

Goethe-Universität Frankfurt a.M.
PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht



Kolloquium: Das Strafrecht als Mittel zur Kontrolle der Politik im demokratischen Rechtsstaat

Sommersemester 2019



Strafrecht zur Kontrolle der Politik

25. April 2019

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

3. Geschützter Personenkreis

- Ausschließlich: Abgeordnete (Systematik GG, Wortlaut § 36 StGB)
- Nicht: Mitglieder der **Regierung**, die sich in dieser Funktion äußern
- Nicht: Mitglieder des **Bundesrats** (str. in gemeinsamen Ausschüssen, v.a. Art. 53a iVm 115eGG)
- Nicht: Repräsentanten der **Exekutive**, selbst bei delegierter Normsetzung (d.h. Verordnungs- oder Satzungserlass von Ministern, Gemeinderäten usw.), obwohl damit Recht gesetzt wird
- ⇔ Indemnität für **Gemeinderäte** als Mitglieder der „Kommunalparlamente“??

Vgl. **Art. 51 I BayGO:**

„Kein Mitglied des Gemeinderats darf zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Gemeinderats zur Verantwortung gezogen werden.“

„...²Die Haftung gegenüber der Gemeinde ist nicht ausgeschlossen, wenn das Abstimmungsverhalten eine vorsätzliche Pflichtverletzung darstellt. ³Die Verantwortlichkeit nach **bundesrechtlichen Vorschriften** bleibt unberührt.“

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

3. Geschützter Personenkreis

- Art. 51 I 1 BayGO gilt gem. S. 3 (und sowieso nach Art. 31 GG) allenfalls für Landesstrafrecht; auch insoweit ist die Bejahung einer Indemnität aber zweifelhaft, da Gemeinderäte zur Exekutive zählen und diese gem. Art. 20 III (iVm Art. 28 I 1 GG) der Gesetzesbindung unterliegen. Diese würde unterlaufen, wenn Gemeinderäte folgenlos entgegen (landes-) rechtlicher Vorschriften abstimmen könnten.
- Deshalb h.M.: Art. 51 I BayGO regelt den Regress der Gemeinde gegen Mitglieder des Gemeinderats im Fall pflichtwidriger (= schadensersatzträchtiger) Entscheidungen – so erklärt sich auch S. 2 der Norm.

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

4. Das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht

- Was gilt bei unterschiedlichem Anwendungsbereich von § 36 StGB und Landesnormen zur Indemnität? S. z.B. nochmals

Art. 95 HessVerf:

„Kein Mitglied des hessischen oder eines anderen deutschen Landtages darf zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der **in Ausübung seiner Abgeordnetentätigkeit getanen Äußerungen** gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden.“

- ⇒ „in Ausübung“ des Mandats: scheinbar weiter; zudem keine Ausnahme für verleumderische Beleidigungen

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

4. Das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht

→ S. außerdem:

Art. 81 SaarlVerf

(1) Kein Abgeordneter darf zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder **wegen der in Ausübung seines Mandats getanen Äußerungen** strafgerichtlich oder dienstlich verfolgt oder zivilrechtlich in Anspruch genommen oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden (berufliche Immunität). Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.

(2) Als **Äußerungen in Ausübung des Mandats** sind insbesondere die von Abgeordneten in Ausschusssitzungen des Landtages, in Sitzungen der Fraktionen, in **Verhandlungen mit der Landesregierung oder für die Landesregierung**, als Mitglied einer Abordnung des Landtages sowie die in schriftlichen Anträgen an den Landtag abgegebenen Erklärungen anzusehen.

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

4. Das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht

- h.M.: **Art. 31 GG** – „Bundesrecht bricht Landesrecht.“
Folge: abw. Landesvorschriften gelten nur für Landesstrafrecht
- A.A.: § 36 StGB = **verfassungswidrig** oder beschränkt auf **länderübergreifende Fälle**
Folge: es gilt die **Landesnorm** (Teil d. Lehre: soweit sie tätergünstiger ist)
- überzeugende, **vermittelnde Lösung:** Art. 31 GG gilt nur, soweit Bund überhaupt Gesetzgebungszuständigkeit (Art. 74 I Nr. 1 GG) hat. Deshalb: Unterscheidung danach, ob Landesregel zur Indemnität im konkreten Fall **materiell Strafrecht** (dann gilt die Bundesnorm) **oder Landesverfassungsrecht** (dann gilt die Landesnorm) ist.

Landesverfassungsrecht = Willensbildung des Parlaments sowie Regelungen über die Landesverfassungsorgane und ihr Verhältnis zu einander

→ nicht schlechthin alles, was Abgeordneter tut, sondern enger (funktionaler) Bezug zum Mandat erforderlich. Bei Art. 81 II SaarlVerf etwa (+)

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

5. Strafrechtsdogmatische Verortung

▪ Selten vertreten: Rechtfertigungsgrund

- Dagegen: Von Indemnität gedecktes Verhalten kann **höchste Rechtsgüter** beeinträchtigen, die sogar verfassungsrechtlich geschützt sind (Bsp.: Aufforderung zum Mord, zum Angriffskrieg). Solches Verhalten nur wegen der Rolle des Täters für „erlaubt“ zu erklären, wäre kaum erträglich
- Dagegen: Funktion ist der Schutz der Arbeitsfähigkeit des Parlaments

▪ Nur vereinzelt vertreten: Entschuldigungsgrund

- Dafür: Abgeordnete befinden sich bei manchen Entscheidungen / Reden in einer gewissenhaften Konfliktlage befinden.
- Dagegen: Für den traditionell wichtigsten Anwendungsfall der Indemnität, die Beleidigungsdelikte, lässt sich dies nicht sagen.
- Dagegen: soll Parlament als Ganzes schützen, nicht den einzelnen Abgeordneten (s.o.)

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

5. Strafrechtsdogmatische Verortung

▪ Gelegentlich vertreten: Prozesshindernis

Folge: **Art. 103 II GG** würde nicht gelten!

- Würde zwar einheitliche Einordnung der Indemnität im Straf- und Zivilrecht (dort gilt sie ja auch) ermöglichen. Bei einer materiell-strafrechtlichen Einordnung wäre die Kategorie, zB als Entschuldigungsgrund dagegen auf das Zivilrecht schwer übertragbar.
- Die Indemnität wurde vom Gesetzgeber aber im StGB im Abschnitt über die Tat verortet.
- Sie betrifft auch besondere Umstände in der Person des Handelnden und der Tatsituation; eine rein prozessuale Verortung wäre daher untypisch. Andere tatbezogene Aspekte, die (teils) als Prozesshindernis eingestuft werden – z.B. die strafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 19 StGB) und die Anwendbarkeit des StGB (§§ 3 ff. StGB) gilt hingegen zumindest auch als materiell-rechtlich

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

5. Strafrechtsdogmatische Verortung

- h.M.: **persönlicher Strafausschließungsgrund** (nach der Schuld zu prüfen, vergleichbar etwa § 258 V oder VI StGB)
 - ↳ Folge: gilt nicht für Berater, Redenschreiber etc., die dem Abgeordneten zuarbeiten
 - strafbare Beteiligung (§§ 25 ff. StGB) dieser Personen bleibt möglich
- A.A. (Roxin): **sachlicher Strafausschließungsgrund**
 - ↳ Folge: Abgeordnetentätigkeit als solche bleibt straflos, damit auch kein Anknüpfungspunkt für Anstiftung / Beihilfe mehr
 - ↳ Einwand: Warum sollten Dritte ohne demokratische Repräsentationsrolle wie Abgeordnete privilegiert sein?
- **Relevanz: Ist strafbare Beteiligung der Regierung denkbar?**
 - ↳ Bsp.: Einbringung von Gesetzesvorlage = mittelbare Täterschaft / Anstiftung?

Einheit I: Die Indemnität als besonderes Privileg von Abgeordneten

6. Fazit zur Indemnität

- **enger sachlicher Anwendungsbereich** v.a. der Bundesnormen (funktionale Parlamentsarbeit)
 - ↔ z.B. Verhandlungen mit Regierung (vgl. Art. 81 SaarlVerf)?
 - ↔ Unterlassen der Normsetzung?
- **enger persönlicher Anwendungsbereich:** nur Abgeordnete
 - ↔ Regierung: BT-Äußerungen; Beschlussvorlagen (mittelbare Täterschaft / Anstiftung?!)?
 - ↔ Bundesrat
 - ↔ Delegierte Normsetzung der Exekutive
- **Gibt es nicht einen allgemeineren Strafausschließungsgrund für politische Entscheidungen?**
- JA: die **gesetzliche oder unmittelbar verfassungsrechtliche Befugnis**
- Folge für Indemnität: begründet Straflosigkeit nur bei Überschreitung dieser Befugnis, sie stellt damit ein besonderes **Fehlerprivileg** zugunsten von Abgeordneten dar.

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

1. Ausgangspunkt: Allgemeine Strafnormen gelten auch für Politiker (und Amtsträger allgemein)

- Früher diskutiert: StGB auf amtliches Handeln nicht anwendbar. Hintergrund: Kritik der Leipziger Prozesse nach dem 1. Weltkrieg (= Anfänge des Völkerstrafrechts); heute nicht mehr vertretbar.

2. „Amtsträger-Privileg“ durch den strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff?

- Herkömmlicher Anwendungsbereich: **§ 113 III 1 StGB**
„Die Tat ist nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist.“
- S. auch **§ 32 II StGB**: gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff
- **St. Rspr., wohl h.M.:** **Rechtmäßig im Sinne dieser Normen sei amtliches Handeln, selbst wenn nicht alle Voraussetzungen der einschlägigen Ermächtigungsnorm beachtet wurden, schon wenn:**
 - Amtsträger sachlich und örtlich zuständig ist,
 - die wesentlichen Förmlichkeiten wahrt und
 - ein ihm eingeräumtes „Ermessen“ pflichtgemäß ausübt hat

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

2. „Amtsträger-Privileg“ durch den strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff?

- Beachte dazu: die pflichtgemäße „Ermessensausübung“ wird nicht in einem technischen (verwaltungsrechtlichen) Sinn verstanden. Vielmehr werden darunter auch Prognose- und Beurteilungsspielräume gefasst, so dass letztlich geprüft wird, ob der betreffende Amtsträger das Vorliegen der für ihn geltenden **Eingriffsvoraussetzungen pflichtgemäß geprüft** hat.
 - Folge: **Irrtümer** des Amtsträgers – nach überwiegender Ansicht allerdings nur solche tatsächlicher Art – sollen auf die Rechtmäßigkeit seines Handelns keinen Einfluss haben, solange er ihnen „schuldlos“ erlegen ist.
 - Dies wird teils (kritisch) als Fehler- oder „**Irrtumsprivileg**“ von Amtsträgern bezeichnet => mögliche Parallele zur Indemnität, nun aber nicht für die ganz spezielle Situation von Parlamentsentscheidungen, sondern allgemein für sämtliche Amtsträger (!)
- Besonders prägnant formulieren dies einige OLG: nur grob fahrlässige Fehleinschätzungen sollen die Rechtswidrigkeit amtlichen Handelns begründen.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

2. „Amtsträger-Privileg“ durch den strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff?

→ **Konsequenz des strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs (nach h.M.) deshalb: begrenzt Widerstands- und Notwehrrecht, erweitert damit zugleich Strafbarkeit des Bürgers**

Argument: Entscheidungsfreude des Amtsträgers soll nicht durch Furcht vor rechtswidriger Entscheidung und Notwehrrecht des Betroffenen geschwächt werden

→ ließe sich aber grds. gleichermaßen auf Frage nach **eigener Strafbarkeit des Amtsträgers** übertragen

▪ **Position des BVerfG**

- zunächst scharfe Kritik (BVerfGE 87, 399; 92, 191): **Unterscheidung Handlungs- vs. späterer Ahndungszeitpunkt** – wenngleich im Zeitpunkt der Amtshandlung geringere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit legitim seien, um effektives Handeln auch in schwierigen Situationen zu ermöglichen, gelte das nicht mehr später, wenn gegen den Bürger gerichtlich vorgegangen werde.
- aber: betraf gegen Bürger verhängte Bußgelder (z.B. wegen Weigerung, sich aus aufgelöster Versammlung zu entfernen), nicht eine Strafbarkeit wegen Widerstands- / Notwehrhandlungen

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

2. „Amtsträger-Privileg“ durch den strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff?

- **Kritik der Lit.:** volle Rechtswidrigkeitsprüfung im Ahndungszeitpunkt wirkt im Handlungszeitpunkt voraus, schwächt Schutz des Amtsträgers gem. § 113 StGB
- **BVerfG NVwZ 2007, 1180:** strafr. Rechtswidrigkeitsbegriff bei § 113 ok, Grenze: „ohne Weiteres erkennbare rechtliche Anforderungen“

▪ **Gegenansicht: materieller Rechtswidrigkeitsbegriff** = alle Voraussetzungen des jeweiligen Fachrechts sind zu beachten (speziell bei § 113 III: Voraussetzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts)

→ **Argumente:**

- Fachrecht sieht vielfach Prognose-/Beurteilungsspielräume vor, im Übrigen: **ETBI**
- Soweit keine Prognose- / Beurteilungsspielräume greifen: Gesetzesbindung der Amtsträger
- Rechtsgüterschutz ⇔ Amtsträger-Sonderdogmatik wäre abträglich (warum soll ein Rechtsgut vor fahrlässigem Handeln eines Amtsträgers weniger geschützt sein als vor fahrlässigem Handeln eines Dritten?)

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

3. Kontrast: (zivilrechtliches) Fehlerprivileg aus Art. 34 GG:

„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. [...]“

- durch Amtspflichtverletzung geschädigter Bürger erhält mit dem Staat einen solventen Schuldner, zugleich wird Amtsträger teilweise von Regressansprüchen freigestellt; im Ergebnis lässt sich darin ein partielles **Fehlerprivileg** sehen.
- Funktion: Amtsträger soll frei von Sorge vor möglichen Ersatzpflichten Entscheidungen treffen können => ähnliche Argumentation wie bzgl. strafrechtlichem Rechtswidrigkeitsbegriff
- **Aber:** Art. 34 GG gilt v.a. bei Vermögensschäden
- strengerer Maßstab im Strafrecht – zum Schutz strafrechtlich geschützte Rechtsgüter – grds. legitim.

Einheit II: Fehlerprivilegien der Exekutive (v.a.: strafrechtl. Rechtswidrigkeitsbegriff)

4. Parallele: Einschränkungen des § 339 StGB?

„Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.“

- h.M.: besondere Anforderungen an „Beugen“ und an subjektive Tatseite, so dass nur besonders schwere Fehlentscheidungen unter die Norm fallen.
- a.A.: nur Unterfall des strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs
- Im Ergebnis aber: ebenfalls **Fehlerprivileg**, das sich (str.) mit besonderer Entscheidungssituation erklären lässt.