

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

4. Mai 2019

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

1. Ausgangspunkt:

- einerseits: Allgemeine Strafnormen gelten auch für Politiker, damit prinzipiell dann auch die allgemeinen Straffreistellungsgründe (v.a.: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe)
- andererseits: Politiker handeln kraft Amtes, unterliegen daher einer **Bindung an die Gesetze** (Art. 20 III GG) und damit speziell einer Bindung an die Grenzen ihrer Befugnisnormen. Zugleich folgt aus dem **Gesetzesvorbehalt**, dass zumindest alle wesentlichen Fragen der Gesetzgeber (hier: mittels Schaffung rechtsstaatlich begrenzter Befugnisnormen) entscheiden muss.

Verknüpfung:

Vergleichbare Fragen stellen sich deshalb auch allgemein, wenn die Rechtfertigung eines Handelns von Amtsträgern nach den allgemeinen StGB-Vorschriften zu prüfen ist – Bsp.: Ein Polizist verteidigt einen Bürger, überschreitet dabei aber die Grenzen seiner Befugnisnorm und beruft sich dann auf § 32 StGB in der Variante der Nothilfe. Insoweit ist aber an die speziellen Notrechtsvorbehalte der Polizeigesetze zu denken (s.u.).

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen

a) Fall Lorenz: 1975 entführten Mitglieder der linksradikalen „Bewegung 2. Juni“ den Berliner CDU-Politiker Peter Lorenz und verlangten im Gegenzug für seine Freilassung einen Austausch mit inhaftierten Gesinnungsgenossen. Ein Krisenstab der Bundesregierung, an dem u.a. der Bundeskanzler sowie der Regierende Bürgermeister Berlins teilnahmen, beschloss, auf das „Geschäft“ einzugehen. Nachdem die Häftlinge ins Ausland ausgeflogen worden waren, ließen die Entführer Lorenz frei [umgekehrt: Fall Schleyer – s. dazu Vorlesungseinheit IV].

→ **Strafbarkeit der Freilassung von Häftlingen gem. §§ 258(a), 120 StGB?**

→ **P: Anwendbarkeit des § 34 StGB auf Amtsträger?**

Dagegen: auf Bundesebene gibt es kein Pendant zu den sog. Notrechtsvorbehalten für die Anwendung unmittelbaren Zwangs in den Landespolizeigesetzen (Bsp.: § 54 II LSOG – „Die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.“); hier waren aber zumindest auch Bundespolitiker involviert.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – **Fall Lorenz**

Dagegen: § 34 StGB erfüllt die zentralen Voraussetzungen an eine rechtsstaatliche Befugnisnorm nicht, namentlich das allgemeine Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 III GG: Die Vorschrift sagt nichts darüber, welche Maßnahmen auf ihrer Grundlage getroffen werden können und v.a. welcher Amtsträger tätig werden darf (sog. Kompetenzklarheit) => Befürchtung: Wäre § 34 StGB als Befugnisnorm anzuerkennen, dürfte theoretisch jeder Amtsträger alles.

Dafür aber: Hier handelte es sich um eine neuartige, zuvor nie dagewesene Entscheidungssituation, die deshalb durch den Gesetzgeber nicht mittels Schaffung spezieller Befugnisnormen geregelt worden war. Zudem ist fraglich, ob der Gesetzgeber überhaupt im Voraus eine Rechtsgrundlage hätte erlassen können, da sein Handeln in Krisenlagen dadurch berechenbar (und er selbst für Terroristen erpressbar) zu werden drohte. Gleichwohl muss der Staat auch in einer solchen Krise handlungsfähig bleiben. Folge: Abstriche bei Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Handlungsgrundlage.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Fall Lorenz*

Dafür: Die Entscheidung des Krisenstabs führte hier nicht zu einem Eingriff in Individualrechtsgüter, sondern beeinträchtigt wurde nur das gesamtgesellschaftliche Interesse an der Vollstreckung verhängter Strafurteile. Da dies von zentraler Bedeutung für einen Rechtsstaat ist, gilt zwar grds. ebenfalls der Gesetzesvorbehalt, eine Absenkung der Anforderungen ist aber eher denkbar als bei Grundrechten

→ P: Selbst wenn auf dieser Grundlage eine Anwendung des § 34 StGB bejaht wird, müssen alle Anforderungen der Vorschrift eingehalten werden, v.a. muss ein **wesentliches Überwiegen** des geschützten Interesses (Leben des Entführten) gegenüber den geopfert Interessen (Durchsetzung von Strafurteilen und des Rechtsstaats, Vermeidung eines Präzedenzfalles für künftige Entführungen, zu erwartende Straftaten der Freigelassenen) festgestellt werden.

Nach der Logik des § 34 StGB wäre dies – ebenso wie das Vorhandensein anderer Mittel und die Bewertung von deren Wirksamkeit – grds. umfassend **durch das zuständige Strafgericht nachzuprüfen.**

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Fall Lorenz*

⇔ Eine solche volle ex-post-Kontrolle durch ein Strafgericht würde der besonderen Entscheidungssituation des Krisenstabs nicht gerecht; zudem sind die politischen Entscheidungsträger gerade demokratisch dazu legitimiert, in schwierigen Situationen zu entscheiden.

Vorschlag *Krey*, ZRP 1975, 97 ff.: Annahme eines gerichtlich nicht überprüfbaren **Beurteilungsspielraums** bei der Anwendung des § 34 StGB.

Bewertung: Die Annahme eines Beurteilungsspielraums würde zwar zu einem sachgerechten Ergebnis führen – aber was wäre die rechtliche Grundlage eines solchen Spielraums? Nach heutigem Verständnis bedürfte es dafür einer sog. **Beurteilungsermächtigung**. Diese könnte wohl nur aus dem Verfassungsrecht abgeleitet werden.

Aber: Dann ist es naheliegender, diese (**ungeschriebene**) **Verfassungsbefugnis** selbst als Rechtsgrundlage (= Rechtfertigungsgrund) der Entscheidung anzusehen, ohne den „Umweg“ über § 34 StGB zu wählen.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen

b) Steuer-CD-Fall: Ein Mitarbeiter einer ausländischen Bank bietet dem hessischen Finanzministerium Daten von Kunden an, die bei der Bank im Ausland Schwarzgeld angelegt und nicht in Deutschland versteuert haben. Der Landesfinanzminister weist an, die CD für die geforderte Summe von 5 Mio € zu kaufen (s. etwa: *Gerson/Trüg*, NJW 2008, 887; *Kaiser*, NSTZ 2011, 383 ff.).

→ **§§ 17 II Nr. 2 UWG, 26 StGB?** [Bzgl. § 202d greift hingegen der TB-Ausschluss gem. Abs. 3]

→ Str. auf Tatbestandsebene (führt für die hier interessierende Frage aber jenseits des speziellen Falls nicht weiter): Sind die Daten von Steuerhinterziehern überhaupt ein rechtlich geschütztes Geheimnis i.S.d. § 17 UWG?

→ Fraglich zunächst: Sind **Rechtsgüter des Staates** (hier: das staatliche Steueraufkommen) überhaupt **notstandsfähig**?

Dagegen: § 34 StGB spricht von einem „anderen“ und nennt als Bsp. für notstandsfähige Rechtsgüter nur die Individualgüter Leben, Leib, Freiheit, Eigentum, Ehre. Auch bei § 32 StGB gelten staatliche Rechtsgüter zudem nicht als **notwehrfähig**.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen

Dafür aber: Die Aufzählung in § 34 StGB ist nicht abschließend („oder ein anderes Rechtsgut“); die Nennung nur der klassischen Individualrechtsgüter lässt sich als gesetzgeberische Vereinfachung begreifen, weil Kollektivrechtsgüter oft nur schwer zu umschreiben sind. Zudem wird der Staat im Kontext vieler StGB-Normen als „anderer“ angesehen, z.B. wenn sich ein Subventionsbetrug gem. § 263 StGB gegen das öffentliche Vermögen richtet. Zuletzt passt der Vergleich mit § 32 StGB nicht, weil bei der Notwehr die Verhältnismäßigkeit nicht zu prüfen und das Bedürfnis nach einer Einschränkung daher viel größer ist als bei § 34 (wo sogar ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses erforderlich ist).

→ [Falls ja] **P: Anwendbarkeit des § 34 StGB auf Amtsträger?**

Dagegen: Es gelten zunächst die allgemeinen Einwände (s.o. zum Fall Lorenz). Hier jedoch fällt die Argumentation mit einer Herabsetzung der **Bestimmtheitsanforderungen** schwerer: Weder ist die Situation als solche unvorhersehbar, noch würde sich der Staat durch eine klare gesetzliche Regelung erpressbar machen.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Steuer-CD-Fall*

Dagegen: In dem Ankauf der illegal beschafften Daten könnte ein **Grundrechtseingriff** zulasten der Bank zu sehen sein (Art. 12 GG). Die Folge wäre materiell, dass sich anders als im Lorenz-Fall nicht mehr mit der fehlenden Grundrechtsrelevanz argumentieren ließe. Formell würde überdies die Frage auftreten, ob § 34 StGB als nachkonstitutionelle Vorschrift den Anforderungen des **Zitiergebots** (Art. 19 I 2 GG) gerecht wird.

Aber: Zum einen wird das Zitiergebot durch das BVerfG sehr restriktiv gehandhabt (es gelte nur für die echten Grundrechtsbeschränkungen, nicht hingegen für immanente Grundrechtsschranken). Zum anderen gilt Art. 12 GG nach Art. 19 III GG nur für inländische juristische Personen (und darüber hinaus wohl für juristische Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten) ⇔ bei Banken aus den üblichen „Steueroasen“ fraglich.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Steuer-CD-Fall*

Dagegen: Die Entscheidung wird vom Landesfinanzminister getroffen. § 34 StGB hingegen ist Bundesrecht, und der Bundesgesetzgeber hat keine **Gesetzgebungskompetenz** im Hinblick auf die Befugnisse der Landesminister. Die landesrechtlichen Notrechtsvorbehalte (die sich insoweit oft als „Scharnier“ zwischen Bundesstrafrecht und Landesbefugnissen begreifen lassen) greifen auch nur im Hinblick auf Amtsträger der Polizei, nicht auf die Landesfinanzverwaltung.

→ Folge: Heranziehung von § 34 StGB als Befugnisnorm sehr zweifelhaft.

→ *Aber:* **Rein innerstrafrechtliche Anwendung des § 34 StGB?** Die Folge wäre: Es fehlt zwar an einer Befugnis für das amtliche Handeln und dieses wäre daher verwaltungs- und ggf. auch disziplinarrechtlich angreifbar. Immerhin strafrechtliche Konsequenzen aber hätte das Handeln dann nicht mehr (wegen dieser Beschränkung auch kein Konflikt mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur für das Strafrecht).

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Steuer-CD-Fall*

Dagegen: „**Einheit der Rechtsordnung**“ – erschiene es nicht widersprüchlich, ein Verhalten öffentlich-rechtlich als rechtswidrig, strafrechtlich hingegen als gerechtfertigt anzusehen?

Aber: Es ist nichts Ungewöhnliches, dass Verstöße gegen außerstrafrechtliche Rechtsnormen nur Konsequenzen im jeweiligen Rechtsgebiet haben, strafrechtlich aber folgenlos bleiben (Strafrecht = ultima ratio). Hier ließe sich – wenn alle Voraussetzungen des § 34 StGB vorliegen – davon sprechen, dass der Amtsträger zwar ohne hinreichende Befugnis gehandelt hat, dass darin aber wegen des Fehlens von Alternativen und des wesentlichen Überwiegens des geretteten Interesses aber kein strafwürdiges Unrecht mehr liegt.

Dagegen: Drohte diese Konstruktion nicht mittelbar zulasten einzelner Bürger zu gehen, weil sie dann ihr **Notwehrrecht** gegen das durch § 34 StGB (strafrechtlich) gerechtfertigte Amtshandeln sowie etwaige **Ansprüche aus Amtspflichtverletzung** einbüßen würden?

Nein: Notwehr i.S.d. § 32 StGB setzt keinen strafbaren Angriff voraus; die Rechtswidrigkeit nach außerstrafrechtlichen Maßstäben genügt also. Selbiges gilt für die Amtshaftung.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – *Steuer-CD-Fall*

→ Folge: Rein innerstrafrechtliche Anwendung des § 34 StGB erschiene auch in diesem Fall möglich.

Beachte: So löst eine stark im Vordringen befindliche Ansicht auch die Frage nach der Geltung der §§ 32, 34 StGB für Polizisten und Amtsträger allgemein. Zusätzliches Argument im Hinblick auf diese Personengruppen: Die polizeirechtlichen Notrechtsvorbehalte sprechen nur von den zivil- und strafrechtlichen Wirkungen dieser Rechtfertigungsgründe und lassen daher die Deutung, dass das Handeln öffentlich-rechtlich angreifbar bleibt, offenkundig zu.

→ § 266 StGB (Zahlung)?

Eine Verwendung staatlicher Gelder, die nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben rechtswidrig (weil befugnislos) ist, lässt sich grds. zwar als **Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht** im Hinblick auf den Staatshaushalt ansehen. Aber: Der Tatbestand des § 266 StGB setzt zusätzlich ja die (vorsätzliche) Herbeiführung eines **Vermögensschadens** voraus ⇔ bei zu erwartenden Mehreinnahmen aus Steuernachzahlungen sehr zweifelhaft.

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen

c) Flugzeug-Entführungsfall: Terroristen entführen ein mit Passagieren besetztes Flugzeug, um es auf ein Atomkraftwerk stürzen zu lassen. Als keine andere Möglichkeit mehr bleibt, um den GAU zu verhindern, ordnet die Bundesverteidigungsministerin an, das Flugzeug abzuschießen. Ihr ist bewusst, dass dabei alle Passagiere des Flugzeugs sterben werden, was auch geschieht. (S. etwa: *Sinn*, NSTZ 2004, 585 ff.; *Jerouschek*, in: *Schreiber-FS*, S. 185 ff.; *LK/Rönnau*, Vor § 32 Rn. 343)

→ **§§ 211, 26 StGB?**

→ Eine explizite Befugnis für eine Abschussanweisung sah **§ 14 III Luftsicherheitsgesetz a.F.** vor. S. aber **BVerfGE 115, 118 ff.**: Diese Vorschrift wurde für nichtig erklärt, weil sie staatlichen Stellen die vorsätzliche Tötung unschuldiger Passagiere erlaubt hätte ⇔ BVerfG: Verstoß gegen Art. 1 I GG. Wie ein solcher Fall strafrechtlich zu lösen wäre, ließ das BVerfG dabei zwar grds. offen, es erteilte Überlegungen zu einer Gefahrengemeinschaft (der Passagiere an Bord und zu erwartender Opfer am Boden) mit asymmetrisch verteilten Rettungschancen (weil die Passagiere auf jeden Fall sterben werden) aber eine Absage.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – **Flugzeug-Fall**

→ Dennoch verbreitete Ansicht in der Lit.: **Defensivnotstand** als (ggf.: analoger) Anwendungsfall des § 34 StGB, weil sich der Abschuss gegen eine Gefahrenquelle richtete und deshalb nach der § 228 BGB (dort: für Sachen) zum Ausdruck kommenden Wertung (kein wesentliches Überwiegen erforderlich) zulässig sei.

Aber: Diese Interpretation gäbe staatlichen Stellen eben doch zumindest im strafrechtlichen Kontext ein Recht zur Tötung Unschuldiger ⇔ mit Aussagen des BVerfG kaum vereinbar, auch wenn dort die strafrechtliche Bewertung außen vor gelassen wurde.

→ Vorzugswürdig erscheint daher eine Lösung über die Wertungsstufe der **Schuld** (individuelle Vorwerfbarkeit). Dies trifft auch insofern den Kern solcher tragic-choice-Konstellationen, als die Handelnden sich in einem Entscheidungsdilemma befinden: Ein Unterbleiben des Abschusses wäre zwar vielleicht rechtmäßig, würde aber zum Tod einer noch viel größeren Zahl von Menschen führen.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

2. Beispiele mit speziellem Bezug zu politischen Entscheidungssituationen – **Flugzeug-Fall**

Zwar greift § 35 StGB in solchen Fällen wegen des darin vorausgesetzten Näheverhältnisses zum Geretteten regelmäßig nicht.

Aber: **übergesetzlicher entschuldigender Notstand** denkbar (vgl. etwa den berühmten Weichensteller-Fall *Welzels* [ZStW 63 – 1951 – 47 ff.] oder die Frage nach der Strafbarkeit selektierender KZ-Ärzte). Durch einen Abschuss würde auch nicht – was tw. *Welzel* entgegen gehalten wird – die Gefahr auf bisher ungefährdete Personen abgewälzt und in diesem Sinn „Schicksal gespielt“.

Die **Anwendbarkeit dieses Entschuldigungsgrundes auf Amtsträger** wird bislang kaum diskutiert. M.E. spricht dafür aber, dass gerade diese Personen aufgrund ihrer demokratischen Legitimation zu Entscheidungen in Krisensituationen einem besonders hohen Erwartungsdruck ausgesetzt sind – von ihnen wird erwartet, dass sie auch in einer so schwierigen Lage für den Staat handeln. Die o.g. Konfliktsituation ist für sie also noch ausgeprägter als für Normalbürger.

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

3. Zusammenfassung: Mögliche Ansätze bzgl. einer Rechtfertigung

- 1. Stufe: (ungeschriebene) **verfassungsrechtliche Notbefugnis** (vgl. Fall Lorenz):
 - Natürlich wäre die Annahme einer solchen verfassungsrechtlichen Befugnis ohne explizite Grundlage extrem missbrauchsanfällig. Könnte auf dieser Grundlage nicht z.B. auch die Folterung eines Bombenlegers legitimiert werden, um diesen zur Preisgabe des Bombenverstecks zu bringen?
 - **Grenze** deshalb: Eine ungeschriebene verfassungsrechtliche Befugnis kann wirklich nur in echten Notsituationen greifen und darf nicht zu Eingriffen in strafrechtlich geschützte (und nur diese interessieren hier) Grundrechte genützt werden. Die geschriebenen Grundrechtsschranken des GG gehen also unbedingt einer solchen ungeschriebenen Befugnis vor, so dass diese allenfalls Eingriffe in Kollektivrechtsgüter legitimieren kann (so im Fall Lorenz die Befreiung der rechtskräftig verurteilten Linksterroristen im Austausch für die Geisel).

Einheit III: Die Anwendbarkeit allg. Strafausschließungsgründe

3. Zusammenfassung: Mögliche Ansätze bzgl. einer Rechtfertigung

- 2. Stufe: Rückgriff auf **§ 34 StGB als Befugnisnorm**

Einwände (vgl. Steuer-CD-Fall): abschließende Wirkung der expliziten Befugnisnormen und Gesetzesvorbehalt, Art. 20 III GG? Zitiergebot und (bei einem Handeln von Landespolitikern) Gesetzgebungskompetenz des Bundes?

→ **Folge**: § 34 StGB kann nur bei solchen Maßnahmen als Befugnisnorm in Betracht kommen, die vorab nicht geregelt werden konnten und nur von geringer (v.a. grundrechtlicher) Tragweite sind. In der Praxis dürften dafür – neben der o.g. verfassungsrechtlichen Notbefugnis – deshalb nur wenige Anwendungsfälle bleiben (denkbar evtl. bei leichten Grundrechtseingriffen).

- 3. Stufe: „**Spaltung**“ **des Rechtswidrigkeitsurteils** => könnte auch bei Grundrechtseingriffen und Handeln von Landesamtsträgern strafrechtliche Konsequenzen ausschließen, die nur nach den Maßstäben des öffentlichen Rechts beanstandet werden könnte (s. erneut den Steuer-CD-Fall).