

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

**Adversatorische und inquisitorische Elemente in den
Strafprozessordnungen europäischer Staaten als Herausforderung
für eine Europäisierung des Strafprozessrechts**
Von Professor Dr. *Martin Heger*, Humboldt Universität zu Berlin 3

Einige Aspekte des Parteiprozesses gemäß georgischer StPO
Von Associate-Professor Dr. *Irina Aqubardia*,
Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi 9

**Zur Klärung der durch eine unechte (untaugliche) Waffe
ausgeübten rechtswidrigen Gewalt im Strafrecht**
Von Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D. Professor
Dr. *Davit Sulakvelidze*, Freie Universität Tbilisi 13

**Anordnung der Untersuchungshaft bei Jugendlichen nach dem
georgischen Strafrecht**
Von Associate Prof. Dr. *Moris Shalikashvili*,
Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi 19

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Die „klassische“ Gerichtsentscheidung: Bewusstsein über die Rechtswidrigkeit
Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 18. März 1952 – Aktenzeichen
GStSt 2/51, veröffentlicht in: BGHSt 2, 194 = BGH NJW 1952, 593
Von Rechtsreferendar *Philipp Wissmann*, Universität Tübingen, Mag. Jur. 23

VERSCHIEDENES

**Vorstellung des 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtsprojekts:
Die Internationalisierung und Europäisierung des georgischen
Strafprozesses als Problem und als Aufgabe**
Von Professor Dr. *Edward Schramm*, Friedrich-Schiller-Universität Jena /
Associate-Professor Dr. *Giorgi Tumanishvili*,
Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi 30

**Information über die wissenschaftliche Konferenz zum Thema
„Die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“
4.-5. November 2016, Tbilisi**
Von Associate-Professor Dr. *Bachana Jishkariani*, University of Georgia 32

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
Wiss. Referentin am MPI für ausländisches und
internationales Strafrecht Dr. Johanna Rinceanu, LL.M.
Associate Prof. Dr. Moris Shalikashvili LL.M. (UH)
Prof. Dr. Edward Schramm
Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.
Dr. Davit Sulakvelidze
Teresa Thalhammer
Assistant Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Associate Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili LL.M.
(FU Berlin)
Richter am Verfassungsgericht Georgiens, Prof. Dr.
Merab Turava
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

LEKTORAT DER 2. AUSGABE

Übersetzung:

Associate-Professor Dr. Giorgi Tumanishvili LL.M.
(Berlin)
Davit Chikhladze LL.M. (Berlin)
Cand. iur. Marika Turava (Berlin)
Ani Nasrashvili LL.M. (Köln)
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
Associate Prof. Dr. Irakli Dvalidze

Redaktionelle Bearbeitung der deutschen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Dr. Martin Piazena
Ass.iur. Mario Schütze
Cand.iur. Sjard Seeger

Verantwortlich für die 2. Ausgabe der DGStZ und redaktionelle Endbearbeitung:

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

Technische Unterstützung: Gvantsa Makhatadze

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, dass sich auf Ihrem Bildschirm vor Ihren Augen schon die zweite Ausgabe der Deutsch-Georgischen Strafrechtszeitschrift entfaltet, die Sie über die Webseite unserer Zeitschrift – www.dgstz.de – in beiden Sprachen, Deutsch und Georgisch, überall auf der Welt kostenlos lesen und herunterladen können.

Das erklärte Ziel der Herausgeber der „DGStZ“, zu einer weiteren Vertiefung der Deutsch-Georgischen Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts beizutragen, die Herausforderungen im Bereich der Strafrechtswissenschaft im Zuge der endgültigen Annäherung Georgiens an die europäische und deutsche bzw. an die EU-Gesetzgebung und letztlich die Europäisierung des georgischen Strafrechts zu unterstützen, schlägt sich im Inhalt der jeweiligen Beiträge der vorliegenden Ausgabe ganz deutlich nieder.

Die enge bilaterale deutsch-georgische wissenschaftliche Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts und die Unterstützung der Europäisierung des georgischen Strafrechts wird unter anderem durch einen in dieser Ausgabe publizierten gemeinsamen Brief von Edward Schramm und Giorgi Tumanishvili bestätigt, der unsere Leserinnen und Leser über ein neues – ca. auf drei Jahre angelegtes – deutsch-georgisches Projekt im Strafprozessrecht informiert.

Was die 2. Ausgabe unserer Zeitschrift selbst angeht, so bietet sie insgesamt die Möglichkeit, einige Fragen des georgischen und deutschen Strafrechts aus rechtsvergleichender Sicht zu betrachten. Ein Beispiel hierfür sind die Aufsätze von Martin Heger und Irina Aqubardia, die unseren Leserinnen und Lesern einerseits aus deutscher und andererseits aus georgischer Perspektive eine Analyse einiger Aspekte der im Strafprozessrecht existierenden adversatorischen und inquisitorischen Modelle bietet. Sowohl für die georgischsprachigen als auch insbesondere für die deutschsprachigen Leserinnen und Leser wird ein von Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D. Davit Sulakvelidze verfasster Aufsatz von Interesse sein, der sich um die Klärung der durch eine unechte (untaugliche) Waffe ausgeübten rechtswidrigen Gewalt im Strafrecht und deren strafrechtlicher Qualifikation bemüht. In dieser Ausgabe ist auch ein Aufsatz von Moris Shalikashvili enthalten, in

dem der Autor eine Untersuchung der Voraussetzungen der Anordnung der Untersuchungshaft bei Jugendlichen vornimmt, die sich in diesem Jahr in dem vom georgischen Parlament verabschiedeten Kodex über die Jugendgerichtsbarkeit herauskristallisiert haben.

Die vorliegende Ausgabe enthält in der Rubrik „historisch bedeutsame Entscheidungen“ auch eine Anmerkung von Philipp Wissmann zu einer „revolutionären“ Entscheidung des BGH, die sich der strafrechtsdogmatischen Frage des Bewusstseins über die Rechtswidrigkeit im Hinblick auf den strafrechtlichen Irrtum widmet. Da die Fragen zu einem solchen Irrtum sowohl bei georgischen als auch bei deutschen Juristen immer wieder ein heftig umstrittenes Thema darstellen, sind wir der Meinung, dass das Interesse unserer Leserinnen und Leser an dieser Anmerkung groß sein wird.

In der letzten Rubrik der 2. Ausgabe sind zwei Briefe publiziert, die die enge zukünftige deutsch-georgische Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts deutlich hervorheben. Es geht hier einerseits um ein von einem der Herausgeber unserer Zeitschrift, Edward Schramm, und einem Redaktionsmitglied der DGStZ, Giorgi Tumanishvili, gemeinsam ins Leben gerufenes Projekt im Strafprozessrecht. Dieses Projekt stellt das zweite deutsch-georgische Strafrechtsprojekt dar, das durch die VW-Stiftung umfangreich finanziell gefördert wird. Das Ziel dieses auf drei Jahre angelegten Projekts ist die Förderung der Internationalisierung und Europäisierung des georgischen Strafprozesses. Andererseits handelt es sich um eine in Tbilisi (Georgien) am 4.-5. November dieses Jahres stattfindende deutsch-georgische wissenschaftliche Konferenz im Strafrecht, deren Organisatoren Martin Paul Waßmer und Bachana Jishkariani sind. Die an dieser Konferenz teilnehmenden, sowohl georgischen als auch deutschen Professoren und Praktiker werden über die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts diskutieren. Viele von ihnen sind dabei Mitarbeiter der DGStZ.

Es ist kein Zufall, dass die Informationen über diese bedeutenden Strafrechtsprojekte erstmals durch unsere Zeitschrift öffentlich geworden sind, da das Ziel der DGStZ auch die Berichterstattung für unsere Leserinnen und Leser über die laufende und auch in Zukunft geplante deutsch-georgische Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts ist.

Wir möchten unseren Leserinnen und Lesern auch mit großer Freude mitteilen, dass die Information über die DGStZ ihren Weg unter anderem auf die Webseite der in Deutschland berühmten Friedrich-Schiller-Universität Jena gefunden hat. Sie ist auf der Webseite von Heiner Alwart, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht, abrufbar. Eine solche Information über die Zeitschrift ist auch auf der Webseite der Juristischen Fakultät der Iwane-Dschawachischwili-Staatlichen-Universität Tbilisi einzusehen. Dadurch wird die Aktualität unserer Zeitschrift bewiesen. Wir freuen uns auch darüber, dass das Team unseres Lektorats noch größer geworden ist, indem weitere sowohl georgische als auch deutsche Juristen beigetreten sind, was das erfolgreiche Funktionieren der DGStZ noch weiter gewährleisten wird.

Zu guter Letzt möchten wir uns als Herausgeber herzlich bedanken bei allen, die die vorliegende zweite

Ausgabe möglich gemacht haben und uns auch in Zukunft weiter begleiten werden. Neben den Autoren dieser Ausgabe und Redaktionsmitarbeitern, insbesondere den Lektoratsmitgliedern (Übersetzerinnen und Übersetzern) sowie Anri Okhanashvili, der das vorliegende Heft durch sein unermüdliches Arbeiten als Schriftleiter erst möglich gemacht hat, ist besonders die IRZ-Stiftung hervorzuheben, die dem Projekt den finanziellen Hintergrund gegeben hat, und die Juristische Fakultät der staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi, die neben der sonstigen Unterstützung dem Projekt auch einen Raum zur Verfügung gestellt hat.

Ihnen allen vielen Dank!

Für Anregungen aus der Leserschaft sind wir jederzeit sehr dankbar.

Die Herausgeber

Adversatorische und inquisitorische Elemente in den Strafprozessordnungen europäischer Staaten als Herausforderung für eine Europäisierung des Strafprozessrechts*

Von Professor Dr. *Martin Heger*, Humboldt Universität zu Berlin

I. Zur Themenstellung

Mit Wiedererlangung der staatlichen Unabhängigkeit 1991 konnte Georgien sein Straf- und Strafprozessrecht, das ja zum Kernbereich staatlicher Souveränität gehört, wieder selbst ausgestalten. Es konnte sich dabei wieder der westlich-liberalen Rechtstradition zuwenden. Weil aber – wie in den meisten postkommunistischen Staaten – auch hier alsbald ein Beitritt zum Europarat und damit zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) angestrebt war, musste Georgien bei allen Reformen des Strafprozessrechts die Konventionsgarantien der EMRK in der Form beachten, welche diese vor allem auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg seit den 1950er Jahren erhalten hatte. Im Vorjahr ist das Assoziationsabkommen von Georgien mit der Europäischen Union in Kraft getreten. Damit verbunden ist die Pflicht, das nationale georgische Strafrecht an die Vorgaben des Europarechts anzupassen.

Damit ist auch der Südkaukasus wieder Teil des (West-)Europäischen Rechtsraums. Dieser Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist auch Ausgangspunkt einer Europäisierung des Strafrechts, die vor allem seit dem Vertrag von Amsterdam 1999 erheblich „an Fahrt aufgenommen“ hat.¹ Dabei ging es allerdings in den ersten zehn Jahren vor allem um eine Harmonisierung des materiellen Strafrechts in den EU-Staaten. Erst zehn Jahre später – nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – ist in Art. 82 Abs. 2 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union/TFEU = Treaty on the Functioning of the EU) auch die Möglichkeit

einer EU-weiten Harmonisierung des Strafprozessrechts vorgesehen.² In den Vordergrund getreten ist aber der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen,³ wie er erstmals vor dreizehn Jahren mit dem Europäischen Haftbefehl umgesetzt worden ist und nunmehr in Art. 82 Abs. 1 AEUV eine Ermächtigungsgrundlage in den EU-Verträgen gefunden hat.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist überdies die Charta der Grundrechte der EU (GRCh) rechtsverbindlich geworden (Art. 6 Abs. 1 EUV). Dies gilt – trotz erklärter Vorbehalte Großbritanniens und Polens – für die Union, aber auch für die weite Mehrheit der EU-Staaten, die daher in Zukunft bei der Umsetzung von EU-Richtlinien wie auch bei anderen nationalen Rechtsakten auf dem Gebiet des Strafprozessrechts (zumindest soweit diese i. S. von Art. 51 Abs. 1 GRCh der Umsetzung von Unionsrecht dienen) die Bestimmungen der GRCh beachten müssen.

Obwohl damit schon seit mehr als 60 Jahren die EMRK wichtige Vorgaben gerade auch für die nationalen Strafprozessordnungen in Europa enthält⁴ und auch im letzten Jahrzehnt die Europäische Union begonnen hat, vor allem zur Unterstützung der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen auch das Strafprozessrecht EU-weit anzunähern, ist doch festzuhalten, dass es in Europa bis heute nicht ein einziges Strafprozessrechtsmodell gibt, dass vielmehr erhebliche strukturelle Unterschiede bestehen. Das Strafprozessrecht vieler kontinentaleuropäischer Staaten – und damit etwa auch Deutschlands – lässt sich kaum mit dem Strafprozessrecht der Staaten des common law-Rechtskreises wie etwa England vergleichen. Soweit ich weiß, hatte

* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den ich am 10. Oktober 2015 auf der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtlehrertagung in Tbilisi gehalten habe.

¹ Dazu *Heger, Martin*, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, in: Giegerich (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, 2012, S. 157 ff.

² Vgl. nur *Heger, Martin*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2009, 406, 409.

³ Dazu *Gleiß, Sabine*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 116 (2004), 353 ff.

⁴ Dazu grundlegend *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2003.

Georgien zunächst ein dem kontinentaleuropäischen Modell verwandtes Strafprozessrecht, welches dann aber im vergangenen Jahrzehnt durch ein eng an das US-amerikanische adversatorische Modell angelehntes Strafprozessrecht abgelöst worden ist.

Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass bereits vor einer Europäisierung des Strafprozessrechts europaweit teilweise ähnliche Formen des Umgangs mit neuen Herausforderungen gewählt worden sind. Derartige moderne prozessuale Formen im Umgang mit Strafverfahren sind etwa außergerichtliche Erledigungsformen wie Einstellung, Diversion oder ein Verzicht auf eine Anklage aus Opportunitätsgründen. Dabei geht es typischerweise um den Umgang mit Bagatellkriminalität. Bei der Verfolgung schwerer Verbrechen wie Raub, Mord und Totschlag gibt es dagegen in wohl allen europäischen Staaten ordentliche Gerichtsverfahren mit einem förmlichen Schuld- oder Freispruch. Eine Einstellungsmöglichkeit ist hier nicht in das Ermessen von Polizei oder Staatsanwaltschaft gestellt. Vergleicht man daher die Strafprozessmodelle des common law-Rechtskreises und des civil law-Rechtskreises geht es zumeist um einen Vergleich von Verfahren gegen schwere Kriminalität, bei denen sich die prozessualen Eigenheiten des jeweiligen Systems viel deutlicher zeigen und sich damit viel einfacher vom jeweils anderen System unterscheiden lassen.

II. Adversatorische und inquisitorische Prozessmodelle

Vergleicht man den Strafprozess als Modell im common law-Rechtskreis mit demjenigen im civil law-Rechtskreis wird namentlich das englische Strafverfahren als adversatorisch, das kontinentaleuropäische dagegen als inquisitorisch bezeichnet.⁵ Dabei muss betont werden, dass die Bezeichnung des deutschen Strafverfahrens als inquisitorisch nicht mehr viel gemein hat mit dem sog. Inquisitionsprozess, wie er die Strafverfahrensordnungen Kontinentaleuropas bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts dominiert hat.⁶ Abschreckendes Paradebeispiel hierfür war die spanische Inquisition, eine Straf-

verfolgungsbehörde, die im Interesse der katholischen Kirche Hexen und Ketzer mit den Mitteln des damaligen Strafrechts verfolgt und schließlich liquidiert hat. Generell war der damalige Inquisitionsprozess in allen Ländern dadurch gekennzeichnet, dass der Richter bei Verdacht einer schweren Straftat diese selbst aufzuklären versuchte und danach den Prozess bis zum Schuldspruch auch durchführte. In einem Inquisitionsprozess in diesem altmodischen Sinne hatte der Angeklagte so gut wie keine Chance auf einen Freispruch, war doch sein Richter bereits aufgrund der vorausgegangenen Sachverhaltsermittlung von seiner Schuld überzeugt.

Adversatorische und inquisitorische Strafprozessmodelle unterscheiden sich aus heutiger Sicht vor allem in zweierlei Hinsicht: Durch das Verhältnis vom Richter zu den anderen Verfahrensbeteiligten und durch das Verständnis der vor Gericht festzustellenden Wahrheit.⁷

Erstens obliegt in adversatorischen Strafprozessen vor allem der Staatsanwaltschaft als der Anklagebehörde und der Verteidigung bzw. dem Angeklagten die inhaltliche Ausgestaltung des Verfahrens; der Richter nimmt dann im englischen Geschworenenprozess⁸ nur die Rolle eines Schiedsrichters ein, der darüber wacht, dass beide Parteien des Rechtsstreits alle Regeln korrekt einhalten. Aber auch ohne Geschworenenprozess lässt sich ein adversatorisches Verfahren, das seinen Fortgang vor allem dem Verhalten der Beteiligten verdankt, denken; dann ist der Richter zwar letztlich zu einer eigenen Entscheidung über Schuld und Strafe verpflichtet, doch kann er dem vorausgegangenen Verfahren nur als interessierter Beobachter folgen, der aufgrund des Vorbringens der Parteien die eine oder die andere Position für überzeugender ansieht. Ein solches Verfahren ist im deutschen Zivilprozess vorgesehen. Nach der darin herrschenden Dispositionsmaxime ist es Aufgabe allein der beiden Parteien – im Strafprozess wären es Anklage und Verteidigung – den Rechtsstoff zu bestimmen und die Beweise für das jeweils eigene Vorbringen vorzulegen; der Richter darf dann nur innerhalb der Anträge der Parteien entscheiden, ob er der einen oder der anderen Recht gibt oder eine Entscheidung dazwischen bevorzugt.

Zweitens verändert sich mit der Entscheidung für eine Dispositionsmaxime auch im Strafprozess der An-

⁵ Vgl. Hörnle, *Tatjana*, ZStW 117 (2005), 801 ff.; Heger, *Martin*, Strafprozessrecht, 2013, Rn. 223 ff.

⁶ Dazu Schroeder, *Friedrich-Christian/Verrel, Torsten*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.

⁷ Vgl. Hörnle, *Tatjana*, ZStW 117 (2005), 801 ff.

⁸ Dazu Gerding, *Marc*, Trial by Jury, 2007.

spruch an die darin zu ermittelnde Wahrheit. Ist der Richter an das Vorbringen beider Seiten gebunden und darf nur die von Anklage und Verteidigung – vor allem in Form eines Kreuzverhörs (cross examination) von Zeugen und Sachverständigen – vorgeführten Beweise würdigen, ohne selbst Beweismittel einführen oder die Zeugen und Sachverständigen eigenständig befragen zu können, ist er vor allem an das gebunden, was keine der beiden Seiten bestreitet. Das gilt etwa in England für das sog. guilty plea des Angeklagten;⁹ erklärt sich dieser für „schuldig im Sinne der Anklage“, darf das Gericht nicht hinterfragen, ob dieses Geständnis inhaltlich stimmt oder nicht. Es muss die auf der Basis des Schulbekenntnisses vorgesehene Strafe verhängen.

Während inquisitorische Verfahren als Ziel die Ermittlung der materiellen Wahrheit haben,¹⁰ steht im adversatorischen Verfahren die Ermittlung der formellen Wahrheit im Sinne des von den Parteien dem Gericht vorgebrachten Sachverhalts im Mittelpunkt.

Allerdings sind die Unterschiede beider Verfahren nicht so groß, wie es in der Theorie den Anschein hat.¹¹ So zielt zwar das inquisitorische Verfahren auf eine Ermittlung der vollständigen materiellen Wahrheit, doch gilt dies in einem Rechtsstaat nicht ohne Einschränkung. So muss sich nach dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* niemand selbst belasten;¹² jeder Angeklagte darf daher den Tatvorwurf abstreiten, auch wenn dieser inhaltlich zutrifft. Auch gegenüber Zeugen gibt es Grenzen. So haben bestimmte Personengruppen aufgrund persönlicher Nähe zum Angeklagten – z.B. seine Ehepartner – oder aufgrund ihrer beruflichen Position – z.B. Priester, Rechtsanwalt und Arzt – ein Zeugnisverweigerungsrecht, so dass sie gegenüber dem Gericht die Wahrheit nicht offenlegen müssen. Umgekehrt ist es auch in einem adversatorischen Verfahren natürliche Aufgabe der staatlichen Stellen – Polizei und Staatsan-

waltschaft – das Verbrechen aufzuklären, so dass es auch in England um die Ermittlung der materiellen Wahrheit geht; erst im Strafprozess und damit für das Gericht tritt dieses Aufklärungsinteresse hinter die Dispositionsbefugnis der beiden Seiten zurück.

Dazu kommt, dass etwa in Deutschland trotz des auf den ersten Blick weitgehend inquisitorisch ausgestalteten Strafverfahrens inzwischen auch adversatorische Elemente an Bedeutung gewonnen haben. Zwar gibt es bis heute nicht die Möglichkeit, dass der Angeklagte seine Schuld zugibt und damit der gerichtlichen Aufklärung entzieht, wie es die „guilty plea“ ermöglicht. Andererseits hat sich in den vergangenen dreißig Jahren in Deutschland zunehmend die Möglichkeit ergeben, durch Absprachen – sog. Deals – der Verfahrensbeteiligten auf den Strafprozess Einfluss zu nehmen. 2009 hat der deutsche Gesetzgeber solche Absprachen kodifiziert (§ 257c StPO). Dabei hat er zwar verbal daran festgehalten, dass das Gericht auch bei Absprachen die materielle Wahrheit aufklären muss; andererseits ist als Kernelement einer Absprache das Geständnis des Angeklagten vorgesehen, welches dadurch den Prozess verkürzen und die Strafe reduzieren soll, dass es faktisch dem Gericht eine weitere Aufklärung des Sachverhalts erspart. Dabei zeigen sich aber Ähnlichkeiten zu einer „guilty plea“.¹³

III. Das Gebot eines Fair trial und die Waffengleichheit

Betrachtet man die Vorgaben für die Struktur des Strafverfahrens auf europäischer Ebene, erweist sich Art. 6 EMRK als Ausgangspunkt. Darin findet sich auf den ersten Blick keine Präferenz für ein adversatorisches oder inquisitorisches Strafverfahren; und auch in der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes wird immer wieder betont, dass die EMRK kein bestimmtes Prozessmodell voraussetzt.¹⁴

Allerdings bewirkt die Grundidee einer Menschenrechtskonvention – der internationale Schutz der Menschenrechte – letztlich, dass eine solche Konvention nur diejenigen Rechtspositionen garantiert, welche die einzelnen Bürger gegenüber der Ausübung staatlicher Gewalt schützen. Auf welche Weise ein Staat die Judikativ-

⁹ Vgl. dazu *Hertel, Florian*, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 2010, 198 ff.

¹⁰ Ganz deutlich ausgedrückt in § 244 Abs. 2 StPO: „Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.“

¹¹ Vgl. *Trüg, Gerson*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003.

¹² Vgl. nur *Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 125.

¹³ Vgl. *Hertel, Florian*, ZJS 2010, 198 ff.

¹⁴ EGMR, Urt. v. 12.3.2003, *Öcalan v. Türkei*, § 166.

gewalt auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ausübt, spielt dabei zunächst keine Rolle; das Strafverfahren ist Teil der staatlichen Souveränität, so dass jeder souveräne Staat für sich beanspruchen kann, die wesentlichen Strukturen „seines“ Strafverfahrensrechts unbeeinflusst von äußeren Vorgaben eigenverantwortlich zu etablieren. Die EMRK konnte und kann bis heute nur diejenigen Grenzen der Ausübung staatlicher Judikativgewalt bezeichnen, die aus dem grundrechtlichen Schutz der Bürger – und das heißt vor allem des Angeklagten – fließen.

Daraus folgt, dass die Vorgaben insbesondere in Art. 6 EMRK vor allem sicherstellen sollen, dass die Rechte der Bürger nicht hinter die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zurücktreten. Beschränkt man den Blick auf den Strafprozess aber auf eine Sicherung der Rechtsposition des Angeklagten und blendet damit aus, dass etwa im deutschen Strafverfahren auch die Staatsanwaltschaft aktiv alles den Beschuldigten Entlastende ermitteln muss, tendieren die prozessualen Garantien naturgemäß in Richtung des adversatorischen Verfahrensmodells.

Kern des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Gewährleistung eines fairen Strafverfahrens (fair trial).¹⁵ Diese Pflicht zur Fairness erinnert begrifflich an das in England im Sport bekannte Gebot des fair play. Wie die gegnerischen Spieler in einem Wettkampf sollen die Parteien vor Gericht einen Kampf um die Darstellung ihrer Wahrheit ausfechten können, den der Richter auf die Einhaltung der Spielregeln, d.h. des Prozessrechts, hin überwacht und über dessen Ausgang eine Jury entscheidet. Ein fairer Kampf um die Wahrheit setzt aber voraus, dass beide Seiten gleiche Vorkenntnisse haben und die gleichen prozessualen Mittel einsetzen können. Da die Anklagebehörde aufgrund ihrer Ermittlungen Vorkenntnisse besitzt, die die Verteidigung nicht haben kann, müssen bestimmte Beweismittel offengelegt bzw. der Gegenseite rechtzeitig mitgeteilt werden (sog. disclosu-

re). Nicht offen gelegte Beweismittel können dann nicht in das Verfahren eingebracht werden. Und im Prozess selbst agieren beide Seiten in gleicher Weise; benennt die Anklage ihren Zeugen, kann diesen die Verteidigung ins Kreuzverhör (cross examination) nehmen und umgekehrt. Insofern spricht man von Waffengleichheit beider Seiten (equality of arms).

Betrachtet man demgegenüber das deutsche Strafverfahren, so ist die Grundidee eines Strafprozesses völlig anders. Ziel ist die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, was aus deutscher Sicht vor allem die Ermittlung der materiellen Wahrheit voraussetzt, denn nur gegenüber einem Schuldigen kann ein solcher Strafanspruch bestehen. Während im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft diese Aufklärung vorantreibt, wird in der Hauptverhandlung das Gericht zur Hauptfigur. So werden die Zeugen zumeist vom Gericht benannt; ihre Vernehmung erfolgt durch den Richter. Staatsanwaltschaft und Verteidigung sind nur zu ergänzenden Fragen berechtigt. Auch können Anklage und Verteidigung eigene Beweisanträge etwa auf Vernehmung eines vom Gericht noch nicht geladenen Zeugen stellen, doch muss das Gericht über diese Anträge entscheiden. Gibt es ihnen statt, lädt es selbst den Zeugen. Theoretisch gibt es zwar auch die Möglichkeit eines Kreuzverhörs, doch wird davon kein Gebrauch gemacht. Der aus dem Ermittlungsverfahren resultierende Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft muss in einem solchen System schon deshalb nicht ausgeglichen werden, weil das Gericht als Herr der Beweisaufnahme aus neutraler Sicht agiert (und nicht im Interesse von Anklage oder Verteidigung). Die spezielle Fairness eines solchen Verfahrens äußert sich daher nicht in gleichen Rechten antagonistischer Verfahrensparteien, sondern darin, dass über den Tatvorwurf gegenüber dem Beschuldigten nacheinander zwei von einander unabhängige öffentliche Institutionen in einem geregelten – und durch die Verteidigung kontrollierten – Verfahren entscheiden.

Betrachtet man die deutsche Strafprozessordnung aus der Sicht des in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen fair trial-Gebots, passt jedenfalls das in England zugrunde liegende Bild eines quasi sportlichen Wettkampfs zwischen beiden Teams – Anklage und Verteidigung – nicht, würde doch der Schiedsrichter – das Gericht – in Deutschland nicht nur den Großteil der prozessualen Aktivitäten entfalten, sondern darüber hinaus auch noch über den Ausgang des Rechtsstreits entscheiden. Auch

¹⁵ Grundlegend *Gaede, Karsten*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, und jüngst *Jahn, Matthias*, ZStW 127 (2015), 549 ff., sowie die umfangreiche Kommentierung von *Peukert, Wolfgang*, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 125 ff. Vgl. auch *Ambos, Kai*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 19 ff.; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 11 Rn. 57 ff.

ist dessen Grundlage – die Ermittlung der Wahrheit – nicht in das Ermessen der Beteiligten gestellt. Maßstab ist grundsätzlich die objektive Wahrheit, nicht eine übereinstimmende Erklärung durch Anklage und Verteidigung in Form einer „guilty plea“.

Damit steht das deutsche – und mit ihm das kontinentaleuropäische – Strafprozessmodell angesichts des fair trial-Gebots und des daraus abgeleiteten Grundsatzes der Waffengleichheit vor einer größeren Herausforderung als das Strafprozessmodell des common law, das schon seit Jahrhunderten darauf aufbaut. Andererseits gerät das englische Modell an Grenzen, wenn es z.B. um die Bekämpfung moderner Kriminalitätsformen wie den Terrorismus geht, will man doch nicht unbedingt vor Beginn eines Strafprozesses dem Beschuldigten und seiner Verteidigung alle Beweismittel nennen. Daher ist es heute möglich, in solchen Verfahren die Offenlegung von Beweismitteln im öffentlichen Interesse an einer effektiven Terrorbekämpfung abzulehnen; allerdings dürfen diese Beweise dann auch im Strafverfahren nicht verwertet werden.

In Deutschland sind inzwischen gewisse Elemente eines adversatorischen Verfahrensmodells erkennbar,¹⁶ wengleich die Parteistruktur des englischen Strafprozesses hier nicht zu finden ist. So spielt das Geständnis des Angeklagten bei Absprachen (sog. Deals) eine besondere Rolle. Wie mit einer „guilty plea“ im englischen Strafverfahren kann der im Zuge eines Deals geständige Angeklagte in Deutschland regelmäßig mit einer deutlichen Strafmilderung rechnen. Der deutsche Gesetzgeber hat zwar bei der gesetzlichen Regelung solcher Absprachen in § 257c StPO festgeschrieben, dass das Gericht jedes Geständnis noch auf seinen Wahrheitsgehalt überprüfen muss; darin kommt weiterhin die in Deutschland vorherrschende Pflicht des Gerichts zur Ermittlung der materiellen Wahrheit zum Ausdruck. In der Praxis führt aber ein Geständnis aufgrund einer Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten regelmäßig dazu, dass das Gericht das Geständnis ohne nähere Überprüfung für zutreffend hält und deshalb ohne weitere Beweisaufnahme verurteilt.

¹⁶ Zum Rechtsmittelverfahren näher *Heger, Martin*, Adversatorische Elemente des Revisionsverfahrens aus deutscher Sicht, in: F.-C. Schroeder/Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 181 ff.

IV. Konsequenzen für eine Europäisierung des Strafprozessrechts

Eine partielle Harmonisierung des Strafprozessrechts in der Europäischen Union auf Grundlage von Art. 82 Abs. 2 AEUV müsste die Vorgaben der EMRK beachten. Für das fair trial-Prinzip gilt das auch deshalb, weil Art. 47 Satz 2 GRCh zumindest bei der Durchführung von EU-Recht (vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh) – und das heißt auch bei der Umsetzung strafprozessualer Richtlinien in den Mitgliedstaaten – ebenfalls ein „faireres Verfahren“ fordert und davon auszugehen ist, dass dieser Begriff ebenso ausgelegt werden wird wie in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Forderung nach Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung wird damit auch innerhalb des EU-Rechts verankert. Soweit also auf Grundlage von Art. 82 Abs. 2 AEUV in einer Richtlinie Vorgaben gemacht werden zur

- Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis (a)
 - den Rechten des Einzelnen, insbesondere des Beschuldigten, im Strafverfahren (b) oder
 - den Rechten der Opfer von Straftaten (c)
- müssen diese Vorgaben in den Mitgliedstaaten so umgesetzt werden, dass dabei das Verfahren fair bleibt.

Im klassischen adversatorischen Verfahrensmodell geht es dabei allein um das Verhältnis von Anklage und Verteidigung, so dass die Stärkung der Beschuldigtenrechte angesichts der bereits weitgehend verwirklichten Gleichstellung von Anklage und Verteidigung keine Änderungen bewirken dürfte.

Komplizierter wird diese Situation, wenn man sich das Opfer dazu denkt. Zwar wird die Anklage in vielen Fällen auch die Interessen des Opfers mitberücksichtigen, doch ist das nicht ihre Kernaufgabe; gerade deshalb wurden in den letzten Jahren auf der EU-Ebene die Rechte des Opfers gestärkt. Damit verbunden ist die Gefahr, dass der Beschuldigte nicht nur von der Staatsanwaltschaft angeklagt, sondern auch vom Opfer angegriffen wird. Die für ein adversatorisches Verfahren typische bipolare Kampflage verschiebt sich damit.

Für ein inquisitorisches Verfahrensmodell ist eine Gleichstellung von Anklage und Verteidigung nicht möglich, weil erstere als objektive Instanz agieren soll, während der Beschuldigte sich allein nach seinem subjektiven Interesse verteidigen können soll; die Einbeziehung des Opfers als Verfahrensobjekt und eine Stär-

kung seiner Rechte ist ebenfalls nicht unproblematisch, insbesondere wenn dadurch die Aufklärung des Sachverhalts erschwert ist. In Deutschland bewirkt die bisherige Opferschutz-Gesetzgebung dies aber nicht; eingeschränkt sind lediglich Kontrollrechte in Form eines Ausschlusses der Öffentlichkeit bei der Zeugenvernehmung oder einer Beschränkung der Rechtsmittel auf die Revision. Weil an den angesprochenen Deals das Opfer nicht beteiligt ist, führt diese Praxis sogar eher zu einer Einschränkung von Opferrechten.

Die Zulassung von Beweismitteln auf der Basis gegenseitiger Anerkennung ist angesichts unterschiedlicher Beweiserhebungsregeln und Beweisverwertungsregeln in allen Staaten schwierig;¹⁷ zwischen Staaten mit adversatorischem und inquisitorischem Modell ergeben sich aber zusätzliche Probleme, stellt man sich z.B. vor, dass eine in Frankreich zulässig protokollierte Zeugenaussage in einem englischen Prozess aufgrund gegenseitiger Anerkennung eingeführt werden sollte.¹⁸ Das für den common law-Prozess elementare Recht beider Parteien – von Anklage wie Verteidigung – den Zeugen der jeweils anderen Seite ins Kreuzverhör zu nehmen, würde angesichts des vorgelegten Papiers völlig in die Leere gehen. Umgekehrt stünde ein inquisitorischer Prozess wie der deutsche vor dem Problem, wie er mit einer in England erklärten „guilty plea“ umgehen soll: Muss er dieses als verbindlich ansehen oder darf er sie – wie ein Geständnis des Angeklagten – inhaltlich würdigen und damit in seiner Entscheidung davon auch abweichen?

Deutschland und Georgien, die trotz gemeinsamen Rechtstraditionen unterschiedliche Verfahrensmodelle erprobt haben, erforderlicher denn je.

V. Fazit

Die Europäisierung des Strafprozessrechts stellt für adversatorische wie inquisitorische Strafverfahrensordnungen eine Herausforderung dar. Besondere Probleme ergeben sich aber beim Austausch von Beweismitteln auf der Basis gegenseitiger Anerkennung. Deshalb ist heute der wissenschaftliche Austausch zwischen Strafrechtlern aus verschiedenen europäischen Staaten wie

¹⁷ Dazu *Hecker, Bernd*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 12 Rn. 51 ff.; *Heger, Martin*, *ZIS* 2007, 547 ff.; grundlegend *Gleß, Sabine*, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006.

¹⁸ Vgl. *Gleß, Sabine*, *ZStW* 115 (2003), 131, 139 f.; *Radtke, Henning*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2004, 1, 18.

Einige Aspekte des Parteiprozesses gemäß georgischer StPO*

Von Associate-Professor Dr. *Irina Akubardia*, Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi

I. Einleitung

Die am 9. Oktober 2009 eingeführte neue georgische Strafprozessordnung¹, welche seit Oktober 2010 in Kraft ist, hat viele Neuregelungen für die georgische Rechtsordnung (vor allem für die georgische Rechtsprechung) mit sich gebracht. Von diesen Neuregelungen hat die Einführung des adversatorischen Strafverfahrens eine besondere Bedeutung, also die Umsetzung einer komplett neuen Form des Rechts auf rechtliches Gehör im Strafprozess. Das klassische Modell des adversatorischen Verfahrens entstammt dem anglo-amerikanischen Strafverfahrensrecht. Jedoch ist das georgische Modell durch bestimmte Eigenheiten gekennzeichnet. Ich werde nur einige Aspekte dieser Eigenheiten darstellen.

II. Grundlegende Aspekte des klassischen adversatorischen Verfahrensmodells

„Der grundsätzliche Inhalt der Gleichheit der Verfahrensparteien und des Parteiprozesses ist durch die Trennung der Anklage- und der Verteidigungsfunktionen von der Rechtsprechungsfunktion, die Ausstattung der Verfahrensparteien mit gleichen prozessualen Rechten und die hauptsächliche Rolle des Gerichts, die Entscheidung zu erlassen, gekennzeichnet.“²

„Das klassische adversatorische Verfahrensmodell basiert auf dem Ausgangspunkt, dass das Strafverfahren ein im Gericht zu führender Streit zwischen dem Staat

und einem Angeklagten ist. In diesem Streit genießen die Parteien gleiche verfahrensrechtliche Möglichkeiten.“³ „Gleichheit bedeutet die Einräumung gleicher prozessualer Rechte für die Verfahrensparteien.“⁴ Das Strafverfahren wird nur dann fair sein, wenn die gegenüberstehenden Parteien der gleichen „Gewichtsklasse“ angehören.

Obwohl die Parteien im adversatorischen Verfahren formal mit gleichen prozessualen Rechten ausgerüstet sind, ist fraglich, inwiefern die Strafprozessordnung es möglich macht, die Gleichheit der Verfahrensparteien zu gewährleisten. Um diese Fragen beantworten zu können, müssen wir die Privilegien und Handlungsmöglichkeiten der Parteien bestimmen.

Das Privileg der Staatsanwaltschaft liegt in der Durchführung der operativen Ermittlungsmaßnahmen, auch durch grundrechtsbeschränkende Ermittlungshandlungen, sowie in dringenden Notfällen auch der Überwachung von Bankkonten ohne Gerichtsbeschlüsse und der Vornahme von offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in Bezug auf Computerdaten. Außerdem stehen der Staatsanwaltschaft eine ausreichende materielle und technische Basis sowie finanzielle und menschliche Ressourcen zur Einbringung der Beweismittel für die Substantiierung der Anklage zur Verfügung.

Zu den besonderen Rechten des Beschuldigten gehören die Unschuldsvermutung, das Recht vom Inhalt der Beschuldigung zu erfahren, das Aussageverweigerungsrecht, das Zeugnisverweigerungsrecht bestimmter Zeugengruppen, die Wahl zwischen Selbstverteidigung und Vertretung durch einen Verteidiger, das Recht auf Vornahme einer parallelen Ermittlung und Beweiserhebung, das Recht des letzten Wortes in der Hauptverhandlung, das Recht auf Einlegung eines Rechtsmittels, und hierin das Prinzip, nach dem die Entscheidung des ersten Rechtszuges nicht zulasten des Verurteilten ge-

* Im Folgenden handelt es sich um die überarbeitete Fassung des Vortrages, den ich am 10. Oktober 2015 auf der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung – „Strafrechtswissenschaft in einem vereinten Europa“ – in Tbilisi gehalten habe.

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

¹ Im Folgenden als gStPO abgekürzt.

² *Akubardia, Irina*, Die Gleichheit der Parteien und die Rolle des Gerichts im adversatorischen Strafverfahren, in: Festschrift für Mzia Lekweischwili zum 85. Geburtstag, 2014, S. 130.

³ *Gucenko, Konstantine/Golovo, Leonide/Filimonovi, Boris*, Strafprozessrecht der westlichen Staaten, 2007, S. 13, (von russisch in der georgischen Sprache übersetzt).

⁴ *G. B. v France*, ECtHR 02/ 10/ 2001, 58.

ändert werden darf, wenn das Rechtsmittel nur einseitig seitens der Verteidigung eingelegt wurde und schließlich das Recht auf Schadenersatz infolge einer falschen Verurteilung.

Die genannten Rechte der Verteidigung können offensichtlich zwar die Privilegien eines öffentlichen Anklägers nicht aufwiegen, jedoch ist das Vorliegen dieser Rechte zur Gewährleistung der formalen Gleichheiten von Parteien unerlässlich.

Die Gleichheit der Parteien (Waffengleichheit) und das Prinzip des Parteiprozesses erfolgt nicht nur in der Etappe des Hauptverfahrens, sondern auch schon im Stadium des Ermittlungsverfahrens. Das adversatorische Strafverfahren unterscheidet sich vom inquisitorischen und gemischten Verfahren gerade durch dieses Merkmal.

III. Gleichheit der Parteien und adversatorisches Verfahren während des Ermittlungsstadiums

Die Gleichheit der Parteien und adversatorisches Verfahren gilt vom Anbeginn der Strafverfolgung (Art. 9 gStPO). „Jedoch betrifft dies nicht die Phase der Ermittlung, in der die Ermittlungsbehörde noch keinen Beschuldigten identifiziert hat und daher noch keine Strafverfolgung gegen eine konkrete Person begonnen hat.“⁵ Da die Parteien die Ermittlungen selbstständig durchführen, legen sie die ausfindig gemachten Informationen und Beweisstoffe zunächst einander und sodann dem Gericht fünf Tage vor der gerichtlichen Vorverhandlung vor.

Es ist bemerkenswert, dass in den Vereinigten Staaten von Amerika und im Vereinigten Königreich „die Parteien nicht verpflichtet sind, dem Parteigegner das gesammelte Beweismaterial vollständig vorzulegen, solange die Sache noch nicht beim Gericht anhängig ist.“⁶

Was die gStPO angeht, ist in jedem Stadium des Strafverfahrens die Verteidigung berechtigt, die von der Anklage beschafften Informationen einzusehen, deren Vorbringen die Staatsanwaltschaft vor Gericht beab-

sichtigt. Dies verpflichtet wiederum die Verteidigung, auf Verlangen der Staatsanwaltschaft, ihrerseits diejenigen Informationen zu übergeben, deren Vorlage vor Gericht beabsichtigt ist. Durch die genannte Vorschrift ist die Gleichheit der Parteien insoweit gewährleistet.

Wie bereits erwähnt, kann die Verteidigung, gleichermaßen wie die Ankläger, parallele Ermittlung vornehmen. Die Parteien dürfen mittels verschiedener Ermittlungsmaßnahmen Beweismittel beschaffen. Dennoch besitzt die Verteidigung keine Befugnis, alle Arten von Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen (zum Beispiel solche in Bezug auf den Zugriff auf Computerdaten, verdeckte Ermittlungsmaßnahmen usw.). Dabei ist auf Seiten der Verteidigung in einigen Fällen die Durchführung der durch das Gesetz erlaubten Ermittlungsmaßnahmen problematisch. So ist die Verteidigung nach gStPO beispielsweise seit 2013 berechtigt, vor Gericht einen Antrag über die Erlaubnis zur Durchführung solcher Ermittlungsmaßnahmen zu stellen, welche Grundrechtseingriffe mit sich bringen. Dennoch darf zunächst die Staatsanwaltschaft die auf Antrag der Verteidigung beschlagnahmten Gegenstände, Dokumente und Informationen untersuchen. Zur Wahrung der Gerechtigkeit und des Prinzips der Gleichheit der soll es der Verteidigung ermöglicht werden, während der Erstuntersuchung der beschlagnahmten Sachen seitens der Staatsanwaltschaft anwesend zu sein.

Außerdem ist zu beachten, dass zur Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen gewisse materielle Ressourcen und berufliche Fähigkeiten benötigen werden. Aus diesem Grund ist die die Werbung finanzieller Ressourcen und die Verbesserung der Qualifikation der Rechtsanwälte von Bedeutung, damit ihnen gleichermaßen wie der Staatsanwaltschaft die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen und die Beschaffung der nötigen Beweismittel ermöglicht werden.

IV. Die Gleichheit der Parteien und Parteiprozess vor Gericht

„Das adversatorische Strafverfahren zeigt sich am anschaulichsten in der Hauptverhandlung, weil das adversatorische Verfahrensmodell verlangt, die Argumente beider Parteien zu hören, da beiden Parteien ermöglicht werden soll, entsprechende Würdigung der Argumente und Beweismittel der Gegenpartei unabhängig

⁵ Siehe Kommentar zur georgischen Strafprozessordnung, 2015, S. 84.

⁶ *Gucenko, Konstantine/Golovo, Leonide/Filimonovi, Boris*, Strafprozessrecht der westlichen Staaten, 2007, S. 14, (von russisch in der georgischen Sprache übersetzt).

davon zu machen, ob die Gerichtsverhandlung mündlich oder schriftlich stattfindet.“⁷

Meiner Meinung nach, und das sollte sich von selbst verstehen, ist die Gleichheit der Parteien nur in dem Fall erreichbar, wenn der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten ist.

Nach dem 6. Punkt der Grundprinzipien der Vereinten Nationen betreffend die Rolle der Rechtsanwälte, hat eine Person einen Anspruch auf Bestellung eines der (gegen ihn erhobenen) Beschuldigung entsprechend erfahrenen und sachverständigen Rechtsanwalts, damit sie einen wirksamen rechtlichen Beistand erfährt. Nach dem georgischen Strafprozessrecht ist die Mitwirkung eines Rechtsanwalts im Strafverfahren nicht immer erforderlich, dies bedeutet, dass der Prozess auch ohne Teilnahme eines Rechtsanwalts bis zum Abschluss geführt werden kann. In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass „zur Gewährleistung der Gleichheit der Parteien die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts schon zu Beginn des Ermittlungsverfahrens für jede Art des Strafvorwurfs erforderlich sein sollte, zu welchem der Angeklagte sich nicht für schuldig erklärt, insbesondere wenn er inhaftiert ist.“⁸ Meiner Meinung nach, muss einem Angeklagten das Recht auf rechtlichen Beistand durch einen Rechtsanwalt bei jenen Strafvorwürfen eingeräumt werden, aus denen eine Freiheitsstrafe ergehen kann. Dies gilt vor allem für das klassische adversatorische Verfahrensmodell, in welchem es unverhältnismäßig erscheint, wenn der Angeklagte ohne Beistand durch einen qualifizierten und erfahrenen Rechtsanwalt auf sich allein gestellt einem Ankläger gegenüber steht. Andernfalls wäre das adversatorische Strafverfahren nicht zielführend, weil sich die Parteien rein formal nicht im gleichen (rechtlichen) „Zustand“ befinden würden.

1. Rolle eines Richters im adversatorischen Strafverfahren

Das adversatorische Strafverfahren zeichnet sich in kontinental-europäischer Verfahrensweise durch gewis-

se Besonderheiten aus. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis wird der Richter nicht als ein Schiedsrichter betrachtet, der als Manager des Prozesses fungiert, sondern er nimmt aktiv an der Beweisaufnahme teil. In Georgien normiert zum einen die Strafprozessordnung das klassische adversatorische Verfahrensmodell, andererseits hat der Richter im Gegensatz zum amerikanischen Prozessrecht (in welchem der Richter auf seine eigene Initiative die Ladung und Vernehmung von Zeugen ohne Einverständnis der Parteien vornehmen kann) das Recht auf sogenannte präzisierende Fragestellung nur in dem Fall, wo eine Vereinbarung mit Parteien vorausgegangen ist, was die Abschwächung der Richterrolle verdeutlicht.

2. Die Gleichheit der Parteien und das adversatorische Strafverfahren im Geschworenengericht

Es lässt sich sagen, dass das adversatorische Strafverfahren im Geschworenengericht vollkommener realisiert ist. Jedoch zeichnet sich das georgische Geschworenensystem durch gewisse Besonderheiten aus. Es ist bekannt, dass es in den verschiedenen Rechtsräumen der Welt, die ein Geschworenensystem besitzen, ein klassisches und ein gemischtes Modell gibt. Das klassische Modell gilt in Ländern mit Common Law Rechtssystem, in dem die Funktionen zwischen dem Richter und den Geschworenen streng getrennt sind und die Entscheidung über die Schuldfrage den Geschworenen anvertraut ist. Der Richter wiederum ist zuständig für die Behandlung rechtlicher Aspekte und er bestimmt die Strafe. Das Mischsystem ist kennzeichnend für die Länder mit kontinental-europäischer Rechtsordnung, in der der Richter und die die Gesellschaft vertretenden Geschworenen zusammen über die Schuldfrage und die zu verhängende Strafe kollegial entscheiden.

In Georgien wurde das klassische Geschworenensystem implementiert. Es entspricht jedoch trotzdem nicht völlig dem klassischen Modell, weil den Geschworenen auch die Teilnahme an der Verhandlung über die Strafverhängung ermöglicht ist, wenn keine der Parteien dem widerspricht. Für die Richter haben die seitens der Geschworenen ergangenen Anmerkungen über die Strafmilderung oder -verschärfung nicht empfehlenden, sondern verbindlichen Charakter.

⁷ Groestad, Anne/Rui, Ion Peter, Die Anwendung des Art. 5 und Art. 6 der europäischen Menschenrechtskonvention in Strafsachen, 2012, S. 25.

⁸ Mskhiladze, Lili, Die Verteidigungsrolle im adversatorischen Strafverfahren, Zeitschrift Rechtsanwalt №3-4 (2014), 59, 62.

3. Ziel des adversatorischen Strafverfahrens

Die Bestimmung des Ziels des adversatorischen Strafverfahrens stellt ein grundlegendes Problem dar. Die Wahrheitsfindung ist eindeutig nicht das Ziel des adversatorischen Strafverfahrens, wobei die Strafprozessordnung nicht komplett auf den Wahrheitsfindungsprozess verzichtet. „Die Wahrheit zeigt sich im Strafprozess durch die Glaubwürdigkeit bzw. Zuverlässigkeit, dass eine Tatsache existiert oder nicht existiert“ – schrieb der französische Wissenschaftler und Klassiker des Strafverfahrensrechts Faustin Hélie.⁹ Der Richter fällt seine Entscheidung standardmäßig über den begründeten Verdacht hinaus. Das Merkmal „über den begründeten Verdacht hinaus“ – ist inhaltlich keine Voraussetzung der Vermutung, sondern eine Voraussetzung der Zuverlässigkeit. Auf diese Weise hat für uns die zuverlässige Kenntnis Bedeutung für die Wahrheit. Deswegen werden Begriffe wie „Würdigung“ und „nach eigenem Ermessen“ verwendet. „Eben bei der prozessualen Entscheidungsfindung des Richters wird sein eigenes Ermessen, in Form der Beweiswürdigung, subjektiv als einen Moment der Wahrheitsfindung betrachtet.“¹⁰ Es stellt sich die Frage, welche Art der Wahrheit im adversatorischen Strafverfahren festgestellt werden soll. Das Verlangen nach allseitiger, objektiver, vollständiger Prüfung der Umstände stellt den Inhalt des objektiven Wahrheitsprinzips dar. Nach Meinung einiger Autoren, ist im adversatorischen Strafverfahren das Prinzip der „Feststellung der Tatsachen so wie diese geschehen sind“, nicht gültig, sondern es gilt das Akkusationsprinzip. Da die Beweise und Überzeugungen die Grundprinzipien des adversatorischen Strafverfahrens darstellen, wird nicht die „grobe“ Wahrheit einer Tatsache, sondern die so genannte formal-rechtliche Wahrheit festgestellt. Das Ziel der Strafprozessordnung ist die Gewährleistung des fairen Strafverfahrens.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das adversatorische Strafverfahren ein Parteiprozess ist. Vor diesem Hintergrund ist das Auftreten von starken Parteien zur Gewährleistung des wirklichen adversatorischen Strafverfahrens Voraussetzung – dies betrifft insbesondere die Verteidigung. Die Parteien bedürfen eines hohen Standards an Kompetenz und Qualifikation. Dabei ist es aber nötig, dass die Rolle des Richters im Strafprozess verstärkt wird und der Richter proaktiv bei der Beweisaufnahme mitwirkt, wodurch er zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens die rechtlichen Folgen der Strafverfolgung auch beeinflussen kann.

⁹ Hélie, Faustin, Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. En 3.Vol.V.I.Brutelles, 1863, p. 5

¹⁰ Smirnov, Alexander/Kalinovski, Konstantin, Strafprozessordnung, 2008, S. 66, (in russischer Sprache).

Zur Klärung der durch eine unechte (untaugliche) Waffe ausgeübten rechtswidrigen Gewalt im Strafrecht*

Von Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D. Professor Dr. *Davit Sulakvelidze*,
Freie Universität Tbilisi

I. Einführung

Vor einigen Jahren wurde in der georgischen Strafrechtswissenschaft über die Einordnung der Fälle diskutiert, in denen der Täter das Opfer mittels einer Anscheinswaffe, also einer unechten Waffe in Absicht rechtswidriger Zueignung hinsichtlich einer fremden beweglichen Sache angreift. Zum ersten Mal in der georgischen Gegenwart hat Professor *Otar Gamkrelidze* diese Problematik als Diskussionsgegenstand hervorgehoben und dem Interessentenkreis auch seine eigene Problemlösung vorgeschlagen.¹ Seine Position kann wie folgt dargestellt werden: Ein Angriff mit einer untauglichen Waffe (Anscheinswaffe) solle als offener Diebstahl und nicht als Raub qualifiziert werden. Dabei berücksichtigt der Autor freilich auch, dass Raub kein Erfolgsdelikt ist und „lediglich“ einen Angriff auf das Opfer in Form von Gewalt oder Androhung von Gewalt gegen Leib oder Leben mit der Absicht, sich die im Eigentum oder Besitz des Opfers befindliche bewegliche Sache (Vermögensgegenstände, Geld) rechtswidrig zuzueignen,

* Ziel des Autors ist die Darstellung der Frage der durch eine unechte (untaugliche) Waffe ausgeübten rechtswidrigen Gewalt nur im Hinblick auf zwei Aspekte. Problematisch ist einerseits das, wie die Ausübung einer solchen Gewalt strafrechtlich qualifiziert werden soll und andererseits welche rechtlichen Konsequenzen und Beurteilungen folgen aus der vom Opfer vollzogenen Abwehr bei der durch eine unechte (untaugliche) Waffe ausgeübten rechtswidrigen Gewalt. Aus dem im Rahmen dieser Zeitschrift dem Autor zugemessenen Raum, ist es hier für sinnvoll gehalten die Analyse nur auf diejenige Fragen zu beschränken, deren Klärung angesichts einer weiteren Untersuchung der hier angesprochenen problematischen Fragen unentbehrlich ist. Diese problematischen Fragen bilden jedoch Gegenstand einer weiteren Untersuchung, die Inhalt eines fortsetzenden Aufsatzes in der 3. Ausgabe der DGStZ sein werden.

Deutsche Übersetzung des Aufsatzes vom Lektoratsmitglied der DGStZ Frau *Marika Turava*.

¹ *Gamkrelidze, Otar*, Angriff mit einer untauglichen Waffe zur Zueignung fremden Vermögens, in: *Kampf für einen Rechtsstaat*, 1998, S. 209-212.

voraussetzt (Art. 179 I des georgischen Strafgesetzbuches²). Im Gegensatz dazu wird nach georgischem Recht der offene Diebstahl als ein Erfolgsdelikt angesehen, das die offene Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (Vermögensgegenstände, Geld) mit Absicht rechtswidriger Zueignung voraussetzt (dadurch unterscheidet sich das Delikt vom normalen Diebstahl, der die geheime Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Absicht rechtswidriger Zueignung erfordert, siehe Art. 177 I des gStGB). Der offene Diebstahl unterscheidet sich vom Raub auch dadurch, dass der Täter beim offenen Diebstahl weder Gewalt gegen Leib oder Leben anwendet noch mit einer solchen Gewalt droht (Art. 178 des gStGB).

Otar Gamkrelidze begründet seine Position mit folgender Argumentation: Da der Raub seiner Natur nach nicht nur in Vermögenspositionen eingreife, sondern auch Gewalt gegen Leib oder Leben einer Person oder deren Androhung umfasse, solle als Raub ein Fall dann nicht qualifiziert werden, wenn der Angriff auf das Opfer mit einer untauglichen Waffe vorgenommen werde, da diese keine Gefahr für Leib oder Leben des Opfers darstelle. Letzteres sei aber notwendige Voraussetzung eines Raubes. Bei so einem Angriff sei die Gefahr nur scheinbar, das Opfer habe allerdings subjektiv ein starkes Angstgefühl, was der Täter ausnutze, um sich dessen Vermögensgegenstände zuzueignen.³ *Otar Gamkrelidze* hat sowohl in dem genannten Werk als auch später bei seiner Tätigkeit als Teilnehmer der staatlichen Kommission zur Vorbereitung des aktuellen gStGB vorgeschlagen, in den besonderen Teil des Gesetzes eine spezielle Norm mit einem entsprechenden Tatbestand einzuführen, wonach bei einem Angriff auf ein Opfer zur Wegnahme eines fremden Vermögensgegenstandes mit einer

² Im Folgenden als gStGB abgekürzt.

³ *Gamkrelidze, Otar*, Angriff mit einer untauglichen Waffe zur Zueignung fremden Vermögens, in: *Kampf für einen Rechtsstaat*, 1998, S. 211-212.

unechten (untauglichen) Waffe eine mildere Strafe vorgesehen sein sollte als beim Raub, aber eine deutlich höhere Strafe als beim offenen Diebstahl. Dieser Gesetzesvorschlag von *Otar Gamkrelidze* wurde leider abgelehnt und seine Auffassung von anderen Autoren nicht geteilt, was meiner Meinung nach fälschlicherweise und ohne Argumentation geschah.

In der Folge haben auf *Gamkrelidzes* Auffassung andere georgische Kriminologen und Wissenschaftler reagiert. Ein Teil von ihnen hat dabei die von ihm vertretene Ansicht unterstützt⁴, aber teils wurde auch eine abweichende Position vertreten. Die Befürworter der Gegenansicht haben den Fall eines Angriffs auf ein Opfer mit Zueignungsabsicht mittels einer untauglichen Waffe als Raub qualifiziert, da der Täter es in solch einem Fall trotz der Untauglichkeit der Waffe mit Erfolg schaffe, auf die Willensbestimmung des Opfers einzuwirken und seine Widerstandsfähigkeit zu hemmen, sodass es vom Erfolg her keinen Unterschied zu den Fällen gebe, in denen der Täter mit einer echten Waffe handle.⁵

Ich habe aber folgende Ansicht über dieses Problem: Wegen des Umstandes, dass der aktuelle besondere Teil des gStGB bis heute keine spezielle Norm enthält, in dem eine gesonderte Sanktion für den Angriff mittels einer untauglichen Waffe mit Absicht der Zueignung des fremden Vermögensgegenstandes vorgesehen ist, sollte diese Handlung als Raub qualifiziert werden. Gemäß Art. 179 I des gStGB umfasst Raub einen Angriff auf das Opfer zur Wegnahme einer fremden Sache, der nicht nur in Form von Gewalt gegen Leib oder Leben, sondern auch durch Drohung mit solch einer Gewalt verwirklicht werden kann. Dabei stellt sich im letzteren Fall die Frage, ob für die Qualifizierung einer Handlung als Raub eine „echte“ Drohung im Sinne der Tauglichkeit der bei dem Angriff durch Täter angewandten Waffe erforderlich ist (gemeint sind sowohl Waffen im technischen Sinne als auch gefährliche Werkzeuge). Meiner Ansicht nach ist

dies nicht notwendig, denn im gStGB gibt es eine Regelung zur Strafbarkeit der Drohung als unabhängiges Delikt, und zwar in Art. 151 als allgemeiner Tatbestand. Nach dieser Norm ist es für die Bestrafung einer Person völlig ausreichend, dass wegen einer von ihr vorgenommenen Drohung mit Gewalt gegen Leib oder Leben beim Opfer berechtigte Angst hervorgerufen wird, unabhängig davon, ob objektiv eine solche Gefahr tatsächlich bestand und ob der Täter seine Drohung tatsächlich vollziehen wollte. Durch die Auslegung nach dem Sinn und Zweck der genannten Gesetzesbestimmung kann man aus der Norm Folgendes schließen: Da die oben genannte Drohung schon von sich aus strafbar ist, ist es ungerechtfertigt, an die Drohung im Falle eines Raubes höhere Anforderungen zu stellen, wenn das Opfer sich in diesem Fall faktisch in einer extremen Situation befindet und ihm die Möglichkeit fehlt, festzustellen, ob die vom Täter angewandte Waffe echt ist oder nicht (nicht gemeint sind hier diejenigen Fälle, bei denen die Untauglichkeit der Waffe so offensichtlich ist, dass auch ein Kind dies erkennen würde, sogar wenn es sich in den extremen Umständen eines unerwarteten Angriffs befinden würde). Es ist zu beachten, dass über diese Problematik in der Praxis der georgischen Rechtsprechung eine ähnliche Position vertreten wird. Als Raub wird von der Rechtsprechung nicht nur ein Angriff auf das Opfer mit einer untauglichen Waffe angesehen, sondern auch der Fall, in dem zur Nachtzeit einem Taxifahrer von dem im Rücksitz des Autos befindlichen Passagier mit einem Finger auf den Rücken gedrückt und mit Drohung der Tötung Geld verlangt wird, sofern der Taxifahrer den Finger als Waffe wahrnimmt und dem Angreifer gehorcht.

An dieser Stelle beschränke ich mich auf diese kurze Darstellung des genannten Raubbeispiels, das das Interesse über ein wichtigeres Thema erweckt hat, dessen Analyse in den weiteren Teil dieses Aufsatzes vorgenommen wird.

II. Problemstellung

Nach der in der deutschen Strafrechtsliteratur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung wird der räuberische Angriff mit einer unechten (untauglichen) Waffe eindeutig als qualifizierter Raub klassifiziert, aber in der russischen Rechtsliteratur (sowohl aus der sowjetischen als auch aus der postsowjetischen Zeit)

⁴ Siehe die Position von Prof. Tamar Ebralidze zu dieser Frage in: *Gamkrelidze, Otar/Turava, Merab/Mamulashvili, Gocha/Ebralidze, Tamar/Todua, Nona/Bakanidze, Rusudan*, Kommentar der strafrechtlichen Rechtsprechung (Ökonomische Straftaten), 2004, S. 84-91; *Kvaratskhelia, Ramaz*, Klassifikation einiger Straftaten gegen das Vermögen, 2015, S. 132-143.

⁵ Autor dieser Position ist Prof. Mzia Lekveishvili, siehe in: *Lekveishvili, Mzia/Mamulashvili, Gocha/Todua, Nona*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2014, S. 422; *Mjavanadze, Zaur*, Strafrecht, Besonderer Teil, Kommentare, 2000, S. 177.

werden abweichende Auffassungen vertreten. Ein Teil der Ansichten stimmt überein mit der Auffassung von *Otar Gamkrelidze* zur genannten Problematik, aber die Mehrheit der Autoren vertritt eine andere Meinung.⁶ Ich werde an dieser Stelle die genannten Ansichten nicht in ihren Einzelheiten besprechen, denn der Schwerpunkt der in diesem Aufsatz dargestellten Forschung ist nicht nur die Beurteilung der Problematik der Qualifikation eines Raubes mit einer untauglichen Waffe, sondern es geht um ein weiteres, komplexes und mehrseitiges Problem und dessen Darstellung mit mehr oder weniger bearbeiteten Lösungsansätzen für den qualifizierten Leser. Gemeint sind die aus der Abwehr eines mit einer unechten (untauglichen) Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug durchgeführten Gewaltaktes folgenden strafrechtlichen Qualifikationsprobleme. Nach der Erforschung der Ansichten der bekannten Autoren der deutschen juristischen Literatur zu dieser Problematik wurde ich noch mehr überzeugt von der Notwendigkeit ihrer detaillierten Erforschung, der sich in der georgischen Rechtsliteratur bisher kaum jemand gewidmet hat, mit Ausnahme eines von *Otar Gamkrelidze* veröffentlichten kurzen Aufsatzes, dessen Beurteilung ich in einem anderen Aufsatz vornehmen werde, der als eine Fortsetzung dieses Aufsatzes in der nächsten Ausgabe der DGStZ veröffentlicht wird.

Es ist zu beachten, dass im besonderen Teil des gStGB mehr als 60 verschiedene Straftatbestände geregelt sind, deren Verwirklichung durch eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug möglich ist. Darunter fällt auch der oben dargestellte Raub, dessen Tatbestand gemäß Art. 179 I des gStGB die Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs als mögliche Tatmit-

tel vorsieht. Diese Norm besagt Folgendes: „Raub ist ein Angriff mit Absicht der rechtswidrigen Zueignung einer fremden beweglichen Sache, begangen durch Gewalt gegen Leib oder Leben oder mit Drohung einer solchen Gewalt“. Es ist zu beachten, dass ein Unterschied zwischen der genannten georgischen Strafnorm und der deutschen Norm besteht. § 249 I des deutschen StGB weist zwar beim Raubtatbestand auf Gewalt gegen Leib und Leben sowie eine diesbezügliche Drohung hin, aber das bedeutet nicht, dass ein Mittel der Begehung des Delikts eine Waffe oder ein gefährliches Mittel sein soll. Denn gemäß § 250 I lit. a des deutschen StGB gilt die Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs bei Begehung des Raubes als qualifizierendes Tatbestandsmerkmal.

Ich habe den Tatbestand des Raubes als Beispiel deshalb aufgeführt, weil er eine typische Straftat darstellt, bei der man durch Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs physischen oder psychischen Zwang ausüben kann. Im deutschen gStGB sind außer dem Raub ungefähr 15 solcher Delikte geregelt, bei deren Begehung die Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs möglich ist, aber keines dieser Delikte erfordert seinem Wortlaut nach unbedingt, dass der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug anwendet. Was das gStGB angeht, so gibt es im besonderen Teil zwei Delikte, deren Tatbestandsverwirklichung die Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs erfordert. Von den restlichen über 60 Delikten des gStGB, deren Begehung mit einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug möglich ist, ist bei einigen Straftaten die Anwendung der Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs nur ein Qualifikationstatbestand, wie es auch im besonderen Teil des deutschen StGB der Fall ist.

Ich habe diesen Umstand deshalb hervorgehoben, weil er eine gewisse Rolle bei der Analyse und Lösung der Schwerpunktprobleme dieses Aufsatzes spielt. Diese Schwerpunktthemen sind folgende:

1) Wird die Verwirklichung der Tatbestände durch den Täter mit einer untauglichen (unechten) Waffe, deren Begehung von dem Wortlaut her durch Anwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs möglich ist, immer zur Qualifikation der Tat führen (bzw. sollte sie immer dazu führen), oder sollte im Gegenteil der genannte Umstand nie eine Änderung der Qualifikation der Tat bewirken?

⁶ Gemeint sind hier die in den Werken von Prof. Otar Gamkrelidze und Prof. Ramaz Kvaratskhelia aufgeführten russischen Rechtsquellen. Daher sind die hier angeführten russischen Rechtsquellen nach *Gamkrelidze, Otar*, Angriff mit einer untauglichen Waffe zur Zueignung fremden Vermögens, in: *Kampf für einen Rechtsstaat*, 1998, S. 210 und *Kvaratskhelia, Ramaz*, Klassifikation einiger Straftaten gegen das Vermögen, 2015, S. 131, 136-142 zitiert, siehe: *Kurs des sowjetischen Strafrechts in sechs Bänden*, Band V, 1971, S. 335; *Kurs des sowjetischen Strafrechts in sechs Bänden*, Band III, 1973, S. 797; *Die wissenschaftlichen Kommentare des Strafgesetzbuches der RSFSR*, 1964, S. 217; *Gaukhman, L.*, Kampf gegen den gewaltsamen Eingriff, 1969, S. 37, 45; *Krieger, G.*, Sowjetische Justiz, #13 1962, 152; *Wladimirov, V.*, Qualifikation der Wegnahme des privaten Vermögens, 1974, S. 81, 197; *Kostrov, G.*, Sowjetische Justiz, #11 1979, 10.

2) Welche rechtlichen Konsequenzen und Beurteilungen folgen aus der bei Verwirklichung der obengenannten Tatbestände mit einer unechten (untauglichen) Waffe von dem Opfer vollzogenen Abwehr der rechtswidrigen Gewalt, die eine schwere Gesundheitsverletzung oder sogar den Tod des Angreifers zur Folge hat.

Der erste genannte Aspekt der Problematik ist trotz seiner Relevanz für die Praxis der Rechtsprechung in der juristischen Literatur kaum diskutiert worden. Wie schon oben erwähnt wurde das Problem nur bezüglich des Raubs mit einer untauglichen Waffe dargestellt und diskutiert. Meiner Ansicht nach sollte auch anderen Fällen der rechtswidrigen Gewalttaten, die mit einer untauglichen (unechten) Waffe oder mit gefährlichen Werkzeug begangen werden können, hinsichtlich ihrer Qualifikation mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden und es reicht nicht aus, sie nur anhand eines klassischen Delikts im Rahmen eines Raubbeispiels zu beurteilen. In dem besonderen Teil des georgischen Strafrechts gibt es auch andere Delikte, die ebenfalls sehr interessant und wichtig sind und die man mit einer unechten (untauglichen) Waffe begehen kann. In diesen Fällen kann freilich der Begriff „Waffe“ nur formal angewandt werden.

III. Kurzer Überblick über einige Gewalttaten, deren Begehung mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs möglich ist

Zum besseren Verständnis der Materie ist es zweckmäßig, einige Tatbestände, deren Begehung mit einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug möglich ist, zu klassifizieren.⁷ Zunächst sollten diejenigen Tatbestände hervorgehoben werden, in denen allgemein Erpressung bzw. Nötigung geregelt ist, ohne dass diese inhaltlich konkretisiert wird, weswegen als eine mögliche Variante deren Verwirklichung die Anwendung oder Androhung von Gewalt mittels einer Waffe oder

eines gefährlichen Werkzeug denkbar ist. Beispiele für solche Tatbestände sind: der Tatbestand von Art. 330⁴ des gStGB, in dem der Fall der Erpressung zum Zweck der Begehung eines Terroraktes geregelt ist, sowie der Tatbestand von Art. 134 I des gStGB, der die Nötigung eines Menschen zu einer Transplantation oder einem Experiment mit der Absicht, dessen Organe, Teile der Organe oder andere Stoffe zu erlangen, regelt.

In eine nächste Gruppe sollten solche Tatbestände eingegliedert werden, in denen Gewalt oder Gewaltandrohung als mögliche Tatausführungsmittel ausdrücklich genannt sind, in einigen Tatbeständen werden sie auch inhaltlich konkretisiert. Ein Beispiel für die erste Variante ist der Tatbestand von Art. 137 I des gStGB, der Tathandlungen wie die Vergewaltigung umfasst, bei denen eine andere Person mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu sexuellen Handlungen genötigt wird. Es ist ersichtlich, dass hier die Rede von Gewalt und Drohung mit Gewalt allgemein ist, was auch gefährliche oder ungefährliche Gewalt und Gewaltandrohung gegen Leib und Leben beinhaltet, die auch mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangen werden kann. Ein ähnliches Beispiel ist auch der Tatbestand von Art. 166 des gStGB, in dem die gesetzeswidrige Verhinderung der Tätigkeit von politischen, gesellschaftlichen oder religiösen Vereinigungen durch Anwendung oder Androhung von Gewalt geregelt ist.

Im besonderen Teil des gStGB findet man auch Straftatbestände, in denen nicht nur Gewalt oder Drohung mit Gewalt erwähnt wird, sondern auch deren Regelungsinhalt umschrieben ist. Wie wir gesehen haben, ist das beispielsweise der in Art. 179 I des gStGB geregelte Raubtatbestand, in dem als Mittel der Tatausführung von Gewalt oder Drohung mit Gewalt gegen Leib und Leben die Rede ist. Diese Art von Gewalt ist in manchen Fällen, wie beim Raub, ein Merkmal des Grundtatbestandes. In anderen Vorschriften stellt sie hingegen ein Qualifikationstatbestandsmerkmal dar, dem eine strafscharfende Wirkung zukommt. Als Beispiel ist hier der Tatbestand von Art. 237 IV b des gStGB anzuführen, der die rechtswidrige Erlangung einer Schusswaffe mit Zueignungsabsicht, begangen durch Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, regelt.

Außer den oben genannten Tatbeständen kann man noch eine andere Gruppe von Tatbeständen hervorheben, in denen weder Gewalt oder Gewaltandrohung noch

⁷ Vom Autor sind hier weder Fahrlässigkeitsdelikte noch das Unrecht der vorsätzlichen Tötung und Gesundheitsschädigung gemeint, denn sie sind irrelevant im Hinblick auf den Gegenstand der vorliegenden Forschung. Es wäre lebensfremd, zu vermuten, dass ein Mensch, der mit Absicht der Tötung oder Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen handelt, bewusst ein unechtes oder untaugliches Mittel zu seiner Zielerreichung anwenden würde.

Erpressung oder Nötigung direkt genannt ist, aber auf andere Tathandlungen hingewiesen wird, die logischerweise auch die Möglichkeit der Gewaltanwendung oder Gewaltandrohung meinen, die man auch durch Waffen oder gefährliche Werkzeuge vollziehen kann. Als Beispiele für diese Gruppe dienen Art. 329 I des gStGB – Geiselnahme zu terroristischen Zwecken – und Art. 363 II des gStGB – Unterschlagung eines Ausweises oder anderer wichtiger Dokumente eines Bürgers. Zwar können die genannten Tathandlungen – Geiselnahme und Unterschlagung von wichtigen Dokumenten – auch ohne physische oder psychische Gewalt oder Androhung mit Gewalt gegen Leib und Leben begangen werden, aber es kann nicht ausgeschlossen werden, dass man diese strafbaren Handlungen gerade durch Anwendung von Gewalt oder Drohung mit Gewalt, sogar mithilfe von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen verwirklicht.

In diese Tatbestandsgruppe können auch solche Delikte des besonderen Teils des gStGB eingegliedert werden, die als mögliche Tatausführungshandlung nur die Zerstörung des Lebens oder der Gesundheit oder eine Sachbeschädigung (oder Vermögensbeschädigung) sowie diesbezügliche Drohungen nennen, ohne auf Gewalt allgemein hinzuweisen. Gleichzeitig gibt es aber auch Tatbestände, in denen nur allgemein ohne inhaltliche Konkretisierung der Wortlaut auf Drohung mit Gewalt hinweist, wobei dies als Drohung mit Gewalt gegen Leib und Leben sowie gegen Sachen verstanden werden kann. Beispiel für Ersteres ist der Drohungstatbestand in Art. 151 des gStGB – Drohung mit Tötung, Gesundheitsverletzung oder Sachbeschädigung. Ein Beispiel für Letzteres ist Art. 154 II des gStGB – Drohung mit Gewalt zur Verhinderung und Einmischung in die professionelle Tätigkeit der Journalisten.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass es im Unterschied zu diesen Tatbeständen andere Delikte im besonderen Teil des gStGB gibt, in denen nur Gewalt und nicht Drohung mit Gewalt tatbestandsmäßig ist, so zum Beispiel ein alternativer Tatbestand in Art. 227² I des gStGB, in dem es um sicherheitsgefährdende Gewalt gegen eine Person geht, die sich in einem stationären Gebäude auf dem Meeresgrund befindet sowie der Tatbestand von Art. 333 III b des gStGB – Amtsmissbrauch, begangen durch Anwendung von Gewalt. Dieser Tatbestand umfasst inhaltlich auch solche Gewalttaten, die absichtlich Gefahr schaffen für solch wichtige Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit und Freiheit.

Bei der Beurteilung der Klassifikation der Tatbestände, die verbunden sind mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt zum Zwecke der Verletzung der Rechtsgüter Leben, Gesundheit oder Freiheit und die mit einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug durchgeführt werden können, sollte auf jeden Fall eine andere Gruppe getrennt beobachtet werden, in denen die Begehung der Straftat mit einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug direkt als notwendige Tatbestandsvoraussetzung geregelt ist. Nur in zwei von diesen Fällen ist der Hinweis auf die Anwendung einer Waffe ein Merkmal des Grundtatbestandes. Außerdem sind diese Tatbestände alternativer Art, wobei eine Variante gerade die Begehung mittels einer Waffe (ohne deren Art zu konkretisieren) als Tatbestandsmerkmal vorsieht. In erster Linie geht es um Art. 225 I des gStGB: „Organisation und Leitung einer kriminellen Gruppentätigkeit, die begleitet wird von [...] Verwendung einer Waffe oder Widerstand gegen oder Überfall auf Regierungsvertreter unter Verwendung von Waffen“. Diesem Artikel folgt ein Hinweis, in dem der im Artikel genannte Begriff „Waffe“ sehr weit erläutert wird. Außer Waffen im technischen Sinne sind hier viele andere gefährliche Gegenstände gemeint, die angewandt werden können, um ein Lebewesen oder eine Sache zu (be-)schädigen oder zu töten bzw. zu zerstören.

Das andere Exemplar der genannten Art ist der alternative Tatbestand von Art. 323 I des gStGB, der als eine Erscheinungsform eines Terroraktes eine solche Handlung ansieht, bei der eine Waffe angewandt und die Gefahr geschaffen wird, dass zu terroristischen Zwecken das Leben zerstört oder ein anderes wichtiges Rechtsgut schwer verletzt wird. Hier ist der Begriff der „Waffe“ inhaltlich nicht konkretisiert und es gibt diesbezüglich auch keine hinzugefügten Hinweise, aber der Gedanke, dass es hier in erster Linie um Schusswaffen und andere gefährliche Gegenstände geht, ist meiner Ansicht nach nicht zu bezweifeln.

In den anderen Artikeln des besonderen Teils des gStGB, in denen Waffen als mögliche Tatmittel aufgeführt sind, stellt dies kein Grundtatbestandsmerkmal dar, sondern es ist ein notwendiges Qualifikationsmerkmal, das die Straftat verschärft. Als Beispiele für derartige Tatbestände dienen hier: Art. 162 II a des gStGB, der die Tathandlung inhaltlich so umschreibt: „Verhinderung der freien Handlung nach eigener Willensbildung bei den Wahlen und Volksentscheiden durch Anwendung von Waffen“, der in Art. 239 III des gStGB geregelte

Tatbestand „Rowdytum“, begangen durch Schusswaffen oder andere als Waffen benutzte Gegenstände (der Begriff „andere Gegenstände“ umfasst in erster Linie gefährliche Werkzeuge) und der in Art. 333 III b des gStGB geregelte Tatbestand „Amtsmissbrauch durch Anwendung von Waffen“. Gemeint sind hier diejenigen Waffen und gefährlichen Werkzeuge, die im „Waffengesetz von Georgien“ als solche anerkannt sind.

bei der strafrechtlichen Qualifikation der durch unechte (untaugliche) Waffen begangenen Gewalttaten und der Erörterung der aus der Abwehr dieser Taten folgenden konkreten Problemkreise und Lösungsansätze von großer Nützlichkeit erweisen. Dies ist jedoch Gegenstand einer weiteren Untersuchung, die wie von Anfang an angedeutet Inhalt eines fortsetzenden Aufsatzes in der nächsten Ausgabe der DGStZ sein wird.

IV. Fazit

Am Schluss des dargestellten Überblicks sollte nochmals verdeutlicht werden, dass hier nur diejenige Gewalt oder Drohung mit Gewalt diskutiert werden sollte, deren unmittelbarer Zweck nicht die Zerstörung des menschlichen Lebens oder eine Gesundheitsschädigung ist, da bei der Verwirklichung der oben erläuterten Delikte der Täter die Gewalt oder die Drohung mit Gewalt, ob mit echter oder unechter Waffe oder mit gefährlichem Werkzeug, nur als Weg und Mittel zur Erreichung eines anderen Ziels ansieht. Die Verletzung des Lebens oder der Gesundheit des Opfers oder einer anderen Person erwartet der Täter nur in den besonderen Fällen, in denen sich der Geschehensablauf überraschenderweise in eine gefährliche Richtung entwickelt. Aus dem Wesen der Problematik sollte an dieser Stelle auch darauf hingewiesen werden, dass es bei der Diskussion über die Tauglichkeit der vom Täter zur Verwirklichung eines rechtswidrigen Ziels benutzten unechten (untauglichen) Waffe in den überwiegenden Fällen um die Drohung mit rechtswidriger Gewalt geht und nicht um echte Gewalt, da dies mit einer solchen Waffe faktisch überhaupt nicht möglich ist. Wenn man das Problem von diesem Ansatzpunkt ausgehend analysiert, kann man nach vorgestellter theoretischer Klassifikation die in verschiedene Tatbestandsgruppen unterteilten Arten von Gewalt und Gewaltandrohung im Zusammenhang mit der bewussten Anwendung einer unechten (untauglichen) Waffe durch den Täter sowie mit den aus der Abwehr dieser Gewaltakte resultierenden rechtlichen Folgen beurteilen.

An dieser Stelle beschränke ich mich auf die den Lesern vorgestellte kurze und vorläufige Analyse der im besonderen Teil des gStGB bestehenden Situation bezüglich der zu erläuternden Delikte, die man durch Waffen oder gefährliche Werkzeuge begehen kann. Die vorgenommene Klassifizierung der Delikte wird sich

Anordnung der Untersuchungshaft bei Jugendlichen nach dem georgischen Strafrecht*

Von Associate Prof. Dr. *Moris Shalikashvili*, Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi

I. Einführung

Am 12. Juni 2015 wurde vom georgischen Parlament der Kodex über die Jugendgerichtsbarkeit¹ verabschiedet. Seine Bedeutung liegt vor allem darin, dass er die Normen über die Jugendgerichtsbarkeit in einem normativen Akt versammelt hat. Der Interessenvorrang der Jugendlichen sowie die Erforderlichkeit der opferorientierten Gerichtsbarkeit wurden somit hervorgehoben; Diversion kann bei den Jugendlichen beantragt werden, die das 21. Lebensjahr noch nicht erreicht haben. Weiterhin wurde die Untersuchungshaft bei den Jugendlichen als „ultima ratio“ anerkannt.

Art. 64 des KJG befasst sich nämlich mit der Anwendung der Untersuchungshaft bei jugendlichen Beschuldigten. Demnach darf Untersuchungshaft gegen Jugendliche als letzte Maßnahme nur dann verhängt werden, wenn die folgenden Umstände in ihrer Gesamtheit vorliegen: a) Für die angeblich begangene Straftat ist eine Freiheitsstrafe vorgesehen; b) Haft ist das einzige Mittel, durch das verhindert werden kann, dass der jugendliche Beschuldigte untertaucht und sich dem Strafverfahren entzieht, dass Beweise vernichtet werden oder dass weitere Straftaten begangen werden; c) Der Zweck der Untersuchungshaft eines Jugendlichen genießt Vorrang vor seinem Freiheitsgrundrecht.

Im Hinblick auf das Wohl des Jugendlichen sollen hier einzelne Fragen bezüglich der Anwendung der Untersuchungshaft analysiert werden.

II. Untersuchungshaft als letztes Mittel

Ähnlich wie Art. 64 Abs. 1 des KJG weist auch Art. 37 Abs. b) der Konvention über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen darauf hin, dass

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

¹ Im Folgenden als KJG abgekürzt.

Freiheitsentziehung bei einem Kind nur als „letztes Mittel“ angewendet werden darf. Alternative Maßnahmen sind zuvor ausgeschöpft worden, sodass die Untersuchungshaft wegen der Persönlichkeit und der kriminellen Energie des Jugendlichen als unabdingbar erscheint.

Nach internationalen Standards ist die Untersuchungshaft (Freiheitsentzug) bei Jugendlichen grundsätzlich nicht verboten, sollte aber nur als letztes Mittel verhängt werden.²

1. Voraussetzungen der Untersuchungshaft

a) Freiheitsstrafe als Sanktion für die vorgeworfene Straftat

Gemäß dieses Kriteriums soll das Strafgesetzbuch eine Freiheitsstrafe für die Straftat vorsehen, deren Begehung dem Jugendlichen vorgeworfen wird. Im Besonderen Teil des georgischen Strafgesetzbuchs sind selten Artikel zu finden, die keine Freiheitsstrafe anordnen. Bei den Straftaten, die keine Freiheitsstrafe kennen, werden Diversion und Mediation angewendet. Es ist unzulässig, die Fluchtgefahr allein an die Schwere einer Straftat zu koppeln,³ wenn es keine konkreten Beweise dafür gibt, dass der Heranwachsende aus Angst vor der ihm drohenden Strafe tatsächlich fliehen könnte (z.B. ins Ausland). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hat ausdrücklich klargestellt, dass es unzulässig ist, Untersuchungshaft nur aufgrund der Schwere der zu erwartenden Freiheitsstrafe zu verhängen.⁴

² *Shalikashvili, Moris/Mikanadze, Givi*, Jugendstrafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl., 2016, S. 83.

³ *Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 564.

⁴ *Khaindrava, Nino/Bokhashvili, Besarion/Khidasheli, Tina*, Eine Analyse des Gerichtshofs für Menschenrechte hinsichtlich der Untersuchungshaft, 2010, S. 46.

b) Fluchtgefahr des jugendlichen Beschuldigten, Verhinderung der Beweisaufnahme

Bei der Prüfung der Fluchtgefahr des jugendlichen Beschuldigten sind dessen häufig geringere Handlungskompetenz sowie dessen ebenfalls häufig geringeren finanziellen Möglichkeiten zur Realisierung der Flucht zu berücksichtigen.⁵ Zudem muss er zur Flucht Vorbereitungsmaßnahmen getroffen haben. Hinsichtlich getroffener Anstalten zur Flucht müssen wiederum tatsächliche Anhaltspunkte im konkreten Fall vorliegen (z.B. Geldleihe, Passbeantragung, Flugticketbeschaffung usw.), welche durch Beweise bereits gesichert sind.⁶

Bei ausländischen Jugendlichen ist die Fluchtgefahr wegen mangelnden festen Wohnsitzes wahrscheinlicher, weil der inländische Aufenthalt jederzeit beendet werden kann.⁷ Bei obdachlosen Jugendlichen ist eine differenzierte Beurteilung nötig. Allein die Obdachlosigkeit ist kein ausreichender Grund für die Untersuchungshaft. Wenn der Jugendliche sich innerhalb eines räumlich umgrenzten Bereichs, etwa immer in derselben Stadt, aufhält und er für einen Sozialarbeiter ansprechbar und erreichbar ist, so genügt allein der fehlende feste Wohnsitz zur Begründung der Fluchtgefahr nicht.⁸

In dieser Hinsicht ist der Beschluss №1g/178-15 des Appellationsgerichts Tbilisi vom 25. Februar 2015 von Bedeutung. In dem Beschluss stellte der Richter explizit fest, dass „die Fluchtgefahr nur dann begründet werden kann, wenn der Beschuldigte bereits versucht hat, sich der Strafverfolgung zu entziehen sowie wenn konkrete Hinweise über den Fluchtplan oder andere Umstände vorhanden sind. Nur die Schwere der zu erwartenden Strafe reicht für die Begründung einer Fluchtgefahr nicht aus.“

Die Verhinderung der Strafverfolgung oder der Beweisaufnahme durch den jugendlichen Beschuldigten

ist in der deutschen Rechtspraxis eine Seltenheit.⁹ Dafür ist in der Praxis die Flucht bzw. die Fluchtgefahr der häufigste Haftgrund (im Jahr 2006 lag dessen Anteil bei 93%, s. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, S. 340).¹⁰ Aufgrund ihrer sozialen Lage und persönlichen Entwicklung sind Jugendliche in der Regel nicht imstande, der Justiz zu schaden.

c) Wiederholungsgefahr bei jugendlichen Beschuldigten

Jugendstraftaten sind ein normales, ubiquitäres und episodisches Phänomen.

„Episodischer Charakter“ bedeutet, dass die meisten Jugendlichen nach der Aufklärung der Tat durch die Polizei aufhören, Straftaten erneut zu begehen.¹¹ Demnach ist die Wahrscheinlichkeit der Wiederholungsgefahr bei den jugendlichen Beschuldigten, die strafrechtlich verfolgt werden, relativ gering. Für die Anordnung der Untersuchungshaft ist jedoch eine tatsächliche Wiederholungsgefahr der kriminellen Tätigkeit erforderlich.¹²

d) Interessenvorrang des Jugendlichen

Gemäß Art. 64 des KJG soll der Zweck der Untersuchungshaft eines jugendlichen Beschuldigten Vorrang gegenüber dessen Freiheitsinteressen haben. Dies könnte unterschiedlich interpretiert werden: 1) Nach dem Gleichheitsprinzip muss festgestellt werden, dass die Haft im konkreten Fall für den Beschuldigten mehr Vorrang vor seiner Freiheit hätte. Das ist jedoch problematisch, weil der Gesetzgeber zwei für den Menschen relevante Werte zu vergleichen versucht. Der Vergleich zwischen Haft und Freiheit ist natürlich nicht möglich, denn die Freiheit ist ein menschlicher Zustand, der stets angestrebt wird.¹³ 2) Die Haft sollte bei dem Beschuldigten nicht mehr Schaden anrichten als im Fall der Freiheit

⁵ Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 564.

⁶ Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 564.

⁷ Meier, Bernd-Dieter/Rössner, Dieter/Trüg, Gerson/Wulf, Rüdiger, Jugendgerichtsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2014, S. 706.

⁸ Meier, Bernd-Dieter/Rössner, Dieter/Trüg, Gerson/Wulf, Rüdiger, Jugendgerichtsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2014, S. 707.

⁹ Meier, Bernd-Dieter/Rössner, Dieter/Trüg, Gerson/Wulf, Rüdiger, Jugendgerichtsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2014, S. 710.

¹⁰ Ostendorf, Heribert, Jugendgerichtsgesetzkommentar, 8. Aufl. 2009, S. 426.

¹¹ Shalikashvili, Moris/Mikanadze, Givi, Jugendstrafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl., 2016, S. 17.

¹² Die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 15.09.2015, №3/2/646, II-62.

¹³ „Eine gewaltfreie Flucht aus der Justizvollzugsanstalt bleibt nach StGB straffrei“ – Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 2011, S. 445, 446.

durch ihn möglicherweise verursacht worden wäre. In diesem Zusammenhang muss man darauf hinweisen, dass der Freiheitsentzug schockierend auf den Jugendlichen wirkt und schweren Schaden an seiner Psyche hinterlassen kann. Jugendliche sind in der Regel wenig in der Lage, die belastende Situation während der Untersuchungshaft, insbesondere die Trennung von der gewohnten Umwelt, zu verarbeiten.¹⁴ Untersuchungshaft kann zu schweren Depressionen führen und dadurch die seelische Entwicklung eines Jugendlichen maßgeblich beeinflussen (z.B. langandauernde seelische, soziale und persönliche Probleme).¹⁵ Aufgrund ihrer Persönlichkeits- und ihrer seelischen Entwicklung sind die Selbstmordrate und das Aggressivitätsrisiko bei jugendlichen Beschuldigten erhöht.¹⁶

Im Ergebnis kann die Untersuchungshaft nicht den Interessen des Jugendlichen dienen, ausgenommen Fälle, die von dem Richter adäquat zu erforschen und bewerten sind.

2. Inhaftierung eines jugendlichen Beschuldigten

Der Jugendliche, gegenüber dem die Untersuchungshaft angeordnet wurde, soll getrennt von anderen jugendlichen Beschuldigten und erwachsenen Gefangenen untergebracht werden. Dies ist zur Gewährleistung der internationalen Standards im Jugendstrafrecht erforderlich. Nach Art. 79 des KJG ist ein jugendlicher Beschuldigter, gegenüber dem Untersuchungshaft verhängt wurde, in der Jugendstrafanstalt unterzubringen.

Die Konvention über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen (Art. 37 Abs. c), sowie die Havanna-Regeln (C-29) lassen es zu, Jugendliche und erwachsene Gefangene zusammen unterzubringen, aber nur dann, wenn es für die Interessen der Kinder und für ihre Entwicklung von Nutzen ist.¹⁷

Das Trennungsprinzip, wonach die jugendlichen Gefangenen von den nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten fernzuhalten sind, dient zur Abwendung von negativen Einflüssen durch die „kriminelle Autorität“¹⁸ und soll „kriminelle Ansteckung“ unterbinden. In der Rechtssache Güveç gegen die Türkei¹⁹ stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass die Unterbringung des männlichen jugendlichen Beschuldigten zusammen mit erwachsenen Gefangenen Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt.

Die Höchstdauer der Untersuchungshaft bei jugendlichen Beschuldigten beträgt nach Art. 64 des KJG sechs Monate. Die Haft soll dabei vor der Vorverhandlung 40 Tage nicht übersteigen. Nach dem Ablauf dieser Frist muss der Jugendliche entlassen werden, wenn fristgemäß keine Vorverhandlung stattfinden kann. Zudem ist der Richter verpflichtet, bei der ersten Vorverhandlung auf eigene Initiative hin die Erforderlichkeit der Fortsetzung der Untersuchungshaft zu prüfen, unabhängig davon, ob die Verhandlungsparteien eine Änderung oder Aufhebung der Untersuchungshaft beantragt haben. Weiterhin ist der Richter verpflichtet, die Erforderlichkeit der Untersuchungshaft in einem 20-tägigen Rhythmus immer wieder erneut zu überprüfen. Bei der Fortsetzung, Änderung oder Aufhebung der Untersuchungshaft ist die Beweislast von der Staatsanwaltschaft zu tragen.

Im Fall Assenov gegen Bulgarien (24760/94; 28.10.1998) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Recht auf Aburteilung innerhalb angemessener Frist bestätigt. Das Gericht hat den Staat mit dieser Entscheidung dazu aufgefordert, mehr Sorgfalt bei der Aburteilung Jugendlicher walten zu lassen.²⁰

Um Mindestgrundsätze zum Schutz inhaftierter Jugendlicher gemäß Art. 18 der Havanna Regeln zu gewährleisten und die Unschuldsvermutung nicht zu verletzen, ist der Staat verpflichtet: regelmäßige Treffen

¹⁴ Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 562.

¹⁵ Schaffstein, Friedrich/ Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung. 15. Aufl. 2014, S. 585, 586; Shalikashvili, Moris/Mikanadze, Givi/Khassia, Maia, Strafvollzugsrecht, 2014, S. 473.

¹⁶ Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 563; Shalikashvili, Moris, Kriminologie der Gewalt, 2012, S. 155.

¹⁷ Bokhashvili, Irine/Benidze, Meliton, Journal of Law №2

2009, 45, 46; Hamilton, Carolyn, Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice, 2011, S. 80, (georgische Fassung).

¹⁸ Streng, Franz, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 86, 248.

¹⁹ Siehe <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/497d817c2.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.07.2016)

²⁰ McBride, Jeremy, Human Rights and Criminal Procedure. The Case Law of the European Court of Human Rights, 2013, S. 282, (georgische Fassung).

des jugendlichen Beschuldigten mit einem Rechtsanwalt sowie die Möglichkeit auf Fortsetzung der Ausbildung oder beruflichen Weiterbildung zu garantieren. Jugendliche sollten außerdem die Gegenstände haben, die sie für ihre Freizeit und Erholung brauchen, sofern dies mit den Justizinteressen kompatibel ist.²¹

Mit dem Beschluss (№1g/178-15) des Appellationsgerichts Tbilisi forderte der Richter staatliche Justizorgane (Gericht und Staatsanwaltschaft) dazu auf, eine positive Rolle bei der Erziehung und Resozialisierung von jugendlichen Beschuldigten zu spielen. Nach Ansicht des Richters soll die Anordnung der Untersuchungshaft mit besonderer Sorgfalt erfolgen. Es müssen diejenigen Maßnahmen angewendet werden, die sowohl der Persönlichkeit als auch der begangenen Straftat angemessen sind, zukünftig die regelkonforme Erziehung des Jugendlichen gewährleisten und ihn vollständig in die Gesellschaft integrieren.

3. Bericht über die individuelle Bewertung eines Jugendlichen

Der KJG kennt keine Pflicht des Richters, bei der Anordnung der Untersuchungshaft den Bericht über die individuelle Bewertung eines Jugendlichen zu lesen und diesem zu folgen (Art. 27). Unabhängig davon, dass Art. 27 Abs. 8 des KJG dennoch für die Berücksichtigung eines solchen Berichts spricht, ist zu beachten, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Art. 5. Abs. 3 EMRK so ausgelegt, dass bei der Haftverhängung die individuellen Umstände berücksichtigt werden müssen.²² Die Vorschrift des Art. 27 ist demnach im Ergebnis wegen ihres zu niedrigen Standards zu kritisieren, denn sie gewährleistet nicht, dass der Haftrichter seine Entscheidung erst trifft, nachdem er den Bericht über die individuelle Bewertung zur Kenntnis genommen hat. Schließlich soll der Richter in allen Fällen, in denen dem Jugendlichen Unterlassungshaft droht, den Bericht über die individuelle Bewertung anfordern.

²¹ *Hamilton, Carolyn*, Guidance for Legislative Reform on Juvenile Justice, 2011, S. 79, (georgische Fassung).

²² *Khaindrava, Natia/Bokhashvili, Besarion/Khidasheli, Tina-tin*, Eine Analyse des Gerichtshofs für Menschenrechte hinsichtlich der Untersuchungshaft, 2010, S. 67.

III. Zusammenfassung

Abschließend kann festgestellt werden, dass die Untersuchungshaft für den Jugendlichen besonders negative Folgen haben kann und ein dadurch erlittener schwerer Schock zu psychischen Folgeschäden führen kann.²³

Die Anordnung der Untersuchungshaft ist in einer demokratischen Gesellschaft nur dann möglich, wenn die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte untertaucht, Beweise vernichtet (z.B. durch Einflussnahme auf Zeugen) und erneut eine Straftat begeht.²⁴ Art. 64 Abs. 1 Satz a) des KJG („Für die angeblich begangene Straftat ist eine Freiheitsstrafe vorgesehen“) muss als zu niedriger Standard im Hinblick auf die Interessen des Jugendlichen bewertet werden. Die Norm dürfte damit kaum in das Bild einer zivilisierten und demokratischen Gesellschaft passen.

Untersuchungshaft darf nur als letztes Mittel angewendet werden, denn ebenso wenig wie sich Missbrauchsfälle durch die Polizei ausschließen lassen,²⁵ lassen sich auch persönliche Probleme von Jugendlichen vermeiden, die mit einer Verhaftung und einer (Vor-) Bestrafung häufig einhergehen.²⁶

²³ *Schleicher, Hans*, Jugend- und Familienrecht. Ein Studienbuch, 14. Aufl. 2014, S. 142.

²⁴ Die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 15.09.2015, №3/2/646, II-53.

²⁵ Die Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens vom 15.09.2015, №3/2/646, II-4.

²⁶ *Shalikhshvili, Moris*, Eine Analyse der alternativen Strafen in Georgien, in: Festschrift für Mzia Lekveishvili zum 85. Geburtstag, 2014, S. 99.

Die „klassische“ Gerichtsentscheidung: Bewusstsein über die Rechtswidrigkeit

Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 18. März 1952 – Aktenzeichen GStSt 2/51, veröffentlicht in: BGHSt 2, 194 = BGH NJW 1952, 593

Von Rechtsreferendar *Philipp Wissmann**, Mag. Jur.

Bei § 240 StGB muss der Täter die Tatumstände des § 240 Abs. 1 StGB, zu denen die Rechtswidrigkeit nicht gehört, kennen und außerdem das Bewusstsein haben oder bei gehöriger Anspannung des Gewissens haben können, mit der Nötigung Unrecht zu tun (amtlicher Leitsatz).

Ein fehlendes Bewusstsein über die Rechtswidrigkeit des Handelns begründet einen Verbotsirrtum, der nicht den Vorsatz ausschließt, sondern allenfalls die Schuld, soweit der Irrtum für den Täter unvermeidbar war. Für die Einordnung als Verbotsirrtum ist unbeachtlich, ob der Täter über strafrechtliche oder außerstrafrechtliche Vorschriften irrt (Leitsatz des Verfassers).

I. Sachverhalt

Mit dem vorliegend besprochenen – bereits etwas in die Jahre gekommenen – Beschluss traf der Bundesgerichtshof (BGH) im Wege der Rechtsfortbildung eine richtungsweisende, ja fast schon revolutionäre Entscheidung betreffend die Lehren von Vorsatz und Schuld und damit auch im Hinblick auf die Irrtumslehre. Die Essenz der Entscheidung ist noch immer zeitgemäß, denn die gefundenen Grundsätze markieren gleichsam den Grundstein für die Irrtumslehre der heutigen Strafrechtsdogmatik – und spiegeln zudem eine noch immer nicht geglättete Woge der strafjuristischen Dogmatik wider. Die **Grundsatzentscheidung** des Großen Senats des BGH (in Strafsachen) erging auf Ersuchen des 2. Strafsenats des BGH hin. Dem Rechtsstreit liegt der folgende Sachverhalt zugrunde.

Angeklagt war ein Rechtsanwalt, der die Strafverteidigung einer Mandantin übernommen hatte, ohne mit dieser eine gesonderte Honorarvereinbarung getroffen

zu haben. In der ersten Verhandlungspause verlangte der Angeklagte von seiner Mandantin als Vorschuss eine Zahlung von 50 Deutschen Mark (DM) mit der Drohung, andernfalls die Verteidigung nicht weiterzuführen. Unter dem Druck der Drohung ließ sich die Mandantin eine entsprechende Summe. Als sie am nächsten Morgen an den Angeklagten in seinem Büro Zahlung leistete, nötigte dieser sie mit der gleichen Drohung erfolgreich, einen Honorarschein über 400 DM zu unterzeichnen (d.h. er verlangte ein über den üblichen Gebührensatz hinausgehendes Honorar, was grundsätzlich zulässig ist, wenn dem eine entsprechende Vereinbarung zugrunde liegt). Der Angeklagte, der sich zu seinen Handlungen durchweg berechtigt sah, war daraufhin durch das Hamburger Landgericht wegen Nötigung in zwei Fällen verurteilt worden. Der 2. Strafsenat des BGH, dem das Urteil zur Überprüfung vorgelegt wurde, rief den Großen Senat an, um die folgenden Rechtsfragen einer Klärung zuzuführen: Gehört zur Schuld im Rahmen der Nötigung, § 240 StGB, nicht nur die Kenntnis der Tatsachen des § 240 Abs. 2 StGB, sondern auch das Bewusstsein, dass die Tat rechtswidrig ist? Für den Fall der Bejahung dieser Frage schloss sich die Folgefrage an, ob ein schuldhaftes Handeln des Nötigenden auch dann anzunehmen sei, wenn sich der Täter bezüglich der Rechtswidrigkeit in einem Irrtum befindet, der auf Fahrlässigkeit beruht.

Das zuständige Landgericht Hamburg, vorliegend zitiert durch den BGH,¹ hatte zur Begründung seiner Entscheidung seinerzeit ausgeführt, wenn der Angeklagte geglaubt habe, zu einem solchen Vorgehen berechtigt gewesen zu sein, so liege hierin ein **unbeachtlicher Strafrechtsirrtum**, der sich auf die rechtliche Bewertung seiner ihm in tatsächlicher Beziehung in vollem Umfang bekannten Handlungsweise beziehe.

* Der Verfasser ist Akademischer Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht von Professor Dr. Bernd Heinrich an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ BGHSt (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 2, 194 (195).

II. Problematik und Meinungsstand

Rückblickend fällt es schwer, in die Vorlagefragen des 2. Strafsenats etwas Geringeres als die Intention einer strafrechtsdogmatischen Revolution hineinzudeuten.² Schon *Welzel* merkte unmittelbar nach Veröffentlichung der Entscheidung an: „Er [der Beschluss] ist eine der grundlegendsten Entscheidungen, zu denen ein Gerichtshof aufgerufen werden konnte. Ihm gegenüber verblissen auch die großen Entscheidungen des Reichsgerichts [...]“.³ *Welzel* sollte Recht behalten, wie sich im Folgenden zeigen wird – denn in der Tat wirkte sich die Entscheidung später sprichwörtlich grundlegend für das gesamte Strafrechtssystem aus. Was im betreffenden Ersuchen zunächst im Gewand einer Nötigungsspezifischen Problematik erscheint, ist nichts weniger als ein Antrag über die höchstrichterliche Klarstellung hinsichtlich aller subjektiven Elemente der Straftat. Als Rahmen der brisanten Vorlagethematik dient die übergeordnete Prüfung, ob sich der angeklagte Rechtsanwalt wegen Nötigung strafbar gemacht hat, § 240 StGB. Dieser hatte seiner Mandantin jedenfalls ein Übel in Aussicht gestellt (die Niederlegung des Mandats), dessen Eintritt er selbst bestimmend in seinen Händen hielt, woraufhin das Nötigungsoffer auch in kausal zurechenbarer Weise dessen Zahlungsbegehren nachkam – insoweit ist der Tatbestand der Nötigung, § 240 Abs. 1 StGB, unzweifelhaft erfüllt.⁴ Das im Tatbestand des § 240 StGB aufgenommene Wort „rechtswidrig“ stellt nach allgemeiner Ansicht kein Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich einen (deklaratorischen) Hinweis auf eine gesonderte Prüfung der Rechtswidrigkeit auf Rechtswidrigkeitsebene dar.⁵ Weiterhin

ist die Androhung des Übels zum angestrebten Zweck im konkreten Fall auch als verwerflich anzusehen.⁶ Der angestrebte (Zahlungs-)Zweck steht augenscheinlich außer Verhältnis zu dem Mittel der Drohung im konkreten Fall, denn das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Prozessvertreter – und damit der Kern dieser Beziehung – wird durch ein solches Verhalten auf null reduziert. Auch dieses – für die Rechtswidrigkeit konstitutive – Merkmal des § 240 Abs. 2 StGB ist somit erfüllt.

Die besonderen Probleme des Falles wurzeln im „Täterinneren“, sie erschließen sich bei Feststellung der „subjektiven Seite“ der Tat. Diese besteht aus Vorsatz- und Schuldelementen. Die zugegebenermaßen unpräzise Wortwahl erfolgt an dieser Stelle ganz bewusst – denn die Substanz der besprochenen Entscheidung hat nur wenig mit der Rechtsanwendung im konkreten Fall zu tun. Es geht vielmehr um die ganz übergeordnete Frage, wie „der Rechtsirrtum“, als strafrechtliches Phänomen betrachtet, prinzipiell aufzulösen ist. Deswegen empfiehlt es sich auch hinsichtlich der Terminologie, sich an dieser Stelle nicht festzulegen und schlicht von Problemen innerhalb der „subjektiven Seite“ zu sprechen. „Der Rechtsirrtum“ tritt im vorliegenden Urteil als **Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Nötigung** in Erscheinung. Dabei handelt es sich nicht um eine fehlende oder falsche Vorstellung von tatsächlichen Umständen, sondern um einen „echten“ Irrtum über „das Recht“. Der Handelnde hat eine falsche Vorstellung davon, was verwerflich ist i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB und was nicht, denn er wähnt sich bei Vornahme seiner Handlungen „im Recht“. Eine allseits zufriedenstellende Antwort auf die Vorlagefragen des 2. Senats zu finden, erwies sich unter Beachtung der seinerzeitigen Irrtumsdogmatik und unter Anwendung des damals geltenden Strafrechts als unmöglich, denn insoweit schwelten diverse, über Jahrzehnte konsequent gepflegte Streitigkeiten. Die beiden wohl am meisten polarisierenden Fragen dieser Streitigkeiten beantwortete der BGH mit der hier besproche-

² Vgl. *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage 2006, § 21 Rn. 7 – „historische Wende“.

³ *Welzel, Hans*, Juristen Zeitung (JZ) 1952, 340 (340).

⁴ Vgl. zum Tatbestand des § 240 StGB insoweit etwa *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage 2015, § 9 Rn. 46 ff.; *Kluszczewski, Diethelm*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016, § 5 Rn. 16 ff.; *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Auflage 2016, Rn. 39 ff.; *Wessels, Johannes/Hettinger, Michael*, Strafrecht Besonderer Teil I, 39. Auflage 2015, Rn. 401 ff.

⁵ Vgl. etwa *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Auflage 2014, § 240 Rn. 25; die Norm des § 240 Abs. 1 StGB lautet: „Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

⁶ Vgl. zu diesem stark von der Betrachtung im Einzelfall abhängigen Merkmal mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung etwa *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 240 Rn. 17 ff.; *Satzger/Schluckebier/Widmaier-Schluckebier*, StGB, 2. Auflage 2014, § 240 Rn. 17 ff.; *Schönke/Schröder-Eser/Eisele*, 29. Auflage 2014, § 240 Rn. 15 ff.; § 240 Abs. 2 StGB lautet: „Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.“

nen Entscheidung zugunsten derjenigen dogmatischen Konstruktion, die sich noch heute im deutschen StGB widerspiegelt.

Nach diesem – modernen – Verständnis handelt es sich bei der vorstehend skizzierten Thematik um die Einordnung einer Fehlvorstellung als Tatumstands- (§ 16 StGB) oder Verbotsirrtum (§ 17 StGB). Der Irrtum über Tatumstände schließt den Vorsatz aus, sodass bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens entfällt. Der Verbotsirrtum, also das Fehlen des Unrechtsbewusstseins, hingegen führt nur bei Unvermeidbarkeit zur Strafflosigkeit, § 17 S. 1 StGB. Hätte der Täter dagegen Unrechts-einsicht haben können, so verbleibt jedenfalls noch die Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung, § 17 S. 2 StGB. Nach dem im Jahre 1952 in Deutschland herrschenden, durch die kausale Handlungslehre bedingten Straftataufbau indes wurden – worauf bereits die Lektüre der Vorlagefragen sowie der entsprechenden Beantwortung durch den Großen Senat schließen lässt⁷ – **alle subjektiven Elemente der Straftat** (also sowohl der Vorsatz als auch das Unrechtsbewusstsein) auf Ebene der **Schuld** angesiedelt und dementsprechend auch allesamt als Schuldbestandteile benannt und behandelt.

Dabei standen sich zwei dogmatische „Lager“ unversöhnlich gegenüber. Das erste Lager bildeten die Vertreter der **Vorsatztheorien**, welchen zufolge das Unrechtsbewusstsein als Bestandteil des Vorsatzes angesehen wurde.⁸ Mit Worten des BGH gesprochen, befreit diese Auffassung „die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als einen der Kenntnis der Tatumstände gleichstehenden Bestandteil des Vorsatzes.“⁹ Vorsätzliches Handeln erfordert hiernach das Bewusstsein des Täters über die Rechtswidrigkeit der Handlung, ein Irrtum über das Verbotensein der Tat wirkt sich somit vorsatzausschließend aus – die Vorschrift des § 59 StGB a.F. wäre dann auch für Verbotsirrtümer unmittelbar zur Anwen-

dung zu bringen gewesen.¹⁰ Dem standen die sogenannten **Schuldtheorien** gegenüber, deren wesentliche Botschaft lautet, dass das Unrechtsbewusstsein entgegen der vorgenannten Auffassung gerade kein Element des Vorsatzes sei, sondern ein selbstständiges Schuldelement darstelle.¹¹ Der Rechtsirrtum wirkt sich hiernach nicht vorsatzausschließend aus, sondern zeitigt erst innerhalb eines selbstständigen und somit vom Vorsatz gänzlich gelösten Schuldelements Wirkungen – nämlich dem **Unrechtsbewusstsein**. Dort sei sodann zwischen einem vermeidbaren und einem unvermeidbaren Verbotsirrtum zu unterscheiden. Während nur letztgenannter zur Strafflosigkeit führe, komme im Falle eines vermeidbaren Irrtums zumindest eine Strafmilderung in Betracht. Als herrschend galt seinerzeit das Verständnis der Vorsatztheorien, welches sogar heute zumindest im Bereich des Nebenstrafrechts und bei Blankettvorschriften noch immer nicht vollständig aufgegeben wurde, sondern dort sogar eine Art Renaissance zu erleben scheint.¹²

Das Reichsgericht¹³ unterschied bei der Prüfung der Schuld – wie bereits erwähnt, wurden dort sowohl der Vorsatz als auch das Unrechtsbewusstsein verortet – konsequent zwischen einem **Tatirrtum** und einem **Rechtsirrtum**. Allerdings erfuhr nur der erstgenannte im damaligen § 59 StGB a.F. auch eine gesetzliche Regelung. Die Vorschrift ähnelte im Wortlaut dem heutigen § 16 StGB¹⁴ und beschäftigte sowohl das Reichs-

⁷ Vgl. BGHSt 2, 194 (194, 211).

⁸ Vgl. zu diesem Verständnis *Binding, Karl*, Die Normen und ihre Übertretung, Band II, 2. Auflage 1916, S. 935 ff.; *Lange, Richard*, JZ 1956, 519 (523); *Langer, Winrich*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 323 ff., 356 f.; *ders.*, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1976, 193 (208); *Lang-Hinrichsen, Dietrich*, Juristische Rundschau (JR) 1952, 184 (190); *Mezger, Edmund*, Ein Lehrbuch, 3. Auflage 1949, S. 303 ff., 307 ff.; *Schmidhäuser, Eberhard*, StGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1975, 10/28, 32 ff.

⁹ BGHSt 2, 194 (204).

¹⁰ Vgl. auch zu den Begrifflichkeiten BGHSt 2, 194 (205 i.V.m. 197).

¹¹ Vgl. zu diesem Verständnis *Welzel, Hans*, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1948, 368 (371); *ders.*, JZ 1952, 596 (598); *ders.*, JZ 1956, 238 (240 f.); *ders.*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage 1969, S. 164 ff., 169; zustimmend *Warda, Heinz-Günter*, S. 1 ff.; *ders.*, JR 1950, 546 (547, 551).

¹² Vgl. nur *Tiedemann, Klaus*, Geerds-Festschrift 1995, 95 (104 ff.); zustimmend *Roxin, Claus*, Tiedemann-Festschrift 2008, S. 375 (378 f., 381); dazu auch *Heinrich, Bernd*, Roxin-Festschrift 2011, Band I, S. 449 (459 ff.); Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)-*Vogel*, 12. Auflage 2006 ff., § 16 Rn. 40.

¹³ Vgl. etwa Reichsgericht in Strafsachen (RGSt) 1, 368 (369); RGSt 2, 268 (269); RGSt 4, 233 (239); RGSt 8, 172 (173); RGSt 10, 234 (235 f.); RGSt 16, 83 (86 f.); RGSt 19, 253 (254); RGSt 40, 326; RGSt 42, 26 (27 f.); RGSt 72, 305 (309).

¹⁴ § 59 StGB a.F. lautet: „[Abs. 1] Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen. [Abs. 2] Bei der Bestrafung

gericht als auch später den BGH in einer quantitativ nahezu unüberschaubaren Fülle an Entscheidungen. § 59 StGB a.F. knüpfte, wie auch sein modernes Pendant in § 16 StGB, an Tatumstände an, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Damit waren Irrtümer über tatsächliche Gegebenheiten gemeint, weswegen jedenfalls solche Fehlvorstellungen beachtlich waren, die sich auf „für das jeweilige Delikt konstitutive“¹⁵ Tatsachen bezogen („**error facti non nocet**“, ein Irrtum über Tatsachen schadet nicht).¹⁶ Demgegenüber enthielt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte zur Lösung von Rechtsirrtümern, worunter das Reichsgericht und ihm folgend auch der BGH zunächst einmal „jeden Irrtum über Rechtssätze“¹⁷ fasste. Im vorliegenden Sachverhalt war kein Tatsachenirrtum feststellbar, sodass eine direkte Anwendung von § 59 StGB a.F. nicht in Betracht gezogen werden konnte. Die Existenz des Rechtsirrtums war gleichwohl ebenso anerkannt wie die Notwendigkeit, diesen vom Irrtum über Tatsachen abzugrenzen.¹⁸ Das Reichsgericht bediente sich zur Lösung des Rechtsirrtums althergebrachter Grundsätze: Der „bloße“ Rechtsirrtum sollte im Gegensatz zum „error facti“ grundsätzlich zu keiner Entlastung des Täters führen („**error iuris nocet**“, ein Rechtsirrtum schadet),¹⁹ was sich auch in der heutigen Irrtumslehre widerspiegelt, nach der ein Verbotsirrtum die Vorsatzstrafbarkeit nur dann ausschließt, wenn

fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.“ Vgl. zur Anwendung durch das Reichsgericht insb. BGHSt 2, 194 (196 ff.); ferner zur historischen Entwicklung *Heinrich, Bernd*, Roxin-Festschrift 2011, Band I, S. 449 (449 ff.); *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 1 ff.

¹⁵ *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 1.

¹⁶ *Heinrich, Bernd*, Roxin-Festschrift 2011, Band I, S. 449 (450); *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 1; das *Nicht-Schaden* ist im lateinisch-historischen Kontext bezogen auf das Leben des Täters, sprich der Irrtum schadet sehr wohl der Strafbarkeit, nicht jedoch dem Täter, der sich auf denselben berufen darf – denn dieser bleibt von einer Strafbarkeit verschont.

¹⁷ Vgl. BGHSt 2, 194 (197).

¹⁸ Vgl. nur RGSt 1, 368 (369); RGSt 2, 268 (269); ferner das historische Resümee in BGHSt 2, 194 (197 f.); weiterhin *Warda, Heinz-Günter*, JR 1950, 546 (547) – mit der Bemerkung, dass „es kaum einen Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen gibt, in dem sich nicht mehrere Urteile mit der Frage des Rechtsirrtums befassen“.

¹⁹ *Heinrich, Bernd*, Roxin-Festschrift 2011, Band I, S. 449 (450); *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 3.

der Irrtum unvermeidbar war, § 17 StGB.²⁰ Diese klare Trennung wurde im Verlauf der reichsgerichtlichen Judikatur allerdings aufgegeben und um eine weitere Weichenstellung ergänzt: So unterschied das Gericht innerhalb des Rechtsirrtums zwischen einem für die Strafbarkeit weiterhin irrelevanten Rechtsirrtum über strafrechtliche Normen („**error iuris criminalis nocet**“, ein Strafrechtsirrtum schadet)²¹ und einem vorsatzausschließenden außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum („**error iuris non criminalis non nocet**“):²² Normbefehle, die nicht dem Strafrecht angehörten, aber von diesem in Bezug genommen wurden, behandelte das Reichsgericht wie Tatsachen, sodass insoweit ein Irrtum nach § 59 StGB a.F. in Betracht kam. Diese Vorgehensweise wurde nach verbreiteter Ansicht als „Zugeständnis an die moderne Normenflut und an die Unmöglichkeit einer Kenntnis aller dieser Normen“²³ gewertet und hatte zur Konsequenz, dass ein nicht vorhandenes Unrechtsbewusstsein immer dann zum Vorsatzausschluss führte, wenn sich die fehlende Unrechtseinsicht des Täters auf Vorschriften des Zivilrechts oder auf verwaltungsrechtliche Regelungen (etwa des Polizeirechts) bezog, deren Appelle durch das Strafrecht in Bezug genommen wurden.²⁴ Speiste sich der Irrtum hingegen aus einer falschen Einschätzung strafrechtlicher Vorschriften, so hatte dies keinerlei Auswirkungen auf die Strafbarkeit. Ausgehend von dieser Rechtsprechung hätte sich der BGH also die Frage stellen müssen: Irrte der angeklagte Anwalt über eine strafrechtliche oder eine außerstrafrechtliche Vorschrift?

²⁰ Vgl. *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 3.

²¹ Vgl. etwa RGSt 23, 374 (374 f.); RGSt 37, 389 (391); RGSt 52, 99 (100); RGSt 60, 423 (425); RGSt 67, 114 (115 f.); zu dieser Einordnung auch *Tiedemann, Klaus*, Geerds-Festschrift 1995, S. 95 (98).

²² Vgl. etwa RGSt 4, 233 (239); RGSt 10, 234 (235 f.); RGSt 42, 26 (27); RGSt 72, 305 (309); ferner aus der Literatur zur reichsgerichtlichen Judikatur insbesondere *Schlüchter, Ellen*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S. 38 ff.; ferner *Heinrich, Bernd*, Roxin-Festschrift 2011, Band I, S. 449 (450); *Kuhlen, Lothar*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 122 ff.; *LK-Vogel* (Fn. 13), 12. Auflage, § 16 Rn. 5 ff.; *Roxin, Claus*, (Fn. 3), § 21 Rn. 5.

²³ *Tiedemann, Klaus*, Geerds-Festschrift 1995, S. 95 (98).

²⁴ Vgl. etwa die besonders anschaulichen Fälle RGSt 4, 233 (239); RGSt 19, 209 (211); RGSt 49, 140 (143).

III. Kernaussagen der Entscheidung

Die vorliegend besprochene Entscheidung markiert, wie angedeutet, den Schlusspunkt der skizzierten Judikatur. Der BGH erteilte zunächst der unterschiedlichen Behandlung von strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsirrtümern eine Absage (sogleich unter 1.) und schloss sich in einem nächsten Schritt dem Lager der sogenannten Schuldtheorien an (2.). Damit stellte der BGH die Weichen für die heutige Gesetzeslage, welcher jenes schuldtheoretische Verständnis seit Kodifizierung der §§ 16, 17 StGB in der heutigen Fassung durch das 2. StrRG²⁵ zugrunde liegt. Im Folgenden werden die wesentlichen Punkte der Entscheidung zusammengefasst.

1. Einheitliche Lösung von Rechtsirrtümern

Zunächst pflichtet der BGH dem Landgericht darin bei, dass es sich bei der Rechtswidrigkeit in § 240 Abs. 2 StGB nicht um ein Tatbestandsmerkmal, sondern um ein „allgemeines Verbrechenmerkmal“ handle, welches „außerhalb des Tatbestandes“ stehe und „nur Maß für die äußere [...] Rechtswidrigkeit der Nötigungshandlung, deren Tatumstände allein im Absatz 1 des § 240 StGB umschrieben sind“, gebe.²⁶ Sodann stellt der BGH fest, dass unter Anwendung der soeben dargestellten reichsgerichtlichen Rechtsprechung ein unbeachtlicher *error iuris criminalis* anzunehmen wäre,²⁷ um sich anschließend eingehend mit dieser Lehre auseinanderzusetzen (und sich schlussendlich von ihr zu verabschieden).

Der Große Senat stellt unter Auswertung historischer Quellen fest, dass „der Satz, daß der Irrtum über das Strafgesetz unbeachtlich sei, mithin das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht als Voraussetzung der Strafbarkeit gefordert werden dürfte“, zunächst „durchaus der Auffassung, die der deutschen Strafgesetzgebung zugrunde lag“, entsprochen habe.²⁸ Sodann wendet er sich den Kritikern der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu, deren anfänglicher Widerspruch sich ent-

wickelt habe zu einer „fast einhelligen Ablehnung“.²⁹ Dieser Kritik schließt sich der BGH an und wendet sich diametral gegen die etablierte höchstrichterliche Rechtsprechung. Die überkommene Lehre bedeute beim unverschuldeten – innerstrafrechtlichen – Verbotsirrtum eine „Verletzung des unantastbaren Grundsatzes allen Strafens, daß Strafe Schuld voraussetzt“.³⁰ Zwar habe „in den politisch und sozial ausgeglichenen Zeiten der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts“ die Meinung, dass „ein unverschuldeter Irrtum über das [strafrechtliche] Verbot nicht wohl denkbar“ gewesen sei, „einige Berechtigung“ gehabt.³¹ Allerdings könne dies in Zeiten, „in denen das Gefüge des staatlichen und sozialen Lebens in seinen Grundfesten erschüttert oder geradezu umgestaltet wird“, nicht mehr zutreffen.³² **Was Recht sei und was Unrecht, sei nicht mehr selbstverständlich** – damit eröffne sich ganz grundsätzlich „die Möglichkeit des Verbotsirrtums, und zwar auch des unverschuldeten“.³³ Der BGH erkennt ausdrücklich an, dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts zwar oftmals befriedigende Ergebnisse nach sich gezogen habe. Dies sei indes „vor allem dem Umstand zu verdanken [gewesen], daß die logische Undurchführbarkeit jener Unterscheidung [zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtümern] gestattete, die Entscheidung nach dem Rechtsgefühl zu treffen und mit der strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Natur der verkannten Rechtsnorm zu begründen, je nachdem, ob nach dem Rechtsgefühl der Irrtum Beachtung verdiente oder nicht“.³⁴ Die Entscheidung des BGH ist dementsprechend auch als bewusste Abkehr von einer stark kasuistisch geprägten Rechtsprechung zu verstehen: „Nicht selten“ habe den Entscheidungen des Reichsgerichts ein „Anschein der Willkür“ angehaftet.³⁵ Dem wirkt der BGH entgegen und nimmt damit die erste von zwei richtungsweisenden Abzweigungen zulasten der überkommenen Dogmatik in der vorliegend besprochenen Grundsatzentscheidung vor.

²⁵ In Kraft getreten am 1.1.1975, BGBl. 1973 I, S. 909; bekanntgemacht am 4.7.1969, BGBl. 1969 I, S. 717.

²⁶ BGHSt 2, 194 (195 f.).

²⁷ BGHSt 2, 194 (196 ff.).

²⁸ BGHSt 2, 194 (199).

²⁹ BGHSt 2, 194 (200); vgl. auch den historischen Überblick bei Roxin, Claus, (Fn. 3), § 21 Rn. 6 ff.

³⁰ BGHSt 2, 194 (202).

³¹ BGHSt 2, 194 (202).

³² BGHSt 2, 194 (202).

³³ BGHSt 2, 194 (202).

³⁴ BGHSt 2, 194 (203).

³⁵ Vgl. BGHSt 2, 194 (203).

2. Entscheidung für die Schuldtheorie³⁶

Sodann wirft der BGH die Frage auf, wie das nun aufgestellte Erfordernis eines einheitlich zu behandelnden Verbotsirrtums in das dogmatische Gefüge des Strafrechts einzugliedern sei. Zu diesem Zweck muss sich der Große Senat der bereits angesprochenen, ebenso brisanten Weichenstellung zwischen Vorsatz- und Schuldtheorien annehmen. Die Entscheidung fällt zugunsten der Schuldtheorien – und damit wiederum zugunsten der „modernerer“ Auffassung – aus. Damit wählt der BGH gleichsam den Weg des größten Widerstandes, wobei er weitgehend praxisorientiert argumentiert: Die Auffassung vermeide Nachteile bei der Behandlung des verschuldeten Verbotsirrtums, die sich unter Anwendung der Vorsatztheorien ergäben. So sei eine Bestrafung in diesen Fällen nur unter Heranziehung der Schuldtheorien stets möglich, wohingegen die Strafbarkeit bei Anwendung der Vorsatztheorien von der Existenz eines Fahrlässigkeitstatbestandes abhängig sei.³⁷ Hieran entzündet sich ein maßgeblicher Kritikpunkt des BGH: „Bei der großen Zahl der nur vorsätzlich begehbaren Verbrechen bedeutet dies eine kriminalpolitisch höchst unerwünschte und sachlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der Strafbarkeit“.³⁸ Die Schuldtheorie indes lasse insoweit keine Strafbarkeitslücken offen: „Der Richter braucht also keinen Strafwürdigen frei ausgehen zu lassen. Der Gesetzgeber wird nicht genötigt, einen Sammeltatbestand der Rechtsfahrlässigkeit zu schaffen“.³⁹ Einen Vorzug der Vorsatztheorie erblickt der BGH in deren Bemühen, die leidige Unterscheidung von Verbots- und Tatumstandsirrtum verzichtbar zu machen, weil „beide Irrtumsarten gleichmäßig nach § 59 StGB [a.F.] behandelt [würden] und demnach bei ‚fahrlässigem‘ Verbotsirrtum nur wegen fahrlässiger Tatbegehung und nur in

demselben Umfange wie bei fahrlässiger Verkennung von Tatumständen“ bestraft würde.⁴⁰ Dieser Vorzug indes vermochte nach Auffassung des BGH die Nachteile der Vorsatztheorie nicht wettzumachen. Neben den genannten Aspekten biete die schuldtheoretische Lösung auch die Möglichkeit, „die Strafe dem jeweiligen Grade der Schuld anzupassen, indem sie es dem Richter gestattet, je nach der Gestaltung des einzelnen Falles den Verbotsirrtum schuld mindernd zu berücksichtigen“.⁴¹ Überdies lasse sich dadurch auch ein Überzeugungstäter oder Gewohnheitsverbrecher, der die Rechtswidrigkeit seiner Tat gerade nicht mehr in den Vorsatz aufnimmt, als Vorsatztäter bestrafen. Dessen Schuld liege darin, „daß er bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt [...]. Der abgestumpfte Gewohnheitsverbrecher hat durch strafbare Lebensführung die Ansprechbarkeit durch sittliche Werte und damit die Fähigkeit eingebüßt, durch Gewissensanspannung zur Unrechtseinsicht zu gelangen“.⁴² Mit der Vorsatztheorie wäre eine solche Bestrafung freilich ausgeschlossen, soweit es dem Angeklagten gelingt, die fehlende Kenntnis über die Rechtswidrigkeit seines Handelns glaubhaft zu machen. Freilich war dies im vorliegenden Fall nicht gegeben. Allerdings hatte der BGH auch nicht abschließend zu dieser Frage Stellung zu nehmen und beschränkte sich insofern auf die Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen.

Schließlich setzt sich der BGH noch verhältnismäßig knapp mit der **Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums** auseinander. Was § 17 StGB heute wie selbstverständlich regelt, gibt der Große Senat den Gerichten gleichsam als Richtwert mit auf den Weg: „Verschuldeter Verbotsirrtum kann den Schuldvorwurf mindern, muß ihn aber nicht unter allen Umständen mindern. Nur soweit er ihn im Einzelfalle wirklich mindert, ist entsprechende Strafmilderung geboten“.⁴³ Die Entscheidung hierüber obliege dem Tatrichter, welcher „auch in besonders leichten Fällen des verschuldeten Verbotsirrtums“ in die Lage versetzt werden müsse, „schuldangemessen zu bestrafen“.⁴⁴ Abschließend stellt sich der BGH die Frage, „ob das Maß der Strafmilderung nach unten nicht be-

³⁶ Der BGH spricht in der hier besprochenen Entscheidung, ebenso wie dies auch im Schrifttum meist geschieht, von „der Schuldtheorie“ und „der Vorsatztheorie“ – korrekt wäre es indes, angesichts der insoweit zahlreich vorhandenen unterschiedlichen Strömungen innerhalb beider Lager, von „den Schuldtheorien“ und „den Vorsatztheorien“ zu sprechen, vgl. nur *Langer, Winrich*, GA 1976, 193 (208 f.); zum Ganzen ferner *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 2014, Rn. 1129 ff.

³⁷ BGHSt 2, 194 (208).

³⁸ BGHSt 2, 194 (207).

³⁹ BGHSt 2, 194 (208).

⁴⁰ BGHSt 2, 194 (205).

⁴¹ BGHSt 2, 194 (208).

⁴² BGHSt 2, 194 (208 f.).

⁴³ BGHSt 2, 194 (209).

⁴⁴ BGHSt 2, 194 (210).

grenzt, also ganz dem Ermessen des Richters anheimgestellt“ werden solle, oder etwa unter Rückgriff auf einen Schlüssel „auf den für die jeweilige Tat vorgesehenen Strafrahmen abgestimmt werden soll“.⁴⁵ Die Entscheidung fällt zugunsten eines weiten Ermessens des Richters aus.

Den Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, welcher heute überwiegend unter dem Stichwort des **Erlaubnistatbestandsirrtums** behandelt wird und ebenfalls eng verknüpft ist mit den erörterten Fragen der Schuld- und Vorsatztheorien,⁴⁶ reißt der BGH ebenfalls nur kurz an, um sogleich festzustellen: „Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß, zu der Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen“.⁴⁷ Gleichwohl läßt es sich der Große Senat nicht nehmen, zumindest die Verwandtschaft des Irrtums über rechtfertigende Umstände zum Tatsachenirrtum nach § 59 StGB a.F. festzustellen: Zwar gewinnt die Ansicht Anhänger, dass es sich insoweit um einen Verbotsirrtum handle. Allerdings lasse sich nicht verkennen, „daß der Täter sich hier anders als bei dem bisher behandelten Verbotsirrtum zunächst einen tatsächlichen Sachverhalt bestimmter Art vorstellt und daß erst auf Grund dieser tatsächlichen Vorstellung sich die Wertungsfragen erheben können“.⁴⁸

IV. Auswirkungen der Entscheidung

Es dürfte kaum übertrieben sein, den revolutionären Charakter der besprochenen Entscheidung abschließend ein weiteres Mal zu betonen. Mit der angeordneten Gleichbehandlung aller Rechtsirrtümer sowie dem Abschied von der Vorsatztheorie zugunsten eines schuldtheoretischen Straftatverständnisses, stellte der Große Senat die Weichen für das Strafgesetzbuch, wie es nach Umsetzung der Großen Strafrechtsreform durch das 2. StrRG mehr als 20 Jahre später in Kraft treten sollte.⁴⁹ Alle Punkte, die dem Beschluss des BGH vom

18.3.1952 innewohnen, sollten später Eingang in das StGB finden – sowohl der „einheitliche“ Verbotsirrtum als fehlende Unrechtseinsicht als auch die Entscheidung für eine Verortung des Unrechtsbewusstseins innerhalb der Schuld (vgl. § 17 StGB – „Fehlt dem Täter [...] die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld [...]). Der Vorsatz ist im Gegensatz zur damaligen Rechtslage nach heutigem Verständnis kein Bestandteil der Schuld mehr, sondern spiegelt – historisch bedingt durch den prägenden Einfluss der finalen Handlungslehre – im dreigliedrigen Delikttaufbau, bestehend aus Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, das objektiv verwirklichte Unrecht der Tat als subjektiver Bestandteil des Tatbestandes wider. Der heutige Tatumstandsirrtum nach § 16 StGB, welcher einst nach § 59 StGB a.F. als „Tatsachenirrtum“ die Schuld beseitigte, wirkt sich heute also vorsatzausschließend aus und beseitigt dementsprechend bereits das tatbestandliche Unrecht. Der vorstehend besprochene Beschluss stellt schließlich nicht „bloß“ einen Beitrag „gewöhnlicher“ richterlicher Rechtsfortbildung auf Ebene der allgemeinen Strafrechtsdogmatik dar. Vielmehr schuf der BGH auf diesem Wege ein in sich schlüssiges System, welches wenig später gleichsam „Gesetz wurde“ und heute mit den §§ 16, 17 StGB zwei „Hebel“ bietet, mithilfe derer durchweg plausible Ergebnisse für Irrtümer über Tatsachen einerseits und Irrtümer über „das Recht“ andererseits erzielt werden können. Umso fraglicher erscheinen die erwähnten Tendenzen zur „Renaissance der Vorsatztheorien“ in Teilbereichen des Strafrechts. Denn mit einer steigenden Zahl von Ausnahmen nimmt die Schlüssigkeit eines Systems zwangsläufig ab. Konkret angesprochen sind damit Bestrebungen, wonach vor allem im Nebenstrafrecht – und dort in besonders ausgeprägtem Maße bei Blankettstrafgesetzen – versucht wird, die Vorsatztheorien gewissermaßen „durch die Hintertür“ in das Strafrechtssystem zu implementieren.

⁴⁵ BGHSt 2, 194 (210).

⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich *Heinrich, Bernd*, (Fn. 37), Rn. 1123 ff.

⁴⁷ BGHSt 2, 194 (211).

⁴⁸ BGHSt 2, 194 (211).

⁴⁹ In Kraft getreten am 1.1.1975, Das Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 1973, S. 909.

Vorstellung des 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtsprojekts: Die Internationalisierung und Europäisierung des georgischen Strafprozesses als Problem und als Aufgabe

Von Professor Dr. *Edward Schramm*, Friedrich-Schiller-Universität Jena / Associate-Professor Dr. *Giorgi Tumanishvili*, Iwane-Dschawachischwili-Universität Tbilisi

Erfolgreicher Antrag auf Förderung des zweiten deutsch-georgischen Strafrechtsprojekts durch die Volkswagen-Stiftung.

1. Das Ziel dieses auf drei Jahre angelegten, von 2016 bis voraussichtlich 2019 dauernden Projekts ist die Förderung des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses in Georgien auf dem Gebiet des internationalen und europäischen Strafverfahrensrechts. Das Projekt bezieht alle drei Ebenen der rechtswissenschaftlichen Ausbildung (Studenten, Promovierende und Postdocs) in Georgien ein und soll zugleich zu einer Vergrößerung und Vertiefung des Strafrechtsdiskurses beitragen. Das übergreifende Thema dieses Forschungsprojekts wurde innerhalb eines Workshops 2015 an der TSU Tiflis entwickelt, an dem von deutscher Seite Prof. Dr. Dr. h. c. Heiner Alwart und Prof. Dr. Edward Schramm mitgewirkt hatten. In diesem Workshop wurde das Konzept des 2. Projekts in langen Gesprächen und Diskussionen mit Assoz. Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili, Prof. Dr. Merab Turava, Assoz. Prof. Dr. Bachana Jishkariani und weiteren georgischen Rechtswissenschaftlern, Richtern und Staatsanwälten entwickelt.

Das Projekt will zudem die Nachhaltigkeit der durch das erste deutsch-georgische Strafrechtsprojekt angelegten Strukturen auf dem Feld von Forschung, Lehre und Prüfung an erstrangigen Universitäten in Tbilisi, namentlich der TSU, gewährleisten. Innerhalb dieses ersten, ebenfalls von der VW-Stiftung geförderten Projekts wurden in den Jahren 2006 bis 2013 unter anderem ein Lehrbuch zum georgischen Strafrecht sowie ein modernes Curriculum der Strafrechtsausbildung an der Juristischen Fakultät der TSU Tbilisi geschaffen.

Das zweite Projekt wird thematisch durch einen neuen, für alle Beteiligten gemeinsamen Forschungsrahmen definiert: Nach der „Theorie des Strafrechts“ im materiell-strafrechtlich ausgerichteten 1. deutsch-georgischen Strafrechtsprojekt folgt nun im 2. Projekt der konsequente Übergang zur „Theorie und Praxis des Strafverfahrensrechts“ in der georgischen Strafrechts-

pflege. Den thematischen Gegenstand bildet das georgische Strafverfahren, das mannigfaltigen, disparaten Einflüssen anglo-amerikanischer, kontinental europäischer, traditionell georgischer und sowjetischer Strafprozesskultur ausgesetzt ist. Im Zentrum steht dabei die Internationalisierung und insbesondere Europäisierung des georgischen Strafprozessrechts in Gegenwart und Zukunft, auch mit Auswertung des kürzlich mit Georgien abgeschlossenen EU-Assoziierungsabkommens.

2. Das Projekt besteht aus einem dreistufig strukturierten Studien- und Graduiertenprogramm, das alle drei Ebenen des rechtswissenschaftlichen Nachwuchses berührt und sich sowohl an Studierende, Doktoranden und assoziierte bzw. assistierende Postdocs richtet.

a) Auf der Ebene der Promotion bzw. des postgradualen Studiums werden innerhalb des gesteckten Forschungsrahmens im Herbst 2016 vier dreijährige Promotionsstipendien an exzellente Bewerberinnen und Bewerber aus der TSU und aus anderen erstrangigen Universitäten in Georgien sowie vier Stipendien für einen halbjährlichen Aufenthalt georgischer Promotionsstudierender an einer deutschen Universität vergeben.

b) Auf der Ebene des Studiums wird im Sommer 2017 eine Summerschool zum europäischen und internationalen Strafverfahrensrecht in Batumi veranstaltet, die sich an Studierende aus Georgien sowie georgische Doktoranden richtet.

c) Auf der Ebene der promovierten Strafrechtswissenschaftler wird ein grundlegendes Handbuch zum internationalisierten (georgischen) Strafprozessrecht auf zeitgemäßem Stand von Wissenschaft, Praxis und rechtspolitischer Entwicklung als gemeinsames Arbeitsergebnis der georgischen Rechtswissenschaftler, Postdoktoranden und Doktoranden sowie der beteiligten deutschen Strafrechtswissenschaftler entstehen. Das Handbuch soll im Frühjahr/Sommer 2019 erscheinen.

3. Die Doktoranden, Promotionsstipendiaten, Postdocs und Projektantragssteller bzw. -partner werden sich bei drei Arbeitstreffen in Tbilisi (September 2016), Jena/

Berlin (Februar 2017) und Tübingen (Frühjahr 2018) sowie der Summerschool (Sommer 2017) zusammenfinden und dort die aufgeworfenen international- und europastrafrechtlichen Fragen diskutieren. Daran werden auch Studierende und Nachwuchswissenschaftler der beteiligten deutschen Universitäten teilnehmen. So soll es zu einem intensiven wissenschaftlichen Austausch innerhalb des Förderrahmens kommen: die inhaltliche Thematik von Doktorandenschule und Handbuch wird allseits vergleichbar und rechtsvergleichend beforscht. Als Projektpartner wirken Prof. Dr. Bernd Heinrich (Universität Tübingen) und Prof. Dr. Martin Heger (Humboldt Universität Berlin) mit. Damit leistet dieses Projekt zugleich einen Beitrag zur Internationalisierung der deutschen und georgischen Hochschullandschaft in Gestalt einer vernetzten Kooperation der beteiligten Universitäten von Tbilisi, Jena, Tübingen und der Humboldt Universität Berlin. Zudem werden Prof. Dr. Dr. h. c. Heiner Alwart und Prof. Dr. Merab Turava das Projekt als sachkundige und erfahrene Berater begleiten.

4. Die Volkswagen-Stiftung (Hannover) fördert das Projekt innerhalb ihrer Förderinitiative „Zwischen Europa und Orient – Mittelasien/Kaukasus im Fokus der Wissenschaft“ mit insgesamt 250.000 EUR. Gemeinsam beantragt wurden die Fördermittel von Prof. Dr. Edward Schramm, der das Projekt in Deutschland leiten und über die Universität Jena die Mittel dieses Projekts verwalten wird, und Assoz. Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili, der das Projekt in Georgien leiten und organisieren wird.

Information über die wissenschaftliche Konferenz zum Thema „Die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“ 4.-5. November 2016, Tbilisi*

Von Associate-Professor Dr. *Bachana Jishkariani*, University of Georgia

Die Europäisierung des nationalen Strafrechts ist bereits seit einiger Zeit ein aktuelles und in den EU-Mitgliedstaaten nicht ganz unumstrittenes Feld. Abgesehen von den Schwierigkeiten und Herausforderungen ist aber festzustellen, dass die Internationalisierung des nationalen Strafrechts im Rahmen der Europäischen Union ein (fast) unaufhaltsamer Prozess ist. Seit der Erklärung seiner Unabhängigkeit versucht Georgien ununterbrochen, sich an die EU anzunähern. Diese Annäherung betrifft das gesamte Rechtssystem, auch das Strafrecht. Georgien hat sowohl ein Assoziierungs- als auch ein Freihandelsabkommen mit der Europäischen Union unterzeichnet, was zur gegenseitigen Öffnung der Märkte und mehr Kapital- und Warenbewegungen führen wird. Da die Wirtschaft eine der Gründungssäulen der Europäischen Union ist, wird hiermit zwangsläufig die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts verbunden sein. Um den Prozess der Europäisierung zu begleiten, wird mit Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) am 4. und 5. November in Tbilissi an der University of Georgia eine Deutsch-Georgische Tagung stattfinden. Dabei sollen die anzunähernden Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts – wie z.B. Betrug, Menschenhandel, Terrorismusfinanzierung, Korruption und Geldwäsche – aus georgischer und deutscher Sicht diskutiert werden. An der Tagung werden als Fachexperten auf deutscher Seite Rechtswissenschaftler aus verschiedenen Universitäten (LMU München, Universität zu Köln, Universität Tübingen usw.) teilnehmen. Auf georgischer Seite werden sich neben Rechtswissenschaftlern auch Richter, Staatsanwälte und Experten des Justizministeriums beteiligen. Ziel ist es, den weiteren Handlungs- und Forschungsbedarf auszuloten und Impulse zur Umsetzung zu geben. Die Tagung findet im Rahmen einer Kooperation zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und interna-

tionales Strafrecht der University of Georgia (Leiter: Assoz. Prof. Dr. *Bachana Jishkariani*, LL.M.) und dem Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln (Direktor: Prof. Dr. *Martin Paul Waßmer*) statt.

* Deutsche Übersetzung des Textes vom Redaktionsmitglied der DGStZ Herrn Associate-Prof. Dr. *Bachana Jishkariani*.