose und detaillierte Kodifizierung der Verhaltensanforderungen im Fahrlässigkeitsbereich durch den Gesetzgeber schlicht unmöglich. Geht man hiervon aus, ist es ein Gewinn an Bestimmtheit, Rechtssicherheit und auch Gleichheit der Rechtsanwendung, wenn sich der Strafrichter bei der Entscheidung über die Strafbarkeit an allgemein anerkannten Regeln, seien sie auch privater Natur, orientiert. Wenn es legitim ist, die Strafbarkeit in gänzlich unregulierten Lebensbereichen anhand der oben erwähnten „Meta-Sorgfaltsnorm“ zu bestimmen, ist m. E. im Wege eines Erst-Recht-Schlusses von der Zulässigkeit der Orientierung der Sorgfaltspflichten an (geschriebenen oder ungeschriebenen, privaten oder öffentlichen) „Zwischen-Normen“ auszugehen.

Um diesen Gedanken an einem Beispiel zu verdeutlichen sei auf die Tragödie im Rahmen des sogenannten Zugspitzlaufs hingewiesen, die vor einigen Jahren in den Schlagzeilen war.<sup>9</sup> Der Veranstalter eines sogenannten „Extremberglaufs“ hatte die Teilnehmer auf die unsicheren Wetterverhältnisse sowie auf die erforderliche warme Kleidung hingewiesen. Zwei Teilnehmer des Laufs, die offenbar keine ausreichende Ausrüstung hatten, kamen wegen eines Temperatursturzes auf dem Berggipfel zu Tode. Da es für das ordnungsgemäße Veranstellen von Bergläufen keine geschriebenen Sorgfaltsregeln gibt, musste das zuständige Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen anhand der erwähnten allgemeinen Maßstäbe entscheiden und kam (m.E. überzeugend) zum Freispruch. Denn der Veranstalter hatte alle aus Sicht eines objektiven Beobachters erforderlichen Warnhinweise gegeben; das Verhalten der zu Tode gekommenen Teilnehmer stellte sich damit letztlich als eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung dar. Wenn nun ein (fiktiver) Verband der Berglaufveranstalter Regeln niederlegen würde, wäre es im Vergleich zu dieser „freihändigen“ Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs nachvollziehbar, wenn das Gericht die Frage des fahrlässigen Handelns auch mit Blick auf diese privat geschaffenen Regeln entscheiden würde.

Diese Regeln entfalten aber, das kommt als zweites und wichtiges Argument hinzu, lediglich eine Indizwirkung, sind also für das Gericht

---

<sup>9</sup> Siehe dazu Kaspar (N. 2), Rn. 891 f. sowie den Übungsfall bei I. Albrecht/J. Kaspar, JuS 2010, S. 1071.

nicht verbindlich.<sup>10</sup> Auch wenn faktisch eine Orientierung an existierenden privaten Regelwerken üblich ist, steht es dem staatlichen Gericht natürlich frei, von diesen im Einzelfall abzuweichen und strengere, vor allem aber auch weniger strenge Maßstäbe zu postulieren. Andernfalls hätte es der private Akteur, beispielsweise der erwähnte Weltskiverband oder unser fiktiver Verband der Berglauf-Veranstalter, in der Hand, durch eine Änderung seines Regelwerks aus objektiver Sicht an sich gefährliche und strafwürdige Handlungen zu legalisieren<sup>11</sup> – oder umgekehrt eine Strafbarkeit (oder doch zumindest ein Risiko der Bestrafung) objektiv an sich harmloser Verhaltensweisen herbeizuführen.

Soweit dabei die staatlichen Maßstäbe weniger streng sind als die privaten, ist das aus grundrechtlicher Perspektive (als Erweiterung freiheitlicher Sphären) kein Problem und entspricht der *ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts. Beispielhaft: Das Foul im Fußball ist ein Verstoß gegen sportinterne Regeln und wird anhand dieser Regeln sanktioniert, bis hin zur Verband-Gerichtbarkeit, die hier eingeschaltet werden kann. Es ist damit aber natürlich noch lange keine strafbare fahrlässige oder gar vorsätzliche Körperverletzung gem. § 229 StGB oder § 223 StGB.<sup>12</sup> Soweit, so unproblematisch.

Darf der Staat aber nun tatsächlich vom privaten Regelwerk abweichende strengere Maßstäbe formulieren? Er muss dies können, da ansonsten doch eine partielle Bindung an die private Vorgabe einträte, die soeben abgelehnt wurde. Diese Autonomie der staatlichen Gerichte gilt auch dann, wenn das bislang als Maßstab herangezogene private Regelwerk inhaltlich nicht verändert wurde; auch hier ist ein Abweichen kraft besserer Einsicht möglich, wie auch sonst nach h.M. eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu einer bestimmten Fragestellung zulässig ist.<sup>13</sup> Allerdings muss in dieser Konstellation über den nötigen Vertrauens-

<sup>10</sup> Dazu Kaspar (N. 2), Rn. 866; Roxin (N. 1), § 24, Rn. 16; Wessels/Beulke/Satzger (N. 1), Rn. 947; aus der Rechtsprechung: BGHSt 4, S. 182; BGHSt 12, S. 75; BGH, StV 2001, S. 108; siehe auch R. Esser/N. Keuten, NStZ 2011, S. 314 (318); H. Kudlich, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, in: Dannecker/Langer/Ranft (Hrsg.), Festschrift für Otto, 2007, S. 373 (strenges Regel-Ausnahme-Prinzip).

<sup>11</sup> Siehe auch D. Sternberg-Lieben/F. Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, § 15, Rn. 135 m. w. N.

<sup>12</sup> Siehe dazu auch Roxin (N. 1) § 24, Rn. 20; D. Rössner, Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 325; vertiefend W. Schild, Sportstrafrecht, 2002, S. 75 ff.

<sup>13</sup> Teilweise wird aber in diesem Bereich eine verbotene Rückwirkung gesehen, siehe nur K. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 271.

schutz für den Betroffenen nachgedacht werden, wenn er sich im Rahmen eines privaten Regelwerks hält, das bislang von der Rechtsprechung zur Konkretisierung der Sorgfaltsmaßstäbe herangezogen wurde. Bei einer für den Betroffenen überraschenden Abweichung von den bisherigen Maßstäben kann dieser Vertrauensschutz durch die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums gewährleistet werden,<sup>14</sup> der gem. § 17 S. 1 StGB zum Schuldausschluss führt. Nach erfolgter Rechtsprechungsänderung wird es dann aber im Regelfall zumutbar sein, sich auf die neue rechtliche Situation einzustellen. Ein etwaiger Verbotsirrtum wird ab diesem Zeitpunkt regelmäßig vermeidbar sein, was lediglich zu einer fakultativen Strafrahmenermilderung gem. § 17 S. 2 StGB führen kann.

## II. COMPLIANCE-RICHTLINIEN

Ein weiteres Beispiel für private Einflüsse auf die Reichweite strafbaren Verhaltens sind Richtlinien (oder individuelle Vereinbarungen), in denen Unternehmen Verhaltensmaßstäbe für die Belegschaft formulieren. Das Schlagwort „Compliance“ ist in aller Munde und lässt sich grob zusammenfassen als die Summe der Bemühungen von Unternehmen, regelkonformes Verhalten der Mitarbeiter zu garantieren und umgekehrt Regelverstöße, insbesondere Straftaten von Mitarbeitern, zu verhindern. Neben personellen Maßnahmen wie der Einrichtung einer Compliance-Abteilung oder der Benennung eines sogenannten Compliance-Officers umfasst der Katalog typischer Maßnahmen auch das Aufstellen sogenannter Compliance-Richtlinien.

Soweit dabei lediglich auf die Existenz strafrechtlicher Normen hingewiesen wird oder deren Inhalt schlicht paraphrasiert wird, ergeben sich keine besonderen Probleme, da damit kein potenziell verändernder Einfluss auf die Reichweite des strafrechtlichen Verbots verbunden ist. Anders ist dies, soweit (wie regelmäßig der Fall) in Compliance-Richtlinien darüber hinaus *differenziertere Verhaltensregeln* für Mitarbeiter aufgestellt werden, etwa Regeln über die Annahme von Zuwendungen von Geschäftspartnern oder auch Maßstäbe über das Eingehen von wirtschaftlichen Risiken.

---

<sup>14</sup> Als Kompensation der größeren Unbestimmtheit der Fahrlässigkeitstatbestände (und damit auch als Korrektiv einer zu weit ausgreifenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit) wird neben § 17 S. 1 StGB von Roxin (N. 1), § 24, Rn. 97 noch auf einen möglichen Entschuldigungsgrund der „Unzumutbarkeit“ hingewiesen.

Ein direkter Einfluss von Compliance-Richtlinien und dort gegebenenfalls festgeschriebenen Verhaltenspflichten auf die materielle Strafbarkeit zeigt sich etwa im Bereich der Untreue gem. § 266 StGB. Dort kommt es auf die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht an, die im Unternehmensbereich regelmäßig auf einer im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer individuell ausgehandelten Vereinbarung beruhen wird. Die Untreuestrafbarkeit ist ihrer Struktur nach also, wenn man so will, abhängig von einer privaten Disposition. Es steht dem einzelnen Treugeber frei, die Pflichten des Trenehmers (in allgemeinen Richtlinien oder individualvertraglich) besonders streng oder besonders locker zu formulieren, und dies wirkt sich unmittelbar auf die Reichweite der Strafbarkeit im Einzelfall aus.<sup>15</sup> Aus mehreren Gründen ist das nicht *per se* bedenklich.

Zum einen liegt die private Disposition hier (mit dem beidseitigen Eingehen des Treueverhältnisses) im Vorfeld der potenziellen Tathandlung. Der Treunehmer weiß von seiner Pflichtenstellung und zumindest grundsätzlich von deren Inhalt bereits vorab, so dass er von einer möglichen Strafbarkeit nicht überrascht wird. Hinzu kommt, dass der Pflichtenverstoß allein zur Begründung der Strafbarkeit nicht genügt, sondern dass darüber hinaus ein Vermögensnachteil eintreten muss. Das ist konsequent, da nicht etwa die ordnungsgemäße Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten das von der Norm geschützte Rechtsgut ist, sondern das Vermögen. Durch dieses Tatbestandselement wird eine ausreichende (objektive) Schädlichkeit des Verhaltens sichergestellt, was den „privaten“ Einfluss auf die Reichweite der Strafbarkeit relativiert.

Problematischer ist unter diesem Gesichtspunkt aber § 299 Abs. 2 StGB n.F., der die bloße Verletzung von Pflichten, die sich auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen beziehen, unter Strafe stellt, soweit für diese Pflichtverletzung ein Vorteil gewährt wird.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber verwirklicht hier das sogenannte „Geschäftsherrenmodell“, stellt also die dem Geschäftsherr geschuldete Pflicht ins Zentrum der Strafbegründung. Das Gesetz sieht damit allein die Verletzung einer Pflicht, die von Privaten autonom definiert und im Unternehmensbereich regelmäßig von Arbeitgeberseite einseitig gesetzt wird, als Grundlage einer Bestrafung vor und verzichtet auf einen Vermögensschaden. Damit entfällt

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu R. Esser, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl., 2014, § 266, Rn. 313; D. Krause, *StraFo* 2011, S. 443, R. Michalke, *StV* 2011, S. 248, H. Theile, *wistra* 2010, S. 457.

<sup>16</sup> Kritisch etwa B. Schünemann, *ZRP* 2015, S. 68 ff.

eine greifbare Möglichkeit, die objektive Schädlichkeit des Verhaltens sicherzustellen. Und so erklären sich die in der Literatur kursierenden Beispiele, die als harmlos und kaum strafwürdig erscheinen, aber dennoch unter den Wortlaut der Norm fallen. Denkbar wäre etwa eine Strafbarkeit, wenn sich der Fahrer einer Speditionsfirma entgegen der internen Anweisung seines Vorgesetzten vom Kunden gegen Zahlung von 50 Euro überreden lässt, regelmäßig über einen erhöhten Bordstein zu fahren, damit das Einladen der Waren leichter zu bewerkstelligen ist.<sup>17</sup> Auch wäre es nach dem Buchstaben des Gesetzes strafbar, wenn weibliche Angestellte eines Catering-Services vom Kunden durch Gabe von Geschenkgutscheinen überredet werden, entgegen der strikten Anweisung des Arbeitgebers, keine Schürzen zu tragen.<sup>18</sup>

Hier besteht offenbar ein großer Bedarf zumindest nach einer teleologischen Reduktion,<sup>19</sup> die aber durch das unklare Schutzgut erheblich erschwert wird. Die Verbindung von schlichter Pflichtverletzung mit einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs ist eher lose. Meine These ist, dass eine der Schwierigkeiten der Norm daraus resultiert, dass man mit § 299 Abs. 2 StGB n.F. eine Norm zum Schutz fast beliebig definierbarer Privatinteressen kreiert hat, die dem Anspruch des Strafrechts zuwiderläuft, nur objektiv feststellbar erheblich schädliche Verhaltensweisen zu verbieten.<sup>20</sup> Das weckt nicht nur Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>21</sup> da der Umfang des strafbaren Verhaltens *ex ante* nicht klar genug vom Gesetzgeber selbst umrissen wird. Zugleich droht die Gesetzesfassung (da sie auch objektiv bagatelhaft erscheinende Fälle erfasst) mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>22</sup> und möglicherweise auch (da objektiv gleich gelagerte Fälle ungleich behandelt werden<sup>23</sup>) mit dem Gleichheitsgebot in Art. 3 Abs. 1 GG zu kollidieren.

<sup>17</sup> Siehe dazu J. Bielefeld/L. Wengenroth, CB 2015, S. 367 (368).

<sup>18</sup> T. Rönna u, in: Achenbach/Ransiek/Rönna u (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015, 3. Teil, 2. Kap., Rn. 80.

<sup>19</sup> Dazu M. Kubiciel, ZIS 2014, S. 667 (669); E. Hoven, NStZ 2015, S. 553 (557 ff.).

<sup>20</sup> Siehe kritisch M. Zöllner, GA 2012, S. 137 (145) sowie Rönna u (N. 19), Rn. 81; Kubiciel (N. 19), S. 671 fordert eine Objektivierung anhand der strafrechtlichen Zurechnungslehre, deren Maßstäbe aber noch genauer zu begründen wären.

<sup>21</sup> Vgl. O. Sahan, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 299, Rn. 3.

<sup>22</sup> Das wird teilweise mit einem Hinweis auf die *ultima-ratio*-Funktion der Strafe ausgedrückt, siehe etwa Hoven, (N. 19), S. 557.

<sup>23</sup> Das lässt sich natürlich bestreiten, wenn man auf die Verletzung des individuellen Willens des Geschäftsherrn als Rechtsgut abstellt, denn dann ist es nur konsequent, die jeweilige subjektive Einstellung zum Geschehen als sachliches Differenzierungskriterium heranzuziehen.

### III. INDIVIDUELLE OPFERDISPOSITION ÜBER TATHANDLUNG BZW. TATERFOLG?

Damit bin ich beim dritten und letzten Beispiel einer möglichen „Opferdisposition“, hier in Bezug auf die Frage des Vorliegens einer tatbestandsmäßigen Handlung bzw. des Eintritts eines tatbestandsmäßigen Erfolgs.

Die Problematik ist an sich wohlbekannt und wird bislang auch regelmäßig zufriedenstellend gelöst, indem man konsequent objektive Maßstäbe anlegt. Beispielsweise ist es anerkannt, dass die Frage der Androhung eines „empfindlichen Übels“ als Nötigungsmittel im Sinne von § 240 StGB nicht von der subjektiven Sichtweise des Opfers abhängen kann, sondern einer abstrahierenden, objektiven Bewertung bedarf. Gleiches gilt für die Frage, ab welcher Schwelle von einer körperlichen „Misshandlung“ im Sinne von § 223 StGB gesprochen wird. Das ist hier auch deswegen möglich, weil man es mit im Kern deskriptiven Merkmalen zu tun hat, die zwar nicht ohne jede Wertung bestimmt werden können, aber doch einen empirischen Kern aufweisen.

Das ist schon etwas schwieriger bei der Frage, wann einer Äußerung ein „ehrverletzender“ Charakter innewohnt, so dass der Tatbestand der Beleidigung gem. § 185 StGB erfüllt ist. Klar ist, dass man auch diese Bewertung eines objektiven (!) Tatbestandselements nicht vollständig von der Einschätzung des Beleidigten abhängig machen kann. Wer besonders empfindlich ist und auch das Weglassen des Dokortitels bei der Anrede als Beleidigung versteht, muss in seinem feinen Ehrverständnis nicht vom Strafrecht geschützt werden. Dafür spricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der den Charakter des Strafrechts als *ultima ratio* umfasst und eine Beschränkung der Sanktionierung auf gravierende Interessenbeeinträchtigungen verlangt. Hinzu kommt der Bestimmtheitsgrundsatz, der ausschließt, dass ein Verhalten in nicht vorhersehbarer Weise nur aufgrund einer besonderen Empfindlichkeit des Rechtsgutsträgers in den Kreis strafbarer Verhaltensweisen einbezogen wird.

Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass im Bereich der Beleidigungsdelikte durchaus ein gewisser Einfluss des Opfers existiert, möglicherweise aufgrund des höchstpersönlichen Charakters des geschützten Rechtsguts der „Ehre“. Das zeigt sich besonders im Strafantragsrecht gem. § 194 StGB, das die Möglichkeit einer vollständigen Opferdisposition enthält – allerdings bezieht sich diese wohlgerne

nicht auf den Bereich der materiellen Strafbarkeit, sondern lediglich auf die Anschlussfrage der Verfolgbarkeit der Tat.

Aber auch darüber hinaus ist ein zumindest faktischer Einfluss auf die Bejahung der Strafbarkeit seitens der Gerichte nicht auszuschließen. Nicht umsonst findet sich in Beleidigungsanzeigen regelmäßig der Passus, wonach sich der Betroffene „in seiner Ehre verletzt gefühlt habe“ – obwohl dies wohl gemerkt bei streng dogmatischer Vorgehensweise für die Subsumtion des Geschehens unter den objektiven Tatbestand keine Rolle spielen dürfte! Falls die erwähnte Passage also ein Hinweis darauf sein sollte, dass die Praxis die Bejahung des Tatbestands von einem „subjektiven Beleidigungsempfinden“ des Opfers abhängig machen sollte, wäre dies fehlerhaft.

Ein weiteres Beispiel für eine problematische Opferdisposition ist auch die Frage, wann die schwere Folge einer „dauerhaften Entstellung“ im Sinne von § 226 StGB zu bejahen ist. Gemeint sind die Konstellationen, in denen die entstellenden Folgen der Körperverletzung, etwa eine große Wunde mit Narbenbildung im Gesicht, an sich mit einem operativen Eingriff behebbar wären, das Opfer sich aber weigert, eine solche Operation vorzunehmen. Hier wird überwiegend danach differenziert, ob die Weigerung des Opfers nachvollziehbar erscheint, etwa wegen der Risiken des Eingriffs, oder ob ein an sich zumutbarer kosmetischer Eingriff aus nicht nachvollziehbaren Gründen abgelehnt wird.<sup>24</sup> Man kann hier den Gedanken der Zuteilung von Verantwortungsbereichen nach den Regeln der objektiven Zurechnung fruchtbar machen; die objektiv nicht nachvollziehbare Weigerung des Opfers, den Schaden zu minimieren fällt dann (vergleichbar einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung) in den Verantwortungsbereich des Opfers und kann als Taterfolg dem Täter nicht zur Last gelegt werden. Ohnehin geht es hier nur um die Frage einer Strafschärfung, also das „Wie“ der Bestrafung, nicht aber das „Ob“ der Strafbarkeit, denn zumindest die Strafbarkeit nach dem Grundtatbestand der einfachen Körperverletzung steht hier ja fest.

Anders ist dies bei meinem letzten Beispiel, das ein Beleg dafür ist, dass das Übergreifen des subjektiven Opferhorizonts auf die Bewertung an sich objektiver Tatbestandselemente ein reales Problem ist und die Möglichkeiten einer Bewältigung mit dogmatischen Mitteln teilweise an ihre Grenzen stoßen. Gemeint ist der „Stalking“-Paragraph

---

<sup>24</sup> Vgl. nur T. Fischer, StGB, 62. Aufl. (2016), § 226, Rn. 9a.

des § 238 StGB.<sup>25</sup> Um einer Ausuferung der Strafbarkeit vorzubeugen hat der Gesetzgeber unter anderem vorausgesetzt, dass das nachstellende Verhalten des Täters die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend beeinträchtigt. Die Auslegung dieses recht unbestimmten Tatbestandsmerkmals ist eine der vieldiskutierten Fragen im Bereich des § 238 StGB, die stark von einer Kasuistik der Rechtsprechung beherrscht wird. So soll es noch nicht genügen, wenn das Opfer sich durch die Nachstellung des Stalkers oder der Stalkerin lediglich zum Wechsel der Telefonnummer genötigt sieht.<sup>26</sup> Eindeutig erreicht ist die Schwelle zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung aber, wenn sich das Opfer zum Wechsel der Wohnung oder gar des Wohnorts gezwungen sieht.<sup>27</sup> Schon die verwendeten Formulierungen zeigen, wie sehr es hier also auf die subjektive Entscheidung des Opfers ankommt, ob es die Situation weiterhin ertragen mag oder nicht – die Gerichte kommen in der Folge kaum umhin, dieser Entscheidung des Opfers bei der Prüfung der materiellen Strafbarkeit ein großes Gewicht beizumessen. Eine objektive Bewertung seitens des Gerichts bleibt prinzipiell möglich,<sup>28</sup> ist aber angesichts des sehr komplexen Phänomens des „Stalking“ mit seinem individuellen Beziehungsgeflecht zwischen den Beteiligten deutlich erschwert. Daher ist es hier auch – anders als bei § 226 StGB, wo es im Kern um einschätzbare medizinische Fakten geht – kaum denkbar, das Verhalten des Opfers als „nachvollziehbar“ und damit tatbestandsrelevant oder eher „willkürlich“ und damit tatbestandsirrelevant einzuordnen.

Eine Lösung der Dispositionsproblematik wäre es, die Norm in ein sogenanntes Eignungsdelikt (als Unterform eines abstrakten Gefährdungsdelikts) umzuwandeln.<sup>29</sup> Man würde es dann genügen lassen, dass der Täter dem Opfer in einer Weise nachstellt, die (objektiv) geeignet ist, dessen Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen. Damit würde man die Norm allerdings tendenziell ausweiten, was der zu Recht auf Restriktion bedachten Linie des Gesetzgebers zuwiderliefe.<sup>30</sup> Und auch an Bestimmtheit wäre damit nur wenig gewonnen; letztlich

<sup>25</sup> Siehe dazu S. Beck, GA 2012, S. 722 ff.

<sup>26</sup> Fischer (N. 24), § 238, Rn. 24a.

<sup>27</sup> Fischer (N. 24), § 238, Rn. 24.

<sup>28</sup> Zu entsprechenden Ansätzen siehe nur die Nachweise und kritische Erörterung bei Beck (N. 25), S. 726.

<sup>29</sup> Vgl. den Entwurf der Bundesregierung bzgl. eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 8.7.2016.

<sup>30</sup> Vgl. Beck (N. 25), S. 724.

würde in der Praxis dann vermutlich in vielen Fällen aus dem Umstand einer *ex post* tatsächlich eingetretenen (gegebenenfalls auch auf entsprechenden Dispositionen des Opfers beruhenden) Beeinträchtigung auf die entsprechende Eignung des Verhaltens *ex ante* geschlossen.

Was bleibt ist die Mahnung an die Praxis, sich das Problem einer zu starken Subjektivierung der Bewertung des Taterfolgs überhaupt erst bewusst zu machen und auch hier (ähnlich wie in den oben beschriebenen Fällen) das Opferverhalten nur als Indiz für die Tatbestandsmäßigkeit heranzuziehen, das stets durch eine objektive Kontrolle ergänzt werden muss.

Dass auch ein Eignungsdelikt im Einzelfall große faktische Dispositionsmöglichkeiten der Betroffenen eröffnen kann, zeigt schließlich auch der Tatbestand der Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB). Pönalisiert wird nicht jede Beschimpfung von Glaubensgemeinschaften, sondern eine solche, die „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“. Sinnfälliger Ausdruck dieser Eignung ist (konsequenterweise) eine besonders empörte oder gar aggressive Reaktion der Anhänger der betroffenen Gemeinschaft. Eine solche Reaktion ist natürlich nach der Konstruktion des Tatbestands nicht zwingend erforderlich, um eine „Eignung“ zur Friedensstörung zu bejahen. Aber wenn sie eintritt, ist die Annahme dieses Tatbestandsmerkmals kaum von der Hand zu weisen. Neben dem unklaren Schutzgut<sup>31</sup> und der zweifelhaften Bestimmtheit der Strafbarkeitsvoraussetzungen ist ein weiteres Problem des Tatbestands des § 166 StGB also, dass eine Strafbarkeit stark davon abhängt, wie militant die Anhänger der jeweils betroffenen Gruppierung sind. Und das ist nichts anderes als der Vorwurf einer zu weit reichenden Opferdisposition, wie sie im vorliegenden Beitrag thematisiert wurde.

### C. FAZIT

Das Strafrecht lässt an sich keinen Raum für eine Disposition privater Akteure über die Reichweite strafrechtlicher Normen. Sowohl das Gesetzlichkeitsprinzip als auch das Gebot einer gleichen und verhältnismäßigen Anwendung des Rechts verbieten eine direkte Abhängigkeit des Strafrichters von privaten Einflüssen, sei es durch kollektive Regelwerke,

---

<sup>31</sup> Vgl. nur Fischer (N. 24), § 166, Rn. 2 f.

sei es durch die subjektive Einschätzung bzw. eine subjektive Entscheidung des individuell Betroffenen. Stets muss eine objektive Kontrolle der privaten Maßstäbe durch den zur (normkonkretisierenden) Rechtsprechung berufenen Richter erfolgen. Der in manchen Teilbereichen anklingenden Subjektivierungstendenz in der Praxis ist daher entgegen zu treten; auch der Gesetzgeber sollte sich das Problem bewusst machen und bei der Normschaffung noch stärker berücksichtigen.

Das Objektivitätsgebot muss im Ansatz – wie erwähnt – in beide Richtungen wirken, da die privaten Maßstäbe sowohl zu permissiv als auch zu streng ausfallen können. Im Lichte von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und *ultima-ratio*-Funktion müssen weniger strenge „private Maßstäbe“ aber stets Anlass dafür sein, die strengeren strafrechtlichen Verhaltensanforderungen auf den Prüfstand zu stellen oder zumindest über das zwingende Bestrafungsbedürfnis im konkreten Einzelfall nachzudenken.<sup>32</sup> Aus liberal-rechtsstaatlicher Sicht wäre ein solcher „privater Einfluss“ auf das Strafrecht, um dessen legitime Reichweite stets aufs Neue nachgedacht und gestritten werden muss, zu begrüßen.

---

<sup>32</sup> Über die „Opferdisposition“ im Bereich der Rechtsfolgen der Tat am Beispiel von § 46a StGB siehe J. K a s p a r, GA 2003, S. 146.