

## 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, 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  
Richter am Verfassungsgericht  
Georgiens, Prof. Dr. Merab Turava

## SCHRIFTLEITUNG

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

## Inhaltsverzeichnis

**Vorwort** 1

## AUFSÄTZE

- Der Begriff der Strafe im Strafrecht**  
Von Professor Dr. Dr. h.c. (GAU) *Otar Gamkrelidze* 3
- Notwehr und staatliches Gewaltmonopol**  
Von Univ.-Professor Dr. Dr. h.c. (TSU) *Heiner Alwart*, FSU Jena 9
- Grenzen der Notwehr im georgischen und  
anglo-amerikanischen Strafrecht**  
Von Assist. Professor Dr. *Irine Kherkheulidze* (TSU) 16

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

- Staatliche Tatprovokation**  
Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 10. Juni 2015 – Aktenzeichen 2 StR 97/14,  
veröffentlicht in: Strafverteidiger Form (StraFo) 2015, 509  
Von Professor Dr. *Bernd Heinrich*, Universität Tübingen 20

## BUCHREZENSIONEN

- Bachana Jishkariani, Die Bedeutung des Europäischen  
Strafrechts und sein Einfluss in Georgien**  
(Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht; Bd. 6)  
Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, 283 S. EUR 79.  
Von Dr. *Anneke Petzsche* 29

## VERSCHIEDENES

- Tagungsbericht der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung:  
„Strafrechtswissenschaft in einem vereinten Europa“**  
Von Assistant *Anri Okhanashvili* (TSU), LL.M. (FSU Jena) /  
Ass. iur. *Mario Schütze* 32
- „Training of Trainers“ – Ein Beitrag zur Zukunft  
der Juristenausbildung in Georgien**  
Von Dr. *Martin Piazena* 36

## REDAKTION

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

## LEKTORAT DER 1. AUSGABE

### Übersetzung:

Assistant Tamar Berishvili LL.M. (Köln)  
Khatia Tandilashvili LL.M. (Potsdam)  
Rusudan Mikelashvili LL.M. (Passau)  
Assistant Anri Okhanashvili LL.M. (Jena)  
Davit Chikhladze LL.M. (Berlin)  
Associate Prof. Dr. Bachana Jishkariani LL.M.  
(Muenchen)

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

Assistant-Prof. Dr. Temur Tskitishvili  
PD Iza Kelenjeridze

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

Dr. Martin Piazena  
Ass.iur. Mario Schütze

### Verantwortlich für die 1. Ausgabe der DGStZ und redaktionelle Endbearbeitung:

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

### Technische Unterstützung: Gvantsa Makhatadze

## Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

auf Ihrem Bildschirm entfaltet sich vor Ihren Augen die erste Ausgabe der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift. Erklärtes Ziel der Herausgeber dieser „DGStZ“ ist es, den wissenschaftlichen, aber auch praktischen Austausch zwischen georgischen und deutschen Strafrechtswissenschaftlern durch ein gemeinsames regelmäßig zweisprachig erscheinendes und von überall – nicht nur in den beiden Ländern – lesbares Forum institutionell abzusichern. Einen inhaltlichen Austausch zwischen deutschen und georgischen Strafrechtswissenschaftlern gibt es schon lange und auf allen Ebenen. Neben studentischen Austauschseminaren und Summerschools hat sich auf der Ebene des Graduiertenstudiums ebenfalls seit vielen Jahren eine enge Zusammenarbeit entwickelt. Ein hervorragender Repräsentant dieser Stufen eines rechtswissenschaftlichen Austauschs ist der derzeitige Schriftleiter der DGStZ. Anri Okhanashvili war an der Organisation studentischer Austauschseminare im Rahmen des Berliner Netzwerks Ost-West mit der Staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi beteiligt und hat danach an der Universität Jena ein Masterstudium absolviert; derzeit schließt er sein Promotionsverfahren an der Humboldt-Universität zu Berlin ab. Auch auf der Ebene der Herausgeber der DGStZ gibt es solche Verschränkungen. Merab Turava hat ebenfalls in Berlin promoviert und danach in Deutschland als Alexander von Humboldt-Professor gewirkt. Heiner Alwart aus Jena, der Organisator der ersten deutsch-georgischen Strafrechtslehrertagung und Verfasser des deutschen Fachaufsatzes im vorliegenden Heft, hat vor drei Jahren von der Staatlichen Universität Tbilisi die Ehrendoktorwürde erlangt.

Die Kooperation zwischen der deutschen und der georgischen Strafrechtswissenschaft ist aber schon weit älter, wenngleich sie als solche, vor allem in Deutschland, nicht immer erkennbar war. So wurden die in den 1980er Jahren intensivierten deutsch-sowjetischen Strafrechtsgespräche auf sowjetischer Seite getragen von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus Tbilisi. Der westdeutsche Blick auf das „sowjetische“ Strafrecht dieser Jahre war damit vor allem ein Blick auf die georgische Strafrechtswissenschaft. Und in Ost-

deutschland war vor allem die Universität Jena federführend bei den wissenschaftlichen Kontakten mit der Staatlichen Universität Tbilisi. Auch daraus sind bis heute fortwirkende enge wissenschaftliche Kooperationen entstanden. Aus Berliner Sicht könnte man den Blick sogar noch weiter in die Vergangenheit schweifen lassen, war es doch der bis heute weltberühmte Berliner Straf- und Völkerrechtler Franz von Liszt, der unmittelbar nach der ersten staatlichen Selbstständigkeit Georgiens im August 1918 ein Gutachten publiziert hat, in welchem er begründete, warum das Deutsche Reich den jungen georgischen Staat als solchen anzuerkennen habe.

Doch genug des Vergangenen. Die DGStZ soll vielmehr in die Zukunft wirken und die bisher vor allem persönlich oder universitär vermittelten Austauschbeziehungen zwischen der deutschen und der georgischen Strafrechtswissenschaft verstetigen und einen institutionellen Rahmen für dessen Weiterführung bieten. Das vorliegende erste Heft kann als Prototyp dafür gelten, wie es in Zukunft weitergehen soll. So sollen neben Fachaufsätzen (hier beginnend mit dem Beitrag des Altmeisters des georgischen Strafrechts Otar Gamkrelidze über zwei Beiträge zur Notwehr aus deutscher und georgischer Warte) alle anderen für juristische Fachjournale typischen Kategorien bedient werden: Es gibt Urteile und Urteilsbesprechungen, Rezensionen und Tagungsberichte sowie aktuelle Nachrichten. Insoweit soll der Zeitschrift auch die Aufgabe zufallen, die vielfältigen deutsch-georgischen Kontakte zu bündeln und ein Forum gegenseitiger Information zu bieten, laufen viele Kontakte doch parallel und teilweise auch „aneinander vorbei“, was zu bedauern ist.

Zu guter Letzt möchten wir uns als Herausgeber herzlich bedanken bei allen, die das vorliegende Produkt möglich gemacht haben und uns auch in Zukunft weiter begleiten werden. Neben den Autoren dieser Ausgabe und Redaktionsmitarbeitern, insbesondere den Übersetzerinnen und Übersetzern sowie Anri Okhanashvili, der das vorliegende Heft durch sein unermüdliches Arbeiten erst möglich gemacht hat, ist besonders hervorzuheben die IRZ-Stiftung, die dem Projekt den finanziellen Hintergrund gegeben hat, und die Juristische Fakultät der Ivane Javakhishvili Staatlichen

Universität Tbilisi, die es beherbergen wird. Ihnen allen vielen Dank! Die DGStZ wird Zeugnis ablegen, dass sich ihr Engagement wirklich ausgezahlt hat. Für Anregungen aus der Leserschaft sind wir jederzeit sehr dankbar.

Die Herausgeber

# Der Begriff der Strafe im Strafrecht\*

Von Professor Dr. Dr. h.c. (GAU) *Otar Gamkrelidze* \*\*

## I. Einleitung

Es ist allgemein bekannt, dass die Strafe eine durch den Staat strafgesetzlich etablierte Zwangsmaßnahme ist, die gegen einen Straftäter angewandt wird. Die Strafe, zusammen mit dem Begriff der Straftat, bildet einen zentralen Begriff des Strafrechts. Im Gegensatz zum Begriff der Straftat, gibt es im Strafgesetzbuch jedoch keinen allgemeinen einheitlichen, wissenschaftlich erarbeiteten Begriff der Strafe. Im georgischen Strafgesetzbuch<sup>1</sup> existiert nur eine Liste von Arten der Bestrafung und deren Begriffsbestimmungen. Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit dem Begriff der Strafe und dabei wird auch die Schuld als Grundlage der Strafzumessung erörtert.

## II. Der Begriff der Strafe

Straftat und Strafe sind zwei gegenläufige Begriffe. Ein Mensch begeht eine Straftat in Konfrontation zu Gesellschaft und Staat. Der Staat wiederum wendet gegen den Täter Maßnahmen an, welche seine Rechte einschränken.

Außerdem sind die Ziele der Einschränkung der Rechte des Täters durch den Gesetzgeber festgelegt. Artikel 39 des gStGB legt fest: „Das Ziel der Strafe ist Gerechtigkeit wiederherzustellen, das Vermeiden einer neuen Straftat und die Resozialisierung des Täters“. Daraus ergibt sich, dass die Einschränkung der Rechte des Straftäters drei Zwecken dient:

---

\* Beim vorliegenden Aufsatz handelt es sich um den überarbeiteten Vortrag, den ich am 12. November 2015 auf der wissenschaftlichen Konferenz anlässlich des 110. Jubiläums von Tinatin Tsereteli und Wladimer Makashvili gehalten habe. Es wurde die Rechts- und Gesetzeslage bis Ende Dezember 2015 berücksichtigt.

Deutsche Übersetzung des Aufsatzes vom Lektoratsmitglied der DGStZ Frau *Rusudan Mikelashvili*.

\*\* Der Autor ist Leiter der Abteilung für Strafrecht und Kriminologie der Tinatin Tsereteli Institut für Staat und Recht der TSU.

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

Der erste Zweck ist die Wiederherstellung der Gerechtigkeit, gerichtet auf die Vergangenheit. Er soll der Zustand wiederhergestellt werden, den der Straftäter durch sein Verhalten verändert hat. Diese Frage ist natürlich nicht im direkten Sinne zu verstehen. In vielen Fällen wird die Gerechtigkeit nicht im gleichen Sinne wiederhergestellt, wie man es sich üblicherweise vorstellen kann. So kann beispielsweise ein Getöteter nicht wieder zum Leben erweckt werden. Jedoch ist die Strafe für die Angehörigen eine Genugtuung für das Verbrechen.

Auf der anderen Seite schafft die Bestrafung des Täters den Grund des Friedens, nicht nur für die Angehörigen des Opfers. Sie wirkt sich vielmehr auch positiv auf andere Mitglieder der Gesellschaft aus. Die Strafllosigkeit gefährdet die ganze Gesellschaft, denn die Strafllosigkeit wirkt ermutigend und animiert nicht nur den Täter sondern auch andere Personen, eine neue Straftat zu begehen.

Gemäß Artikel 39 StGB ist das zweite Ziel der Bestrafung des Täters, eine neue Straftat zu vermeiden. Wie bereits erwähnt, ist die Strafbarkeit nicht nur auf die Vergangenheit gerichtet, sondern auch in die Zukunft. Durch die Bestrafung des Täters werden alle gemahnt, dass im Falle der Begehung einer Straftat diese nicht straflos bleiben werden. In dieser Hinsicht dient die Anwendung der Strafe der Verhinderung künftiger Straftaten.

Das dritte Ziel der Strafe ist laut Artikel 39 StGB die Resozialisierung des Täters, was eine Wiedereingliederung des Straftäters in die Gesellschaft ermöglichen soll. Wenn der Täter eine Straftat begeht, gerät er damit in Konflikt mit der Gesellschaft. Sein Verhalten ist gegen die Gesellschaft gerichtet. Je mehr solche Konflikte gegen die Gesellschaft entstehen, desto mehr würde die Gesellschaft geschwächt, und der Staat würde dadurch einen Teil seiner gemeinschaftsbildenden Funktion einbüßen. Deswegen liegt es im besonderen Interesse des Staates, allgemein Konflikte zwischen Einzelnen und der Gemeinschaft möglichst zu reduzieren. Vor allem wenn ein solcher Konflikt durch die Begehung einer Straftat entsteht.

Die Strafe ist eine der möglichen Maßnahmen, welche im Strafrecht zur Anwendung gelangen. Im Strafrecht sind auch andere Maßnahmen vorgesehen, wie folgende Beispiele zeigen: 1. Zwangsmaßnahmen mit erzieherischer Einwirkung und 2. medizinische Zwangsmaßnahmen. Jedoch fiel mit Gesetz vom 3. Juli 2007 dasjenige Kapitel weg, in dem die Grundlagen (Artikel 101-107) der medizinischen Zwangsmaßnahmen normiert waren. Die übrigen Zwangsmaßnahmen wurde, jedoch in fehlerhafter Form, nur noch in Art. 34 Absatz 3 des gStGB beibehalten.

Der Inhalt dieser Norm lautet: „Wenn die Tat von einem schuldfähigen Menschen begangen wurde, der jedoch noch vor der Urteilsverkündung psychisch erkrankt, wodurch er das Unrecht der Tat nicht erkennen oder steuern kann, wird diese Person die vom Gericht zuerkannte Strafe bis zu seiner Gesundung in einer entsprechenden medizinischen Heilanstalt verbüßen“.

Wie kann der Täter bestraft werden, der vor der Urteilsverkündung so psychisch erkrankt, dass „er das Unrecht der Tat nicht erkennen oder steuern kann“. Gemäß Art. 101 StGB a.F., welcher am 3. Juli 2007 aufgehoben wurde, war das Gericht befugt, eine medizinische Zwangsmaßnahme anzuordnen, wenn die Person nach der Begehung der Straftat psychisch erkrankte, wodurch eine Strafzumessung oder Strafvollstreckung unmöglich gemacht wird (Artikel 101 Absatz 1 lit. „g“). Somit war die Fassung des Strafgesetzbuches vom 7. Juli 2007 völlig sinnlos.

Jedoch wurde die Fassung vom 7. Juli 2007 mit Änderungsgesetz des gStGB, den das Justizministerium neu ausgearbeitet hat, folgendermaßen geändert: „der Täter wird nicht in strafrechtliche Verantwortung genommen, wenn die Tat von einem schuldfähigen Menschen begangen wurde, der jedoch vor der Urteilsverkündung psychisch erkrankt, wodurch er das Unrecht der Tat nicht erkennen oder steuern kann“ (Absatz 2 Satz 1).

Leider wurde in diesem Entwurf der andere Artikel des VI. Kapitels des gStGB nicht wiederhergestellt. Insbesondere wird in Art. 101 Absatz 2 betont, wonach „gegen die in diesem Artikel erwähnte Person die medizinische Zwangsmaßnahme nur dann angeordnet wird, wenn ihr psychischer Zustand diese Person selbst oder andere gefährdet oder in sonstiger Weise eine Gefährdung vorliegt“.

Die Aufhebung dieses Artikels aus dem Strafgesetzbuch war völlig unvertretbar, da dieser mit der Gefahr durch strafrechtlich relevante Unrechtsbegehung verknüpft ist. Jedoch sollte nicht nur dieser Artikel, sondern das ganze VI. Kapitel wiederhergestellt werden, welches mit Gesetz vom 3. Juli 2007 aufgehoben wurde.

Eine weitere „strafrechtliche Maßnahme“, die im Strafgesetzbuch vorgesehen ist, ist die Zwangsmaßnahme mit Erziehungswirkung. Die Erziehungsmaßregeln gelten für Jugendliche oder Heranwachsende. Laut Art. 90 des gStGB kann „das Gericht gegenüber dem Minderjährigen, der erstmalig eine minder schwere Tat begangen hat, von der Strafverfolgung absehen, wenn es der Ansicht ist, dass für dessen Besserung die Anwendung einer erzieherischen Zwangsmaßnahme angemessen ist“.

Es ist klarzustellen, dass „der Zwang“ auch hier im Vordergrund steht. Wenn man den Blick auf die Fassung bis zum 3. Juli 2007 wirft, war eine zwangsweise Heilung im Strafgesetzbuch vorgesehen, die gegen psychisch Kranke angewendet wurde, welche strafrechtlich relevantes Unrecht begangen haben. Eine derartige Notwendigkeit des „Zwangs“ sieht man auch bei Jugendlichen, die ein Bagatelldelikt begangen haben. In beiden Fällen bezieht es sich auf die Begehung strafrechtlich relevanten Unrechts, was von Staatsseiten eine zwanghafte Einschränkung der Menschenrechte zur Folge hat.

Eine derartige Einschränkung der Menschenrechte mittels Zwang liegt auch in der Strafzumessung. Aber welchen Unterschied gibt es zwischen den hier erwähnten Zwangsfällen? Wenn es im ersteren Fall um eine Zwangsheilung von psychisch kranken Person geht und im zweiten Fall eine erzieherische Zwangsmaßnahme vorliegt, wird der Täter im Zuge der Strafzumessung bestraft, wodurch die Rechte des Täters gezielt eingeschränkt werden. Dies entspricht weitestgehend dem Begriff der Strafe in der modernen georgischen juristischen Literatur.

„Die Strafe als besondere staatliche Zwangsmaßnahme“ „– so liest man im Lehrbuch des Strafrechts, das im Jahre 1966 in Moskau herausgegeben wurde – „wird auf Grundlage eines Urteils gegen diejenige Person angewendet, die eine Straftat begangen hat, und zielt auf die Besserung der Person sowie auf die Vermeidung weiterer Straftaten, sowohl durch diesen Täter selbst,

als auch durch andere Personen.”<sup>2</sup> Es ist bemerkenswert, dass hier zwei Merkmale der Strafe skizziert werden. Als Erstes gilt die Strafe als Zwangsmaßnahme, die durch ein Gericht gegen den Täter angeordnet wird. Als zweites Merkmal sind die Zwecke dieser Maßnahme genannt.

In der georgischen juristischen Fachliteratur wird dieser Begriff noch begrenzter definiert. Ein Beispiel dafür findet sich im Lehrbuch „Der allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs“, das im Jahre 2007 veröffentlicht wurde. Dort steht: „man kann den Begriff der Strafe aufgrund des oben genannten Satzes folgendermaßen bestimmen: die Strafe ist eine besondere Zwangsmaßnahme des Staates, die durch das Gerichtsurteil angeordnet und gegen den Straftäter verhängt wird, was dadurch gekennzeichnet ist, dass die im Strafgesetzbuch genannten Rechte und Freiheiten dieser Person aberkannt oder eingeschränkt sein werden“.<sup>3</sup>

*Irakli Dvalidze* definiert den Begriff der Strafe ähnlich: „folglich ist die Strafe eine Zwangsmaßnahme des Staates, die im Namen Georgiens durch das Strafurteil für die Begehung der Straftat zugemessen wird“.<sup>4</sup>

Inwiefern ist eine solche Definition der Strafe vollständig? Es ist unbestritten, dass die Strafe eine Zwangsmaßnahme ist und sich auf die Begehung der Straftat bezieht. Nur muss geklärt werden, wodurch sich die Strafe von den oben erörterten Maßnahmen unterscheidet, die im Falle der Unrechtsbegehung durch das Gericht angeordnet werden.

Diese Frage wird natürlich so zu beantworten sein, dass die Strafe nur demjenigen zugemessen wird, der die Straftat begangen hat. Eine Straftat baut sich bekanntermaßen aus drei Bestandteilen auf. Namentlich: 1. Tatbestand, 2. Rechtswidrigkeit und 3. Schuld. Die hier genannten drei Merkmale sind erforderlich, um die Strafbarkeit eines Täters festzustellen. Jedoch gibt es Fälle, in denen die ersten zwei Merkmale vorliegen, aber das dritte Merkmal, die Schuld, fehlt.

Jedoch ist die Schuld der wesentliche Bestandteil, der die Anwendung einer Strafe als Sanktion für

die rechtswidrige Tat (Unrecht), also die Ahndung des Straftäters, überhaupt erst ermöglicht. Somit gibt es eine direkte Verbindung zwischen der Anwendung der Strafe und der Schuld. An dieser Stelle ist eine kurze Betrachtung des Begriffs „Schuld“ angebracht.

Wie bekannt ist, gab es anfänglich in der Strafrechtswissenschaft eine herrschende Meinung über den psychologischen Schuldbegriff, der in den 90er Jahren des 19. Jahrhundert streitig wurde. Es gab die Ansicht, dass, falls die Schuld eine psychische Beziehung des Täters zu einem Erfolg darstellt, der in Notwehr Handelnde schuldig ist, da er bezüglich des Eingriffs in die Rechtsgüter des Angreifers vorsätzlich handelt und somit eine psychisches Verhältnis zum Erfolg hat. Dieses Problem wurde dadurch überwunden, dass in den Schuldbegriff alsbald neue normative Elemente eingeführt wurden. Nach dieser normativen Schuldlehre stellt die Schuld eine psychische Beziehung zum Erfolg dar, die vorwerfbar ist (sog. gemischte Theorie). Letztendlich wurde in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts in Anlehnung an die deutsche Dogmatik eine neue rein normative Schuldlehre (*H. Welzel*) entwickelt, wonach die Schuld als Vorwerfbarkeit des Straftäters für das begangene Unrecht definiert wird.

Diese rein normative Theorie der Schuld hat trotz der in der Sowjetunion herrschenden ideologischen Besonderheiten auch in Georgien zügig Fuß gefasst. „Die Schuld ist eine vorwerfbare psychische Verbindung der Person zu der im Gesetz vorgesehenen und für die Gesellschaft gefährlichen Tat und deren Folgen“<sup>5</sup> schrieb *Tinatin Tsereteli*. Hier bezieht es sich zwar auf die gemischte Theorie der Schuld, aber es konnte sich in Georgien die rein normative Schuldlehre durchsetzen, da der Druck der sowjetischen Ideologie vermindert war, und es keinen störenden Faktor mehr in dieser Hinsicht gab. Jedoch lässt sich nicht sagen, dass sich die rein normative Schuldtheorie gänzlich in der georgischen Strafrechtswissenschaft durchsetzte.

Die georgischen Wissenschaftler haben eine äußerst relevante Frage aufgeworfen. Wenn die Schuld eine Frage der Vorwerfbarkeit ist, wo soll dann ihr Platz sein? Wer wirft wem etwas vor? Wenn die Schuld als „Vorwerfbarkeit“ gilt, dann, wie es *Lasha-Giorgi Kutalia* schreibt: „sucht *Welzel* die Schuld nicht beim Täter, son-

<sup>2</sup> Д. О. Хан-Магомедов, в книге: под редакцией Н.И. Загородникова, С.В. Бородина, Уголовное право, часть общая, 1966, стр. 318.

<sup>3</sup> *Tkesheliadze, Giorgi*, in: Allgemeiner Teil des Strafrechts, Lehrbuch, 2007, S. 350.

<sup>4</sup> *Dvalidze, Irakli*, Allgemeiner Teil des Strafrechts, Strafe und andere strafrechtliche Rechtsfolgen der Straftat, 2013, S. 14.

<sup>5</sup> Siehe Kommentare zum Strafgesetzbuch der georgischen sozialistischen Sowjetrepublik, 1976, S. 14.

dern in der Psyche des Richters“. Wer sollte schuldig bei der Begehung der gegebenen Tat sein: der Richter oder der Angeklagte? Natürlich der Richter. Da der Richter in der Realität natürlich nicht in die strafrechtliche Verantwortung gezogen wird, wird die Schuld gemäß dem finalen Modell (in Verbindung mit anderen Modellen) auch nicht als unabdingbare Grundlage der strafrechtlichen Verantwortung betrachtet.“<sup>6</sup>

Aufgrund dieser Ansicht zieht Prof. Guram *Nachkebia* die Schlussfolgerung, dass „in Wirklichkeit die Schuld im Kopf des Straftäters, als Ausdruck der verantwortungslosen Einstellung gegenüber den Staat, liegt“.<sup>7</sup>

Letztendlich sollte man den Begriff der Vorwerfbarkeit nicht aus der Strafrechtsdogmatik herleiten. Es muss nur seinen Platz in Begriffssystem finden. Auf der anderen Seite sollte gefragt werden, wie der Begriff der Schuld dann zu bestimmen ist, wenn die Vorwerfbarkeit kein Merkmal der Schuld ist.

Um diese Fragen zu beantworten, ist es notwendig, zwei Arten von Handlungen voneinander abzugrenzen. Das ist einerseits die Handlung des Täters, der eine Straftat begeht, d.h. der den Straftatbestand einer Strafnorm rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht, und andererseits die Handlung des Richters bei der Strafzumessung. Aber welche Tätigkeit umfasst nun die Vorwerfbarkeit? Es wird deutlich, dass dieser Begriff die Handlung des Richters umfasst und nicht die Handlung des Täters. Der Täter wirft sich selbst nichts vor. Dementsprechend ist die Vorwerfbarkeit eine negative Bewertung der Handlung des Straftäters durch den Richter im Strafurteil. Daraus kann man den Schluss ziehen, dass die Vorwerfbarkeit ein Merkmal der Strafe ist und nicht der Straftat.

Aber nun stellt sich die Frage: wenn die Vorwerfbarkeit nicht in der Sphäre der Straftat selbst gelegen ist sondern ein Merkmal der Strafe ist, wie kann man dann den Schuldbegriff bestimmen? Der psychologische Schuldbegriff ist, wie bereits erwähnt, nicht akzeptabel. Die normative Schuldlehre hat hingegen auch ihre Schwächen. Deswegen braucht es einen neuen Ansatz zur Beantwortung dieser Frage.

In letzter Zeit vertritt *Nachkebia* folgende Ansicht: „die Schuld basiert auf dem unverantwortlichen Verhalten einer Person gegenüber einer normativ bestimmten Pflicht, als subjektive Ursache einer Tat, die gegen die Gesellschaft gerichtet ist, und somit eine Grundlage der negativen Verantwortung bildet“.<sup>8</sup> Was bedeutet jedoch diese Unverantwortlichkeit? Worauf diese basiert und wer diese Unverantwortlichkeit bestimmt, ergibt sich aus der vorliegenden Arbeit nicht eindeutig.

„Nach unserer Ansicht beschreibt die Schuld eine Möglichkeit derjenigen Person, die eine im Strafgesetzbuch bestimmte Tat bzw. Unrecht begangen hat, sich anders zu verhalten“. Diejenige Person, die ein Unrecht begangen hat, handelt schuldhaft, wenn sie die Möglichkeit hatte, dieses Unrecht nicht zu begehen und dennoch entgegen dieser Möglichkeit handelte. Aufgrund dieser Möglichkeit beruht der Vorwurf gegenüber den Täter.<sup>9</sup> Diese Deutung ergibt sich direkt aus der gegenwärtigen Gesetzeslage.

Nach Art. 34 Absatz 1 a.F. des gStGB, handelt der psychisch Kranke ohne Schuld, wenn er bei der Begehung der Tat „unfähig war, die Rechtswidrigkeit der Tat einzusehen oder wenn er diese einsehen konnte, er aber nicht fähig war anders zu handeln“. Daraus folgt, dass die Schuld als „eine Fähigkeit anders zu handeln“ eine Handlungsmöglichkeit beschreibt. Zwar wurde diese Formulierung mit dem Gesetz vom 16. Dezember 2005 ohne Begründung geändert, jedoch änderte sich dadurch nichts Wesentliches. Gemäß der heutiger Fassung des Gesetzes gilt der psychisch Kranke als schuldunfähig, wenn er bei der Begehung der Tat „unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“. Die Formulierung „oder nach dieser Einsicht zu handeln“ unterscheidet sich inhaltlich nicht von der Formulierung „er war nicht fähig anders zu handeln“.

Um es kurz zu fassen: der Richter kann ein Strafurteil nur dann aussprechen, wenn er feststellt, dass die

<sup>6</sup> *Kutalia, Lasha-Giorgi*, die aktuellen Aspekte zum neuen Verständnis des Normativismus, Assoziation der jungen Juristen Georgiens, Zeitschrift „Almanakhi“, 1998, Nr. 16, S. 12.

<sup>7</sup> *Nachkebia, Guram*, praktische Empfehlungen zum allgemeinen Teil des georgischen Strafgesetzbuches, 2015, S. 101.

<sup>8</sup> *Nachkebia, Guram*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2011, S. 362.

<sup>9</sup> Siehe *Gamkrelidze, Otar*, Zurechnungsproblem im Strafrecht und Versuch den normativen Schuldbegriff zu begründen, Zeitschrift „Der Mensch und die Verfassung“, 2002, Nr. 3, S. 65-78; Zeitschrift „Der Mensch und die Verfassung“, 2002, Nr. 4, S. 78-90; *Turava, Merab*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, die Lehre von der Straftat, 2011, S. 411.

Person anders handeln konnte, ohne dieses Unrecht zu begehen. In diesem Fall zieht der Richter den Straftäter zur Verantwortung in Bezug auf die Vorwerfbarkeit. Da die Vorwerfbarkeit aus Sicht des Richters eine negative Einschätzung für das Verhalten des Straftäters ist, bedeutet dies, dass die Vorwerfbarkeit ein Merkmal der Strafe ist, worauf die anderen genannten Merkmale der Strafe basieren.

Oben wurden zwei Merkmale der Strafe skizziert. Dies sind:

1. die Einschränkung der Rechte des Straftäters durch vom Gesetzgeber geregelte Normen und 2. die Ziele der Einschränkung, die ebenfalls durch das Gesetz festgelegt sind. Diese Merkmale bilden zusammen mit der Vorwerfbarkeit durch den Richter den Begriff der Strafe. Der Begriff der Strafe kann mithin folgendermaßen formuliert werden: „die Strafe ist die Vorwerfbarkeit durch den Richter, welche die Grundlage für die gezielte Einschränkung der Rechte des Straftäters bildet“. Die Vorwerfbarkeit, also der Vorwurf bzw. eine negative Einschätzung des Verhaltens von Täter sind ein unabdingbares Merkmal für die Strafe. Die Bestrafung des Täters beruht somit auf der Vorwerfbarkeit seines Verhaltens.

Die Vorwerfbarkeit ihrerseits hat folgende Grade: a) Einem Straftäter kann ein schwerer oder weniger schwerer Vorwurf gemacht werden, was von der begangenen Straftat abhängt. Dabei wird auch die Persönlichkeit des Straftäters in Betracht zu ziehen sein. Der Grad der Vorwerfbarkeit bzw. der negativen Einschätzung der Persönlichkeit des Straftäters und seiner Straftat fließen auch in das zweite Merkmal der Strafe ein: b) Die Einschränkung der Rechte des Täters. Je höher der Grad der Vorwerfbarkeit der begangenen Straftat ist, desto mehr Möglichkeit hat der Richter, die Rechte des Straftäters einzuschränken. In diesem Zusammenhang basiert die Möglichkeit des Richters auf zwei Gründen. Einerseits aufgrund der Gesetzgebung und andererseits aufgrund Richterrechts.

Gesetzgebung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber oft selbst den Rahmen und Spielraum für den Richter festlegt. Zum Beispiel die Regelung, dass ein vorsätzlicher Totschlag „zu Lasten zweier oder mehrerer Personen“ schwerer wiegt, als ein Totschlag zu Lasten einer Person, und deswegen die Rechte des Täters noch stärker einzuschränken sind (siehe Art. 109 Absatz 3 des gStGB), wurde durch den Gesetzgeber so normiert.

Aber das Gesetz beschränkt nicht gänzlich die Möglichkeiten des Richters. In jedem Einzelfall kann der Richter eine gerechte Entscheidung letztlich selbständig und unabhängig treffen.

Nun komme ich noch einmal auf das Merkmal der Vorwerfbarkeit zurück. In Bezug zu diesem Merkmal, muss man sich einen Überblick über die geltende Gesetzeslage verschaffen. Durch das Gesetz vom 25. August 2006 wurde in Georgien erstmalig eine strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen eingeführt (siehe Kapitel VI des gStGB, Art. 107<sup>1</sup>-107<sup>7</sup>).

Die Einführung einer derartigen Verantwortung ist strafrechtsdogmatisch nicht nachvollziehbar. Eine strafrechtliche Verantwortung für juristischen Personen führt zurück in die Denkweise des Mittelalters, als sowohl Menschen als auch Tiere und sogar leblose Gegenstände bestraft wurden. Es ist bekannt, dass im Jahr 1553 in Russland eine Kirchenglocke der Stadt Uglitsch bestraft und nach Sibirien verbannt wurde. Später wurde sie begnadigt und kehrte an ihrem Ursprungsort zurück. Jedoch wurde sie im Glockenturm einen Stock tiefer gehängt. Dies fand jedoch im Mittelalter statt. Die Strafbarkeit von juristischen Person existiert nun auch in Georgien des 21. Jahrhunderts.

Die Regelung des Artikel 107<sup>1</sup> Absatz 8 des gStGB lautet: „Werden auf Seiten der natürlichen Person Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe festgestellt, so wird auch die juristische Person von der strafrechtlichen Verantwortung befreit“. Durch diese Rechtsfolge kann also die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person entfallen. Die juristische Person ist ein Konstrukt, welches keine eigene Psyche hat. Sie ist nicht fähig, anders zu handeln. Deswegen sollte das Gericht der juristischen Person auch keinen Vorwurf machen können. Man kann nur einer natürlichen Person etwas vorwerfen.

Angesichts der oben erwähnten Regelung des Artikels 107<sup>1</sup> StGB ist deutlich, dass die Einführung einer strafrechtlichen Verantwortung von juristischen Person eine Anerkennung der „kollektiven Verantwortung“ normiert, die eher für das Mittelalter charakteristisch ist. Da die Verantwortung der juristischen Person auf der Verantwortung einer natürlichen Person basiert, werden im Falle der Liquidation der juristischen Person auch andere unschuldige Mitarbeiter dieser Einheit bestraft, die ihre Arbeit verlieren würden.

Aus diesem Grunde muss man sagen, dass aus dem Kapitel VI des gStGB sämtliche Normen vollständig

wegfallen sollten, in denen eine strafrechtliche Verantwortung einer juristischen Person vorgesehen ist.

### **III. Fazit**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Strafe die im Strafgesetzbuch verankerte Vorwerfbarkeit gegenüber derjenigen Person ist, die die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Daraus folgt, dass die Vorwerfbarkeit nicht die Schuld sondern die Strafe beschreibt. Die Schuld ist im Sinne des „Anders handeln können“ die Grundlage der Strafe. Schuldhaft handelt derjenige, der sich anders verhalten konnte. Im Gegensatz zur natürlichen Person, verfügt die juristische Person nicht über die Möglichkeit, anders handeln zu können weswegen die Bestrafung der juristischen Person nicht haltbar ist.

# Notwehr und staatliches Gewaltmonopol\*

Von Univ.-Professor Dr. Dr. h.c. (TSU) *Heiner Alwart*, FSU Jena

## I. Über den konkreten Anlass

Bevor ich auf das Thema „Notwehr und staatliches Gewaltmonopol“ inhaltlich im Einzelnen eingehen werde, möchte ich über den Anlass meines Vortrages nachdenken. Es geht bei dieser wissenschaftlichen Konferenz um eine Strafrechtslehrertagung im engeren Sinne, wie wir sie im deutschsprachigen Raum, also in Deutschland, Österreich und der Schweiz als zentrale Gemeinschaftsveranstaltung seit langem kennen. Eine solche, gleichsam institutionalisierte Strafrechtslehrertagung findet turnusmäßig, also in regelmäßigen Abständen statt. Auf georgischem Boden wurde eine erste Strafrechtslehrertagung in diesem Sinne vom 6. bis 9. Oktober 2011 in Tbilisi durchgeführt. Ihren Anknüpfungspunkt bildete ein seit vielen Jahrzehnten gepflegter, lebendiger Austausch zwischen georgischen und deutschen Strafrechtswissenschaftlern. In Anknüpfung an dieses Ereignis erschien zwei Jahre später eine Festschrift, die von *Merab Turava* herausgegeben, deren Druck von *Lavrenti Maglakelidze* vorbereitet und die von der deutschen Volkswagenstiftung gefördert worden ist. Das im Jahre 2013 erschienene Buch sollte den wissenschaftlichen Ertrag dieser Strafrechtslehrertagung und die Intensität der gemeinsamen Bemühungen auf Dauer dokumentieren. Alle Beteiligten hatten nämlich das Unternehmen damals als einen historischen Moment empfunden. Umso mehr verdient

---

\* Im Folgenden handelt es sich um die überarbeitete und erweiterte Fassung des Vortrages, den ich am 10. Oktober 2015 auf der Strafrechtslehrertagung in Tbilisi, Georgien, gehalten habe. Im Anschluss an meine damaligen Ausführungen erhielt ich viele wertvolle, kritische Hinweise. Namentlich Herrn Privatdozenten Dr. *Tobias Reinbacher* fühle ich mich zu besonderem Dank verpflichtet. Für den Versuch, eine Lösung des weiter unten geschilderten Falles abseits der gewohnten dogmatischen Kategorien zu finden, trage ich natürlich ganz allein die Verantwortung. Dass der unterbreitete Vorschlag auf den ersten Blick besser zum Modell der „Defences and Excuses“ passen mag, erhöht vielleicht die internationale Anschlussfähigkeit, aber zugegebenermaßen nicht unbedingt die Überzeugungskraft. Eine fröhlichere Wissenschaft, als sie in der tausendsten Beweihräucherung einer herrschenden Meinung zu finden wäre, illustriert mein Vorschlag hoffentlich allemal.

es Dank und Anerkennung, dass jetzt, vier Jahre später, mit Unterstützung des Auswärtigen Amtes der Bundesrepublik Deutschland und auf Initiative von *Martin Heger* eine erste Fortsetzung ermöglicht worden ist.

Institutionalisierte Strafrechtslehrertagungen bereitet man am besten von langer Hand vor. Wenn ich diesen Aspekt an dieser Stelle wenigstens kurz aufgreife, dann vor allem deshalb, weil ein Name fallen muss, ohne den der deutsch-georgische Strafrechtsdialog in der Qualität, in der er heute glücklicherweise geführt wird, nicht bestehen könnte. Ich meine *Detlef Krauß*. Viele von Ihnen wissen, dass *Detlef Krauß* lange Jahre an der Universität Basel gewirkt hat, bevor er kurz nach der deutschen Wiedervereinigung vor rund 25 Jahren an die Humboldt-Universität nach Berlin gegangen ist. Ich selbst wurde aufgefordert, auf der deutschsprachigen Strafrechtslehrertagung im Jahre 1993 in Basel ein Referat zu halten. Der erst kürzlich verstorbene *Günter Stratenwerth*, der bekanntlich fast sein ganzes Leben lang in Basel gelehrt hat, und *Detlef Krauß* waren die verantwortlichen Veranstalter und Organisatoren der damaligen Tagung.

Lange vorher rief mich *Detlef Krauß* an, ich lebte damals noch in Hamburg, um mich zu einem Vortrag auf der Strafrechtslehrertagung 1993 einzuladen. Als Einzelthema nannte er mir: „Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen“.<sup>1</sup> Ich hatte bis dato keine Zeile zum Unternehmens- und Wirtschaftsstrafrecht geschrieben. Den damaligen Basler Strafrechtslehrern bin ich bis heute für die geistreiche Themenstellung dankbar. Seither bildet das Unternehmens- und Wirtschaftsstrafrecht für mich ein besonders fruchtbares Forschungsfeld. Das geht inzwischen so weit, dass *Klaus Tiedemann* in der jüngsten Auflage des Allgemeinen Teils seines einschlägigen Lehrbuchs durchaus anerkennend über „Alwart und seine Jenenser Schule“ berichtet.<sup>2</sup> Ich erwähne das

---

<sup>1</sup> *Alwart, Heiner*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1993 (Band 105), 752.

<sup>2</sup> *Tiedemann, Klaus*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2014, Rn. 156.

hier deshalb, weil es zeigt, dass gekonnte Anstöße von Seiten erfahrener Wissenschaftler ein großes Entwicklungspotential für jüngere Einsteiger bedeuten können.

Das Generalthema der damaligen Tagung in Basel hieß übrigens „Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts“. Einige Monate vorher hatten sich die Referenten in einem Restaurant des Frankfurter Hauptbahnhofs getroffen, um erste diesbezügliche Gedanken auszutauschen. Anschließend kehrte natürlich jeder wieder an seinen Schreibtisch und damit, wenigstens der Idee nach, in die Wissenschaftsfreiheit zurück. Dass das Strafrecht mit modernen gesellschaftlichen Veränderungen um der Zukunft willen Schritt halten kann und soll, gehört nicht unbedingt zum politischen Konzept der inzwischen in zweiter und dritter Generation einflussreichen Frankfurter Schule, der sich die damaligen Gastgeber nach meinem Eindruck eigentlich verbunden fühlten. Wohl bis heute lautet das bemerkenswerte Credo der Frankfurter vielmehr, dass das Strafrecht die „Probleme“ der modernen Gesellschaft „nicht lösen“ könne, sondern sich auf einen zeitlosen Problemkern abweichenden Verhaltens zu beschränken habe.<sup>3</sup> Insofern dürften *Stratenwerth* und *Krauß* ihre eigenen kollegial-freundschaftlichen Beziehungen zu an sich kriminalpolitisch Gleichgesinnten mit der Organisation der Basler Strafrechtslehrertagung auf eine gewisse Probe gestellt haben.

Hoffentlich werden mir diese kleinen Reminiszenzen nachgesehen. Denn sie enthalten vielleicht Anregungen dafür, wie Sie, wenn Sie diese Dinge in Georgien in Zukunft alle selbst in die Hand nehmen wollen, überlegt dabei vorgehen können. Die Idee ist, dass solche Tagungen weder den bloß äußeren Rahmen für ein Zusammentreffen von gänzlich voneinander isolierten Solisten bilden sollen, noch zu bloßen Freundschafts- oder noch schlimmer: Vereinstreffen ausarten dürfen, sondern einen Brennpunkt für geistige Herausforderungen bilden sollen. Zumindest aber sollte von den verantwortlichen Organisatoren darauf geachtet werden, jeweils die Vielfalt einer Forschungslandschaft abzubilden. Es geht also sowohl um fruchtbare wissenschaftliche Begegnungen als auch um ein persönliches Kennenlernen, das dann die weitere Zusammenarbeit um der Sache willen durchaus erleichtern kann.

<sup>3</sup> Vgl. exemplarisch *Hassemer, Winfried*, in Greive, Wolfgang, Was taugt das Strafrecht heute?, Loccumer Protokolle 08/1992, S. 8-25.

## II. Die Notwehr und das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Nach diesen Vorüberlegungen soll nunmehr die Sache selbst in den Vordergrund rücken. Ich habe das Thema „Notwehr und staatliches Gewaltmonopol“ deshalb gewählt, weil sich daran zweierlei zeigen lässt. Zum einen eignet es sich dazu, unser Bemühen um klare Begriffsbildung, das ja den überzeugten Strafrechtsdogmatiker besonders auszeichnet und das niemals abgeschlossen ist, in exemplarischer Form widerzuspiegeln. Zum anderen lässt sich an diesem Thema demonstrieren, dass ein Institut wie die Notwehr nicht verstanden und in seinem Umfang erklärt werden kann, wenn man den kulturellen und politischen Kontext ausblendet, in den es jeweils eingebettet ist. Darüber hinaus stellt es selbstverständlich ein Institut von großflächiger, internationaler Bedeutung dar. Ob es seinem Wesen nach aber überhaupt eine Rechtsordnung voraussetzt, muss hier dahingestellt bleiben. Denn selbst dann, wenn es in vertikaler Dimension keine eigentlichen juristischen Funktionsträger gäbe, würden in geeigneten Streitfällen einzelne Beteiligte gewiss mit „Notwehr“ moralisch und ethisch argumentieren.

Zunächst soll also der Begriff der Notwehr selbst im Mittelpunkt der Analyse stehen. Was meint „Notwehr“? Ich habe während meiner Zusammenarbeit mit den georgischen Strafrechtskolleginnen und -kollegen den Eindruck gewonnen, dass die Gesprächsbereitschaft hinsichtlich dogmatischer Grundfragen in Georgien inzwischen größer ist als in Deutschland, dem alt gewordenen Weltmeister begrifflicher Differenzierungskunst. Trotz des immensen Ausstoßes an Fach- und Lehrbuchliteratur ist nämlich in Deutschland auf diesem Gebiet inzwischen vieles einfach zum Erliegen gekommen. Die einzelnen Werke erscheinen mir mehr oder weniger austauschbar zu sein. Nicht von ungefähr müssen die Studierenden sich in allen Rechtsgebieten fast von der ersten Stunde ihres Studiums an der „Methodik der Fallbearbeitung“, d. h. einem Glasperlenspiel eigener Art widmen, bei dem zudem ungewiss ist, ob die Praxis de facto überhaupt dasselbe Spiel spielt. Dabei könnte diese so genannte „Methodik“ doch eigentlich nur das Endprodukt anspruchsvoller, gleichsam eintragbarer Begriffs- und Theoriebildung sein. Die für die Erstattung eines relevanten strafrechtlichen Gutachtens wesentlichen Regeln könnten doch erst dann mit Ver-

ständnis und kritischem Bewusstsein formuliert werden, wenn deren Prämissen geklärt sind. Eine solche kompromisslose Tiefgründigkeit – die Hinterfragung jeder halbwegs geordneten Rechtsanwendung – muss man für ein Universitätsstudium, das seinen Namen auch verdienen will, wahrlich fordern dürfen. Sonst würden die Studierenden nicht in die Lage versetzt, das ihnen vermittelte System auf seinen Wahrheitsgehalt hin überprüfen zu können.

Will man nun versuchen, den Begriff der Notwehr zu definieren, so wird einem dabei ein Bild wie etwa das Folgende vor Augen stehen: Jemand hat einen anderen erschossen und trägt nun zu seiner Verteidigung vor, dass er in Notwehr gehandelt habe. Wenn es ihm nicht gelungen wäre, den Gegner zu töten, dann wäre er jetzt derjenige, der am Boden läge. Der andere hatte nämlich bereits eine Schusswaffe auf ihn gerichtet! Praktisch gesehen scheint es bei der Notwehr also um ein Bild von Sieg und Niederlage zu gehen. Die Polizei war nicht zugegen, um den Angegriffenen wirksam schützen zu können. Aber ihm sei es auf eigene Faust gelungen, die Oberhand zu behalten.

Eine, wie ich finde, interessante Frage ist nun die, ob sich jemand auch dann gegen einen Angreifer verteidigen dürfte, wenn er gar keine Chancen hätte, sich gegenüber dem Angreifer letztlich zu behaupten, also ihn buchstäblich physisch zu besiegen. Inwieweit fiele dies noch unter den Begriff der „Verteidigung“? Ist Notwehr wirklich die *Abwehr* eines Angriffs? Oder ist Notwehr einfach der *Widerstand* gegen einen Angriff und unter Umständen objektiv wie subjektiv ganz unabhängig von den konkreten Aussichten, dem anderen in einem handfesten Sinne Einhalt zu gebieten?

Bei *Günther Jakobs* finden sich zu dieser Fragestellung die meines Erachtens erstaunlichsten Sätze, die es in der deutschsprachigen Lehrbuchliteratur – auch über das Notwehrthema hinaus – derzeit überhaupt gibt. *Jakobs* gelangt zu folgenden Thesen, die m. E. nicht nur jeder Intuition widerstreiten, sondern auch keiner kritischen Analyse standhalten können: „Zur Abwehr *ungeeignete Maßnahmen* sind nicht erforderlich und deshalb nicht gerechtfertigt [...] Das zur Abwehr zu schwache Angriffopfer darf also nicht dem Angreifer wenigstens die – zur Abwehr nutzlose – Unbill zufügen, die es zustande bringt, sondern muss den Angriff kampflös dulden [...] Notwehr ist keine Strafe; der Angreifer hat nicht etwa ein Mindestmaß an Abwehr verwirkt, son-

dern Notwehr dient dem Güterschutz und ist jenseits dessen unzulässig.“<sup>4</sup>

Man erkennt sofort, dass das von der derzeitigen deutschen Strafrechtsmode verabsolutierte Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>5</sup> leider nicht nur dazu dienen kann, den Schuldgrundsatz zu verdrängen, der ja immerhin zu unserem kulturellen Kernbestand gehören dürfte, sondern zugleich dazu, eine differenzierte Handlungstheorie zu unterlaufen. Aber das ist das sehr weite Feld des Protostrafrechts, auf dem wir uns hier nicht allzu lange aufhalten werden. Dabei scheint gewiss zu sein, dass Deutschland seine alte Rolle in der Disziplin „Strafrechtsdogmatik“ erst dann wieder spielen können, wenn es in Zukunft gelingen wird, die philosophische Diskussion um die Handlungs- und Zurechnungslehre in fruchtbarer Weise zu reanimieren. An dieser Stelle kann jedoch nicht einmal die besonders interessante Frage nach dem Begriff der Notwehr weiter vertieft werden.<sup>6</sup>

Dass sich ein zur Abwehr eines Angriffs „zu schwaches“ Angriffopfer nach *Jakobs* in seine Opferrolle fügen muss und sich überhaupt nicht mehr soll wehren dürfen, ist ein unerträgliches „Ergebnis“. Dem wird vielfach dadurch ausgewichen, dass an einer anderen Stellschraube gedreht wird. Der Maßstab für die Bestimmung der Erforderlichkeit („Geeignetheit“) der zur Selbstbehauptung ergriffenen Gegenmaßnahme wird nämlich dem erwünschten Ergebnis angepasst. Das heißt, man flüchtet sich in eine mehr polizeirechtliche ex-ante-Betrachtung. Das gilt auch für *Jakobs* selbst, bei dem es nämlich weiter heißt: „Da sich der Abwehrende eine zumindest kleine Erfolgchance in

<sup>4</sup> *Jakobs, Günther*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1983, Rn. 12/34.

<sup>5</sup> Vgl. exemplarisch *Kaspar, Johannes*, Strafrecht-Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 14, 43 ff. und passim. – *Kühl, Kristian*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, Rn. 7/97, betont unter Bezugnahme auf *Jakobs* zwar, dass die Konsequenzen des Geeignetheitskriteriums „für den schwachen Verteidiger hart sein“ können, glaubt aber folgende, m. E. von Grund auf verfehlt Frage stellen zu sollen: „[M]it welcher Begründung will man den Angreifer die Folgen von Handlungen tragen lassen, die für die Erhaltung des angegriffenen Rechtsguts ungeeignet sind?“ U. a. geht es gerade darum, Solidarität mit dem Angegriffenen zu üben.

<sup>6</sup> Siehe *Alwart, Heiner*, Juristische Schulung (JuS) 1996, 953; *Erb, Volker*, in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl., 2011, § 32 Rn. 150 ff.

der Regel ausrechnen wird, dürfte der Komplex bei der hier vorgeschlagenen Bestimmung der Erforderlichkeit subjektiv und ex-ante praktisch ohne größere Bedeutung sein.<sup>47</sup>

Wer aber wie *Jakobs* einen solchen Ausweg beschreiten muss, dem ist es nicht gelungen, elementare Voraussetzungen der Notwehr auf den Begriff zu bringen. Er wird vielmehr von einer unpassenden Denkfigur in die Irre geleitet. Es handelt sich dabei um die Denkfigur eines „Rechts“, Opfer zu sein“. Bisher kannte man das nur aus dem Repertoire deutscher Vergangenheitsbewältigung nach 1945: Ist ein Volk wie das deutsche „von Schuld übergossen“, so bleibt auch den nächsten Generationen der Opferstatus auf ewig erhalten. Ein „Recht“, Täter zu werden“, was zugegebenermaßen ebenfalls seltsam klingt, erscheint dann also auf alle Zeiten verwirkt. Im historischen Kontext bedeutet das, dass „man *moralisch* zu schwach“ geworden ist, um eine eigene Bestimmung noch zur Geltung bringen zu dürfen, im Zusammenhang mit der Notwehr, dass „man *körperlich* zu schwach“ ist, um anderen, die sich ohnehin durchsetzen werden, noch schaden zu dürfen. In jedem Fall aber enthält die Denkfigur eines „Rechts“, Opfer zu sein“<sup>48</sup> einen *Denkfehler*, eine Metabasis (metábasis eis állo génos), wodurch die für unsere Zwecke oben nur holzschnittartig umrissenen Argumente notwendig ins logische Zwielficht geraten müssen.

<sup>7</sup> *Jakobs, Günther*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1983, Rn. 12/34. Vgl. ferner *Kühl, Kristian*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, Rn. 7/98.

<sup>8</sup> So ähnlich stammt sie – in aufklärerischer Absicht – von *Friedrich Dürrenmatt*, *Romulus der Große*, 1949. Der Kaiser sieht sich – in Bezug auf Rom – „mit der uralten Schuld unserer Geschichte übergossen“. Ohne eine Antwort zu erhalten, fragt er einen römischen Patrizier mit Blick auf den Ansturm der Germanen: „Haben wir noch das Recht, uns zu wehren? Haben wir noch das Recht, mehr zu sein als ein Opfer?“ *Gesammelte Werke*, Band I, 1996, S. 326. Ob sich in der deutschen Vergangenheitsbewältigung, im gegenwärtigen Umgang mit einer Migrationskrise sowie im unsolidarischen Verständnis des Notwehrrechts ein- und dieselbe geistige Struktur zeigt, bleibe hier dahingestellt. Dasselbe muss für eine entsprechende tiefenpsychologische Spekulation gelten, die sich zwar aufdrängen mag, aber den Rahmen vollends sprengen würde. Mich würde einmal die georgische Sicht auf diese Dinge interessieren. Dass Recht und Gewalt nicht mehr zusammengehören, ist bis auf weiteres wohl nur eine Illusion auf dem neuen deutschen Sonderweg, deren Folgen noch gar nicht abgeschätzt werden können.

### III. Bandenkrieg innerhalb eines befriedeten Gemeinwesens

Nachdem das Grundverständnis der Notwehr durch die vorstehenden Überlegungen ein Stück weit vom Paradigma eines verhältnismäßigen Güterschutzes gelöst und durch die Idee eines legitimen, nur scheinbar ohnmächtigen Widerstandes angereichert worden ist, kann sich der folgende Abschnitt der spezifischen, oben bereits erwähnten Kontextabhängigkeit des klassischen Rechtfertigungsgrundes etwas ausführlicher widmen. Dabei wird es um unser eigentliches Thema, nämlich um das Verhältnis der Notwehr zum staatlichen Gewaltmonopol gehen. Allerdings kann das Thema hier nicht in seiner ganzen Breite aufgerollt werden. Das Folgende muss sich vielmehr auf die Analyse einer besonderen Fallkonstellation beschränken. Über diese Konstellation, die andererseits, wie sich noch zeigen wird, den Rahmen der Notwehr zwangsläufig sprengt, hatte der zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahre 2011 zu befinden.<sup>9</sup>

Den Anstoß, mich an diesen Fall noch einmal zu erinnern, verdanke ich einer Magisterstudentin aus China, die mich mit dem Notwehrrecht der Volksrepublik China konfrontierte.<sup>10</sup> Es nimmt offenbar nicht nur in situativer, sondern auch in personeller Hinsicht grundlegende Differenzierungen vor. So kann es dort unter Umständen durchaus eine entscheidende Rolle spielen, ob jemand, der einer bestimmten Aktion mit Gewalt begegnet, an organisierter Kriminalität partizipiert oder aber eben nicht. Der genannte Fall erregte seinerzeit großes öffentliches Aufsehen, weil der Angeklagte, ein Hells-Angels-Mitglied, einen Polizeibeamten erschossen hatte, ohne zu bemerken, wen er da vor sich hatte. Der Angeklagte wurde vom Bundesgerichtshof entgegen der Entscheidung der Vorinstanz vom Vorwurf des Totschlags freigesprochen.

Der Fall beschäftigte aber nicht nur die Medien. Er war darüber hinaus Gegenstand zahlreicher Stellungnahmen sowohl in der didaktischen als auch in der wissenschaftlichen Fachliteratur. Zudem bot er Anlass für rechtsvergleichende Studien namentlich mit US-amerikanischen Ansätzen. Das braucht hier aus Gründen der

<sup>9</sup> BGH Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ) 2012, 272 – 2 StR 375/11, Urteil vom 2.11.2011.

<sup>10</sup> *Wu, Xiaoyu*, Notwehr und Erforderlichkeit, LL.M. Jena, 2014.

Platzersparnis nicht noch einmal alles dokumentiert zu werden. Bei entsprechendem Bedarf genügt es vielmehr, irgendein aktuelles Lehrbuch aufzuschlagen und den dortigen Literaturhinweisen nachzugehen. Über die Suchfunktionen des Internets stößt man außerdem leicht auf solche Stellungnahmen, die sich nicht bloß an die begrenzte juristische Fachöffentlichkeit wenden. Es wird niemanden verwundern, dass der bereits erwähnte Ausbildungsfeitsch einer „Methodik der Fallbearbeitung“ vor dem, hier bisher nur angedeuteten, Lebenssachverhalt nicht halt machte. So wurde die betreffende Fallkonstellation von Justizprüfungsämtern für die Gestaltung strafrechtlicher Klausuraufgaben naturgemäß dankbar aufgegriffen.<sup>11</sup>

Im Einzelnen handelte es sich um folgendes Geschehen: Ein in seiner Rolle hervorgehobenes Mitglied der *Hells Angels* betätigt sich im Rotlicht- und Prostitutionsmilieu. Seine Zuständigkeit innerhalb der Organisation bezieht sich auf die Einhaltung von Disziplin und Ordnung. Da ein anderes Mitglied der *Hells Angels* ein Mitglied der mit dieser Gruppe rivalisierenden *Bandidos* erschossen hat, rechnet u. a. auch der Angeklagte mit der Möglichkeit einer tödlichen Rache. Eines Tages bemerkt er, dass morgens kurz vor sechs Uhr Personen heimlich in sein Haus eindringen wollen. Er nimmt an, dass er nunmehr das Opfer des von ihm erwarteten Überfalls der *Bandidos* werden soll. Tatsächlich aber handelt es sich um Polizeibeamte eines Spezialeinsatzkommandos, die im Zuge eines gegen ihn geführten und ihm als solches noch nicht mitgeteilten Ermittlungsverfahrens sein Haus durchsuchen wollen. Die Geschichte endet damit, dass der Angeklagte einen der Beamten durch die Haustür erschießt, ohne bis dahin gemerkt zu haben, dass es nicht die *Bandidos* waren, die bei ihm in mörderischer Absicht eindringen wollten, sondern Polizisten zum Zweck einer richterlich verfügten Hausdurchsuchung.

Vor dem Hintergrund der Geltung des Schuldprinzips besteht die entscheidende Frage auf den ersten Blick darin, ob der Täter seinen Irrtum über Identität und Absicht der Eindringlinge hätte vermeiden können. Wenn dieser Irrtum für ihn unvermeidbar war, dann scheidet eine Bestrafung aus. Hingegen ist es für die Beurteilung des Sachverhalts ganz gleichgültig, ob sich diese Frage

innerhalb der Konstruktion eines Erlaubnistatbestandsirrtums stellt (dann ginge es um die Bestrafung bloß wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts) oder innerhalb der Frage nach einem Verbotsirrtum (dann ginge es um Bestrafung wegen des entsprechenden Vorsatzdelikts).

Wesentliche Prämisse des Folgenden, über die sich aber gewiss streiten ließe, ist nun, dass das Verhalten der Polizeibeamten, als diese versuchten, in das Haus einzudringen, tatsächlich rechtmäßig war. Eine weitere Prämisse meiner Überlegungen besteht darin, dass es unter Zugrundelegung der Vorstellung des Angeklagten kein milderer Gegenmittel gegeben hat als diesen lebensgefährlichen Schuss. Von der bisherigen Systematik unseres situationsgebundenen Notwehrrechts her gesehen können die spezifischen, kriminellen Lebensbedingungen des Angeklagten – quasi als seine „Mitschuld“ am aktuellen Konflikt – nur insoweit berücksichtigt werden, als sie die Frage der subjektiven Durchschaubarkeit der Situation betreffen. Hätte der Angeklagte angesichts seiner eigenen kriminellen Verwicklungen nicht erkennen können, dass es sich vielleicht doch um Polizeibeamte handelt, die ihm auf den Fersen sind, und nicht um die ihm möglicherweise nach dem Leben trachtenden *Bandidos*?

Würde man die Frage der Vermeidbarkeit bejahen, stellte sich, wie schon gesagt, die Frage danach, ob der Täter wegen eines Vorsatz- oder eines Fahrlässigkeitsdelikts zu bestrafen wäre. Da die Erforderlichkeit nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten den Prämissen nach jedenfalls gewahrt wäre, läge zumindest nach der herrschenden Meinung (eine gesetzliche Grundlage gibt es in Deutschland für diese Konstruktion nicht) ein „schuldvorsatz“-ausschließender, vermeidbarer Erlaubnistatbestandsirrtum und damit eine bloße fahrlässige Tötung vor.

Ein ganz anderer Gedankenrahmen würde sich aber dann eröffnen, wenn man über eine Einbeziehung des Akteurs mit seiner Vorgeschichte in die primär situative Notwehrlehre nachdenken würde. Man könnte dann, eingedenk des chinesischen Notwehrrechts und in Anlehnung vor allem wohl an US-amerikanische Positionen<sup>12</sup>, daran denken, eine immanente Notwehr- und

<sup>11</sup> Bekanntlich ist das Studium der Rechtswissenschaft im Gegensatz etwa zu Georgien in Deutschland (noch) nicht im Sinne des Bologna-Prozesses modularisiert worden, sondern endet, zumindest in wesentlichen Teilen, weiterhin mit einer Staatsprüfung.

<sup>12</sup> Für eine detaillierte deutsch-amerikanische Rechtsvergleichung zum Thema „Notwehr gegen unangekündigte Hausdurchsuchungen“ siehe *Burchard, Christoph*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS) 2012, 421, abrufbar unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/12-10/?sz=7>.

Schuldausschließungsschranke eigener Art zu entwickeln. Man könnte den Standpunkt vertreten, dass Mitglieder von kriminellen Organisationen oder Banden, die sich bewaffnen und innerhalb eines an sich befriedeten Gemeinwesens brutale Kämpfe gegen andere kriminelle Organisationen und, falls notwendig, auch gegen Staat und Gesellschaft führen (man denke nur an das geläufige Phänomen der Schutzgelderpressungen oder gar des Menschenhandels), jedenfalls dann aus dem Notwehrrecht von vornherein herausfallen, wenn sie rechtmäßig handelnde Polizeibeamte verletzen. Dabei würde es dann keine Rolle spielen, ob der Todesschütze den Sachverhalt voll durchschaut oder nicht oder ob er ihn *in actu* hätte durchschauen können oder nicht. Es war gleichsam sein „Pech“, dass er einen Polizeibeamten „erwischt“ hat. Indem er eine Art Krieg führt, untergräbt er das staatliche Gewaltmonopol und konstituiert – *in potentia* – durchaus vorhersehbare Risiken für sich und für eine gewaltsame Auseinandersetzung auch mit der Polizei.

Jemand, der in großem Umfang an organisierter Kriminalität partizipiert, kann und darf angesichts eines wehrhaften und an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebundenen Staates nicht davon ausgehen, dass ihm demokratisch und rechtlich legitimierte Funktionsträger stets offen entgegentreten würden. Bemerkt der Angeklagte also nicht, dass es sich um einen Polizeibeamten handelt, der legal in seine Wohnung eindringen will, sondern nimmt er an, ein aggressives Mitglied der *Bandidos* zu verletzen, dann läge ganz unabhängig von der subjektiven Durchschaubarkeit der konkreten Situation für ihn ein Vorsatzdelikt vor: Ihm war nun einmal klar, möglicherweise einen Menschen zu töten. Um einen situationsfixierten Schuldmaßstab brauchte sich der Rechtsanwender dann also nicht zu kümmern. Die Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums in der konkreten Tatsituation könnte allenfalls für die Strafzumessung eine Rolle spielen.

Eine in dieser Form an Akteur und (unabgeschlossener!) Vorgeschichte mitorientierte Notwehr- (Unrechtsausschluss-) und Schuldausschlusslehre würde heute sicherlich keine Zustimmung in der Strafrechtsdogmatik in Deutschland finden. Bestenfalls würde man auf den gegenwärtigen öffentlichen Frieden hinweisen und konzedieren, dass sich die Lage natürlich irgendwann einmal dramatisch ändern könnte. Derzeit aber gebe es keine gravierenden bellizistischen Bedrohungslagen.

Zumindest würde die organisierte Rockerkriminalität keineswegs die Grundlagen unserer Zivilisation angreifen, obwohl das staatliche Gewaltmonopol als solches offensichtlich in Frage gestellt sei.

Vielleicht darf man in diesem Zusammenhang bewusst machen, dass Deutschland in der aktuellen Migrationskrise durch seine Zustimmung zu Flüchtlingskorridoren durch andere EU-Länder hindurch das staatliche Gewaltmonopol zumindest teilweise bereits aufgegeben oder sich doch aus seiner Verantwortung und souveränen Herrschaft ein Stück weit zurückgezogen hat. Die Ausgestaltung des Notwehrrechts freilich sollte keinen Beitrag zur Relativierung des staatlichen Gewaltmonopols leisten. Man muss die Register juristischer Argumentation ja nicht unbedingt zugunsten des Mitglieds einer gefährlichen Organisation ziehen, die sich zugleich mit einer anderen, ebenso gefährlichen Organisation in einem Kriegszustand befindet, zugunsten eines sich im kriminologischen Sinne kriminell Verhaltenden also, der einen Polizisten, während dieser rechtmäßige Zwangsmaßnahmen gegen ihn zu ergreifen versuchte, kurzerhand erschossen hat. Um zu verdeutlichen, dass eine solche, im vorliegenden Fall am Akteur und seinem Vorverhalten anknüpfende Strafrechtsdogmatik keineswegs mit zweierlei Maß misst und daher auch nicht dem Verdikt, es handle sich hierbei um verabscheuungswürdiges „Feindstrafrecht“, anheimfallen kann, fasse ich die Kernthese meiner Überlegungen abschließend noch einmal kurz zusammen.

#### IV. Notwehr und staatliches Gewaltmonopol – Fazit

Wer das staatliche Gewaltmonopol konterkariert und sich in einer dauerhaften, gewissermaßen kriegerischen Auseinandersetzung beispielsweise mit einer rivalisierenden Rockerbande befindet, und wer, ohne dass ihm die Identität des Opfers klar wäre, einen Polizisten in Ausübung einer gegen ihn gerichteten rechtmäßigen Diensthandlung erschießt, die im Zusammenhang mit der Bekämpfung der (vom Täter mit-)organisierten Kriminalität steht, ist weder durch Notwehr gerechtfertigt, noch kann er sich durch Vorstellungen entlasten, die ihn wegen Notwehr rechtfertigen würden, wenn sie den Tatsachen entsprächen. Er ist vielmehr eines Totschlags schuldig.

Eine solche immanente Notwehr- und Schuldausschließungsschranke funktioniert – mit Blick auf relative Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit – natürlich nur dann, wenn die Verantwortung des Todesschützen trotz aller Besonderheiten, die in Einzelfällen ja vorkommen mögen, hinreichend begründet erscheint. Gewiss hat der vorstehende Text insoweit noch nicht alle denkbaren Fragen ausgelotet. Wenigstens darf nicht der Eindruck entstanden sein, es solle mit meinem Vorschlag eine im Ansatz kollektivistische, an sich auf organisierte Kriminalität zielende Zurechnung unter Inkaufnahme einer im Individualstrafrecht bloß kontingenten Haftungsform dorthin umgelenkt werden. Ich muss jedoch aus Platzgründen darauf verzichten, Analogien zu dogmatischen Figuren zu ziehen, die zwar einerseits meinem Modell ähneln, die aber andererseits nicht demselben sachlichen Kontext angehören. Einschlägige Stichwörter lauten: „Notwehrprovokation“, „actio libera in causa“, „Vollrausch im Sinne von § 323a des deutschen StGB“. Ich verzichte somit zunächst darauf, das Überzeugungspotential für meine These auszuschöpfen.

Es dürfte auch so deutlich geworden sein, dass – im Besonderen – hier keine Fehlleitung von Zurechnung vorliegt und dass – im Allgemeinen – die Annahme einer Straftat keineswegs stets die Punktlandung darstellt, als die sie in der strafrechtlichen „Methodik der Fallbearbeitung“ allzu gerne inszeniert wird. Manchmal ist das Verbrechen ein höchst komplexes Gebilde, dem man nur durch ebenso komplexe Überlegungen auf die Spur kommen und bei dessen genauer Analyse kein starres Schema wirklich helfen kann.

# Grenzen der Notwehr im georgischen und anglo-amerikanischen Strafrecht\*

Von Assist. Professor Dr. *Irine Kherkheulidze* (TSU)

## I. Einführung

Die Grenzen der Notwehr finden in der Strafrechtswissenschaft unabhängig vom jeweiligen Rechtssystem immer eine Aktualität. In Georgien ist das Interesse an Rechtfertigungsgründen durch die Reform verstärkt worden, die im Gegensatz zu dem früheren Strafgesetzbuch zwei voneinander stark getrennte Gruppen im neuen Strafgesetzbuch von 1999 eingeführt und sie in Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe unterteilt hat.

Generell basieren die Gründe für die Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im anglo-amerikanischen Rechtssystem zwar auch auf der Unterteilung in Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, unterscheiden sich ansonsten aber deutlich vom georgischen und damit auch vom kontinentaleuropäischen Rechtskreis.

## II. Die Grenzen der Notwehr im georgischen Strafrecht

Nach der aktuellen Fassung des georgischen Strafgesetzbuches<sup>1</sup> ist die Notwehrüberschreitung gemäß Art. 28 Abs. 4 gStGB „ein krasses Missverhältnis der Verteidigung des angegriffenen Täters zu dem Charakter und der Gefahr des Angriffs.“ Das Gesetz regelt ausdrücklich den Umfang der Notwehrgrenzen. Laut dieser Norm ist die Handlung des Angegriffenen dadurch eingeschränkt, dass zwischen dem Angriff und der Verteidigung keine Verletzung der Verhältnismäßigkeit vorliegen darf.<sup>2</sup>

Hier kommt es auf die Bewertung der Notwehrhandlung an. Ob eine zur Abwehr des Angriffs erforderliche Verteidigungshandlung notwendig ist, muss anhand von zwei Kriterien bestimmt werden. Einerseits muss das Verteidigungsmittel dazu geeignet sein, einen Angriff schnell und möglichst endgültig zu beenden, oder ihn mindestens zu schwächen. Andererseits hat der Angegriffene das Recht, ein effektives Verteidigungsmittel zu wählen, das heißt er kann das für sich selbst ungefährlichste Mittel anwenden.<sup>3</sup>

In der Strafrechtswissenschaft der letzten Jahre wird über die zwei Arten der Notwehrüberschreitung diskutiert. Diese sind 1) die Nichtgegenwärtigkeit der Verteidigungshandlung, die sog. „nichtgegenwärtige Abwehr“, und 2) ein krasses Missverhältnis zwischen Abwehr und Art und Gefährlichkeit des Angriffs, die sog. „unangemessene Abwehr“.<sup>4</sup>

In der juristischen Literatur wird außerdem in Bezug auf die „**nichtgegenwärtige Abwehr**“ eine Ansicht vertreten, die die Einordnung der „nichtgegenwärtigen Abwehr“ als eine Art der Notwehrüberschreitung für unzulässig erachtet, weil „die Überschreitung der Notwehr nicht mit dem Fehlen der Gegenwartigkeit in Zusammenhang gebracht werden kann. Eine solche Annahme widerspricht dem Wesen der Notwehr, weil die Überschreitung nur in der Notwehrsituation möglich ist. Bei der nichtgegenwärtigen Abwehr liegt jedoch keine Notwehrsituation vor.“<sup>5</sup> Es ist hier ein sog. „extensiver Notwehrexzess“ gemeint, welcher ein Irrtum über die Gegenwartigkeit des Angriffs ist und wie - der Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr, sog. Putativnotwehr - kann auf der Schuldenebene als Entschuldigungsgrund anerkannt werden. Je-

\* Im Folgenden handelt es sich um den überarbeiteten Vortrag, den ich am 10. Oktober 2015 auf der Strafrechtslehrertagung in Tbilisi gehalten habe.

Deutsche Übersetzung des Aufsatzes vom Lektoratsmitglied der DGStZ Herrn *Davit Chikhaldze*.

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

<sup>2</sup> *Gamkrelidze, Otar*, Kommentar zum Strafgesetzbuch Georgiens, Allgemeiner Teil, 2005 S. 223.

<sup>3</sup> *Turava, Merab*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2010, S. 191.

<sup>4</sup> *Shavgulidze, Tamaz, Surguladze Lamara*, Ausschließungsgründe der Gesellschaftsgefährlichkeit in der Strafgesetzgebung, 1988 S. 118.

<sup>5</sup> *Shavgulidze, Tamaz, Surguladze Lamara*, Ausschließungsgründe der Gesellschaftsgefährlichkeit in der Strafgesetzgebung, 1988 S. 120.

doch ist eine Ausnahme von extensivem Notwehrexzess als Entschuldigungsgrund in der Strafrechtswissenschaft umstritten. Im Hintergrund zu widersprüchlichen Lösungsvorschlägen lehnt die herrschende Meinung eine solche Sichtweise ab. Aufgrund der Analyse des georgischen Strafrechts kann man zusammenfassen, dass extensiver Notwehrexzess im georgischen Strafrecht kein Entschuldigungsgrund darstellt.<sup>6</sup>

Historisch gesehen, betrifft die „**unverhältnismäßige Notwehr**“ nicht nur die Fälle, bei denen die Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung hinsichtlich der Intensität verletzt ist, sondern auch solche Fälle, bei denen der dem Angreifenden zugefügte Schaden nicht verhältnismäßig zu dem Schaden ist, der durch den Angriff zu erwarten ist, wenn also eine Verletzung der „Interessenverhältnismäßigkeit“ vorliegt.<sup>7</sup> In einem Fall, in dem der Angegriffene bei der Verteidigung gegen den Angriff zwischen zwei gleichermaßen effektiven Mitteln nicht das mildere, sondern absichtlich das gefährlichere Mittel verwendet, obwohl dies nicht erforderlich war, handelt es sich um einen sog. „intensiven Exzess“. Dieser führt nicht zu einer Rechtfertigung nach Art. 28 gStGB. Hat eine solche Überschreitung der Notwehr den Tod des Angreifenden zur Folge, wird dies nach Art. 113 gStGB als ein in Notwehrüberschreitung begangener Totschlag bestraft, was eine Privilegierung darstellt.<sup>8</sup>

Was die „Interessenverhältnismäßigkeit“ angeht, muss danach gefragt werden, wie groß das Missverhältnis zwischen dem zugefügten und dem zu erwartenden Schaden sein muss, um die Notwehrgrenzen als überschritten anzusehen. In diesem Zusammenhang kann der Fall des getöteten Kindes, das versucht hat, einen Apfel im Garten einer anderen Person zu pflücken, nicht weiterhelfen, weil es dort nicht um die Notwehrüberschreitung geht, sondern das Recht auf Notwehr deswegen entfällt, weil es sich um ein irrelevantes Bagatelldelikt handelt.<sup>9</sup>

Die Notwehrüberschreitung gibt es infolgedessen

nur in dem Fall, in dem der dem Angreifenden zugefügte Schaden für die Abwehr nicht erforderlich war. Die Bestimmung der Notwehrgrenzen ist heutzutage im georgischen Strafrecht nicht Gegenstand eines Meinungsstreits. Vielmehr ist die praktische Anwendung von Art. 28; 113; 122 gStGB problematisch, besonders dann, wenn entschieden werden soll, ob der angegriffene Täter von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen des Notwehrrechts befreit werden kann oder der Tod oder die Gesundheitsschädigung des Angreifenden bei der Abwehr als Notwehrüberschreitung angesehen werden muss. In dieser Hinsicht muss die Rechtspraxis verbessert werden.

### III. „Imperfect self-defense“ im anglo-amerikanischen Strafrecht

Im Vergleich zum georgischen und kontinentaleuropäischen Rechtssystem kennt das Common Law keine Notwehrüberschreitung. Stattdessen wird das Institut der „imperfect self-defense“ praktiziert.<sup>10</sup> Bei der Überschreitung der Grenzen der Notwehr spricht man in den Vereinigten Staaten von Amerika von unvollkommener Notwehr (imperfect self-defense), die als Strafmilderungsgrund im Common Law verwurzelt ist. Dieses Konzept hat seine Auslegung in der Entscheidung des Texas Court of Criminal Appeals im Fall *Reed v. State*<sup>11</sup> gefunden, die in den USA einen Kerngedanken der unvollkommenen Notwehr zum Ausdruck bringt.<sup>12</sup>

Notwehr kann in zwei Kategorien – die vollkommene und die unvollkommene Notwehr – unterteilt werden. Nach dem *Reed* Fall wurde eine solche Unterteilung für die Gerichte akzeptabel. In der Entscheidung wurde das Recht auf eine vollkommene oder unvollkommene Notwehr bei den Straftaten gegen das Leben verankert.<sup>13</sup> Die Notwehr ist vollkommen, wenn die für sie vier typischen Elemente vorliegen. 1) Der Angegriffene hat den Konflikt

<sup>6</sup> *Turava, Merab*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2010, S. 192, 242.

<sup>7</sup> *Shavgulidze, Tamaz, Surguladze Lamara*, Ausschließungsgründe der Gesellschaftsgefährlichkeit in der Strafgesetzgebung, 1988 S. 124.

<sup>8</sup> *Turava, Merab*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2010, S. 191.

<sup>9</sup> *Shavgulidze, Tamaz, Surguladze Lamara*, Ausschließungsgründe der Gesellschaftsgefährlichkeit in der Strafgesetzgebung, 1988 S. 126.

<sup>10</sup> *Kherkheulidze, Irine*, Notwehr im georgischen und im Common Law (angelsächsischen) Recht 2010, S. 184.

<sup>11</sup> Siehe dazu *Reed v. State*, Texas Appellate Court, 1882, 509, in dem der Schuldspruch aufgehoben wurde, weil die Geschworenen nicht auf die mögliche unvollkommene Notwehr hingewiesen worden sind.

<sup>12</sup> *State v. Faulkner*, 301 Maryland, 1984, 482, 488, 483 Atlantic Reporter, 2nd Series 759, 762.

<sup>13</sup> *Lafave, Wayner, R., & Scott, Austin, Wakman, JR.*, Substantive Criminal Law, 2<sup>nd</sup> edition, 1986, S. 271, 273.

nicht initiiert. 2) Er glaubte an eine unmittelbare Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit. 3) Er hatte eine begründete Vermutung dafür. 4) Der Angegriffene hat keine Gewalt angewendet, die das Gebot der Erforderlichkeit überschritten hat.<sup>14</sup> Die Notwehr ist unvollkommen, wenn der Beschuldigte das Vorliegen eines der für die vollkommene Notwehr erforderlichen Elemente nicht beweisen kann.<sup>15</sup> Da es zwischen den Gerichten einen Meinungsstreit hinsichtlich der Elemente gibt, die die unvollkommene Notwehr verursachen, bietet sich eine Unterteilung in drei Varianten bzw. Fallgruppen an. Der erste Fall der unvollkommenen Notwehr ist gegeben, wenn der Beschuldigte die Notwehrlage fahrlässig verursacht und daraufhin gezwungen ist, den Tod des Angreifenden herbeizuführen.<sup>16</sup> Der zweite Fall liegt dann vor, wenn der angegriffene Täter den Angreifenden durch unbegründete Gewaltanwendung tötet.<sup>17</sup> Der letzte Fall, bei dessen Vorliegen sämtliche Gerichte die unvollkommene Notwehr anerkennen, ist gegeben, wenn der Beschuldigte gutgläubig dem Irrtum unterliegt, dass die Gewalt, die zum Tod oder zur Gesundheitsschädigung des Angreifenden führt, erforderlich ist, um den Angriff abzuwehren.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Siehe dazu: *Tichnell v. State*, 287, Maryland, 1980, 695, 718, 415 Atlantic Reporter, 2nd Series 830, 842; *Guerrieo v. State*, 213 Maryland, 1957, 545, 549, 132 Atlantic Reporter, 2nd Series 466, 467, 468; *DeVaughn v. State*, 232 Maryland, 1963, 447, 453, 194 Atlantic Reporter, 2nd Series 109, 112; *Bruce v. State*, 218 Maryland, 1958, 87, 96, 97, 145 Atlantic Reporter, 2nd Series 428, 432, 433.

<sup>15</sup> *Lafave, Wayner, R., & Scott, Austin, Wakman, JR.*, Substantive Criminal Law, 2<sup>nd</sup> edition, 1986, S. 271, 272.

<sup>16</sup> Siehe dazu: *Reed v. State*, 11 Texas Appellate Court, 1882, 509, 517, 518; *People v. Deason*, Michigan Court of Appeals, 1985, 384 N.W.2d 72, 74; *State v. Bush*, North Carolina, 1982, 297 South Eastern Reporter, 2nd Series 563, 568; *State v. Flory*, Wyoming, 1929, 276, 458; *Perkins, Rollin, & Boyce Ronald*, Criminal Law, 3<sup>d</sup> edition, 1982, S. 1137, 1141.

<sup>17</sup> Siehe dazu: *Allison v. State*, 86 South Western Reporter, Arkansas, 1905, 409; *Reed v. State*, 11 Texas Appellate Court, 1882, 517, 518.

<sup>18</sup> Zu den Staaten, die diesen Standard erlassen haben, gehören Arkansas, California, Maine, Maryland, New Mexico, und Pennsylvania, Siehe dazu: *Allison v. State*, 86 South Western Reporter, Arkansas, 1905, 413; *People v. Flannel*, California, 1979, 603 Pacific Reporter, 2nd Series 1, 9; *State v. Grant*, Maine, 1980, 418 Atlantic Reporter, 2nd Series 154, 156; *Faulkner v. State*, 301 Maryland, 1984, 482, 499, 483 Atlantic Reporter, 2nd Series 759, 768; *State v. Kidd*, New Mexico, 1917, 175 Pacific Reporter, 772, 774; *Commonwealth v. Colandro*, 1911, 80 Atlantic Reporter, 571, 574-75.

Durch die Kategorisierung der Notwehr in unvollkommene und vollkommene sowie die Auflistung der drei Möglichkeiten der unvollkommenen Notwehr kann man zusammenfassen, dass der Begriff der unvollkommenen Notwehr im ersten Fall eine fahrlässig provozierte Notwehrlage erfasst, weswegen der Angegriffene in seinem Verteidigungsrecht beschränkt wird. Im zweiten Fall, in dem der Angegriffene nicht aus Verwirrung oder Furcht, die Grenzen überschreitet, sondern absichtlich und aus Rache, handelt es sich um einen rachemotivierten Mord. Der dritte Fall ist eine logische Beschreibung der Lage, die man im georgischen Strafrecht als Notwehrüberschreitung bezeichnet.<sup>19</sup>

Der Model Penal Code von 1962 definiert die Notwehr seinerseits.<sup>20</sup> Nach dem Model Penal Code wird der angegriffene Täter wegen der Schuldqualität hinsichtlich aller Elemente der Straftat strafrechtlich verfolgt. Dementsprechend wird eine gutgläubige, aber unbegründete Überzeugung von der Erforderlichkeit der Tötung des Angreifenden als Fahrlässigkeitsdelikt qualifiziert und der Beschuldigte wegen einer fahrlässigen Tötung verantwortlich gemacht.<sup>21</sup> Der Staat Colorado hat diese Sichtweise sogar in seiner Gesetzgebung verankert und einen in unvollkommener Notwehr begangenen Totschlag als fahrlässige Handlung akzeptiert. Diese Regel gilt bisher allerdings nur für Mordfälle. Der amerikanische Model Penal Code verwendet nicht den Begriff „Überschreitung der Verteidigung“ und weist auch nicht auf die Rechtsfolge hin. Im zweiten Teil des Kodex, in dem die einzelnen Straftaten formuliert sind, gibt es keine speziellen Normen, die für die Tötung oder Gesundheitsschädigung des Angreifenden infolge einer Überschreitung der Verteidigungsgrenzen eine Strafbarkeit vorsehen. Auch im StGB von New York, das 1967 in Kraft getreten ist, ist dieser Fall nicht erwähnt und die Rechtfertigungsgründe sind dieselben, wie die im Model Penal Code (§ 30 und § 35.15-25).<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Kherkheulidze, Irine*, Notwehr im georgischen und im Common Law (angelsächsischen) Recht 2010, S. 185.

<sup>20</sup> Model Penal Code § 3.09(2) (Proposed Official Draft 1962).

<sup>21</sup> Die gleiche Position wird durch Arkansas und New Jersey vertreten, Siehe: ARKANSAS STATUTE ANN. §. 5-2-614 (a), (Michie, 1993); NEW JERSEY STATUTE ANN. §. 2C:3-9 (b), (replaced 1981), (West, 1993).

<sup>22</sup> *Kherkheulidze, Irine*, Notwehr im georgischen und im Common Law (angelsächsischen) Recht 2010, S. 186.

Insgesamt qualifizieren die ersten Instanzen der US-Gerichte „murder“<sup>23</sup> als „manslaughter“.<sup>24</sup> Das bedeutet, dass wenn der Angegriffene behauptet, im Rahmen der unvollkommenen Notwehr gehandelt zu haben und das lokale System diese Lage als Milderungsgrund anerkennt, „murder“ zu „manslaughter“ wird.<sup>25</sup>

Im Gegensatz zur Provokation (im georgischen Strafrecht ist es ein Mord, der im Zustand der Verwirrung begangen wird), die einen klassischen Milderungsgrund darstellt, basiert die unvollkommene Notwehr nicht auf einer seelischen Verwirrung, sondern auf „Angst vor dem Tod“.<sup>26</sup> Beide Rechtfertigungsgründe sehen jedoch vor, dass die Handlung des Angegriffenen rechtswidrig war, dieser aber ohne die böse Absicht handelte, die eine Voraussetzung für „murder“ ist.<sup>27</sup>

Die US-Enzyklopädie über das Verbrechen und die Gerechtigkeit weist darauf hin, dass Mord milder qualifiziert werden kann – murder also zu manslaughter wird – in Fällen, in denen die der Tötung beschuldigte Person nicht alle Voraussetzungen der Notwehr erfüllt hat.<sup>28</sup>

Der Kern dieses Institutes ist es, dass der durch die Notwehrüberschreitung begangene Mord in der Mehrheit der Gesetzgebungen der Staaten als Mord von geringerer Qualität qualifiziert oder als privilegierender Tatbestand angesehen wird. Die Analyse der Präzedenzen der Länder des Common-Law-Systems zeigt, dass die anglo-amerikanische Gesetzgebung Spezialnormen für die Grenzüberschreitung der Verteidigung nicht enthält. Die Überschreitung wird hier als unvollkommene Notwehr angesehen, wobei dieses Institut nur auf Mordfälle Anwendung findet.

## IV. Zusammenfassung

Nach der Analyse und dem Vergleich der Grenzen der imperfect self-defense im anglo-amerikanischen Recht und des in Art. 28. Abs. 4 gStGB geregelten Notwehrrechts, kann man zusammenfassen, dass trotz der zwischen den beiden Phänomenen existierenden Unterschiede, die Grundlage beider Institute vergleichbar ist. Ähnlich sind auch die Rechtsgüter, bei deren Verletzung die hier erwähnten beiden Rechtsinstitute zur Anwendung kommen. Ein Unterschied besteht hingegen in deren strafrechtlichen Beurteilung.

<sup>23</sup> „Murder“ – Mord begangen mit böswilliger Absicht.

<sup>24</sup> Siehe dazu: *People v. Lockett*, Illinois, 1980, 413 North Eastern Reporter, 2nd Series 378, 381; *State v. Faulkner*, 301 Maryland, 1984, 500, 501, 483 Atlantic Reporter, 2nd Series 769.

<sup>25</sup> *Perkins, Rollin*, Criminal Law, 2<sup>nd</sup> edition, 1969, S. 69; wie Prof. *Perkins* feststellt, wurde „manslaughter“ als umfassendes Konzept entwickelt, das alles zwischen Mord und gerechtfertigtem Totschlag umfasst.

<sup>26</sup> *Moreland, Roy*, The Law of Homicide, 1952, S. 91.

<sup>27</sup> *Mahler, Christian, C.*, Survey: Developments in Maryland Law, 1992-93: Criminal Law: Limiting The Right to Imperfect Self-defense, 53 Maryland Law Review 759, 1994, S. 2 ff.

<sup>28</sup> *Kadish, Sanford, H.*, Encyclopedia of Crime and Justice, 3. Band, 1993, S. 952.

# Staatliche Tatprovokation

Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 10. Juni 2015 – Aktenzeichen 2 StR 97/14, veröffentlicht in: Strafvverteidiger Form (StraFo) 2015, 509

Die rechtsstaatswidrige Provokation einer Straftat durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden oder durch von ihnen gelenkte Dritte hat regelmäßig ein Verfahrenshindernis zur Folge (amtlicher Leitsatz).

Von Professor Dr. *Bernd Heinrich*, Universität Tübingen

## I. Sachverhalt<sup>1</sup>

Im Verlauf eines Ermittlungsverfahrens wegen einer anderen Straftat wurden gegen mehrere Personen, unter anderem den A, umfangreiche Observationen und Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation durchgeführt. Hieraus ergab sich der Verdacht, dass A auch mit Betäubungsmitteln handelte. Dieser Verdacht konnte jedoch durch weitere Ermittlungsmaßnahmen nicht bestätigt werden. Daraufhin setzte die Staatsanwaltschaft den Polizeibeamten B als verdeckten Ermittler ein. Dieser suchte A mehrfach in der von diesem betriebenen Gaststätte auf und verwickelte ihn dort in Gespräche. Da bekannt war, dass A bereits früher in Betäubungsmittelgeschäften verstrickt war, versuchte B den A dazu zu überreden, ihm Betäubungsmittel zu besorgen. B täuschte dem A vor, er sei selbst Drogenhändler und habe Schwierigkeiten mit seinem Lieferanten, habe aber andererseits seinen Kunden zugesagt, ihnen die Drogen zu liefern. A lehnte jedoch zuerst jede Beteiligung an den Drogendelikten ab. B wiederholte aber seinen Wunsch an mehreren darauf folgenden Tagen und deutete A gegenüber an, seine Kunden würden immer wütender werden. A lehnte eine Beteiligung weiterhin ab und bat den B, nicht mehr ständig nachzufragen, da er seinen Standpunkt nicht ändern werde. B ließ jedoch nicht locker und behauptete dem A gegenüber, dass seine Kunden ihn mittlerweile bedrohen würden, weshalb er seine Telefonnummer gewechselt und seine Wohnung verlassen hätte. Schließlich gab A dem Drängen des B nach und stellte einen Kontakt zu einem Freund

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um das Hauptproblem deutlicher hervortreten zu lassen.

her, der dem B einen Drogenkauf vermittelte. A selbst erhielt für diese „Vermittlung“ keine Gegenleistung. Bei der Übergabe der Drogen wurden die Täter verhaftet. A selbst war bei der Übergabe der Drogen nicht anwesend und hatte an den weiteren Verhandlungen über den Drogenverkauf auch nicht mitgewirkt. Dennoch verurteilte ihn das Landgericht wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, 27 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten. A legte hiergegen Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) ein.

## II. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im vorliegenden Fall war B als **verdeckter Ermittler** der Polizei tätig. Unter verdeckten Ermittlern versteht man Polizeivollzugsbeamte, die unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten veränderten Identität (einer so genannten „Legende“) zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden. Sie schleusen sich dabei meist unter fremdem Namen in organisierte kriminelle Banden ein. Eine gesetzliche Regelung hierzu findet sich in Deutschland in § 110a der Strafprozessordnung (StPO). Die verdeckten Ermittler sind zu unterscheiden von den **nicht öffentlich ermittelnden Polizeibeamten**.<sup>2</sup> Hierbei handelt es sich ebenfalls um Polizeibeamte. Diese werden aber,

<sup>2</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden die knappe Übersicht bei *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafrecht, 2014, Problem 21, S. 103 ff.; ferner *Geppert*, Juristische Ausbildung (JURA) 1992, 244; *Lesch*, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2000, 390, *Nitz*; JA 1999, 418; *Quentin*, Juristische Schulung (JuS) 1999, 134; *Vitt*, JURA 1994, 17.

ohne dauerhaft eine fremde Identität angenommen zu haben, lediglich im Einzelfall verdeckt tätig, schlüpfen also nur kurzzeitig in eine andere Rolle, zum Beispiel als „Scheinkäufer“ bei Drogengeschäften. Hierfür gibt es in Deutschland keine spezielle gesetzliche Regelung.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang sind ferner noch die **Vertrauenspersonen** („V-Leute“) der Polizei zu nennen. Dies sind Privatpersonen, die bereit sind, die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten für längere Zeit vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich von der Polizei geheim gehalten wird. Meist stammen sie selbst aus dem kriminellen Milieu. Auch dieser Fall ist in Deutschland gesetzlich nicht geregelt. Schließlich gibt es noch so genannte **Informanten** der Polizei. Hierbei handelt es sich um Privatpersonen, die bereit sind, gegen Zusage der Vertraulichkeit den Behörden im Einzelfall Informationen zu verschaffen.

In Deutschland ist man sich im Wesentlichen darüber einig, dass der Einsatz solcher verdeckter Ermittler vom Grundsatz her ein zulässiges Mittel der Strafverfolgung darstellt. Das Einschleusen von Polizeibeamten in kriminelle Banden oder der Kontakt zu Informanten aus dem kriminellen Milieu, erscheint dabei insbesondere zu Bekämpfung und Aufklärung besonders gefährlicher und schwerer Straftaten notwendig. Bereits hier ist jedoch zu bedenken: An sich gelangen die Polizeibeamten an die entsprechenden Informationen nur durch eine Täuschung. Sie täuschen die potentiellen Straftäter, gegen die sie ermitteln, entweder über ihre Identität oder – bei Einschaltung einer Vertrauensperson – über die Tatsache, dass ihr Gesprächspartner nicht privat, sondern gerade im Auftrag der Polizei handelt. Eine Täuschung des Verdächtigten im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen zur Erlangung von Informationen berührt in Deutschland aber die Verbotsnorm des § 136a Abs. 1 StPO. Hier heißt es: Die Erlangung von Aussagen durch „Misshandlung, Ermüdung, einen körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, **durch Täuschung** oder durch Hypnose ist unzulässig“. Auch erlaubt die

<sup>3</sup> Die Rechtsgrundlage für den Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter ist daher auch sehr strittig. Als Ermächtigungsvorschrift wird insbesondere §§ 161, 163 StPO in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot strafprozessualer Sachverhaltsaufklärung herangezogen. Ausführlich hierzu *Rebmann*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985, 1.

deutsche Strafprozessordnung an keiner Stelle eine bewusste Täuschung eines Verdächtigten zur Erlangung von Informationen.<sup>4</sup>

Ferner ist auch Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), das Recht auf ein faires Verfahren, durch ein solches Verhalten betroffen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat dabei in mehreren Entscheidungen das Recht auf ein faires Verfahren weit ausgelegt. Dabei kann es grundsätzlich einen Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz darstellen, wenn die Strafverfolgungsbehörden dem Verdächtigten Informationen durch Täuschung entlocken, die er freiwillig nicht herausgegeben hätte.<sup>5</sup> Trotz dieser Bedenken ist man sich in Deutschland aber darüber einig, dass der Einsatz verdeckter Ermittler nicht per se rechtswidrig ist, sofern bestimmte Grenzen nicht überschritten werden. Es wird argumentiert, in vielen Fällen gehe es nicht um eine unzulässige **Täuschung**, sondern vielmehr um eine **kriminalistische List**, die von dem Verbot des § 136a Abs. 1 StPO nicht umfasst sei.

Im vorliegenden Fall wurde nun B aber gerade nicht zur Ermittlungen in Bezug auf eine bereits begangene Straftat eingesetzt, sondern als „**agent provocateur**“<sup>6</sup> damit beauftragt, eine Straftat polizeilich kontrolliert herbeizuführen, um die spätere Festnahme und Verfolgung des Beschuldigten zu ermöglichen. Ein solcher **Lockspitzeinsatz**<sup>7</sup> grenzt sich von einer bloßen Beteiligung an einer Straftat dadurch ab, dass die Tatbereitschaft des Haupttäters erst geweckt oder jedenfalls intensiviert wird,<sup>8</sup> wie dies vorliegend auch im Hinblick auf den A geschehen ist.

Die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes eines Lockspitzels wird unterschiedlich beurteilt: Nach Ansicht des BGH ist der Einsatz von verdeckten Ermitt-

<sup>4</sup> Anders *Nowrouzian* Kriminalistik 2011, 370, 372; gegen die Zulässigkeit einer generellen Befugnis zur Täuschung *Müller/Römer*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2012, 543, 545.

<sup>5</sup> Vgl. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK auch BGH NJW 2010, 3670.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu *Löwe/Rosenberg-Esser*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 249 ff.

<sup>7</sup> *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 27.

<sup>8</sup> *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, herausgegeben von Rolf *Hannich* u.a. (KK)-*Bruns*, StPO, 7. Aufl. 2013, § 110c Rn. 10.

lern auch als Lockspitzel problemlos möglich.<sup>9</sup> Für die Zulässigkeit wird insbesondere auf ein praktisches Bedürfnis verwiesen: Gerade im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität könnten die Täter andernfalls meist nicht überführt werden.<sup>10</sup> Auch würde die Vorschrift des § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO gerade den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln als „klassischen“ Anwendungsbereich des Einsatzes verdeckter Ermittler nennen (es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die genannte Norm sich vom Wortlaut her nur auf die „Aufklärung von Straftaten“ und eben gerade nicht auf die Veranlassung fremder Straftaten bezieht). Die Zwecke, warum die Ermittlungsbehörden eine solche Tat veranlassen, können im Übrigen unterschiedlich sein: Selten erstrebt man eine Verurteilung gerade wegen der konkret begangenen Tat, vielmehr erstrebt man meist – insbesondere bei Serienstraftaten – eine Verurteilung (auch) wegen zurückliegender Taten. Man erhofft sich dadurch aber teilweise auch allgemein, Beweismaterial gegen Mitglieder großer Drogenkartelle zu erlangen und in deren Strukturen einzudringen. Möglich ist es aber auch, den Angestifteten durch die Straftatbegehung unter Druck zu setzen und ihn als Kronzeugen zu gewinnen.<sup>11</sup>

Der hier zu besprechende Fall gab dem BGH nun Anlass dafür, sich mit zwei Fragen auseinanderzusetzen, die im Folgenden getrennt behandelt werden sollen: Erstens ist festzustellen, wann eine solche Tatprovokation rechtlich zulässig und wann sie unzulässig ist. Wird festgestellt, dass eine **unzulässige** Tatprovokation vorliegt, wird dies in der Regel dazu führen, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens („fair trial“) verletzt ist. Hier muss man zuerst wissen, dass dieser Grundsatz nicht nur ein faires Verfahren im engeren Sinne erfasst, also ein bereits laufendes Strafverfahren bzw. bereits laufende strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen. Der Grundsatz ist vielmehr für das gesamte staatliche Verhalten, welches im Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten steht, zu beachten. Er kann sich also auch auf einen Zeitpunkt beziehen, zu dem eine solche Straftat noch

gar nicht begangen wurde, eben zum Beispiel dadurch, dass eine Privatperson von einer staatlichen Instanz zur Begehung einer Straftat veranlasst wurde. Die zweite, nicht weniger umstrittene Frage ist dann, welche Folgen eine solche Verletzung des Fair-Trial-Grundsatzes insbesondere für denjenigen hat, der zu einer bestimmten Tat veranlasst wurde. Es ist zu fragen, ob der Staat hier überhaupt eine Bestrafung vornehmen darf oder ob er sich durch eine Bestrafung nicht widersprüchlich verhalten würde.

Im Hinblick auf die erste Frage der zulässigen oder unzulässigen Tatprovokation wurden in Deutschland folgende Grundsätze entwickelt: Zulässig kann eine Tatprovokation nur dann sein, wenn sich die verdeckt ermittelnden Polizeibeamten darauf beschränken, eine **bereits vorhandene Bereitschaft** eines anderen zur Begehung von Straftaten auszunutzen. Notwendig ist also ein bestehender Anfangsverdacht, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder jedenfalls zu der Begehung einer zukünftigen Straftat bereit zu sein.<sup>12</sup> Von vorne herein unzulässig sind hingegen Konstellationen, in denen der verdeckt ermittelnde Polizeibeamte einen anderen zu einer Tat verleitet, die dieser sonst nicht begangen hätte und zu deren Begehung der Betreffende zuvor auch nicht bereit war.<sup>13</sup> Wird dagegen eine bereits tatgeneigte Person zu einer Tat veranlasst, ist dies zwar grundsätzlich zulässig, kann aber dann unzulässig sein, wenn eine Abwägung im Rahmen einer Gesamtschau zu dem Ergebnis führt, dass die polizeilich angeleitete Provokation „**unvertretbar übergewichtig**“ war und damit einem Rechtsstaat nicht mehr entspricht.<sup>14</sup> Hierfür müssen die Grundlage und das Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Tatverdachts sowie die Art, die Intensität, der Zweck und die Dauer der Einflussnahme in den Blick genommen werden. Diese sind mit der eigenen Tatbereitschaft des Beschuldigten sowie seinen sonstigen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten

<sup>9</sup> BGHSt (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 45, 321.

<sup>10</sup> BGH NJW 1980, 1761.

<sup>11</sup> Vgl. ferner zum Einsatz von Jugendlichen als „Testkäufer“ für Alkohol, der nach §§ 28 Abs. 1 Nr. 10, 9 Abs. 1 des Jugendschutzgesetzes nicht an Jugendliche verkauft werden darf Oberlandesgericht (OLG) Bremen NStZ 2012, 220.

<sup>12</sup> BGHSt 45, 321, 336 f.; BGHSt 47, 44, 47 f.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 1123; hierzu famos („Der Fall des Monats im Strafrecht“) 06/2000, abrufbar unter <http://famos.rewi.hu-berlin.de/famos> (zuletzt abgerufen am 23. Dezember 2015); vgl. ferner auch den Fall *Teixeira de Castro* gegen Portugal, EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502.

<sup>14</sup> BGHSt 32, 345, 346 f.; BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1984, 78, 79; BGH NStZ 214, 277, 279.

abzuwägen.<sup>15</sup> Entscheidend ist dabei, ob das Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht aufweist, dass der Beitrag des Beschuldigten demgegenüber in den Hintergrund tritt. Letzteres kann insbesondere dann der Fall sein, wenn gegenüber dem späteren Täter Gewalt angewandt wird oder dieser einem massiven psychischen Druck ausgesetzt wird.<sup>16</sup> Gemessen an diesen Kriterien muss im vorliegenden Fall von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ausgegangen werden, da B den A psychisch auf massive Weise beeinflusste. Während manche Stimmen in der deutschen Literatur der Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage zustimmen,<sup>17</sup> sehen andere den tatprovokierenden Einsatz verdeckter Ermittler grundsätzlich – mangels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage – als rechtswidrig an.<sup>18</sup> Insbesondere § 110a Abs. 1 StPO reiche als Ermächtigungsnorm nicht aus, da diese Vorschrift den Einsatz nur zur „Aufklärung von Straftaten“ erlaube. Darüber hinaus stehen einige Autoren auch auf dem Standpunkt, dass eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung zudem gar nicht möglich wäre, da eine solche sowohl gegen die deutsche Verfassung als auch gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen würde.<sup>19</sup>

Anders als die deutsche Rechtsprechung misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Lockspitzeinsatz stets ausschließlich an Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass ein verdeckter Ermittler unter keinen Umständen tat-

provokierend tätig werden darf.<sup>20</sup> Sein Verhalten müsse sich auf eine **weitgehend passive Strafermittlung** beschränken.<sup>21</sup> Sobald der verdeckte Ermittler die Tat initiiert oder sonst aktiv auf den Beschuldigten einwirkt, liege ein Verstoß gegen Art. 6 der EMRK vor.<sup>22</sup> Allerdings wird die Frage der Intensität und der Art der Einwirkung dann allgemein bei der Abwägung berücksichtigt, ob das Verfahren „insgesamt fair“ war oder ob ein Verstoß gegen das „fair-trial“-Prinzip vorlag. Getragen wird dieses Verbot, aktiv auf Personen zuzugehen, von dem Grundsatz, dass es Aufgabe der Polizei sei, Straftaten zu verhindern und nicht, diese zu erzeugen. Daher könne das öffentliche Interesse an der Verurteilung den Einsatz von Lockspitzeln in keinem Fall rechtfertigen.<sup>23</sup> Insoweit prüft der EGMR anhand einer **hypothetischen Überlegung**, ob die konkrete Tat auch ohne staatliche Einflussnahme begangen worden wäre.<sup>24</sup> Doch auch wenn sich der verdeckte Ermittler rein passiv verhält, bedürfe dies konkreter objektiver Verdachtsmomente zu Beginn des staatlichen Handelns.<sup>25</sup> Auch sei eine dauerhafte Überwachung der Handlungen des verdeckten Ermittlers durch eine staatliche Stelle erforderlich.<sup>26</sup>

Ebenso umstritten wie die Frage, wann eine zulässige und wann eine unzulässige (= rechtsstaatswidrige) Tatprovokation vorliegt, ist die Frage, welche Konsequenzen aus einem solchen Verstoß zu ziehen sind. Am weitesten geht die – teilweise in der deutschen Literatur

<sup>15</sup> BGHSt 32, 345, 346 f.; BGH NJW 1980, 1761; BGH NStZ 1984, 78, 79; vgl. ferner zur „zulässigen Tatprovokation“ BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1981, 70; BGH NStZ 1984, 78, 79.

<sup>16</sup> BGH NStZ 2009, 405 (406); vgl. auch EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 49 (Furcht/Deutschland); vgl. auch BGHSt 47, 44 (auch hier gab, wie im vorliegenden Fall, der verdeckte Ermittler vor, von seinem Auftraggeber mit einer Begehung einer Straftat gegen Leib oder Leben bedroht zu werden, wenn er die Ware nicht liefert).

<sup>17</sup> KK-Bruns (Fn. 8), § 110c Rn. 9; Graf-Hegmann, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Aufl. 2012, § 110c Rn. 8 ff.; Pfeiffer, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 110a Rn. 1.

<sup>18</sup> Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 96; Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 128.

<sup>19</sup> Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 141 f.; anders hingegen Voller (Fn. 18), S. 60.

<sup>20</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09; EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 32 (Teixeira de Castro/Portugal).

<sup>21</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 48 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 38 (Teixeira de Castro/Portugal); EGMR, Urteil vom 5. Februar 2008 – 74420/01, NJW 2009, 3565, Rn. 55 (Ramanauskas/Litauen).

<sup>22</sup> EGMR, Urteil vom 21. März 2002 – 59895/00, Rn. 5 (Calabro/Italien und Deutschland); vgl. hierzu auch Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 121.

<sup>23</sup> EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, EGMR NJW 2012, 3502, Rn. 36 (Teixeira de Castro/Portugal); EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 47 (Furcht/Deutschland).

<sup>24</sup> EGMR, Urteil vom 4. November 2010 – 18757/06, Rn. 37 (Bannikova/Russland).

<sup>25</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 50 (Furcht/Deutschland).

<sup>26</sup> Löwe/Rosenberg-Esser (Fn. 6), Art. 6 EMRK Rn. 255.

vertretene – Ansicht, in diesen Fällen müsse ein **Verfahrenshindernis** angenommen werden.<sup>27</sup> Begründet wird dies mit einer Verwirkung des Strafanspruchs: Wenn der Staat ein entsprechendes Verhalten veranlasse, verliere er das Recht, dieses später abzuurteilen. Auch würde durch ein solches Verhalten das Vertrauen in die Strafrechtspflege massiv beeinträchtigt.<sup>28</sup> Argumentiert wird auch mit dem aus Art. 1 und 2 des Grundgesetzes (GG) abzuleitenden Verbots des widersprüchlichen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörde (*venire contra factum proprium*).<sup>29</sup>

Eine weitere Ansicht nimmt hier zwar kein allgemeines Verfahrenshindernis, jedoch im konkreten Fall ein **Beweisverwertungsverbot** der durch den Lockspitzel gewonnenen Erkenntnisse an.<sup>30</sup> Dies ergebe sich bei einer belastenden Ermittlungsmaßnahme, die nicht auf eine bestimmte Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann, jedenfalls bei schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte unmittelbar aus der Verfassung.<sup>31</sup>

Andere wiederum vertreten eine materiell-rechtliche Lösung und gelangen in den Fällen der unzulässigen Tatprovokation zu einem **Strafaufhebungs-** bzw. **Strafausschließungsgrund**. Jedenfalls dann, wenn es zu einer Hauptverhandlung komme, sei nämlich ausschließlich ein Freispruch dazu geeignet, der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation Genüge zu tun.<sup>32</sup> Dagegen würde eine bloße Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (dies wäre die Folge, wenn man ein Verfahrenshindernis annimmt) oder der Freispruch „aus Mangel an Beweisen“ (hierzu käme man, wenn man ein Beweisverwertungsverbot annehmen würde und keine anderen Beweismittel zur Verfügung stünden) der begangenen Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs

des Angeklagten nicht gerecht werden.<sup>33</sup> Dagegen lässt sich freilich anführen, dass hier die Unterscheidung zwischen materiellem Strafrecht und Prozessrecht verwischt wird, denn materiell liegt eine Straftat zweifellos vor.<sup>34</sup> Auch lässt sich hiergegen anführen, dass das Rechtsinstitut des Strafausschließungsgrundes an sich gerade auf Personen oder Tatsituationen, nicht aber auf Ermittlungsmaßnahmen zugeschnitten ist.<sup>35</sup>

Eine Sonderrolle nimmt der EGMR ein, was daher rührt, dass er selbst in seinen Entscheidungen keine Verurteilung oder einen Freispruch aussprechen, sondern lediglich einen Konventionsverstoß feststellen kann (vgl. Art. 34, 41 EMRK). Während die Ermittlung und die Erhebung von Beweisen allein Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte ist, beschränkt sich der Gerichtshof auf die Prüfung, ob das Verfahren als Ganzes „fair“ war.<sup>36</sup> Dabei geht er davon aus, dass ein entsprechender Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz stets vorliege, wenn jemand Opfer eines unzulässigen Lockspitzeinsatzes, d.h. einer unzulässigen staatlichen Tatprovokation werde.<sup>37</sup> Auch eine Heilung komme nicht in Betracht.<sup>38</sup> Obwohl sich der Gerichtshof hierzu nicht genau äußert, wird allgemein angenommen, er gehe insoweit von einem Verfahrenshindernis aus, auf die konkrete Verwendung der durch den Lockspitzel gewonnenen Beweismittel im Prozess komme es also gar mehr an.<sup>39</sup> Allerdings wird zuweilen in Entscheidungen des EGMR auch die Formel verwendet, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung einer Straftat den Gebrauch der durch eine Tatprovokation gewonnenen Beweismittel niemals rechtfertigen könne,<sup>40</sup> nur ein „Ausschluss“

<sup>27</sup> Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 178; Gaede/Buermeyer, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafsachen (HRRS) 2008, 279, 286; Herzog, Strafverteidiger (StV) 2003, 410, 412; Hillenkamp, NJW 1989, 2843; Küpper, Juristische Rundschau (JR) 2000, 257; Meyer, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Band 95 (1983), 834, 853; Sinner/Kreuzer, StV 2000, 114, 117; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 225 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 37 Rn. 7.

<sup>29</sup> Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 20.

<sup>30</sup> Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13; Kinzig, StV 1999, 292.

<sup>31</sup> Vgl. BGHSt 57, 71; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, 13.

<sup>32</sup> Wolter, NStZ 1993, 1, 10.

<sup>33</sup> Vgl. Roxin, Juristen Zeitung (JZ) 2000, 369; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 141 f.

<sup>34</sup> Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 212.

<sup>35</sup> Voller (Fn. 18), S. 107.

<sup>36</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 46 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 34 (Teixeira de Castro/Portugal).

<sup>37</sup> Ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502 (Teixeira de Castro/Portugal).

<sup>38</sup> EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 39 (Teixeira de Castro/Portugal).

<sup>39</sup> Gaede, Fairness als Teilhabe 2007, S. 209; Tyszkiewicz (Fn. 7), S. 130.

<sup>40</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 47 (Furcht/Deutschland); EGMR, Urteil vom 9. Juni

sämtlicher Beweismittel könne eine angemessene Wiedergutmachung für einen (unzulässigen) Lockspitzeinsatz sein.<sup>41</sup> Dies spricht nun wiederum eher für die Annahme eines (unselbstständigen)<sup>42</sup> Beweisverwertungsverbotes und nicht für ein umfassendes Verfahrenshindernis.

Eine völlig andere Linie hat hingegen bislang der Bundesgerichtshof vertreten. Während er früher mit dem Gedanken eines Verfahrenshindernisses spielte,<sup>43</sup> vertrat er dann in der Folgezeit eine strikte **Strafzumessungslösung**. Eine unzulässige Tatprovokation könne lediglich auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden und sei hier als materiell schuldunabhängiger Strafmilderungsgrund einzuordnen. Es sei also im Urteil zunächst eine tat- und schuldangemessene Strafe zu bestimmen, die dann – auch unter Berücksichtigung der Schwere der Rechtsverletzung – zu mildern ist.<sup>44</sup> Dabei müsse der Verstoß gegen Art. 6 EMRK im Urteil ausdrücklich festgestellt werden. Insoweit sei dann die Strafmilderung als gerechte Entschädigung im Sinne des Art. 41 EMRK anzusehen.<sup>45</sup> Dagegen lehnte der BGH ein Verfahrenshindernis, welches zu einer Einstellung des Verfahrens führen würde, strikt ab.<sup>46</sup> Hiergegen spreche, dass selbst der Einsatz verbotener Vernehmungsmaßnahmen (zum Beispiel Folter!), geregelt in § 136a StPO, lediglich ein Beweisverwertungsverbot zur Folge habe (§ 136a Abs. 3 StPO) und gerade nicht zur Einstellung des Verfahrens führe.<sup>47</sup> Weiter spreche gegen ein Verfahrenshindernis, dass bei der Annahme eines solchen der Schutz der Individualrechtsgüter unbeteiligter Dritter in Gefahr gebracht würde. Gegen die Einordnung als Beweisverwertungsverbot spreche im

Übrigen, dass hiervon immer nur die einzelne unzulässige Ermittlungsmaßnahme und nicht die provozierte Tat insgesamt betroffen sein könne.<sup>48</sup> Der BGH begründete seine Ablehnung der anderen rechtlichen Einordnungen zusätzlich mit dem Argument, dass es sich dabei stets um „Alles-oder-Nichts“-Lösungen handle. Dagegen könne man durch die von ihm befürwortete „flexible“ Strafzumessungslösung der unterschiedlichen Intensität der staatlichen Beeinflussung gerecht werden und eine Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen.<sup>49</sup> Ein Verstoß gegen die Rechtsprechung des EGMR sei hierin nicht zu erkennen, da der EGMR regelmäßig nicht in die nationalen Regelungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln eingreifen wolle. Die Verfahrenshindernisse und Beweisverwertungsverbote würden in erster Linie durch innerstaatliches Recht festgelegt und es sei daher Sache der nationalen Gerichte, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Konvention zu gewährleisten.

Im dem jüngst entschiedenen Fall „Furcht gegen Deutschland“<sup>50</sup>, kritisierte der EGMR ausdrücklich diese in Deutschland praktizierte Strafzumessungslösung. Eine bloße Strafmilderung sei nicht als ein „Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen“ anzusehen. Daher sei die Strafzumessungslösung nicht mit Art. 6 der Konvention zu vereinbaren. Erforderlich sei vielmehr ein strenges Verwertungsverbot. Dies ist ein ungewöhnlicher Schritt, hält sich der Gerichtshof doch sonst im Hinblick auf die Art und Weise, wie ein Mitgliedstaat die Entscheidungen des EGMR konkret umzusetzen habe, zurück.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) war inzwischen bereits mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von „Lockspitzeln“ befasst. Dabei geht das Gericht davon aus, dass der Fair-Trial-Grundsatz, der in Deutschland keine ausdrückliche gesetzliche Normierung erfahren hat, verfassungsrechtlich über Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG geschützt sei.<sup>51</sup> Insofern könne also durch eine unzulässige Tatprovokation das Rechtsstaatsprinzip verletzt

1998 – 44/1997/828/1034, NJW 2012, 3502, Rn. 36 (Teixeira de Castro/Portugal).

<sup>41</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412, Rn. 64 (Furcht/Deutschland).

<sup>42</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 29), § 23 Rn. 5.

<sup>43</sup> BGH NJW 1980, 1761; BGH NJW 1981, 1626; BGH NStZ 1982, 156.

<sup>44</sup> BGHSt 32, 345, 348; BGHSt 45, 321, 324, 332; BGHSt 47, 44, 47; BGH NStZ 2014, 277, 280; so auch noch BGH, Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 Strafsenat 128/15 = BGH NStZ 2015, 381 – der Beschluss erging wenige Tage vor Entscheidung des 2. Strafsenats!

<sup>45</sup> Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 215.

<sup>46</sup> Seit BGHSt 32, 345, 350; vgl. auch BGHSt 45, 321, 333.

<sup>47</sup> Vgl. *Voller* (Fn. 18), S. 110.

<sup>48</sup> BGHSt 32, 345, 355; BGHSt 45, 321, 335.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu auch *Tyszkiewicz* (Fn. 7), S. 216.

<sup>50</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NStZ 2015, 412 (Furcht/Deutschland); vgl. hierzu die Anmerkungen von *Hauer*, Neue Justiz (NJ) 2015, 203; *Sommer*, StraFo 2014, 506; *Petzsche*, JR 2015, 84; ferner *Meyer/Wohlers*, JZ 2015, 761; *Pauly*, StV 2015, 411; *Sinn/Maly*, NStZ 2015, 379.

<sup>51</sup> BVerfGE 133, 168, 200; BVerfG NJW 2015, 1083, 1085.

sein. Dieses schütze aber nicht nur einseitig die Interessen des Beschuldigten, sondern solle darüber hinaus auch der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen. Zum Rechtsstaatsprinzip gehöre nämlich auch die Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege. Das Rechtsstaatsprinzip könne nur dann verwirklicht werden, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Wenn also das Rechtsstaatsprinzip fordere, dass der Angeklagte nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werde,<sup>52</sup> müsse dies dennoch insgesamt mit dem ebenfalls durch das Rechtsstaatsprinzip abgesicherten Gebot materieller Gerechtigkeit<sup>53</sup> abgewogen werden. Das Recht auf ein faires Verfahren sei insoweit aber nur dann verletzt, wenn „rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben“ werde.<sup>54</sup> Insoweit könne selbst bei einer unzulässigen Tatprovokation nur in extremen Ausnahmefällen eine Verfahrenseinstellung verfassungsrechtlich geboten sein.<sup>55</sup>

Vom Grundsatz her billigte das BVerfG daher die Strafzumessungslösung des BGH. Den Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR versuchte das BVerfG mit dem Argument aufzulösen, dass die EMRK, die innerstaatlich (lediglich) den Rang eines einfachen Bundesgesetzes einnehme,<sup>56</sup> zwar bei der Auslegung der Verfassung mit zu berücksichtigen sei,<sup>57</sup> eine eigenständige Auslegung durch deutsche Gerichte aber nicht hindere. Insoweit dürfe es keine „schematische Vollstreckung“ der EGMR-Urteile geben. Diese müssten vielmehr (lediglich) „möglichst schonend“ in die deutsche Rechtsordnung Eingang finden. Dies sei durch die Rechtsprechung des BGH aber hinreichend geschehen.<sup>58</sup> Es wird jedoch auch angemahnt, dass die deutschen Gerichte in Zukunft ein Beweisverwertungsverbot für solche Beweismittel, die unmittelbar aus der unzulässigen Tatprovokation erlangt wurden, jedenfalls **in Betracht ziehen** sollten.

<sup>52</sup> BVerfG NStZ 1995, 95, 96.

<sup>53</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1085; auch BGHSt 57, 250, 284.

<sup>54</sup> BVerfGE 57, 250, 276.

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.

<sup>56</sup> BVerfGE 111, 307, 315 f.

<sup>57</sup> BVerfGE 111, 307, 316 ff.; BVerfGE 120, 180, 200; BVerfGE 128, 326, 327 f., 366.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 2015, 1083, 1086.

### III. Kernaussagen der Entscheidung

Der 2. Strafsenat des BGH stellte sich in der vorliegenden Entscheidung gegen die bisherige Rechtsprechung des BGH und nahm infolge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch B ein nicht behebbares **Verfahrenshindernis** an, das zur Einstellung des Verfahrens führe. Die Tatprovokation selbst sei unzulässig gewesen, da gegen A kein oder jedenfalls nur ein sehr geringer Tatverdacht bestanden hätte und dieser erst durch eine massive aktive Einwirkung des B zu der abgeurteilten Straftat veranlasst wurde. Hierbei sei A mit der Behauptung, es gehe um „Leben und Tod“ unter Druck gesetzt worden, wobei er selbst ohne Gewinnstreben und nur deswegen handelte, um B einen Gefallen zu tun. Insofern läge – und der BGH betont hier ausdrücklich: „nach den Maßstäben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ – eine gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßende polizeiliche Tatprovokation vor.

Folge dieser rechtswidrigen Tatprovokation müsse hier die Annahme eines Verfahrenshindernisses sein. An der bisherigen „Strafzumessungslösung“ könne „angesichts der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“ nicht mehr festgehalten werden. Zwar müsse das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen. Solange die inhaltlichen Anforderungen, die Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK an die Fairness des Strafverfahrens stelle, erfüllt seien, überlasse es der Gerichtshof vielmehr den nationalen Gerichten zu entscheiden, wie die Anforderungen der Konvention in die jeweiligen nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren sind. Nachdem der EGMR aber die Strafzumessungslösung des BGH ausdrücklich als unzureichend angesehen habe, stelle diese keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne des Art. 41 EMRK dar und könne daher nicht mehr vertreten werden. Insoweit sei „in den Fällen der vorliegenden Art ein Verfahrenshindernis zur Kompensation der Konventionsverletzung erforderlich“. Dabei verwirft der 2. Strafsenat noch einmal ausdrücklich die Annahme eines bloßen Beweisverwertungsverbotes, da dieses grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln zur Feststellung der Schuldfrage, nicht aber das rechtsstaatswidrige Verfahren als solches betreffen könne. Auch sei die Annahme eines Verwertungsverbotes für ein bestimmtes Beweismittel (zum Beispiel die Aussage

des verdeckten Ermittlers) dann nicht ausreichend, wenn weitere Beweismittel (andere Tatzeugen, ein Geständnis des Angeklagten) vorlägen. Dagegen stelle die Rechtsfigur des Verfahrenshindernisses, auch wenn sie in der Strafprozessordnung nicht allgemein definiert sei, eine anerkannte dogmatische Kategorie dar und sei daher – anders als etwa die Annahme eines gesetzlich nicht geregelten Strafausschließungsgrundes – „eine aus dem Blickwinkel der innerstaatlichen Rechtsordnung schonende Möglichkeit der Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“.

Zu bedenken ist nun aber in verfahrensrechtlicher Hinsicht: Will ein Strafsenat des BGH von der Rechtsprechung der anderen Strafsenate abweichen, ist an sich zuerst eine Anfrage an die anderen Senate und – wenn diese bei ihrer bisherigen Rechtsprechung bleiben wollen – eine Vorlage an den „Großen Senat für Strafsachen“ erforderlich. Der 2. Strafsenat sieht von diesem an sich bewährten und auch gesetzlich (in § 132 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes) vorgesehenen Verfahren ab und beruft sich insoweit auf das im März 2015 ergangene Urteil des EMRK in Sachen „Furcht gegen Deutschland“.<sup>59</sup> Da der EGMR in diesem Urteil ausgesprochen habe, dass die bisherige Strafzumessungslösung des BGH als Kompensation nicht ausreichend sei, sei die sonst übliche Bindungswirkung an die bisherige Rechtsprechung des BGH entfallen, weshalb bei einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation das Verfahren aufgrund eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden könne, ohne das übliche Anfrageverfahren bei den anderen Strafsenaten durchzuführen. Der 2. Strafsenat ließ dabei allerdings ausdrücklich offen, ob die von ihm gefundene Lösung für alle Fälle der unzulässigen Tatprovokation gelten würde. Insoweit bleibt offen, ob die anderen Senate des BGH künftig dieser Einschätzung folgen werden.

#### IV. Stellungnahme und Konsequenzen

Die Entscheidung wird die tagtägliche Praxis von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht unerheblich beeinflussen. Sie wird insbesondere beim Einsatz von ver-

deckten Ermittlern ein erhebliches Umdenken erfordern. Werden weiterhin „Lockspitzel“ eingesetzt, die nicht lediglich passiv agieren, sondern potentielle Straftäter zur konkreten Tatbegehung veranlassen, steht fortan zu befürchten, dass entweder bereits die Staatsanwaltschaft oder aber spätestens das Tatgericht das Verfahren wegen eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlich garantierten Fair-Trial-Grundsatz einstellen und insoweit die (zweifelhafte) „Frucht“ der polizeilichen Arbeit zunichtemachen.

Insgesamt ist das Urteil zu begrüßen, auch wenn es sicherlich, um in der Folgezeit eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten, klüger gewesen wäre, die Rechtssache den anderen Senaten des BGH vorzulegen und gegebenenfalls eine Entscheidung des Großen Senats herbeizuführen. Es ist zu vermuten, dass der 2. Strafsenat des BGH dies gerade deswegen nicht getan hatte, weil er befürchtete, die übrigen Senate würden ihm nicht folgen und an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten. Über den „Umweg“ des Vorschiebens einer neuen Entscheidung des EGMR, welche die Bindungswirkung der bisherigen BGH-Rechtsprechung entfallen lasse, konnte der 2. Strafsenat insoweit „Fakten schaffen“, obwohl das BVerfG erst wenige Wochen zuvor der Rechtsprechung des EGMR eben in dieser Sache eine unmittelbare Bindungswirkung abgesprochen hatte. Nimmt man die Entscheidung des BVerfG ernst, stellt das Vorgehen des 2. Strafsenats einen Verstoß gegen § 132 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes dar.

Inhaltlich ist jedenfalls die Schaffung der Möglichkeit, in der unzulässigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis zu sehen, welches zu einer Einstellung des Verfahrens führt, ein Schritt in die richtige Richtung. Auch ist es begrüßenswert, dass der 2. Strafsenat der Rechtsprechung des EGMR (und insoweit auch der EMRK insgesamt) eine gewisse Beachtung schenkt. Denn der Versuch, der Rechtsprechung des EGMR jegliche Bindungswirkung abzuspochen und sie lediglich als „Argumentationshilfe“ zu verstehen, welche durch das nationale Recht überlagert werden könne, stellt einen eindeutigen „Affront“ gegen die europäische Idee dar, der so kaum mehr haltbar ist (so ist auch zu vermuten, dass eine gleichgelagerte ausdrückliche Leugnung der Verbindlichkeit der EGMR-Rechtsprechung durch andere Staaten auch von deutscher Seite aus herbe Kritik ernten würde). Zwar ist auch das BVerfG im Hinblick auf eine solche Bindungswirkung eher zurückhaltend, in

<sup>59</sup> EGMR, Urteil vom 25. März 2015 – 54648/09, NSTZ 2015, 412 (Furcht/Deutschland).

jüngeren Entscheidungen wird eine gewisse Öffnung jedoch verfassungsrechtlich gebilligt und begrüßt.<sup>60</sup>

Allerdings ist der bisherigen Rechtsprechung des BGH insofern zuzustimmen, dass ein „Alles oder Nichts“ Prinzip durchaus auch nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen kann. Auch wird man davon ausgehen können, dass die EMRK ein solches „Alles-oder-Nichts“-Prinzip tatsächlich nicht verlangt. Zutreffend führt auch das Bundesverfassungsgericht aus, dass das Rechtsstaatsprinzip nicht nur Rechte zugunsten des Beschuldigten, sondern darüber hinaus auch den allgemeinen Grundsatz enthält, dass das Recht der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen muss. Eine Lösung, die unabhängig von der Schwere der polizeilichen Provokation und der anschließenden Tat ein grundsätzliches Verfahrenshindernis (oder ein Beweisverwertungsverbot) fordert und dem Beschuldigten somit Straffreiheit gewährt, stellt das Recht des Beschuldigten einseitig in den Vordergrund. Insofern wäre es sicherlich klüger, zwar in Fällen wie dem vorliegenden ein Verfahrenshindernis anzunehmen, aber im Wege der Einzelfallentscheidung auch andere Lösungen zuzulassen, wenn sich die Tatsache der staatlichen Provokation nicht als allzu gravierend erweist. Allerdings bergen solche Einzelfallentscheidungen stets die Gefahr einer gewissen Willkür in sich. Daher wird es in Zukunft die Aufgabe der Gerichte und der Rechtswissenschaft sein, handfeste Kriterien zu entwickeln, wonach eine Abwägung zwischen den Rechten des Betroffenen und dem staatlichen Strafanspruch vorzunehmen ist. Ob diese Abwägung bereits bei der Frage zu treffen ist, ob die Tatprovokation selbst zulässig oder unzulässig war, oder ob die Abwägung gleichsam auf der nächsten Stufe getroffen wird, nämlich bei der Prüfung, ob ein festgestellter Konventionsverstoß ein Verfahrenshindernis, ein umfassendes Beweisverwertungsverbot oder eine bloße Berücksichtigung bei der Strafzumessung zur Folge haben soll, ändert im Ergebnis nichts daran, dass für diese Abwägung eindeutige Kriterien erforderlich sind. Ein bereits bestehender Tatverdacht, eine grundsätzliche Tatbereitschaft sowie die Intensität der Einwirkung auf den Täter stellen hier taugliche Anhaltspunkte dar. Die strikte Einordnung des 2. Strafsenats, eine unzulässige Tatprovokation müsse zwingend zu einem Verfahrenshindernis führen, könnte dem Angeklagten hingegen „Steine statt Brot“

geben, ist doch zu befürchten, dass sich die Diskussion nunmehr von der Ebene der möglichen Rechtsfolgen einer unzulässigen Tatprovokation auf die Frage verlagert, ob die Tatprovokation selbst (bereits) unzulässig oder nicht doch (gerade) noch zulässig war. Als ganz so strikt sieht im Übrigen auch der 2. Strafsenat seine Lösung nicht an, denn er gibt immerhin zu Bedenken: „Es kann dahinstehen, ob in allen Fällen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – was angesichts der strikten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nahe liegt – die Annahme eines Verfahrenshindernisses aus menschenrechtlicher Sicht geboten ist oder [...] ob in besonderen Ausnahmefällen eine Kompensation der Verletzung des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf andere Weise als durch die Einstellung des Verfahrens denkbar ist“.

<sup>60</sup> BVerfGE 111, 307, 317; BVerfGE 120, 180, 199.

# Bachana Jishkariani, Die Bedeutung des Europäischen Strafrechts und sein Einfluss in Georgien

(Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht; Bd. 6)  
Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, 283 S. EUR 79.

Von Dr. *Anneke Petzsche*\*

Die Europäisierung des Strafrechts ist ein Thema, das die deutsche Strafrechtswissenschaft bereits seit Jahrzehnten beschäftigt. Diesem Gebiet lassen sich vielfältige rechtswissenschaftliche Monographien, Sammelbände, Schriftenreihen und unzählige Aufsätze zuordnen. Gerade in den letzten Jahrzehnten wurde dabei vermehrt das Augenmerk auf das Europäische Strafrecht in einem engeren Sinne, den Einfluss des EU-Rechts, gerichtet. Das Interesse an diesem Bereich wird auch aufgrund der stetigen Entwicklung bis hin zu der Strafrechtsanweisungskompetenz in Art. 83 Abs. 1 AEUV, die durch den Vertrag von Lissabon eingeführt wurde, aufrechterhalten. Während der Schwerpunkt des Interesses sicherlich in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu finden ist, beschränken sich der Einfluss des Europäischen Strafrechts und das Interesse an ihm nicht ausschließlich auf den europäischen Raum. Wie die von *Bachana Jishkariani* bei *Prof. Dr. Helmut Satzger* an der Ludwig-Maximilians-Universität in München verfasste Doktorarbeit eindrücklich belegt, ist das Europäische Strafrecht auch für enge Partner der Europäischen Union oder potentielle Beitrittskandidaten von großem Interesse. In ihr untersucht *Jishkariani* „Die Bedeutung des Europäischen Strafrechts und seinen Einfluss in Georgien“. Bei der rechtswissenschaftlichen Analyse internationaler Einflüsse auf das georgische Recht hatten sich georgische Autoren zuvor insbesondere auf den Einfluss des Europarats konzentriert. Mit dieser im Jahre 2013 in Deutschland veröffentlichten Arbeit schließt *Jishkariani* daher eine Lücke und belegt, dass auch das Unionsrecht von Bedeutung ist, da, obwohl eine Beitrittskandidatur Georgiens noch nicht absehbar ist, durch das im Juli 2014 mit der EU geschlossene wirtschaftliche und

politische Assoziierungsabkommen und dem von Georgien geäußerten Interesse an einem Beitritt, der Annäherungsprozess weiter voranschreitet. Das bestehende Interesse der georgischen Rechtswissenschaft spiegelt sich auch darin wieder, dass die Arbeit des nunmehr als Professor in Georgien tätigen *Jishkariani* von der IRZ unterstützt zum ersten Lehrbuch in diesem Bereich umgearbeitet auch in Georgien unter dem Titel „Europäisches Strafrecht im Rahmen der Europäischen Union“ (ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში/evropuli siskhlis samartali evrokavshiris farglebshi) erschienen ist.

Die 250 Seiten lange Arbeit gliedert sich in acht Teile. In den ersten beiden Kapiteln zur Beziehung zwischen der EU und Georgien (Kap. 1, 19–31) und zur Europäischen Integration (Kap. 2, 33–51) wird der historische und politische Kontext für die Arbeit geschaffen. Es folgt die Erläuterung des Europäischen Strafrechts und seine potenziellen Auswirkungen auf das georgische Recht. Diese Ausführungen gliedern sich in die Kapitel Europäisches Strafrecht (Kap. 3, 53–73), mögliche Auswirkungen des EU-Rechts auf das nationale Recht (Kap. 4, 75–165), die Assimilierung (Kap. 5, 167–175), der Vorrang des Unionsrechts und die Neutralisierung der nationalen Strafvorschriften (Kap. 6, 177–194) und die unionsrechtskonforme Auslegung, ihre Bedeutung und ihre Grenzen (Kap. 7, 195–206). Abgeschlossen wird der Teil mit einer Untersuchung der wichtigsten Bereiche der Harmonisierung des materiellen Strafrechts im Vergleich zum georgischen Strafrecht (Kap. 8, 207–265).

Im ersten Kapitel stellt *Jishkariani* die Entwicklung der Beziehung zwischen Georgien und der EU dar. Hierbei betont er, wie intensiv sich diese seit der Unabhängigkeitserklärung Georgiens 1991 entwickelt. Beispielsweise erläutert er den Beschluss des georgischen Parlaments aus dem Jahre 1997 über die Harmonisierung der georgischen Gesetzgebung mit der europäischen, der

\* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuer Rechtsgeschichte und absolviert zurzeit das Masterprogramm MSc Criminology and Criminal Justice an der Oxford University.

jedoch nie in Kraft trat (24–25), sowie die europäische Nachbarschaftspolitik in Bezug auf Georgien (25–26). Hierdurch hebt er die Bedeutung des Europäischen Strafrechts für Georgien hervor. Das sich anschließende zweite Kapitel zur Europäischen Integration fällt eher knapp aus und ist als nur cursorischer Blick wohl eher für die georgische Leserschaft von Interesse.

Im Folgenden setzt er sich näher mit dem Europäischen Strafrecht und seinen Auswirkungen im Allgemeinen und auf das georgische Recht im Speziellen auseinander, wobei er immer wieder seine ausgezeichneten Kenntnisse des europäischen Strafrechts mit dem Wissen zum georgischen Recht geschickt verknüpft. Dabei legt er seiner Arbeit das folgende Verständnis des Begriffs zu Grunde: „Das Europäische Strafrecht [...] ist ein Sammelbegriff und umfasst all jene strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Normen und Praktiken, die auf das Recht und die Handlungen der EU zurückgehen und zu einer weitergehenden Harmonisierung der nationalen Strafrechte führen.“ (53) Zudem erläutert er die speziellen Ziele des Europäischen Strafrechts (59–68) und kontrastiert diese mit den Zielen des georgischen Strafrechts (68–72), wobei er auch einen kurzen Blick auf die Strafrechtsentwicklung Georgiens wirft, beginnend mit den georgischen Strafgesetzbüchern 1922 und 1928 unter sowjetischer Herrschaft bis hin zum aktuellen Gesetz, das 2000 in Kraft trat.

Im vierten Kapitel werden die Möglichkeiten der EU, nationale Rechtssysteme zu beeinflussen und zu europäisieren, untersucht. *Jishkariani* erläutert dabei zunächst allgemein die verschiedenen Handlungsformen (77–87) und arbeitet dann konkret den zukünftigen Einfluss des Unionsrechts auf die georgische Strafgesetzgebung heraus (90–134). Hierbei stellt er auch verschiedene Aspekte des georgischen Rechts dar, wie die Sanktionspraxis und insbesondere die sog. „Guidelines“ für die richterliche Strafzumessung (97–101). Bei diesen äußerst instruktiven Ausführungen fehlt dem deutschen Leser ohne vertiefte Kenntnisse des georgischen Rechtssystems manchmal der Kontext. Eine allgemeine kurze Einführung in das georgische Recht wäre der Verständlichkeit der Arbeit dienlich gewesen. Zur Veranschaulichung dieses Teils wählt er abschließend als Beispiele die Absprache im Strafverfahren und Sanktionen (124–134) und die Strafbarkeit juristischer Personen (134–145). Bei letzterem Thema liegt das georgische Recht, das eine solche Strafbarkeit seit 2006 in

Art. 107<sup>1</sup> gStGB regelt (135–136), seiner Meinung nach ganz auf der Linie der EU (144–145). Hingegen stellt er hinsichtlich der geltenden Absprache-Praxis in Frage, ob durch das georgische Strafrechtssystem EU-Rechtsgüter in Zukunft angemessen geschützt werden können und mahnt an, dass bei der Verhandlung des Strafmaßes die Kriterien der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung angemessen berücksichtigt werden müssten (134). Zum Abschluss des Kapitels befasst er sich mit der möglichen Strafrechtsangleichung durch Art. 83 AEUV (145–164), die er auch aufgrund der Schutzfunktion der sog. Notbremse als positiv bewertet (158–164).

Im fünften Kapitel betrachtet er die Verweisungen auf das EU-Recht durch nationale Strafvorschriften und arbeitet problematische Aspekte heraus, die bei einem späteren Beitritt auch in Georgien relevant würden (167–175). Das sechste Kapitel befasst sich zunächst mit dem allgemeinen Verhältnis von europäischem zu georgischem Recht (177–182). Dabei stellt *Jishkariani* klar, dass nach aktueller Rechtslage internationale Abkommen erst an dritter Stelle – nach der Verfassung und dem Konkordat – der rechtlichen Hierarchie kommen, so dass diese aktuell umfassend durch das georgische Verfassungsrecht überprüfbar seien (180–181). Im zweiten Teil arbeitet er die Folgen von echten und unechten Kollisionen auf Tatbestands- und Rechtsfolgeebene heraus (183–194).

Die letzten beiden Kapitel beinhalten eine fruchtbare Analyse mit Blick auf die Frage, inwiefern das georgische Recht bereits den Anforderungen des europäischen Rechts genügt bzw. (durch Auslegung) genügen könnte. Im siebten Kapitel untersucht *Jishkariani* nach einer generellen Darstellung der unionsrechtskonformen Auslegung, ihrer Bedeutung und Grenzen (195–199) bestimmte Deliktgruppen wie Amts-, Urkunden- und Aussagedelikte (199–205). Hierbei verweist er zunächst auf die zwingende Wortlautgrenze, die es zu beachten gilt (197), sieht jedoch vielfach die Möglichkeit, europäische Interessen durch Auslegung der georgischen Straftatbestände mit zu erfassen wie beispielsweise bei der Geldfälschung nach Art. 212 gStGB, der auch fremde Währungen erfasst und damit auch den Euro schützen könnte (203). Im achten und letzten Kapitel untersucht er die wichtigsten Bereiche der Harmonisierung, wobei er hinsichtlich der konkreten Gebiete wie Terrorismus, Menschenhandel, Korruptionsbekämpfung etc. jeweils die aktuelle europäische Rechtslage mit dem georgi-

schen Recht kontrastiert und so klar herausarbeitet, in welchen Bereichen noch Strafbarkeitslücken zu füllen sind und wo das georgische Recht bereits europäischen Standards genügt (207–265). So ist an dieser Arbeit bemerkenswert, dass sie ein solch komplexes Thema auf lediglich 250 Seiten behandelt. Auch wenn sie damit eine umfassende Bearbeitung des Themas bietet, fehlt es zwangsläufig in mancher Hinsicht an Tiefe. Eine ausführlichere Darstellung wäre daher für manche Abschnitte wünschenswert gewesen.

Insgesamt bietet *Jishkarianis* Dissertation einen guten Einblick in die potenziellen Auswirkungen des Unionsrechts auf das georgische (Straf-)Rechtssystem. Anzumerken ist, dass eine umfänglichere Einleitung in das georgische Recht dem mit dem deutschen Rechtssystem vertrauten Leser das Verständnis erleichtert hätte. Ungeachtet dessen ist die Arbeit eine unerlässliche Lektüre für all jene, die sich mit dem georgischen Straf- und Strafprozessrecht befassen und bietet gerade für die zukünftige weitere Angleichung des georgischen Rechts an europäische Vorgaben wertvolle und klare Handlungsanweisungen.

## Tagungsbericht\* der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung: „Strafrechtswissenschaft in einem vereinten Europa“

8.-10. Oktober 2015 in Tbilisi, Georgien

Von Assistant *Anri Okhanashvili* \*\* (TSU), LL.M. (FSU Jena) / Ass. iur. *Mario Schütze*

Vom 8.-10. Oktober 2015 fand in der georgischen Hauptstadt Tbilisi die zweite Deutsch-Georgische Strafrechtslehrertagung statt. Zum Auftakt der Tagung lud die Präsidentin des Obersten Gerichts Georgiens, Prof. *Dr. Nino Gvenetadze*, am 8. Oktober zum Empfang am Obersten Gericht, wo die Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift (DGStZ) gegründet wurde.

Die Tagung wurde sodann in den folgenden zwei Tagen an der Ivane Javakhishvili Tbilisi States University (TSU) mit einer beachtlichen Vielzahl von Redebeiträgen deutscher und georgischer Strafrechtswissenschaftler abgehalten. Belebt wurde die Tagung zudem durch lebhaft Diskussionen im Anschluss an die jeweiligen Vorträge. Im Folgenden werden die Vortragsthemen und deren wesentlicher Inhalt kurz dargestellt.

Den ersten Vortrag der Tagung hielt Professor *Dr. Martin Heger* (Humboldt-Universität zu Berlin). Unter dem Titel „Adversatorische und inquisitorische Elemente in den Strafprozessordnungen der EU-Mitgliedstaaten als Herausforderung für eine Europäisierung des Strafprozessrechts“ hob er als besonders beachtenswert hervor, dass durch unterschiedliche adversatorisch oder inquisitorisch geprägte Strafprozessordnungen Probleme hinsichtlich der gegenseitigen Anerkennung von Beweiserhebungen und –ergebnissen beim gegenseitigen Austausch entstehen können. Mit dem Beitritt Georgiens zum Europarat und damit zur EMRK und durch das Inkrafttreten des EU-Assoziierungsabkommens musste Georgien zwar die Konventionsgarantien beachten, doch innerhalb der EU selbst gibt es kein einheitliches Strafprozessrechtsmodell. Aufgrund der strukturellen Unterschiede in den nationalen Strafprozessordnungen,

sei vor allem der wissenschaftliche Austausch zwischen Strafrechtlern der verschiedenen europäischen Länder umso wichtiger.

Das Thema des Vortrages von Frau Associate-Professor *Dr. Irine Aqubardia* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University) lautete „Einige Aspekte des adversatorischen Prozesses nach georgischem Modell“. Mittelpunkt des Vortrages war die Analyse des Parteiprozesses, welcher durch die im Jahr 2010 in Kraft getretene neue georgische StPO eingeführt wurde und für das anglo-amerikanische Strafverfahren charakteristisch ist. In ihrem Vortrag wurden Fragen der Gleichheit der prozessualen Rechte der Parteien im georgischen Strafprozessrecht sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Hauptverfahren behandelt. Im Ergebnis sei das gegenwärtige georgische Modell lückenhaft und daher, eine Stärkung der prozessualen Rechte der Verteidigung einerseits und eine stärkere Rolle des Richters im Verfahren andererseits im Sinne einer fairen Justiz geboten.

In seinem Beitrag zur „Zurechnung von Verteidigerfehlern nach dem Konzept der StPO“ stellte *Sebastian Ritter* (Universität Tübingen) das Problem auf, ob und wie sich Fehler des Verteidigers nachteilig auf den Beschuldigten auswirken dürfen. Die deutsche StPO enthält hierzu keine ausdrücklichen Regelungen. Aufgrund der in der StPO angelegten Strukturprinzipien sei auch auf die aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Grundsätze wie „Fürsorgeprinzip“, „Waffengleichheit“ und „Fairness-Gebot“ lediglich bei der Prüfung eines verfassungsgemäßen Ergebnisses abzustellen. Auch das unterschiedliche Verständnis der Stellung des Verteidigers, als „Beistand“ einerseits oder als „Organ der Rechtspflege“ andererseits helfe wenig, um das Problem der Fehlerzurechnung zuzulasten oder zugunsten des Beschuldigten auflösen zu können. Zudem seien viel mehr als diese knappen Prinzipien hinsichtlich der Stellung des Verteidigers in Betracht zu ziehen.

Professor *Dr. Helmut Satzger*, (Ludwig-Maximilians-Universität München) sprach über „Die Gefähr-

---

\* Die Vorträge in diesem Bericht wurden gemäß der Reihenfolge der an der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung gehaltenen Vorträge dargestellt.

\*\* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Heger für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

derung der Beschuldigten- und Verteidigungsrechte bei einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung innerhalb der Europäischen Union“. Darin zeichnete er die diesbezüglichen Probleme wie folgt: Zunächst stand die EU zwar vor dem Problem, dass ein Täter aufgrund der Freizügigkeit sich durch „Flucht“ in einen anderen Mitgliedsstaat der nationalen Strafverfolgung entziehen konnte, nun jedoch durch die geschaffenen Institutionen wie Europol, Eurojust und OLAF ein Ungleichgewicht zwischen Strafverfolgungs- und Verteidigungsseite entstehen kann, da jetzt europaweit agierende Strafverfolgungsbehörden der weitgehend national agierenden Strafverteidigung gegenüberstehen. Insoweit sei es auch auf Verteidigerseite logisch und geboten, ein gemeinsames Informationszentrum, vergleichbar mit Eurojust, zur Gewährleistung einer grenzüberschreitenden Verteidigerarbeit zu schaffen.

Der Vortrag von Professor *Dr. Edward Schramm* (Friedrich Schiller-Universität Jena) befasste sich damit, wie „Der Einfluss des EU-Rechts auf das nationale Betrugsstrafrecht am Beispiel des deutschen § 263 StGB“ dem Gedanken der Europäisierung des Strafrechts Rechnung trägt. Dabei stand besonders im Raum, wie die finanziellen Interessen der EU durch das Strafrecht geschützt werden sollen und können. Bislang wurden seitens der EU keine Verordnungen diesbezüglich erlassen, wodurch dieses unmittelbar geltendes Recht darstellen würde, sondern die Mitgliedsstaaten sind angehalten, auf nationaler Ebene Normen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zu schaffen. Entsprechend der PIF-Konvention (*protection des intérêts financiers*) haben die Mitgliedsstaaten ein Übereinkommen getroffen, dass diese durch Mindestnormen die nationalen Strafrechtsnormen harmonisieren. Professor Schramm sieht darin, zusammen mit der Unlauteren Geschäftspraktiken-Richtlinie der EU, eine vernünftige europäische Rechtspolitik.

Professorin *Dr. Susanne Beck* (Universität Hannover) stellte in ihrem Vortrag „Ausgewählte Probleme des Cybercrime“, welche in der modernen Informationsgesellschaft zunehmend relevanter werden, vor, und wie das derzeitige Strafrecht auf diese Bedrohung eingestellt ist. Der virtuelle Lebensbereich dürfe kein rechtsfreier Raum sein, und ist es auch nicht, da der deutsche Gesetzgeber Bereiche wie die freie Kommunikation und Information im Internet, die Datensicherheit und ungestörte Vernetzung bereits früh versuchte durch das

Strafrecht zu schützen. Hinzu komme die besondere Sensibilisierung des deutschen Gesetzgebers hinsichtlich extremistischer Propaganda. Hierbei seien jedoch die gesetzgeberische Expansion sowie das Aufweichen dogmatischer Grundsätze durch Flexibilisierung bzw. Vorverlagerung kritisch im Blick zu halten.

Professor *Dr. Bernd Heinrich* (Eberhard-Karls-Universität Tübingen) widmete sich in seinem Vortrag dem Thema der „Korruptionsstrafbarkeit und politische Eliten“ und darin der Frage, ob es eine Grenze von strafbarer Korruption und strafloser Vetternwirtschaft gibt. Zunächst sei der Begriff der Elite zu definieren und sodann das relevante Verhalten hinsichtlich strafrechtlich relevantem und straflosem Verhalten zu unterscheiden, selbst wenn das straflose Verhalten einen Effekt auslöst, der nach allgemeiner Vorstellung dem Korruptionseffekt entspricht. Im deutschen Strafrecht stelle sich vor allem das Problem, dass es keinen einheitlichen Korruptionsstrafatbestand gibt sondern vielmehr einzelne konkrete Bereiche an unterschiedlichen Stellen des StGB geregelt sind. Dadurch sei die Korruption nicht für alle denkbaren Bereiche abschließend geregelt. Zudem schränken die Normen zur Korruption verschiedene Erscheinungsformen der Elitenkorruption tatbestandlich ein, sodass eine Vielzahl von „Begehungsformen“ straflos ist.

Der Beitrag von Professor *Dr. Jörg Eisele*, (Universität Tübingen) widmete sich dem stets aktuell bleibenden Problem der „Bekämpfung des Terrorismus durch Strafrecht“. Der Gesetzgeber könne auf terroristische Gefahren entweder durch weite Vorverlagerungen der Strafbarkeit oder durch Bestrafung bereits konkreter Gefährdungen, die terroristische Vorhaben begründen, reagieren. Eine Vorverlagerung stehe grundsätzlich nicht im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Prinzipien. Verfassungsrechtliche Bedenken seien jedoch vor allem dann angezeigt, wenn bereits sozialadäquate Alltagshandlungen damit ebenfalls erfasst werden, auch wenn diese geeignet sind, zusammengeführt eine erhebliche Gefahr zu begründen. Hier sei auf den direkten Vorsatz hinsichtlich der Begehung terroristischer Taten abzustellen, will man solche sozialadäquate Alltagshandlungen ebenfalls der Strafbarkeit unterwerfen.

Associate-Professor *Dr. Bachana Jishkariani* (University of Georgia) hielt einen Vortrag zum Thema „Georgisches Strafrecht und Europäische Strafrechtsdogmatik“, worin er einen Überblick über einige proble-

matische Fragen des georgischen Strafrechts, sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht, gab. Diesbezüglich stellte er die Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts zwischen Georgien und Europarat einerseits und zwischen Georgien und EU andererseits dar, wobei er über die Beeinflussung des georgischen Strafrechts durch die erlassenen Rechtsakte beider Institutionen sprach. Abschließend wurden die Perspektiven, die die Partnerschaft zwischen EU und Georgien im Bereich des Strafrechts betreffen, thematisiert.

Professor *Dr. Heiner Alwart* (Friedrich Schiller-Universität Jena) sprach über die „Notwehr im Verhältnis zum staatlichen Gewaltmonopol“. Dabei sei zunächst zu klären, ob die Notwehr die Abwehr eines Angriffs ist oder der Widerstand dagegen. Im Weiteren stelle sich die Frage, ob es eine Subsidiarität des Notwehrrechts durch das staatliche Gewaltmonopol gibt. Seiner Ansicht nach könne jedoch keinesfalls die Erforderlichkeit und Rechtmäßigkeit einer durch Notwehr gebotenen Verteidigungshandlung davon abhängig gemacht werden, ob zunächst versucht wurde, auf ein staatliches Eingreifen hinzuwirken. Eine immanente Notwehrschranke sei jedoch dann geboten, wenn die Verantwortlichkeit des Beschuldigten, der sich auf Notwehr beruft, hinreichend begründet ist, etwa wenn er selbst das staatliche Gewaltmonopol konterkariert indem er sich dauerhaft in einem kriminellen und bandenkriegsähnlichen Milieu bewegt, wodurch er die Identität des „Angreifers“ falsch einzuschätzen vermag.

Das Thema des Vortrages von Assistant-Professor *Dr. Irine Kherkheulidze* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University) hieß „Grenzen der Notwehr nach der georgischen und anglo-amerikanischen Gesetzgebung“. Sie thematisierte mit Blick auf eine rechtsvergleichende Analyse des georgischen und anglo-amerikanischen Rechts die Problematik der Notwehr dahingehend, nach welchen Maßstäben deren Grenzen zu bestimmen sei. Diese Frage sei ein für die traditionelle wie auch moderne Strafrechtsdogmatik und Praxis ein immer wieder diskutables Thema. Sie stellte fest, dass sowohl die englische als auch amerikanische Gesetzgebung sich vom georgischen StGB grundsätzlich dadurch unterscheidet, dass sie keine speziellen gesetzlichen Bestimmungen über die Überschreitung der Notwehrgrenzen enthalte und eine solche Überschreitung in diesen Ländern als unvollkommene Notwehr zu bewerten sei, die ihre Anwendung nur auf Tötungsdelikte finde.

Professorin *Dr. Maia Ivanidze* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University) befasste sich in ihrem Beitrag mit dem für die georgische Strafgesetzgebung aktuellen Thema „Gewaltstraftaten in der Familie“, dessen Grundgedanke sich auf die rechtliche Behandlung der Problematik von unter Familienmitgliedern ausgeübten Gewalttaten bezog. Sie beschäftigte sich mit der Klärung der Ursachen solcher Gewaltstraftaten und schilderte diejenigen letzten Änderungen im georgischen StGB, die auf diese Straftaten präventive Wirkung haben können. Resümierend stellte sie fest, dass die Bewältigung des Problems der Gewaltstraftaten in der Familie eine Herausforderung für die moderne Gesellschaft sei.

Frau Associate-Professor *Dr. Nona Todua* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University) hielt einen Vortrag zum Thema „Vorbereitung, Versuch und Ihre Bedeutung zur Abgrenzung der Täterschaft und Teilnahme“. Ihr Vortrag bezog sich auf strafrechtsdogmatische Fragen, die sowohl in der Theorie als auch in der Praxis strittig sind. Sie analysierte rechtsvergleichend die Abgrenzungsproblematik der Täterschaft und Teilnahme im Hinblick auf das Institut der Vorbereitung und des Versuchs einer Straftat nach deutschem und georgischem Strafrecht. Sie schlussfolgerte, dass die deutsche Strafgesetzgebung die Möglichkeit einer extensiven Auslegung des Versuches einer Straftat und der Täterschaft biete, wohingegen die im Artikel 18 des georgischen StGB vorgesehene Definition der Vorbereitung einer Straftat, nach der die Vorbereitungshandlungen für die Begehung einer Straftat unter Strafe gestellt sind, eher dem gesetzgeberischen Vorbehalt unterliege.

Der nächste Referent, Assistant-Professor *Anri Okhanashvili* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University), hob im Rahmen seines Vortrages eine strafrechtsdogmatische und strafrechtsmethodologische Problemstellung hervor, als er sich mit dem Thema „Selbstverantwortung des Anderen (Autonomieprinzip) und ihr Einfluss auf die mittelbare Täterschaft“ beschäftigte. Er legte anhand der Analyse einiger problematischer Fälle das sog. Prinzip der Selbstverantwortung des unmittelbaren Täters dar, von dem die Feststellung der Grenzen der mittelbaren Täterschaft abhängt. In seiner rechtsvergleichenden Betrachtung betonte er, dass in der georgischen Strafrechtswissenschaft ähnlich der deutschen Sichtweise, allmählich folgerichtig die Rechtsfigur „des Täters hinter dem Täter“ an Boden gewinnt, wodurch eine Ausnahme von diesem Autonomieprinzip zugebilligt werde.

Der Vortrag von PD. *Dr. Tobias Reinbacher*, (Humboldt-Universität zu Berlin) behandelte „Die Anzeige von Straftaten in Unternehmen als Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen und ihre mögliche Rechtfertigung“. Das Hauptproblem sei vor allem, dass Strafverfolgungsbehörden einerseits auf die Informationen eines „Insiders“ angewiesen sind, um überhaupt Kenntnis von Straftaten zu erlangen und diese sodann verfolgen zu können. Auf der anderen Seite gibt es Straftatbestände, die im Gegensatz dazu die Preisgabe von bestimmten Unternehmensgeheimnissen unter Strafe stellen. Insbesondere zur Frage der Rechtfertigung stellte er auf einen Vergleich der Unternehmensangehörigen nach § 17 Absatz 1 UWG mit den Schweigepflichtigen nach § 203 StGB ab. Auf Rechtfertigungsebene komme für Unternehmensangehörige insbesondere der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB in Betracht.

Die Tagung bereicherte mit seinen philosophischen Betrachtungen der emeritierte Professor *Dr. Guram Nachkebia* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University), indem er über „Das wegen der Vorbeugung der Straftaten entstandene Verhältnis [zwischen Staat und Bürger] als politische Aufgabe des Staates im Bereich des Strafrechts (Die Paradoxen der Idee des infolge der Straftatbegehung entstandenen strafrechtlichen Verhältnisses)“ sprach. Aus seinem Blickwinkel betrachtet, entstehe das strafrechtliche Verhältnis zwischen Staat und einer natürlichen Person noch vor der Straftatbegehung, denn der Staat trachte nach der Prävention einer Straftat. Im Gegensatz dazu herrschte in der sowjetischen Strafrechtsdoktrin die Auffassung, dass ein solches Verhältnis erst nach der Begehung einer Straftat entstehe. Weiterhin vertrat er die Auffassung, dass in der deutschen Strafrechtsdogmatik über das philosophische Verständnis des Begriffs – strafrechtliches Verhältnis – nicht diskutiert wird.

In seinem Vortrag über „Die Vorfeldstrafbarkeit gemäß § 30 des deutschen StGB mit besonderem Blick auf das Internet“ stellte *Dr. Martin Piazena*, (Universität zu Köln) zunächst eine rechtsvergleichende Betrachtung der Regelung des Artikel 18 Absatz 2 des georgischen Strafgesetzbuches und der deutschen Regelung der Verbrechenverabredung nach § 30 Absatz 2 Variante 3 StGB zur Frage der Vorfeldstrafbarkeit an. Im Folgenden schilderte er die Entscheidung des BGH (NStZ 2011, 570) zur Frage der strafbaren Verbrechenverabredung im Internet und dem diesbezüglichen Problem

der Ernstlichkeit bei vollständig anonymer Kommunikation. Wenn bei anonymisierter Kommunikation eine gegenseitige Identifizierung nicht möglich erscheint und damit die Ernstlichkeit zweifelhaft ist, komme eine Strafbarkeit nicht in Betracht.

Assistant-Professor *Dr. Temur Tskitishvili* (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University) befasste sich in seinem Vortrag mit einer sowohl für die Strafrechtswissenschaft als auch für die Praxis bedeutenden Frage der „Gefährdungsstrafbarkeit nach dem georgischen Strafgesetzbuch“. Darin schilderte er einerseits den Grundgedanke der Strafbarkeit von Gefahrschaffung und die gesetzgeberische Notwendigkeit der Schaffung von Gefährdungstatbeständen. Andererseits stellte er die Besonderheiten der abstrakten, konkreten und abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte dar und wies in seinem Schlusswort auf die unterschiedlichen Merkmale sowie auf die Ähnlichkeiten der erwähnten Delikte hin.

# „Training of Trainers“ – Ein Beitrag zur Zukunft der Juristenausbildung in Georgien

Von Dr. *Martin Piazena*

Der starke Bezug zur praktischen Anwendung des in Vorlesungen unterrichteten Theoriewissens ist in Deutschland ein in der Juristenausbildung fest verankertes Element. Bereits im Studium werden viele Vorlesungen von Arbeitsgemeinschaften begleitet, in denen die Studierenden durch die Besprechung und Lösung von Fällen lernen, Gesetze, juristische Prinzipien und Methoden praktisch anzuwenden. Die Transferleistung vom Theoretischen ins Praktische bildet damit eine Kernkompetenz, die von den Studierenden erwartet wird und deren Aneignung zugleich sicherlich eine der größten Herausforderungen des Jurastudiums darstellt. Ohne die Beherrschung der zur Fallbearbeitung erforderlichen Technik und Stilistik ist der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zum (Voll-)Juristen kaum denkbar, denn sowohl der Großteil der schriftlichen Prüfungsarbeiten an den Universitäten als auch die Klausuren in den beiden Staatsexamina sind regelmäßig als Fallbearbeitungen ausgestaltet.

Ein derart anwendungsorientiertes Jurastudium bringt insofern erhöhte Anforderungen mit sich, als dass es gilt, neben der rechtswissenschaftlichen Theorie auch die Falllösungsmethodik inklusive des dabei zum Tragen kommenden Gutachtenstils zu erlernen. Dieser Prozess nimmt häufig mehr als nur ein Semester in Anspruch, da es nicht nur viel Übung bedarf, sondern zudem auch noch die spezifischen Eigenheiten der verschiedenen Rechtsbereiche zu berücksichtigen sind. Trotz des damit verbundenen zusätzlichen Studienaufwandes liegen einige Vorteile der Fallbearbeitung auf der Hand. So sind dies vor allem der Bezug zur juristischen Praxis und die Verfestigung des Vorlesungsstoffes durch dessen konkrete Anwendung.

Vor dem Hintergrund eines jahrelangen intensiven wissenschaftlichen Austausches und vielfältiger Kooperationen zwischen Georgien und Deutschland überrascht es nicht, dass das „deutsche“ Ausbildungskonzept vor allem bei der jungen Generation georgischer Rechtswissenschaftler/innen auf großes Interesse stößt und eine von klarer Systematik geprägte Falllösungsmethodik zum Teil sogar schon an einigen Universitäten unterrichtet wird. Gleichwohl scheint eine flächendeckende, einheitliche und verbindliche Anwendung bisher aber nicht gegeben.

An diesem Ausgangspunkt setzt das „Training of Trainers“ an, das ein Kooperationsprojekt der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ), der Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) und der Georgian Young Lawyers' Association (GYLA) ist. Ziel des Projektes ist es, den Lehrenden an georgischen Hochschulen die Falllösungsmethodik soweit zu vermitteln, dass diese davon künftig nicht nur bei der Gestaltung der eigenen Lehrveranstaltungen profitieren, sondern darüber hinaus auch als Multiplikatoren fungieren und ihre Kenntnisse an die Kollegen/innen weitervermitteln können. Unter diesen Vorzeichen fand in der Zeit vom 07.12. bis 09.12.2015 der mittlerweile dritte Workshop statt.

Nachdem bei den vorangehenden Trainingseinheiten in den Jahren 2013 und 2014 die Falllösungsmethodik und der Gutachtenstil bereits intensiv von den deutschen Trainern besprochen und darüber hinaus auch Fälle gemeinsam mit den Teilnehmern/innen nach deutschem und georgischem Recht gelöst wurden, galt es nunmehr, den Rahmen etwas weiter zu ziehen und neue Aspekte einzubringen. Erstmals wurde der Fokus auf die „nicht juristischen“ Lehrkompetenzen gelegt und der Umgang mit didaktischen Methoden thematisiert. Dem war der gesamte erste Tag des Workshops gewidmet und nach einem theoretischen Input seitens der Trainer folgte ein für beide Seiten spannender Austausch über den Einsatz und die Erfahrungen mit didaktischen Methoden in Lehrveranstaltungen. Thema des zweiten Tages war die Konzeption von Fällen, sowohl solchen zu Übungszwecken als auch Klausuren. Dazu wurden in der Gruppe verschiedene Sachverhalte im Hinblick auf deren Eignung als Übungs- bzw. Klausurfälle analysiert und grundlegende Regeln diskutiert, die es bei der Erstellung von Fällen zu beachten gilt. Der dritte Tag schließlich diente der Wiederholung und Vertiefung der Falllösungsmethodik und gab den Teilnehmern/innen die Möglichkeit, diesbezüglich noch bestehende Fragen zu klären.

Nachdem die aktive Durchführungsphase des „Training of Trainers“ mit den entsprechenden Workshops nunmehr bereits in das vierte Jahr geht, kann eine durchaus erfreuliche und zuversichtlich stimmende Zwischenbilanz

gezogen werden. Allein schon die vielen Stunden und Tage des intensiven Arbeitens wären für sich nennenswert, waren diese doch ein neuer Beitrag zum bilateralen Austausch und zur fachlichen Diskussion in der Rechtswissenschaft in Georgien und Deutschland. Dass die in den vergangenen Jahren durchgeführten Trainingseinheiten dabei keinen schlichten Selbstzweck verfolgten, sondern greifbare Früchte trugen, spricht deutlich für die Berechtigung und den Erfolg des Projekts. So sind in den Bereichen Strafrecht und Zivilrecht im Jahr 2015 jeweils eine Buchveröffentlichung zur Falllösungsmethodik auf Georgisch zustande gekommen. Für das Öffentliche Recht ist eine entsprechende Publikation bereits in Arbeit. Das „Training of Trainers“ wird mit seinem Konzept auch zukünftig viel zur Juristenausbildung in Georgien beitragen können, da es Raum für die Diskussion vielfältiger Themen im Bereich der Lehrmethoden und -konzepte bietet. Dem Projekt ist daher zu wünschen, dass es sich als Plattform für einen gegenseitigen Transfer von Wissen und Erfahrungen in der Lehre und der Ausbildung von Juristen in Georgien und Deutschland etabliert.